İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

EYLÜL - EKİM 2012

CİLT: 86 • SAYI: 2012/5 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

EYLÜL - EKİM 2012

CİLT: 86 • SAYI: 2012 / 5 ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

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

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Başar YALTI
Av. İsmail ALTAY
Av. Hasan KILIÇ

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Yörük KABALAK

•

Genel Yazman
Av. Coşkun ONGUN

•

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Ali Turan HÜR
Av. Sevgi BARUTÇU
Av. Hakan MURAN

•

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

•

Baskı
Ege Reklam Basım Sanatları Ltd.Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 Ataşehir - İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70 | www.egebasim.com.tr

Baskı: Ekim 2012

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

•••

Dergide yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı YAZIM KLAVUZU esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 100.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması, dekonu Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52 'ye fakslanması yeterlidir.
(Dergi, İstanbul Barosu üyelirine ücretsizdir.)

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

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULU'NDAN.....9

YAZILAR.....13

3. Yargı Paketi'nin İcra ve İflas Hukuku'na İlişkin Düzenlemeleri
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN.....15

6352 Sayılı, 2.7.2012 Tarihli Kanun ve 6103 Sayılı, 14.1.2011 Tarihli Kanun İle İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler
Av. Talih UYAR • Av. Cüneyt UYAR.....33

Türk Hukuk Devrimi Laiklik ve Postmodernizm
Prof. Dr. Z.Gönül BALKIR.....75

Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi
Prof. Dr. Süheyl DONAY.....152

Fransız Tahkim Hukukunda Reform
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY.....163

Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Tipi Olarak Churning
Yrd. Doç. Dr. Mete TEVETOĞLU • Ar. Gör. Selva Kaynak KOÇ.....186

Yetki Sözleşmeleri
Derya BELGİN GÜNEŞ.....197

Karar İncelemesi İkale İle Sona Eren İş Sözleşmesinde De Kıdem Tazminatı Tavanının Gözetileceği
Av. Kayhan ÖZEL.....222

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları
Av. Alpaslan AKMAN.....231

6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre "Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu"
Av. Umut METİN.....244

HMK Uyarınca Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesi ve Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı
Av. Ramazan YILMAZ.....262

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İş Aktinin Feshi Sebebi İle Açılacak Davalara Etkisi
Av. Halis YAŞAR.....266

Uluslararası İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Bir Kesişim Noktası: "Yaşam Hakkı"
Av. Oya AKBULUT.....289

Asker Kişilerin Şikâyet Hakkı
Av. Levent YARALI.....307

Adil Yargılanma Hakkı
Av. İhsan BERKHAN.....319

Ceza ve Spor Hukuku Açısından Şike Suçu
Murat YILMAZ.....325

İnşaat Hukukunda "Karine" Uygulaması
Av. İlker Hasan DUMAN 341

Anonim Şirket Kuruluşu İçin Gerekli Belgeler Konusuna Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Düzenleme
Av. Reyhan MERCAN 354

Organize Sanayi Bölgesinde (Osb) Bulunan Taşınmazları Kredi Alacağını Temlik Almak Suretiyle Kredi Alacaklısı Sıfatı Kazanan Varlık Yönetim Şirketleri Devir Aldıkları Alacaklarına Mahsuben Satın Alabilirler
Av. Tayfun EYİLİK 361

YARGITAY KARARLARI
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 373
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 458
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 465
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 468
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 475
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 478
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 481
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 484
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 499
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 516
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 518
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 522
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 534
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 541
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 548
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 552
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 559
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 566
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 573
Yargıtay Ceza Daireleri 584

DANIŞTAY KARARI
Kararlar 607

UYGULAMADAN DOSYALAR
Dosyalar 609

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI
Disiplin Kurulu Kararları 621

AİHM KARARLARI
Kararlar 631

YARARLI BİLGİLER
Tablolar, Çizelgeler 643

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR
Yitirdiklerimiz 655
Nakiller 659
Ayrılmalar 660

KAVRAM DİZİNİ
Kavramlara Göre Arama Dizini 661

YAYIN KURULU'NDAN

YENİ ADLİ YILIN ESKİ SORUNLARI!..

Yeni adli yıl, kronik hale gelmiş sorunlar eşliğinde başladı. Sorunların çözümü adına temel yasalar değişti. Ardı ardına yargı paketleri çıkarıldı ama nafile!

Adliye koridorlarında ve halk arasında konuşulan yargı sorunları değişmedi. Davalar uzun sürüyor. Personel eksikliği sıkıntısı giderilemedi. Dosyalar Yargıtay'a çok geç gönderiliyor ve yıllar geçmesine rağmen geri dönmüyor. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile getirilen ön inceleme kurumu nesnel anlamda yargılama sürecine bir katkı sunmuş değil. Aksine yavaşlamanın vesilesi oldu. Taraflar sözde uzlaşmaya teşvik ediliyor. Duruşma günleri yine çok geç tarihlere veriliyor. Bir yıl içinde ancak iki duruşma yapılabiliyor. Gider avansı cep yakıyor. Müvekkillerin çoğu ekonomik sorunlar yaşıyor. Bu durum biz avukatları da doğrudan etkiliyor. Vekâlet ücretlerini zamanında alamadığımız gibi dava sürecinde ödenmesi gereken yargılama giderlerini bile müvekkillerden tahsil edemiyoruz. Savunma kurumu ekonomik sorunların yanı sıra hukuki ve fiili engellerin pençesinde hukuk mücadelesini güçlüklerle sürdürüyor.

Bu kapsamda Üçüncü Yargı Paketi olarak tanımlanan düzenlemeler birçok alanda değişikliğe gitti. Bu değişikliklerin en göze çarpanı İcra İflas Kanunu'nda olanlardı. Bu sayımızda İcra İflas Kanunu'ndaki değişiklikleri ele alan iki önemli yazıyla konuyu okurlarımızın bilgilerine sunuyoruz.

***

Yargıtay, baz istasyonlarının insan sağlığı üzerindeki olası etkilerini göz önünde bulundurarak yerleşim yerlerinin yakınında kurulumunu hukuka aykırı buldu. Bu önemli kararı dergimizin sayfalarına aldık.

***

Av. Kemal Işkın Keleşoğlu'nu yitirdik. Keleşoğlu, İstanbul Barosu'na Genel Sekreterlik yapmış, 12 Eylül döneminde mağdur olanların hukuki yardımına koşan, işçi sendikalarının avukatlığını yaparak işçilerin hak mücadelesine önemli katkılar sunan değerli bir meslektaşımızdı. Yakınlarına ve sevenlerine başsağlığı diliyoruz.

Dergimiz baskıya girdiği sırada Ovacık Cumhuriyet Başsavcısı **Murat Uzun** uğradığı silahlı saldırı sonucu yaşamını yitirdi. Merhum'un yakınlarına ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyor, yapılan tüm terör saldırılarını kınıyoruz.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla…

Yayın Kurulu

YAZILAR

3. YARGI PAKETİ'NİN İCRA VE İFLAS HUKUKU'NA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN[1]

A- GİRİŞ

Kamuoyunda, "3. Yargı Paketi" olarak bilinen Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında 6352 Sayılı Kanun, 02.07.2012 tarihinde kabul edildi ve yasalaştı[2].

Her ne kadar Kanun'un adı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun ise de 6352 Sayılı Kanun'un üçte birinden fazlası (ilk 38 madde ve üç geçici madde) doğrudan İcra ve İflas Hukuku ile ilgilidir.

6352 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler tek tek ele alınmadan önce, icra ve iflas hukuku ile ilgili olarak yapılan değişiklikler hakkında genel olarak söylenmesi gereken, yapılan değişikliklerin esas itibariyle ihtiyaçtan kaynaklandığı ve geniş anlamda yargı hizmetleri içerisinde yer alan çoğu takip işlemi ile ilgili yakınmaları ortadan kaldırmaya yönelik amaca katkı sağlayacak olması keyfiyetidir.

Getirilen düzenlemelerin öngörülen amacı gerçekleştirmeye ne kadar elverişli olduğunun daha yakından irdelenebilmesi için Kanun'un Genel Gerekçesinin aynen aktarılmasında yarar bulunmaktadır. 6352 Sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi aşağıdaki şekildedir;

"Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." hükmüne yer verilmiş, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrasında da herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının "makul süre içinde" görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Son yıllarda yargının iş yükünün aşırı şekilde ağırlaşması ve yargılama sürecinin yavaş işlemesi, Anayasamızın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul ettiği makul sürede yargılanma hakkı ve devletin makul sürede yargılama yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmesini önemli derecede engellemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

---

1 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi.
2 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete.

ihlâli nedeniyle Türkiye'nin tazminat ödemek zorunda kaldığı fiillerin önemli bir kısmının da makul sürede yargılama ilkesinin ihlaliyle ilgili olduğu düşünüldüğünde, makul sürede yargılama yükümlülüğünün önemi daha da artmaktadır.

Yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla bugüne kadar yapılan düzenlemelerin devamı niteliğinde olan bu Tasarı, icra-iflas, ceza ve idarî yargı mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan bazı sorunlara çözüm getirmek amacıyla hazırlanmıştır.

Öte yandan, temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade özgürlüğü, çoğulcu demokrasilerde temel haklardan kabul edilmektedir. İleri demokrasilerin "olmazsa olmaz şartı" olan ifade hürriyeti, birçok hak ve hürriyetin temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, ifade hürriyeti, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, Anayasamızda da ayrıntılı düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, Anayasanın "Düşünce ve kanaat hürriyeti" başlıklı 25., Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. ve "Basın hürriyeti" başlıklı 28. maddelerinde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 19. maddesinde ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin "İfade özgürlüğü" başlıklı 10. maddesinde, konuya ilişkin koruyucu hükümlere yer verilmiştir.

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; "Haberleşme hürriyeti" başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasında ise, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu anayasal teminat altına alınmıştır.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin "Özel hayatın ve aile hayatının korunması" başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasında da, herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Özel hayatın gizliliği, kişinin en az müdahale ile hayatını sürdürmesi hakkını içermekte olup, kişiye ait maddî ve manevî değerleri barındırmaktadır. Özel hayata saygı gösterilmesi, kişi için asgarî dış müdahalelerle kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilmesi hakkını ifade etmektedir. Aile ve ev hayatı, fizikî ve moral bütünlük, onur ve saygınlık, kişinin yanlış tanıtılmasından kaçınılması, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayımlanmaması, özel iletişimin kötüye kullanılmaması, sır olarak verilen veya alınan bilgilerin açıklanmaması, özel hayat kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.

Yukarıda belirtilen değerlerin korunmasına yönelik olarak mevzuatımızda önemli bir kısım değişiklikler yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Bu kapsamda olmak üzere aşağıda ifade edilen mevzuat değişiklikleri yapılmıştır.

I- İcra-iflas mevzuatında yapılan değişiklikler kapsamında;

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir çok değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bunlar köklü ve kapsamlı bir boyuta ulaşmamıştır. Bu nedenle, Kanun günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermekte yetersiz kalmıştır. Ayrıca doktrinde ve uygulamada, Kanun'un aksayan yönleri hakkında getirilen eleştiriler yanında, toplumda da alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin bulunmadığı yönünde şikayetler sıkça dile getirilmektedir.

Bu nedenle, Kanunun uygulanmasına ilişkin engellerin ortadan kaldırılması, yargının hızlandırılarak günümüzün değişen sosyal ve ekonomik koşullarına uyum sağlanması, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması ve uygulamada yaşanan aksaklıkların giderilmesi amaçlanmıştır.

Tasarıda; daha modern bir icra teşkilâtı kurulması, icra dairelerindeki işlemlerde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin kullanılması, icra ve iflas dairelerinin para ile ilişiğinin zorunlu haller dışında tamamen ortadan kaldırılması, asgari ücret tutarının altında kalan alacakların takibi için ilamsız takibe başlamadan önce, borçlunun bilinen en son adresine ödemeye davet yazısı gönderilmesi, borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için gerekli her türlü ev eşyası hacizlerinin önlenmesi, paraya çevrilme masraflarını karşılamayacak nitelikteki malların yediemin depolarına götürülmesinin önüne geçilmesi, yediemin depolarının daha verimli işletilebilmesine yönelik düzenlemeler yapılmaktadır.

B- DEĞİŞİKLİKLER:

Madde 1 – 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 1. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"İcra daireleri:

Madde 1 – Her asliye mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra dairesi bulunur.

Her icra dairesinde Adalet Bakanlığı tarafından atanacak bir icra müdürü, yeteri kadar icra müdür yardımcısı, icra kâtibi ile adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından görevlendirilecek mübaşir ve hizmetli bulunur.

İcra müdür ve icra müdür yardımcıları, Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. İcra kâtipleri arasından Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav

sonucuna göre de icra müdür veya icra müdür yardımcılığı kadrolarına atama yapılabilir.

İcra kâtipliğine ilk defa atanacaklar, kamu görevlerine ilk defa atanacaklar için yapılacak merkezî sınavda başarılı olanlar arasından Adalet Bakanlığı'nın bu konuda yetki vereceği adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından yapılacak uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre; unvan değişikliği suretiyle atanacaklar ise uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. Unvan değişikliği suretiyle icra kâtipliğine atanacaklar tahsis edilen kadronun yüzde ellisini geçemez.

İcra müdür ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtiplerinin, yazılı sınav, sözlü sınav, görevlendirme, nakil, unvan değişikliği, görevde yükselme ve diğer hususları yönetmelikle düzenlenir.

İcra dairelerinde, gerektiğinde, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar çerçevesinde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından zabıt kâtibi, mübaşir ve hizmetli görevlendirilir.

İcra müdürü, icra müdür yardımcısı veya icra kâtibinin herhangi bir nedenden dolayı yokluğu halinde görev ve yetkileri, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilecek yazı işleri müdürü veya zabıt kâtibi tarafından yerine getirilir.

Adalet Bakanlığı, icra dairelerini bir arada bulundurmaya ve aynı icra mahkemesine bağlamaya yetkilidir."

Madde 2 – 2004 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"İcra ve iflas dairelerince verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır."[3]

Getirilen bu düzenleme ile icra ve iflas dairelerinin, yapılan talepleri hiçbir şekilde inceleyip değerlendirmeden reddetmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Son derece isabetli bir hükümdür. Artık bundan böyle icra ve iflas daireleri 'talebin reddine' şeklinde klişeleşmiş bir ibare ile kendisine yapılan talepleri reddedemeyeceklerdir. Bu düzenlemenin esas yararı ise, icra mahkemeleri bakımından olacaktır. Zira icra ve iflas daireleri tarafından hiçbir gerekçe gösterilmeden talebin haksız yere reddine ilişkin icra iflas dairesi ka-

3 Madde gerekçesi 'Maddeyle, kararların gerekçeli olarak icra tutanaklarına yazılması kabul edilmektedir. Uygulamada talepler hakkında gerekçe yazılmadan karar verilmekte, genellikle bu işlem kaşe kullanılarak yerine getirilmektedir. Bu değişiklikle, standart ifadeli kaşe kullanılmasının önüne geçilerek kararlarda yaşanabilecek keyfiliğin önlenmesi ve böylece etkin bir denetim sağlanması amaçlanmaktadır. Taraflar, gerekçesi olmayan kararları anlamada, değerlendirmede zorlanmakta, bu nedenle şikâyete veya itiraza konu etmektedirler. Bu şekilde kararlara gerekçe yazılması tarafları ikna etmede daha etkili olacak, aynı zamanda işlemin şikâyete konu edilmesi hâlinde etkin ve hızlı bir denetim sağlanması imkânı doğacaktır' şeklindedir.

rarlarına karşı şikâyet yoluyla icra mahkemelerine gidilmekteydi ve bu sebeple icra mahkemelerinde çok sayıda şikayet dosyası oluşmaktaydı. Bundan böyle bu tür taleplerle icra mahkemelerine başvurular azalacaktır.

Uygulamada, icra ve iflas daireleri, iş yoğunluğuna bağlı kısmi haklı gerekçeleri olmakla birlikte, yerinde görülmeyen talebin reddine şeklinde 'yerinde görülmeme' ibaresini dahi eklemekten içtinap edecek kadar, talep sahiplerinin aşırı tepkisini haklı kılacak bir keyfiyet ihraz etmişlerdi. Bu Kanunla birlikte personel sıkıntısı da bir ölçüde giderildiğinden ve parasal işlemlerle ilgili meşguliyetler ortadan kaldırıldığından, getirilen düzenlemenin uygulanmasında zorluk yaşanmayacaktır.

Madde 3 – 2004 Sayılı Kanun'un 8. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 8/a maddesi eklenmiştir.

"Elektronik işlemler:

Madde 8/a – İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.

Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz.

Zorunlu nedenlerden dolayı fiziki olarak düzenlenen belge veya kararlar, yetkili kişilerce güvenli elektronik imzayla imzalanarak Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine aktarılır ve gerektiğinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla ilgili birimlere iletilir. Bu şekilde elektronik ortama aktarılarak ilgili birimlere iletilen belge ve kararların asılları, gönderen icra ve iflas dairesinde saklanır, ayrıca fiziki olarak gönderilmez. Ancak, belge veya kararın aslının incelenmesinin zorunlu olduğu hâller saklıdır.

Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hâllerde, icra müdürü veya görevlendirdiği personel tarafından belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek, imzalanır ve mühürlenir.

Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

Elektronik işlemlerin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla yapılmasına dair usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir."

Getirilen düzenleme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlere paralel olup zaten gerekli düzenlemelerdi. Elektronik işlemlerin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla yapılmasına dair usul ve esaslara ilişkin, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacağı öngörülen yönetmeliğin geciktirilmeksizin çıkarılması gerekir.

Madde 4 – 2004 Sayılı Kanun'un 9. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Paranın ödenmesi ve değerli eşyanın muhafazası:

Madde 9 – İcra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir.

İcra ve iflas dairelerince yapılması gereken her türlü nakdî ödeme, ilgilisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından resen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir.

İcra ve iflas daireleri aldıkları kıymetli evrak ve değerli şeyleri kasalarında, zorunlu hâllerde ise kiralanacak banka kasalarında muhafaza ederler."

Getirilen bu düzenlemenin son derece isabetli olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu düzenleme, icra ve iflas daireleri ve özellikle avukatlar bakımından büyük kolaylıklar sağlayacaktır[4].

Madde 5 – 2004 Sayılı Kanun'un 13/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan ", diğer örneğinin ise en geç o ayın sonunda Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 13/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "diğer örneğinin ise en geç o ayın sonunda Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi' şeklindeki ifadenin madde metninden çıkarılmasıyla, herhangi bir faydası olmayan gereksiz bir bürokrasi ve kırtasiye işlemi ortadan kaldırılmıştır.

Madde 6 – 2004 Sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

4 Nitekim bu husus madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir; 'Maddeyle, icra ve iflas dairelerinde yaşanan bir takım aksaklıkları önlemek amacıyla tahsilatların ve ödemelerin banka aracılığıyla yapılması, icra ve iflas dairelerinin para ile ilişiğinin en aza indirilmesi amaçlanmaktadır. Düzenlemeye göre, haciz sırasındaki borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paraların en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk işgünü çalışma saati sonuna kadar icra ve iflas dairelerinin banka hesabına yatırılması gerekmektedir. Diğer tüm ödemeler ilgili icra ve iflas dairesinin banka hesabına yapılacaktır. Hesaba yatırılan paralardan alacaklıya veya yediemin, bilirkişi, çilingir ve şoför gibi diğer ilgili kişilere ödenmesi gereken tutar, talimat verilmek suretiyle ilgililerin banka hesap numarasına aktarılacaktır."

"İcra mahkemesine arzedilen hususlar ivedi işlerden sayılır ve bu işlerde basit yargılama usulü uygulanır."

İcra mahkemesinin görevine giren işler niteliği gereği ivedi işlerdendir. Ancak buna rağmen uygulamada icra mahkemeleri bu hususa yeterince riayet etmediklerinden, çoğu zaman icra mahkemesinin talep hakkında verdiği kararın uygulanma kabiliyeti kalmamaktaydı. Bu yüzden kanuna açık ve emredici bir düzenleme getirilmesi gereği vardı ve kanun koyucu da bu düzenlemeyi getirdi; isabeti tartışmasızdır.

Madde 7 – 2004 sayılı Kanunun 32. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Yabancı devlet aleyhine başlatılan ilamlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde uluslararası andlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği hususu ayrıca ihtar edilir."

Madde 8 – 2004 Sayılı Kanun'un 42. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Yabancı devlet aleyhine ilamsız takip yoluna başvurulamaz."

Madde 9 – 2004 Sayılı Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Takip talebi icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapılır."

"1. Alacaklının ve varsa kanuni temsilcisinin ve vekilinin adı, soyadı; alacaklı veya vekili adına ödemenin yapılacağı banka adı ile hesap bilgileri; varsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası; şöhret ve yerleşim yeri; alacaklı yabancı memlekette oturuyorsa Türkiye'de göstereceği yerleşim yeri (Yerleşim yeri gösteremezse icra dairesinin bulunduğu yer yerleşim yeri sayılır.);

2. Borçlunun ve varsa kanuni temsilcisinin adı, soyadı, alacaklı tarafından biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yeri;

Bir terekeye karşı yapılan taleplerde kendilerine tebligat yapılacak mirasçıların adı, soyadı, biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yerleri;"

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile uyum sağlandı. Keza, Maddeyle, icra müdürünün ödeme emri düzenleyebilmesi için takip talebinin Kanunda öngörülen şartları içerip içermediğini incelemesi koşulu getirilmektedir. 2004 Sayılı Kanun'un "Tutanaklar" kenar başlıklı 8. maddesine bu Kanunun çerçeve 2. maddesiyle yeni bir fıkra eklenerek, icra ve iflas dairelerince verilen kararların gerekçeli olarak tutanaklara yazılması hükmü getirilmiştir.

Bu hüküm gereğince, takip talebinin kabul edilmemesi halinde de gerekçenin icra müdürü tarafından tutanağa yazılması gerektiği açıktır. Ayrıca 2004 Sayılı Kanun'un 58. maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak icra dairesi tarafından düzenlenen ödeme emrinde yer alması gereken unsurlarda değişiklik yapılmaktadır[5]. Gerekli bir düzenleme idi.

Madde 10 – 2004 Sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"İcra müdürü takip talebinin bu Kanunda öngörülen şartları içerdiğine karar verirse ödeme emri düzenler. Talebin kabul edilmemesi halinde verilen karar tutanağa yazılır."

"1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, 58. maddeye göre takip talebine yazılması lazım gelen kayıtları,

2. Borcun ve masrafların yedi gün içinde icra dairesine ait ödeme emrinde yazılı olan banka hesabına ödenmesi, borç, teminat verilmesi mükellefiyeti ise teminatın bu süre içinde gösterilmesi ihtarını,"

Son derece isabetli bir düzenleme getirilmiştir. Zira bu sayede uygulamada icra mahkemelerinin iş yükünü gereksiz bir şekilde artıran ödeme emri iptali talepleri azalacaktır. Mevcut uygulamada takip talebi ve ödeme emirleri takip alacaklısı tarafından düzenlendiğinden çoğu zaman hatalı olabiliyordu. Her ne kadar kanunda açık bir müeyyide bulunmamakta ise de, hatalı tanzim edilmiş ödeme emrinin iptal edilmesi durumunda ödeme emrini düzenleyen icra müdürünün disiplin sorumluluğu ve yargılama giderine mahkumiyeti söz konusu olabilecektir.

Madde 11 – 2004 Sayılı Kanun'un 67. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yüzde kırkından" ibaresi "yüzde yirmisinden" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Bu Kanunda öngörülen icra inkâr tazminatı, kötü niyet tazminatı ve benzeri tazminatların tespitinde, takip talebi veya davadaki talep esas alınır."

Yüzde kırkından ibaresinin enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde kabul edildiği, dolayısıyla günümüz ekonomik koşulları bakımından orantısız olduğu şeklindeki, teori ve uygulamada genel ve ortak kabul gören anlayışa uygun olarak yapılmış bir değişikliktir. İsabetli ve ölçülü olmakla birlikte, itirazın iptali davalarının sayısını arttırabileceği yönünde az da olsa bir kaygı taşıdığımızı ifade etmemiz gerekir.

Madde 12 – 2004 Sayılı Kanun'un 68. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan "yüzde kırktan" ibaresi "yüzde yirmiden" şeklinde değiştirilmiştir.

11. maddede yapılan açıklamalar bu madde için de geçerlidir.

5 Madde Gerekçesinden.

Madde 13 – 2004 Sayılı Kanun'un 68/a maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan "yüzde kırktan" ibaresi "yüzde yirmiden" olarak değiştirilmiştir.

11. maddede yapılan açıklamalar bu madde için de geçerlidir.

Madde 14 – 2004 Sayılı Kanun'un 69. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yüzde kırkından" ibaresi"yüzde yirmisinden" olarak değiştirilmiştir.

11. maddede yapılan açıklamalar bu madde için de geçerlidir.

Madde 15 – 2004 Sayılı Kanun'un 72. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "yüzde kırktan" ibaresi "yüzde yirmiden" ve beşinci fıkrasında yer alan "yüzde kırkından" ibaresi "yüzde yirmisinden" olarak değiştirilmiştir.

11. maddede yapılan açıklamalar bu madde için de geçerlidir.

Madde 16 – 2004 Sayılı Kanun'un 82. maddesinin birinci fıkrasının (2), (3) ve (12) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, fıkraya aşağıdaki (13) numaralı bent ile maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"2. Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya,

3. Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri,"

"12. Borçlunun haline münasip evi,"

"13. Öğrenci bursları."

"Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır.

İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir."

Kanun'un Kamuoyuna en çok yansıyan değişiklik maddelerinden birisi olan bu değişiklikle, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması, haczinde ekonomik yarar bulunmayan ya da muhafazasında ve satışında güçlük çekilen eşyaların hacizlerinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Düzenlemeye göre, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli her türlü eşya, borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için gerekli her türlü eşya ile öğrenci bursları ve diğer kanunlarda haczi yasaklanan mal ve hakların haczedilemeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Ayrıca, icra memurunun mal ve hakların haczi konusunda değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Kanunun "Tutanaklar" kenar başlıklı 8. maddesine bu Tasarının çerçeve 2. maddesiyle yeni bir fıkra eklenerek, icra ve iflas dairelerince verilen kararların gerekçeli olarak tutanaklara yazılması hükmü getirilmiştir. Bu hüküm gereğince, icra memuru yapacağı değerlendirme sonucu bir şeyin haczedilip haczedilemeyeceği konusundaki kararını gerekçeli olarak verecektir. Böylece icra memurunun keyfi kararlar vermesinin önlenmesi ve denetim kolaylığının sağlanması amaçlanmaktadır.

Madde 17 – 2004 Sayılı Kanun'un 88. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 88 – Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.

Diğer taşınır mallar, masrafı peşinen alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla, muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahsın kabulü hâlinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği takdirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değişikliği yapılabilir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçları, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz.

İcra dairesi üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırlar ise icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir.

Haczedilen mallar, Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilir. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Adalet Bakanlığının onayıyla alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşuluyla devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu depoların yönetmelikte belirlenen nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Adalet Bakanlığı tarafından verilir. Haczedilen malların muhafaza işlemleri; lisanslı yediemin depolarının kuruluşuna, bu depolarda bulunması gereken asgari niteliklere, depo için alınacak teminata, mallar için

muhtemel rizikolara karşı yapılacak sigortaya; işletici olma niteliklerine, işletici lisansına, Adalet Bakanlığı tarafından bu lisansın verilmesine; Adalet Bakanlığının lisanslı işletmelerle ilgili görev ve yetkilerine; faaliyetin durdurulması ya da iptali gibi idari tedbir ve tasarruflara; bu depoların denetimine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenir. Haczedilen malların muhafazası aşamasındaki ücretler Adalet Bakanlığı tarafın-dan düzenlenecek tarifeyle belirlenir.

İcra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere resen bildirir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü tetkik merciinin kararı ile taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satar. Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar 9. madde hükmüne göre muhafaza olunur. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar tetkik mercii tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür.

İcra müdürlüklerinin talebi üzerine kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan araçlar, en geç üç iş günü içinde en yakın icra müdürlüğüne teslim edilir. Aracı teslim alan icra müdürlüğü, aracın yakalanmasını isteyen icra müdürlüğüne bildirimde bulunur."

Madde 18 – 2004 Sayılı Kanun'un 89. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "yüzde kırkından" ibaresi"yüzde yirmisinden" şeklinde, yedinci fıkrası ise aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Haciz ihbarnamesi, borçlunun hak ve alacaklarının bulunabileceği bir tüzel kişinin veya müessesenin şubesine veya tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilir. Haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği merkez, tüm şubeleri veya birimlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmakla yükümlüdür."

Uygulamada fazla yakınma konusu olan merkez, şube veya birimlerle ilgili beyanlar sorununa açıklık getirildi.

Madde 19 – 2004 Sayılı Kanun'un 97. maddesinin onüçüncü fıkrasında yer alan "yüzde kırkından" ibaresi"yüzde yirmisinden" olarak değiştirilmiştir.

Madde 20 – 2004 Sayılı Kanun'un 99. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 99 – Haczedilen şey, borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet veya diğer bir ayni hak iddia eden üçüncü kişi nezdinde bulunursa, bu kişi yedieminliği kabul ettiği takdirde bu mal muhafaza altına alınmaz. İcra müdürü, üçüncü kişi aleyhine icra mahkemesinde istihkak davası açması için alacaklıya yedi gün süre verir. Bu süre içinde icra mahkemesine istihkak davası açılmaz ise üçüncü kişinin iddiası kabul edilmiş sayılır. Alacaklı tarafından süresinde açılan dava sonuçlanıncaya kadar, haczedilen malın satışı yapıla-

maz. Haczin, üçüncü kişinin yokluğunda yapılması ve üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunulması halinde de bu fıkra hükmü uygulanır."

Getirilen bu düzenlemeyle, haczedilen şeyin, borçlunun elinde olmayıp da üçüncü bir şahıs nezdinde bulunması hâlinde bu malın muhafaza altına alınması yerine, üçüncü kişinin kabul etmesi durumunda yediemin olarak kendisine bırakılması kabul edilmektedir. İcra müdürü, üçüncü kişi aleyhine icra mahkemesinde istihkak davası açması için alacaklıya yedi gün süre verecektir. Bu süre içinde dava açılmaz ise üçüncü şahsın iddiası kabul edilmiş sayılacaktır. Ayrıca, alacaklı tarafından süresinde açılan istihkak davası sonuçlanıncaya kadar hacizli malın satışı yapılmayacaktır. Kanun'un 88. maddesinin ikinci fıkrasındaki mevcut düzenlemeye göre, üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince alacaklı üçüncü şahsın yedieminliğine muvafakat etmiyorsa malın muhafaza altına alınması gerekmektedir. Üçüncü şahsın fiili hakimiyetinde ve zilyetliğinde bulunan haczedilen malların, sadece alacaklının talebine istinaden muhafaza altına alınması, uygulamada büyük sıkıntılara ve haksız mağduriyetlere neden olmaktaydı. Bu düzenlemeyle, istihkak davasında dava açma ve ispat külfetinin alacaklıya düşmesi nedeniyle istihkak davasının devamı süresince malın muhafaza altına alınmaması ve satışının yapılmaması sağlanmıştır[6].

Madde 21 – 2004 Sayılı Kanun'un 106. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir."

Bilindiği üzere değişiklikten önce, haczolunan malın taşınır ise hacizden itibaren bir yıl, taşınmaz ise hacizden itibaren iki yıl içinde satılması istenebiliyordu. Değişiklikle bu süreler yarı yarıya kısaltıldı. Böylece, borçlunun, mallarının uzun süre hacizli olarak kalması sonucu zarara uğramasının ve gereksiz masraf yapılmasının önüne geçilmiş oldu. Aslında bu sürenin taşınırlar için üç ay, taşınmazlar bakımından altı ay olmasını öngören düzenleme amaca daha uygun bir düzenlemeydi.

Madde 22 – 2004 Sayılı Kanun'un 110. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 110 – Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya icra müdürü tarafından verilecek karar gereği gerekli gider onbeş gün içinde depo edilmezse veya talep geri alınıp da kanuni müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar. Hacizli malın satılması yönündeki talep bir defa geri alınabilir.

6 Madde Gerekçesinden.

Haczedilen resmi sicile kayıtlı malların, icra dairesiyle yapılacak yazışmalar sonucunda haczinin kalktığının tespit edilmesi hâlinde, sicili tutan idare tarafından haciz şerhi terkin edilir ve işlem ilgili icra dairesine bildirilir.

Birinci fıkra gereğince haczin kalkmasına sebebiyet veren alacaklı o mala yönelik olarak, haczin konulması ve muhafazası gibi tüm giderlerden sorumlu olur."

Bu düzenlemeyle, kanuni müddet içinde bir malın satılmasının istenebilmesi için, masrafların yatırılması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmaktadır. Ayrıca süresinde satış talebinde bulunmadığı için haczin kalkmasına sebebiyet veren alacaklının, o mala yönelik olarak, haczin konulması ve muhafazası gibi tüm giderlerden sorumlu olacağı hükme bağlanarak icra takibinin sürüncemede bırakılmaması sağlanmıştır.

Haczedilen resmi sicile kayıtlı mallar üzerindeki hacizlerin,, icra dairesiyle yapılacak yazışmalar sonucunda kalktığının tespit edilmesi halinde, sicili tutan idare tarafından haciz şerhinin terkin edileceği ve işlemin ilgili icra dairesine bildirileceği hükme bağlanarak, bu tür işlemlerin kısa sürede yerine getirilmesi düzenlenmiştir.

Madde 23 – 2004 Sayılı Kanun'un 112. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir ay" ibaresi "iki ay" şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 24 – 2004 Sayılı Kanun'un 114. maddesinin üçüncü fıkrasına aşağıdaki cümle ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Satış ilanı elektronik ortamda da yapılır."[7]

"Açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden on gün önce başlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer; ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az on gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz; teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi zorunludur.

Satışa çıkarılan taşınır üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı yukarıdaki fıkrada yazılı oranda ise artırmaya iştiraki halinde ayrıca pey akçesi ve teminat aranmaz."

Madde 25 – 2004 Sayılı Kanun'un 115. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

---

7 Bu düzenlemenin amacı, açık artırmaya katılımı arttırmak, malın gerçek değerinde satılmasını sağlamak ve satış masraflarını azaltmaktır. Elektronik ortamın kullanım yaygınlığına paralel ve yerinde bir düzenleme olmuştur.

"İhalenin yapılması:

Madde 115 – Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Satışa çıkarılan mal üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir.

Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır.

İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer."

Madde 26 – 2004 Sayılı Kanun'un 118. maddesinin birinci fıkrasına ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiş ve fıkranın son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

"Daire dışında tahsil edilen paralar en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere, icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir."

Madde 27 – 2004 sayılı Kanunun 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki ay" ibaresi "üç ay"şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 28 – 2004 Sayılı Kanun'un 124. maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Şartnameye, artırmaya iştirak edeceklerin taşınmazın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri, elektronik ortamda teklif vererek artırmaya katılacakların teminat göstermeleri gerektiği ve elektronik ortamda teklif vermeye ilişkin hususlar yazılır."

Madde 29 – 2004 Sayılı Kanun'un 126. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Artırma ilanı, artırma hazırlıkları ve ilgililere ihtar:

Madde 126 – Satış, açık artırma ile yapılır. Birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat önceden ilan edilir.

İlan, birinci ihale tarihinden en az bir ay önce yapılır. İlan edilen metnin esasa müessir olmayan maddi hatalar nedeniyle tekrarlanması gerektiğinde, ihale tarihi değiştirilmeksizin hata ilanen düzeltilir. Ancak bu düzeltme ilanı-

nın tarihi ile ihale tarihi arasında yedi günden az zaman kalmış ise daha önce ilan edilen günden yedi iş günü sonrası için tespit edilecek günde satış yapılacağı düzeltme ilanında belirtilir. Bu düzeltme ilanı ilgililere ayrıca tebliğ edilmez.

Yapılacak ilana, satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, tahmin edilen kıymeti, bulunduğu yer; birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat; artırmaya iştirak edeceklerin haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri gerektiği; diğer bilgilerin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği hususları yazılır. Ayrıca, ipotek sahibi alacaklılarla diğer ilgililerin taşınmaz üzerindeki haklarını, hususiyle faiz ve masrafa dair olan iddialarını evrakı müsbiteleri ile onbeş gün içinde icra dairesine bildirmeleri gerektiği yazılır; aksi halde, hakları tapu siciliyle sabit olmadıkça, satış bedelinin paylaşmasından hariç kalacakları da ilave edilir. Bu ihtar irtifak hakkı sahiplerine de yapılır.

Açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden yirmi gün önce başlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer; ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az yirmi gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz; teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi zorunludur.

Satışa çıkarılan taşınmaz üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı yukarıdaki fıkrada yazılı oranda ise artırmaya iştiraki halinde ayrıca pey akçesi ve teminat aranmaz.

114. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları taşınmazın satış ilanı hakkında da uygulanır."

Madde 30 – 2004 Sayılı Kanun'un 127. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 127 – İlanın birer sureti borçluya ve alacaklıya ve taşınmazın tapu siciline kayıtlı bulunan ilgililerinin tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ olunur. Adresin tapuda kayıtlı olmaması hâlinde, varsa adres kayıt sistemindeki adresleri tebligat adresleri olarak kabul edilir. Bunların dışında ayrıca adres tahkiki yapılmaz, gazetede veya elektronik ortamda yapılan satış ilanı tebligat yerine geçer."

Değişiklikle, satış ilanının tebliğinde, satışa konu taşınmaz üzerinde hak sahibi olan ilgililerinin adreslerinin tapuda kayıtlı olmaması durumunda,

6099 Sayılı Kanun'la 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliğe paralel olarak, varsa adres kayıt sistemindeki adreslerinin tebligat adresleri olarak kabul edileceği hükme bağlanmakta ve gazete veya elektronik ortamda yapılan satış ilânlarının tebligat yerine geçeceği düzenlenmektedir.

Madde 31 – 2004 Sayılı Kanun'un 129. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 129 – Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Taşınmaz üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir.

Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır.

İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer."

Maddeyle, taşınırlar bakımından getirilen satış usulünün taşınmazlar bakımından da uygulanması amacıyla 2004 Sayılı Kanun'un 129. maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Böylece açık artırmaya katılımı en üst düzeye çıkarmak, malın gerçek değerinde satılmasını sağlamak ve satış masraflarının azaltılması amaçlanmıştır.

Ayrıca, teminat koşuluyla elektronik ortamda teklif verilerek de artırmaya iştirak edilebileceği hükme bağlanmaktadır.

Madde 32 – 2004 Sayılı Kanun'un 150/e maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Alacaklı, taşınır rehnin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içinde, taşınmaz rehnin satışını da aynı tarihten itibaren bir yıl içinde isteyebilir."

Madde 33 – 2004 Sayılı Kanun'un 168. maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtlar,

2. Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı,"

Maddeyle, kambiyo senetleri hakkındaki özel takip usullerinde ödeme em-

rine yazılması gereken hususları düzenleyen 2004 Sayılı Kanun'un 168. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Düzenlemeyle, 2004 Sayılı Kanun'un ilamsız takiplerde takip talebini düzenleyen 58. ve ödeme emrini düzenleyen 60. maddelerinde yapılan değişikliklerle paralellik sağlanmıştır.

Madde 34 – 2004 Sayılı Kanun'un 169/a maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "yüzde kırktan"ibaresi "yüzde yirmisinden" olarak değiştirilmiştir.

Madde 35 – 2004 Sayılı Kanun'un 170. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "yüzde kırkından" ibaresi"yüzde yirmisinden" şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 36 – 2004 Sayılı Kanun'un 171. maddesinin ikinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtlar,

2. Borcun ve takip masraflarının beş gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı,"

Değişiklikle, iflas yoluyla takipte ödeme emrine yazılması gereken hususları düzenleyen 2004 Sayılı Kanun'un 171. maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Bu düzenlemeyle, 2004 Sayılı Kanun'un ilamsız takiplerde takip talebini düzenleyen 58. ve ödeme emrini düzenleyen 60. maddelerinde yapılan değişikliklerle paralellik sağlanmıştır.

Madde 37 – 2004 Sayılı Kanun'un 243. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "116 ve 242. maddeler"ibaresi "242. madde" şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 38 – 2004 Sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

"Geçici Madde 9 – 9. maddenin ikinci fıkrası gereği ödeme yapılabilmesi için ilgilisi tarafından, anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde banka hesap numarasının bildirilmesi gerekir.".

Bu Geçici maddeyle, 2004 Sayılı Kanun'da değişiklik öngören Tasarının kanunlaşarak yürürlüğe girmesinden önce başlatılan icra takiplerinde ilgililere yapılacak ödemelerin banka hesap numaralarına yapılabilmesi için altı aylık süre tanınmaktadır. Geçiş süresi tanınması isabetli olmuştur.

"Geçici Madde 10 – Bu Kanun'un ilgili hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten önce başlatılan takip işlemleri hakkında, değişiklikten önceki hükümlerin uygulanmasına devam edilir.".

Geçici 10. madde ile Tasarının kanunlaşarak yürürlüğe girmesinden önce başlatılan takip işlemlerine değişiklikten önceki hükümlerin uygulanacağı hükmü getirilmektedir. Böylece, daha önce başlatılan takip işlemleri bakımından hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda doğabilecek tereddütler giderilmiştir.

"Geçici Madde 11 – Adalet Bakanlığı, 88. maddenin beşinci fıkrası gereğince hukuki ve teknik her türlü altyapıyı anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde tamamlar. Lisanslı yediemin depoları faaliyete geçinceye kadar o yerdeki mevcut depo ve garajlarda muhafaza işlemlerine, mevcut yönetmelik ve ücret tarifeleri çerçevesinde devam olunur.

Mevcut depo ve garajlarda muhafaza edilen ancak hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların, anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde teslim alınması için icra müdürü tarafından ilgilisine resen bildirim yapılır.

İlgilisine tebligat yapılamazsa veya verilen süre içinde mal geri alınmazsa, üç ay içinde, 88. maddenin altıncı fıkrası hükmü uyarınca satış işlemi yapılır.

Ancak, satış yapılamazsa Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilecek icra müdürünün başkanlığında kaymakamlık, belediye, ilgili yer baro başkanlığı ve ticaret odası tarafından bildirilecek birer kişinin katılımıyla oluşturulacak değer tespit komisyonu tarafından tespit edilecek değer üzerinden, yedieminin alacağına mahsup için malın mülkiyeti yediemine devredilebilir; komisyon, ekonomik bir değerinin kalmadığına karar verirse mal bir tutanakla imha edilir.

Satılan veya mülkiyeti devredilen malın bedelinden, muhafaza ve diğer giderler mahsup edildikten sonra varsa artan miktar talep halinde ilgilisine ödenir."

Geçici 11. maddeyle, Adalet Bakanlığının, 2004 Sayılı Kanun'un değişik 88. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince hukuki ve teknik her türlü altyapıyı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde tamamlaması ve lisanslı yediemin depoları faaliyete geçinceye kadar o yerdeki mevcut depo ve garajlarda muhafaza işlemlerine, mevcut yönetmelik ve ücret tarifeleri çerçevesinde devam olunmasına ilişkin geçiş hükmü getirilmektedir. Öte yandan, lisans alamayan mevcut depo ve garajlarda muhafaza edilen ancak hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiye usulüne ilişkin geçiş hükmü getirilmiştir.

6352 SAYILI, 2.7.2012 TARİHLİ KANUN[1] VE 6103 SAYILI, 14.1.2011 TARİHLİ KANUN[2] İLE İCRA ve İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE YENİLİKLER

Av. Talih UYAR • Av. Cüneyt UYAR

2.7.2012 tarihli ve 6352 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 1. 8. 9. 13/a. 18. 32., 42. 58. 60. 67. 68. 68/a. 69. 72. 82. 88. 89. 97. 99. 106. 110. 112. 114. 115. 118. 123. 124. 126. 127. 129. 150/e. 168. 169/a. 170. 171. 243. maddelerinde değişiklik yapılmış, Kanun'a 8/a maddesi ile üç geçici madde eklenmiş ve Kanun'un iki maddesi (12. ve 116.maddeleri) yürürlükten kaldırılmıştır…

Değiştirilen bu maddelerden; 8/a. 9. 58. 60. 88. 89/VII. 106. 112. 114. 115. 118. 123. 124. 126. 127. 129. 150/e. 168. 171. 243. geçici 9. geçici 11. ve bu kanun ile yürürlükten kaldırılan 12. ve 116. maddelerinin, bu Kanun'un yayım tarihi olan **5.7.2012 tarihinden 6 ay sonra,** diğer maddelerinin ise Kanun'un yayım tarihi olan **5.7.2012 tarihinde** yürürlüğe girmesi öngörülmüştür(6352 s. K. m. 106).

14.1.2011 tarihli ve 6103 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun; 23., 26., 28., 29., 31., 91., 97., 136., 179/a., 206., 288. maddelerinde değişiklik yapılmış, Kanun'a 31/a, 144/a, 153/a maddeleri eklenmiş, Kanunu'nun 206. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi –maddeye yeni bir fıkra eklenerek– ve 288. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesi, madde metninden çıkarılmış, ayrıca 24. maddesinin yedinci fıkrası, 27. maddesinin ikinci fıkrası, 92. maddesinin dördüncü fıkrası, 144. maddesinin beşinci fıkrası, 153. maddesinin üçüncü fıkrası, 257. maddesinin dör-düncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

Değiştirilen Deniz Ticaret Hukuku'na ilişkin bu maddelerin, "1.7.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği" öngörülmüştür.

Bu değişiklikler yapılırken, zaman darlığı nedeniyle -yeni Medeni Kanun'da, Borçlar Kanunu'nda, Ticaret Kanunu'nda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi- madde metinleri dil bakımından arılaştırılmamış ve Kanun'a eklenen yeni maddeler nedeniyle madde numaraları değiştirilmemiştir.

---

1 "Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun" (3. Yargı Reformu Paketi)

2 "Türk Ticaret Kanunu Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"

Bu Kanun'un niçin hazırlandığı (ya da kanuna neden gereksinim duyulduğu) TBMM'ye sunulan Hükümet Gerekçesi'nin *"genel gerekçe"* bölümünde şu şekilde ifade edilmiştir:

"İcra-iflâs mevzuatında yapılan değişiklikler kapsamında; 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununda, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birçok değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bunlar köklü ve kapsamlı bir boyuta ulaşmamıştır. Bu nedenle, Kanun, günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermekte yetersiz kalmıştır. Ayrıca doktrinde ve uygulamada, Kanun'un aksayan yönleri hakkında getirilen eleştiriler yanında, toplumda da alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin bulunmadığı yönünde şikâyetler sıkça dile getirilmektedir. Bu nedenle, Kanun'un uygulanmasına ilişkin engellerin ortadan kaldırılması, yargının hızlandırılarak günümüzün değişen sosyal ve ekonomik koşullarına uyum sağlanması, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması ve uygulamada yaşanan aksaklıkların giderilmesi amaçlanmıştır.

Tasarıda; daha modern bir icra teşkilâtı kurulması, icra dairelerindeki işlemlerde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin kullanılması, icra ve iflâs dairelerinin para ile ilişiğinin zorunlu haller dışında tamamen ortadan kaldırılması, asgari ücret tutarının altında kalan alacakların takibi için ilamsız takibe başlamadan önce, borçlunun bilinen en son adresine ödemeye davet yazısı gönderilmesi, borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için gerekli her türlü ev eşyası hacizlerinin önlenmesi, paraya çevrilme masraflarını karşılamayacak nitelikteki malların yediemin depolarına götürülmesinin önüne geçilmesi, yediemin depolarının daha verimli işletilebilmesine yönelik düzenlemeler yapılmaktadır."

Bu genel açıklamalardan sonra, şimdi 6352 ve 6103 Sayılı Kanun'larla 2004 sayılı, halen yürürlükte bulunan İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklere ve getirilen yeni hükümlere –kanunun hazırlık çalışmaları sırasında yapılan görüşmeler ile *"Madde Gerekçeleri"*nden yararlanarak– değinelim:

I. Kanun'un **1. maddesinde**[3] yapılan değişiklikle;

3 "İcra daireleri
Her asliye mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra dairesi bulunur.
Her icra dairesinde Adalet Bakanlığı tarafından atanacak bir icra müdürü, yeteri kadar icra müdür yardımcısı, icra kâtibi ile adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından görevlendirilecek mübaşir ve hizmetli bulunur.
İcra müdür ve icra müdür yardımcıları, Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. İcra kâtipleri arasından Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav sonucuna göre de icra müdür veya icra müdür yardımcılığı kadrolarına atama yapılabilir.
İcra kâtipliğine ilk defa atanacaklar, kamu görevlerine ilk defa atanacaklar için yapılacak merkezî sınavda başarılı olanlar arasından Adalet Bakanlığı'nın bu konuda yetki vereceği adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından yapılacak uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre; unvan değişikliği suretiyle atanacaklar ise uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. Unvan değişikliği suretiyle icra kâtipliğine atanacaklar tahsis edilen kadronun yüzde ellisini geçemez.

-İcra dairelerinde çalışan personelin uzmanlaşmasını sağlamak ve böylece hizmet kalitesini artırmak amacıyla, sadece icra dairelerinde çalışacak *"icra katipliği"* kadrosu yaratılmıştır.

-İcra müdür ve icra müdür yardımcıları, Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak olan *yazılı sınav* ve yine **Bakanlıkça** yapılacak *sözlü sınav* sonucuna göre atanacaktır.

İcra kâtipleri, merkezî sınavda başarılı olanlar arasından Bakanlıkça yetki verilecek **adalet komisyonları** tarafından yapılacak *uygulama* ve *sözlü sınav* sonucuna göre atanacaktır.

İcra dairelerinde görev yapan kadrolu icra kâtiplerinin yeterli olmaması durumunda, Bakanlıkça belirlenecek esaslar çerçevesinde **adalet komisyonlarınca** icra dairelerinde *zabıt kâtibi, mübaşir ve hizmetli* görevlendirilecektir.

Ayrıca, "*icra müdürü, icra müdür yardımcısı veya icra kâtibinin* izin ve hastalık gibi herhangi bir nedenden dolayı yokluğu durumunda, bu görevin **adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu** tarafından görevlendirilecek bir *yazı işleri müdürü* veya *zabıt kâtibi* tarafından yerine getirileceği" hükme bağlanmaktadır.

-İcra müdürü ve *icra müdür yardımcıları* ile *icra katipleri*nin yazılı sınav, sözlü sınav, görevlendirilme, nakil, unvan değişikliği, görevde yükselme ve diğer hususlar **yönetmelikle** düzenlenecektir.

-Adalet Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar çerçevesinde, gerektiğinde, icra dairelerinde **Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi** *Adalet Komisyonu "zabıt katibi", "mübaşir"* ve *"hizmetli"* görevlendirilecektir.

-Adalet Bakanlığı, "icra dairelerini bir arada bulundurmaya veya aynı icra mahkemesine bağlamaya" yetkili olacaktır.

II. Kanun'un **8. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen yeni fıkra**[4] uyarınca;

-"İcra ve İflas dairelerince verilen kararların *gerekçeli olarak* tutanaklara yazılacağı" öngörülmüştür.

İcra müdür ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtiplerinin, yazılı sınav, sözlü sınav, görevlendirme, nakil, unvan değişikliği, görevde yükselme ve diğer hususları yönetmelikle düzenlenir.

İcra dairelerinde, gerektiğinde, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar çerçevesinde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından zabıt kâtibi, mübaşir ve hizmetli görevlendirilir.

İcra müdürü, icra müdür yardımcısı veya icra kâtibinin herhangi bir nedenden dolayı yokluğu halinde görev ve yetkileri, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilecek yazı işleri müdürü veya zabıt kâtibi tarafından yerine getirilir.

Adalet Bakanlığı, icra dairelerini bir arada bulundurmaya ve aynı icra mahkemesine bağlamaya yetkilidir."

4 "İcra ve iflas dairelerince verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır"

Böylece bugüne kadarki uygulamada görüldüğü üzere, *alacaklının*, *borçlunun* ya da *3. kişilerin* icra dosyasına ilişkin talepleri hakkında icra ve iflas dairelerince, herhangi bir gerekçe belirtilmeden, çok defa kaşe kullanılmak suretiyle karar verilmesi önlenmek istenerek, etkin bir denetim sağlanması amaçlanmıştır.

Gerekçesi bulunmayan kararları anlamada zorlanan taraflar, bu nedenle sık sık kararlara karşı şikâyet yoluna gitmek zorunda kaldıklarından, "kararlara gerekçe yazılmak suretiyle", tarafların şikâyet yoluna daha az başvurmaları amaçlanarak şikâyete konu kararların icra mahkemesince daha çabuk değerlendirilerek, şikâyetlerin daha kısa sürede çözüme kavuşması sağlanmak istenmiştir.

III. Kanun'un **8. maddesinden sonra gelmek üzere Kanun'a eklenen 8/a maddesi** ile[5];

-"İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra/iflas iş ve işlemlerinde UYAP'ın (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin) kullanılacağı, her türlü veri, bilgi, belge ve kararların UYAP vasıtasıyla işlenileceği, kaydedilip saklanacağı" öngörülmüştür.

- " '*Usulüne göre güvenli elektronik imza*' ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu, güvenli elektronik imzanın '*elle atılan' imza* ile aynı ispat gücüne haiz olduğu, güvenli elektronik imzanın, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, '*elle atılan imza*' yerine kullanılacağı, güvenli elektronik imza ile oluşturulan belge ve kararlarda, kanunda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümlerin uygulanmayacağı" öngörülmüştür.

-"Zorunlu nedenlerden dolayı fiziki olarak düzenlenen belge veya karar-

5 "Elektronik işlemler
İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.
Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz.
Zorunlu nedenlerden dolayı fiziki olarak düzenlenen belge veya kararlar, yetkili kişilerce güvenli elektronik imzayla imzalanarak Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine aktarılır ve gerektiğinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla ilgili birimlere iletilir. Bu şekilde elektronik ortama aktarılarak ilgili birimlere iletilen belge ve kararların asılları, gönderen icra ve iflas dairesinde saklanır, ayrıca fiziki olarak gönderilmez. Ancak, belge veya kararın aslının incelenmesinin zorunlu olduğu hâller saklıdır.
Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hâllerde, icra müdürü veya görevlendirdiği personel tarafından belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek, imzalanır ve mühürlenir.
Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.
Elektronik işlemlerin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla yapılmasına dair usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir."

ların, yetkili kişilerce güvenli elektronik imza ile imzalanarak UYAP'a aktarılacağı ve gerektiğinde UYAP vasıtasıyla ilgili birimlere iletileceği, bu şekilde elektronik ortama aktarılarak ilgili birimlere iletilen belge ve kararların asıllarının, gönderen icra ve iflas dairesinde saklanacağı, ayrıca fiziki olarak gönderilmeyeceği; ancak belge veya kararın aslının incelenmesinin zorunlu olduğu hallerin saklı olduğu" belirtilmiştir.

-"Elektronik ortamdan fiziki olarak çıkartılması gereken hallerde, icra müdürü veya görevlendirdiği personel tarafından *'belgenin aslının aynı olduğu'* belirtilerek imzalanıp mühürleneceği" belirtilmiştir. Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre, "gün sonunda" bitecektir.

Elektronik işlemlerin UYAP vasıtasıyla yapılmasına dair usul ve esaslar Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılacak **yönetmelikle** düzenlenecektir…

IV. Kanun'un **9. maddesinde**[6] yapılan değişiklikle;

- İcra ve iflâs dairelerinde yaşanan bir takım aksaklıkları önlemek amacıyla *tahsilatların* ve *ödemelerin* banka aracılığı ile yapılması, icra ve iflâs dairelerinin para ile ilişiğinin en aza indirilmesi için;

a- İcra ve iflâs dairelerine yapılacak her türlü nakdi ödeme, Adalet Bakanlığı tara-fından uygun görülecek bankalarda İcra ve İflas Dairesi adına açılan hesaba yapılacaktır.

b- Haciz sırasında, *borçlu* veya *üçüncü kişiler* tarafından yapılan ödeme nedeni ile tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden *ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar* banka hesabına yatırılmak üzere, *icra veya mahkeme kasalarında* muhafaza edilecektir.

-İcra ve iflas dairelerince yapılması gereken her türlü nakdi ödeme, ilgilisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından re'sen bankaya verilecek talimat gereği yapılacaktır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilecektir.

Böylece hesaba yatırılan paralardan *alacaklıya* veya *yediemin, bilirkişi, çilingir* ve *şoför* gibi diğer ilgili kişilere ödenmesi gereken tutar, talimat verilmek suretiyle, *ilgililerin banka hesap numarasına* aktarılacaktır.

---

6 "Paranın ödenmesi ve değerli eşyanın muhafazası
İcra ve iflâs dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir.
İcra ve iflâs dairelerince yapılması gereken her türlü nakdî ödeme, ilgilisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından resen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir.
İcra ve iflas daireleri aldıkları kıymetli evrak ve değerli şeyleri kasalarında, zorunlu hâllerde ise kiralanacak banka kasalarında muhafaza ederler."

-İcra ve iflas daireleri aldıkları *kıymetli evrak* ve *değerli şeyleri kasalarında*, zorunlu hallerde ise kiralanacak *banka kasalarında* muhafaza edeceklerdir.

V. Kanun'un **13/a maddesinin 1. fıkrasında**[7] yapılan değişiklikle;

"Cumhuriyet Savcıları'nca ilk defa yapılacak teftiş sonucu düzenlenecek raporların bir örneğinin Adalet Bakanlığı'na gönderilmesine ilişkin düzenleme" 'yazışmalara ve bürokrasiye yol açtığı' gerekçesiyle madde metninden çıkarılmıştır…

VI. Kanun'un **18. maddesinin birinci fıkrasında**[8] yapılan değişiklikle;

İcra mahkemesinde görülen uyuşmazlıkların *'ivedi işlerden sayılacağı'* maddeye ayrıca eklenmiştir. *Yürürlükten kaldırılan* **1086 sayılı HUMK'un** 176. maddesinin birinci fıkrasının 11. bendi "*basit yargılama usulüne bağlı tutulan dava ve işlerin*" de adli ara vermede (tatilde) görüleceğini belirtmekteydi. **6100 sayılı** *yeni* **HMK'da** ise basit yargılama usulüne tabi olan işlerden bahsedilmeksizin ***"...kanunlarda ivedi olduğu belirtilen veya taraflardan birinin talebi üzerine, mahkemece ivedi görülmesine karar verilen dava ve işler"*** in adli tatilde görülecek dava ve işlerden olduğu kabul edilmiştir. (HMK. mad. 103/1-h). 6100 sayılı HMK.'na paralel olarak 18. maddede yapılan bu değişiklikle, icra mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların -eskiden olduğu gibi- adli tatilde görülmeleri sağlanmıştır.

VII. Kanun'un **23. maddesinde**[9] yapılan değişiklikle;

-Madde metni yeniden düzenlenmiştir. Düzenleme sonucunda önceki metnin birinci fıkrasında yer alan *"gemi ipoteklerini"* sözcüğü metinden çıkarılmıştır.

-Önceki metinde yer alan *"Taşınmaz tabiri, gemi siciline kayıtlı olan gemilere de şamildir. Diğer gemiler bu kanun hükmünce taşınır sayılır"* şeklin deki son fıkra hükmü, maddeden çıkarılmıştır.

---

7 İİK'in 13/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…diğer örneğinin ise en geç o ayın sonunda Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

8 "İcra mahkemesine arz edilen hususlar ivedi işlerden sayılırlar ve bu işlerde basit yargılama usulü uygulanır."

9 Bu Kanunun uygulanmasında;
1. "İpotek" tabiri ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar üzerindeki hususî imtiyazları ve taşınmaz eklenti üzerine rehin muamelelerini,
2. "Taşınır rehni" tabiri, teslime bağlı rehinleri, Türk Medenî Kanunu'nun 940. maddesinde öngörülen rehinleri, ticarî işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri,
3. Sadece "Rehin" tabiri, "ipotek" ve "taşınır rehni" tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini, ihtiva eder.
Açıkça öngörülen istisnalar dışında, bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler hakkında bu Kanunun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Bu Kanun uyarınca gemi siciline verilecek şerhler, Türk Ticaret Kanunu'nun 977. maddesi hükmüne tâbidir."

-Maddenin son fıkrasında, *"Açıkça öngörülen istisnalar dışında"* –bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın– bütün gemiler hakkında "İİK'in taşınırlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı" belirtilmiş olduğundan, yeni TTK'nın;

√ "Bu Kanun'da, İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tâbi olacağı açıkça bildirilen gemiler hakkında, 936. madde hükmünün uygulanmayacağı" nı belirten **937. maddesinin**,

√ "Bir sicile kayıtlı olan Türk ve yabancı bayraklı gemiler, İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınmazların satışına ilişkin hükümlerine göre, bir sicile kayıtlı olmayan Türk ve yabancı bayraklı gemiler ise taşınırların satışına ilişkin hükümleri uyarınca paraya çevrileceği"ni belirten **1383. maddesinin,**

√ "Bu kısımda özel olarak düzenlenmeyen hususlarda, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin, 936. madde ile 937. maddelerinin birinci fıkrasında öngörüldüğü şekilde uygulanacağı" nı belirten **1351. maddesinin**, gözden uzak tutulmaması gerekir.

-Maddeye, son fıkra olarak *"Açıkça öngörülen istisnalar dışında, bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler hakkında bu Kanun'un taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Bu Kanun uyarınca gemi siciline verilecek şerhler, Türk Ticaret Kanunu'nun 977. maddesi hükmüne tâbidir."* şeklinde yeni bir hüküm eklenmiştir. Böylece *"gemi siciline kayıtlı olan gemiler"* in taşınmaz, buna karşın *"gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler"* in ise taşınır kabul edilmesi ilkesinden vazgeçilerek *"bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler"* in –kanunda açıkça öngörülen istisnalar dışında– taşınır sayılması kuralı kabul edilmiştir.

Gemi, türü ne olursa olsun taşınır eşyadır. Zaten, bir taşıma aracının taşınır olmadığını düşünmek mümkün değildir. Ancak, İİK m. 23 uyarınca; gemi siciline kayıtlı gemilerin icra hukuku hükümlerinin uygulanmasında taşınmaz gibi değerlendirilmeleri, uygulamada "bu tür gemileri taşınmaz niteliğine sahip olduğu" gibi yanlış bir kanaat oluşmasına sebep olmuştur. TTK m. 936'da bu konudaki duraksamayı gidermek için *"her türlü geminin o kanunun ve diğer kanunların uygulanmasında taşınır eşya olduğu"* hüküm altına alınmıştır. TTK m. 937'de ise; gemiler hakkında kıyasen uygulanacak taşınmazlara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Uygulama Kanunu m. **41** ile **İİK m. 23, 26, 28, 29** ve **136**'da gerekli değişiklikler yapılmış ve **İİK'na 31/a, 144/a ve 153/a** maddeleri eklenmiştir. (**SEVEN,V.** "6102 s. TTK. 5. Kitap, Deniz Ticareti" (Konferans Notları, 19.06.2012, İzmir)

Ayrıca belirtelim ki; yürürlükten kalkmış bulunan 6762 Sayılı Kanun'un "*yola hazır gemilerin ihtiyati haciz yoluyla da haciz edilemeyecekleri*"ni öngören 892. maddesine paralel bir hüküm yeni TTK'da yer almadığından, artık *"yola (sefere) hazır gemiler"*in ihtiyaten ya da kesin olarak haczi müm-

kün olabileceği gibi, *"fiilen hareket etmiş (seferde) bulunan gemilerin dahi haczedilip muhafaza altına alınmaları"* müm- kün olacaktır (TTK 1366/(1), c:1; 1367/(1)).

Yeni TTK'daki bu hükümler doğrultusunda; *sicile kayıtlı olan gemiler* "taşınmaz mallar" gibi, buna karşın; *sicile kayıtlı olmayan gemiler* ise "taşınır mallar" gibi haczedilebilecektir. Hatta sicile kayıtlı olan gemilerin, haciz yazısının sicile kaydı ile haczi mümkün olabileceği gibi, fiilen de haczedilmeleri (sicile haciz yazısı bildirilme-den) –tıpkı bugün araçların haczi nasıl trafik siciline haciz yazısı gönderilerek veya fiilen haczedilerek gerçekleştiriliyorsa– mümkün olacaktır.

VIII. Kanun'un **24. maddesinde** yapılan değişiklikle;

6103 Sayılı Kanun'un 41/l. maddesiyle İİK'in 24. maddesinin *"26. maddenin 3 ve 4. fıkraları, gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler hakkında da uygulanır"* şeklindeki (yedinci) son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

IX. Kanun'un **26. maddesinde**[10] yapılan değişiklikle;

Bu maddede değişiklikten önce –"…veya bir gemi siciline kayıtlı olan geminin", "…veya gemi siciline kayıtlı olan gemiyi"- şeklinde madde metninde geçen *"gemilere ilişkin ibareler"* maddeden çıkarılmıştır.

X. Kanun'un **27. maddesinde** yapılan değişiklikle;

Bu maddede değişiklikten önce yer alan *"gemi siciline kayıtlı olan gemi, borçlunun elinde bulunmazsa alacaklı, borçlunun gemiyi işgal etmekte olan şahsa karşı sahip olduğu hakları haiz olur. Şu kadarki gemi üçüncü bir şahıs tarafından davadan sonra ve hükümden önce gemi siciline geçirilmiş bir akit sebebiyle işgal edilmekte ise birinci fıkra hükmü tatbik olunur."* şeklin deki ikinci fıkra hükmü madde metninden çıkarılmıştır.

XI. Kanun'un **28. maddesinde**[11] yapılan değişiklikle;

---

10 "Bir taşınmazın tahliye ve teslimine dair olan ilam, icra dairesine verilince icra müdürü 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde hükmolunan şeyin teslimini emreder.
Borçlu taşınmazı işgal etmekte iken bu emri tutmazsa, ilamın hükmü zorla icra olunur.
Alacaklıya teslim olunan taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu ayrıca hükme hacet kalmadan zorla çıkarılır.
Taşınmazın içinde bulunup da ilamda dahil olmayan eşya çıkarılarak borçluya teslim ve hazır değilse vekiline veya ailesi halkından veyahut müstahdemlerinden reşit bir kimseye tevdi olunur. Bunlardan da kimse bulunmazsa mezkûr eşya masrafı ileride borçluya ödetilmek üzere peşin olarak alacaklıdan alınıp emin bir yerde veya alacaklının yedinde hıfzettirilir ve icra dairesince hemen yapılacak tebligat üzerine borçlu eşyanın bulunduğu mahalde ise beş ve değil ise otuz gün içinde eşyayı almaktan veya masrafı ödemekten imtina eder yahut lüzum görülürse icra müdürü icra mahkemesinin kararıyla bunları satıp tutarından masrafı ifa eder. Fazla kalırsa borçlunun adına, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan yönetmelikte nitelikleri belirlenen bankalardan birine yatırılır."

11 "Taşınmaz davalarında hükümlerin tapu sicil dairesine tebliği
Taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine

Bu maddede değişiklikten önce *"...gemi sicil dairelerine"*, *"...veya geminin"* ve *"...tescil edilmiş gemiler hakkında da Ticaret Kanunu'nun 879. maddesinin ikinci fıkrası"* şeklinde madde metninde geçen *"gemilere ilişkin ibareler"* madde metninden çıkarılmış ve madde başlığı *"taşınmaz davalarında hükümlerin tapu sicil dairelerine tebliği"* şeklinde değiştirilmiştir.

XII. Kanun'un **29. maddesinde**[12] yapılan değişiklikle;

Bu maddede değişiklikten önce *"...veya gemide"*,*"...veya gemi"* şeklinde madde metninde geçen *"gemilere ilişkin ibareler"* çıkarılmıştır.

XIII. Kanun'un **31. maddesinde**[13] yapılan değişiklikle;

Bu maddede değişiklikten önce *"...gemi üzerindeki intifa haklarına"* ve *"...veya gemi siciline kayıtlı olan bir gemi üzerindeki intifa hakkının"* şeklinde madde metninde bulunan ve madde başlığında geçen *"gemilere ilişkin ibareler"* çıkarılmıştır. Madde başlığı *"İrtifak haklarına mütedair ilamlar"* şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

XIV. Kanun'a **31/a. maddesi**[14] olarak eklenen yeni maddeyle;

-Bütün gemilere (bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın)

---

hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir.
Taşınmaz davası üzerine verilen karar ileride davacının aleyhine kesinleşirse mahkeme, derhal bu hükmün hulasasını da tapu sicili dairesine bildirir."

12 Hükmün tapu sicili dairesine bildirilmesinden sonraki tebeddüllerin icra muamelelerine tesiri olmaz. Hükümde gösterilen şey kimin elinde ise ondan alınıp alacaklıya teslim olunur.
Şu kadar ki, o yerde bulunan üçüncü şahıs bu malı borçludan teslim almış olmayıp onu doğrudan doğruya işgal etmekte bulunduğunu bildiren bir tapu sicili kaydı gösterirse mahkemeye müracaatla dava açması için kendisine yedi gün mühlet verilir. Bu müddet içinde dava açılırsa icra geri bırakılır."

13 "İrtifak haklarına mütedair ilamlar
Bir irtifak hakkının kaldırılmasına yahut böyle bir hakkın tahmiline mütedair ilam icra dairesine verilince icra müdürü 24. maddede yazılı şekilde yedi günlük bir icra emri gönderir. Borçlu muhalefet ederse ilamın hükmü zorla icra olunur."

14 "Gemilere ve bunlarla ilgili aynî haklara ilişkin ilamların icrası
Bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemilere ve bunlarla ilgili aynî haklara ilişkin kararlar, kesinleşmedikçe icra edilemez.
Sicile kayıtlı Türk gemilerine ve bunlarla ilgili aynî haklara ilişkin davalarda davacının lehine hüküm verilirse, mahkeme, davacının istemine gerek kalmaksızın, hükmün tefhimi ile birlikte özetini gemi sicili müdürlüğüne bildirir. Hüküm, gemi siciline şerh edilir. Davada verilen karar ileride davacının aleyhine kesinleşirse, mahkeme, bu hükmün özetini de gemi sicili müdürlüğüne derhal bildirir. Sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün yabancı bayraklı gemiler bakımından mahkeme, bu fıkrada öngörülen bildirimleri, geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğuna yapar. Hükmün gemi siciline şerh edilmesinden sonra geminin zilyetliğini elde eden kişi aleyhine yeni bir ilâm alınmasına gerek olmadan, üçüncü fıkraya göre işlem yapılır.
Bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bir geminin tahliye ve teslimine ilişkin ilâm, icra dairesine verilince icra müdürü, bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde o geminin teslimini emreder. İcra emrinde; alacaklı ve borçlunun ve varsa temsilcilerinin adları ve soyadları ile yerleşim yerleri, hükmü veren mahkemenin ismi ile tahliye ve teslimine hükmolunan geminin kimliği, ilâmın tarih ve numarası ve icra mahkemesinden veya istinaf

ve bunlarla ilgili *ayni haklara ilişkin kararların* "kesinleşmedikçe icra edilemeyeceği" (takip konusu yapılamayacağı) kabul edilmiştir.

-Sicile kayıtlı Türk gemilerine ve bunlarla ilgili ayni haklara ilişkin davalarda davacının lehine hüküm verilmesi halinde, davacının istemine gerek kalmaksızın hükmün tefhimi ile birlikte özeti, gemi sicil müdürlüğüne bildirilecek ve verilen hüküm gemi siciline şerh edilecektir.

-Sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün yabancı bayraklı gemiler bakımından mahkemece, bu fıkrada öngörülen bildirimler "geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğu" na yapılacaktır.

-Bayrağına ve siciline kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın "bir geminin tahliye ve teslimine" ilişkin bir ilamın icra dairesine verilmesi halinde, icra müdürünün borçluya bir "icra emri" göndererek, 'o geminin yedi gün içinde teslimini emredeceği' öngörülmüştür. Borçlunun; **a.** Gemiye zilyet olduğu halde icra emrinin gereğini yerine getirmemesi halinde, ilam hükmü zorla infaz edilecektir. **b.** Geminin zilyedi olmaması halinde ise; **1-** Alacaklı, geminin ilamda yazılı değerinin alınmasını isteyebilecektir. Borçlu, bu değeri ödemezse ayrıca hükme gerek kalmaksızın söz konusu değer kendisinden haciz yoluyla tahsil olunacak, geminin değeri ilamda yazılı olmadığı ve taraflar bu değer üzerinde anlaşamadığı taktirde, değer icra müdürü tarafından seçilecek bilirkişi heyetine tespit ettirilecektir. **2-** Alacaklı, gemiye zilyet olan üçüncü kişiye karşı borçlunun sahip olduğu hakları kullanabilecek ancak, *"üçüncü kişi, davadan son-*

ya da temyiz yahut iadei muhakeme yoluyla görülmekte olduğu mahkemeden icranın geri bırakılması hakkında bir karar getirilmedikçe cebrî icraya devam olunacağı yazılır.
Borçlu, gemiye zilyet olduğu hâlde bu emri yerine getirmezse, ilâmın hükmü zorla tenfiz olunur.
Borçlu geminin zilyedi değilse, alacaklı aşağıda yazılı seçimlik haklardan birini kullanabilir:
1. Alacaklı, geminin ilâmda yazılı değerinin alınmasını isteyebilir. Borçlu bu değeri ödemezse ayrıca icra emri tebliğine gerek kalmaksızın, söz konusu değer kendisinden haciz yoluyla tahsil olunur. Geminin değeri, ilâmda yazılı olmadığı ve taraflar bu değer üzerinde anlaşamadıkları takdirde, icra müdürü tarafından seçilecek bilirkişi heyetine tespit ettirilir. Bilirkişi heyeti geminin kıymet takdiri sırasındaki değerini esas alır.
2. Alacaklı, gemiye zilyet olan üçüncü kişiye karşı borçlunun sahip olduğu hakları kullanabilir. Şu kadar ki, üçüncü kişi, davadan sonra ve hükümden önce gemi siciline tescil edilmiş bir sözleşmeye dayanarak gemiye zilyet ise (1) numaralı bent hükmü uygulanır.
Alacaklıya teslim olunan gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu veya üçüncü kişi, ayrıca hükme gerek kalmadan zorla çıkarılır.
Gemide bulunup da ilâma dahil olmayan eşya, çıkarılarak borçluya teslim ve bu kişi hazır değilse vekiline tevdi olunur. Bunlardan hiçbiri bulunmazsa mezkûr eşya, masrafı ileride borçluya ödetilmek üzere peşin olarak alacaklıdan alınıp emin bir yerde veya alacaklının yedinde hıfzettirilir ve icra dairesince hemen yapılacak tebligat üzerine borçlu eşyanın bulunduğu mahalde ise beş, değil ise otuz gün içinde eşyayı almaktan veya masrafı ödemekten kaçınırsa yahut gerek görülürse, icra müdürü, icra mahkemesinin kararıyla bunları satıp tutarından masrafı öder; fazlası kalırsa borçlunun adına, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan yönetmelikte nitelikleri belirlenen bankalardan birine yatırır.
Sicile kayıtlı Türk gemileri üzerinde ipotek veya intifa hakkının kurulmasına veya kaldırılmasına ilişkin ilâm, icra dairesine verilince, icra müdürü, üçüncü fıkrada yazılı şekilde yedi günlük bir icra emri gönderir. Borçlu emri yerine getirmezse, ilâmın hükmü zorla icra olunur.
Gemiye ilişkin bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ve önceki fıkra hükümlerine girmeyen ilâmların icrası hakkında 30. madde uygulanır."

ra ve hükümden önce gemi siciline tescil edilmiş bir sözleşmeye dayanarak gemiye zilyet ise" bir numaralı bent hükmü uygulanacaktır.

-Alacaklıya teslim olunan gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren *borçlu* veya *üçüncü kişi,* ayrıca hükme gerek kalmadan zorla çıkarılacaktır.

-Gemide bulunup da ilama dahil olmayan eşya, çıkarılarak borçluya teslim ve bu kişi hazır değilse vekiline tevdi olunacak, bunlardan hiçbiri bulunmazsa bu eşya, masrafı ileride borçluya ödetilmek üzere peşin olarak alacaklıdan alınıp emin bir yerde veya alacaklının yedinde saklanıp ve icra dairesince hemen yapılacak tebligat üzerine borçlu eşyanın bulunduğu mahalde ise *beş,* değilse *otuz gün* içinde eşyayı almaktan veya masrafı ödemekten kaçınırsa yahut gerek görülürse, icra müdürü, icra mahkemesinin kararıyla, bunları satıp, tutarından masrafı ödeyecek; fazlası kalırsa borçlu adına Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan yönetmelikte nitelikleri belirlenen bankalardan birine yatıracaktır.

-'*Sicile kayıtlı Türk gemileri üzerinde* "ipotek" veya "intifa hakkı" nın kurul-masına veya kaldırılmasına ilişkin ilam' icra dairesine verilince, icra müdürü, üçüncü fıkrada yazılı şekilde yedi günlük bir icra emri gönderecek, borçlu, icra emrini yerine getirmezse, ilamın hükmü zorla yerine getirecektir.

-'*Gemiye ilişkin bir işin yapılmasına ya da yapılmamasına dair olan*' ve önceki fıkra hükümlerine girmeyen ilamların icrası hakkında, 30. madde uygulanacaktır.

XV. Kanun'un **32. maddesine** -ikinci fıkra olarak- **eklenen**[15] yeni hükümle;

-*"Uluslararası ilişkilerde ortaya çıkabilecek sorunların ortadan kaldırılması a-macıyla, yabancı devlet aleyhine başlatılan ilamlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde, uluslararası antlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği hususu"* nun borçluya gönderilecek "icra emri" nde ayrıca ihtar edileceği, maddede öngörülmüştür.

-Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki; "*ilamsız takiplere mahsus ödeme emri" hakkındaki* İİK'in 60. maddesinde –ve "*kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna ilişkin ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 168. maddesinde ve "*kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takiplere mahsus ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 171. maddesinde de; "Borcun ve masrafların yatırılacağı banka hesabı"na açıklık getirmek amacıyla; *"ödeme emri"*nde, 7 gün (10 gün), (5 gün) içinde borcun ve masrafların yatırılacağı "icra dairesine ait banka hesabı" nın da bildirilmesi zorunluluğuna ilişkin değişikliğe paralel bir değişikliğin, İİK mad. 32'de de yapılması *maalesef unutulmuştur. Aynı unutma nedeniyle İİK'in 146. 149. 149/b. 155. ve 269. maddelerinde de,*

15 "Yabancı devlet aleyhine başlatılan ilamlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde uluslararası antlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği hususu ayrıca ihtar edilir."

İİK'in 60. 168. 171. maddelerinde yapılmış değişikliğe paralel bir değişikliğe yer verilmemiştir. Bu yasal boşluğun en kısa zamanda -bu maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak- giderilmesi gerekecektir…

XVI. Kanun'un **42. maddesine** –ikinci fıkra olarak- **eklenen**[16] yeni hükümle;

-"Yabancı devlet aleyhine ilamsız takip yoluna başvurulamayacağı" öngörül-müştür.

-3.Yargı Paketi içinde *"İİK Değişiklik Tasarısı"* adı altında hazırlanıp hükümetçe TBMM'ye sunulan Tasarının 6. maddesinde*;*

"Haciz yoluyla ilamsız takiplere başlanmadan önce, asıl alacak tutarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında ise alacaklı, borçlunun bilinen en son adresine iadeli taahhütlü posta yoluyla meşruhatlı ödemeye davet yazısı göndermek zorundadır. Bu ödemeye davet yazısında;

1. Alacaklının adı soyadı, varsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, adresi,

2. Talebe konu alacak veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda talep edilirse faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi,

3. Alacak, belge veya senede dayandırılıyor ise sureti, yoksa borcun sebebi,

4. Bu ödemeye davet yazısı için harcanan posta gideri,

5. Ödemenin yapılması istenen banka adı ile alacaklıya ait hesap numarası,

6. Tebliğ tarihinden itibaren beş iş günü içinde (2) numaralı bent gereği belirlenen tutar ile ödemeye davet yazısı için harcanan posta giderinin ödenmesi gerektiği,

7. Beş iş günü içinde (6) numaralı bent gereği ödenmesi gereken tutarın ödenmemesi halinde cebri icra yoluna başvurulacağı,

Hususları bildirilir.

Ödemeye davet yazısının tebliğ edilememesi veya bu davete rağmen beş iş günü içinde ödeme yapılmaması halinde icra takibine başlanabilir.

Bu maddede düzenlenen hususları incelemek görev ve yetkisi icra müdürüne aittir."

şeklinde yer alan teklif; önce **Alt Komisyon** sonra da **Adalet Komisyonu** tarafından *"2004 Sayılı Kanun'un 42. maddesine haciz yoluyla ilamsız*

16 "Yabancı devlet aleyhine ilamsız takip yoluna başvurulamaz."

takiplere baş-lanmadan önce, Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının iki katının altındaki asıl alacak tutarları açısından alacaklı, borçlunun alacaklı tarafından bilinen adresine iadeli taahhütlü posta yoluyla meşruhatlı ödemeye davet yazısı göndermek zorunluluğunu ve ödemeye davet yazısında bulunacak hususları düzenleyen fıkralar, gönderilecek ödemeye davet yazısının usulüne uygun olarak tebliğ edilip edilmediğinin tetkiki ile tebligatın usulsüz yapıldığına dair muhtemel şikayetler nedeniyle getirilen düzenlemenin iş yükünü artıracağı ve uygulamada sorunlar oluşturacağı" gerekçe gösterilerek, madde metninden çıkarılmıştır.

XVII. Kanun'un **58. maddesinin 1. fıkrası** ile **2. fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde**[17] yapılan değişiklikle;

-Takip talebinin elektronik ortamda da yapılabilmesine imkân sağlanmıştır. Böylece Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemini (UYAP) kullanan avukatlar, bürolarından icra takip talebinde bulunabileceklerdir.

-Alacaklının (veya vekilinin) takip talebinde bulunurken *"banka adını ve hesap numarasını"* da bildirmesi sağlanarak, icra dairesi tarafından yapılan tahsilatların alacaklı hesabına aktarılması amaçlanmıştır.

-Bir terekeye karşı yapılan taleplerde kendilerine tebligat yapılacak mirasçıların adı, soyadı, *biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası* veya *vergi kimlik numarası*nın bildirilmesi gerekecektir.

XVIII. Kanun'un **60. maddesinin 1. fıkrası** ile **2. fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde**[18] yapılan değişiklikle;

-İcra müdürünün, *"alacaklının takip talebi"* üzerine *"örnek: 7 ödeme emri"* düzenleyebilmesi için, *"takip talebinin Kanun'da öngörülen şartları içerip içermediğini"* incelemesi koşulu getirilmiştir.

---

17 "Takip talebi icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapılır."
"1. Alacaklının ve varsa kanuni temsilcisinin ve vekilinin adı, soyadı; alacaklı veya vekili adına ödemenin yapılacağı banka adı ile hesap bilgileri; varsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası; şöhret ve yerleşim yeri; alacaklı yabancı memlekette oturuyorsa Türkiye'de göstereceği yerleşim yeri (Yerleşim yeri gösteremezse icra dairesinin bulunduğu yer yerleşim yeri sayılır.);
2. Borçlunun ve varsa kanuni temsilcisinin adı, soyadı, alacaklı tarafından biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yeri;
Bir terekeye karşı yapılan taleplerde kendilerine tebligat yapılacak mirasçıların adı, soyadı, biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yerleri;"

18 "İcra müdürü takip talebinin bu Kanunda öngörülen şartları içerdiğine karar verirse ödeme emri düzenler. Talebin kabul edilmemesi halinde verilen karar tutanağa yazılır."
"1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, 58. maddeye göre takip talebine yazılması lazım gelen kayıtları,
2. Borcun ve masrafların yedi gün içinde icra dairesine ait ödeme emrinde yazılı olan banka hesabına ödenmesi, borç, teminat verilmesi mükellefiyeti ise teminatın bu süre içinde gösterilmesi ihtarını,"

Bilindiği gibi; İİK'in 58. maddesi gereğince, takip talebini kabul eden ve 59. madde gereğince takibin gerektirdiği masrafları ve harçları alacaklıdan peşin alan icra dairesi, borçluya tebliğ edilmek üzere -Yön. mad. 19/g gereğince –borçlu sayısından bir fazla sayıda hazırlanan- "örnek: 7 ödeme emri" düzenlemektedir. Borçluya ödeme emri gönderilmesi için alacaklının geçerli bir *takip talebi*nde bulunmuş olması gerekir. İcra müdürü, geçerli bir *takip talebi* üzerine –*"alacağın muaccel ve mevcut olup olmadığını", zamanaşımına uğrayıp uğramadığını, istenen faizin yüksek olup olmadığını incelemeksizin* derhal bir *'ödeme emri'* düzenleyip borçluya gön-dermeye mecburdur.

Maddede yapılan değişiklik sonucunda; 60. maddenin birinci fıkrası ***"İcra müdürü, takip talebinin bu Kanunda öngörülen şartları içerdiğine karar verirse ödeme emri düzenler. Talebin kabul edilmemesi halinde verilen karar tutanağa yazılır."*** şeklinde değiştirilmiş olduğundan, icra müdürlerinin alacaklının "takip talebi" nde bulunması üzerine, hemen borçluya *"örnek: 7 ödeme emri"* gönderme zorunluluğu bulunmamakta, *"İİK'de öngörülen şartları içerdiğine karar verirse"*, icra müdürü, borçluya *"ödeme emri"* düzenleyip gönderecektir.

Alacaklının takip talebini -İİK'de öngörülen şartları içermediği gerekçesiyle örneğin; *"alacaklı veya vekilinin banka hesap numarası"*nın ya da *"alacaklı veya vekilinin vergi kimlik numarası"*nın takip talebinde belirtilmemiş olması nedeniyle- kabul etmeyen icra müdürünün, *"takip talebi*ni niçin kabul etmediğini" gerekçesiyle birlikte icra tutanağında -İİK mad. 8/II uyarınca- belirtmesi gerekecektir...

*-"Borcun ve masrafların yatırılacağı banka hesabı"*na açıklık getirmek amacıyla; ödeme emrinde, 7 gün içinde borcun ve masrafların yatırılacağı *"icra dairesine ait banka hesabı"* nın da bildirilmesi öngörülmüştür.

-Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki*;* "*ilamsız takiplere mahsus ödeme emri" hakkındaki* İİK'in 60. maddesinde –ve "*kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna ilişkin ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 168. maddesinde ve "*kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takiplere mahsus ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 171. maddesinde de; "Borcun ve masrafların yatırılacağı banka hesabı" na açıklık getirmek amacıyla; *"ödeme emri"*nde, 7 gün (10 gün), (5 gün) içinde borcun ve masrafların yatırılacağı "icra dairesine ait banka hesabı" nın da bildirilmesi zorunluluğuna ilişkin değişikliğe paralel bir değişikliğin, İİK mad. 32'de de yapılması *maalesef unutulmuştur. Aynı unutma nedeniyle İİK'in 146. 149. 149/b. 155. ve 269. maddelerinde de, İİK'in 60. 168. 171. maddelerinde yapılmış değişikliğe paralel bir değişikliğe yer verilmemiştir. Bu yasal boşluğun en kısa zamanda -bu maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak- giderilmesi gerekecektir...*

XIX. Kanun'un **67. maddesinin 2. fıkrasında** yapılan değişiklik ve **maddeye -son fıkra- olarak eklenen fıkra**[19] ile;

-İcra ve İflâs Kanunu'nun diğer maddelerinde –yani; 68. 68/a. 69. 72. 89. 97. 169/a. ve 170. maddelerinde- olduğu gibi bu maddede yer alan icra inkar tazminatı oranı, günümüzün değişen ekonomik koşulları dikkate alınarak (yüksek bulunup) bu oran, *yüzde yirmi* olarak belirlenmiştir.

-Maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle; *yüzde yirmi* olarak belirlenen *"icra inkar tazminatı (kötü niyet tazminatı)"*nın tespitinde 'takiptalebi veya davadaki talebin esas alınacağı' maddeye eklenen son fıkrada açıklığa kavuşturulmuştur.

XX. Kanun'un **68. maddesinin 7. fıkrasında**[20] yapılan değişiklikle;

"İtirazın (kesin) kaldırılması" talebinin, esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde borçlunun, talebin aynı nedenlerle reddi halinde ise alacaklının, diğer tarafın talebi üzerine, *yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere* tazminata mahkum edileceği –Kanun'un 67. 68/a. 69. 72. 89. 97. 169/a. ve 170. maddelerinde yapılan değişikliklere paralel olarak- maddenin yeni şeklinde öngörülmüştür.

XXI. Kanun'un **68/a. maddesinin 8. fıkrasında**[21] yapılan değişiklikle;

"İtirazın (geçici) kaldırılması" talebinin, esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde borçlunun, talebin aynı nedenlerle reddi halinde ise alacaklının, diğer tarafın talebi üzerine *yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere* tazminata mahkum edileceği –Kanun'un 67. 68. 69. 72. 89. 97. 169/a. ve 170. maddelerinde yapılan değişikliklere paralel olarak- maddenin yeni şeklinde öngörülmüştür.

XXII. Kanun'un **69. maddesinin 5. fıkrasında**[22] yapılan değişiklikle;

"Borçtan kurtulma davası"nda haksız çıkan tarafın dava veya hükmolunan şeyin *yüzde yirmisinden* aşağı olmamak üzere tazminata hükmedileceği –Kanun'un 67. 68. 68/a. 72. 89. 97. 169/a. ve 170. maddelerinde yapılan değişikliklere paralel olarak- maddenin yeni şeklinde kabul edilmiştir.

XXIII. Kanun'un **72. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında**[23] yapılan değişiklikle;

İnkâr tazminatı oranı, Kanun'un 67. 68. 68/a. 69. 89. 97. 169/a. ve 170. maddelerinde yapılan değişikliklere paralel olarak, *yüzde yirmi* oranında kabul edilmiştir.

---

19 "...ret veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere.....
Bu kanunda öngörülen icra inkar tazminatı, kötü niyet tazminatı vb tazminatların tespitinden takip talebi veya davadaki talep esas alınır."

20 "...diğer tarafın talebi üzerine yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere..."

21 "...diğer tarafın talebi üzerine yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere..."

22 "...dava veya hükmolunan şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere..."

23 "...bu zarar herhalde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez..."
"...takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz..."

XXIV. Kanun'un **82. maddesinin birinci fıkrasının (2), (3)** ve **(12) numaralı bentlerinde**[24] yapılan ve fıkraya eklenen **(13) numaralı bent**[25] ile ve ayrıca maddeye eklenen **iki yeni fıkra**[26] ile yapılan değişikliklerle;

-"Borçlunun *'mesleki eşyası'*nın haczedilemeyeceği, bu bentte *'ekonomik faa-liyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya'* olarak öngörülmüştür. Örneğin; bir doktorun *tansiyon ölçme aleti,* bir kimyagerin *mikroskobu*, bir marangozun *keser ve testeresi,* bir bakkalın *terazisi*, terzinin *dikiş makinesi* ve *makası*, avukatın *hukuk kitapları* ve *yazı makinesi, bilgisayarı*, tenekecinin *havyası* vs. meslek için gerekli olan *tulum, önlük vb. elbiseler* de haczedilemez.

Bu bentte yani İİK 82/I-2'de haczedilemeyeceği öngörülen meslek için gerekli olan eşyalar, daha ziyade el becerisine dayalı âletler olup, *sermaye değeri yüksek olan* alet ve edevatı kapsamaz…

Ayrıca belirtelim ki; 6352 Sayılı Kanun ile İİK'in 82. maddesine eklenen yeni fıkra uyarınca "bu bentte sayılan ve haczedilemeyeceği öngörülen mesleki eşyaların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere "haczedilerek satıla-bilecektir.

Bu bendin yani İİK mad. 82/I-2'nin değişiklikten önceki *"borçlunun zatı ve mesleki için zorunlu elbise ve eşyasiyle borçlu ve ailesine lüzumlu olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyası"* nın haczedilemeyeceğine ilişkin hüküm, bugün için, bu tür eşyaların ancak parasal bir değer taşımaları (ekonomik bir değeri bulunmaları) halinde *haczedilebilmeleri*, parasal değer taşımayan (ekonomik bir değeri olmayan) eşyaların ise *haczedilememeleri gerekir…*

-" 'Borçlu *ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya'nın haczedilemeyeceği bu bentte 'para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri'* olarak öngörülmüştür.

---

24 "2. Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya,
3. Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri,"
"12. Borçlunun haline münasip evi,"

25 "13. Öğrenci bursları."

26 "Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır.
İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir."

Maddenin bu bendinin (İİK 82/I-3), 6352 sayılı Kanun'dan önceki şeklinde "haczi mümkün olmayan eşyalar" maddede *"pek lüzumlu ev eşyası"* şeklinde tanımlanmış iken, 6352 Sayılı Kanun'la yapılan yeni düzenlemede önceki metinde yer alan *"pek"* sözcüğü madde metninden çıkarılarak "pek lüzumlu" olmayıp, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için sadece *"lüzumlu eşya"* sayılabilecek eşyaların haciz dışı bırakılması amaçlanmıştır. Bunun sonucu olarak daha önce evde bulunan *buzdolabı, televizyon, çamaşır makinesi, fırın, elektrik süpürgesi* eskiden 'pek lüzumlu ev eşyası' sayılmayarak haczedilirken, bundan sonra bu tür eşyalar 'lüzumlu eşya' sayılarak haczedilmeyebilecektir...

Yüksek mahkeme -bugüne kadarki içtihatlarında- "haczedilen eşyanın -İİK. mad. 82/I-3 gereğince- 'lüzumlu ev eşyası' olup olmadığının, gerektiğinde *bilirkişi incelemesi* yapılarak saptanması gerektiğini" belirtmişti...

Borçlunun *"işyerinde"* bulunan buzdolabı, televizyon vb. eşyaların haczi mümkün olduğu gibi, *"evinde"* bulunan; kurutma makinesinin, iki kapılı buzdolabı ile LCD televizyon gibi lüks nitelikte bulunan (değeri yüksek olan) eşyaların, **kanımızca** -bu tür eşyalar borçlu ve ailesi için *"lüzumlu eşya"* niteliğinde sayılamayacağından- haczi mümkündür...

-"Maddenin *(borçlunun haline münasip evi)* ne ilişkin 12. bendinin değişiklikten önceki şeklinde ifade edilen (Ancak evin kıymeti fazla ise...) şeklindeki hüküm, bu bende ait olmaktan çıkarılarak, müstakil fıkra halinde maddeye eklenmiştir..."

-*'Öğrenci burslarının haczedilemeyeceği'* şeklinde maddeye yeni bir bent (13. bent olarak) eklenmiştir.

-Maddede; *"Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmının, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılacağı"* öngörülmüştür.

Bu nedenle;

√ *"Borçlunun mesleki eşyası"*nın (İİK 82/I-2),

√ *"Çiftçi borçlunun nakil vasıtalarının ve diğer eklenti ve ziraat aletleri"* nin ve *"çiftçi olmayan borçlunun sanat ve mesleki için lüzumlu olan alet edevat ve kitapları ile arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları"*nın (İİK 82/I-4),

√ *"Bağ, bahçe veya meyve veya sebze yetiştiricisi olan borçlunun ve ailesinin sanatı için lüzumlu bulunun âlet ve edevat"* ın (İİK 82/I-7),

√ *"Borçlunun haline münasip evi"*nin (İİK 82/I-12),

kıymetinin fazla olması durumunda, "bedelinden haline münasip bir kısmı"nın, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla "haczedilerek borçluya bırakılacağı ve daha sonra da satılacağı", maddede açıklanmıştır.

-Maddeye 'son fıkra' olarak eklenen, *"İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir"* şeklindeki yeni hükümle, haczedilmek istenen bir malın gerek *"İİK'in 82. maddesi kapsamında kalıp kalmadığını"* ve gerekse *"haczedilmezlik konusunda diğer hükümler içeren kanunlar uyarınca haczedilip haczedilmeyeceğini"* icra memurunun değerlendirebileceği esası kabul edilmiştir.

İcra memurunun, bir malın haczedilip haczedilemeyeceğini saptarken çok dikkatli davranıp, tarafların karşılıklı çıkarlarını yasa yapıcının amacı doğrultusunda bağdaştırmaya çalışması gerekir. Çünkü, gerçekte haczi mümkün olan bir malı haczetmemesi halinde, alacaklı bu işleme karşı şikâyet yoluna başvursa bile, icra mahkemesinin de hatalı bulduğu kararı bozması üzerine, yeniden haciz yapılıncaya kadar, borçlunun o malı kaçırması mümkündür. Buna karşın, gerçekte haczedilmemesi gereken bir malın haczi -özellikle, haciz işlemi ile birlikte muhafaza altına alınması- borçluyu güç durumda bırakabilir. **Kanımızca**, bir malın haczedilip haczedilemeyeceği konusunda bir duraksama belirirse, icra memurunun, alacaklı yararına davranıp, malın haczi yoluna gitmesi -o malın borçlu tarafından kaçırılmasını önleyeceği ve haciz işleminin icra mahkemesi tarafından bozulması halinde aynen borçluya geri verilmesi mümkün olduğundan daha uygun bir davranış olur.

Yargıtay bugüne kadar tüm kararlarında *"icra memurunun, bir malın haczedilip haczedilemeyeceğini takdir edemeyeceğini, alacaklının gösterdiği tüm malları haczetmesi gerektiğini, borçlunun bu işleme karşı şikâyet yoluna başvurması halinde, icra mahkemesinin, malın haczedilebilen mallardan olup olmadığına karar vermesi gerekeceğini"* belirtmiştir...

Kanun koyucu, yüksek mahkemenin bu konudaki uygulamasını öteden beri eleştiren **doktrindeki** eleştirileri dikkate alarak, maddede değişiklik yapma gereğini duymuştur...

XXV. Kanun'un **88. maddesinde**[27] yapılan değişiklikle;

-...."Haczedilen malların Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen ger-

27 "Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.
Diğer taşınır mallar, masrafı peşinen alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla, muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahsın kabulü hâlinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği takdirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değişikliği yapılabilir.
Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım

çek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edileceği" maddede öngörülmüştür.

Adalet Bakanlığı'na ait depo ve garaj bulunmayan yerlerde, alacaklının haczedilen malın borçluda bırakılmasını kabul etmemesi halinde, gideri peşin olarak kendisinden alınarak (İİK m. 95) haczedilen mal, üçüncü bir kişiye, yediemin olarak teslim edilir.

Üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır malın haciz edilmesi halinde, 4449 Sayılı Kanun'a ait hazırlık çalışmaları sırasında Komisyon tarafından hazırlanan metinde yer alan "*üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır malların, bu şahıstan alınmayıp, kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılacağına*" dair olan hüküm, maddenin TBMM'de görüşülmesi sırasında, Adalet Komisyonu'nda "*...alacaklının muvafakati ve...*" sözcükleri maddeye eklenerek değiştirilmiş ve bu değişik şekliyle -maalesef- kanunlaşmıştı. Daha sonra, 12/2/2004 tarihli ve 5092 Sayılı Kanun'la bu madde yeniden Komisyon'un düzenlediği şekle dönüştürülmek istendiyse de, Adalet Komisyonu'nda da benimsenen bu değişiklik, TBMM'de verilen bir önerge ile geri alınmıştır... **Doktrinde** "*Bir taşınır malı elinde bulunduranın, onun maliki sayılacağını öngören* İİK 97a hükmü ile *taşınır mallarda zilyetliğin mülkiyete karine teşkil ettiğini" öngören MK. 985/I hükmüne ve hayatın olağan akışına aykırı olan bu hükmün en kısa zamanda değiştirilmesinin isabetli olacağı*» belirtilmişti.

---

araçları, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz.

İcra dairesi üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırlar ise icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir.

Haczedilen mallar, Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilir. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Adalet Bakanlığının onayıyla alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşuluyla devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu depoların yönetmelikte belirlenen nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Adalet Bakanlığı tarafından verilir. Haczedilen malların muhafaza işlemleri; lisanslı yediemin depolarının kuruluşuna, bu depolarda bulunması gereken asgari niteliklere, depo için alınacak teminata, mallar için muhtemel rizikolara karşı yapılacak sigortaya; işletici olma niteliklerine, işletici lisansına, Adalet Bakanlığı tarafından bu lisansın verilmesine; Adalet Bakanlığının lisanslı işletmelerle ilgili görev ve yetkilerine; faaliyetin durdurulması ya da iptali gibi idari tedbir ve tasarruflara; bu depoların denetimine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenir. Haczedilen malların muhafazası aşamasındaki ücretler Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek tarifeyle belirlenir.

İcra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere resen bildirir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü, icra mahkemesinin kararı ile taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satar. Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar 9 uncu madde hükmüne göre muhafaza olunur. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar tetkik mercii tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür.

İcra müdürlüklerinin talebi üzerine kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan araçlar, en geç üç iş günü içinde en yakın icra müdürlüğüne teslim edilir. Aracı teslim alan icra müdürlüğü, aracın yakalanmasını isteyen icra müdürlüğüne bildirimde bulunur."

Yukarıda belirtilen, İİK'in 88. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "*...alacaklının muvafakati ve...*" ibaresi Anayasa Mahkemesi'nce 12.01.2012 T. E:2010/90, K:2012/4 sayılı kararla -Anayasa'nın 2, 13 ve 35. maddelerine aykırı bulunarak- iptal edilmişti.

6352 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle; öteden beri eleştiri konusu olmuş olan 88. maddenin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı doğrultusunda değiştirilerek *"...üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği taktirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değişikliği yapılabilir."* şeklinde düzenlenmiştir. 6352 Sayılı Kanun değişikliğinden önce, Anayasa Mahkemesi'nin T:12/01/2012 E:2010/90, K:2012/4 Sayılı Kararı ile *"alacaklının muvafakati ve..."* ibaresi madde metninden çıkarılmış oldu-ğundan ve bu ibarenin, uygulanmasından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın, Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına da karar verildiğinden, *12.01.2012 gününden itibaren* "taşınır mallarda zilyetliğin mül-kiyete karine teşkil ettiği" ilkesine ters düşen bu uygulamaya son verilmiş ve maddenin 2. fıkrasının 3. cümlesi bu şekliyle hemen yürürlüğe girmiştir.

-"Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçlarının, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece muhafaza altına alınamayacakları ve yediemin'e bırakılamayacakları" maddede yapılan yeni düzenlemede öngörülmüştür.

-Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin bu yetkilerini "Adalet Bakanlığı'nın onayıyla alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşuluyla devredebilmeleri" öngörülmüştür. Bu devir, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacak, depoların yönetmelikte belirlenen nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda *"işletme belgesi"* Adalet Bakanlığı tarafından verilecektir. Haczedilen malların muhafaza işlemleri; "lisanslı yediemin depolarının kuruluşuna, bu depolarda bulunması gereken asgari niteliklere, depo için alınacak teminata, mallar için muhtemel rizikolara karşı yapılacak sigortaya; işletici olma niteliklerine, işletici lisansına, Adalet Bakanlığı tarafından bu lisansın verilmesine; Adalet Bakanlığı'nın lisanslı işletmelerle ilgili görev ve yetkilerine; faaliyetin durdurulması ya da iptali gibi idari tedbir ve tasarruflara; bu depoların denetimine ve diğer hususlara" ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenecektir. Haczedilen malların muhafaza-sı aşamasındaki ücretler, Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek tarifeyle belirlenecektir.

-İcra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kal-mayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere resen bildirecektir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü *"icra mahkemesinin kararı ile"* taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satacak, elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenecek, artan miktar 9. madde hükmüne göre muhafaza olunacaktır. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar icra mahkemesi tarafından "basit yargılama usulüne göre" çözümlenecektir.

-İcra müdürlüklerinin talebi üzerine kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan araçlar, en geç üç iş günü içinde en yakın icra müdürlüğüne teslim edilecek, aracı teslim alan icra müdürlüğü, aracın yakalanmasını isteyen icra müdürlüğüne bildirimde bulu-nacaktır...

-6352 Sayılı Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında 88. maddenin ikinci fıkrasının *"... haczedilen taşınır malların toplam değeri Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından 16 yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının beş katından az ise muhafaza altına alınmaz, borçlu veya üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılır..."* şeklinde değiştirilmesi Hükümet Tasarısı ile teklif edilmişse de, bu değişiklik TBMM'ce benimsenmediği için yasalaşamamıştır.

XXVI. Kanun'un **89. maddesinin üçüncü ve yedinci fıkralarında**[28] yapılan değişiklikle;

-Kanun'un üçüncü fıkrasında yer alan *"yüzde kırkından"* ibaresi *"yüzde yirmi-sinden"* şeklinde –Kanun'un diğer maddelerinde yani; İİK 67. 68. 68a. 69. 72. ve 97. 169/a. ve 170. maddelerinde yapılan değişikliğe paralel olarak– *"yüzde yirmisinden"* şeklinde değiştirilmiştir.

-6352 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde; haciz ihbarnamesi, bir tüzel kişinin ya da kurumun özellikle, bankaların merkez ve şubelerinden hangisine tebliğ edilmiş ise, beyanda bulunma yükümlülüğü de yalnız ihbarnameyi alan merkez ya da şubeye ait idi. İİK mad. 89/VII'deki *merkez* sözcüğünü, bankanın merkez şubesi şeklinde anlamak gerekiyordu. Böylece, 89.madde hükmünün, özellikle bankalara karşı kötüye kullanılmasının önüne geçilmek istenmişti... Ancak, bu hükme rağmen, bir bankaya merkez şube ve ajanslarına da şamildir şeklinde bir haciz ihbarnamesi tebliğ edilirse, bankanın kendi merkez şubesi bakımından, haciz ihbarnamesine süresi içinde cevap vermesi gerekiyordu.

---

28 "...üçüncü şahıs açtığı bu davayı kaybederse, mahkemece dava konusu şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkum edilir..."
"Haciz ihbarnamesi, borçlunun hak ve alacaklarının bulunabileceği bir tüzel kişinin veya müessesenin şubesine veya tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilir. Haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği merkez, tüm şubeleri veya birimlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmakla yükümlüdür."

Ayrıca şu hususu da belirtelim ki, bankalardaki paraların haczi için, paranın bulunduğu bildirilen banka şubesine haciz ihbarnamesinin gönderilmesi gerekiyordu. Yoksa, *"ilgili banka şubelerine sorulmak üzere, Türkiye Bankalar Birliği'ne haciz ihbarnamesi gönderilmesi"* kabul edilmiyordu.

6352 Sayılı Kanun'un 18. maddesi ile İİK'in 89. maddesinin yedinci fıkrası *"Haciz ihbarnamesi, borçlunun hak ve alacaklarının bulunabileceği bir tüzel kişinin veya müessesenin şubesine veya tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilir. Haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği merkez, tüm şubeleri veya birimlerini kap-sayacak şekilde beyanda bulunmakla yükümlüdür"* şeklinde değiştirilmiştir. Ancak, bu değişiklik adı geçen Kanun'un yayım tarihi olan 05/07/2012 tarihinden 6 ay sonra yürürlüğe girecektir. Böylece 6352 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra başlayacak olan yeni dönemde haciz ihbarnamelerini bir hükmi şahsın veya müessesenin (bankanın) merkez veya şubelerine hangisine tebliğ edilmiş ise, beyanda bulunma mükellefiyeti yalnız bu ihbarnameyi tebellüğ eden merkez veya şubeye ait olmayacak, haciz ihbarnamesi, **tüzel kişinin veya müessesenin tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilecek**, haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği merkez, tüm şubeleri veya birimlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmakla yükümlü olacaktır...

-Kendilerine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişiler, *"meslek ya da banka sırrı"* gerekçesiyle, cevaptan kaçınamazlar. Cevap vermeye ve borçlunun hesabındaki parayı istendiğinde icra dairesine teslim etmeye mecburdurlar (İİK mad. 367).

XXVII. Kanun'un **91. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde**[29] yapılan değişiklikle;

İİK'in *"gemi"* ve *"gemi sicili"* sözcüklerinin geçtiği maddelerinde yapılan değişikliğe paralel olarak; maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"tapuya ve mahcuz gemi ise kayıtlı bulunduğu daireye"* ibaresi *"tapu siciline"* olarak; ikinci fıkrasında yer alan *"yukarda adı geçen daireler"* ibaresi *"tapu siciline"* olarak değiştirilmiştir.

XXVIII. Kanun'un **92. maddesinde** yapılan değişiklikle;

Maddenin –*"Yola çıkmaya hazır gemilerin cebri icra yolu ile satılamayacağı gibi, ihtiyaten haciz de edilemeyeceği"*ne ilişkin- yürürlükten kalkmış olan 6762 sayılı "*Ticaret Kanunu'nun 892. maddesi hükmü saklıdır"* şeklindeki dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

6103 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sırasında, yürürlükten kaldırılmış bulunan 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 892. maddesine paralel bir hükme, yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmemiş olduğundan, bu dü-

29 "...icra dairesi tarafından tapu siciline bildirilir.
Bu hususlar da tapu siciline bildirilir.

zenlemenin sonucu olarak da İİK'in 92. maddesinden önceki kanunun 892. maddesine atıf yapan 4. fıkrası, zorunlu olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

XXIX. Kanun'un **97. maddesinin yedinci fıkrasında**[30] ve **on üçüncü fıkrasında**[31] yapılan değişikliklerle,

-İİK'in *"gemi"* ve *"gemi sicili"* sözcüklerinin geçtiği maddelerinde yapılan değişikliğe paralel olarak; maddenin yedinci fıkrasında bulunan *"kiralanan yer veya sicile kayıtlı gemilerdeki"* ibaresi *"kiralanan taşınmaz veya gemilerdeki hapis hakkına tabi...."* şeklinde değiştirilmiştir. Bu suretle "kiralanan gemilerdeki hapis hakkına tabi eşya" ile ilgili düzenleme yalnızca *"sicile kayıtlı gemiler"*e değil *"gemi kira sözleşmesine konu olan her türlü gemiye uygulanacak nitelikte"* olduğundan, yapılan değişiklik uyarınca hükmün uygulama alanı *"her türlü gemiye teşmil edilecek şekilde"* genişletilmiştir.

-Kanun'un diğer maddelerinde –yani 67. 68. 68/a. 69. 72. 89. 169/a. ve 170. maddelerinde- yapılan değişikliğe paralel olarak maddede yer alan *"yüzde kırk"* oranı *"yüzde yirmi"* olarak değiştirilmiştir.

XXX. Kanun'un **99. maddesinde**[32] yapılan değişiklikle;

- Borçlunun elinde haczettiği malları İİK mad. 88/II uyarınca icra müdürü, ancak «alacaklı kabul ederse (muvafakat ederse) borçluda -yediemin olarak- bırakabilirken, üçüncü kişinin elinde haczettiği -ve *üçüncü kişinin üzerinde 'mülkiyet hakkına dayanarak' istihkak iddiasında bulunduğu- malları* alacaklı, *İİK m. 88/II, 4949 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce,* istese de, üçüncü kişiden alamıyor ve üçüncü kişiye «yediemin» olarak bırakıyorken, 4949 Sayılı Kanun ile *İİK mad. 88/II, c: 3'ün "üçüncü şahsın elinde bulunan mallar haczedilince, alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır"* şeklinde değiştirilmesinden sonra, bu malların, malları elinde bulunduran -ve istihkak iddiasında bulunan- üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılması ancak *"haciz talebinde bulunmuş olan alacaklının muvafakati ile"* mümkün olabilir hale gelmişti...

6352 Sayılı Kanun ile İİK'in 88/2. maddesi *"... üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği taktirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değişikliği yapılabilir."* şeklinde değiştirilmiş, bu değişikliğe paralel olarak, İİK'in 99. maddesi de *"haczedi-*

30 "kiralanan taşınmaz veya gemilerdeki hapis hakkına tabi....."

31 "...istifası geciken miktarın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere..."

32 "Haczedilen şey, borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet veya diğer bir ayni hak iddia eden üçüncü kişi nezdinde bulunursa, bu kişi yedieminliği kabul ettiği takdirde bu mal muhafaza altına alınmaz. İcra müdürü, üçüncü kişi aleyhine icra mahkemesinde istihkak davası açması için alacaklıya yedi gün süre verir. Bu süre içinde icra mahkemesine istihkak davası açılmaz ise üçüncü kişinin iddiası kabul edilmiş sayılır. Alacaklı tarafından süresinde açılan dava sonuçlanıncaya kadar, haczedilen malın satışı yapılamaz. Haczin, üçüncü kişinin yokluğunda yapılması ve üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunulması halinde de bu fıkra hükmü uygulanır."

len şey borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet veya diğer bir ayni hak iddia eden üçüncü kişi nezdinde bulunursa, bu kişi yedieminliği kabul ettiği taktirde bu mal muhafaza altına alınmaz." şeklinde değiştirilmiştir.

-Haczedilen malın üçüncü kişinin elinde bulunması halinde İİK mad. 99 uyarınca istihkak davası açılınca, alacaklının hacizli malın satışını talep edip edemeyeceği ve bu talep doğrultusunda icra müdürlüğünce hacizli malın satışının yapılıp yapılamayacağı konusunda **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi** ile *-"istihkak davaları konusunda"* verilen kararları temyizen incelediği dönemde **Yargıtay 21. Hukuk Dairesi** arasındaki görüş ayrılığına son verilmesi amacıyla maddede değişiklik yapılarak *"alacaklı tarafından süresinde açılan dava sonuçlanıncaya kadar haczedilen malın satışının yapılamayacağı"* konusunda maddeye açıklık getirilmiştir…

-"Haczin, üçüncü kişinin yokluğunda yapılması ve üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunulması halinde de, bu fıkra hükmünün uygulanacağı" maddede ayrıca öngörülmüştür.

XXXI. Kanun'un **106. maddesinin birinci fıkrasında**[33] yapılan değişiklikle;

Hacizden itibaren taşınır mallarda bir yıl olan *"satış isteme süresi"* **altı aya**, taşınmaz mallarda iki yıl olan *"satış isteme süresi"* de **bir yıla** indirilmiştir.

Bu suretle icra takibinin daha kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmıştır…

XXXII. Kanun'un **110. maddesinde**[34] yapılan değişiklikle;

-"İcra müdürü tarafından verilecek karar gereğince gerekli giderin on beş gün içinde depo edilmemesi halinde, haczedilmiş mal üzerindeki haczin kalkacağı" öngörülmüştür.

Yine yapılan değişiklikle *"hacizli malın satılması yönündeki talebin bir defa geri alınabileceği"* kabul edilmiştir.

-"Haczedilen resmi sicile kayıtlı malların, icra dairesiyle yapılacak yazışmalar sonucunda haczin kalktığının tespit edilmesi halinde, sicili tutan idare tarafından, haciz şerhinin terkin edileceği ve bu işlemin ilgili icra dairesine bildirileceği" maddeye eklenmiştir.

-"Birinci fıkra gereğince haczin kalkmasına sebebiyet veren alacaklının,

33 "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir."

34 Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya icra müdürü tarafından verilecek karar gereği gerekli gider on beş gün içinde depo edilmezse veya talep geri alınıp da kanuni müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar. Hacizli malın satılması yönündeki talep bir defa geri alınabilir.
Haczedilen resmi sicile kayıtlı malların, icra dairesiyle yapılacak yazışmalar sonucunda haczinin kalktığının tespit edilmesi hâlinde, sicili tutan idare tarafından haciz şerhi terkin edilir ve işlem ilgili icra dairesine bildirilir."
Birinci fıkra gereğince haczin kalkmasına sebebiyet veren alacaklı o mala yönelik olarak, haczin konulması ve muhafazası gibi tüm giderlerden sorumlu olur.

o mala yönelik olarak haczin korunması ve muhafazası gibi tüm giderlerden sorumlu olacağı" keza yapılan değişiklik sonucunda maddeye eklenmiştir.

XXXIII. Kanun'un **112. maddesinin birinci fıkrasında**[35] yapılan değişiklikle;

Uygulamada taşınır malların –iş yoğunluğu nedeniyle- icra dairelerince satış tale-binden sonra *bir ay içinde* satılamadığı görüldüğü için, yapılan bu değişiklikle, "taşınır malların *iki ay içinde* satılması" öngörülmüştür…

Kuşkusuz, satışı istenen taşınır malın, *satış talebinden iki ay geçtikten sonra* satılmış olması, yapılan satışın geçersizliğine (ve satışın feshinin istenmesine) neden olmaz…

XXXIV. Kanun'un **114. maddesinin üçüncü fıkrasında**[36] yapılan değişiklik ve maddeye eklenen yeni fıkralarla;

-Taşınır satışlarında satış ilanının *"elektronik ortamda"*da yapılması öngörülmüştür. Böylece "açık artırmaya katılımı artırmak, malın gerçek değerinde satılmasını sağlamak ve satış masraflarını azaltmak" amaçlanmıştır.

-Ayrıca, açık artırmaya katılımı en üst düzeye çıkarmak ve malın gerçek değerinden satılmasını sağlamak amacıyla, *"teminat verilmesi şartıyla elektronik ortamda teklif verilerek de artırmaya iştirak edilebileceği"* düzenlenmiştir.

Elektronik ortamda teklif verme;

a. Birinci ihalede; ihale tarihinden *on gün önce* başlayacak ve ihalenin tamamlanacağı *önceki gün sonunda* sona erecektir.

b. İkinci ihalede ise; birinci ihaleden sonraki *beşinci gün* başlayıp, ikinci ihalenin tamamlanacağı günden *önceki gün sonunda* sona erecektir.

İki ihale arasında *en az on günlük bir süre* bulunacaktır.

Elektronik ortamda verilecek teklifler; haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin *yüzde ellisinden az* olamayacaktır.

Elektronik ortamda teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin *yüzde yirmisi* nispetinde teminat gösterilmesi gerekecektir. Ancak; satışa çıkarılan taşınır üzerinde alacaklının alacağının haczedilen malın tah-

35 "Taşınır mallar satış talebinden nihayet iki ay" içinde satılır.

36 "Satış ilanı elektronik ortamda da yapılır."
"Açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden on gün önce başlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer; ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az on gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz; teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi zorunludur.
Satışa çıkarılan taşınır üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı yukarıdaki fıkrada yazılı oranda ise artırmaya iştiraki halinde ayrıca pey akçesi ve teminat aranmaz."

min edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde bulunması halinde, artırmaya iştirak edenin ayrıca pey akçesi veya teminat göstermesi aranmayacaktır.

Bu söylenenleri iki örnekle şöyle açıklayabiliriz:

A. Satışa çıkarılan taşınırın **birinci ihale** tarihinin; *11.01.2012,* **ikinci ihale** tarihinin ise *21.01.2012* olarak belirlendiğini farz edersek; birinci ihale için *elektronik ortamda teklif verme süresinin başlangıcı; 01.01.2012 tarihi olacak* ve *teklif verme süresi 10.01.2012 tarihinde sona erecektir.* İkinci ihale için *elektronik ortamda tekli verme süresinin başlangıcı; 16.01.2012 tarihi olacak* ve *teklif verme süresi 20.01.2012 tarihinde sona erecektir…*

B. Satışa çıkarılan taşınırın **birinci ihale** tarihinin; *11.01.2012,* **ikinci ihale** tarihinin ise *26.01.2012* olarak belirlendiğini farz edersek; birinci ihale için *elektronik ortamda teklif verme süresinin başlangıcı; 01.01.2012 tarihi olacak* ve *teklif verme süresi 10.01.2012 tarihinde sona erecektir.* İkinci ihale için *elektronik ortamda tekli verme süresinin başlangıcı; 16.01.2012 tarihi olacak* ve *teklif verme süresi 25.01.2012 tarihinde sona erecektir…*

XXV. Kanun'un **115. maddesinde**[37] yapılan değişiklikle;

-Kanun'un 114. maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, ihalenin:

√ *"İlanda belirtilen yer, gün ve saatte yapılacağı",*

√ *"Elektronik ortamda verilen en yüksek teklif esas alınarak başlatılacağı",*

√ *"Artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması (ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması) gerekeceği",*

√ *"Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satışın icra memuru tarafından geri bırakılacağı, ikinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebinin düşeceği"* öngörülmüştür…

-6352 Sayılı Kanun'la İİK'in 115. maddesinde değişiklik yapılmadan *önce-*

37 "İhalenin yapılması:
Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Satışa çıkarılan mal üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir.
Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır.
İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer."

ki dönemde; "artırmaya yazılı teklifle girilebilip girilemeyeceği" hakkında yasada bir açıklık bulunmadığından, bu konu gerek **doktrinde,** gerek **uygulamada** tartışma ve tereddüt konusu olmuştu. **Doktrinde** genellikle "*artırmaya bu şekilde katılmanın mümkün olması gerektiği*" belirtilmekteydi. **Yüksek mahkeme** de, ihaleye fiilen katılmadan -ihale günü, ihale yerine, ihale saatinde gelmeden- dışarıdan (icra dairesi vasıtasıyla) dilekçe göndererek katılmanın mümkün olduğunu -oyçokluğu ile- önce kabul etmişken, daha sonra -oybirliği ile- bu şekilde satışa katılmayı -**kanımızca**, hatalı olarak- geçersiz saymıştı. Uygulamada da, özellikle talimat yazarak (istinabe ile) yaptırılan artırmalara, takibin yapıldığı (talimat gönderen, istinabe eden) yerde bulunan alacaklının, yazılı taleple artırmaya katıldığı –örneğin; "satışa çıkarılan mallara, alacağına mahsuben ikinci artırma gününde ... TL'ye almaya talip olduğunu" bildirdiği- görülmekteydi.

İİK'in 115. maddesi *"Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Satışa çıkarılan mal üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir*" şeklinde yeniden düzenlenmiş olduğundan, yapılan açık artırmalara bundan sonra *"elektronik ortamda teklifte bulunularak da"* katılmak mümkün olabilecektir…

XXXVI. Kanun'un **116. maddesi** –Kanun'un yukarıda açıklanan 115. maddesinde yapılan değişiklik doğrultusunda- 6352 sayılı Kanun'un 105. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanun'un yeni 115. maddesinde hem *birinci artırma* ve hem de *ikinci artırma* düzenlenmiş olduğu için, yürürlükten kaldırılan 116. maddesinde düzenlenen *"ikinci artırma"* ya ilişkin hükümlerin kaldırılması gerekmiştir…

XXXVII. Kanun'un **118. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen yeni cümle**[38] ile yapılan değişiklikle;

-Kanun'un 9. maddesinde yapılan değişikliğe paralellik sağlamak amacıyla -hatırlanacağı gibi; yapılan yeni düzenleme ile *"icra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdi ödemelerin Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılacak hesaplara yapılması"* kabul edilmiş olduğundan- "icra dairesi dışında tahsil edilen paraların *en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk işgünü çalışma saati sonuna kadar*

38 "…mühlet verebilir. Daire dışında tahsil edilen paralar en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere, icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir. Satılan mal"

banka hesabına yatırılmak üzere, icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edileceği" öngörülmüştür.

-Maddenin birinci fıkrasının *"verilen mühlet içinde müşteri, bedelin hepsini vermezse, icra dairesince mal yeniden artırmaya çıkarılır ve 116. maddenin 2. fıkrası tatbik olunur"* şeklindeki son cümlesi –İİK'in 116. maddesi (6352 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sırasında yürürlükten kaldırılmış olduğu için)- madde metninden çıkarılmıştır. Yani yürürlükten kaldırılmıştır.

Yapılan değişiklikle; maddenin birinci fıkrasının dördüncü (son) cümlesinin "*verilen mühlet içinde müşteri bedelin hepsini vermezse, icra dairesince mal yeniden artırmaya çıkarılır"* şeklindeki bölümünün madde metninden çıkarılmış (yürürlükten kaldırılmış) olması isabetli olmamıştır. Çünkü bu maddenin diğer fıkra ve cümlelerinin uygulanabilmesi için –satış bedelinin ödenmemesi üzerine– *"ihalenin icra müdürlüğünce feshedilip (kaldırılıp), (taşınır) malın yeniden artırmaya çıkarılması"* zorunludur…

Maddenin değişiklikten önceki şeklinde; birinci fıkranın dördüncü (son) cümlesinde yer alan –ihale bedelinin alıcı tarafından süresinde ödenmemesi üzerine, malın yeniden artırmaya çıkarılması halinde, ihalenin yapılabilmesi için, teklif edilen bedelin (ileri sürülen peyin), yapılacak yeni artırmada (tamamlayıcı artırmada) ihale bedelinin alıcı tarafından ödenmemesi ister birinci ister ikinci artırmada olsun- *"116. maddenin ikinci fıkrasına uygun olması"* yani; %40 paraya çevirme ve paylaştırma masraflarını (ve varsa; rüçhanlı alacakları) karşılaması gerekiyordu…

Yapılan yeni değişiklikle*; "116. maddenin ikinci fıkrasına yapılan atıfla ilgili cümle, madde metninden çıkarılmış (yürürlükten kaldırılmış) olduğu için, bundan sonra İİK'in 118. maddesi uyarınca yapılacak yeni (tamamlayıcı) artırmalarda, ihalenin yapılabilmesi için; %50 paraya çevirme ve paylaştırma masraflarının (ve varsa; rüçhanlı alacakların) karşılanması"* gerekecektir…

XXXVIII. Kanun'un **123. maddesinde**[39] yapılan değişiklikle;

-Kanun'un 112. maddesinde *taşınır satışlarının satış isteme süresi konusunda yapılan* yeni düzenleme ile uyum sağlanması amacıyla, *taşınmazlarda* iki ay olan *satış süresi üç ay* olarak değiştirilmiştir.

-Kuşkusuz satışı istenen taşınmaz malın, *satış talebinden üç ay içinde icra dairesi tarafından açık artırmayla satılmaması* yani üç aydan sonra satılmış olması, yapılan satışın geçersizliğine (ve satışın feshinin istenmesine) neden olmaz…

XXXIX. Kanun'un **124. maddesinin üçüncü fıkrasında**[40] yapılan değişiklikle;

39 "Taşınmazlar, satış talebinden nihayet üç ay içinde…"

40 "Şartnameye, artırmaya iştirak edeceklerin taşınmazın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri, elektronik

Kanun'un 115. maddesinde yapılan değişikliklere paralellik sağlamak amacıyla;

"Elektronik ortamda teklif verilebilmesi için, satışa konu taşınmazın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat verilmesi gerektiği" öngörülmüştür.

Böylece haczedilen taşınmazın satışının; "daha çok kişiye duyurulması", "değerinde satılması", "alıcıların satış mahalline gelmeksizin elektronik ortamda teklif verebilmeleri", "takibin kısa sürede sonuçlandırılması" amaçlanmıştır.

XL. Kanun'un **126. maddesinde**[41] yapılan değişiklikle;

-Kanun'un 114, 115 ve 124. maddelerinde yapılan değişikliklerle paralellik sağlamak amacıyla;

√ *Satışın açık artırmayla yapılacağı hükme bağlanarak, satış ilanının elektronik ortamda da yapılmasına yönelik düzenleme öngörülmüştür.*

√ *Ayrıca, açık artırmada teklif verilebilmesine, elektronik ortamda verilebilecek tekliflerin miktarına, elektronik ortamda teklif vermenin süresine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.*

---

ortamda teklif vererek artırmaya katılacakların teminat göstermeleri gerektiği ve elektronik ortamda teklif vermeye ilişkin hususlar yazılır."

41 "Artırma ilanı, artırma hazırlıkları ve ilgililere ihtar

Satış, açık artırma ile yapılır. Birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat önceden ilan edilir.

İlan, birinci ihale tarihinden en az bir ay önce yapılır. İlan edilen metnin esasa müessir olmayan maddi hatalar nedeniyle tekrarlanması gerektiğinde, ihale tarihi değiştirilmeksizin hata ilanen düzeltilir. Ancak bu düzeltme ilanının tarihi ile ihale tarihi arasında yedi günden az zaman kalmış ise daha önce ilan edilen günden yedi iş günü sonrası için tespit edilecek günde satış yapılacağı düzeltme ilanında belirtilir. Bu düzeltme ilanı ilgililere ayrıca tebliğ edilmez.

Yapılacak ilana, satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, tahmin edilen kıymeti, bulunduğu yer; birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat; artırmaya iştirak edeceklerin haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri gerektiği; diğer bilgilerin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği hususları yazılır. Ayrıca, ipotek sahibi alacaklılarla diğer ilgililerin taşınmaz üzerindeki haklarını, hususiyle faiz ve masrafa dair olan iddialarını evrakı müsbiteleri ile onbeş gün içinde icra dairesine bildirmeleri gerektiği yazılır; aksi halde, hakları tapu siciliyle sabit olmadıkça, satış bedelinin paylaşmasından hariç kalacakları da ilave edilir. Bu ihtar irtifak hakkı sahiplerine de yapılır.

Açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden yirmi gün önce başlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer; ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az yirmi gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz; teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi zorunludur.

Satışa çıkarılan taşınmaz üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı yukarıdaki fıkrada yazılı oranda ise artırmaya iştiraki halinde ayrıca pey akçesi ve teminat aranmaz.

114. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları taşınmazın satış ilanı hakkında da uygulanır."

Yapılan yeni düzenleme ile; "ihale mahalline gelmeden elektronik ortamda teklif verilebilmesi", "satış ilanının mümkün olduğunca fazla kişiye ulaştırılabilmesi", "malın değerinde satılabilmesi" ve "borçlunun mağdur edilmeden icra takibinin kısa sürede sonuçlandırılması" amaçlanmıştır.

-Taşınmazın satışı *açık artırma ile* yapılacak, birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı *yer, gün* ve *saat* önceden ilan edilecektir.

- İlan, birinci ihale tarihinden *en az bir ay önce* yapılacak, ilan edilen metnin *esasa etkili olmayan maddi hatalar* nedeniyle tekrarlanması gerektiğinde, ihale tarihi değiştirilmeksizin hata ilanen düzeltilecektir…

-Yapılacak ilana, "*satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli nitelikleri, tahmin edilen kıymeti, bulunduğu yer; artırmaya iştirak edeceklerin haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri gerektiği, diğer bilgilerin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği*" hususları yazılacaktır…

Ayrıca, "ipotek sahibi alacaklılarla diğer ilgililerin taşınmaz üzerindeki haklarını… icra dairesine bildirmeleri gerektiği" yazılacaktır…

-*"Açık artırmaya, elektronik ortamda teklif verme yoluyla"* başlanacaktır.

Elektronik ortamda teklif verme;

a. Birinci ihalede; ihale tarihinden *yirmi gün önce* başlayacak ve ihalenin tamamlanacağı *önceki gün sonunda* sona erecektir.

b. İkinci ihalede ise; birinci ihaleden sonraki *beşinci gün* başlayıp ikinci ihalenin tamamlanacağı günden *önceki gün sonunda* sona erecektir.

İki ihale arasında en az *yirmi günlük bir süre* bulunacaktır.

Elektronik ortamda verilecek teklifler, haczedilen malın tahmin edilen kıymetİnin *yüzde ellisinden az* olamayacaktır.

Elektronik ortamda teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin *yüzde yirmisi* nispetinde teminat gösterilmesi gerekecektir. Ancak; satışa çıkarılan taşınmaz üzerinde alacaklının alacağının haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde bulunması halinde, artırmaya iştirak edenin ayrıca teminat göstermesi gerekmeyecektir.

Bu söylenenleri iki örnekle şöyle gösterebiliriz:

1- Satışa çıkarılan taşınmazın **birinci ihale** tarihinin; *31.08.2012,* **ikinci ihale** tarihinin ise *20.09.2012* olarak belirlendiğini farz edersek; birinci ihale için *elektronik ortamda teklif verme süresinin başlangıcı; 11.08.2012 tarihi olacak* ve *teklif verme süresi 30.08.2012 tarihinde sona erecektir.* İkinci ihale için *elektronik ortamda teklif verme süresinin başlangıcı; 05.09.2012 tarihi olacak* ve *teklif verme süresi; 19.09.2012 tarihinde sona erecektir*…

2- Satışa çıkarılan taşınmazın **birinci ihale** tarihinin; *31.08.2012,* **ikinci ihale** tarihinin ise *25.09.2012* olarak belirlendiğini farz edersek; birinci ihale için *elektronik ortamda teklif verme süresinin başlangıcı 11.08.2012 tarihi olacak ve teklif verme süresi 30.08.2012 tarihinde sona erecektir.* İkinci ihale için *elektronik ortamda teklif verme süresinin başlangıcı 05.09.2012 tarihi olacak* ve *teklif verme süresi 24.09.2012 tarihinde sona erecektir...*

-Taşınır satışlarında "*artırma hazırlık tedbirleri"* ni düzenleyen "Kanun'un 114. maddesinin *ikinci ve üçüncü fıkraları,* taşınmazların satış ilanı hakkında da" uygulanacaktır.

XLI. Kanun'un **127. maddesinde**[42] yapılan değişiklikle;

Satış ilanının tebliğinde, satışa konu taşınmaz üzerinde hak sahibi olan ilgililerin adreslerinin *tapuda kayıtlı olmaması* durumunda, 6099 Sayılı Kanun'la, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliğe paralel olarak, "*varsa adres kayıt sistemindeki adreslerin tebligat adresleri olarak kabul edileceği"* hükme bağlanmış ve *"bunların dışında ayrıca adres tahkiki yapılamayacağı, gazete veya elektronik ortamda yapılan satış ilanlarının tebligat yerine geçeceği"* öngörülmüştür.

XLII. Kanun'un **129. maddesinde**[43] yapılan değişiklikle;

-*Taşınır satışları* bakımından getirilen yeni satış usulünün, *taşınmazlar* bakımından da uygulanması amacıyla Kanun'un 129. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Böylece *"açık artırmaya katılımı en üst düzeye çıkarmak", "malın gerçek değerinde satılmasını sağlamak"* ve *"satış masraflarının azaltılması"* amaçlanmıştır. Ayrıca *"elektronik ortamda teklif verilerek de artırmaya iştirak edilebileceği"* öngörülmüştür.

-*Birinci* ve *ikinci ihale* icra memuru tarafından, ilanda belirtilen *yer, gün,* ve *saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden* başlatılacaktır.

Taşınmaz üç defa bağırıldıktan sonra, *elektronik ortamda verilen en yük-*

---

42 "İlanın birer sureti borçluya ve alacaklıya ve taşınmazın tapu siciline kayıtlı bulunan ilgililerinin tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ olunur. Adresin tapuda kayıtlı olmaması hâlinde, varsa adres kayıt sistemindeki adresleri tebligat adresleri olarak kabul edilir. Bunların dışında ayrıca adres tahkiki yapılmaz, gazetede veya elektronik ortamda yapılan satış ilanı tebligat yerine geçer."

43 Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Taşınmaz üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir,
Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır.
İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer."

sek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilecektir. Ancak, artırma bedelinin, malın tahmin edilen bedelinin *yüzde ellisini* bulması ve satış isteyenin alacağına *rüçhanı olan diğer alacaklar* o malla temin edilmişse, bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka *paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını* aşması gerekecektir.

Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış, icra memuru tarafından geri bırakılacaktır.

İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse, satış talebi düşecektir.

XLIII. Kanun'un **136. maddesinde**[44] yapılan değişiklikle;

-Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde TTK'nın 1383. maddesinin birinci fıkrasında yer alan temel kural tekrar edilmiş ve *"bayrağına bakılmaksızın sicile kayıtlı bütün gemilerin İİK'in taşınmazların satışına ilişkin hükümlerine tabi olacağı"* vurgulanmıştır.

Yeni düzenlemede; İİK'in 23. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinden *"gemi ipoteği"* ibaresi çıkarılmış olduğundan, bu maddenin –yani 136. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine de bu doğrultuda bir ekleme yapılmıştır.

-Maddenin önceki başlığı *"Gemiler hakkında"* iken *"Taşınmazların satışına ilişkin hükümlerin gemilere uygulanması"* olarak değiştirilmiştir.

XLIV. Kanun'un **144. maddesinde** yapılan değişiklikle;

Maddenin *"gemi siciline kayıtlı olan bir gemiyi paraya çeviren icra dairesi, onun üzerindeki ipotek ve intifa haklarına ait kayıtların sicilden terkin ve nakillerini de yaptırır"* şeklindeki beşinci fıkrası yürürlükten kaldırılarak yeni kabul edilen İİK'in **144/a** maddesine –"üçüncü fıkra" olarak- konulmuştur.

XLV. Kanun'a eklenen yeni **144/a maddesi ile**[45]**;**

-*"Paranın paylaştırılması"*na ilişkin hükümlerin (İİK 138-144) *"gemi-*

44 "Taşınmazların satışına ilişkin hükümlerin gemilere uygulanması
Taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında da uygulanır. Bu hükümlerde geçen "tapu sicili" terimi gemi sicilini, "ipotek" terimi gemi ipoteklerini ve "irtifak hakkı" terimi sicile kayıtlı gemiler üzerindeki intifa hakkını ifade eder."

45 " Paranın paylaştırılmasına ilişkin hükümlerin gemilere uygulanması
Paranın paylaştırılmasına ilişkin hükümler, gemilerin satışı hâlinde de uygulanır. Şu kadar ki, 140. madde uyarınca yapılacak sıra cetveli, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, bütün gemiler hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun 1389 ilâ 1397. maddesi hükümlerine tâbidir.
Türk gemi siciline kayıtlı olan gemiyi paraya çeviren icra dairesi, sicile kayıtlı ipotek ve intifa haklarına ait kayıtların terkin veya nakillerini yaptırır; yabancı sicile kayıtlı gemilerde, bu işlemin yapılması için geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğuna bildirimde bulunur."

ler hakkında" nasıl uygulanacağını göstermek üzere yeni 144/a maddesinin kabul edilmesi uygun görülmüştür. Bu düzenleme uyarınca "paranın paylaştırılması"*na* ilişkin İİK'in 138-144. maddelerindeki hükümler, *"bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın"* bütün gemilerin satışı halinde uygulanacaktır. Ancak, sıra cetveli bakımından, TTK'nın 1389-1397. maddelerinde gemiler için özel hükümler kabul edilmiş olduğundan, bu hükümlerin saklı tutulması gerekmiştir.

-Konu bütünlüğü sebebiyle, İİK'in 144. maddesinin (6763 Sayılı Kanun'un 42. maddesinin (j) bendi uyarınca eklenmiş) *beşinci fıkrası hükmünün,* bu maddeden –yukarıda İİK'in 144. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin açıklamamızda belirtildiği şekilde çıkartılıp yeni **144/a maddesinin ikinci fıkrasına** alınması uygun görülmüştür.

-*"Yabancı sicile kayıtlı gemiler"* bakımından, TTK'nın 1366. maddesinin dördüncü fıkrası ve 1384. maddesi hükümlerine uygun olarak, "*bu gemileri paraya çeviren icra dairesinin, sicile kayıtlı ipotek ve intifa haklarına ait kayıtların terkin veya nakillerinin yapılması için geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın Konsolosluğu'na bildirimde bulunması"* öngörülmüştür.

XLVI. Kanun'un **153. maddesinde** yapılan değişiklikle;

Maddenin "*Türk Ticaret Kanunu'nun gemi ipoteği hakkındaki 930 ve 931. maddeleri mahfuzdur"* şeklindeki üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

XLVII. Kanun'un eklenen yeni **153/a maddesi** ile[46];

-İİK'de gemilere ilişkin çok sayıda açık kurala yer verilmiş olmasına rağmen, "Beşinci Bâp"ta düzenlenen *"rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe"* ilişkin hükümlerde bu yönde bir açıklık sadece 153. maddenin üçüncü fıkrasında, ipotek alacak-lısının temerrüdü bakımından bulunmaktadır. Bu sebeple yeni 153/a maddesi kabul edilerek, *"rehnin paraya çevrilmesine ilişkin*

46 "Rehnin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerin gemilere uygulanması
Taşınır rehninin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bir gemi üzerindeki hapis hakkı ile gemi alacağının verdiği rehin hakkının paraya çevrilmesinde de uygulanır.
İpoteğin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler, gemi ipoteğinin paraya çevrilmesine de uygulanır. Bu hükümlerde geçen 'taşınmaz' terimi Türkiye'de veya yurt dışında sicile kayıtlı olan gemileri; 'tapu sicili' terimi gemi sicilini ve 'ipotek' terimi gemi ipoteklerini anlatır. Gemi ipoteklerinin paraya çevrilmesinde, geminin ihtiyaten haczedildiği veya geminin sicile kayıtlı olduğu yer icra dairesi yetkilidir.
Taşınır rehninin ve ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin müşterek hükümler, gemiler üzerindeki rehin haklarının paraya çevrilmesine de uygulanır; şu kadar ki, bu Kanunun:
1. 150/e maddesinin birinci fıkrasında öngörülen süre, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler için üç aydır.
2. 150/h maddesinin yerine Türk Ticaret Kanunu'nun 1377. maddesi uygulanır.
3. 151. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yapılacak sıra cetveli, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler için Türk Ticaret Kanunu'nun 1389 ilâ 1397 nci maddesi hükümlerine göre düzenlenir.
4. 153. maddesinin yerine Türk Ticaret Kanunu'nun 1052 ve 1053 üncü maddeleri uygulanır."

hükümlerin, TTK'da gösterilen genel kurallar doğrultusunda nasıl uygulanacağı" açıklığa kavuşturulmuştur.

-Yeni 153/a maddesinin birinci fıkrası, TTK'nın 1380. maddesinde yer alan kuralı, İİK bakımından tekrar etmektedir. Buna göre; *"hapis hakkının ve gemi alacaklısına tanınan rehin hakkının paraya çevrilmesi"* nde, taşınır rehninin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler işletilecektir; çünkü, bu rehin hakları sicile tescil edilmeyen kanunî rehin hakları niteliğindedir. Sicile kayıtlı olmayan bir gemi üzerinde sözleşme ile kurulan taşınır rehninin paraya çevrilmesinde de aynı hükümler uygulama alanı bulacaktır; çünkü, TTK'nın 936. maddesi uyarınca gemiler *"taşınır"* hükmündedir ve Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi uyarınca değiştirilen İİK'in 23. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre; gemilere *"taşınır"* hükümleri uygulanacaktır; dolayısıyla gemi üzerinde taşınır rehni de, İİK'in 145 ve devamındaki madde hükümlerine göre paraya çevrilecektir.

-Yeni 153/a maddesinin ikinci fıkrası, TTK'nın 1381. maddesinde yer verilen ilkeyi tekrarlamaktadır. Buna göre; İİK'in 148 ilâ 150/d maddeleri, gemi ipoteklerinin paraya çevrilmesinde uygulama alanı bulacaktır. TTK'nın 1013. maddesi uyarınca tescil edilebilecek kanunî ipotekler, sonuçta *"gemi ipoteği"* niteliğinde olduğundan, hükümde, kanundan ve sözleşmeden doğan bütün gemi ipoteklerini anlatmak üzere kısaca *"gemi ipoteğinin paraya çevrilmesi"* ibaresi kullanılmıştır. İİK'in 136. maddesi, sadece *"taşınmazların paraya çevrilmesi"* ne ilişkin hükümlerin gemilere uygulanması bakımından bir kural getirdiğinden, aynı kuralın İİK'in 148 ve devamındaki maddelerde düzenlenen *"ipoteğin paraya çevrilmesi"* ne ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından tekrar edilmesi uygun görülmüştür.

-Fıkranın üçüncü cümlesinde, İİK'in 148. maddesinde, yetkili icra dairesi bakımından yer alan kuralın yerine ve sadece "iki yerdeki icra dairesinin yetkisi" kabul edilmiştir. Buna göre, *birinci seçenek*, TTK'nın 1364. maddesi uyarınca *"ihtiyatî haciz kararını uygulamış olan icra dairesi"* dir; sadece "Türkiye'de sicile kayıtlı gemiler" bakımından gündeme gelen *ikinci seçenek* ise, "geminin sicile kayıtlı olduğu yer icra dairesi" dir. Dolayısıyla, İİK'in 34. maddesi, "gemi ipoteklerinin paraya çevrilmesi" nde uygulanmayacaktır.

-Yeni 153/a maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi, *"İİK'in 150/e ilâ 153. maddelerinde düzenlenen 'rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe' ilişkin müşterek hükümlerin, kural olarak, gemiler üzerindeki rehin haklarının paraya çevrilmesinde de uygulanacağını"* öngörmektedir. Ancak hükmün ikinci cümlesinde, dört bent hâlinde istisnalara yer verilmiştir: ***Birinci bentte*** yer verilen istisna uyarınca; İİK'in 150/e maddesinde öngörülen satış isteme süreleri üç aya indirilmiştir; böylece gemilerin satışına ilişkin işlemlerin kısa sürede başlatılması, gemilerin değer kaybına ve limanların gereksiz işgaline engel olunması amaçlanmıştır. ***İkinci bentte***, İİK'in uygulamada so-

runlara sebep olan 150/h maddesinin uygulanması gemiler bakımından önlenmiş ve bu hükmün yerine *"TTK'nın 1377. maddesinde kabul edilen genel ilkelerin işletileceği"* açıklanmıştır. ***Üçüncü bentte***, *"sıra cetveli bakımından yine TTK'nın 1389 ilâ 1397. maddelerinin uygulanacağı"*nın bildirilmesi uygun görülmüştür. Nihayet, ***dördüncü bentte***, İİK'in 153. maddesine 6763 Sayılı Kanun'un 42. maddesinin (k) bendi uyarınca eklenen üçüncü fıkra, atıflar düzeltilerek alınmıştır.

XLVIII. Kanun'un **168. maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde**[47] yapılan değişiklikle;

-Kambiyo senetleri hakkındaki özel takip usullerinde "ödeme emri"ne yazılması gereken hususları düzenleyen bu maddede, Kanun'un *"ilamsız takiplerde takip talebi"*ni düzenleyen 58. *ve "ödeme emri"* ni düzenleyen 60. maddelerinde yapılan değişikliklerle paralellik sağlanmıştır.

Bu suretle, borçluya gönderilecek *"örnek 10:ödeme emri"*nde;

1-*"Alacaklının veya vekilinin* ***banka hesap numarası*** *hariç olmak üzere, takip talebine yazılması gereken kayıtlar",*

2-*"Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödeme emrinde yazılı olan* ***icra dairesine ait banka hesabı*** *ödenmesi ihtarı"* yazılacaktır…

- Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki*;* "*ilamsız takiplere mahsus ödeme emri" hakkındaki* İİK'in 60. maddesinde –ve "*kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna ilişkin ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 168. maddesinde ve "*kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takiplere mahsus ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 171. maddesinde de; "Borcun ve masrafların yatırılacağı banka hesabı" na açıklık getirmek amacıyla; *"ödeme emri"*nde, 7 gün (10 gün), (5 gün) içinde borcun ve masrafların yatırılacağı "icra dairesine ait banka hesabı" nın da bildirilmesi zorunluluğuna ilişkin değişikliğe paralel bir değişikliğin, İİK mad. 32'de de yapılması *maalesef unutulmuştur. Aynı unutma nedeniyle İİK'in 146. 149. 149/b. 155. ve 269. maddelerinde de, İİK'in 60.,168., 171. maddelerinde yapılmış değişikliğe paralel bir değişikliğe yer verilmemiştir. Bu yasal boşluğun en kısa zamanda -bu maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak- giderilmesi gerekecektir…*

47 "Paranın paylaştırılmasına ilişkin hükümlerin gemilere uygulanması
Paranın paylaştırılmasına ilişkin hükümler, gemilerin satışı hâlinde de uygulanır. Şu kadar ki, 140. madde uyarınca yapılacak sıra cetveli, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, bütün gemiler hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun 1389 ilâ 1397 nci maddesi hükümlerine tâbidir.
Türk gemi siciline kayıtlı olan gemiyi paraya çeviren icra dairesi, sicile kayıtlı ipotek ve intifa haklarına ait kayıtların terkin veya nakillerini yaptırır; yabancı sicile kayıtlı gemilerde, bu işlemin yapılması için geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğuna bildirimde bulunur."

IL. Kanun'un **169/a maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesinde**[48] yapılan değişiklikle;

Kanun'un diğer maddelerinde –yani; 67. 68. 68/a. 69. 72. 89. 97. ve 170. maddelerinde- olduğu gibi, bu maddede yer alan yüzde kırk *icra inkar tazminatı* oranı, günümüzün değişen ekonomik koşulları çerçevesinde yüksek bulunarak, bu oran *yüzde yirmi* olarak belirlenmiştir.

L. Kanun'un **170. maddesinin üçüncü fıkrasında**[49] yapılan değişiklikle;

Kanun'un diğer maddelerinde –yani; 67. 68. 68/a. 69. 72. 89. 97. ve 169/a. maddelerinde- olduğu gibi, bu maddede yer alan yüzde kırk *icra inkar tazminatı* oranı, günümüzün değişen ekonomik koşulları çerçevesinde yüksek bulunarak, bu oran *yüzde yirmi* olarak belirlenmiştir.

LI. Kanun'un **171. maddesinin ikinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde**[50] yapılan değişikliklerle;

-Kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takiplerde *"ödeme emri"*ne yazılması gereken hususları düzenleyen bu maddede, Kanun'un *"ilamsız takiplerde takip talebi"*ni düzenleyen 58. ve *"ödeme emri"*ni düzenleyen 60. maddelerinde yapılan değişikliklerle paralellik sağlanmıştır.

Bu suretle; borçluya gönderilecek *"örnek:12 ödeme emri"*nde;

1. *Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtlar,*

2. *Borcun ve takip masraflarının beş gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı,* yazılacaktır…

-Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki*;* "*ilamsız takiplere mahsus ödeme emri" hakkındaki* İİK'in 60. maddesinde –ve "*kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna ilişkin ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 168. maddesinde ve "*kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takiplere mahsus ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 171. maddesinde de; "Borcun ve masrafların yatırılacağı banka hesabı" na açıklık getirmek amacıyla; *"ödeme emri"*nde, 7 gün (10 gün), (5 gün) içinde borcun ve masrafların yatırılacağı "icra dairesine ait banka hesabı"nın da bildirilmesi zorunluluğuna ilişkin değişikliğe paralel bir değişikliğin, İİK mad. 32'de de yapılması *maalesef unutulmuştur. Aynı unutma nedeniyle İİK'in 146. 149. 149/b. 155. ve 269. maddelerinde de, İİK'in 60. 168. 171. maddelerinde yapılmış değişikliğe paralel bir değişikli-*

48 "…borçlu, diğer tarafın isteği üzerine takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir."

49 "…borçlu sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere…"

50 "1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtların
2. Borcun ve takip masraflarının beş gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı,"

ğe yer verilmemiştir. Bu yasal boşluğun en kısa zamanda -bu maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak- giderilmesi gerekecektir...

LII. Kanun'un **179/a maddesinde**[51] yapılan değişiklikle;

-Bir taraftan TTK'nın 376 ve 377. maddelerinin getirdiği sisteme uyum sağlanabilmesi, diğer taraftan iflâsın ertelenmesine ilişkin mevcut hükmün uygulamada ortaya çıkardığı bazı sorunlara çözüm getirebilmek amacıyla, İİK'in 179/a maddesi *yeniden* düzenlenmiştir.

Düzenlemenin *en önemli yeniliği*, iflâsın ertelenmesi istemi üzerine, kayyımın tensip tutanağı ile atanmasının ve görevlerinin belirlenmesinin zorunlu hâle getirilmiş olmasıdır. Böylece, istemle birlikte şirketlerde ve kooperatiflerde yönetim kurulunun prosedür süresince alacaklıların ve diğer menfaat sahiplerinin zararına hareket etmeleri önlenmiş olacaktır. Bu husus, uygulamada büyük şikayetlere sebep olmuştur. Değişiklikten önce; (maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde) kayyım, erteleme kararı verilirse, bu kararla birlikte atanıyordu... *İkinci yenilik*, iyileştirme projesinin uygulanmasının ve iyileştirmenin sonuç verip vermeyeceğinin mahkemece izlenmesidir. Bu izlemenin pratik önemi; mahkemenin *"iyileştirmenin mümkün olamayacağı"* kanaatine varması hâlinde, erteleme kararını kaldırmasıdır. Bu suretle *hem* projenin sonuç alacak şekilde uygulanması teşvik edilmek *hem de* bir defa ertelenen iflâsın, alınan sonuçlar ne olursa olsun, sürenin bitimine kadar hükmî ifa doğurmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Madde, bunun dışında çeşitli koruma ve şeffaflık hükümlerini içermektedir.

LIII. Kanun'un **206. maddesine eklenen yeni fıkra**[52] ile;

Gemilerin cebrî icra yoluyla satışında *sıra cetvelinin*, "TTK'nın 1389 ilâ 1397. maddelerine göre düzenlenmesi" öngörülmüştür. Bu kuralın, uygulamada açıklık sağlamak üzere, İİK'de da vurgulanması uygun bulunmuştur. Bu sebeple yeni düzenlenen 144/a maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ve 153/a maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü bendinde, *"TTK'nın sıra cetve-*

51 "Mahkeme, iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylanması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır.
Kayyımın atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları ve iflâsın ertelenmesine ilişkin talep 166. maddenin ikinci fıkrasındaki usul ile mahkeme tarafından ilân ve ticaret siciline tescil ettirilir. Mahkeme bu arada erteleme talebini karara bağlar.
İflâs ertelenmişse kayyım her üç ayda bir şirketin projeye uygun olarak iyileştirme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder, mahkeme bu rapor üzerine veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporuna göre, erteleme istemini değerlendirir ve iyileştirmenin mümkün olamayacağı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır."

52 "Gemilerin paraya çevrilmesi halinde yapılacak sıra cetveli, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler için Türk Ticaret Kanunu'nun 1389 ila 1397. maddeleri hükümlerine göre düzenlenir.

line ilişkin hükümleri" açıkça saklı tutulmuştur. Bu ilkeye uygun olarak, İİK'in 206. maddesine 4949 Sayılı Kanun'la eklenen "son fıkradan sonra gelmek üzere" *yeni bir fıkra* eklenmesi uygun bulunmuştur. Bu fıkrada da "TTK'nın sıra cetveline ilişkin hükümleri" saklı tutulmaktadır. Bu ekleme yapılınca, 206. maddenin üçüncü fıkrasına 6763 Sayılı Kanun'un 42. maddesinin (p) bendi uyarınca eklenen *ikinci cümlesine* gerek kalmadığından, anılan cümle hükmü metinden çıkarılmıştır.

LIV. Kanun'un **257. maddesinde**[53] yapılan değişiklikle;

-İİK'in 257. maddesinin "*Gemi alacaklıları, donatanın yalnız mahdut ayni surette mesul olduğu hallerde, ancak mesuliyete mevzu teşkil eden mal ve haklara ihtiyati haciz koydurabilirler. Donatanın aynı zamanda şahsen mesul olduğu haller bundan müstesnadır. Şu kadar ki, donatanın şahsi mesuliyeti bir miktar ile mahdut ise gemi alacaklıları ancak bu miktar için donatanın diğer mallarını haczettirebilirler."* şeklindeki dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

-Aynı şekilde İİK'in 257. maddesinin *"Yük alacaklıları hakkında da yukarki fıkra hükmü kıyas yoliyle tatbik olunur."* şeklindeki beşinci fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni TTK'nın 1350-1400. maddelerinin oluşturduğu "8. KISIM" da, deniz takip hukukunun temel esasları düzenlenmiştir. Bu kısımda; *"gemilerin ihtiyati haczi(TTK m.1352-1376), gemi rehninin paraya çevrilmesi(TTK m.1377-1381),gemilerin haczi"(TTK.m.1382),"gemilerin paraya çevrilmesi"(TTK. m.1383-1388),"sıra cetveli"(TTK. m. 1389-1397),"ilamlı icra"(TTK. m.1399),*ve *"ilamsız icra" (TTK.m.1400),*yani *"gemilerin cebri icra işlemlerine ne şekilde konu olacağı"* hakkında özel hükümler sevk edilmiştir. Dolayısıyla deniz hukukunun bir alt dalı olan *deniz takip hukuku* açısından bu kısım hükümleri "özel hüküm" niteliğinde olacak ve öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu kısımda hüküm bulunmayan hallerde ise genel icra hukuku hükümleri (İİK) uygulama alanı bulacaktır (TTK m. 1351). (**SEVEN,V.** a.g konferans s:49)

LV. Kanun'un **288. maddesinde** yapılan değişiklikle;

Kanun'un 288. maddesinin birinci fıkrasının *"bu şerh, Türk Ticaret Kanunu'nun 879. maddesindeki şerhin hukuki neticesini meydana getirir."* şeklindeki dördüncü cümlesi, madde metninden çıkarılmıştır.

53 Rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklar ile diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir.
Vadesi gelmemiş borçtan dolayı yalnız aşağıdaki hallerde ihtiyatî haciz istenebilir:
1. Borçlunun muayyen yerleşim yeri yoksa;
2. Borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadiyle mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa;
Bu suretle ihtiyatî haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder.

Madde metninden çıkarılan bu cümle, İİK'nin yeniden düzenlenen 23. maddesinde "*.... bu kanun uyarınca gemi siciline verilecek şerhler* –yürürlükten kalkmış bulunan TTK'nın 879. maddesinin yeni kanunda yerini almış bulunan- *TTK'nın 977. maddesi hükmüne tabidir.*" *şeklinde düzenlenmiştir.*

LVI. Kanun'un **geçici 9. maddesinde**;

"İİK.'nun dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrası gereği ödeme yapılabilmesi için, ilgilisi tarafından, anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten ***itibaren altı ay içinde*** *banka hesap numarasının bildirilmesi"* öngörülmüştür.

LVII. Kanun'un **geçici 10. maddesinde**;

-"Bu Kanunun ilgili hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten önce başlatılan takip işlemleri hakkında, değişiklikten önceki hükümlerin uygulanmasına devam edileceği" öngörülmüştür.

Kabul edilen bu hükümle; *"eski takip"* (Kanun'un yürürlük tarihinden önceki; yani 05.07.2012 tarihinden önceki takipler) ve *"yeni takip"* (Kanun'un yürürlük tarihinden sonraki; yani 05.07.2012 tarihinden sonraki takipler) ayrımı yapılmaksızın, eski takiplerde de *başlatılmış olan* ***takip işlemleri*** hakkında değişiklikten önceki hükümlerin uygulanmasına devam edilecek, buna karşın eski takiplerde Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten (yani 05.07.2012 tarihinden) sonra yapılacak **takip işlemleri** hakkında, değişiklikten sonraki (yeni) hükümler uygulanacaktır.

Bilindiği gibi *"icra takip işlemleri"*, **doktrinde** *; «icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesini sağlayacak nitelikte olan işlemler»* şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlamadan anlaşıldığı gibi, *icra takip işleminin* öğeleri (unsurları) şunlar olmaktadır:

a. İcra takip işlemi, *icra organları (icra dairesi, icra mahkemesi ve genel mahkemeler)* tarafından yapılmış olmalıdır. Bu nedenle, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişiler tarafından yapılan işlemler, «icra takip işlemi» değildir.

b. Bu işlemler, *borçluya* karşı yapılmış olmalıdır.

c. *Alacaklıyı amacına yaklaştırıcı nitelikte* sonuç doğurmalıdır.

Yukarıda belirtilen nitelikleri taşıyan şu işlemler, *icra takip işlemi* sayılmaktadır: "Tebliğler (ödeme ve icra emri tebliği, 103 davet kâğıdı tebliğleri, tahliye emri tebliğleri), haciz işlemleri, paraya çevirme işlemleri, borçluya süre (mehil) verme, depo kararı, itirazın kaldırılması. Buna karşın; *"tahliye"* nin icra takip işlemi sayılıp sayılmayacağı **doktrinde** tartışmalıdır. **Kanımızca**, tahliyeyi, *"icra takip işlemi"* sayan görüş daha isabetlidir.

Fakat, şu işlemler *"icra takip işlemi"* sayılmamaktadır: Alacaklının, takip talebinde bulunması, haciz ve satış isteminde bulunması, itirazın kaldırılmasını istemesi, üçüncü kişilerin istihkak iddiasında bulunmaları, icra dairelerinin

alacaklının bu taleplerini alması, paraların paylaştırılması, borçlunun mal beyanında bulunması, borçlunun ödeme emrine itirazda bulunması, borçlunun bu beyanlarının icra dairesi görevlilerince tutanağa geçirilmesi, yasanın öngördüğü durumlarda, ilgili kişiye talebi üzerine ya da doğrudan doğruya belge, makbuz, ilmühaber, örnek verilmesi ya da bir belgenin onaylanması (İİK. mad. 8/II, 60/III, 62/IV, 64, 78/III, 104/II, 144/III, 176 a/I, II, 176 b/II), takiple ilgili sonucu olmayan ve yapılmaları bir takip işleminin geçerlik koşulu niteliğinde dahi bulunmayan ihtarlar, ihbarlar, bildirimler (İİK. mad. 86/I, 94/I, 104/III, 146, 276/II, 36/I, 96/I, 97/XIV, 118/I, 128/I, 130, 133, 269 c/III.)

Alacaklının mahkemeden alıp icra dairesine uygulattığı *ihtiyati haciz kararı* icra takip işlemi sayılır mı? **Yargıtay** bunu icra takip işlemi saymamaktadır. **Doktrinde** ise durum tartışmalıdır.

Kanımızca, mahkemeden alınan ihtiyatî haciz kararının borçlu hakkında uy-gulanmasında, az önce belirtilen *icra takip işlemleri*nin tüm öğeleri (unsurları) bulunduğundan, bunun icra takip işlemi olduğunda kuşkuya düşmemek gerekir.

Takip dosyasında yapılmış veya yapılacak olan işlemin niteliğine göre yani; bu işlemin *takip işlemi* sayılıp sayılmamasına göre bu işlem hakkında *yeni* Kanun'un mu yoksa *eski* (önceki) Kanun'un mu uygulanması gerekeceğinin saptanması gerekecektir.

- İcra ve İflas Kanunu değişikliğinin ne zaman yürürlüğe gireceğini yukarıda açıklanmaya çalışıldığı şekilde düzenlemiş olan **geçici 10. madde** "*isabetli ve kolay uygulanabilir*" bir çözüm getirmemiştir…

Halbuki **538 Sayılı Kanun'un** (R.G. 06.03.1965) **geçici 1. maddesinde** "*bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, takip hangi safhada ise, bu safhanın tamamlanmasına kadar eski Kanun hükümleri uygulanır*" denilmiş, geçici 2. maddesinde ise "icra takibinin birinci, ikinci ve üçüncü safhaları" düzenlenmişti…

3222 Sayılı Kanun'un (R.G. 15.06.1985) **geçici maddesinin (a) bendinde** "*Kanunun değiştirilen maddelerinin, Kanunun yürürlüğünden sonra yapılacak takipler hakkında uygulanacağı*" belirtilmişti…

6352 Sayılı Kanun'un tercih ettiği yeni bir kavram olan "*takip işlemi*" sözcüklerinin içeriği, hem doktrinde ve hem de Yargıtay içtihatlarında çok tartışmalı, üzerinde görüş birliğine varılmamış olduğundan, geçici 10. maddenin isabetli bir hüküm olduğu söylenemez… Bu konuda; "*Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak takip ve açılacak davalar hakkında yeni Kanunun uygulanacağı*"nın öngörülmesi çok pratik bir çözüm olurdu…

LVIII. Kanun'un **geçici 11. maddesinde**;

-**"***Adalet Bakanlığı'nın, 88. maddenin beşinci fıkrası gereğince hukuki*

ve teknik her türlü altyapıyı anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde tamamlayacağı, lisanslı yediemin depoları faaliyete geçinceye kadar o yerdeki mevcut depo ve garajlarda muhafaza işlemlerine, mevcut yönetmelik ve ücret tarifeleri çerçevesinde devam olunacağı",

-"Mevcut depo ve garajlarda muhafaza edilen ancak hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların, anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde teslim alınması için icra müdürü tarafından ilgilisine resen bildirim yapılacağı, ilgilisine tebligat yapılamazsa veya verilen süre içinde mal geri alınmazsa, üç ay içinde, 88. maddenin altıncı fıkrası hükmü uyarınca satış işlemi yapılacağı"

-"Ancak, satış yapılamazsa Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilecek icra müdürünün başkanlığında kaymakamlık, belediye, ilgili yer baro başkanlığı ve ticaret odası tarafından bildirilecek birer kişinin katılımıyla oluşturulacak değer tespit komisyonu tarafından tespit edilecek değer üzerinden, yedieminin alacağına mahsup için malın mülkiyeti yediemine devredilebileceği; komisyon, ekonomik bir değerinin kalmadığına karar verirse mal bir tutanakla imha edileceği"

-"Satılan veya mülkiyeti devredilen malın bedelinden, muhafaza ve diğer giderler mahsup edildikten sonra varsa artan miktarın talep halinde ilgilisine ödeneceği" öngörülmüştür…

LIX- Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki; "*ilamsız takiplere mahsus ödeme emri" hakkındaki* İİK'in 60. maddesinde –ve "*kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna ilişkin ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 168. maddesinde ve "*kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takiplere mahsus ödeme emri"* hakkındaki İİK'in 171. maddesinde de; "Borcun ve masrafların yatırılacağı banka hesabı" na açıklık getirmek amacıyla; *"ödeme emri"*nde, 7 gün (10 gün), (5 gün) içinde borcun ve masrafların yatırılacağı "icra dairesine ait banka hesabı"nın da bildirilmesi zorunluluğuna ilişkin değişikliğe paralel bir değişikliğin, İİK mad. 32'de de yapılması *maalesef unutulmuştur. Aynı unutma nedeniyle İİK'in 146. 149. 149/b. 155. ve 269. maddelerinde de, İİK'in 60. 168. 171. maddelerinde yapılmış değişikliğe paralel bir değişikliğe yer verilmemiştir. Bu yasal boşluğun en kısa zamanda -bu maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak- giderilmesi gerekecektir…*

LX- 6352 sayılı Kanunun **106. maddesi,** bu kanun ile yapılmış olan değişiklikleri "*ne zamandan itibaren uygulanacağı"*nı –yani hangi takipler hakkında 2004 sayılı İİK'in uygulanmasına devam edileceğini, hangi takipler hakkında ise 6352 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin uygulanacağını- belirtmektedir.

Yapılan düzenlemeye göre;

a. 3. 4. 9. 10. 17. 21. 23. ila 33. maddeleri ile 36. ve 37. maddeleri, 18. maddesiyle değiştirilen 2004 Sayılı Kanun'un 89. maddesinin yedinci fıkrası, 38. maddesiyle 2004 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. ve geçici 11. maddeleri ile 105. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi yayımı tarihinden altı ay sonra,

b. Diğer maddeleri yayımı tarihinde, yürürlüğe girecektir.

TÜRK HUKUK DEVRİMİ LAİKLİK VE POSTMODERNİZM

Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR[1]

Giriş

Kemalist Cumhuriyet'in yapılandırılmasını sağlayan hukuksal reform, Türk Toplumunun evrilmesiyle ister istemez değişmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuyla başlayan yapılanmanın, dünya toplumlarıyla birlikte geldiği yeri de gözeterek, geçmişten günümüze izlerini takip etmeye çalışmak belki de şimdilerde içinde bulunduğumuz hukuksal kaosu daha iyi anlamlandırmamızı sağlayabilir.

Gerçekten çoklu hukuk sistemlerinin aynı anda uygulandığı Osmanlı İmparatorluğu'ndan, Türkiye Cumhuriyeti'ne dönüşüm; aynı zamanda toplumsal koşulların değişimiyle birlikte çoklu hukuk sisteminden, laik hukuk birliğine geçiş sürecidir. Çağdaş dünyanın küreselleşmeyle bütünleşik post modern yapılandırılma sürecinden, tüm kurumlar gibi hukuk sistemleri de etkilenmiştir. Yaptığımız bu genel değerlendirme de; Çağdaş Laik Türk Hukuk sisteminin tarihsel gelişim süreci kısaca özetlenerek, toplumsal koşullardaki post modern değişimlerin, hukuk sistemlerinde yarattığı karşılıklı etkileşim ve sonuçlara özet bir bakış açısı ortaya konmaya çalışılacaktır.

1. Çoklu Hukuk Sisteminden Hukuk Birliğine: Türk Hukuk Devrimi

1.1. Bir Toplumsal Mühendislik Aracı Olarak Hukuk Düzeni

Türk hukuk tarihi incelendiğinde hukuk düzenlerinin toplumsal koşullara bağlı olarak değiştiği görülmektedir. Tarihsel süreç içinde toplum koşulları hukuk düzenini, hukuk düzeni toplum koşullarını karşılıklı olarak etkiler. Toplumların durağan olmadığı bir gerçektir. Toplumsal düzeni sağlayan türlü sosyal kontrol araçlarının, yani din, ahlak, örf-adet ve hukukun yetersiz ve etkisiz kaldığı durumda değişme kaçınılmaz bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Böylece eski alışkanlıkların, davranış kalıplarının terk edildiği, yenilerinin benimsendiği ve dolayısıyla eski kuralların değiştiği ya da ortadan kalktığı görülür. Sosyal kontrolün en etkin aracı olan hukuk kuralları da bu değişmeden nasibini alır[2].

Hukuk düzeni üzerinde bilinçli bir denetim, insan zekâ ve bilincini toplumsal süreci refah toplumuna götürecek bir araç kılar. Bu alanda norm ve yaptırım yaratacak örgütlerin gelişmesi, toplumsal süreç üzerinde akli bir de-

1 Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, gonulbalkir@yahoo.com

2 Ülker Gürkan; Hukuk Sosyolojisine Giriş, Ankara, 1999, s. 70-71.

netim için gerekli potansiyeli sağlar. Normatif düzenin devlet eliyle bilinçli kullanımı sayesinde toplum akli ve bilinçli çabalarla kendini değiştirme gücüne sahip olur ki bu çalışmaya toplumsal mühendislik adı verilir.

Hukukun bir sosyal mühendislik aracı olarak kullanılması, I. ve II. Dünya savaşlarından sonra gerek sosyalist gerek sosyal refah devletine ulaşmak üzere kanun koyucular tarafından sıkça bir biçimde kullanılmaya başlanmıştır[3]. Hukukun bir sosyal mühendislik aracı olarak kullanılmasının en ilginç ve en kapsamlı örneği hiç kuşkusuz Türk hukuk devrimidir.

1.2. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Çoklu Hukuk Sistemi

İslamiyet'ten önceki Türk hukuk tarihi incelendiğinde, eski Türk devletlerinin siyasal yaşam ve hukuk düzeni açısından teokratik bir nitelik taşımadıkları görülür[4]. Orhun kitabeleri, M.S. 730-734 tarihleri arasında dikilmiştir. Bunlar içinde sadece Doğu Türkistan'da bulunan ve Uygurlar dönemine ait olan hukuk belgeleri bu dönemin hukukunu anlatmaktadır. Uygurlar döneminde yapılan satım, kefalet, evlat edinme, vefalı satış, trampa, faizli ödünç verme gibi birçok hukukî işlemle ilgili belgeler, Uygur dönemi özel hukuku hakkında doğrudan çok kıymetli bilgiler vermektedir[5].

On birinci asırda kaleme alınan, bu dönemin hukuk tarihi hakkında büyük ölçüde istifade edilen yazılı edebiyat ürünlerinden, BalasagunluYusuf adlı Türk'ün yazdığı Kutadgu Bilig adlı eseri nedeniyle Karataylı Hükümdarı Ulu Kara Buğra Han tarafından kendisine Has Hacip adı verilmiştir[6].

Özellikle Uygurlar dönemi devlet teşkilatı, Kaşgarlı Mahmud'un Dîvânü Lügati't Türk'ü de Türk dil tarihi bakımından çok kıymetli bilgiler ihtiva etmektedir. İslâmiyet öncesi Türk devletlerinde devletin yapısı ve işleyişinde, bilinen ilk büyük Türk devleti olarak sayabileceğimiz Hun Devleti'nin önemli etkisi vardır. Daha sonra gelen Türk devletleri Hun Devleti'ndeki yapıyı örnek almışlardır. Bu yapılarda ihtiyaçlara göre kısmi değişiklikler yapılmış olsa da gerçekte asıl yapıyı oluşturan temel unsurların uzun seneler muhafaza edildiği görülmektedir[7]. Türklerin İslamiyet öncesi hukuku da bu yapıdadır.

Yıldırım Beyazıt (1389-1402) Orta Asya'dan gelen egemenlik anlayışını, İslâm görüşüyle bağdaştırmak istemiş ve Mısır'daki halife ile haberleşerek, onun desteğini alıp Müslüman dünyasında en büyük söz sahibi olmayı denemiştir. Anadolu'nun bir süre sonra Timur tarafından yeniden istilâsı ve parçalanması üzerine eski Türk egemenlik anlayışının tekrar güçlendiği görülür. Nitekim, bu anlayışa uygun olarak Timur, Osmanlıların son verdiği bazı Anadolu beyliklerini canlandırmış ve gene aynı anlayış dolayısı ile Yıldırım'ın oğul-

3 Gürkan; a.g.e., s.80.
4 Ayferi Göze; Türk Kurtuluş Savaşı Ve Devrimi Tarihi, İstanbul 2000, s. 267.
5 M.Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2012, s.10.
6 Çoşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2008, s.35.
7 Aydın, a.g.e., s.10.

ları arasında amansız bir taht kavgası başlamıştır. Sonunda devletin birliği yeniden kurulunca, Osmanlı hükümdarları doğudaki Timur oğullarıyla eşit olabilmek için İslâm görüşüyle bağdaşmayacak biçimde, gene eski Türk anlayışına sarılmışlardır. II. Murat, Osmanlı soyunu, Oğuz Han'a dayandırma çabasına düşmüştür. Nitekim pek çok Osmanlı tarihinde ailenin büyük atası olarak Oğuz Han gösterilir. Osmanlılar, böylece en eski Türk hükümdarının soyundan geldiklerini ileri sürerek mutlak egemenliğe sahip olduklarını göstermek istemişlerdir. Osmanlı Devleti modern devletlerdeki gibi karmaşık bir yapıya sahip değildir. Bütün son Ortaçağ ve Yeniçağ devletleri gibi, temelinde ve sade ilkelerin bulunduğu, örgütünün de bu ilkelere göre kurulduğu bir devlettir. Osmanlı egemenlik kavramı İslam ve Türk anlayışlarının bir sentezi sayılabilir. Osmanlı imparatorluğunda dünya ve devlet işlerinin yürütülmesinde şeriata, dini kurallara ve emirlere geniş yer verilmiştir. Fatih Sultan Mehmet bütün bu gelişimi daha da kesin bir çerçeveye oturtmuştur. Eski Roma İmparatorlarının imperium anlayışını İstanbul'un fethinden sonra benimseyen bu güçlü hükümdar, Osmanlı padişahını evrensel egemenliğe sahip bir kişi olarak görmüştür. Fatih bir yandan egemenliğin kutsallığına, öte yandan da evrensel Roma egemenliğine dayanarak merkezci, güçlü ve mutlak yetkili bir Osmanlı hükümdarı tipini ortaya çıkarmıştır[8].

Osmanlı İmparatorluğu'nda, devletin ana fonksiyonları ve bu fonksiyonların yerine getirilmesiyle ilgili yetkiler Padişahın elinde toplanmıştır. 1517'den sonra bu siyasal yetkilere, Halifelik yetkisi de eklenmiştir. Ancak doğal ve zorunlu olarak Padişaha, devlet işlerinin yürütülmesinde yardımcı olan kişiler ve organlar da vardır. Bununla birlikte devlet reisi siyasal yetkilerinin hiç birinden, bu kişiler ve organlar lehine vazgeçmiş, yetkilerini bu kişilere ve organlara devretmiş de değildir, son söz yine hükümdarındır. Osmanlı İmparatorluğu bir Türk-İslam devletidir, hükümdarın bu geniş yetkilerini teorik olarak dini ilkelere şeriatın belirlediği esaslara, İslamiyet'in ezeli ve değişmez kurallarına saygılı olarak kullanması söz konusudur. 1517'den başlayarak Osmanlı Padişahlarının Halife unvanını taşımaları da, her ne kadar İmparatorluğun parlak ve nüfuzlu dönemlerinde bu unvana büyük önem verilmemişse de, Halife unvanının görev ve sorumlulukları da, siyasal yetkilerin kullanılmasında dinî yasalara uyma zorunluğunu getirmiştir. İslami ilkelerin, Müslümanların uhrevi hayatı ile ahiretle ilgili ilkeleri içerdiği gibi, dünyevi hayatı yönetecek sosyal, ahlaki, hukuki ilkeleri de içermesi nedeniyle devletin hayatında uyulması gereken üstün kurallar demeti olduğu kabul edilmiştir. Padişahın görevi, şer'iatın gereklerine saygıyı ve İslam ilkelerinin hâkimiyetini sağlamaktır. Halife unvanı da Padişaha bu konuda sorumluluk yüklemektedir. İslamiyet'in uhrevi olduğu kadar, dünyevi işlerle de ilgili esasları içerdiği açıklanırken, Halifenin, din ve inancın korunması, şer'iat hükümlerinin ve ilâmların yürütülmesi ve davaların görülmesi ve sonuçlandırılması, can, mal ve ırzın saldırıya karşı dokunulmaz

8 Üçok ve diğerleri, a.g.e., s.205-207.

ve korunmuş bulundurulması, yaptırımların ve ceza hükümlerinin yürütülmesi ve uygulanması, sınırların korunması, cihad, ganimet alınması, vergileme ve bunların şer'iata uygun dağıtımı ve devlet hazinesinden verilecek maaş ve ödeneklerin belirlenmesi, idari ve mali işlere güvenilir ve görüş sahibi kimselerin seçilmesi ve atanması, devlet işlerine bizzat çaba harcamak ve olayların iyi cereyanı için sürekli özen göstermek gibi hususlar sayılmaktadır[9].

Osmanlı İmparatorluğu'nda örf ve adet hukukunun ve ulusal hukukun ve padişah emir ve iradelerinin zamanla toplanarak yazılı kanunnameler yapıldığı da bilinmektedir. Fatih Sultan Mehmet zamanında biri padişahlara ait işlerle ilgili, diğeri ise mali ve cezai konuları ilgilendiren "kanunnameler" yapılmıştır. Bu yasaların baş tarafında da "Bu yasa atam, dedem yasasıdır ve benim dahi yasamdır. Evlad-ı kiramım neslen bade neslin bununla amil olalar" cümlesi dikkati çeker. Kanuni Sultan Süleyman döneminde de eşya hukuku, ceza hukuku ve özel hukuk konularını düzenleyen üç bölüm ve on sekiz fasıldan oluşan bir kanunname yapılmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda 3. Selim zamanında da reform girişimlerinde bulunulmuştur[10]. Osmanlı İmparatorluğu'nda, şeri hukukun yanında, özellikle kamu hukukunu ilgilendiren, idare, maliye ve teşkilat hukukuyla, bazı ceza konularında padişahın emir ve fermanlarının uygulandığı ulusal, örfi bir hukukun daima var olduğu görülecektir. Şeriat hükümlerinin ise daha çok özel hukuk sahası ve bu arada evlenme ve miras gibi şahsın hukukunu ilgilendiren medeni hukuk alanında uygulanmıştır[11].

1.2.1. Tanzimat Dönemi Hukuksal Düzenlemeleri

Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu ile açılan Tanzimat dönemine gelindiğinde yeni düzenlemelerin yapılması ihtiyacı nedeniyle çok daha güçlü olarak kendini hissettirmiştir. Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda, yüz elli yıldan bu yana şer'i şerife ve yüce yasalara uyulmadığı için devletin giderek güçsüzleştiği ve halkın refah ve mutluluğu yitirdiği açıklanmış ve şer'i şerif ile yönetilmeyen ülkelerin payidar olamayacakları da vurgulanmıştır. Bununla birlikte, devleti, içine düştüğü kötü durumdan kurtarmak için, devletin ve ülkenin iyi yönetilmesini sağlamak için yeni düzenlemelerin, yasaların yapılması da zorunlu görülmüştür. Bu yeni düzenlemeler, yasalar dini ve devleti, ülkeyi ve milleti yeniden güçlendirmek için yapılacaktır. Tanzimat fermanının ifadesi ile, "iş bu kavanini şer'iye mücerret din-i devlet ve mülk-ü milleti ihya için vazolunacaktır." Gülhane Hattı-Hümayununda yer alan bu açıklamadan, Osmanlı devleti içinde, bu dönemde en başta gelen yasanın şeriat kuralları olduğunu göstermektedir. Yeni düzenlemeler, yasalar yapılacaktır, çünkü güçlü olmanın, gelişmenin, güvenliğin ve huzurun yolu buradan geçmektedir. Yeni yasalar can ve mal ve namus güven-

9 Göze, a.g.e., s.271.
10 İlhan, F. Akın, Türk Devremi Tarihi, İstanbul 1976,s.7.
11 Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2007,s.87.

liğini sağlayacak, vergi ve askerlik işlerini düzenleyecektir. Müslüman olanlarla, Müslüman olmayanlar arasında bu konularda eşitlik getirilecektir. Yeni yasalar Meclis-i Vâlâyı Ahkâm-ı Adliye'de hazırlanacak, görüşmelere vükelâ da katılacak ve Padişahın onayı ile yürürlüğe girecektir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda, Tanzimat devri, 1839 da Gülhane meydanında Sultan Abdülmecit'in Sadrazamı Mustafa Reşit Paşa tarafından okunan Gülhane Hattı Hümayunu adı verilen fermanla açılır. Bunu 1845 ve 1856 tarihli fermanlar izler. Bu fermanlarla, Osmanlı Devleti halkına can, mal, ırz ve namus güvenliğinin sağlanacağını vadediyor, din ve mezhep özgürlüğü güvence altına alınarak bu konuda gereken yasaların ve düzenlemelerin yapılacağı ve bunların din ve mezhep farkı gözetilmeksizin tüm tebaaya eşitlik içinde uygulanacağı açıklanıyordu. Böylece Tanzimat fermanları ile, her din ve mezhepteki tüm tebaaya istisnasız can ve mal güvenliği tanınmış ve bunun uygulanabilmesi için de etkili önlemlerin alınması öngörülmüştür. Hiç kimse bağlı olduğu dinin emirlerini yerine getirmekten alıkonamayacaktır.

Dini inançları nedeniyle eziyet ve işkence görmeyecek, hiç kimseye din ve mezhep değiştirmesi için baskı yapılmayacaktır. Böylece tüm din ve mezheplerin serbest olduğu kabul ve ilân edilmiştir. Müslüman olmayanlara verilmiş ve tanınmış olan tüm dinî ayrıcalık ve bağışıklıklar muafiyetler, aynen korunmuştur. Müslüman ve Hıristiyan teb'anın tümünün eşit sayılacağı ilân edilmiştir. Buna göre, mezhep, dil ya da cinsiyet farkı nedeniyle bir zümrenin diğer bir zümreden aşağı tutulmasına neden olan bütün deyimler, sözler bundan böyle kullanılmayacaktır. Halk arasındaki, Müslümanlık ve Hıristiyanlık farkından doğan yerleşmiş bazı ayrıcalıklar kaldırılmış ve Müslümanlara eskiden tanınmış olan ayrıcalıklara son verilmiştir. Örneğin, devlet memuriyetine yalnızca Müslümanlara alınması, askeri ve mülki okullara sadece Müslümanların kabul edilmesi de, kaldırılan ayrıcalıklar arasındadır. Müslümanlarla Müslüman olmayanlar arasında hak ve görev eşitliği sağlanmak istenmiş ve Hıristiyanlara da askerlik yükümlülüğü getirilmiştir[12].

Fransız ihtilâli ile yayılan ulusçuluk akımları sonunda, Osmanlı azınlıkları kopmaya başladı. Osmanlı Devleti üzerinde kurdukları ekonomik hâkimiyetle yetinmeyen, siyasal güçlerini de pekiştirmek isteyen büyük devletler, Müslüman topraklarında yaşayan gayrimüslim "millet" gruplarını, amaçlarını gerçekleştirmek için bulunmaz bir fırsat olarak değerlendirdiler. Gayrimüslimlerin devletin zayıflamasıyla ortaya çıkan idarî bozukluklara karşı tepkilerini ve uyanan ulusçuluk duygularını körükleyerek Osmanlı Devleti'ne karşı kullandılar. Azınlık istekleri, Batının baskısı ve ilerleyen yüzyılların gerekleri sonunda, Osmanlı padişahları ülkenin parçalanmasını önlemek için reform hareketlerine giriştiler. 1869 Tabiiyet Nizamnamesi ile, ilk kez gayrimüslimler Müslü-

12 Göze, a.g.e., .274.

manlar gibi vatandaş sayılmış, yani vatandaşlıktaki din kıstası kaldırılmıştır[13]. Ancak "eski imtiyazların kalkmasını ve haklar kadar görevlerde de eşitliğin gelmesi gerektiğini" kabul etmeyen Batılı ülkeler ve onları her fırsatta yardıma çağıran Osmanlı azınlık şeflerinin tutumları yüzünden, ne yeni kanunlar gereği gibi uygulanabildi, ne de amaçlanan eşitlik sağlanabildi[14].

Ekonomik koşulların değişmiş olması, Batı ile 1838 İngiltere ile ticaret anlaşmasıyla ticaret ilişkilerinin genişlemesi ve çoğalması, devleti ticaret hayatını düzenleyecek yeni yasalar yapmaya itmiştir. Bu dönemde ticaret yasaları, yeni yasalar içinde birinci planda yer alır. Batılı devletlerin yeni yasaların yapılmasında, baskı yaptıklarını da göz ardı etmemek gerekir. Tanzimat döneminde yapılan yasaların bir kısmı doğrudan laik batı hukuk sistemlerinden tercüme edilerek alınan yasalar olduğundan bir bütün oluşturmaktan uzaktır, bu yasaların bir kısım maddeleri şeri kurallara uymadıkları için alınmamış, bir kısım maddeler de kısaltılarak alınmış ve atlamalar yapılmıştır. Bu yasaları şöyle sıralayabiliriz: "Kanunname-i Ticaret"(1850), "Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi"(1864), "Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi"(1862), "Ceza Kanunname-i Hümayunu"(1858), "Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu"(1880), "Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu"(1881). Yasaların çoğu Fransız yasaları tercüme edilerek esas alınmak suretiyle düzenlenmiştir[15]. Laik kökenli bu yasaların yanında İslam hukukundan ve geleneksel Türk kamu hukukundan kaynaklanan yeni yasalar da yapılmıştır. Bunlar "Ceza Hukuku Yasaları"(1840 ve 1851 tarihli), "Kanunname-i Arazi"(1858) ve "Mecelle-i Ahkam-ı Adliye" dir. Tanzimat döneminde, şeriat hukuku, geleneksel hukuk ve laik kökenli hukuk sistemlerinin bir arada yoğrularak devlete çağdaş yeni bir yapı sağlanmak istendiği görülür[16]. Aynı şekilde 1861'de Yargıtay ve Danıştay'ı (Şuray-ı Devlet) kuran kanunlar, 1879 yılında Ceza ve Hukuk Muhakemeleri Usulü kanunları da tercüme edilerek kabul edildi. Tercüme edilen yeni kanunları uygulayacak çok hâkimli mahkemeler için ise; Fransız kanunları neredeyse aynen tercüme edilerek yürürlüğe sokuldu.

1.2.2.Tanzimat Dönemindeki Çok Hukuklu Yapı Sorunları

En fazla yenileşme hareketi ve aynen tercüme yöntemiyle yeni yasaların kabulüne Tanzimat döneminde rastlanır. Osmanlı devletinde Tanzimat dönemi ile başlayan kıpırdanmada hukuk alanındaki boşluklar Batıdan alınan kanunlarla doldurulmuştur. Türklerin hukuk sistemlerini başka kültürlerden almaları sadece Cumhuriyet dönemine özgü değildir. Orta Asya'da Türklerin kendilerine özgü bir hukuk sistemleri vardı. Ancak Çin hukukundan da kural-

13 Gülnihâl Bozkurt, Cumhuriyet'te Neden Bugünkü Hukuk Sistemimize Geçildi?, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, 30-31 Ekim 2003 Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 538, Ankara 2003. s4.

14 Bozkurt, a.g.m,. s.6.

15 Bilge, a.g.e., s.94.

16 Göze; a.g.e, s. 275.

lar almışlardı. Umumi hukuk tarihinde her toplumun bunu yaptığı görülüyor. İslamiyet'le ise, millî değil, dinî esaslara dayanan İslam kültür ve hukuku alındı. Osmanlılar ise geniş bir ülke ve farklı kültürlerden oluşan mozaik toplumu idare ediyorlardı. Müslümanlara şer'i hukuk, azınlıklara ise kendi dinî hukuk kuralları uygulanıyordu. Farklı inançlara mensup olanlar farklı hukuk kurallarına uyruktular ve bunun nedeni devletin teokratik temellere dayanması idi. Yine aynı nedenle, gayrimüslim Osmanlılara bazı sosyal ve hukukî kısıtlamalar getirilirken, kamu hizmetine alınmıyor, şahitlikleri kabul edilmiyor, aile, miras hukukunda bazı kısıtlamalara uyruk tutuluyor, ata binmeleri, silah taşımaları yasaklanıyor, evlerinin yükseklik ve rengi de devletçe tespit ediliyordu. Ancak özel hukuk alanında kendi cemaat mahkemelerinde yargılanırken çeşitli imtiyazlardan da yararlanıyorlardı. Yani bir potada eritilmemiş ve kendi kültürlerini yüzyıllarca aynen muhafaza etmelerine izin verilmiştir.

Bu sistem içerisinde ayrıca, ülkede yaşayan yabancılara uygulanan ve kapitülasyonlara dayanan çeşitli ayrıcalıklı kural ve kurumlar da yer alıyordu. Yabancılar devletin egemenliği altında değillerdi. Malî ve adlî imtiyazlardan yararlanıyorlardı. Ayrıca ülkede yaşayan kadınlar pek çok haklarından mahrumdular. Kamu hizmetine giremezlerdi, siyasal hakları, eğitim, çalışma, eş seçme, velayet hakları yoktu. Miras, ceza, usul hukuku (şahitlik gibi) alanlarında kısıtlamalara tâbiydiler. Yani ülkede yaşayanlar arasında "eşitlik" yoktu. Devletin güçlü dönemlerinde bu düzen başarıyla yürüdü. Ancak, zamanla devletin tüm kurumları gibi, hukuk kuralları da ihtiyaçları karşılayamaz hale geldi. Mevcut hukuk statikti, donmuştu. Osmanlı padişahları bu durumu kısmen fermanlarla aştılar ve örfi hukuku yarattılar. Ancak bir süre sonra eğitim sisteminin eskimesi, medreselerde tüm bilimlerin din açısından incelenmeye başlanmasıyla, ülke sorunlarını anlayacak, çözüm getirecek beyinler de yetişemez oldu. Medeni hukuk alanında hayatın ilişkilerini din dışı düzenlemek bir İslam devlet yapısına uymayacağı için bu düzenlemeler yapılamadı. Bu yüzden hukuksal karmaşaya ve dağınıklığa son verip bu alandaki binlerce içtihadı gözden geçirerek bir İslam medeni kanunu hazırlanması düşünülmüştür.

Cevdet paşanın başkanlığındaki mecelle komisyonunun hazırladığı ve kısaca mecelle adıyla anılan Mecelle-i Ahkami Adliye adlı yasal düzenleme yedi yılda tamamlanarak kısım kısım yürürlüğe sokulmuştur. Birinci kitap 1869 da yürürlüğe girdiği halde on altıncı kitap, 1876 tarihinde yürürlüğe girmiştir[17]. Ebul-ula Mardin, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Çalışmaları esnasındaki tartışmaları, Ahmet Cevdet Paşa ile ilgili olarak yazdığı Ahmet Cevdet Paşa adlı kitabında şöyle nakleder; "Zaten ecnebilerin şiddetli mukavemeti karşısında bu telâkkiye sad imkânı kalmış mıydı? Acaba böyle yan yana çalışacak iki kişi mahkemeden her birinde ayrı ayrı kanun tatbik etmeği âlem nasıl telâkki edecekti? Bu takdirde tek olması lâzım gelen medenî kanun meselesine nasıl

17 Bilge, a.g.e., s.89.

bir veçhe verilecekti? Bir Garp medenî kanunu mu iktibas olunacaktı; kendi duygularımıza, örflerimize, telâkkilerimize, bünyemize uygun, millî bir kanun mu yapılacaktı?[18].

19. yüzyıl sonunda tamamlanan ve Mecelle adı verilen bu kanun kendi alanında büyük bir hukuk eseri olmasına rağmen tam değildi. Kişilik, aile ve miras bölümleri içinde yoktu. Daha çok borç ilişkileri düzenlenmiş, eşya-kişi ilişkilerine de az yer verilmişti. En önemlisi içtihad, diğer içtihadı kaldıramaz kuralı gereğince sadece Hanefi hukukuna göre düzenlenmişti[19].

Osmanlı devlet sınırları içinde hukuk birliği sağlanamamıştı. Çoklu bir hukuk sistemi uygulanıyordu ki bu sistemde Müslüman halka İslam hukukuyla örf ve adet hukuku uygulanırken, gayrimüslimlere kendi hukukları uygulanmakta ve yabancılar ise kapitülasyonlar nedeni ile kendi hukuklarına bağlı bulunmaktaydılar. Yaratılan bu çoklu hukuk düzeni her şeyi daha fazla karıştırmaktan ve toplumda hukuksal konularda kaos yaratmaktan başka hiçbir işe yaramadı. Çıkarılan yeni kanunlar toplumu beklenen ölçüde etkileyemediği gibi dış baskıları da engelleyemedi. Kanunların mevcut hukukla uyumu sağlanamadığından yeni ve eski yasalar ve bunların uygulayıcıları arasında organik bir bağ kurulamadı. Dinsel ve dünyasal hukuk arasındaki kaçınılmaz ikilik hep sürdü. Tanzimat döneminde yapılan bu yenilik hareketleri ne yazık ki devletin teokratik yapısını değiştirememiş ama bu yapı da çatlaklar açmıştır. Dini hukukun yanında laik bazı yasalar benimsenmiş, dini mahkemeler yanında laik mahkemeler kurulmuş, dini eğitimin yanında laik eğitim gerilim ve çatışma yaratmıştır[20].

Batıdan alınan bu kanunları uygulayan yeni mahkemelerle, Şeriye, azınlık ve konsolosluk mahkemeleri aynı anda çalışıyor; sürekli aralarında görev ve yetki çatışmaları oluyordu. Eskiyle yeni, yan yana, çelişik görev yaptılar. Üstelik kadılar Batı'dan alınan, tamamen farklı bir felsefenin ürünü olan bu kanunları uygulamakta zorlanınca, yeni kararları uygulayan Nizamiye Mahkemelerinde çalışacak hâkimleri yetiştirecek Hukuk okulu, 1874'de Mekteb-i Hukuk-i Sultani adıyla açıldı. Böylece Hukuktaki çok başlılık Hukuk eğitimine de yansıdı. Tamamen farklı Hukuk sistemlerinin eğitimleri yan yana yürüdü. 1877 Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nda, iyi hâkim yetiştirmenin şart olduğu, mahkemelerin hukukun ne olduğunu bilen hakimlerin yokluğu yüzünden adaletin dağıtıldığı yer olmaktan çıkıp, başka bir şey olduğu, sürekli gündeme getirildi.

Dini hukuk sisteminin yarattığı diğer büyük sorun ise, büyük devletlerin kendi vatandaşlarına kapitülasyonlarla tanınmış olan ayrıcalılardan yararlanma hakkını, zamanla bazı gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarına da tanıma-

18 Ebul-Ula Mardin, Ahmet Cevdet Paşa , Mardin Valiliği, İstanbul 2011, s.185.
19 İlhan, F.Akın, Türk Devremi Tarihi, İstanbul 1976, s.7.
20 Ayferi Göze, a.g.e., s. 281.

larıyla doğan "Mahmi" sorunudur. Büyük devletler, Osmanlı vatandaşı olan pek çok sayıda gayrimüslime, yabancılara kapitülasyonlarla tanınan hakları "beratlarla" tanımışlar, giderek bu beratları para karşılığı satmışlardır. Sadece 1853'de İngiltere'nin "1 milyondan biraz az", Amerika'nın 50.000 beratlısı vardı. Büyükelçilerden berat satın alan bu sayıları milyonlara varan azınlıklar önce yabancı devletlerin korumasında, sonra da onların vatandaşlığında olduklarını ileri sürmüşlerdir. Osmanlı Devleti, kendi topraklarında doğup büyüyen, yaşayan ve ölen, vatandaşlığında olduklarını ileri sürdükleri yabancı ülkeye hiç gitmemiş olan bu kişiler yüzünden Büyük Devletlerle inanılmaz hukukî sorunlar yaşamıştır[21].

Osmanlılar şekil olarak aldıkları batı kanunlarını İslami devlet yapısı içinde Avrupai ruhla uygulayamadılar. Yeni kanunları uygulamak üzere kurulan nizamiye ve ticaret mahkemeleri, mevcut kadı, cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin yanı sıra yargı alanına girerken yargı örgütü de daha karışık bir hale geldi. Bu mahkemeler arasında sonsuz göreve ve yetki çatışmaları çıkarken eski hukukun yanı sıra kapitülasyonların ve azınlık ayrıcalıklarının da devam ediyor olması hukuk birliğini tamamen parçaladı. Bu durum, ülkede kanunların tekliği, genelliği, yargı sisteminde birlik gibi modern hukuk esaslarının yerleşmesine, dolayısıyla tam bir eşitliğin gerçekleştirilmesine imkan vermedi. 30 Ekim 1918 Mondros Ateşkesi ile Osmanlı devleti ve kurduğu hukuk düzeni; kendisini devlet kılan üç öğesinin; yani topraklarının, halkının ve egemenliğinin parçalanmasıyla fiilen sona erdi[22].

1.3. Türk Hukuk Devrimi

1.3.1. Misak-ı Milli ve Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Meclisi

Misak-ı Milli, Erzurum Kongresi'nde 7 Ağustos 1919, Sivas Kongresinde de 11 Eylül 1919'da ilan edilen kararlara dayanmaktadır. Bir "giriş" kısmı ile 6 maddeden oluşan bu kısa belgede yer alan ilkeler, yalnız Milli Mücadele yıllarında değil, ondan sonraki devrede de Türk dış politikasının temelini oluşturuyordu. Türk milletinin tam bağımsızlık arzu ve bilincini aksettiren bu belge, bakh ve sürekli bir barışın sağlanabilmesi için kabul edebileceğimiz azami fedakârlık sınırlarını da içeriyordu[23]. Erzurum ve Sivas kongrelerinin beyannamelerinin I. maddelerini benimseyen Misak-ı Milli'nin I. maddesi, 30 Ekim 1918 tarihli Mondros Mütarekesinin çizdiği sınır içinde kalan ve dince, ırkça ve asılca birlik, birbirine karşı saygı ve fedakarlık duyguları ile toplumsal çevrelerine bağlı "Osmanlı-İslam" çoğunluğunca oturulan bölgelerin tamamını, hiçbir nedenle bölünmez ve ayrılmaz bir bütün ilan ediyordu. İstanbul ABD Konsolosluğu görevinde bulunan Amerikalı diplomat Bn. Elaine D. Smith, Ha-

21 Bozkurt, a.g.m., s.6.
22 Üçok ve diğerleri, a.g.e., s. 305-306.
23 İsmet Giritli, Necati Ulunay Ucuzsatar, Türk Devrim Tarihi Ve Atatürkçü Düşünce, İstanbul 2004, s.21.

ziran 1959'da Washington DC'deki "The American University"de savunduğu "Origines of The Kemalis Movement (1919-1923)" adlı doktora tezinde, Misak-ı Millinin, Sivas Kongresi Beyannamesi'ne dayanıp, dış politikamızın ve modern Türk tarihinin "Kilit Belge-Key Document"i olduğunu ve içeriği bakımından 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Beyannamesi'ne benzediğini yazmaktadır[24].

Misak-ı milli'nin sınırları gerçekten Sivas Kongresi'nde belirlenmiş, Osmanlı topraklarının bütünlüğü,milli bağımsızlığı sağlamak için Kuvayı milliyeyi geçerli ve milli iradeyi üstün kılmak gerekliliği kabul edilmiştir[25].

1919 yılının sonları, yeniden açılacak olan son Osmanlı Meclis-i Mebusan Meclisi'nin açılış hazırlıklarıyla geçirilmiştir. 21 Aralık 1918'den beri kapalı bulunan Meclis-i Mebusan Meclisi'nin açılması için, 1920 yılının başlarında bütün hazırlıklar tamamlanmış, seçilen meclis üyelerinin bir kısmı da başkente ulaşmıştı. Mustafa Kemal, bu seçimlerde ilk defa resmen Erzurum mebusu olarak meclis üyesi seçilmişti[26].

Osmanlı Mebusan Meclisi'nin 22 Ocak 1920 tarihli gizli oturumunda son toplantısında Misak-ı Millî Ele alınarak oy birliği ile kabul edilmiştir. Böylece Milli Heyet'in daha önce kongrelerle orta; koyduğu Millî kurtuluş planı tam anlamıyla hukukî hüviyet kazanmış oluyordu. Peymân-ı Milli, Millî And gibi isimlerle de anılan kararlar manzumesi IÇIN en yaygın ifade Misak-ı Millî ifadesi olmuştur[27].

Misak-ı Millî'de şu esaslar yer almıştır[28];

"Aşağıda imzaları bulunan Osmanlı Meclis-i Mebusan üyeleri devleti ve ulusun geleceğini haklı ve sürekli bir barışa kavuşturmak için gösterilecek fedakârlığın en son sınırı olan aşağıdaki esaslara hepsinin uygulanabileceğine emin bulunduklarını ve sözü geçen esaslar dışında Osmanlı Saltanatının ve toplumun varlığını sürdürmesinin olanaksız olduğunu kabul etmiş ve onaylamışlardır:

1. Osmanlı Devletinin yalnızca Arap çoğunluğu bulunan ve 31 Ekim 1918 tarihli mütarekenin imzası sırasında düşman ordularının işgali altında kalan bölgelerin geleceği halkın özgür biçimde verecekleri oylara göre saptanmak gerekir. Sözü geçen mütarekenin çizdiği sınırlar içinde dince, ırkça ve asılca birlik, birbirine karşı saygı, fedakârlık duyguları ile dolu gelenekleri ile toplumsal çevrelerine tüm olarak bağlı Osmanlı İslâm çoğunluğunca oturulan bölgelerin tamamı gerçekten ya da hükmen hiçbir nedenle ayrılmaz bir bütündür.

24 Giritli, a.g.e., s. 22.
25 Bihterin Vural Dinçkol, Pervin Soner, Atatürk İlkeleri Ve Devrimi, İstanbul 2006, s.89.
26 Refik Turan ve Arkadaşları, Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi, Ankara2010, s. 109.
27 Turan, a.g.e., s. 110.
28 Bihterin Vural Dinçkol, Pervin Soner, Atatürk İlkeleri Ve Devrimi, İstanbul 2006, s.96.

2. Halkı özgür kalır kalmaz anavatana, kendi istekleri ile katılmış Kars, Ardahan ve Artvin için gerekirse tekrar halk oyuna başvurulmasını kabul ederiz.

3. Türkiye ile yapılacak barışa bırakılan Batı Trakya'nın hukuki durumu da tam özgürce yapılacak halkoyu sonucuna uygun şekilde ortaya konulmalıdır.

4. İslâm halifeliğinin merkezi ve Osmanlı Saltanatının başkenti İstanbul şehri ile Marmara Denizinin güvenliği her türlü tehlikeden uzak olmalıdır. Bu esas saklı kalmak şartıyla Akdeniz ve Karadeniz boğazlarının dünya ticareti ve ulaşımına açılması hakkında bizimle diğer bütün ilgili devletlerin oybirliği ile verecekleri karar geçerlidir.

5. Yenen devletlerle düşmanları ve bazı ortakları arasında yapılan antlaşmalardaki esaslar çerçevesinde azınlıkların hukuku, civar ülkelerdeki müslüman ahalinin de aynı hukuktan yararlanmaları şartı ile tarafımızdan garanti edilecektir.

6. Ulusal ve ekonomik gelişmemiz imkân çerçevesine girmek ve daha modern bir düzenli yönetimle işleri yürütmeyi başarabilmek için her devlet gibi, bizim de tam bir bağımsızlığa ve serbestliğe ihtiyacımız vardır. Bu, yaşamamızın ve geleceğimizin esasıdır. Bu nedenle siyasal, adlî ve malî gelişmemizi önleyecek sınırlamalara karşıyız. Borçlarımızın ödenme şekli de bu esasa aykırı olamaz."

Osmanlı Mebusan Meclisi'nde, Misâk-ı Millî adıyla alınan kararlar bunlardı. Meclis toplanma aşamasındayken İngilizlerden kaynaklanan ciddi bir problemle karşılaşılmamıştı. Türklerle yapılacak barış konusunda iyice sabırsızlanan İngiliz hükümeti, 1920 yılı içinde Türk hükümetine mutlaka bir barış antlaşması imzalatmayı düşünüyordu. Hükümetçe imzalanan antlaşma, meclisçe de onaylanırsa hukuki prosedür tamamlanmış olacaktı. İşte 1919 yılı sonlarında, Türkler tarafından hummalı bir biçimde başlatılan meclisi toplama çabalarına, İngilizler bu düşünceyle yaklaştıkları için engel olmamışlar, hatta sıcak bakmışlardı. İngilizler, toplanacak meclisten teslimiyet kararına onay bekliyorlardı[29].

Meclis açıldıktan kısa bir süre sonra 28 Ocak'ta Misak-ı Millî kararlarını oy birliği ile kabul etmişti. Ancak bu kararlar kabul edildikten hemen sonra, Türk ve dünya kamuoyuna bir müddet duyurulmamıştı. Aslında fiilen işgal altında bulunan İstanbul'da bu kararları duyurmak ciddi ciddi cesaret işiydi. Mebusan Meclisi 17 Şubat 1920'de Misak-ı Milli kararlarını Türk ve Dünya kamuoyuna ilan etti. Misak-ı Milli kararlarının yayımlanması gerçekten cesur bir karardı. Çünkü İzzet Paşa Kabinesinden beri iş başına gelen Osmanlı hükümetlerini, müttefikler; kendileri tarafından ileri sürülen her isteği kabul eden bir merci olarak görüyorlardı. Halbuki şimdi Meclis-i Mebusan bu kararlarıyla istenileni değil, milletin isteklerini kabul etmiş, bir "İSTİKLÂL BEYANNAMESİ" yayınlamıştı.

29 Turan, a.g.e., s. 111.

Misak-ı Millî ile Anadolu'da sürdürülen mücadelenin ilkeleri, saltanatın başkentinde, Mebusan Meclisi'nde kabul edilmiş oluyordu. Anadolu hareketinin büyük bir başarısı olan Misak-ı Millî, ülke sınırlarının ve bağımsızlık amacının belirlendiği çok önemli bir belgedir[30].

Ancak Meclisin kısa ömürlü olacağı ortadaydı. Misak-ı Milli kararlarının yayımlanmasından İtilâf Devletleri hiç hoşnut değildi. Nitekim kısa bir süre sonra, 16 Mart 1920'de İstanbul işgal edildi. İşgalden sonra 18 Mart 1920'de son oturumunu yapan Mebusan Medisi'nde, Dr. Rıza Nur, Tunalı Hilmi, Hüseyin Avni Bey ve 14 milletvekilinin imzalarını taşıyan bir önerge kabul edilerek, "tehiri müzakere" yani toplantıları süresiz erteleme kararı alınmıştır. 18 Mart 1920'de çalışmalarına kendiliğinden ara veren Mebusan Meclisi, padişahın iradesi ile 11 Nisan 1920'de feshedilmiştir. Böylece Ali Rıza Paşa'nın ardından Salih Paşa'nın da sadrazamlıktan ayrılması sonucu tekrar sadrazam olan Damat Ferit Paşa, Osmanlı Mebusan Medisi'ni dağıtmıştır. Bundan sonra artık Anadolu'daki ihtilâl için mücadeleye kaldığı yerden devam edilmiştir. Mebusan Medisi'nin bir daha toplanamayacağı gerçeğinin ortaya çıkmasıyla birlikte, Ankara'da bir meclisin toplanmasını baştan beri düşünen Mustafa Kemal'in fikrinin uygulanması çalışmalarına başlanmıştır.

1.3.2. Sevr Anlaşması

10 ağustos 1920' de imzalanan Sevr Antlaşması, Birinci Dünya Savaşı'na son veren antlaşmadır. İtilaf Devletleri, Paris Barış Konferansı'nda (18 Ocak 1919) Osmanlı Devleti'nin parçalanmasını kararlaştırdılar. Bu konferansta Osmanlı Devleti'ni her açıdan parçalamak için uygulamaya konulması gereken antlaşma maddeleri İtilaf Devletleri arasında ilke olarak kabul edilmiştir. 10 Ağustos 1920'de bir çok devlet tarafından imzalanan Sevr Barış Antlaşması Türk milleti tarafından hiç bir zaman kabul edilmemiş ve uygulamaya konulmamış bir antlaşmadır[31].

Birinci Dünya Savaşı'nı kazanan İtilaf Devletleri, yenilgiye uğrattıkları Almanya Avusturya, Macaristan ve Bulgaristan ile derhal barış antlaşması imzaladıkları halde, Osmanlı Devleti ile yapacakları antlaşmayı Osmanlının nasıl paylaşılacağı konusunda kendi aralarında çıkan anlaşmazlıklar nedeniyle geciktirmişlerdir[32].

Birinci Dünya Savaşı'nın kazanan tarafı olan devletler, Anadolu hareketini kendileri için tehlikeli gördükleri gibi, meşru olduğunu düşündükleri padişah ve İstanbul hükümetine karşı bir isyan olarak değerlendiriyorlardı. Mustafa Kemal ve arkadaşlarını da "asi olarak görüyorlardı. İtilâf devletleri, Birinci Dünya Savaşı sonunda Osmanlı Devleti ile yapacakları barış antlaşmasını en sona bırakmışlardı. Gerçi 1915-1917 yılları arasında yaptıkları gizli antlaşma-

30 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 97.
31 http://www.ataturkdevrimleri.com/yazi-385-sevr-antlasmasi-nin-maddeleri.html
32 http://www.ataturkdevrimleri.com/yazi-389-sevr-antlasmasi.html

lar vardı ama, bu antlaşmalar Bolşevikler tarafından açıklanmıştı. Özellikle İtalya, kendinden habersiz yapılan antlaşmalara karşıydı. İngilizler ise, paylaşımda ağırlıklı olarak söz sahibi olabilmek istiyordu. Emperyalist devletler, İstanbul hükümeti ile yapılacak barış antlaşması sonucu Ankara hükümetinin darbe alacağını, dolayısıyla ulusal desteğin çekileceğini düşünüyorlardı[33].

Fransa ve İtalya'nın karşı olmalarına rağmen, Anadolu'da bağımsız bir Ermenistan ve İngiliz güdümünde Kürdistan kurulmasının yanı sıra Yunanistan'a da Batı Anadolu'nun verilmesi düşüncesi, Sevr öncesi İngiltere'nin politikasını oluşturuyordu. Sevr imzalanmadan önce 11 Mayıs 1920'de Osmanlı Heyetine barış şartları bildirildi ve Sevr antlaşmasının ana hatları, fikirlerine danışılmak üzere bazı devlet başkanlarına ve askeri personele dağıtıldı. Amiral Sydney Fremantle muhtırayı okuduktan sonra gayet açık bir şekilde barış koşullarının çok ağır olduğunu belirtmişti. Bu barışı, Türklerin imzalamayacaklarını da sözlerine ilave ederek eğer imzalayacak bir Türk hükümeti çıkarsa, bunun halkın güvenini kazanmamış zayıf bir hükümet olacağını ve belirtilen koşulların uygulanmasının da çok güç olacağını söylemişti. Kabul edilen koşulların yerine getirilmesi isteniyorsa, şimdiden tedbirler alınmalıydı. Hatta Türklerle yeni bir savaşa dahi girmek gerekebilirdi[34].

10 Ağustos 1920'de imzalanan Sevr Projesi ya da anlaşması Türkiye için bir "Ölüm belgesi" niteliğindedir. Proje olarak adlandırılan Sevr anlaşması, hiçbir görüşmenin mahsulü olmayıp, itilaf devletleri tarafından Yunan Başbakanı Venizelos'un da katılması ile düzenlenmiş ve Vahdettin'in Damat Ferit başkanlığındaki hükümeti tarafından imzalanmakla birlikte hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir. Bu proje, 18 Temmuz 1920'de Fransız başbakanı Alexandre Millerand'ın imzası ile Osmanlı Hükümetine sunulmuştur. Osmanlı Hükümeti bu anlaşmayı reddetmiş ve özellikle Anadolu üzerinde otoritesini kuramaz ve Anlaşmanın uygulanmasını sağlayamazsa, Müttefiklerin, İstanbul'u, Osmanlı payitahtı olarak bırakan hükmünü tekrar gözden geçirmeye ve Türkiye'yi daimi olarak Avrupa'dan dışarıya atmaya mecbur olacağı tehdidi savrulmuştur[35].

Osmanlı Devleti, Birinci Dünya Savaşından mağlup olarak çıkmasından dolayı oldukça ağır bir şekilde cezalandırılmıştı. İtilaf Devletleri'nin son şeklini vermekte oldukça güçlük çektikleri, nihayet 10 Ağustos'ta sadece Osmanlı Hükümeti'ne imzalattırabildikleri bu anlaşmanın, Osmanlı Anayasası 'nca yürürlüğe girmesi için meclisin onaylaması gerekiyordu. Oysa meclis artık Ankara'daydı ve kendisinin kabul etmediği hiçbir anlaşmanın, Türk Milleti adına kabul edilmiş sayılmayacağını daha önce İtilaf Devletlerine de bildirmişti. Damat Ferid Hükümeti bir süre anlaşmanın şartlarını uygulamaya çalıştı ise de Misak-ı Millî parolasıyla hareket eden TBMM Hükümeti karşısında başarılı

33 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 96.
34 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 97.
35 Giritli, a.g.e., s. 54.

olamadı, İngilizler de desteğini çekince 17 Ekim 1920'de istifa etmek zorunda kaldı[36].

1920 yılının 10 Ağustosu'nda Osmanlı devletine kabul ettirilen Sevr Anlaşması, gerçekte ölü doğmuş ve hiçbir zaman uygulanmamıştır, uygulanabileceğine ne bu Anlaşmayı imzalatanlar, ne onu imzalayanlar, ne de boyunduruk altına alınmak isteyen Türk milleti inanmamıştır. Fakat gene de "Sevr Andlaşması" tarihinin acı bir gerçeğidir. Türk milletinin bir "Ölüm Fermanı" olarak hazırlanan bu Anlaşmanın, milli vicdanda ve aydınların çoğunluğunda uyandırdığı tepkilerle, milli hareketi ve mukavemet ruhunu besleyen bir "İtici Kuvvet" olduğunu söylemek mümkündür[37].

433 maddelik ve aşağı yukarı 150 büyük sahifelik bir doküman olan Sevr Andlaşmasının ekleri ve haritaları bu hacmin dışındadır. Sevr Andlaşmasını imzalayan taraflardan biri; Hadi Paşa, Dr. Rıza Tevfik ve Reşat Halis beylerden oluşan İstanbul hükümeti delegeleri, karşı taraf ise başta İngiltere, Fransa ve İtalya olmak üzere, Japonya, Belçika, Yunanistan, Romanya, Sırp, Hırvat, Sloven Krallıkları ile Ermenistan, Polonya, Portekiz, Çekoslovakya Cumhuriyetleri temsilcileridir.

Sevr Anlaşmasının bölücü, parçalayıcı, ve esarete mahkum edici yapısı hakkında, yeterince bilgi edinebilmek için Anlaşma metninin bazı hükümlerini özetlemekte yarar vardır; İstanbul, sözde Padişahın tasarrufunda olacak, fakat azınlıklara karşı rivayetsizlik Müttefik devletlere başka kararlar almak hakkını verecekti. Edirne ve Trakya toprakları Türkiye'den Yunanistan'a geçiyor, Boğazların idaresi Müttefiklerin kontrolüne giriyordu. Fırat'ın doğusunda ve kurulacak Ermenistan'ın güneyinde Kürdistan oluşturuluyor, Türk topraklarında oluşturulan bağımsız Ermeni Devletine Trabzon, Erzurum, Van, Bitlis veriliyordu. İzmir ve Ayvalık'tan Ödemiş, Menderes'e kadar olan bölge Yunanistan'a veriliyor, geri kalan Türk toprakları üzerinde geniş İtalyan, Fransız ve İngiliz nüfuz ve imtiyaz bölgeleri kurularak Türklere de, Ankara etrafındaki bozkırlarda ve asker, donanma ve hava gücü yok denilecek kadar sınırlanmış, sözde bağımsız bir Türkiye tanınıyordu[38].

Sevr Antlaşması'nda malî konular İngiliz, Fransız, İtalyan ve Osmanlılardan oluşan bir komisyona bırakılıyordu. Bu komisyonda Osmanlı temsilcisi danışman olarak bulunacaktı. Komisyon, Düyunu Umûmiye ve Osmanlı Bankası ile anlaşarak, para sistemini ayarlayacaktı. Bir yıkım antlaşması olan Sevr, askerî gücü de sınırlandırıyordu Padişahın özel koruma gücü azamî 700, jandarma 35.000, takviye birlikler 15.000 kişiden oluşacaktı, (md. 154-157)[39].

36 Turan, a.g.e., s. 113.
37 Giritli, a.g.e., s. 23.
38 Giritli, a.g.e., s. 24.
39 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 121.

Antlaşmanın yürürlüğe girişini izleyen altı ay içinde padişahın özel koruma birliği (hassa kıtaatı), içerde düzeni ve güvenliği, azınlıkları korumakla görevli jandarma birlikleri ve jandarma birliklerini destekleyecek özel birlikler dışında kara kuvvetleri terhis edilecek ve dağıtılacaktı, (md. 152, 153). Antlaşmada silah, cephane, savaş araç ve gereçleri de sınırlandırılmıştı. Sevr Antlaşması'nın IV. Bölümü *"Azınlıkların Korunması'na* ayrılmıştı. Patrikhane ve bunlara benzer kurumların imtiyazları artırılıyor ve azınlıklara her derecede okul açma serbestisi tanınıyordu, (md. 147). Osmanlı makamlarının bu konuda bir denetim hakkı olmayacaktı. Görüldüğü üzere Sevr Antlaşması, Mondros Mütarekesi ile eylemsel olarak yok olan Osmanlı Devletini hukuken ortadan kaldırıyordu. Her ne kadar bir projeden ileriye gidememiş, uygulanamamış olsa da, padişah ve İstanbul hükümetinin nasıl böyle bir antlaşmayı onayladıkları anlaşılabilir değildir.

Anadolu hareketi tepkisini, TBMM'nin 19 Ağustos 1920 tarihli kararı ile, Sevr Antlaşması'nı imzalayanları, onaylayan Şûra-yı Saltanatta bulunanları, vatan haini ilân ederek göstermiştir. Sevr Antlaşması, İstanbul hükümetinin aczini göstermiş ve TBMM'ye inancı artırmıştır. Bernard Levvis, Sevr'i şöyle değerlendirmiştir[40]; "Sevres Anlaşması pek insafsızdı ve Türkiye'yi, en zengin illerini ilhak eden devletlerin ve ulusların insafına dayanarak yaşayabilecek, çaresiz, kötürüm ve gölge bir devlet halinde bırakacaktı. Yenilmiş Almanya'ya empoze edilenden çok daha ağırdı ve Türkiye'de bir ulusal yas günüyle karşılandı.".

Düşmanların beklediği bitkinlik, ümitsizlik ve teslimiyet ruhu yaratmak yerine, Türk milletinin direnme ruhunu kamçılayan ve Mustafa Kemal'in liderliğinde Anadolu'da yürüyen Milli Mücadeleyi beslenen Sevr Antlaşmasının imzalanışının ortaya koyduğu asıl gerçek ise; artık bir İstanbul Hükümetinin olmadığıydı. Padişah bir gölge bile değildi. Düşmanlardan insaf beklemek boşunadır. Millerin hak ve istiklalini ancak milletin mücadelesi kurtaracaktır. Sevr sisteminin yürümezliğine ve çıkmazlığına bizzat onu imzalatanlar dahi inanmamıştır[41].

1.3.3. Lozan Anlaşması

Lozan Anlaşması, I. Dünya Savaşından sonra galip devletler tarafından mağlup devletlere kabul ettirilen barış anlaşmalarından farklı olarak, Yeni Türk devleti ile I. Dünya Savaşı'nın galipleri arasında eşit şartlarla yapılan bir anlaşmadır. Lozan anlaşmasının eşit şartlar altında yapılabilmesini, Osmanlı İmparatorluğu'na Sevr Anlaşmasını zorla kabul ettirmek isteyenlere karşı yürüttüğümüz ve zaferle sonuçlandırdığımız Milli Mücadeleye borçluyuz. 1919-1938 yılları arasında yer alan zaman kesiminin Milli Mücadele dönemi ile Lozan Anlaşması döneminin 1919-1922 yıllarındaki bölümünün dış politikasını

40 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 121.
41 Giritli, a.g.e., s. 25.

bizzat Mustafa Kemal yönetmiş, 1923-1938 döneminde ise anlaşma hükümlerini yerine getirecek dış politikayı bizzat Mustafa Kemal'in baş yardımcısı İsmet Paşa belirlemiştir.[42]

24 Temmuz 1924'te imzalanan Lozan Anlaşması, TBMM'de cereyan eden görüşmeler sonucunda 23 Ağustos 1923 günü, 227 üyeden 213'ünün olumlu oyu ile tasdik edilmiş, Lozan Anlaşmasmı tasdik etmeyeceklerini ileri sürerek, Türkiye'yi tehdit eden Müttefikler de uzun bir gecikmeden sonra, Anlaşmayı onaylamışlar ve Lozan Anlaşması 6 Haziran 1924'de yürürlüğe girmiştir.

24 Temmuz 1923'te imzalanan Lozan Barış Anlaşması üç çeşit metinden müteşekkildir. Bunlardan ilki barış anlaşması metni, ikincisi ana metni tamamlayıcı ve üçüncüsü de Türkiye ile bazı batılı devletler arasında karşılıklı verilen mektuplardır. Türkiye ile Batılı Devletler arasında tarihin derinliklerinden o günlere dair yaşanan olayların bir hesaplaşması niteliğindeki Lozan Anlaşması; siyasi; iktisadi, sosyal ve kültürel alanlarda pek çok konuyu kapsayan 143 madde şeklinde tanzim olunmuştur[43].

Sekiz aylık uzun ve tartışmalı bir süreçten sonra imzalanan Lozan Barış Antlaşması, bağımsız Türkiye Devleti'nin varlığının kabul edilmesi ve Türkiye ile batılı devletlerin ilişkilerinin yeni baştan düzenlenmesine neden olmuştur. Birinci Dünya Savaşı sonrası yenilen devletlerle yapılan antlaşmalar hep yenenlerin istekleri doğrultusunda yapılmışken, Lozan, eşitlik prensibi gereği, karşılıklı uzlaşma sonucu ortaya çıkmıştır. Türkleri köleleştirme amacı taşıyan Sevr'den sonra, Lozan ile Türk'lerin bağımsızlığı ve Misak-ı Millî, kabul ettiriliyordu[44].

Türk milletini Mustafa Kemal liderliğinde giriştiği savaş Ağustos 1922'de Askeri bir başarı ile sonuçlanınca, yurdumuzu diğer hukuki, siyasi ve ekonomik sorunlarından da kurtarmak üzere "Lozan", Kurtuluş savaşımızın silahsız, ve diplomatik aşamasını oluşturmuştur[45]. Eğer Milli Mücadele olmasa veya başarısızlığa uğrasaydı, Türkiye'nin egemen devletler arasındaki varlığı fiilen sona eriyor ve ülkemiz gerçek bir sömürge haline dönüşüyordu. Lozan Barış Anlaşması TBMM tarafından kabul edilerek, kanunlaşmış ve Yeni Türkiye'nin inşası işi, anlaşmanın onayı barışın kanunlaşması tarihi olan 23 Ağustos 1923'den sonra başlamıştır[46].

I. Dünya Savaş'ında yenilen Türk Milleti, bu savaşın galiplerinin kendisi içini tasarladığı ölüm fermanını kabul etmemiş, bunun üzerine galiplerle Türkler arasında yeniden başlayan savaş hali 1922 yılının sonlarına kadar devam etmiştir. Türk Milleti için tam anlamıyla bir ölüm-kalım mücadelesi biçiminde geçen Kurtuluş Savaşının silahlı mücadelesi kesin bir Türk zaferiyle sonuçlanmıştır. Bu büyük basarıdan sonra I. Dünya Savaşının galipleriyle barış

42 Giritli, a.g.e., s. 54.
43 Turan, a.g.e., s. 166.
44 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 141.
45 Giritli, a.g.e., s.54.
46 Giritli, a.g.e., s. 54.

masasına eşit şartlara sahip olarak oturma imkanı elde edilmiştir. Galiplerin I. Dünya Savaş 'ından sonra Osmanlı hükümetine imzalattıkları, Anadolu'yu parçalamayı ve bu topraklar üzerinde Türklere hayatı hakkı tanımamayı öngören Sevr Projesini bir kağıt parçası olarak kalmaya mahkum olmuştur. Lozan Barış Anlaşması, yalnız Anadolu'nun parçalanmasını önlemekle kalmayarak aynı zamanda bu Anlaşmayla Osmanlı Devletinden miras kalan asırlık meseleler çözülüş oldu. Kapitülasyonların kaldırılıp, Osmanlı borçlarının bir esasa bağlanmasıyla Türkler üzerindeki ekonomik baskılar kırıldı. Ayrıca yeni siyasî sınırların kesin olarak belirlenmesi, resmen kabul ve tasdik edilmesi suretiyle askerî baskılar, azınlıklar için vatandaşlık esası kabul edilerek, sosyal ve siyası baskılar büyük ölçüde ortadan kaldırılmış oldu[47].

Lozan, tarihi bir hesaplaşma olması dolayısıyla çok çetin müzakereler sürecinin yaşandığı bir antlaşmadır. Türkler açısından barışa rağmen bazı meseleler tam olarak çözüme kavuşmamıştır. Irak sınırının istendiği gibi belirlenememesi, bütün olumlu yanlarına rağmen boğazların idaresinin uluslararası bir komisyona bırakılmış olması, Ege Adaları meselesi ve Türkiye'nin hissesine düşen borç diliminin ödenmesinin alacaklı devletlerle kararlaştırılması gibi meseleler antlaşmadan sonra da Yeni Türk devletini bir süre daha meşgul etmiş, ancak bütün bunlara rağmen Anlaşmanın Türk Milleti bakımından önemini en güzel şekilde Mustafa Kemal Paşa'nın şu sözleri ifade etmiştir: "Bu antlaşma Türk Milletine karşı, yüzyıllardan beri hazırlanmış ve Sevr Antlaşmasıyla tamamlandığı zannedilmiş büyük bir suikastın, sonunda neticesiz bırakıldığını ifade eder bir vesikadır"[48].

Türk öz vatanın nasıl parçalandığını ve Türk ulusunun nasıl köleleştirilmek istendiğini açıkça ortaya koyan bu adlaşmanın bilinmesi ve daima hatırlanması lazımdır. Türk milletinin Mustafa Kemal liderliğinde Sevr paçavrasına verdiği cevap, Milli Mücadelede kazandığımız zaferin sonucu, milletimizin şanına layık bir barış ve Lozan Anlaşması'nın 24 Temmuz 1923'de imzalanarak, 23 Ağustos 1923'de TBMM'ce onaylanmasıdır.

Lozan Anlaşması ile Türkiye'nin nihayet tatmin edilmiş olduğunu belirten Mustafa Kemal, Büyük Nutuk'ta özetle şöyle demişti: "Lozan Barış masasında söz konusu olan sorunlar üç dört senelik yeni döneme ait ve münhasır kalmıyordu. Yüz yıllık hesaplar görülüyordu. Bu kadar eski, bu kadar karışık, bu kadar pis hesapların içinden çıkmak, elbette o kadar basit ve kolay olmayacaktı. Türk ülkesini parçalayan ve Türkiye'yi bir sömürge durumuna sokan Sevr ile Lozan arasında önemli farklar vardır. Lozan ile, Misak-Milli'de saptanan hedeflerin hemen hemen tamamına ulaşılmış, Türkiye'nin Müttefiklere hiçbir tazminat ödemeyeceği, doğuda bir Ermeni devleti ve batıda bir Yunan devletinin bulunmaması sağlanmıştır. Yunanistan'la ahali mübadelesinden

47 Turan, a.g.e., s. 167.
48 Turan, a.g.e., s. 168.

sonra Türkiye mütecanis bir devlet haline geliyor, kapitülasyonlar ilga ediliyor, egemenliği, bağımsızlığı üzerine konulan tahditler kaldırılıyordu.

Lozan Andlaşması ile taçlanan Milli Mücadele dönemi, Türk diplomasisinin başarılı olması, bir taraftan askeri alanda kazanılan zaferler, diğer taraftan müttefik Devletler arasındaki dayanışmanın çökmesinden ve Sovyetler birliği ile batılı devletler arasındaki gerginlikten Türk dış politikasını yönetenlerin faydalanmasını bilmeleri sayesinde mümkün olabilmiş, ne var ki bu başarı da, Misak-ı Milli'de, ülke ile ilgili hedeflerin gerçekçi bir şekilde tahdit edilmesi, önemli rol oynamıştır[49].

Mustafa Kemal Büyük Nutuk'ta; "...dört senelik İstiklâl mücahedemiz, milletimizin şanına lâyık bir sulh ile neticelenmiş bulunuyor..." derken[50], Lozan Barış Anlaşmasının en veciz değerlendirmesini şu sözlerle yapmaktadır; "Bu Antlaşma, Türk milleti aleyhine yüzyıllardan beri hazırlanmış ve Sevr Antlaşması ile ikmal edildiği zannedilmiş büyük bir suikastin çöküşünü ifade eden bir vesikadır. Osmanlı devletine ait tarihte benzeri bulunmayan bir siyasi zafer eseridir"[51].

1.3.4. Adli Kapitülasyonlar

Adlî, malî ve idarî alanlarda tanınan kapitülasyonlar, yabancılara tanınan imtiyazları ve muafiyetleri kapsamaktaydı. Yeni Türk Devletinin yerine geçtiği Osmanlı Devleti bir takım kapitülasyonların zebunuydu. Hıristiyan unsurlar birçok ayrıcalıklar ve dokunmazlıklara malik bulunuyordu. Osmanlı devleti kendisini tesis eden asıl unsur Türk milletinin insanca yaşamasını sağlayacak olanaklara ulaşmaktan men edilmişti. Memleketi imar edemez, şimendifer yaptıramaz, hatta okul onaramazdı. Bu hallerde yabancılar derhal müdahale ederlerdi.

Yüzlerce yıl süren bütün kapitülasyonlar, Düyun-u Umumiye İdaresi de dahil olmak üzere, her türlü sonuçları ile birlikte toptan kaldırılmışlardır[52]. Türkiye'deki yabancı ticaret kuruluşları da belli ve kısa bir geçiş döneminden sonra, hiçbir ön koşul göstermeden Türk yasalarına uyacaklardır. Mustafa Kemal, 22 Ocak 1923 tarihinde kapitülasyonlarla ilgili olarak Bursa'da halkla yaptığı bir konuşmasında[53];

"Lozan'da en çok kapitülâsyonlar üzerinde ısrar ediyorlar. Düşmanlarımız, malî kapitülâsyonların kaldırıldığını ifade etmişlerdir. Bunu özel bir madde ile de ifade edeceklerdir. Ancak bunu telâffuz etmiş olmakla beraber bir

49 Giritli, a.g.e., s. 55.
50 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 141.
51 Giritli, a.g.e., s. 55.
52 http://www.ataturkdevrimleri.com/yazi-398-lozan-baris-antlasmasi-nin-maddeleri.html
53 Milliyet Gazetesi, Siirt Mebusu Mahmut (Soydan) 27 Teşrinisani 1929 tarihinden başlayan yazı dizisi, Bölüm: 73-74; Ender Tiftikçi, Mehmet Tiftikçi, Atatürk ve Hukuk, Yargıtay Yayınları, Yayın no: 27 Ankara 1999, s.103-105.

takım malî meselelerden de bahsetmekten geri kalmıyorlar. Bu meselelerde bizi rencide edecek noktalar yok değildir. Fakat bunlar, büyük meselelerin hallini güçleştirecek kadar önemli değildirler. Yani hallolunabilir. Devletler, adli kapitülâsyonların sürmesini istiyorlar. Devletlerin bu kadar inat etmelerine hak vermeyiz.

Burada bir arkadaşımızın sorusuna aynı zamanda cevap vermiş olayım: Yabancılar diyorlar ki "Sizin bütün yasalarınız dinidir, biz bu yasaların hükümleriyle işlem görmeye razı değiliz!" Halbuki gerçekte dini olan şeyler; doğal ve gerçek olmak gerekir. Dini demek, bütün yasaların ihtiyaçlara ve zamana göre yapılmış olması demektir. Eğer bir yasa zamanın ihtiyaçlarına göre yapılmışsa elbette dinidir. Gerçek böyle iken, şu veya bu düşünceyle bazı sözleri yasa kitaplarına koymakla, düşmanların eline vesile vermiş oluyoruz. Meselâ ecnebiler fıkıhtan anlamazlar, anlamak istemezler ve derler ki, bunların bütün yasaları fıkıh hükümlerine dayanır. Yahut dini bir takım şeylerdir. Gerçekte, biz çağın gereklerine ve ulusun gerçek ihtiyaçlarına göre yasa yapmalıyız. Eldeki yasalarımızı yargıçlarımız süratle uygulayamıyorlarsa, hemen değiştirmeliyiz. Halka adaleti süratle dağıtmak ve uygulamak zorundayız. Yeni yönetimimizin anlamı bu olmak gerekir.

Uygar ve düzenli bir devletin makinesi, eski yasalarla işleyemez. Din adamları, çok iyi bilirler ki din, belirli bir hükümet şekli ifade etmemiştir. Din, hükümete esas olarak adaleti emretmiştir. Bu hükümler çok açıktır. Adaletle işleri yürütmeyen bir hükümet çok fenadır. Hükümetimizin, fena olmaması için, dince ve uygarlıkça çok mükemmel olabilmesi için adli yasalarımızı iyileştirmek zorundayız. Buna hiç bir engel yoktur. Bu gün mevcut yasalarımızın kökü, daha çok Mecelledir. Yeni Türkiye, ne zamana, ne de ihtiyaca uymayan Mecellenin hükümlerine bağlı kalamaz. En uygar uluslar derecesinde hukuk kurallarımızı da iyileştireceğiz. Yüz sene, beş yüz sene, bin sene evvel yaşayan bir toplum için yapılan yasalarla, bugünkü toplumları yönetmeye kalkışmak, gaflettir, cehalettir. Biz bu noktada cahilliğimizi ve gafletimizi o kadar ileri götürüyoruz ki Allah'ın da, Peygamberin de emirlerine karşı hareket ettiğimizi bile unutuyoruz.

Bu memlekette adlî kapitülâsyonların bulunması, bu gafletimizin, bu cehaletimizin cezasıdır. Bu kadar başarılarımıza rağmen yabancılar: "Adli kapitülâsyonları kaldıramayız Çünkü yasalarınız uygar ve insanî esaslara dayanmıyor. Memleketiniz içinde yabancı karma mahkemeler davalarınızı görsün. Haklarımızı sizin adaletinize, yargıçlarınıza teslim edemeyiz!" diyorlar. Tabiidir ki delegelerimiz, özellikle adli konularda hiç bir müdahale kabul edemeyeceğimizi ısrarla ifade etmektedir.

Efendiler! Bir hükümet, ancak adalete dayanabilir. Bağımsızlık, gelecek, özgürlük, her şey adaletle mümkündür. Bu kadar esaslı bir noktada müdahaleleri asla kabul etmeyeceğiz.

Efendiler! Adli kapitülâsyonlar, gayet kuvvetli ve ateşli bir zincir halinde boynumuzdadır. Bunu şüphesiz atacağız. Fakat tekrar boynumuza geçirmeyelim. Bunu boynumuza tekrar geçirmemenin çaresi de yasalarımızı iyileştirmektir.

Herkes bu gerçeği açıkça bilirse ve bunun böyle olmasını mutlaka isterse elbette seçeceği vekiller de başka şekilde hareket edemezler. Çünkü o zaman sizin irade ve arzunuza karşı hareket etmiş olurlar. Hükümetin amacını ve kuruluş niteliğini baltalamış olurlar. O zaman siz de susmazsınız! " diyerek adli Kapitülasyonlarla yeniden bağımsızlığımıza karşı bir zincir gibi oluşturulmaya çalışıldığını anlatmaktadır.

Aynı şekilde Mustafa Kemal, 2 Şubat 1923 gününde İzmir'de halkla yapmış olduğu bir konuşmasında; "…. Tam bağımsız bulunduktan sonra müspet menfi, faydalı veya zarar verici olan şeyler hakkında hata edilirse onların düzeltilmesi kolaydır. Fakat yeter ki dış bize bunu emretmesin. Hariç bunu şimdiye kadar emrediyordu ve halen de emretmek istiyor ve bu emri bize kabul ettirecek sulh yapmak istiyorlar. Bizim milletimiz ve hepimiz içten sulh istiyoruz. Fakat sulh'ten bahsolunduğu zaman herhalde hakiki hayat sebeplerimizi istiyoruz. Bunu temin etmek istiyoruz demektir. Sulhun manası bizce budur. Yoksa hayat ve bağımsızlık sebeplerinden yoksun olan bir şekle biz sulh diyemeyiz. Şimdiye kadar çok aldatılmışızdır. Ve böyle lâflarla aldatılmışızdır. Fakat bundan böyle hiçbir şekil ve surette aldanmamaya karar verdik ve aldanmayacağız. Sonra adli kapitülâsyonlara gelince: Adli kapitülâsyonlarda muhtar mahkeme adı altında yine adli kapitülâsyonları bize kabul ettirmek istiyorlar. Memleketin yargı hakkından yoksun olması, veyahut yargı hakkında kayıtlı olmak tam bağımsızlık ile bağdaştırılamaz."[54],diyerek adli kapitülasyonlarla tam bağımsızlık arasındaki doğrudan bağlantıya dikkat çekmiştir.

Gerçekten Sevr Anlaşması'nda adlî ve ekonomik kapitülâsyonlar en geniş biçimde tanınıyordu. İngiliz, Fransız, İtalyan ve Japon üyelerden oluşan bir komisyon, adlî kapitülâsyonlar konusunda yeni bir usul hazırlayacaktı. Osmanlı hükümeti bu usulü kabul ve uygulamakla yükümlüydü, (md. 136). Birinci Dünya Savaşı'ndan önce kapitülâsyonlardan yararlanan devletler, aynı zamanda mevcut bütün ekonomik kapitülâsyonlardan da yararlanacaktı[55].

Lozan'da en çok zaman alan mesele, Osmanlı Devletini güçsüz kılan kapitülasyonların ilgası olmuş ve Lozan Anlaşması'nın 28. maddesi, bu yüz kızartıcı hükümleri, uzun süren tartışmalar ve görüşmelerin kesilmesi bahasına kaldırmıştır[56]. Gerçekten Lozan Antlaşması'yla kapitülasyonlar tümüyle kaldı-

54 Belgelerle Türk Tarih Dergisi, S. 70, Temmuz 1973; Zikreden: Sadi Borak, Atatürk'ün Resmi Yayınlara Girmemiş Söylev, Demeç, Yazışma ve Söyleşileri, İstanbul 1997, s. 155 ve devamı ; Ender Tiftikçi, Mehmet Tiftikçi, Atatürk ve Hukuk, Yargıtay Yayınları, Yayın no: 27 Ankara 1999, s.113-115.

55 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 120.

56 Giritli, a.g.e., s. 54.

rılmış, bu haklardan yararlanarak ülkemizde kurulmuş yabancı ticaret kuruluşlarının da Türk yasalarına uymaları zorunluluğu getirilmiştir (madde 28)[57].

Böylece Lozan anlaşması ile yıllardır süregelen kapitülasyonlar, bütün sonuçları ile kaldırılmış, ancak adlî konularda istişarî nitelikte birkaç yabancı uzmanın beş yıl süreyle hizmette bulunması kabul edilmiştir. Kapitülasyonlara dayanan yabancı konsolosluk mahkemelerinin yargı hakları da Lozan'la sona ermiştir. Lozan Antlaşmasıyla kapitülasyonlar tümüyle kaldırılmasıyla; bu haklardan yararlanarak ülkemizde kurulmuş yabancı ticaret kuruluşlarının da, Türk yasalarına uymaları zorunluluğu getirilmiştir (madde 28).

1.3.5. Bir Sosyal Mühendislik Başarısı Olarak Türk Hukuk Devrimi

Ulusal Kurtuluş Savaşı dönemi, yakın tarihimizin en büyük alt üst oluşudur. Bu alt üst olma sürecinde çöküş ve kuruluş olguları iç içe geçmiştir. Aynı topraklarda ve aynı anda, bir devletin yıkılışıyla bir başka devletin kuruluşuna tanıklık edilmiştir. Bu dönem, aynı zamanda devlet ve toplum anlayışı bakımından, mutlakıyetçi egemenlik-ulusal egemenlik, ulus devlet-feodal imparatorluk, ulus-ümmet gibi çeşitli kavrayışların da çatışma içinde olduğu bir dönemi kapsamaktadır[58].

Osmanlı Devleti, I. Dünya Savaşı'ndan devlet olma niteliğini kaybederek çıkmıştır. Devleti devlet yapan üç ana öğeden ikisi, yani insan topluluğu ve ülke unsurları parçalanıp; bütünlüklerini kaybederlerken, siyasal egemenlik unsuru da tamamen ortadan kalkmıştı. Mustafa kemal Atatürk'ün önderliğinde yapılan Kurtuluş Savaşı ile bir yandan eski yönetime ve bu yönetimin Türk halkı için I. Dünya Savaşı sonrası kabul ettiği düzene baş kaldırılmış, bir yandan da galip ülkelere karşı bir bağımsızlık ve özgürlük mücadelesi gerçekleştirilmiştir. Mustafa kemal Atatürk bu büyük ve uzun mücadeleyi yürütürken, Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerini de atmıştır. Öncelikle ulusal egemenliğe dayanan bir milli meclis kurularak Samsun'a çıkışın üzerinden bir yıl bile geçmeden TBMM'si açılmış, ulusal kurtuluş savaşı da, Türk devrimleri de bu meclis ile gerçekleştirmiştir[59].

Mustafa Kemal, devrimin öncüsüdür. Neredeyse Türk Devriminin tüm çerçevesi, Mustafa Kemal'in bilinç koşullarıyla belirginleşmiştir. Mustafa Kemal kadar devrime etki etmiş başka bir öncü yoktur. Devrimin öğretisinden eylemine her yerde Mustafa Kemal'in izi vardır. Türk Devrimi tamamlanmamış olmasına karşın, öncüsü Mustafa Kemal, Atatürk ismiyle, kurulu düzenin bileşkesidir. Türk Devrimi'nin birçok kurum ve kuruluşunun çözülmeye başladığı Menderes döneminde Atatürk'ü korumaya yönelik kanun çıkarılması da bunun göstergesidir[60].

57 Turan, a.g.e., s. 166.
58 Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 2006., s.226.
59 Bozkurt, a.g.m., s.7.
60 Şener Aksu, Yaşam Alanı Otorite İlişkisi Açısından Devrim, Kocaeli, 2009, s.146.

Meclis'in açılışı, yeni bir Türk Devleti'nin kurulduğunu göstermesi açısından olduğu kadar, Atatürk'ün, egemenliğin sadece Türk ulusuna ait olduğu şeklindeki inancını da açıkça ortaya koyması bakımından da önem taşır. Artık egemenliği binlerce yıldır olduğu gibi belli bir aileden gelen tek kişi kullanmayacaktı. Ulus, egemenlik gücünün kaynağı olacaktı. Bu ilke ile kutsal ve sorumsuz padişahlık ve hilâfet kurumlarının bağdaşmayacağı kesindi. Ulusal egemenlik ilkesine dayalı Meclis'le, teokratik devlet ve hukuk sisteminin birlikte sürdürülemeyeceği de kesindi. Bu ilkenin gerçekleştirilebileceği tek devlet sistemi, laik hukukun geçerli olacağı demokratik cumhuriyet modeliydi. Böylece TBMM'nin açılması, aynı zamanda ileride yapılacak Hukuk Devriminin en önemli basamağını teşkil ediyordu[61].

Lozan'da Türk Temsilci Heyeti'ne, azınlıkların kişi ve aile hukukuna ilişkin imtiyazlarının muhafazası için büyük baskı yapılmıştır. Yani çok hukukluluğun devamı için. Türk Heyeti sürekli olarak, "Türkiye'nin din ayırımı yapmaksızın tüm tebaasına uygulanacak bir medeni kanun çıkartma hakkını" vurgulamıştır. Türk heyeti, Osmanlı Devleti'nin tüm çabalarına rağmen, teokratik sistemi nedeniyle aşamadığı "azınlık imtiyazları" ve "kapitülasyonlar" engellerini Lozan'la kaldırmıştır. Böylece, ülkede kişi ve aile hukuku alanında yüzlerce yıl süren, "farklı dinî hukuk sistemlerinin geçerliliği" kuralı, Lozan'da yapılan inanılmaz bir mücadele ile sona erdirilmiştir. Bu Anlaşma ile kapitülasyonlar ve konsolosluk mahkemelerinin yargı hakları kesin olarak sona erdirilirken, Büyük Devletlerin egemenlik ve bağımsızlığımıza müdahale kapıları olan konsolosluk ve cemaat mahkemeleri tarihe karışmıştır[62].

Yeni Türk toplumunun temellerini oluşturan "Atatürk devrimleri" cumhuriyetin ilânından günümüze kadar sosyal, kültürel ve ekonomik dönüşüme neden olmuştur. Bu değişimler toplumun temel kurumlarını etkilemiştir. Etkilenen temel kurumlardan en önemlisi de "hukuk"tur[63]. Modern toplumlarda hukuk aracılığı ile toplum yaşamını değiştirmenin ya da hiç olmazsa etkilemenin mümkün olduğu görüşü benimsenmiştir. Zira hukuk kuralları insan davranışlarının gösterdiği düzenliliği açıklayan, tasvir eden ifade biçimleri değil, insan davranışlarının düzenliliklerini sağlayan hükümlerdir[64].

1923-1930 döneminde yeni Türk Devletine şekil veren, kaynağını Atatürkçülükten alan köklü değişmeler yaşanmıştır. Özellikle 1926 yılından itibaren gerçekleştirilen hukuk reformu, batılılaşma, çağdaşlaşma ve lâikleşme düşüncelerinin ürünüdür. Atatürk'ün karizmatik liderliğinin sonucu başarıyla gerçekleştirilen hukuk devrimi, diğer devrimlerin temelini, dayanağını ve aynı zamanda güvencesini oluşturmuştur. Hukuk devrimi yapılırken yabancı kanunların iktibası gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, bu *"resepsiyon"* hareketi,

61 Bozkurt, a.g.m., s.8.
62 Bozkurt, a.g.m., s.9.
63 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 206.
64 Abdullah Dinçkol, Hukuka Giriş, İstanbul 2000, s.99.

Türk ulusunun öz niteliklerinin terk edilmesi anlamına gelmemiştir. Hukuk devrimi ile *"yabancılaşma"* değil tam tersi *"milliyetçilik'* ilkesinin temel alındığı *"ulusal hukuk'* yaratma amaçlanmıştır. Yabancı yasalar, Türk doktrin ve uygulaması ile ulusallaştırılmıştır. Osmanlı devleti'nin son dönemlerinde egemen olan çok uluslu luk anlayışı, cumhuriyet döneminde yerini lâik hukuk düzenine bırakmıştır. Resepsiyonun en önemli sorunu, yeni yasaların uygulanması ve halkça benimsenmesi olmuştur. Geleneksel sosyal yapı, medeni hukuk alanında, özellikle de aile hukuku ve miras hukuku alanında, yeni yasaların benimsenmemesine ve hemen gerçekleştirilememesine neden olmuştur[65].

Nitekim dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'a göre, mevcut kanunlar, hilafet ve saltanat gibi ortaçağın iki zorba müessesesinin mahsulüdürler. Bozkurt şöyle diyordu: *"Biz iyi bir hukuk koduna muhtacız. Çok iyi kodlar mevcutken, yeni bir şey elde etmeye çaba sarf etmek suretiyle vaktimizi neden heba edelim? Yeni bir kod için şerhler yazabilecek durumda mıyız? Biz ne lüzumlu vakte, ne de tatbikata ait örneklere sahibiz. Yapılacak yegane iş, iyi şerhleri bulunan hazır ve iyi bir kodu almak ve tam olarak onu tercüme etmektir. İsviçre kodu iyi bir koddur. Onu mecliste madde madde de müzakere etmeyeceğiz, yoksa asla bitiremeyiz. Sonu olmayan bir iştir bu."*.Ancak bütün bu sorunlara karşın, resepsiyon temelli bir Türk Hukuk Devrimi, çağdaş bir devlet ve toplum yaratmıştır[66].

Medeni Kanunun kabulünün ardından Adalet Bakanlığı'nda danışmanlık yapan İsviçreli hukukçu Sauser Hail, Türk hukuk reformunu şöyle değerlendirmiştir: *"Türkiye'de gerçekleştirilmiş olan reformlar bütün olarak ele alındıklarında şaşırmamak olanaksızdır. İslâm devletlerinin en güçlüsü, bin yıl geçmişe varan kuralları altı aylık bir sürede yürürlükten kaldırdı. Üç yıllık bir zaman içinde Türkiye, hukuk düzenini baştan aşağı değiştiren sekiz modern kanunla donandı. Tarih, hiçbir ülkede, bu kadar köklü ve ani değişikliği örnek gösteremez. Bir ülkede ve bir toplum üzerinde yapılmış bundan daha cesur bir deneyim yoktur."* [67]. Mustafa Kemal, cumhuriyetin ilanından kısa bir süre sonra, 1 Mart 1924 tarihinde, Meclisin II. Dönem Birinci toplanma yılında hukuk alanında yapmak istediği yenilikleri şu cümlelerle ifade etmiştir[68]: *"Adalet konusunda yeni kuruluşlara ve düzenleyişlere verdiğimiz önemin üzerinde durmak gerekecektir. Gerçi bütçenin bugünkü halinde bile adliye için önemli kaynaklar ayrılmıştır. Ve bu kaynaklar gittikçe arttırılacaktır. Ama, daha önemli olan, adalet anlayışımızı, adalet kanunlarımızı, adalet kuruluşlarımızı, bizi bilinçli bilinçsiz etkisi altında tutan ve çağdaş görüşlere hiç de uymayan bağlardan kurtarmaktır. Ulusumuz, bu günlerde*

65 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 206.
66 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 206.
67 Gülnihal Bozkurt, "Cumhuriyetle Neden Bugünkü Hukuk Sistemimize Geçildi?, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen yıllık Gelişimi, 30-31 Ekim 2003 Sempozyum, AÜHFY., No:538, s.11-14
68 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 207.

her uygar ülkede görülen ilerlemelerin, bizim ihtiyacımızı karşılayacak uygulamalarını, bizde de görmek istiyor. Ulusun isteklerine ve gereksemelerine uyarak adliyemizde her türlü eski etkiden korkusuzca silkinmekten ve hızlı ilerlemelere atılmaktan geri kalmamak zorundayız. Medeni hukukta, aile hukukunda yürüyeceğimiz yol ancak uygarlık yolu olacaktır. Hukukta işi oluruna bağlamak, eski masalımsı göreneklere bağlı kalmak, ulusları uyanmaktan alıkoyan en ağır kabustur. Türk milleti, üzerine kabus çökmesine izin veremez." Hukukta batılılaşma isteği Cumhuriyet döneminden önce ortaya atılmakla birlikte, Atatürk'ün ifade ettiği gibi: *"(...) elemli ve ızdıraplı engeller karşısında heba (...)* " olmuştur[69].

Ulusal Kurtuluş Savaşı dönemi, yeni bir hukuk yaratma savaşıdır. Bu olgu, 20. yüzyılın bu ilk ulusal kurtuluş savaşıyla, bu yüzyılda ortaya çıkacak benzerleri arasındaki ayrımı da ortaya koyar. Bu gibi akımlarda genellikle edimsellik olgusu önde olup yasal düzenlemeler arkadan gelirken; hukuksal düzenlemelerle birlikte Türk Devrimi'nde yasallık ve edimsellik olguları iç içe geçmiştir. Türk Devriminin en ayırıcı özelliklerinden olan bu iç içe geçiş nedeniyle, hukuksal metinler bakımından oldukça zengin bir kaynak oluşturur[70].

Ulusal Kurtuluş Savaşı dönemi, Anadolu'da anayasal düzenin temellerinden sarsıldığı ve yepyeni bir anayasal düzenin temellerinin atıldığı bir dönemdir. Bu dönemin başlıca olgusu uluslaşma ve demokratikleşmedir. Mondros Bırakışmasından başlayarak; halk, kendi yazgısını eline almış ve geleceğini belirlemiştir. Halk uyanışı, Kemalist önderlik sayesinde derlenip toparlanmış ve Türkiye bu dönemde ulusal devletini kurmuştur.

Ulusal Kuruluş Savaşı, Osmanlı Devleti'nin yasallık-meşruluk tabanından ulusal iktidarın kendi yasallık ve meşruluk tabanını yaratmasına, yerel kongrelerden ulusal Meclis'e, olağanüstü yetkiye sahip meclisten kurucu meclise uzanan bir süreç izlemiştir. Aynı zamanda bir kuruluş süreci olan bu süreç doğaldır ki, temel kuruluş belgeleriyle, anayasal içerikli metinlerle hukuksal olarak ifadesini bulmuştur. İşte bu nedenle Türkiye anayasa tarihinin, tek esnek Anayasası olan 1921 Anayasası, devrimci bir Meclis'in ürünüdür. Pek çok alanda devrimci yaklaşımlar getirmiştir. Bu Anayasa, adıyla bile o ana dek gelişen Osmanlı-Türk anayasacılığından köklü bir kopuşu vurgular. 1921 Anayasası, Osmanlı-Türk anayasacılığının egemenlik anlayışını temelden değiştirmiş, saltçı-göksel egemenlik anlayışının yerine ulusal-yersel ve laik egemenlik anlayışını koymuştur. O andan beri laik ulusal egemenlik ilkesi, anayasal düzenimizin temelidir. 1921 Anayasası 'na ve döneme damgasını vuran anlayış, halkın egemenliği anlayışıdır. Halk yazgısını doğrudan doğruya kendisi yönetir[71].

69 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 207.
70 Burak Çelik, Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler Ve 1921 Anayasası, İstanbul 2007, s.1.
71 Çelik, a.g.e., s.89.

Bugün, Cumhuriyetimizin kuruluşunun üzerinden 89 yıl geçmesine rağmen, hala hukuk sistemimize bazı eleştiriler gelmektedir. Bu eleştirilerin bir kısmı eskiden beri vardır: Cumhuriyetle neden kendi ürünümüz olan bir hukuk sistemi düzenlenmedi ve biz neden kanunlarımızı çeşitli Batı ülkelerinden aldık? Eleştirilerin bir kısmı özellikle son yılların ürünü. Lâik hukukun yerine herkesin kendi dini hukuk kurallarına tâbi olmasını isteyenler oldu. Atatürk ve arkadaşlarını Cumhuriyetin ilk yıllarında şimdiki hukuk sistemimizi seçmeye zorlayan şartlar nelerdir? Neden laik hukukun dışına çıkmak, yani çok hukuklu eski sistemi sürdürmek mümkün değildir?

Çok hukuklu bir sistemde, devletin bağımsız, üniter, egemen, demokratik ve eşitlikçi bir devlet olamayacağı ortadadır[72]. Kurtuluş Savaşının kazanılmasıyla birlikte kurulan yeni devlette, hukuku modernleştirmek ve ülkede hukuk birliğini sağlayabilmek için din ve mezhep ayrılığı gözetmeksizin bütün yurttaşlara uygulanabilecek kanunların kabul edilmesi bir zorunluluktur[73]. Lozan barış görüşmeleri; yeni devletin ancak bir hukuk reformu ile tam bağımsızlığını koruyabileceğini göstermiştir. Çünkü büyük devletler kapitülasyonları ve gayrimüslim azınlıkların, yani cemaatlerin eski ayrıcalıklarını sürdürme çabası içine girmişlerdi. Türk temsilcileri ve Türk Hükümeti, ülkede yaşayan herkese, aralarında hiçbir kıstasla ayırım yapmayan kanunların, yani laik bir hukuk sisteminin uygulanacağını belirterek, kimseye bir ayrıcalık tanınamayacağını vurgulamışlardı. Bu ülkenin bütünlük ve bağımsızlığı için çok önemliydi.1923 Lozan Antlaşmasıyla gayrimüslim azınlıklar ve yabancılar ayrıcalıklarını kaybettiler. Artık bu bağlar ve getirdikleri çok başlılık olmadan bir hukuk sistemi kurulabilirdi[74].

Lozan'dan sonra hemen Hukuk Devrimi gerçekleştirilmesi pek kolay olmamıştır. Eski hukukun muhafazasını isteyenler vardı. Ama Mustafa Kemal Paşa kararlıydı. 1 Mart 1922'de, daha Büyük Taarruz'dan aylar önce, TBMM.'nin Üçüncü Toplantı Yılını açarken yaptığı konuşmada; "Hukuk-i medeniye de, hukuk-i ailede takib edeceğimiz yol ancak medeniyet yolu olacaktır. Hukukta idare-i maslahat ve hurafeler milletleri uyanmaktan meneden en ağır bir kabustur. Türk Milleti, üzerinde kabus bulunduramaz" diyordu.1923'de Cumhuriyet ilan edildi. Atatürk Cumhuriyeti şöyle tanımlar, "Çağdaş bir Cumhuriyet kurmak demek, milletin insanca yaşamasını bilmesi, insanca yaşamanın neye bağlı olduğunu öğrenmesi demektir"[75].

1924 Anayasası, Tevhid-i Tedrisat yasası birbirini takip etti. Kız-erkek çocuklara bir arada ve her alanda, çağdaş eğitim hakkı gelirken kadınların seçim hakkı Meclis'te tartışılmış ve reddedilmiştir. 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara

72 Bozkurt, a.g.m, s.8.
73 Sıdıka Cebeci "Hukuk Alanındaki Değişmeler" Türk Devrim Tarihi, Mehmet Sarıoğlu Ve Arkadaşları, Kocaeli 2003, s:210.
74 Üçok ve diğerleri; a.g.e., s.307.
75 Bozkurt, a.g.m., s.8.-9.

Hukuk Mektebi'nin açılışında, Mustafa Kemal, "Mektebin müstakbel faaliyetinde Türk inkılâp ve medeniyetinin ruhuna uygun eğitimde bulunmak suretiyle vatanımıza yararlı olmasını temenni ederim" diyerek telgraf çekerken Ankara hukuk Mektebi, laik hukuk eğitimi veren ilk kurum olma şerefini taşımaya başlıyordu.

1 Kasım 1925 tarihinde de TBMM'de yaptığı açış konuşmasında da Mustafa Kemal, kanunların çıkarılmasındaki aciliyete değinmiştir: (...) Yüce Meclise sunulacak olan Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu'nun bu yasama döneminde derlenmesi ve yayımlanmasındaki ivediliği özellikle söylemek isterim. Genel hayatımızı yeni baştan düzenleyecek olan bu önemli kanunların, çağdaş uygarlığın kanunları grubundan olması doğaldır...Çağımızın gereksinmelerine uygun kanun yapmak ve onu iyi uygulamak, ilerlemek ve yükselmek için gerekli ve çok önemlidir."[76] Medeni Kanun'un hazırlanmasında Mahmut Esat Bozkurt'un büyük katkısı olmuştur. Kanunu hazırlamak üzere kurulan komisyonda ortaya farklı fikirlerin atılması nedeni ile, uzlaşmaya varılmasında güçlük çekilmiştir. Bu fikirler arasında geriye dönüş eğilimlerinin de olduğu görülmektedir. Bu gelişmeler üzerine Bozkurt, Mustafa Kemal'e ana kanunlarımızın batının ün kazanmış kanunlarının iktibası şeklinde olması gereğini iletmiştir[77].

Bunun üzerine Mustafa Kemal, Meclis'te verdiği demeçte yeni hukuk esaslarından söz ettiği, 1 Mart 1924 tarihli konuşmasını yapmıştır. Batı kanunları arasından İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasının nedenleri kısaca şöyle açıklanabilir; 1804 Fransız Medeni Kanunu, oldukça eskimiştir, çok bilimsel olarak hazırlanan Alman Medeni Kanunu ise karışık ifadesi ve karmaşık kavramları ile anlaşılma zorluğu göstermektedir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun ise tarihi yeni, dili sade ve kavramları açıktı. Ayrıca, yargıca takdir yetkisi sağlaması da tercih nedenlerinden biriydi. Medeni Kanunu'nun kabulü ile geleneksel toplumsal yapı değişmiş, yerine modern toplum yapısı oluşmuştur.

1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu'nun resepsiyonu, hukuk alanında gerçekleştirilen en büyük reformdur. Medenî Kanunla; Kadınla erkek arasında eşitlik sağlandı.Tek kadınla evlenme kabul edildi.Medenî nikâh esası benimsendi. Miras konusunda cins farkına dayalı eşitsizlik kaldırıldı, adalet sağlandı.Yapılan değişiklikler içinde kadın-erkek eşitliğini sağlayacak olan düzenlemelerden en önemlisi çok eşliliğin kaldırılması olmuştur[78].

1926 yılında hazırlanan Türk Medeni Kanununun Esbab-ı Mucibe lâyihasında, "...örf ve adete ve göreneklere mutlaka bağlı kalmak davası, insanlığı en ilkel durumundan bir adım ileri götüremeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir. Hiçbir uygar millet böyle bir akide etrafında kalmamış ve hayatın

76 Bozkurt, (Gülnihal), s.11-14.
77 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 208.
78 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 208.

gerçeklerine uygun hareketle, zaman zaman kendisini bağlayan örf ve adetleri yıkmakta tereddüt etmemiştir... Türk Milleti, çağdaş medeniyeti kendisine değil, kendisini çağdaş medeniyetin icaplarına her ne pahaya olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir. Yaşamak kararında olan bir millet için bu şarttır..." deniyordu[79].

Medenî Kanun'un bir başka önemi de "genel gerekçesi'nden (esbabı mucibe lâyihasi) kaynaklanmaktadır. Gerekçede şu ifadeler adeta lâiklik anlayışını tanımlamaktadır; " Yasaları dine dayalı devletler kısa bir zaman sonra yurdun ve ulusun isterlerini karşılayamazlar. Çünkü dinler, değişmez kurallar kapsarlar. Yaşam yürür; gereksinmeler hızla değişir; din yasaları her olursa olsun ilerleyen yaşamın karşısında biçimden ve ölü sözcüklerden ileri bir değer, bir anlam taşıyamazlar. Değişmemek dinler için bir zorunluluktur. Bu nedenle dinlerin yalnız bir vicdan işi olarak kalması, çağdaş uygarlığın temellerinden ve eski uygarlıkla yeni uygarlığın en önemli ayırıcı niteliklerinden biridir. Köklerini dinlerden alan yasalar, uygulandıkları toplumları, gökten indikleri ilkel çağlara bağlarlar ve ilerlemeleri engelleyici belli başlı neden ve etkenler arasında bulunurlar. Türk ulusunun alın yazısının, bugünkü çağda bile ortaçağ düzen ve kurallarına bağlı kalmasında, dinin değişmez kurallarından esinlenen ve Tanrı katıyla sürekli olarak ilişki durumunda bulunan yasalarımızın en güçlü etken olduklarından kuşku duyulmamalıdır.".Medenî Kanun'un yanı sıra, Ceza Kanunu İtalya'dan (1929), Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Almanya'dan (1929), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Almanya ve İsviçre'den (1927) iktibas edilmiştir. Batılı hukukçular bu girişimin sonuçsuz kalıp, Türkiye'nin tekrar İslâm hukukuna döneceğini düşünmüşlerse de, bu kanunlar son derece kısa sürede ulusallaşarak benimsenmişlerdir[80].

Medeni Kanun Komisyon çalışmaları sırasında Mustafa Kemal'in "Bu kanunları uygulayacak hukukçularımız var mı?"' sorusu üzerine, Bozkurt hiç düşünmeden şu cevabı vermiştir: " Yetiştireceğim.".

Nitekim Yeni kanunları uygulayacak yargıçları yetiştirmede önemli adımlar atılmıştır. Medreseden yetişen yargıçlar azalırken, 1925 yılında cumhuriyet'in öğretim kurumu olan Ankara Hukuk mektebi açılmıştır. Mustafa Kemal'in, Ankara Hukuk Fakültesini açarken anlamına bir kere daha dikkat çekmek üzere 5 kasım 1925 tarihinde yaptığı tarihi konuşma metni aşağı da günümüz Türkçesiyle sunulmuştur[81]:

"Bugünkü toplantımız, Cumhuriyetin yönetim merkezinde bir hukuk okulunun açılması dolayısıyladır. Bu olay, yüksek işyar (memur) ve uzman bilgin yetiştirmek çabasından daha büyük bir önem taşıyor. Yıllardır süren Türk

79 Bozkurt, a.g.m., s.10-11.

80 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 209.

81 Behçet Kemal Çağlar, Bugünün Diliyle Atatürk'ün Söylevleri, TDK Yayını, Ankara 1968, s. 159; Ender Tiftikçi, Mehmet Tiftikçi, Atatürk ve Hukuk, Yargıtay Yayınları, Yayın no: 27 Ankara 1999, s.138-143.

devrimi, düşünüşünü, varlığını, sosyal yaşayışını, üzerine kurulduğu yeni hukuk ilkelerini saptamak ve sağlamlaştırmak çaresine inanmıştır. Türk devrimi nedir? Bu devrim, sözcüğün birdenbire akla getirdiği "ihtilâl" anlamının ötesinde ve ondan daha geniş bir değişmeyi dile getirmektedir. Bugünkü devletimizin biçimi, yüzyıllardır sürüp gelen eski biçimleri bir yana iten en olgun, en gelişmiş biçim olmuştur. Ulusun, varlığını sürdürebilmek için bireyleri arasında düşündüğü ortak bağ, yüzyıllardan beri sürüp gelen biçimini, niteliğini değiştirmiş; ulus bireylerini, din bağı - mezhep bağı yerine, Türk Ulusçuluğu bağı ile toplamış, bir araya getirmiştir.

Ulus, uluslararası genel savaş alanında, kendisini var gücüyle yaşatabilecek aracın, ancak çağdaş çevrede, uygarlıkta bulunabileceğini, bir değişmez gerçek olarak kendisine ilke edinmiştir. Kısacası, baylar, ulus, saydığım değişikliklerle devrimlerin gerekli ve doğal sonucu olarak, genel yönetiminin, bunu sağlayacak bütün yasaların, ancak dünyalık ihtiyaçlardan doğacağını, bunlar değişip geliştikçe ona ayak uyduracak bir görüş ve düşünüşün kendisini esenliğe kavuşturup ölümsüz bir yaşayışa ulaştıracağını kavramış bulunuyor.

Eğer, yalnız altı yıl önceki anılarınızı yoklarsanız; devletin biçiminde, halkın birbiriyle kaynaşmasında, bizi güçlendiren uygarlık olanaklarının sağlanışında, kısacası, bütün kuruluşların ve. oluşların gelişip oturmasında uygulanan ilkelerin nasıl yeni ve değişik olduğunu hatırlarsınız. Altı yıl içinde büyük ulusumuzun yaşayışında beliren değişiklik, herhangi bir "ihtilâl"den daha güçlü, daha yüksek olan en büyük devrimlerdendir.

Ulusların kurtuluş ve yükseliş savaşında çoğu zaman kızgın ve öfkeli oldukları görülmüştür. Ama bu kızgınlık, Türk ulusunun bilinçli öfkesine benzemez. Sözünü ettiğim büyük devrim yolunda Türk ulusunun şimdiye değin harcadığı çabalar, dıştaki ve içteki saldırılara karşı yorulmaz, yıpranmaz savaşmalar içinde, ulusal egemenliğini karşı durulmaz bir güçle uygulama yolunda, hukukçuların ellerinde ve dillerinde dolaşan, alışılıp aşınmış ilkeleri bilmezlikten gelerek yeni gerçeklerin ve gelişen olayların havasında yoğrulmuş bir yönetim biçimi, bir yeni devlet yönetimi arayıp bulmak uğrunda, geçmiştir. Şimdi kurulup ortaya çıkan bu büyük yapıtın görüşünü, düşünüşünü, isteklerini belirtip karşılayabilecek yeni hukuk ilkelerini, yeni hukuk adamlarını yaratma işine girişmek günü gelmiştir.

Sanıyorum ki, Ankara Hukuk Okulu ile, Cumhuriyet Hukukunu yalnız sözüyle ve görünüşüyle değil, bilinçli ve bilgisel niteliği ile, yeni yasalarıyla, yeni hukuk adamlarıyla açıklayacak, savunacak ve uygulayacak bir davranışa baş vurmuş oluyoruz.

Cumhuriyet Türkiyesi'nde eski yaşama kurullarının eski hukuk ilkelerinin yerini bugün, yeni hukuk ilkelerinin almış olduğu bilinen bir gerçektir. Bu olup bittiyi sizin kitaplarınız ve uygulanma değeri olacak yasalarınız anlatacak ve açıklayacaktır.

Sevgili Hukuk Öğrencileri! Sayın Hukuk Adamları! Yeni hukuk ilkelerinden, yeni kuruluşumuzun gerektirdiği yasalardan söz açarken, "Her devrimin kendisine özgü dayanağı bulunmak gerektir" nedenini, yalnız bu ana nedeni göz önüne koymak istemiyorum; ille boş yere sitem etmekten vazgeçerek Türk ulusunun, çağdaş uygarlığın özelliklerinden ve verimlerinden yararlanabilmesi için, en az üç yüz yıldan beri harcadığı çabaların ne kadar kaygı verici engeller karşısında araya gittiğini göz önüne alarak, bütün uyanıklığım ve üzüntümle söylüyorum: Ulusumuzu çöküntüye sürükleyen, zaman zaman bağrından kopup da ileri düşünceleri için savaşmayı göze almış kimseleri yıldırıp usandıran gerici ve ezici güçler, bugüne değin elinizde bulunan hukuk kurallarıyla ona içten bağlananlar olmuştur. Belki ağır düşerse de, tarihe dayanan bu görüşüme, bu yüce topluluk içinde yer alanlardan ve Cumhuriyet hükümetine çok yararlı olan seçkin kimselerden pek şaşan bulunmayacağını umarım : Yine de amacımı biraz daha açıklamama izninizi dilerim. Uluslararası genel tarih içinde Türklerin 1453 zaferini, İstanbul'un fethini bir düşünün; bütün bir dünyaya karşı İstanbul'u Türk toplumuna mal eden güç, aşağı yukarı o yıllarda bulunan matbaayı ülkeye mal etmek için o zamanki hukukçuların uğursuz direncini göğüsleyememiştir. Eskimiş hukukla dar düşünceli hukukçulardan buna izin koparabilmek için üç yüz yıl, kuşkular, kararsızlıklar, üzüntüler içinde beklemek zorunda kalmışızdır.

Eski hukukun çok uzak, çok eski ve yaşama gücünü çoktan yitirmiş bir dönemini seçtiğimi sanmayın. Eski hukukla ona saplanıp kalanların bu devrim yıllarında bana gösterdiği güçlüklerden örnek vermeye kalksam başınızı ağrıtmak tehlikesine düşmüş olurum. Şu kadarını bilesiniz ki Türkiye Büyük Millet Meclisinin kuruluş günlerinde bu oluşu hukuk ilkelerine ve bilimsel görüşlere aykırı bulanların başında ünlü hukukçular vardı. Büyük Millet Meclisinde egemenliğin ulusta olduğunu belirten tasarıyı öne sürdüğüm gün, bu ilkenin Osmanlı Anayasasına aykırılığından dolayı karşısına çıkanların başında yine eski ve bilimsel erdemi ile ün salan, ulusu aldatıp durmuş olan belli hukukçular yer alıyordu.

Cumhuriyet ilân olunduktan sonra bile, baş gösteren bir acıklı olayı uyanık gözlerinizin önünde canlandırmak isterim: En ileri, en bayındır bir kentimizin hem bizim yurdumuzda hem Avrupa'da okuyup yetişmiş seçkin uzmanlardan kurulu baro topluluğu, açıktan açığa halifeci olduğunu söyleyip duran birisini kendine başkan diye seçmiştir. Bu olay, köhne hukuka saplanmış olanların cumhuriyet anlayışına karşı nasıl bir eğilimde olduklarını belirtmeye yetmez mi? Bütün böyle olaylar, devrimcilerin en büyük ama en sinsi can düşmanlarının çürümüş hukukla onun zavallı tutkunları olduğunu göstermektedir

Ulusun arasız ve ateşli devrim atılışları sırasında sinmek zorunda kalan eski kanun hükümleri, eski hukuk adamları, devrimcilerin ateşi ve etkisi yavaşlamaya başlar başlamaz hemen canlanarak devrim ilkelerini, ona içten bağ-

lı olanları, bunların kutsal ülkülerini suçlayıp kötülemek için fırsat beklerler ve bu fırsat, eski yasaların yürürlükte kalmasıyla, eski anlayışı sinsice kollayıp yürütmekte direnen yargıçların ve avukatların varlığı ile belirir ve beslenir.

Bugünkü hukuk çalışmalarımızın gerekçelerini böylece açıklamış olduğumu umuyorum. Büsbütün yeni yasalar düzenleyerek eski hukuk ilkelerini temelinden kazımaya girişiyoruz. Yeni hukuk ilkeleriyle, alfabesinden okumaya başlayacak bir yeni hukuk kuşağı yetiştirmek için bu okulu açıyoruz. Bütün bu işlerde dayanağımız ulusumuzun üstün yeteneği ve kesin isteğidir. Bu girişimlerde arkadaşlarımız, yeni hukuku, bizimle birlikte anlattığım nitelikte anlamış olan seçkin hukuk bilginlerimizdir.

Yeni hukuk ilkeleri genel yaşayışımızda başarılı uygulamalarla etkisini gösterene kadar geçecek zamanı, devrimin yorulmaz ve yıpranmaz gücü kısaltacak ve zararsız kılacaktır.

Öğrenciler!

Yeni Türk toplumunun kurucusu ve kollayıcısı olmak amacıyla okumaya başlayan sizler, Cumhuriyet döneminin gerçek hukuk bilginleri olacaksınız. Bir gün önce yetişmenizi ve ulusun isteğini yürürlüğe koymanızı hepimiz sabırsızlıkla beklemekteyiz. Sizi yetiştirecek olan profesörlerin kendilerinden beklenen ödevi hakkıyla yerine getireceklerine güveniyorum. Cumhuriyetin yapıcısı ve kollayıcısı olacak bu büyük kuruluşun açılmasında duyduğum mutluluğu hiç bir girişimimde duymadım. Bunu böylece belirtip açıklamaktan da ayrıca sevinçliyim.”.

Yeni Türk Medenî Kanunu ilerici, inkılâpçı, laik ve halkçı bir ruh taşımaktaydı. Evlenme, boşanma, miras, fiil ve hak ehliyeti, velayet gibi konularda mutlak bir kadın-erkek eşitliği, tek eşlilik, medenî nikâh usulüyle kurulan, modern ve hayatın icaplarına uygun bir aile tipi, yeni bir gayrimenkul anlayışı, mülkiyet hakkının tanzimi, tüzel kişiler, haksız fiilde yeni prensipler hep Medenî Kanun'un getirdiği yeni ve çok önemli düzenlemelerdir[82].

Böylece, kadın-erkek tüm Türk vatandaşları, en ileri ve uygar ülke vatandaşları ile aynı haklara kavuştular. Türk kadınının hak ve özgürlükleri artık güvence altında idi[83].

Türk Medenî Kanunu'nun yanı sıra, 1926'da İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınan Türk Ceza Kanunu, yine 1926'da Ticaret Kanunu, 1927'de Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (Neuchatel), 1929'da Ceza Muhakemeleri Kanunu (Almanya), 1929'da Deniz Ticareti Kanunu (Almanya), 1932'de İcra-İflâs Kanunu (İsviçre) kabul edildi. Yeni mahkemeler, barolar, tapu sicil teşkilâtı kuruldu. Türk kadınına 1930 yılında yalnız belediye üyelikleri için, 1934'de de her tür-

82 Necip Bilge .Hukuk Başlangıcı ,Ankara 2007,s.93.
83 Bozkurt, a.g.m., s..10.

lü seçme ve seçilme hakkı tanındı. 1949-1950 yıllarında yine Alman kanunlarından yararlanılarak Gelir, Kurumlar ve Vergi Usûl Kanunları hazırlandı. Tüm bu kanunlarda zaman içinde yapılan değişikliklerle sosyal ve ekonomik yapıya uyum sağlanırken, çağdaş gelişmelere de ayak uydurulmuştur. 74 yıl uygulanan ve pek çok değişikliğe uğrayan 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi çağın ve gelişen teknolojinin ihtiyaçlarına cevap veremediği gerekçesiyle yerini; 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 22.11.2001 gün ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'na bırakmıştır[84].

Hukuk devrimi, doğal olarak gündelik yaşamı en fazla etkileyen devrim olmuştur. Diğer tüm devrimlerin de temelini, dayanağını ve aynı zamanda güvencesini oluşturan bu devrim, Türkiye'nin "çağdaşlaştırılması ve kalkınması" için bir araç olarak kullanılmıştır. Türk halkını modern milletler topluluğuna dahil etme amacıyla, devrimci kadrolar, Türk halkı ve Mustafa kemal Atatürk' birlikte hareket etmiştir. Hukuk devriminin şaşılacak biçimde çabuk ve tepkisiz gerçekleşmesinde kuşkusuz Atatürk'ün "Karizmatik Önder" kişiliği büyük rol oynamıştır. [85]

Kurulan yeni Türk Devletinin kanun koyucusunun bu alandaki amacı; 1926' da dönemin Adalet Bakanı olan, Esat Mahmut tarafından kaleme alınan Türk Medeni Kanunun gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir; "Türk Toplumu çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisini çağdaş uygarlığın gereklerine her ne pahasına olursa olsun uydurmak kararındadır. Örf ve adete bağlı kalmak bir toplumu geri kalmaya mahkum etmektir. Esasen Avrupa'daki hukuk reformları örf ve adet hukukuna üstünlük tanıyan tarihçi hukuk okulunun yenilgisini ifade etmektir. Çağdaş ve uygar kanunlarla laik bir toplum düzeni kurulacaktır"[86].

Prof. Hirsch' de Türk Medeni Kanunu için şöyle diyordu: "Gerçi Türk kanun koyucu İsviçre için düzenlenen kanun maddelerinin Türk Halkına tıpatıp uygun gelmeyeceğini biliyordu; ne var ki kanun koyucunun amacı Türk toplumunun hayat şartlarını değiştirmekti. Bunu yapabilmek için hukuk kurallarının hayat şartları üzerindeki etkilerinden yararlanmak istedi. Görülüyor ki yalnız hayat şartları hukuk kurallarını etkilemez. Hukukun kuralları da hayat şartları üzerinde etki yapabilir"[87].

Atatürk; henüz medeni kanunun kabulünden çok önce, 1925 yılında; "büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski hukuk esasları temelinden söküp atmak teşebbüsündeyiz" diyerek, laik bir toplumsal yaşam ve hukuk sistemine geçileceğini zaten açıkça ifade etmiştir[88].

---

84 Bilge .a.g.e., s.93.
85 Bozkurt, a.g.m., s..11.
86 Göze, a.g.e., s.303.
87 Ernest Hirsch, Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1996, s.288.
88 Gürkan, S. 82-83.

Tanzimat' tan bu yana toplumsal yaşama yön vermesi için hukuktan pek çok şey beklenmiş ise de cumhuriyetin kurulması ile birlikte yepyeni bir toplumsal , siyasal ve ekonomik yapıya ulaşmak için kelimenin tam anlamı ile kanunlara, Batı dan iktibas edilen kanunlara başvurulmuştur.Türk hukuk devrimi içinde yer alan bu kanunların başlıcaları; Tevhidi Tedrisat Kanunu, Şapka Giyilmesi Hakkında Kanun, Tekke Ve Zaviyeler İle Türbelerin Kapatılması ve Türbedarlıklar İle Birtakım Ünvanların Men Ve İlgasına Dair Kanun, Türk Medeni Kanunu, Rakamların Kabulü Hakkında Kanun, Türk Harflerinin Kabul Ve Tatbiki Hakkında Kanun, Efendi, Bey, Paşa Gibi Lakap Ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun, Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun, Şeriyşe Ve Evkaf Vekaletinin Kapatılması, Diyanet İşleri Başkanlığının Kurulması Hakkında Kanun'dur.

Yeni kurulan Türk Devletinde toplumsal dönüşümü tamamlamak üzere bir sosyal mühendislik çalışması olarak yeni bir hukuk düzeninin kurulması sağlanarak öncelikle hukuk düzeninin en temel taşlarından olan medeni kanunun ve borçlar kanununun İsviçre'den iktibas edilmesi ile gerçekleştirildi. Hemen akabinde hukuk birliğinin sağlanması için ülkeye gereken diğer temel kanunlar da yine iktibas yoluyla batı Avrupa ülkelerinin, ilgili kanunlarından tercüme edilerek birbiri ardına yürürlüğe sokuldu. Benzeri görülmemiş bir kararlılık ve hızla hukuk birliği sağlandı ve yeni hukuksal düzenlemeler tamamlandı. Böylece Türkiye cumhuriyeti, hukuk sistemi itibariyle Kıta Avrupası hukuk sistemine girdi[89].

1.4. Uygulaması Yarım Kalmış Bir Hukuk Devrimi

Mustafa Kemal'in, adalet ve Hukukun mutlak egemenlikle ilgisini ortaya koyan 19 Ocak 1923 tarihli İzmit'te, İzmit Sinemasında halkla yaptığı konuşması da adalet değerini ortaya koyması bakımından tarihi bir değer taşımaktadır[90]:

"Efendiler, ulusumuzu, devletimizi tutumlu yapmanın esas olduğunu söyledim. Bunun için de uygulamalı bir esas olmak üzere bir eğitim programı belirlemek zorunda olduğumuzu açıklamalarımda belirttim. Fakat insanlar huzur ile, vicdan özgürlüğü ile çalışmak ihtiyacındadır. Bu ise efendiler, toplumu yöneten devlette ve hükümette adaletin mutlak egemen olmasıyla mümkündür. Açıklamalarıma başlamadan önce hatırlıyorum ki, bir noktada bugün hükümet için asloian düsturlardan biri adalettir demiştim. Bunu sağlayacak şey, adliyemizdir. Bir memlekette adalet olmazsa, o memlekette anarşiden başka bir şey yoktur, orada hiçbir şey yoktur. Adalet, yasalarla yürütülür. Bu ülkede adaletin güvenle, hızla dağıtılıp dağıtılma-

89 Üçok ve diğerleri; a.g.e., s. 309.

90 Gazi ve İnkılâp, Siirt Mebusu Mahmut (Soydan); Milliyet Gazetesi, 27 Teşrinisani 1929 tarihinde başlayan yazı dizisi, 47-48. Bölüm; Arı İnan; Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün 1923 Eskişehir-İzmit Konuşmaları, Ankara, 1996, s. 116 ve devamı; Ender Tiftikçi, Mehmet Tiftikçi, Atatürk ve Hukuk, Yargıtay Yayınları, Yayın no: 27 Ankara 1999, s.101.

dığını anlamak için bir defa da mevcut yasalarımıza bakmak gerekir. Bu yasaların ülkedeki uygulamasına ve sonucuna bakmak gerekir. Bu noktada kendimizi karalamaktan korkarım. Çünkü bu eksiğimiz o kadar büyüktür.

Herhalde bağımsızlığın temel direği olan adalet dağıtımında bir yabancı parmağı bulundurmayacağız. Bu noktadaki kararımız kesindir. Fakat aynı zamanda insafla, akıl ve mantıkla ve aynı kesin kararla kabule mecburuz ki yasal ve hukuki düzenlemelerimiz kötüdür. Onları köklüce değiştirmek, yeni hayata ve ihtiyaca uydurmak gereklidir...Efendiler, bizim milletimizin adalet duygusu yok değildir. Biz düşmanların dediği gibi vahşi ve canavar değiliz. Aksine onlardan çok yüksek adalet duygusuna, ahlâki yüceliğe ve merhamete sahibiz. Fakat, uygulama zaman zaman bu gerçeği reddeder şekilde görülmektedir. Bana bu soruyu soran bir avukat arkadaşımızdır ve adliye mensubudur. Onlar ve diğer arkadaşlarımız bilirler ki, bizim esas olarak bir mecellemiz vardır. Bu mecelle Mithat Paşa zamanında yapılmıştı. Efendiler yine o mecellenin içinde, o mecellenin dayanağını oluşturan bir şey vardır. Her şeyin devam ve sürekliliği, herhangi bir şeyin korunması veya kaldırılması, zamanın gereklerine göredir. Zamanın değişmesiyle hükümler değişir ve değişmelidir. Bundan on sene, yirmi sene, yüz sene ve bin sene önce geçerli olan hükümler bugün yürürlükte olsun iddiasında bulunanlayız! Kanunlarımızı inceleyelim ve bunların dayanak noktalarını önce ülkemizin koşullarıyla, durumuyla ve milletimizin gerçek toplumsal ihtiyaçları ve vicdanıyla ve fakat aynı zamanda ilerleyen dünyayla ilişkilerinden doğan zorunluluğu da dikkate alarak, iyileştirmek gereklidir.

Biz Türkiye Halkı insanlık dünyasından soyutlanarak başlı başımıza yaşayamayız. Bütün dünya ile, bütün insanlıkla beraber yaşarız ve yürürüz! Ve hiç olmazsa onlarla bir hizada yürümeye mecburuz. Buna göre, her konuda olduğu gibi, özellikle adliyede de, zamanın gereklerini dikkate almak ve yapacaklarımızı ona göre yapmak zorundayız.

Efendiler, Adalet Bakanlığında bulunan bütün arkadaşlarımız aynı görüştedirler. Ancak bugünkü meclis çok önemli sorunlar içinde üç buçuk seneyi geçirdi. Özellikle savaş sorunları meclisi çok meşgul etti. Onun için bu meclis, tarihi görevini yerine getirdikten sonra onun yerini almak üzere seçeceğiniz millet vekillerinin neler yapmak zorunda olduklarını iyice düşünerek seçmek zorundasınız.".

Çağdaş gelişmeler, ulusların uygar ihtiyaçlarını genişletmekte, çoğaltmakla ve uygar ihtiyaçlara uygun medenî hakların ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Her devletin bağlı olduğu toplumun uygarlık derecesine uygun hukuk sistemi vardır. Dünyadaki tüm uygar devletlerin medenî yasaları hemen birbirinin yakınıdır. Türk ulusu ve Türk devletinin hukuk sistemi de çağdaş uygarlık seviyesine uygun bağımsız ve laik bir hukuk sistemi olacaktır. 1923-1924 yılları tüm hukuk ve adalet sistemini laik temeller üzerine oturtma ve çağdaş uygarlık

ile bütünleşme eğilimlerinin güçlendiği, eski hukuk sisteminden tümüyle ayrılma kararlarının alındığı yıllardır. Yeni Ceza Kanunu, Medenî Kanun, Ticaret Kanunu getirilecektir. Türk inkılâbı, inkılâp kelimesinin ilk bakışta anlattığı ihtilâl anlamından başka, ondan çok daha geniş bir değişmeyi anlatmaktadır. Devletimizin şekli, yüzyıllardan beri gelen eski şekilleri ortadan kaldıran en gelişmiş biçim olacaktır. Ulusun, varlığını sürdürmesi için, üyeleri arasında düşündüğü ortak bağ, yüzyıllardan beri gelen şekil ve niteliğini değiştirmiş yani ulus, din bağı ve mezhep bağı yerine, Türk ulusçuluk bağı ile üyelerini, kişileri bir araya toplamıştır. Ulus bu değişmelerin, inkılâpların doğal ve zorunlu gereği olarak, genel yönetiminin ve tüm yasalarının ancak dünyevî ihtiyaçlardan doğan ve ihtiyacın değişmesi ve gelişmesiyle sürekli olarak değişme ve gelişmeyi esas olan bir yönetim zihniyetini hayatta kalma koşulu saymıştır. Cumhuriyet Türkiye'sinde, eski hayat kuralları, eski hukuk yerine, yeni hayat kurallarının ve yeni hukukun geçmesi kaçınılmazdır. Ulusal kurtuluş savaşından sonraki en önemli devrim aslında hukuksal alanda yaşanmıştır[91].

Osmanlı devleti sınırları içinde hukuk birliği sağlanamamıştı. Müslüman halka İslam hukuku ve örf ve adet hukuku uygulanırken gayri Müslimlere kendi hukukları uygulanmakta idi. Yapancılar ise kapitülasyonlar ile kendi hukuklarına bağlı idiler. Yeni devletin hukukunu modernleştirmek ve ülkede hukuk birliğini sağlayabilmek için din ve mezhep ayrılığı gözetilmeksizin bütün yurttaşlara uygulanabilecek laik kanunların kabul edilmesi bir zorunluluktu[92]. Osmanlı Devlet yapısındaki çoklu hukuk sistemine karşı yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti devletinin yaptığı devrimlerle sağladığı dönüşümler içinde; Türk devriminin en önemli değişimlerinden biri de, hukuksal alanda ve hukuk düzeninde yapılmıştır. Topluma düzen veren hukuk en etkili kurallar bütün olarak aynı zamanda toplumsal düzeni de düzenlemektedir. Toplumsal yaşam ile hukuk düzeni arasında karşılıklı bağımlılık ve etkime bulunmaktadır. Türk kanun koyucu bu karşı etkiden ve karşılıklı bağımlılıktan yararlanmayı düşünerek; batı dünyasının ve özelde de İsviçre kanunlarını alıntılamıştır[93].

Herkesçe bilinen Türk Hukuk Devrimin ayrıntılarına girmek yerine içinde bulunduğumuz zamanlarda herkesin git gide daha fazla aklında yer etmeye başlayan ve her zamankinden daha fazla cevaplanmasına ihtiyacımız olan bir soruyu yeniden sormak istiyoruz; çoklu hukuk sisteminden hukuk birliğine geçişin yapılandırıldığı genç Türkiye Cumhuriyeti'nin şimdilerde içinde bulunduğu ahval ve şeriat altında; acaba Türk Hukuk Devrimi amacına ulaşmış mıdır?

Yerli yabancı birçok araştırmacıya göre toplumumuzun siyasi, idari ve hukuki temelleri eskiyle bağını tümden koparmıştır; bu nedenle hukuk devrimi

91 Necip Bilge, .Hukuk Başlangıcı, Ankara 2007, s.89.
92 Sıdıka Cebeci "Hukuk Alanındaki Değişmeler", Türk Devrim Tarihi, Mehmet Sarıoğlu ve arkadaşları Kocaeli 2003., s.210.
93 Hirsch, a.g.e., s. 288.

salt biçimsel bir devrim olarak kalmamış toplumun ruhuna ulaşmıştır. Kanunları ya da mahkeme kararlarını ele alan yerli ve yabancı araştırmacılar hukuki değişmeleri incelerken yaptıkları araştırma ve gözlemlerden çıkardıkları sonuç; Türk Hukuk Devriminin büyük ölçüde amacına ulaştığı ancak aile ve miras hukukunun kırsal kesimde tam anlamıyla yerleşemediği gerçeğidir.

Türk Hukuk devriminin yarım kalma nedenleri araştırıldığında; kanunlar aracılığıyla başlatılan toplumsal değişmenin sınırları ve kanunların etkinliği üzerinde durmak gerekmektedir. Kanunların toplumun ihtiyaçlarına cevap verdiği oranda benimsenmesi ve etkin olması nedeniyle hukuk bir sosyal mühendislik aracı olarak kullanıldığında, yalnız hukuki tedbirlerle yetinilmemeli, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda alınacak tedbirlerle de hukuksal düzenlemelerin uygulanması desteklenmelidir[94]. Oysa Türk Hukuk Devriminin gerçekleştirilmesi süreci; Türk Devletinin maddi koşulları ve eğitim dahil her türlü değerleri açısından en büyük yoksulluk ve imkansızlıkların yaşandığı sürece denk düşmektedir.

Yine de Cumhuriyetin ilanından tam 89 yıl sonra AB sınırlarından Uzak doğuya kadar uzanan çok geniş bir bölgedeki en sağlam devlet ve en sağlam hukuki yapı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'dir. Bu özelliğiyle sadece Müslüman ülkeler içinde değil, dini ve kültürel geleneklerine bakılmaksızın tüm gelişmekte olan ülkeler için de Türkiye Cumhuriyeti bir örnek oluşturmaktadır. Bu yüzden tanık olunan tüm krizlerine rağmen Türkiye Cumhuriyeti Hukuk tarihi ve hukuku bir başarı öyküsü olarak değerlendirilebilir ki bu başarı, Cumhuriyetin kurucularının vizyon ve gerçekçilik arasında iyi bir denge kurabilmesiyle elde edilebilmiştir[95].

Çağdaş uygarlıkların coğrafi merkezi neresi olursa olsun Mustafa Kemal Atatürk, Türkiye'yi uygar uluslar ailesinin bir ferdi olarak tahayyül etmiştir. Bu hayalin gerçekleşmesi, hiç kolay olmamıştır, hala da hiç kolay değildir, süreç beklenenden uzun sürmüştür ve henüz tamamlanmamıştır. Kırsal alandaki hızlı nüfus artışı, artan nüfusun tarımdan sağlanan gelirle kırsal alanda yaşamın sürdürülememesi ve bunun sonucu olarak başlayan kentlere göç ve bu göç ve sanayileşme ile hızlanan kentleşme, siyasal çatışmaya yeni ve güçlü öğeler katmıştır[96].

Türkiye'nin bugün karşı karşıya olduğu siyasal, toplumsal ve ekonomik güçlükler, Atatürk'ün cumhuriyeti ilan ettiği zaman, ülkenin içinde bulunduğu çaresizlikle karşılaştırılamaz bile. Bu nedenle bugünkü ağır koşullar kimseyi kötümserliğe yönlendirmemelidir. Yaklaşık bir asırdır gittikçe güçlenerek gelişen, T.C. Devleti ve Türk Hukuk Sistemi, her zaman olduğu gibi ciddi bir sınavdan geçse de dimdik ayakta duracaktır.

94 Gürkan, S. 82-83.

95 Andrew Mango "Atatürk Cumhuriyetinde Vizyon Ve Gerekircilik" Uluslararası Atatürk Ve Çağdaş Toplum Sempozyumu, İstanbul 22-27 Eylül 2002; Degev, İstanbul 2003, s.31.

96 Suna Kili; Atatürk Devrimi, Ankara 1983 s.286.

2. İnsan Haklarının Gelişimi ve Laiklik

2.1. İlk Çağdaki Din Devlet Ve Hukuk ilişkisi

Eski zamanlarda din ve devlet birdi. Din, devlete hükmediyordu ve şeflerini yazgının veya kuş falının sesine göre belirliyordu. Devlet de, bilinç alanında sitenin dinine ve ayinlerine her karşı gelmeyi cezalandırıyordu. Bu devirlerde din devlet ve hukuk düzeninin temelini oluşturuyordu. Eskiçağın ve Ortaçağ'ın toplumlarında daha çok dinsel kökenli yönetimler geçerliydi, bu düzenlerde yöneticiler tanrı değillerse tanrı vekiliydiler. Mısır'da kral ya da firavun tanrıydı, Mezopotamya'da yöneticiler tanrı vekiliydiler. Tanrı vekilleri tanrılarla insanlar arasında aracıydılar, tanrıları hoşnut etmek için insanlara, insanları hoşnut etmek için tanrılara başvurabiliyorlardı. Hitit'de başlangıçta kralların tanrılıkla bir ilgisi yoktu, devletin değişen koşulları içinde zamanla Güneş Kral imgesi ortaya çıktı.

Çok tanrılı dinlerin sosyal yaşamı etkilediği ilk çağlarda devletler teokratiktir. Bu devirde din, devletin temelini oluşturur ve siyasal iktidarın da kaynağını teşkil eder. Teokrasi, "Theo" ilâh demektir, "kratos" da kuvvet, yani teokratik devlet, Tanrı gücüyle yönetilen devlettir. Din devletten ayrılmış değildir, devlet bir dini, devlet dini olarak kabul etmiştir, bu dine ve örgütüne ayrıcalıklar tanır, diğer dinleri yasaklar ya da din özgürlüğünü kısıtlar. Devlet içinde din ulemasının hükmü ve nüfuzu büyüktür, devlet işlerini yöneten devlet adamları, din ulemasının görüşlerine başvururlar, onayını alırlar[97].

İlk çağ hukukunda ve siyasal düşüncenin ilk bilgilerinde, dinin insan yaşamının her alanını etkilediğini gösteren belirtiler vardır. Hukuk dinseldir, ahlâk, ekonomi, aile, bilim, felsefe, sosyal yaşamın bütün bölümleri dinle karışmıştır. Dinsel lider aynı zamanda ilk çağ devletlerinin devlet başkanıdır. Dinin, sosyal yaşamdaki insan davranışları üzerindeki etkisini gösteren ilk çağ örnekleri olarak; Sümer, Babil ve Asur topluluklarındaki hukuk kuralları sayılabilir. Babil hükümdarı Hammurabi'nin yasaları ve aynı şekilde Hammurabi öncesi yasalar olarak; Sümer ve Asur Yasaları, dinsel içerikli yasalardır. İlk çağda Yunanlılar, siyasal topluluk kavramı ile dinsel cemaat kavramını birlikte oluşturmuşlardır. Din ile özdeş tutulan devlet; hem maddî ve hem de manevî alanlarda bireyler üzerinde tam ve mutlak bir otoriteye sahip çok güçlü bir kuruluştur. Atina Sitesi'nde yasa, dinin bir parçasıdır. Solon Yasaları, dinsel kurallardan oluşmuştur. Roma'da, imparatorluğun her devrinde, hükümdar, aynı zamanda en yüksek ruhanî başkan olmuştur[98].

97 Ayferi Göze, Türk Kurtuluş Savaşı Ve Devrimi Tarihi, İstanbul, 2000, s.85.
98 Dinçkol, Abdullah, Temel Hukuk Bilgisi, İstanbul, 2005, s.23.

2.2. Ortaçağda Din Devlet Ayrışması ve Hukuk Düzeni

Ortaçağın mutlak yönetimlerde krallar tanrısallık adına etkindiler ve Tanrı'nın bu dünyadaki temsilcileri gibiydiler[99]. Ortaçağ'ın feodal düzeninde senyörler tanrısal herhangi bir sıfat taşımamakla birlikte kilisenin belirleyici gücüyle karşı karşıyaydılar. Senyörler ve daha sonra krallar, kilisenin gücüne karşı koymakla bu güce uymak arasında değişik tutumlar almak zorunda kalmışlardır.

Hıristiyanlıkla birlikte, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması eğilimleri artmıştır. Zira Hz. İsa, imparatorluğun bu dünyada olmadığını öğretiyor, dini yönetimden ayırıyordu. Hz. İsa ekliyordu: "Sezar'a ait olanı Sezar'a veriniz ve Tanrı'ya ait olanı Tanrı'ya veriniz." İlk kez Tanrı, devletten bu kadar net bir biçimde ayrılıyordu. Çünkü Sezar, o dönemde hala Roma dininin papası, şefi ve belli başlı temsilcisiydi. Ama işte Hz. İsa paganlığın ve imparatorluğun sürdürmek istediği bağı koparıyor, dinin artık devlet olmadığını ve Sezar'a itaat etmenin artık tanrı'ya itaat etmekle aynı şey olmadığını ilan ediyordu. Artık dünyasal olmayan din, yapabildiği kadar az dünya işlerine karışıyordu. Başlangıçta Hıristiyanlıkta dinle dünya işlerinin ayrı tutulması esastır. İsa "Benim ülkem yeryüzünde değildir" derken, din ve dünya işlerinin ayrı alanlara yöneldiklerini belirtmek istiyordu. Hıristiyanlığın başlangıcındaki din devlet ayırımına rağmen, sonraki dönemlerde; yine din devlet ilişkisinin, birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Zamanla güçlenen kilise siyasal iktidardan pay istemiş ve giderek istediğini de elde etmiştir. Kuruluş felsefelerine rağmen Hıristiyanlık veya İslâmlık tarihinde ortaçağda din ve devlet işlerinin az veya çok sıkı bir şekilde birbirine bağlı olduğu görülmektedir. Avrupa'da, Ortaçağ hükümdarlarının taçlarını din adamı olan Papa giydirdiği gibi, İslâm devletlerindeki hükümdarlar da kendilerini Peygamber'in halifesi ve yeryüzünde Tanrının gölgesi sayarlardı[100].

Hukuk ve din kuralları, insanların birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleme, birbirlerine karşı uyacakları kuralları gösterme ve bu kurallara aykırı hareket edenlere yaptırım uygulamaları nedeniyle bir birlik gösterirler. Din kuralları mutlak iyinin gerçekleşmesini sağlamaya yönelmişken, hukuk kuralları adalet'in gerçekleştirilmesiyle yetinir. Hukuk kuralları toplumsal düzenin korunması için konulduklarından, onlara bu amacı gerçekleştirecek kadar bir alan yeterlidir. Oysa din kuralları, mutlak iyi idesinin genişliği oranında daha yaygın ve kapsamlıdır. Din kuralları karşısında bireylerin özgürlüğü daha sınırlıdır; hukuk alanında ise bireylerin özgürlüğü daha geniştir. Kaynak açısından hukuk kuralları ile din kuralları arasında fark bulunmakta olup hukuk kuralları insan aklının eseri olduğu halde, din kuralları kutsal bir nitelik taşır. Bu nedenle din kuralları durağandır ve yeni şartlara uymaları hukuk kurallarına oranla çok daha zordur[101].

99 Afşar Timuçin, Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 1998, s.89.
100 Dinçkol, a.g.e., s. 23.
101 Yasemin Işıktaç, Hukukun Kaynağı Olarak Örf Ve Adet Hukuku, İstanbul,1997, s. 25.

Sırf dine, yani insanın Tanrı'sı ile olan ilişkilerine değinen ve Tanrı buyruğu sayılan kurallar, genellikle sonsuz, ebedi ve değişmez sayıldıkları halde, dinin dünya hayatını ilgilendiren ve hukuksal nitelik taşıyan kurallarının zaman içinde doğan yeni gereksinmelere göre değişebilir olması gerekir[102]. Orta çağın başlangıcında hukuk düzeni de din kurallarına bağlıdır. Tanrının kendisi, doğal bir düzen olarak ele alındı mı, ortaya ölümsüz bir yasa çıkar. Yasaların derecelendirilmesine geçildiğinde; en üste ölümsüz yasa, daha sonra doğal yasa, en alta da yazılı yasa konulur ve böylece hukuk düzeni sağlanmış olur[103].

Din de reform talepleriyle başlayan din savaşları, mezhep ayrılıkları, bunların arasındaki bitip tükenmek bilmeyen dogmatik kavgalar daha 17. yüzyılda ortalıkta bir bıkkınlık yaratmış, uzlaşma, barış isteklerine yol açmıştı. Locke'un "Hoşgörürlük Üzerine Mektupları"nda; "özgür bir devlette özgür bir kilise" talebinde bulunduğu görülür[104]. Devlet din işlerine karışmayacaktır; **din insanın vicdanı ile ilgili bir şeydir; bireyler dinî inançlarına göre serbest olarak toplanıp örgütlenecekler; devlet, kendisine zararları dokunmadıkça, onları hoş görüp koruyacaktır; devlet hiç bir mezhepten yana olmayacak, yan tutmayacaktır. Devletin görevi, yurttaşların bu dünyadaki mutluluğunu sağlamaktır; Devletin ödevi, toplumun esenliğini sağlamaktır; devlet ancak yurttaşların hukuk çevresine giren eylemleri ile ilgilenebilir**[105]. Locke'a göre doğal eşitlik, açık bir biçimde hiç kimsenin bir başkasını kendi iradesine veya otoritesine tabii kılma hakkına doğal olarak sahip olmaması demektir. İnsanlar eşit ve özgür oldukları doğa durumundan toplumsal yaşama güvenlik sağlamak için geçmişlerdir. Özgürlüklerini koruyabilmek için sadece güvenlik ve cezalandırma hakkını toplumu yönetecek kişilere devretmişlerdir. Eğer siyasal iktidar korumayı ya da halkın doğal hakkını çiğnerse siyasi iktidara karşı direnme hakkı doğar[106].

2.3. İnsan Haklarının Gelişimi ve Hukuk Düzeni

Tarihsel gelişim içinde devletin ve hukuk kurallarının kökeni dinsel yaşama bağlıdır. Toplumsal yapı içinde insan davranışlarını düzenleyen ilk kurallar özellikle dinsel nitelikli kurallar olmuştur ve tüm sosyal davranışlar gibi devlet ve hukuk düzeni de dinsel bir karakter taşır. Din devlet ilişkisinin birbirine olan bağlılığı ve bölünmezliği zaman içinde din kurallarının değişmezliğiyle, dinamik bir yapı gösteren ve göstermesi gereken devlet ve onun hukuk düzeni arasında çok boyutlu karmaşaya neden olmuştur. Toplumsal yapıda yaşanan bu karmaşa ve toplumsal ihtiyaç, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması zorunluluğunu doğurmuştur. Devletin, din kurum ve otoritesinden uzaklaşmaya başlamasıyla; hukuk düzeni ve kuralları da dinsel bütünlükten ayrılmaya başlamıştır.

102 Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2007,s.7.
103 Akın, İlhan F.,Kamu Hukuku, İstanbul, 1979, s.45.
104 Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2009, s.190.
105 Gökberk Macit, Felsefe Tarihi, Ankara, 1974, s.374.
106 Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi, İstanbul, 2006, s.162.

İlkel çağlarda, bütün sosyal düzen kurallarının dinsel karakter taşıdığı, özellikle hukukun laik temellere değil, teokratik ilkelere dayandığı ve bu nedenle, ilk çağlara doğru geriledikçe din ve ahlâk kuralları ile hukuk kurallarının olduğu kadar, din adamları ile hukuk adamlarının görevlerinin bile birbirine karışmış olduğu görülür. Örneğin, Roma hukukunun ilk devirlerinde, hukukla uğraşan ve onu uygulayan kimseler Pontif denilen din adamları idiler[107]. Ancak daha sonraları, Roma hukukçuları, (Fas) denen ve insanların tanrıları ile ilişkilerini düzenleyen ve tanrılar tarafından konduğu kabul olunan dinsel hukukla, (Jus) denilen ve insanlar tarafından konulup, insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuku birbirinden ayırmışlardır. Gelişmiş bir hukuk düzenine sahip olan Roma İmparatorluğu'nda, Constantinus'un ülkesi için, Hıristiyanlığı; resmen kabul etmesinden sonra, İsa'nın vekili kabul edilen ilk Papa, bütün Katoliklerin ruhanî başkanı olmuş ve cismanî işlere de karışmıştır. Verilen imtiyazlar sonucu, kilise giderek devlet örgütlenmesine benzer nitelikte örgütlenmeye başlamıştır. Zamanla kilise, yerel hükümet sistemlerine benzer bir sistem oluşturmuştur[108]. Şeriat hukukunda, hukuk adamı olan kadı hüküm vermeden önce, din adamı müftünün fetvasını alırken; Fakih denen kişiler, hem din bilgini, hem de hukukçuydu[109].

Ortaçağda kent-içi kapalı üretim düzeninden, kentler arası üretim düzeyine geçildiği görülmektedir. Oluşan yeni ekonomik oluşumu denetleyen orta sınıf, burjuvazinin; filizlenip boy atmasıyla, XVIII. yüzyıl başlarında hukuk din ve devlet işlerinin ayrılması zorunlu hale gelmiştir. 1789 Büyük Fransız Devrimiyle birlikte devlete karşı insan hak ve özgürlüklerinin korunması söz konusu olmuştur. Batı dünyasında kilise-derebeyler- krallar üçlüsünün yönetimi olarak orta çağın karanlığından ancak büyük Fransız devrimi ile laikliğe geçilerek çıkıldığını görürüz[110]. 1789 Tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisinin ilk maddesi şöyle der : "İnsanlar özgür doğarlar ve yaşarlar, hepsi yasa karşısında eşittir." Bildirinin 10. maddesinde; "Hiç kimse fikirlerinden dolayı bunlar dini dahi olsalar tedirgin edilemez; yeter ki bunların açığa vurulması kanunla kurulan kamu düzenini bozmasın." hükmüyle hem vicdan hürriyetini, hem de devlet hukukunun üstünlüğünü vurgulamıştır.

Orta Çağ'da bir süre, Tanrısal hukukla eş anlamlı sayılan doğal hukuk, XII. yüzyıldan itibaren Avrupa'da hem Kilise'nin hem devletin egemenlik iddialarını desteklemek amacına hizmet eder. Özellikle Thomas Aquinas, Kilise otoritesinin üstünlüğü doktrini yanında, akıl gücüne ve önemine dikkati çekmiştir. Ancak mevcut kurumlar, toplumsal gelişme sürecinin doğurduğu, yeni sosyal, ekonomik ve kültürel durumlara açıkça ters düştüğü zaman, doğal hukuk; değişmek, mevcut kurumları değiştirmek veya devirmek için bir araç fonksiyonu

107 Bilge, a.g.e., s.6.
108 Dinçkol, a.g.e., s.6.
109 Bilge, a.g.e., s.6.
110 İlhan F. Akın. Türk Devrim Tarihi İstanbul 1976, s.141.

olmuştur. Hukukun yasa koyucunun iradesi olarak kavranmasından, yeniden, idesi olan adalet açısından kavranılmasına dönülmesi, doğal hukukun rönesansı olarak isimlendirilmiştir[111].

Yeni Çağ'da doğal hukukun ayırıcı özelliklerinden birisi, insan hakları, kavramıdır. Eski çağda doğal hukuk, Orta Çağ'da Tanrısal hukuk kavramları, somut hukuk konularında doğru çözümü gösteren ebedi ve değişmez bir doğal hukuk varsayımına dayandığı halde, yeniçağ doğal hukuku, özellikle Amerikan ve Fransız ihtilâllerinden önceki dönemde ve ihtilâller sırasında, ihlal edilmesi imkânsız, vazgeçilmez, insan ve vatandaş hakları kavramını özenle işlemeye çalışmıştır[112]. Bütün Ortaçağ boyunca Avrupa felsefesinin özelliğini teşkil etmiş olan teolojik doğal hukuk görüşü, XVII. yüzyılın başlarında egemenliğini kaybetmeye başlamıştır. Yeniçağ'da doğal hukukun Tanrısal irade ve akıldan bağımsız olduğunu ortaya koyanlar Gabriel Vasques ve modern laik hukuk felsefesinin kurucusu olan Hugo Grotius'dur. Yürürlükteki hukuk kurallarından oluşan pozitivist hukuk anlayışı ile doğal hukuk anlayışının en kesin ayrım noktasını, tekçi hukuk anlayışı-ikici hukuk anlayışı oluşturmaktadır. Pozitivist hukuk anlayışı, tek ve gerçek hukukun etkin, geçerli ve yürürlükteki hukuk olduğunu ve bunun yasa koyucunun iradesi ile netleştiğini söyler. Doğal hukuk bu nitelikleri gösteren bir hukukun varlığını reddetmeksizin aşkın bir ideal olarak bu hukukun üstünde yer alan ve bu hukuk için bir ölçü niteliği oluşturan bir doğal hukukun varlığını kabul etmektedir[113].

Aydınlanma çağı insan aklının yeniden özgürleşmesi ve batıl inançlardan kurtulması için köklü bir atılım yaratmıştır. Özellikle Yeniçağ'da bilim, sanat, politika ve hukukun dinin otoriter etkisinden kurtulması toplumsal yapıyı kökten etkilemiştir. Aydınlanma çağı doğal hukuku, Tanrısal düşüncelerle temellendirilen Ortaçağ yaklaşımını aşmıştır. Grotius, hukuku teolojiden kurtarmıştır. Hak kavramının, teoloji olmaksızın da var olduğunu ve hukukun bilimsel olarak bağımsızlığını göstermeye çalışmıştır[114].

Hukukun temel özelliği değişmek, dinin asıl niteliği ise değişmemek olduğu için; hukuk kuralları ile dini dogmalar arasında çekişmeler ortaya çıkmaktadır. Kilisenin reddettiği boşanmanın Fransa'dan başlayarak katolik ülkelerde kabul edilmesi dini dogmaların toplumsal değişme süreci önünde yenilgisinin bir örneği sayılabilir[115]. Fransız devriminden sonra gelen süreçte din ve Devlet işlerinin ayrılmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu süreçte monarşik yapının yıkılması pek kolay olmamış, ekonomik yapıya egemen iki güç; derebeyleri ve din adamları sınıfı, siyasal iktidarı elden bırakmamak için direnmişlerdir[116].

111 Işıktaç, Hukuk Felsefesi, s. 301.
112 Güriz, Hukuk Felsefesi, s.140.
113 Işıktaç, Hukuk Felsefesi s.301.
114 Işıktaç, a.g.e., s. 299.
115 Adnan Güriz, , Hukuk Başlangıcı, Ankara 2009, s.8.
116 Akın, a.g.e., s.142.

Sonuçta süreç içinde yaşanan ekonomik ve toplumsal gelişim, kurulacak yeni dönemin iktidar biçimi olarak; oy'a dayalı, seçimle işbaşına gelen bir yönetim ve siyasal rejim şeklini meydana getirmiş ve demokrasiyi yaratmıştır.

2.4. Laiklik ve Laik Hukuk Düzeni

2.4.1. Laiklik ve laiklik İlkesinin Gelişimi

Laiklik teriminin kökeni, eski yunan dünyasına kadar uzanmakta olup Yunanca'da laikos "halkla ilgili olan" anlamına geliyordu ve kleros'la, "'din adamları topluluğuyla karşıtlaşıyordu[117]. Secularizm olarak da ifade edilen laiklik, din işlerini devlet işlerinin dışında tutan bir yönetim anlayışıdır. Tüm kamu kurumlarında dinsel etkiyi dışlamayı öngören bir öğreti olarak laiklik, çağdaş yaşam düzeninin zorunlu bir koşulu gibidir.

Laiklik düşüncesi XVII. yüzyıldan sonra özgürlükçü dönüşümler içinde ortaya çıkmıştır ve yeni demokratik yaşam düzeni öngörülerinin zorunlu koşullarından biri olarak görünmektedir. Fransa'da 1882'de çıkan bir yasa rahiplerin ve rahibelerin ilkokullardan uzaklaştırılmasını zorunlu kılmıştır. Laik düşünceyle ilgili ilk belirleyici bilgileri, XVII. yüzyılın ünlü İngiliz filozofu John Locke ortaya koymuştur. Avrupa düşüncesinde sivilleşmenin ilk gerçek savunucusu olan ve görüşleriyle XVIII. yüzyıl aydınlanma düşüncesine öncülük etmiş olan Locke, ılımlılaştırılmış mutlak yönetim anlayışı içinde kilisenin işlevleriyle devletin işlevlerini kesin bir biçimde birbirinden ayırır, bu işlevlerin hiçbir biçimde ve hiçbir koşulda birbirine karıştırılmaması gerektiğini bildirir. Locke'a göre; her iki kesim, kendi içinde bağımsız kalabilmeli; dıştan herhangi bir kısıtlamaya uğramamalıdır. Locke devlete dinin korunması gibi bir işlev de yükler. Ona göre devlet dini korumadığı zaman din kurumlarının çeşitli dış etkiler altında özyapılarını yitirmeleri hiç de zor olmayacaktır[118].

Amerika'nın 1766 İnsan Hakları Beyannamesi'yle vicdan ve din özgürlüğünü kabul etmiştir. Bağımsızlık kazanıldıktan sonra da federal teşkilat kanunu (1789) laiklik ilkesini kabul etmiştir[119]. Batının dinde reformu gerçekleştirdikten sonraki gelişmeleri karşısında Osmanlı İmparatorluğu'nun giderek zayıflamasında, inatçı bir bağnazlıkla ulemanın ve dinsel ağırlıklı kesimlerin karşı koyusunun büyük etkisini yadsımak olanaksızdır[120].

Din, modern bir devletin kuruluşu için yeterli bir temeli oluşturamaz. Din kökeninde toplumsal olarak bütün bir grubun varlığını gerektirir. Günümüzde ise; tek bir inanışa sahip kitleler, artık yoktur. Her birey, yapabildiği ve istediği biçimde kendine göre inanmakta ve inancını uygulamaktadır. Artık devletin dini yoktur; Katolik, Protestan, Ortodoks, Musevi, Müslüman veya dinsiz olunabilir. Din, kişisel bir şey haline gelmiştir; herkesin bilinci ile ilgilidir.

117 Afşar, a.g.e., s..89.
118 Afşar, a.g.e., s.90.
119 Sıdıka Cebeci, "Hukuk Alanında Değişimler" Atatürk İlkeleri Ve Devrim Tarihi, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli 2003., s.265.
120 Gökberk Macit, Felsefe Tarihi, Ankara 1974, s.280.

Herkesin, din Özgürlüğü bulunmaktadır. Toplum, ulus, devlet, bilimle, akılla yönetilecek, yönlendirilecektir. Çağdaşlaşmaya yönelik, çağdaşlaşmayı amaç edinen Türk Devriminin zorunlu ve gerekli ilkesi Laikliktir. Mustafa Kemal Atatürk, "Yaşamda en gerçek yol gösterici bilimdir." sözü ile laikliğin önemine değinmiştir. Laiklik ilkesi aynı zamanda öbür ilkelerin uygulanmasında da akıl ve bilimi egemen kılmayı gerektirir.Atatürk'e göre, "Laiklik, yalnız din ve dünya islerinin ayrılması demek değildir. Tüm yurttaşların vicdan, ibadet ve din özgürlüğü demektir."[121]

2.4.2. Laik Devlet Laik Hukuk ve Laik Yargı

Laiklik, toplumun siyasal yapısında olduğu kadar hukuki sosyal ve ekonomik yapısı ve tüm kültürel, bilimsel dokusu içinde gelişen ilişkilerin din ile bağının kesilmiş olmasıdır[122]. Laiklik bütün bir toplumun çeşitli yönlerini ve ilişkiler ağını ilgilendirir. Laiklik, en kısa tanımıyla din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasıdır. Geniş olarak tanımlandığında ise, hukuk kurallarının dine göre değil, akla ve mantı göre düzenlenmesidir. Laiklik, yönetimi, siyaseti, eğitimi, devlet ve toplum yaşamının gerekli kıldığı görevleri dinin, dinsel kuralların etkisinden, tekelinden kurtarıl devlet işleriyle din işlerini birbirinden ayırmak; aklı ve bilimi devlet ve toplum ne olursa olsun birbirine saygılı olmak zorundadır. Din toplumsal bir kurumdur, ama devlet ve toplum yaşamında, bu yaşamın yönlendirilmesinde, işlerinde geçerli olamaz, evrensel ve yaşamsal düzenlemelerde egemen olması gereken akıl ve bilimdir.

Günümüzde çağdaş toplumlarda din devlet ilişkisi birbirinden ayrılmış ve devlet, din özgürlüğü ve laiklik ilkesi temelinde demokratik bir yapılanma içinde kurgulanmıştır. Bireyin, kişisel kimliğinin öne geçmesi ve insan onuruna saygı kavramının evrensel değerlerin en üstüne çıkarılmasıyla; devletlerin hukuk düzenlerinin, insan hakları temeli üzerinde yeniden yapılandırılması sağlanmıştır. Başlangıçta din devleti ve hukuku olarak başlayan din devlet ilişkisinin, süreç içinde birbirinden ayrılması, hukuksal yapıyı laik devlet, laik hukuk ve laik yargıya dönüştürmüştür.

Hukuk düzeninin, din özgürlüğü ve laiklik zemininindeki yapılanması; insan haklarının gelişimine yol açarak, insan haklarının güvenceye alınmasına ve bu hakların korunması için gerekli hukuksal kazanım ve mekanizmaların doğmasına neden olmuştur. Batının gelişmiş ve demokratikleşmiş çağdaş toplumlarında, din devlet ilişkisinin birbirinden bağımsızlığı; din özgürlüğü ve laiklik ilkesiyle gerçekleştirilmiştir.

Laiklik ve laik devlet, bir bütün olarak toplumun siyasal, sosyal, ekonomik yapısı, kültürel, bilimsel dokusu ile dinin etkisinden, dinî ölçülerden, dini kural ve kurumlardan ayrılmış olması demektir. Devletin ve toplumun gerek

121 Cebeci, a.g.e., s.265.
122 Göze, a.g.e., s.285.

dış görünüşü, şekli ile gerek düşüncesi ve uygulaması ile dinden bağımsız olmasıdır[123].

Laik devlette, devlet din işlerine, din de devlet işlerine karışmaz, dinî ve siyasal otoriteler birbirinden ayrılmıştır. Devletin resmî bir dini yoktur. Ülkede var olan din ve mezhepler karşısında, devlet tarafsız bir tutum takınır, bunlardan hiçbirine, diğeri aleyhine olarak özel ayrıcalıklar tanınmaz. Buna karşılık, din de, bağımsız bir alan içinde ahlâki ve manevî hayatın düzeni olarak varlığını sürdürür.

Laik devlette, hükümet ve idare işlerinin ve bunları düzenleyen yasaların ve kuralların dayandıkları ilkelerin kaynağı din değildir. Siyasal ve yönetim işleri, yasalar ve kurallar toplum hayatının gerçekleri ve ihtiyaçları göz önünde tutularak düzenlenir. Laik devlet, genellikle, devlet işleri ile din işlerinin birbirinden ayrıldığı siyasal yapıyı tanımlar. Öte yandan Laik siyasal yapı, hukukun da laik olmasını zorunlu kılarken; laik hukuk, laik yargı gerektirir[124].

2.4.3. Türk Tarihinde Din Devlet Hukuk İlişkisi ve Laiklik

İslamiyet'ten önceki eski Türk devletlerinde, dini yetki sahibi kişilerin siyasal yaşamda hiç rol oynamadığı ve bu devletlerinin teokratik nitelik taşımadıkları görülür[125]. Orhon kitabelerinde, dinî yetki sahibi kişilerin devlet işlerinde etkinliklerini gösteren tek cümleye rastlanmamaktadır. Orhon kitabelerinin yazıldığı M.S. 732-734 tarihlerinde, dinî inançların ve din adamlarının toplum yaşamında önemli rolleri vardır, ancak devlet adamları din adamlarını devlet işlerine karıştırmamışlardır.

Ancak, eski Türklerde Şamanlar, yalnız din adamı değil, aynı zamanda hukuk adamı kimliğindeydiler[126]. Öte yandan İslâmiyet'ten önce, Türk devletlerinde, tam anlamıyla vicdan ve din özgürlüğünün bulunduğunu ve Türklerin ulusal dini olan Şamanizm'den başka, Türkler arasında diğer dinlerin de serbestçe kullanıldığını, din ve devlet arasındaki ilişkinin ise, karşılıklı saygı ilkesine dayandığını gösteren kanıtlar bulunmaktadır. Şamanizmin bir sonucu olarak, Han'ların kendilerini Tanrının özel korumasına mazhar saydıkları halde, kendilerini dini reis olarak kabul ettirmek girişiminde bulunmadıkları ve hiç bir zaman dini reis sıfatını taşımadıkları da bilinmektedir.

Türk Devletlerinin İslamiyet'e geçişi ile birlikte din devlet ve hukuk işlerinin bir elden yürütülmeye başlandığı görülür. İslâm dini, başlangıçtan beri devlet düzeni ile siyasal örgütlenme ile birlikte gelişmiştir. İslâm dininin kurucusu Hazreti Muhammed'in kurduğu devlet teokratik nitelik taşıyordu.

123 Göze, a.g.e., s.286.
124 Göze, a.g.e., s.306.
125 Cebeci, a.g.e., s.265.
126 Bilge, a.g.e., s.7.

Türk devletlerinin teokratik niteliği, Osmanlı hükümdarlarının halife olmalarından sonra artmıştır. Devletin birçok işleri fetva makamının kontrolüne girerek, hukuk alanı daraltılmıştır. 18.yy.da Gülhane Hatt-ı Hümayunu (1839) ile; hukuk alanında bazı değişiklikler oluşturulmakla beraber devletin teokratik yapısı korunmuştu. II. Meşrutiyette devletin teokratik yapısında bir değişiklik olmadığı gibi, Anayasa'da (1909) daha öncekinden fazla olarak, kanunların oluşturulmasında şeriat hükümlerinin esas alınacağı belirtilmişti.

Osmanlı Devleti başlangıçta bütünüyle teokratik yapıda değildir, örf ve adetlerden ve ulusal hukuktan oluşan geniş bir alan devlet hayatını düzenlemektedir. İdari işler bu kurallarla yürütülüyor, vergiler bu kurallarla toplanıyordu. Şeriat kuralları sadece yapılan işleri meşrulaştıran bir araç olarak görülüyordu. Kamu hukuku, teşkilat, idare ve ceza hukuku, devletin iç yapısı ve faaliyetlerini ilgilendiren alanlarda, örf ve adet hukukunun ve padişahların irade, ferman, emir, hat, hatt-ı hümayun gibi yasama işlemlerinin ürünü olan ve şeri hukukun, dini esasların etkisinden uzak kalan düzenlemelerin ve kuralların oldukça geniş ve yaygın bir alanı kapladığı dikkati çekiyordu.

Türklerde laikliğin tarihçesine baktığımızda, ilkçağda, göçebe yaşayan Türk teokratik devlet düzeninden geçmediklerini görürüz. Eski Türklerde vicdan ve din özgürlüğü vardır. Türkler İslamiyet'i kabul ettikten sonra, teokratik bir kimlik aldılar. Bu durum Osmanlı hükümdarlarının halife olmalarından sonra arttı. Devletin birçok işleri fetva makamının kontrolüne girerek, hukuk alanını daralttı. 18. yy. da Türkiye'ye Batı'dan bazı yenilikler girmeye başladı.

Gülhane Hattı (1839) hukuk alamı bazı değişiklikler oluşturmakla beraber devletin teokratik yapısı korundu. 0 dönem birkaç aydın ve siyaset adamı dışında hiç kimse laik devlet sistemini düşünmedi. İlk Türk Anayasası'nda şeriat hükümlerine aykırı kanun çıkarılmasını önleyecek hükümler vardı. II. Meşrutiyette devletin teokratik yapısında bir değişiklik olmadığı gibi daha öncekinden fazla olarak, 1909 tarihli anayasada; kanunların oluşturulmasında, şeriat hükümlerinin esas alınacağı belirtildi. Fakat aydınlardan laik hukuku savunanlar vardı. Ulusçuluk ve Batıcılık fikirlerinin ilerlemesi de laik ortamın yaratılmasına yardım etti[127].

Türkiye'de Laiklik, Ulusal Bağımsızlık Savaşı döneminde filiz vermeye başlamıştır. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile egemenlik kayıtsız şartsız ulusa verilmişti. Saltanatın kaldırılarak 29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyet yönetiminin ilan edilmesiyle birlikte 3 Mart 1924 tarihinde Halifeliğin, Şer'iye ve Vekaletinin kaldırılması, laikliğe doğru atılan en önemli adımlardır. Bu adımlarla siyasi alanda Laiklik gerçekleştirilmiştir[128]. Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere hukuk alanında yapılan devrim hareketleriyle, Laiklik hukuk alanında gerçekleştirilmiştir. 3 Mart 1924'te Tevhid-i Tedrisat Kanunu olarak

127 Cebeci, a.g.e., s. 265.
128 Akın, İlhan F. Türk Devrim Tarihi, İstanbul 1976, s.143.

Eğitim-Öğretimin Millileştirilmesi Kanunu, Medreselerin kapatılması ve Maarif Teşkilatı Hakkında Kanunları ile de eğitim alanında gerçekleştirilen laiklik ilkesi, son olarak Tekke-Zaviye ve Türbelerin kapatılmasıyla toplumsal alanda gerçekleştirilmiştir.

Atatürk, her ülkede hükümetin birinci görevinin "yasayı hâkim kılmak" ve "adaleti iyi tevzi etmek" olduğunu vurgular. Bunun anlamı "halkı yormadan", "sür'atle, isabetle, emniyetle adaleti tevzi etmektir." Aynı zamanda doğal ve zorunlu olarak tüm dünya ile ilişki kuracak ülkemizin adalet mekanizmasının düzeyi uygar toplumların yargı sistemlerinin düzeyine ulaşması gerekir. Ama bu yeterli değildir, bir ülkenin adalet sisteminin yabancı müdahalelerden uzak olması, yani bağımsız olması, başka bir deyimle, adlî kapitülâsyonlar zincirinden kurtulması gerekir[129].

Laik siyasal yapı, hukukun da laik olmasını zorunlu kılar. Bu zorunluluk yeni Türkiye devletinde yavaş yavaş yerine getirilecektir. Laik bir hukuk düzenine geçilmesi gereğini, Atatürk 8 Nisan 1923 tarihinde yayınlanan Halk Fıkrasının dokuz ilkesini içeren programında, "... mahkemelerin düzeltileceği, yenileştirileceği, bütün yasaların hukuk bilimi verilerine göre yeni baştan düzeltilip tamamlanacağını" [66] açıklayarak belirtir. Bütün yasaların düzenlenmesinde, her türlü örgütlenmede, yönetimin bütün ayrıntılarında, genel eğitimde, iktisadî işlerde ulusal egemenlik ilkesine" uyulacaktır. 1 Mart 1924 de meclisin yılını açış konuşmasında bir defa daha medenî hukukta, aile hukukunda izleyecek yolun, ancak uygarlık yolu olacağı açıklanır." Ulusu bir an önce çağın gereklerine ayak uydurmasını önleyen tüm bağlardan kurtarmak gerekmektedir, uygarlık yolunda hızla ilerlemek için gereken tereddüt edilmeden yapılmalıdır.".

Hukukta idare-i maslahat ve hurafelere bağlılık, ulusların uyanmalarını önleyen en ağır bir kâbustur, Türk ulusu üzerinde kâbus bulunduramaz. Laik devlet ve laik hukuk düzeni, laik adalet sistemini gerektirir, laik adalet din adamlarının, dinî örgütlerin ve kuruluşların yargı yetkisine sahip olmamasıdır. 8 Nisan 1924 tarihli ve 469 sayılı yasa ile Şer'iye mahkemeleri kaldırılmıştır. Laik yargı sistemi kurulmuştur. Laik devlette yeminin de dinî değil, laik olması gerekir. Osmanlı Devletinde yemin de dinîdir. 1839 Gülhane Hatt-ı Hümâyûnunda Padişahın ve 1876 da Padişah ve milletvekillerinin yemini de dinî nitelikte idi. Aynı durum 1924 anayasasında da görülür, yeminde "Vallahi" formülü kullanılır. Ancak 1928 de laikliğin kabulü ile "namusum üzerine söz veririm" laik yemin formülü uygulanmaya başlar. Mahkemelerde laiklik ilkesini kabulünden sonra yemin dinî niteliğini kaybeder.

Kemalist Cumhuriyet Hukukunun Lâikleşmesi ile ilgili son olarak yine bu konudaki Mustafa Kemal Atatürk'ün sözlerine yer vermek gerekmektedir" [130].

129 Göze, a.g.e., s.307
130 http://atam.gov.tr/?p=98

"Vicdan hürriyetine asla müdâhale edilemez, zira bu ferdin tâbiî haklarının en mühimlerinden biri addedilir... Her fert, istediğini düşünmek, istediğine inanmak, kendine mahsus siyâsî bir fikre mâlik olmak, mensup olduğu bir dinin icaplarını yapmak veya yapmamak hak ve hürriyetine sâhiptir. Kimsenin fikrine ve vicdanına hâkim olunamaz. Türkiye'de her yetişkin (reşit) dinini seçmekte hürdür. İbâdet hürriyetine gelince, insanlar hangi dine mensuplarsa o din ile ilgili âyin ve merasimleri yapmakta serbesttir. Fakat, âyinler asayiş ve genel adaba aykırı olamaz, siyâsi gösteri şeklinde de yapılamaz".

3. Küreselleşme ve Küresel Ekonomilerin Hukuk Düzenlerine Etkisi

3.1. Küreselleşme ve Küresel Ekonomi

Küreselleşme, dünya ekonomisini oluşturan sosyal ve iktisadi parçaların birbirleriyle ve giderek dünya piyasalarıyla eklemlenmesiyle, mal ticaretinin ve finansal sermaye akımlarının serbestleştirilmesidir[131]. Küreselleşme; ticari serbestleşmenin, yatırım ve sermaye akışının ve teknolojik değişimin ivmesiyle yönetilen ülkelerde hızlı ekonomik bir entegrasyon aracıdır[132]. Küreselleşmeyle birlikte yeniden yapılandırılan kurumsal düzen ve yeni ekonomik gelişmeler siyasi otoriteden, sadece piyasanın yapmak istediği veya yapamadığı faaliyetlerde yoğunlaşmasını ve üretimle ilgili kararların piyasaya bırakılmasını talep etmektedir.

Küreselleşme, ekonomik süreçleri ilgilendiriyor ve ekonomik süreçlerde kutuplu yapı ortaya çıkarıyor[133]. Küreselleşmenin ortak hareket noktası, daha önce devlet tarafından yerine getirilen hizmetlerin, kamu etkinlik alanından çıkarılarak özel sektöre devredilmesiyle tam rekabet ortamında serbest piyasa düzeninin kurulmuş olmasıdır. Bu şekilde kamu küçülmekte ve faaliyet alanı daraltılmaktadır. Doğal olarak, bu gelişmelerden genel olarak bütün hukuk düzeni, özel olarak da kamu hukuku, idare hukuku ve idari yargı düzeni nasibini almakta ve hukuk düzeni küreselleşmektedir. 1970'li yıllardan itibaren, devletin küçültülmesi, kamu kuruluş ve faaliyetlerinin özelleştirilmesi söylemiyle dile getirilen politikaların yoğunlaşması; devletten beklenen görevler ile kamu yönetimi ve hizmeti kavramlarını da değiştirmektedir [134].

Dünya ekonomilerinin küreselleşmesiyle birlikte; süreç içinde hukuk ve küresel hukuk düzeni, giderek bir önem kazanan bir araç işlevi görür. Küreselleşen kurumsal yapıların hukuk düzen ve hukuk sistemlerine yansımasının sonuçlarından biri de hukuk alanında pragmatizmin yeniden canlandırılmasıdır[135].

131 Erinç Yeldan, Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi, İstanbul 2001, s.13.
132 Oğul Zengingönül; küreselleşme, İzmir 2007, s.196.
133 Korkut Boratav, "Emperyalizm mi?, Küreselleşme mi?", Ahmet Tonak (Ed.), Küreselleşme, Ankara 2000, s.23.
134 Mehmet Yüksel, Küreselleşme, Ulusal Hukuk ve Türkiye, Ankara 2001, s.18.
135 Güriz, a.g.e., s..282.

Çağdaş dünya da, bir taraftan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti tartışmalarıyla hukuki koruma talepleri yükselirken; diğer yandan hukuksal düzenin, küreselleşme ve serbest dolaşımı engelleyen hukuki düzenleme ve engellerin kaldırılmasına çalışılmaktadır[136].

Dünya üzerinde ekonomik sosyal ve kurumsal boyutlarıyla her alanda yaşanmaya başlayan küreselleşmenin, uluslar üstü hukuk yanında; uluslararası hukukla birlikte ve iç hukuk düzeni olarak, ulusal hukuka etkisi kaçınılmazdır. Küreselleşmenin yarattığı, evrensel hukuk düzeninin en önemli sonucu, küreselleşmenin yasal ve kurumsal düzenlemelerinin; devletlerin iç hukuklarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemesidir. Küreselleşme ve küreselleşme eğilimleriyle birlikte uluslararası sermaye ve kurumların çıkarlarını teminat altına alma isteği; önce uluslararası hukuku, ilke ve standartlar bazında etkilerken; bu değişim ve etki, süreç içinde uluslararası anlaşmalar yoluyla iç hukuka taşınmaya başlanmıştır.

Usulüne uygun olarak onaylanan uluslar arası anlaşmalar, iç hukuka dahil edildiğinde; hakimler ve karar vericilerle, hukuk uygulayıcıları tarafından bu kurallara uyulması zorunlu hale gelirler. Böylece küresel hukuk düzeni, birbirine eklemlenen ulusal hukuk düzenleriyle biçimlendirilmiş kurumsal bir yapıya sahip olur.

Küreselleşme hukuku, uluslar üstü, ulusal ve bölgesel düzeylerde, anayasal, yasal ve sözleşmesel pek çok hukuk kaynağı yaratmaktadır. Küreselleşmenin dayattığı küresel hukuk düzenlerinin bireysel hakların normatif ve yargısal erkin korunması üzerinde yansımaları bulunmaktadır. Sermaye hareketlerinin ülke sınırlarını serbestçe aşabilmesi ile dünyada optimal kaynak dağılımının gerçekleşeceği, dünya refahının artacağı ileri sürülmektedir[137]. Bugüne dek yaşanan ekonomik krizlerin arkasında, çıkarı maksimize etmeye yönelik girişimlerin, yeterli hukuki düzenleme ve denetimin olmaması sonucu, hileli ve kural dışı yollara sapılmış olması gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Doğru kurallara uyulmaması ve yeterli denetimin yapılamaması da piyasa sistemini kriz yaratan bir mekanizma haline getirmektedir. Hukuk, ekonominin örgütlenmesi ve işleyişi için gereklidir. Ekonomi ve hukuk birbiriyle birleşiktir. Ekonomik ilişkiler, onları meşrulaştıran, hukuk kuralları aracılığı ile kurumsallaşır ve yürütülür. Bunun açık kanıtı da, ekonominin yeni tekniklere (örneğin, "leasing" ve "francehising", "yap-işlet-devret" vb.) gereksinim duyduğunda bunları hukuk aracılığı ile kurumsallaştırıp yaptırıma bağlamasıdır.

Devletin ekonomiye müdahalesine koşut olarak, ekonomi-hukuk ilişkileri de yoğunlaşmaktadır. Devlet ekonomik alanda düzenleyici ve müteşebbis olarak faaliyette bulunurken, bir yandan yasal düzenlemeler yapmakta, idari kararlar almakta; öte yandan da, mal ve hizmet üreticisi ve alıcısı olarak pi-

136 Mehmet Yüksel., "Modernleşme,Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik", HFSA 17, İstanbul, 2007, s.97.

137 Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri; Ankara 2010, s.7.

yasada faaliyet göstermektedir. Hukuk, Devletin ve bireylerin ekonomik alandaki faaliyetleri için hem bir "araç", hem de bir "çerçeve" işlevi görmektedir. Ekonomik alanda izlenen politika ve kararların başarısı da onları uygulamaya geçiren hukuki araçlar ile yakından ilgili olup artık hukukun araçsal nitelikleri söz konusu olmaya başlamıştır. Küresel amaçlar belirlendikten sonra bunlara ulaşmada en uygun hukuksal aracın seçimi söz konusu olacaktır. Hukuksal düzenlemeler, uygulamaya konulduktan sonra da bunun ulaşılmak istenen amaca ulaşmaya ne ölçüde elverişli olduğunun belirlenmesi gerekecektir.

Ekonomilerin küreselleşmesi sonucu ülkelerin kendi sistemleri için de oluşturdukları düzenleyici ve denetleyici mekanizmalar da uluslararası boyuttaki krizlerden çıkışta yeterli olamadıkları için global düzenleme ve denetleyicilerin oluşturulması yönünde küresel bir eğilim ortaya çıkmıştır. Uluslararası kuruluşlarında bu eğilimi desteklediği söylenebilir[138].

Son yıllarda özellikle ekonomi alanında sıkça kullanılan bir kavram olan küreselleşme sadece ekonomik alanda değil, her alanda olduğu gibi hukuk alanında da hüküm sürmeye başlamıştır. İnsan hakları da küreselleşmenin çarpıcı biçimde görüldüğü bir başka alandır. Küreselleşmede farklı sistem ve yapılarla, farklı hukuki geleneklere sahip ulusal sistemlerin bu alanlardaki yakınlaşması anlatılmaktadır. Bu yakınlaşma değişik hukuki mekanizmalarla sağlanmaktadır. Örneğin, ekonomi alanında, Avrupa düzeyinde tek Pazar ve tek para ile ortaya çıkan bütünleşme, bunun hukuku olan AB hukuku ve yargısal denetimi yapan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı; Uluslararası düzeyde ise Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Bankası (DB) ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ile uyuşmazlık çözme mekanizması olarak da uluslararası tahkim bu bütünleşmenin araçlarını oluşturmaktadır[139].

3.2. Modern Hukuk Düzenlerinin Dönüşümü

Modernleşme kavramı, genel olarak, ekonomik alanda kapitalizme ve endüstriyel gelişmeye, siyasal bakımdan ulus-devlete ve temsili demokrasiye, sosyal açıdan farklılaşmaya, işbölümüne ve uzmanlaşmaya, kültürel bağlamda bireyciliğe ve sekülerleşmeye dayanan bir değerler sistemine doğru giden süreci ifade eder[140].

Modernizm, ortaçağın düşünüş tarzı ve yaşam kalıplarına bir tepki ürünü olarak doğmuştur. Modernizm, yeni bir dünya görüşüyle kültürel gelişmeyi ve buna bağlı olarak da yeni bir yaşam tarzını belirlemektedir. Modernizm tarihsel gelişim sürecinde modern toplumu dönüştürürken; modern topluma, aynı zamanda olguculuk da denilen pozitivizmi; akılcılığı, insan özerkliğini ve bilginin evrenselliği ilkelerini de benimsetmiştir. Modern zamanların hukukları hem bir toplumsal yapıyı hem de bir örgütsel yönetim tarzını ifade

138 Tan, a.g.e., s.12.
139 Tan, a.g.e., s.6.
140 Yüksel, HFSA 17, s. 97.

ettiklerinden toplumsal yapı ve kuralları da belirleyen eşitlikçi bir yapı üzerine oturtulmuşlardır. Sosyal sistemler alanında özellikle ekonomi ile devlet ve bunların hukuk ile ilişkileri üzerindeki modern toplumlarda, para ve siyasal güç bakımından kapitalist ekonomik sistem ve rasyonel devlet yapısı şeklinde bir farklılaşma ortaya çıkar[141]. Yeni düzen, toplumsal yaşam dünyasıyla para ve siyasal güç kullanımının kurumsallaşması yoluyla bağlantılı hale gelirken; bu ilişkiyi hukuksal düzlem sağlar[142].

Modernite, insanın çevresi ile kurduğu ilişkileri akılcılaştırmaya tutunan bir evrilmedir[143]. Doğayı akıl ile kavrayan ve doğaya aklı ile hakim olan insanın, rasyonel bir toplum tipine adım atması, bu dönemin başlangıcını oluşturur. Modern siyasi düşüncenin en büyük adımı, demokratik devlet biçimim, diğer iktidar biçimlerinin yanında alternatif bir model olarak değil de modern yapının bütünleyici bir parçası haline getirmiş olmasıdır. Böylece, demokrasi, artık siyasal yönetim biçimlerinden biri değil, Devlet'in tek rasyonel modeli haline gelecektir. Aydınlanma Çağı'nın yarattığı bireyin ve herkesin onur ve değer bakımından eşitliği ilkesini bize bir değer olarak sunan modernite, Yeni Çağ'da gelişen demokrasinin ayrılamaz parçasıdır[144].

3.3. Modern Devlet ve Yükselen Demokrasi Talepleri

Modern toplumu geleneksel toplumdan ayıran temel özellikler; hızlı ve yoğun değişme ve bu değişmenin giderek, bütün toplumsal ilişkileri ve sistemi kuşatarak; kendine özgü kurumsal ve tarihsel yapılar geliştirdiği söylenebilir. Modern toplum yapısına ve kentleşmeye bağlı olarak hukuksal yapı değişmeye başlar. Tarihsel süreç içinde; feodalitenin parçalı devlet ve buna da bağlı dağınık hukuk yapısının yerini, egemen merkezi devlet yapısı ile hukukun birleştirilmesi ve yalınlaştırılması çabası alır. Bireyleri sımsıkı saran yerel ilişkiler ve cemaat bağları çözülüp kent ekonomisi ve ulusal ekonomiye geçilirken, hukuk dağınıklığından hukuk birliğine ve yargı birliğine geçiş bir zorunluluk halini almış olur. Ekonomik yapıyla birlikte modern devlet hukukun en önemli kaynaklarından biri durumuna gelmiştir. Modern devletle birlikte hukuk, yönetenlerin tasarımlı ve sınırsız iradelerinin ürünü olarak şekillenen kanun yapma faaliyetinin damgasını taşımaya başlamıştır[145]. Modernleşme sürecinde kapitalizm, modern devlet ve modern bilim anlayışıyla birlikte gelişen modern hukukun, toplumsal yaşamı giderek egemenliği altına alarak nasıl hukuksallaştırıp bürokratikleştirdiği ve bu hukuksallaştırma sürecini ve bu değerlerin toplumsal yaşamı nasıl etkilediği ve ahlâki duygu ve değerleri nasıl geliştirdiği çok açıktır[146].

141 Selime Güzel sarı; Küresel Kapitalizm Ve Devletin Dönüşümü, İstanbul 2008 s. 391.
142 İlhan Tekeli, Modernite Aşılırken Siyaset Ankara 1999, s.87.
143 Hegel, Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev. Cenap Karakaya, Sosyal Y., İstanbul. 2004, s. 200.
144 Rukiye Akkaya Kia, Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik Ve Hukuk, İstanbul 2011., s.176.
145 Yüksel, Küreselleşme, Ulusal Hukuk ve Türkiye, s.61.
146 Yüksel, HFSA 17, s.97.

Modern olmak tarihsel gelenek ve dışsal otoriteler karşısında bir özerklik talep etmek kendi inançlarını ve hayatını düzenleme hakkı elde etmek demektir. Modernleşme; değişim sürecinin sosyo-ekonomik sonucu olarak görülürken doğrusal gelişmeye mutlak doğrulara inançla toplumsal ve hukuksal düzeni ussal biçimde planlamasıyla bilim ve üretimin standartlaşmasıyla özdeşleştirirken ussal bir düzen olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sürecin toplumsal yapısını oluşturan hukuksal yapısına baktığımızda; bu yapının, modernizmin yarattığı toplumsal yapıya uygun olarak; belirlenimci, neden sonuç ilişkisine göre işleyen ussal ve denetim odaklı örgütsel yapılar şeklinde yapılandırıldığını görmekteyiz.

Kapitalizmin bir sistem olarak gelişmesi, geleneksel otorite ile karizmatik otoritenin egemen olduğu toplumlarda değil; ancak hukuki otoritenin başat hale geldiği toplumlarda mümkün olabilir. Bu otorite biçiminin hakim olduğu yerlerde toplumsal ilişkilere ve davranışlara yön veren kurallar, belirli bir sistem içinde biçimsel ve akli verilere göre oluşturulur. Aynı şekilde bu düzende hukukun uygulanmasında akılcılık esastır. Modern devlet aşamasına gelinceye kadar hiçbir hukuk sistemi, bir bütün olarak bu denli dizayn edilmemiştir. Daha önceleri, hukuki kodifikasyona yönelik çeşitli girişimler, mevcut hukuk kuralların bütününü sistematize etmekten, tamamlamaktan veya tutarsızlıklarını bertaraf etmekten daha fazlasını yapmamıştır. Mutlak monarşinin yükselişiyle başlayan dönemde hukuk, bilinçli bir insan faaliyetinin ürünü olmaya ve belli amaçlara ulaşmak için tasarlanan bir araç haline gelmeye başlamıştır[147].

Modernleşme sürecinde sosyal sistemler ile toplumsal yaşam alanlarının farklılaştığını ileri sürülür. Buna göre, sanat, bilim, ekonomi, siyaset, hukuk ve etik gibi alanlar, kendi mantığını ve rasyonel yaklaşımını geliştirerek gittikçe birbirinden bağımsızlaşan sistemler haline gelir. Toplumun giderek karmaşıklaşması ve farklılaşması, eşgüdümü gerçekleştirecek ve yönetimi mümkün kılacak aygıtların veya mekanizmaların geliştirilmesini gerektirir. Bunlar ise, ilişkilerin ve prosedürlerin gittikçe aşırılaşan biçimselleşmesine yol açar. Sonuçta kültürel dünya bütünlüğünü kaybeder[148].

Modern devlet, bireyin çıkarları ile büyük toplumun dayanışmasını sağlamak arasında, yaşadığı sıkıntıların çözümünü, yerelde güçlenen ve yeniden yapılanan demokrasi taleplerine terk etmeye hazırlanmaktadır. Devlet, ne pahasına olursa olsun sermaye birikimini güçlendirmek ve sermayenin, küresel sermaye ile buluşma kanalları açmak ile meşgul olmaktadır. Küresel sermaye ile bağlantı kurmak, hukuksal alt yapı hazırlığı gerektirmektedir. Bu nedenle devlet, hukuksal ve ekonomik açıdan küresel entegrasyonun bir aracı konumundadır. Toplumların, küresel toplum ile buluşma kanallarının açılmasında, devletin etkinliği bir başlangıç noktası oluşturmaktadır.

147 Yüksel, HFSA 17, s. 99.
148 Yüksel; HFSA 17, s.106.

Modern devletin kurucu kavramı olan egemenlik, bu nedenle değişmemiş ama bir başkalaşım yaşamış ve yaşayacaktır. Hukukun eleştirilmesi ile onun devletin önünde bir engel olarak olarak görülmesi bizi farklı sonuçlara götürür. Yeni bir yüzyılda, ekonomik paylaşımda sosyal adalete odaklanan demokrasinin ve güvenliğe feda edilmeyen insan hakları en temel bir kaygıların başında gelmektedir. Modern düşünce, barışı ve adaleti bir akıl ilkesi olarak ortaya koyarken, siyasi iktidarın meşruiyetini, bütün hakların özünü oluşturan yaşam hakkına bağlamıştı. Günümüzün insanı, barış ve aklın ilkesi bir yana, güçlünün manipülasyonlarına alet olabilecek kadar acizleşmiştir[149].

Doğal hukukun gelişimiyle demokrasi ve insan hakları da gelişmeye başlamıştır. Laiklik ve laik hukuk düzeninin gelişimiyle akıl ve çoğunluğun iradesi öne çıkmıştır. XX. yüzyılın deneyimleri, özellikle Avrupa'daki bask otoriter ve totaliter rejimlerin uygulamaları, topluma ve devlete bakış açımızı önemli ölçüde değiştirmiştir. Bu tarihe kadar demokratik rejim, azınlık iradesi-çoğunluk iradesi şeklinde dualist veya halk iradesi, milli irade şeklinde monist yaklaşımlarla açıklanmaktaydı. Bu tarihten itibaren, sosyolojide, çağdaş toplumu anlamak için başvurulan çoğulculuk kavramı, demokratik rejimin niteliği üzerindeki tartışmalarda da belirleyici olmaya başlamıştır.

Çağdaş toplum ne J. J. Rousseau'n düşündüğü gibi kendini genel irade olarak ortaya koyabilen bir monoblok, ne de liberal geleneğin savunduğu gibi atomize bireylerden oluşan ve kolayca azınlık-çoğunluk şeklinde ayrılabilen ikili bir yapıdır. Artık toplum, farklı hayat tarzla ve farklı çıkar gruplarını içeren, ahenkli bir yapıdan çok çatışma ve rekabete yol açan bir yapı olarak düşünülmektedir. Bu çoğulcu yaklaşım, siyaset biliminde, bugün "çoğulcu demokrasi" olarak adlandırılır[150].

Geçmişte demokrasinin başarısı için sosyal yapının türdeş olması gerektiğine inanılır, farklılık olumsuzlanırdı. Bir çok kent devletlerinde, bu anlamda türdeşliğin sağlanması zor değildi. Çağımızda ise demokrasi, sınıfsal, etnik, dil ve benzeri çok sayıda farklılık ve çeşitlilik içeren uluslar ve devlet çatısı altında uygulanmaktadır. Bu nedenle, demokrasinin "milli irade" gibi monist veya "çoğunluk iradesi-azınlık iradesi" eksenine oturan düalist modelleri, çeşitlilik ve farklılıklarla bezeli çoğulcu toplum yapısında istenmeyen bazı sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Söz konusu modellerin toplumsal yapıdaki farklılık ve çeşitliliği reddeden otoriter bir demokrasiye dönüşme potansiyeli mevcuttur. İnsan hakları, hukuk devleti ilkeleri gibi çoğunluk iradesini sınırlayacak güçlü bariyerler olmadığı takdirde, rejimin çoğunluğun despotizmine dönüşmesini engellemek kolay olmayacaktır.

---

149 Rukiye Akkaya Kia, Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik Ve Hukuk, İstanbul 2011., s.180-181.

150 Oktay Uygun, Demokrasinin Çoğunlukçu Ve çoğulcu Modelleri İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi, Barolar Birliği; Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi, İnsan Hakları Toplantısı, Ankara 2010, s.24.

Buna karşılık, toplumsal yapıdaki çoğulculuğu dikkate alarak oluşturulan çoğulcu demokrasi anlayışında, çoğunluk iradesi, azınlıkta kalan kesimlerin bir gün çoğunluk haline gelebilmesi imkânını sürekli açık tutacak biçimde sınırlanmıştır. Ayrıca ülke yönetiminde çoğunluk iradesi ve o iradenin ortaya çıkardığı kurumların yanında, bağımsız, tarafsız başka bazı kurumların iradesine de yer verilir. Özellikle çoğunluk iradesine değil, üstün hukuk normlarına göre karar veren bağımsız yargı organlarının siyasal sistem üzerindeki etkisi önem kazanır. Özgürce kurulan ve faaliyet gösteren dernekler, sendikalar ve meslek kuruluşları gibi hükümet dışı örgütlerin siyasal karar alma süreçlerindeki dolaylı etkisi de burada belirtilmelidir. Bu güvenceler, çoğunluk iradesini yansıtan kurumlar gibi sistemin asli unsurları olarak düzenlenmediği takdirde, rejimin çoğunluğun despotizmine dönüşmesi tehlikesi ortaya çıkabilecektir.

Günümüzde söz konusu güvencelerle donatılmış demokrasi "çoğulcu demokrasi", bu güvencelerden yoksun demokrasi ise "çoğunlukçu demokrasi" olarak adlandırılır. Ülkemizdeki güncel siyasal tartışmaların daha iyi kavranması bağlamında çoğunluk iradesine tanınan üstünlüğü rejimin asli unsuru olarak gören çoğunlukçu demokrasi anlayışından, sosyal yapıdaki çeşitlilik ve farklılığın korunmasını esas alan çoğulcu demokrasi anlayışına geçiş sürecinin incelenmesi, yararlı olacaktır.[151] Bu noktadaki tek güvencenin demokratik hukuk sisteminin özgürlükçü ve eşitlikçi bir yapılanma ile hukukun üstünlüğü ve hukuk devletine dayanması olacaktır.

Demokrasinin diğer yönetim biçimlerinden ayırt edici özelliğinin çoğunluk iradesine tanınan üstünlük olduğu kabul edilir. Yönetme yetkisi, demokrasilerde ise çoğunluğa tanınmış bir yetkidir. Çoğunluk yönetimi, pek çok düşünür tarafından kamu yararının sağlanması ve bireysel çıkarların savunulması açısından daha güvenli görülmüştür. Modern demokrasi çoğunluğa yönetme hakkı verirken, azınlıkta kalan kesimin çıkarlarını da korur; herkesin onurlu biçimde yaşamasını güvence altına alan bireysel tercihlerin özgürce yapılmasını güvence altına alır. Demokrasi bunu, söz konusu bireysel tercihlerin çoğunluk iradesine karşı korunması bakımından güçlü bir araç olan kişiliğe bağlı dokunulmaz haklar anlayışıyla yapar.

Günümüzde hem ulusal hem de uluslararası mekanizmalarla korunan geniş bir insan hakları listesi, ister azınlık ister çoğunluk tarafında olsun, toplumun tüm bireylerinin kendi geleceklerini tayin etme ve kendileriyle ilgili kararları özgürce alma olanağını asgari ölçüde garanti eder. Kişiliğe bağlı dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklar anlayışı, tarihsel gelişime bakıldığında, demokrasiyle birlikte ortaya çıkmıştır[152]. İnsan haklarının gelişimi ile birlikte yükselen demokrasi talepleri egemenliğin paylaşılmasına dayandırılmıştır. Aynı şekilde egemenliğin paylaşılması talepleriyle birlikte demokra-

151 Uygun, a.g.k, s.25.
152 Uygun, a.g.k, s.23.

tik kavramların küreselleşme amaçlı değişim arzusunun artmaya başladığını görmekteyiz.

4. Postmodernizm ve Postmodern Hukuk Sistemleri

4.1. Postmodernizm ve Postmodernizmin Doğuşu

Postmodernite, 1950'lerden itibaren moderniteye bir tepki olarak ortaya çıkmış ve 1970'li yılların sonunda, kullanımı yaygınlaşan bir algılama biçimine dönüşmüştür[28]. Gelişmiş toplumların yeni kültürel pratiklerini, sanat anlayışlarını ve mimari çizgideki değişimleri ifade etmek için entelektüel kesimlerin ortaya atığı bir kavramdır. Entelektüeller henüz içeriğini tartışırken, postmodernite kavramı; Batı toplumunda gelişen çoğulculuğu, atomize bireyin gücünü, ideolojilerin yıpranmışlığını nitelemek için kullanılmış ve anlamı çeşitlendirilmiştir[29]. Postmodernite, Batı toplumlarının mevcut konumunun gerek toplumsal değişkenler, gerekse onların ürettiği bilinç açısından, irdelendiği bir yeni toplumsal düşünce sürecidir[153].

Postmodern düşünce, sosyal bilimlerdeki temel kavramların ayrışmalarını, birer çözümleme gibi ele alması nedeniyle devlet ve devletin temel kavramlarını da ayrıştırmaktadır. Bu ayrıştırma, modern devletin ve onun modern hukukla donatılmış görüntüsünün dağılmasıdır. Postmodern hukuk, bir sorgulamanın devamında gelen küresel hukuku, kaçınılmaz bir çözülme gibi göstermek ve söz konusu çözülmeyi haklılaştırmaya çalışmaktadır[154].

20. yüzyılın sonu ile 21. yüzyılın başında yaşanan dünya savaşları ve ekonomik dünya krizlerinin kültürler üzerindeki etkisini; eski, şimdiki ve gelecek zamanlar için; geçirgen hale getirirken, sekteye uğratılan toplumsal yaşam küreselleşmeye başlamış ve post modern zamanlara gelinmiştir[155]. Postmodernizm örtük bir şekilde modernite sanayi sonrası tüketim medya ve gösteri toplumu olarak; çok uluslu kapitalizm olarak nitelendirilen yeni bir ekonomik düzen ve yeni bir toplumsal yaşamın çıkışı ile kültürler ve kültürlemelerdeki yeni yönetimi bağlantılandırmaktadır. Doğuş sürecinde modernizm, ortaçağın karanlık dünyasından aydınlanmaya ulaşmak üzere aklın yarattığı bir egemenlik düzeni üzerinde bir anlamda otoriteden kaçışı simgelemiş ve bu amçla toplumsal yapıyla özdeşleşmiştir[156].

Aydınlanma düşüncesiyle birlikte ortaya çıkan modernizm; süreç içinde katı rasyonel tutum ve kurallarıyla, insan ve insan değerlerinin üstünlüğüyle ilgili tüm değerlerin yerine akıl ve nesnelliği koyarken; insanın ve insanın anlamını kaybederek kendi içinde bir kaos yaratmıştır. Modernizmin yarattığı

153 Zygmunt Bauman,, Postmodernlik Ve Hoşnutsuzlukları, Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Y.. İstanbul. 2000, s. 9.

154 Kia, a.g.e., s.176.

155 Hüseyin Murat Işık, " Modernite ve Postmodernite Bağlamında Farklılıklar", HFSA 14, İstanbul 2006, s.185

156 Mustafa Tören Yücel, Hukuk Felsefesi, Ankara 2005, s.282 .

kaos ve katılık, küreselleşme ile birlikte süreç içinde kendi karşıtını doğurmuş ve modernizme karşı çıkış çabalarıyla postmodernizm ortaya çıkmıştır. Postmodernizm 21.yüzyılda kavramsal çerçeveyi değiştirmiştir[157].

4.2. Postmodernizmin Temel İlkeleri

Postmodernizm, ne kadar belirsiz olursa olsun modernizmin geliştirdiği söylem ve bu söylem üzerine inşa edilen her türlü fikri kurumsal ve yapısal oluşuma duyulan tepkiyi ifade etmektedir. Postmodernizm, modernizmin kesinlik mutlaklık öngörülebilirlik ve belirlenebilirlik gibi epistemolojik parametreleri ile bu parametrelerin somut tezahürlerinin karşıtlığına denk düşmekte ve her şekilde moderniteden kopuşu göstermektedir[158].

Geç kapitalizm mantığı artık post modernite ile ifade edilmektedir. Teknoloji kültür ve toplum biçimlerinin oluşturduğu birbirine benzer yapılar bir üst gerçeklik olarak postmodernizmi simgelerken; modern endüstri toplumlarının anahtarı olan üretim post modern toplumlarda gerçek'i önceleyen modeller olarak topluma egemen olmaya başlar ve böylece post modernizmin üst gerçekliğini oluşturur. Modernitenin değerleri olarak özellikle pozitivizmle kutsallaştırılan bilimsel gerçeklikler kuantum fiziğinin getirdiği belirsizlik kuramı ve Einstein'in ortaya attığı görelilik anlayışıyla birlikte doğrunun ancak belirli koşullarda ortaya çıktığı görüşünü yaygınlaştırmıştır.

Göreceliliği temel dayanak noktası kabul eden postmodernizmin en önemli görünüşü; aydınlanma düşüncesini, rasyonalizmin pozitivizmin ve bunların ürünü olarak nitelendirilen modernizmin reddedilmesidir[159]. Postmodern öğretinin temel görüşlerinden biri görecelilik olarak kendini göstermektedir. Bu yaklaşıma göre bütün bilgiler görecelidir, genel geçerliğe sahip ahlaki değerler de olamaz, bütün değerler; zamana, topluma, kişiye, kültür durumuna ve yaşama biçimine göre değişir. Bu yaklaşıma göre; gerçek de, tek olamaz. Herkesin gerçeği, kendine göredir. Postmodernizmde görecelilik her şeyin üstündedir. Belirsizlikle ilgili postmodern yaklaşım, herhangi bir bütünlüğün oluşmasını da dışlamaktadır. Farklılık ve parçalılık, etkin hale gelmektedir[160].

Postmodernizme göre çağdaş devlet modernite mantığını yansıtır. Bütünleştirici bir anlayışa dayanan modern devlet aşırı güçlü bir merkeziyetçi yapıya ve bürokrasiye sahiptir[161]. Ulus aşırı kapitalizm çağını kavrayabilmek için postmodern düşünce tarzının birçok tuhaf ve çelişkili boyutlarının en belirgin öğesi, temelde Aydınlanmacı fikirlere yönelik eleştirilerden kaynaklanmaktadır. Postmodernizmde tüm bilimselcilik, temelcilik, evrenselcilik, totalite, özdeş-düşünme, özerk ve birleşik özne ve benzerlerine yönelik her şey eleştiriye uğrar[162].

157 Gülten Kazgan, Küreselleşme Ve Ulus Devlet, İstanbul 2005.
158 Işık, a.g.m., s.195.
159 Güriz, a.g.e., s. 279.
160 Güriz, a.g.e., s.280.
161 Adnan Güriz, Feminizm Postmodernizm Ve Hukuk, Ankara 1997, s.153.
162 Adnan Guriz Hukuk Başlangıcı, Ankara 2009, s.280.

İnsanlığın evrensel özgürleşimini isteyen idealin hangi somutluklar bağlamında gerçek kılınabileceğini ve geçmişin tüm değerlerini önüne katıp süpüren bir toplumsal düzeneğin, tüm dünyada egemen kılma yollarını araştırılırken; bürokratikleştirilen sistemin ne kadar tıkandığı göz ardı edilmiştir. Süreç içinde hukuksal düzlemin, bürokratik bir devlet aygıtına dönüştüğü görülmüştür[163].

Postmodernizm, modernizmin insan bilgisine duyduğu aşırı güvene, insanların her yerde aynı olduğu inancına karşı çıkan evrensel ben yerine yerel ben'i birlik ve tutarlılık yerine çelişki ve farklılığını ön plana çıkaran bir anlayıştır[164]. Modernizmden farklı olarak sorun, teorik olmaktan çok pratik alana taşımıştır. Postmodernizm bir varoluş felsefesidir. Burada insani eylemle hayatın anlamı arasında yakın bir ilişkilendirilme yapılmaya çalışılmaktadır. Postmodernistlere göre eğer bir toplum plüralizmi teşvik ediyorsa sağlıklıdır[165].

Küreselleşmeyle birlikte hareket eden postmodernizmle; tüketici odaklılık, otoritenin bölünmesi ve bilginin ticarileşmesi gibi, bizzat küreselleşmenin doğal sonuçlarıyla karşılaşılmaya başlanmıştır. Postmodernleşmenin toplumsallaştığı süreçte kapitalizmin dönüşüme uğradığı yeni bir süreç ve yapılanma söz konusu olmaya başlamıştır. Gerçekten toplumsal yaşamı sekteye uğratan ekonomik krizlerin dönüştürdüğü toplumsal ve hukuksal yapılar doğal olarak toplumları yeni bir takım arayışlara itmektedir. Sunulan çözüm önerileri ve bunlara dönük uygulamalar, toplumsal bir dönüşümü de beraberinde getirmiş ve post modern söylemleri öne çıkarmıştır.

Postmodernizm çoğunlukla kendisini öncelemiş olandan aktif bir kopuşu göstermek üzere kullanılırken; bu kopuş, olumlu ve olumsuz tarzlarda algılanabilmektedir. Postmodernizmle ilgili eski kısıtlayıcı ve baskıcı koşullardan, bir özgürleşme olarak; yeni gelişmeleri onaylayıcı, yeni belgelere doğru yapılan bir hamle, yeni söylem ve düşüncelerin işlenerek, geliştirilmesi yorumları yapılmaktadır. Bu olumlu yorumların yanında; acınası bir gerileme olarak, geleneksel değerlerin kesinliklerin ve istikrarın kaybı yada modernliğin hala değer taşıyan öğelerinden vazgeçilmesi de olumsuz yorumlanmaktadır.

Postmodernist girişimlerin birçoğunda olduğu gibi; geri dönülen geçmişin, modernizm geleneği olması durumunda; bu gelenekle yarattığımız eleştirel ilişkinin, öncekinin gizli bir tekrarından başka bir şey olup olmadığı nasıl bilinebilir? Eşbiçimlilik ile farklılık arasındaki işbirliğinin; aslından uzaklaştırma, kesintiye uğratma ve dağıtma yönündeki postmodern hareketlerin ve postmodern sinoptik ele geçirme dürtüsünün belki de en ironik kanıtı, son yıllarda postmodern derlemelerin, antolojilerin, değerlendirmelerin, dizinlerin ve bu kitabın da elbette bir örneği olduğu her türden el kitabının çoğalmasıdır[166].

163 Tery Eagleton, Postmodernizmin Yanılsamaları, Ankara 1999, s.49.
164 Işıktaç, Hukuk Felsefesi, s.376.
165 Yasemin Işıktaç, Hukuk Yazıları, Ankara 2004, 319.
166 Steven Connor, Postmodernist Kültür - Çağdaş Olanın Kuramlarına Bir Giriş, İstanbul 2005. s.79.

Pozitivizmle uzlaşmazlık içinde olan postmodernite bütün olayların toplumsal anlamlarını çarpıtarak tanımladığı için, olguları kategorize etmekten çok; usdışı olsa bile olayların toplumsal anlamlarına dikkat etmekte; bu noktada toplumsal ilişkileri ve değerleri, ön plana çıkartmaktadır. Toplumsal ve hukuksal yapının değişimi süreciyle, modernizmin kapsayıcı bakış açısı; postmodernizm nezdinde birey ve toplulukları kısıtlayan, kalıplaştıran ve nesneleştiren girişimler olarak algılanmaktadır.

Postmodernizm, post önekiyle; modernizmin, esnek ya da onun üstüne gelecek şekilde; toplumun ne olduğu, ne olacağı ve ne olması gerektiğini belirlemeye ve belirtmeye çalışmaktadır. Post modernizm benzerlikler yerine farklılıkları vurgularken, post modern değerleri; kültürlerin, geleneklerin ve yaşam tarzlarının farklılıkları üzerine kurulmuştur[167]. Postmodernizmin ilke ve temel özelliklerini genel başlıklar halinde şöyle özetlenebilir:

1. Görecelilik ilkesi; görecelilik her şeyin üstündedir.

2. Belirsizlik ilkesi; farklılıklar ve parçalılıkların etkin hale getirilmesi için; gereken belirsizlik ortamının yaratılması gerekmektedir.

3. Pragmatizm İlkesi; yararcılığın değerleri, her şeyden önce gelir ve bu nedenle deneyim ilkeden önce gelir.

4. Pluralizm/Çokçuluk ilkesi; gerçek ve adalet çokçuluk ilkesine göre belirlenir.

5. Çok kültürlülüğün egemenliği ilkesi; küreselleşmenin yarattığı yerellik ve çok kültürlülük ilkesi önce gelir.

6. Epistomolojiden ontolojiye geçiş ilkesi; bilgi yerine deney, teori yerine pratik önce gelir.

7. Öngörülmüş ve yerleşmiş kural ve hiyerarşileri yıkma ilkesi; her şeyi yıkma serbestliği bulunmaktadır.

Aşırılıkçı ve yeniden inşacı postmodernistlerin, modern dönemi karakterize eden teorik söylemlerin indirgemeci ve mekanist boyutlarına yaptıkları saldırının; haklı itirazlarını işe yarar birer rasyonel içgörü olarak kabul edilmesi gerçeği yanında, postmodern teorinin; rasyonelliğin rasyonel eleştirisi, totalitenin totalleştirici reddi, öznellik kategorisinin öznel bir kibirle bir köşeye fırlatılması, aşırı mekanistik tek-nedenli teorilerin eleştirilmesine karşılık nedenselliğin toptan reddi, akıl eleştirisinde nüansların gözden kaçırılması olarak; yalnızca birkaçının sayıldığı çıkmaz sokaklarında bir an önce analiz edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[168].

Postmodernist olduğu söylenebilecek bir dizi kavram ve itiraz olarak, genel bir bakış veya bir anlatı sıralaması yapıldığında; temsil, hakikat, özne,

167 Adnan Guriz Hukuk Başlangıcı Ankara 2009, s.281.
168 Steven Best, Douglas Kellner, Postmodern Teori (Postmodern Theory) İstanbul 1998, s.32.

gerçek, ilerleme, devrim nosyonlarının reddi; ve bunların yerine sunulan arzu, yersiz yurtsuzlaşma, köksap, çok katlılık, dil oyunları, fark, özne konumları, bilgi/iktidar, soy kötülüğü, simülasyon, hiper gerçek, radikal demokrasi, hegemonya nasyonları açığa çıkıyor. Postmodernizmin yarattığı bu yeni talep ve değişim; toplum ve kültür teorisinin yeniden inşa edilmesini gerektirirken, bu radikal değişim isteğinin de analiz gerektirdiği ortaya çıkıyor. Postmodern teori henüz kendi sistemini ve bu sistemin sağlam kurgusuyla tutarlı bir yapı oluşturmadan kendi içindeki çelişkilerle uğraşmaya başlamıştır.

4.3. Postmodernizmin Hukuk Sistemlerine Yansıması

4.3.1. Postmodern Hukuk Sistemlerinin Doğuşu

Modernleşme ve küreselleşme sürecinde, gerek ulusal düzeyde, parti, sendika, vakıf, dernek, şirket, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları gibi, gerekse uluslar üstü düzeyde, çok uluslu şirketler, uluslararası örgütler, sivil toplum kuruluşları ve ulus-devlet yanında birçok aktörün hukuku yaratma ve şekillendirme sürecine giderek daha fazla katılır hale gelmeleri, toplumsal yaşam alanlarının ne denli hukuksallaştırıldığını göstermeye yetmektedir. Formel hukuki düzenlemeler ve mekanizmalar, toplumsal yaşam dünyasını kuşatıp çerçevelemektedir.

Bu gelişmeler bağlamında insan yaşamının giderek artan ölçülerde gerek ulusal gerekse uluslar üstü düzeyde formel kural ve mekanizmalarla oldukça kapsamlı ve derin bir şekilde etkilenir duruma gelmesi; bir yandan bireylerin kişisel özgürlük ve otonomilerini büyük ölçüde sınırlandırırken, diğer taraftan ahlaki değer ve normların oluşumunu zorlaştırmaktadır. Kamusal yaşam içinde devlet yanında diğer örgütlü devasa hiyerarşik ve bürokratik yapıya sahip kuruluşların belirleyici bir rol oynar hale gelmeleri, insanların sosyal sorumluluk ve bireysel duyarlılık bilincinin zayıflamasına yol açmış ve postmodernizmin doğuşunu hızlandırmıştır[169]. Modernleşme sürecinde sosyal sistemler ile toplumsal yaşam alanları da farklılaşmaktadır. Buna göre, sanat, bilim, ekonomi, siyaset, hukuk ve etik gibi alanlar, kendi mantığını ve rasyonel yaklaşımını geliştirerek gittikçe birbirinden bağımsızlaşan sistemler haline gelir.

Modernleşme sürecinde, neredeyse tüm toplumsal yaşam alanları bürokratikleşip akılcılaşır. Bu çerçevede; akılcılaştırılmış bürokratik işyerleri, eğitim kurumları, ceza ve ıslah evleri, tedavi yerleri, hastaneler, eğlence yerleri ve devasa medya kuruluşları gibi birçok yapı oluşur. Böylesine akılcılaştırılmış ortamlar, insan benliğinin sınırlandığı, duyguların denetlendiği, başka deyişle insanların insan gibi davranamadıkları yerlerdir. Hiyerarşik bürokratik bir yapıya sahip olan bu büyük örgütsel yapılarda, belli makamları işgal eden insanların formel prosedürlere ve yazılı kurallara dayalı belli görev ve sorumlulukları vardır. Bütün bunlar, hiç kuşkusuz, rasyonel, genel ve soyut nitelikteki

169 Yüksel, HFSA 17, s..103.

hukuki kural ve mekanizmalar sayesinde gerçekleşir. Ancak, bütün bunlara rağmen, rasyonel hukuk temeli üzerinde yükselen bürokrasi dahil tüm akılcı sistemler, her zaman arzu edilen sonuçlan veremez. Bu tür sistemler, insanın sezgiler, duygular ve değerler dünyasını dikkate almazlar. İşte bu durum, toplumsal gerçeklik ile hukuk ve bürokratik formel düzen arasında bir mesafenin bulunduğu anlamına gelir. Bu mesafenin açılmaya başladığı her yerde ise, biçimsel hukuk ve adalet sistemi sorgulanmaya başlar[170].

Postmodern hukuk düşüncesi, işte bu noktada; hukukun kurucu kavramlarının değişmekte olduğuna yoğunlaşmıştır. Postmodernistlere göre, modern hukuk, emperyalizmin elinde bir hegemonya aracına ve yasama organından yargılama aşamasına kadar, bir kitlenin elinde kapalı bir sisteme dönüşmüştür. Toplumda, ekonomik ve siyaseten ağırlığı hissedilen bir kesimin lehine düzenlemeler içerdiğinden, geniş sosyal kesimler bu hukuka yabancılaşmıştır. Devletlerin, uluslar arası ilişkiler boyutundaki etkileşimleri ile hukukun yapan özne konumu değişmemiştir. Ancak bu hukuk, uluslararası hukukla daha çok ve daha sıkı bağlantıya geçmiştir. Hukuk normuna özgü: açıklık, genellik, önceden ilan edilmiş olma, eşit biçimde uygulanma, güvenilirlik özellikleri de değişmemiştir. Postmodern hukuk, modern hukuka alternatif olabilecek bir özden uzaktır. Ancak, hukukun biçimselliği ile siyasi, ekonomik ve hatta ahlaki tercihler arasındaki taban uyumu tartışılmaya devam edecektir.

Hukuk, değişerek ayak uyduran bir sistemdir. Değişimin değerlendirilmesi; sistemin, düzenleyici ya da önleyici ağırlığına göre farklılaşabilir. Postmodernistlere göre, modern hukuk sistemi, kanunların asıl maksadını araştıran hukukçularıyla, uzmanlarıyla ve bunların rasyonelleştirme çabalarıyla giderek kapalı bir sisteme dönüşmüştür. Bu kapalı sistem içinde hukuk, esneklikten ve insani deneyimlerden uzaklaşarak bürokratikleşmiştir. Hukuk pratiği de aşırı derecede biçimselleşerek, temel ilgisini yaşamın özünden ziyade sözüne kaydırmıştır. Yurttaşların hukuka ilişkin düşünce ve kanaatleri sistemden dışlanmıştır[171].

4.3.2. Postmodern Hukuk Sistemlerinin Uyumlaştırılması

Postmodern hukuk sistemlerinin uyumlaştırma çalışmaları nedeniyle hukukta resepsiyon çalışmaları artmış bulunmaktadır. Normlarda tek tipleştirme ya da entegrasyon çalışmaları, hukuktaki resepsiyon tartışmalarının eşliğinde devam etmektedir. Tek tipleştirme ve entegrasyon kavramları teknik ve amaç olarak birbirinden farklı olduğu halde birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Oysa tek tipleştirme; normlar hiyerarşisinin katı düzenine bağlı olarak ve bu hiyerarşi zincirini bozmadan, devletin belli bir prosedürle yaptığı bir norm ithalidir. Uluslararası anlaşmalara iç hukuka yansıtılması buna bir ör-

170 Yüksel, HFSA 17, s..101.
171 Yüksel, HFSA 17, s..102.

nek teşkil eder. Entegrasyon ya da uyumlaştırma da ise normlar hiyerarşisine dokunmaksızın, sadece belli bir takım yöntemlere yoğunlaşarak ortak ilkeler yaratılması ya da uygulanan prensiplerin birbirine yakınlaştırması ifade edilmektedir. Tek tipleştirmede, devletin yasama iradesinin zafiyeti ile karşılaşılabilirken, uyumlaştırmada bu irade karşı tarafı ikna etmeye yönelecektir. Ama her bir irade kendi ilkelerinde ısrarlı olacağından bir rekabet, bir çeşitlilik içinde ortak bir noktaya varmaya çabası görülecektir[172].

Hukukun entegrasyonunda, model kanun yöntemi bir başka araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Yenidünya düzeninde, devletlerin sayılarının artması, uluslararası ve uluslar üstü ticaret hacminin yoğunluğu bu alandaki hukuki ihtilafların kolay, pratik, ekonomik ve yeknesak bir biçimde çözülmesini ama tarafların ulusal hukuk ilkeleri ile de bağlı olmaması yaklaşımını beslemektedir. Uluslararası hakemlik konusunun genişletilmesi ve yeniden düzenlenmesi konusundaki girişimler semere vermiş, hakeme başvurma yönteminin dünya çapında kabul görmesi sonucunu doğurmuştur.

Uluslararası boyuttaki şirketler, yeni teknolojinin sunduğu olanaklara ve dünyanın dört bir yanında kurdukları ortaklıklara bağlı olarak çok hızlı karar alabilmekte ve yatırım yapılacak yeni mekânlar için iletişim ve ulaşım olanakları ön koşul olarak aranmaktadır[173]. Küreselleşme, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemlerle birlikte, ulusal devletin de dahil olduğu siyasal, toplumsal ve hukuksal düzlemi de etkileyip dönüştürmektedir [174]. Küreselleşen kurumsal yapı, uluslar üstü piyasa ve sermayelerinin tam rekabet ortamında serbest hareket etmesi için esnekleştirilmiş bir hukuksal düzen ve yapıya ihtiyaç duymakta olduğundan, bu yapılanmayı postmodernizmin yıkıcı eğilimlerini kendi lehine kullanarak gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

Geçmişte, devletin hukuk yaratma konusundaki eksiklikleri, doktrinin ve içtihatların hukuku yapan mekanizmalar üzerinde etkin ve kalıcı baskı yaratması ile aşılmıştır. Ancak bugün, yargılama makamının hukuku yorumlamada, zenginleştirmede eskisi kadar aktif olmadığını, tek düzeleştiğini, saygınlığını kaybettiğini tartışıyoruz. Bu tartışma da, siyasi iktidarın önündeki en büyük engel göründüğü için yargılama yapanlara, yürütmenin memurları gibi davranmaları tehlikesine vurgu yapmak gerekmektedir.

Hukukta çoğulculuk, bugünün küresel hukukunun yerel ve ülkesel hukuka galebe çaldığını, devletin monist-hiyerarşik hukuk tablosunun karmakarışık olduğunu iddia etmektedir. Buna göre hukuk, tek merkezden değil, her yerden fışkırmaktadır. Yerel, ulusal, küresel hukuk merdiveninin basamakları neredeyse eşitlenmiştir[175]. Uluslararası hukuk alanındaki gelişmeler; küresel

172 Kia, a.g.e., 133.
173 Işıktaç, a.g.e., 2006, s.384.
174 Yüksel, a.g.e., s.13.
175 Kia, a.g.e., s.127.

çapta bir hukukun, ulus devletin iç hukukuna ve yasa yaratma yetkisine nüfuz ettiğini ve onu yeniden biçimlendirdiğini göstermektedir.

Küresel hukuk, ulusal hukukun üssü, onay ve biçimlendirme merkezi haline gelmektedir. Çeşitli kaynaklardan yaratılan hukukun; konusu, nesnesi ve süjesi arasında hiçbir fark kalmamıştır. Bu durum hukukun temel ve evrensel ilkelerinin, yasayı yaratan ilkelerin sonunun geldiği anlamım içermez. Şu kadarla ki; bu yasa artık "aynılık-benzerlik" ilkeleri üzerine değil, "farklılık-çeşitlilik" ilkeleri üzerine inşa edilecektir. Değişkenlik ve esneklik, sabitlik ve katılık ile yer değiştirecek; normlara dikey bakışın yerini yatay bakış; hiyerarşinin yerini koordinasyon alacaktır. O halde, postmodem hukukun getirdiği bir yenilik olarak "hukukta çoğulculuk", hukuksal kaynakların ve hukuku yaratan odakların kendi içinde "düzenlenmesi ve organizasyonu" olarak anlaşılmalıdır.

Çok hukukluluk tartışmalarının gündemde olmasının önemi, çağdaş açık toplumun çok kültürlü yapısıdır. Ama bu çok bilmediğimiz bir olgudur. Toplumsal yapı ne kadar arzu edilirse edilsin homojen değil, heterojendir. Küresel toplum, coğrafi siyasi sınırlara ve bir tek siyasi birliğe ihtiyaç duymadığı oranda en geniş sosyal yapıdır. Bu yapıda, devlet, kilise ya da diğer dini kurumlar, sendikalar, aile, dernek gibi çok çeşitli ikincil gruplar kendi otonom hukuklarını kendileri oluşturmaktadırlar. Bu yan yana ve iç içe yapıda, devlet ve diğerleri arasında bir farklılık ya da hiyerarşik bir üstünlük yoktur. Sosyal düzeni biçimlendiren bu parçalar arasında, kendiliğinden bir ahenk olacaktır[176].

Çağdaş dünyamızda; insanlar, bir rasyonel hukuk kuralları setinden çok, komşularıyla, yakınlarıyla ve dostlarıyla, yani diğer insanlarla birlikte yaşarken hukuku, bu süreçteki ilişki ve etkileşimleriyle şekillendirirler. Hukuksal yaşam ve gerçeği dikkate almadan; sistemi, sürekli soyutlayan bir sistem içinde yasalar, adaletsiz bir niteliğe bürünür ve hukuk giderek güvenirliliğini kaybeder[177].

Günümüzde, bir taraftan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti tartışmaları sürerken;daha üst düzeyde hukuki düzenleme ve hukuki koruma talepleri artmaktayken, diğer yandan hukukun sosyal hayata giderek artan ölçüde etkinlik göstererek, bireysel ve toplumsal yaşamı kuşatıyor hale gelmesi eleştirilmekte; daha az hukuk daha çok adalet ve ahlak yönünde görüş ve talepler ileri sürülmektedir[178].

Adaletin dağıtımı ve haklı ile haksızın belirlenmesi görevi, pek çok şeyin özelleştirildiği günümüzde; adaletin, devletin tekelinden çıkmaya başladığını göstermektedir. Ancak adaletin dağımı görevi, egemen bir devletin simgesi ve en önemli görevlerinden birisi sayılması gerçeği; özellikle sözleşme serbestisi nedeniyle, kişiler arası ihtilafların çözümünde; devlet mahkemeleri yerine

176 Kia a.g.e., s.129.
177 Murphy, John W Postmodern Analiz Ve Postmodern Eleştiri, İstanbul 2000, s. 124.
178 Yüksel, HFSA 17, s.97.

tahkime başvurularak ya da tarafların uygun gördükleri ülke mahkemelerini ve uygulanacak hukuku seçerek, devlet tekelinin; dışına çıkabilme, olanak ve gerçeğini ortadan kaldırmaya yetmiyor. Öte yandan devletler bazı konularda adaletin dağıtılma görevini, devletinde üstünde olan uluslararası mahkemelere devretmiş olması gerçeği de yeni hukuksuz uyumsuzluklar ortaya çıkarmaktadır. Aynı şekilde özel tahkim müessesesi, devlet mahkemeleri ile rekabete başlatmıştır.

Şimdilerde, çeşitli ülke mahkemelerinin, tacirlerin yaptıkları sözleşmelerde yetkili kılınabilmesi sonucunda; bu mahkemeler ve bu mahkemelerin faaliyet gösterdiği hukuk sistemleri arasında bir rekabet ortamı yaratılmış bulunmaktadır. Tıpkı mallarının iyi olduğu reklâmını yapan işletmeler gibi; hukuk sistemleri arasında da bir yarışma başlamıştır. Hukukçular özellikle mukayeseli hukukla uğraşanlar, hukukların yakınlaştırılması; uyumlaştırılması, hatta birleştirilmesi için çaba sarf ederken, devletlerde; kendi hukuk ve adalet sistemlerinin, diğerlerine nazaran daha iyi ve ileri olduğunu; ticaret hayatında uygulanan yöntemlerle belirterek, hak arayanları kendi ülkelerine çekmeye çalışıyorlar. Bu bağlamda İngilizler, kendi yargıçlarının ve hukuk sistemlerinin en iyisi olduğunu anlatmaya çalışırken; Almanlar da kendi hukuk sistemlerinin en ilerisi olduğunu iddia ediyorlar. Bu hepimizin alışageldiği üreticinin yada hizmet sunanın mallarını satabilmek veya hizmetlerini yaygınlaştırabilmek için giriştikleri bir rekabet biçiminin çok daha ötesinde ve derin anlamları olan yeni bir çekişme düzlemidir[179].

4.3.3. Postmodern Hukuk Düzeninde Egemenliğin Parçalanması

Egemenlik kavramı devletin varolma ölçütü olarak hukuki bir kavramdır. Egemenlik yönetme ve emretme hakkına sahip olmayı da içerir. Modern hukuk düşüncesi egemenliği ve toplumu tek bir hukuki düzlemde kabul eder. Ortaçağın ilahi kaynaklı doğal hukuk anlayışından koparak meşruiyet ilişkisinin tarafları değişmiş ve devlet yasayı yaratan ve uygulayan tek merkez olarak kabul edilmiştir. Bu tekelci yapı egemenliği hem içeride hükümran olduğu topluma karşı ve hem de dışarıda rakip ve eşit egemenlere karşı belirleyici bir kavram olarak kullanmıştır.

Egemenlik, devlete devlet olma niteliğini kazandıran bir güç olarak Ülkedeki insan topluluğunu yöneten ve kendinden daha üstününü tanımaz.Gerçekte egemenlik, kuralları koyma, kaldırma ve değiştirme, onları yürütme, ülkeyi ve toplumu yönetme gücüdür. Egemenlik, klâsik anlayışa göre; bölünemez, ve devredilemez. Devletin en üstün gücünün bu şekilde kabul edilmesi halinde pek çok baskı grubu ve toplumsal kuruluşun demokratik hayata katılmaları olanaksızlaşır. Bu da demokrasinin kurallarına uygun düşmez. Günümüzün kamu hukukçuları devletin üstün gücünü siyasal iktidar kavramıyla açıklarken; egemenliğin siyasal bir nitelik taşıdığını ve egemenliğe sahip olanın aynı zaman siyasi güçe de sahip olduğunu kabul ederler[180].

179 Tuğrul Ansay; "Hukukların Rekabeti" Güncel Hukuk Haziran 2010, s.30-31.

180 Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi Ankara 2008,s.204.

Egemenlik kavramı, ilk kez tanımlandığı ve hukuki sapmalarla modern siyasi düşüncenin bağrına yerleştiği dönemden sonra bir değişim geçirmiştir. Tarihsel gelişime bakıldığında modern toplum ve modern devleti yaratan dinamikler ve bu sürecin değerlerinin Avrupa merkezli olduğu görülmektedir. Postmodernite ise Avrupa merkezciliğinin sonu ve amerikan ideolojisi olarak kabul edilmektedir. Modernite dünyası, hemen hemen Avrupa ile sınırlı kalarak algılandığı için, post modernitenin bu duruşu bir karşı duruştur. Postmodernite, insanın dünya karşısında oluşturduğu yeni bir duruşa, bilgi ve ahlaki politikalar ve estetiksel alanlarda öznenin yaşama soktuğu yeni bir duruşla kendisini kavramlaştırmasına izin vermemektedir. Egemenlik kavramı, ilk kez tanımlandığı ve hukuki saptamalarla modern siyasi düşüncenin bağrına yerleştiği dönemden sonra da bir değişim yaşamıştır. Bugün modern liberal devletin ayrılmaz öğeleri olarak değerlendirdiğimiz hukuk devleti ilkesi, kuvvetler ayrılığı, insan hakları ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler dolayısı ile klasik yaklaşımda bazı esneklikler oluşmuştur. Günümüzde, artık postmoden düşüncenin modern egemenlik kavramı üzerindeki yıpratıcı iddiaları, hukukun postmodern sürece çevrilmesinin gerekçelendirilmesinde bir çıkış yoludur[181].

Post modern söylemle hukuk, düzenleyici olarak duraksamadan bireyin adalet ilkesinden ekonomik ilişkiler ağına değin modern düşüncenin ve modern hukukun anlamlı kıldığı dünyanın sorgulanmasıdır. İktidarların sınırı, özel ve bağımsız alanın sınırıdır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği, vicdan, düşünce ve inanç özgürlüğü ve bu özgürlüklerinin uzantısı olan basın özgürlüğü, mülkiyet hakkı iktidarın sınırını oluşturur, hiçbir iktidar meşruiyetini kaybetmeden bu kutsal hakları ihlâl edemez. Bu özgürlükleri ihlâl eden iktidarın kökünde halk iradesi varsa o da gayrimeşru sayılacaktır. Tüm toplumun iradesi dahi, gerçekte âdil olmayan bir şeyi âdil yapmağa, halkın muvafakati de özünde gayrimeşru olan bir durumu meşrulaştırmaya yetmez. Birey açısından önemli olan bir iktidarın hukukî kaynağı ya da iktidarı kullananların nitelikleri değildir, önemli olan iktidarın ağırlığıdır, belli bir ağırlığı aşan iktidar ise, kökü ne olursa olsun kötü bir iktidar niteliğini alır. İktidarın varlığı gerekli ve zorunlu olduğu kadar iktidarın sınırlanması da gerekli ve zorunludur. İnsanların mutluluğu için, onları işlerinde ve girişimlerinde, serbest bırakmak gerekir. Özgürlüklerin somut olarak korunabilmesi için, her şey önce özgür bir sosyal temel üzerinde oturmuş sosyal kurumlara ihtiyaç vardır, daha sonra da siyasal kurumlarla yöneticilerin iktidarının sınırlandırılması gerekir[182].

Demokrasinin karşılaşabileceği tehlikeler hangileridir? Tocqueville'le göre çağdaş demokrasilerin en büyük tehlikelerinden biri "Bireylerin Yalnızlaşması" ise, bir diğeri "Çoğunluğun Despotizmi"dir. Demokrasinin dayandığı ilke eşitliktir, demokraside insanlar için eşitlik özgürlükten daha önemlidir, insanlar özgür olmak isterler, bunun için çaba harcarlar[183].

181 Kia, a.g.e., s. 9.
182 Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler Ve Yönetimler, İstanbul 2011,s.270.
183 Göze, a.g.e., s.271.

Demokrasinin temel ilkesi olan eşitlikten, kolaylıkla bireyciliğe kayılabilmektedir, demokrasinin karşılaştığı tehlikelerden biri buradan kaynaklanmaktadır. Demokrasi eşitliğe doğru bir eğilimi açıklar, bu eşitlik eğilimi insanların üstleriyle ve birbirleriyle olan tüm tabiiyet bağlarını koparacaktır. Bu bireycilik insanın toplum içinde yalnızlaşmasıdır, bu yalnızlaşmanın bencillikle ilgisi yoktur, başka bir şeydir bu. Çevresindekilere ve sorunlara hâkim olamayacağını anlayan kişi, kendi kendini yalnızlığa itecek, kendi çevresinde ailesi ve çok yakın dostlarından oluşan bir toplum kuracaktır. Böylece toplumun ve devletin temel torunlarından uzaklaşacak, ilgisiz kalacak ve sorunların çözümünü tümüyle iktidarların eline bırakacaktır. Bu yalnızlık her alanda belirecektir, kendisini diğer herhangi bir kişi ile eşit gören birey davranışlarını gelenek ve göreneklere ya da zamanın üstün sayılan kişilerinin görüşlerine göre değil de, kendi mantığına, inançlarına göre düzenleyecektir. Duygusal yönden yalnızlaşacaktır, tüm duygularını kendine ve çevresindeki o ufacık gruba yöneltecektir ve toplum içinde kendini yapayalnız hissedecektir[184].

Anarşi ve çoğunluğun despotizmi de aynı şekilde demokrasi için tehlike yaratır. Anarşi, özgürlüğün en aşırı derecede uygulanmasının doğal ve otomatik sonucu olarak belirir. Özgürlüğün kural ve sınır tanımak istememesi ise aşırılıktır. Demokraside despotizm ise, çoğunluğun despotizmi şeklinde belirir. Özgürlüğünün tehlikede olduğunu düşünen kişi kime başvurur? Önce, kişinin özgürlüğünü kim tehlikeye sokar? Yasa koyucular ya da yasayı uygulayanlar... Yasa nedir? Parlamentonun; çoğunluğun oyladığı kurallar... Yürütmeye gelince, o da genel oyla seçilen yani çoğunluğun seçtiği başkanın çevresindekilerdir. Onlara karşı yargıçlara başvurulamaz mı? Yargıçlar da, çoğunlukla seçimle iş başına gelirler. Tocqueville'le göre; çoğunluk mütecavizse, saldırgansa azınlığın susmaktan başka çaresi olmayacaktır. İşte köleliğe giden bu yol demokrasinin karşılaştığı en büyük tehlikedir.[185]

Egemenliğin tekliği hukuku yaratan iradenin tek ve bölünmez kaynağına odaklıdır. Aksi halde pozitif hukuk yoktur. Bu yazdan egemenlik kavramının tekelci bir niteliği bulunmaktadır. Egemenlik, ona sahip olana; yasa yapma, buyurma, yasaları değiştirme ve iptal etme yetkisi verirken, mutlak güç sahibi olan egemenler bu yetkiyi bireyler rıza göstermeseler de kullanırlar. Modern egemenlik kuramına katı bağlılık, yöneticilerin her türlü dış baskıyı reddetme iddiasını meşrulaştırmaya yarayan siyasi bir yaklaşımdı. Bugün, bu kurgu, uluslararası hukukun gelişimi ile dış baskıları frenleme rolüne devam etse bile, vicdanlardaki inanılırlığını ve gerçekliğini kaybetmektedir. Kapitalist üretim ve pazar ilişkilerini tatmin ettiği ölçüde siyasi destek bulan egemenlik kurgusu, gerçekten de suçlandığı ölçüde modern devleti zorunlu kılan nedenlerden uzaklaşıyor mu? Modern liberal devletin ayrılmaz öğeleri olarak değerlendirdiğimiz hukuk devleti ilkesi, kuvvetler ayrılığı, insan hakları ve uluslar arası hukuktan doğan yüküm-

184 Göze, a.g.e., s. 272.
185 Göze, a.g.e., s. 275.

lülükler nedeniyle klasik yaklaşımından farklılaşmıştır. Bugün için post modern bir egemenlik kavramından bahsedilebilir mi?

Avrupa'daki ulus devlet sürekli biçimde gelişen bütünleşme (entegrasyon) karşısında elbette eskisi değildir. Egemen devletin duygusallıklarla bağlı eski kavramı ya bu açıdan ufalmış veya belirgin özellikleri işleyemez duruma gelmiştir. Bu gelişmede bir zamanlar pek güçlü ve belki anlamsız biçimde gelişen ulusçuluğun gereğinden fazla aşağılanmasının rolü olduğu gibi ulusçu düşünce ve duygulardan anlamsız sayılabilecek derecede radikal tarzda vazgeçilmesi de pay almaktadır. Toplum yaşamı için son derece önemli bir koşul olan özverili ve görev bilincine sahip olmak şimdi sadece objektif bir zemine oturan uluslararası bir örgütte kolaylıkla yerine getirilebilecek özellikler değildir; söylenilen yurttaşlık görevleri, sözü geçen örgütte bir devlet düşüncesi üstünde bulunduğundan ulusal bir devlette olduğundan çok daha zor biçimde yerine getirilebilir. Eğer günün birinde ulus devleti bir uluslar üstü birliğe geçmek için feda etmek gerekecekse -ki bu hukuk bilimi bakımından değil salt siyasal zorunluluklarla verilmiş bir karar olacaktır- hiç olmazsa yeni topluluğun eskisinden çok önemli bir kavramı devralması gerektir: o da bir zamanlar yurttaşın anayurdundaki devletin taşıdığı anlamın yeni topluluğa mal edilmesidir. Bu durumda bile yerel yurtseverlik akımlarıyla baş edebilmenin zorluğu ortadadır; hele örneğin Bask Bölgesi, Güney Trol, Kanada'da Fransızların çoğunlukta bulunduğu yöreler, Kıbrıs ve daha pek çok yerde salt bir devlet yurttaşı olmanın bile zorlukları çözemediği belliyse. **Ulusal egemen devleti kaldırmak isteyen, ekmek yerine taş getirmemelidir. İnsanın homojen bir topluluk içinde kendine özgü nitelikleriyle ve kendi toplumuna sığınarak yaşamak isteği açıktır ve deneysel olarak kanıtlanmıştır**[186].

Avrupa'nın uluslar üstü topluluklarında ise durum farklıdır. özellikle Avrupa Ekonomik Topluluğu'nda, bu kuruluşun ikincil hukuku; üye devletlerin içişlerini açıkça düzenlemekte ve birincil hukuku ise bu düzenlemelerde üye devletlerin veto hakkını kaldırmaktadır. Bu ikili uygulama sonucu ortaya çıkan ünlü "Lüksemburg" kararlarının uygulanması kendisinden istenince, Fransa cumhurbaşkanı De Gaulle bile; bunu reddetmek zorunda kaldı. Fransa Cumhurbaşkanı'nın egemenlik kavramının geleneksel anlayış biçimine sıkı sıkıya bağlı kaldığı ortaya çıktı. Her ne kadar üye devletler "sözleşmelerin efendisi" olarak nitelendiriliyorsa da, bu devletler; gerçekte çoğunluk ilkesinin etkisi altında, hareket yeteneklerini büyük ölçüde yitirmektedirler. Topluluğun çok geniş yetkileri ve bunların örneğin yabancılara yerel seçim hakkının tanınması konusunda olduğu gibi; durmadan genişletilmesi, üye devletlerin modern anlamda da artık egemen olamayacakları gibi bir durum ortaya çıkarmaktadır.

186 Karl Doehring,Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul 2002, s.143.

Egemenlik tıpkı bir federal devlette olduğu gibi Avrupa Topluluğu'na geçmiş sayılabilir. Ne ulusal devlet ne Topluluk tam olarak yetkilerinin sınırlarını belirleyebilmiş olmadıkları için geçiş dönemi birçok tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Yurttaşların gönencinden kimin sorumlu tutulacağı konusunda belli bir saptama yapılamamaktadır[187]. Bu noktada ister istemez karşımıza çoğul hukuk sistemleri çıkmaktadır. Çoğul hukuk, daha çok Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin içinde bulunduğu durumu, Birliğe üye ülkelerin iç hukuku ile Birlik müktesebatı arasındaki ilişkiyi ele alırken kullanılan bir kavramdır. Zira Birlik, kendisini bir devlet olarak tanımlamadığı halde, üye ülkelerin hukukundan farklı ve bağımsız bir hukuk düzenine sahiptir. Burada çoğulculuk, Birlik hukukunun, üye ülkelerin iç hukuklarında yarattığı değişimi ifade etmek için ya da uluslararası hukukun iç hukuk üzerindeki etkisini vurgulamak için kullanılmaktadır.

4.3.4. Postmodern Hukuk Sisteminin Açmazları

Postmodernizm, modern hukuk sistemine bir karşı çıkış bir meydan okumadır, bütünleştirici düşüncenin ve homojenliğin reddedilişidir. Marjinal olana, farklı olana, kenarda bulunana yolu açma düşüncesine dayanır. Değişmeye, plüralizme ve yerelliği yöneliş vardır. Asıl ilgi süjeye yöneliktir, hukuka değil, hak kavramına önem verilir. Hukuk sisteminin; düzen, istikrar, belirlilik ve kesinlik gibi unsurlarına pek önem verilmez[188]. Modern küresel rasyonalite yerini, çok sayıda denetlenemeyen mini irrasyonalitelere bırakmaktadır. Postmodern hukuk, küçük hukuk uygulamalarını kapsamına alacaktır. Postmodern yaklaşıma göre; hukuki karar, sürekli bir akış süreci içindedir. Dinamik bir nitelik taşır, statik bir nitelik taşımaz. Çünkü insanın, objeyi anlamaya yönelik deneyim ve bilgisi, değişken karakterdedir[189].

Modernleşmeden postmodernleşmeye giden süreç içinde hukuk giderek bir önem kazanan bir araç işlevi görür. Postmodernizmin hukuk sistemlerine yansımasının en önemli sonucu, hukuk alanında pragmatizmin yeniden canlandırılmasıdır. Pragmatizm temel ilke ve doğruları reddetmekte, bilgiyi ancak etkinlikle test etmekte ve değerlendirmektedir. Pragmatik görüş mevcut hukuki, siyasi ve ekonomik yapıdan kimin yararlandığı sorusu ile ilgilenmektedir. Böyle bir değerlendirme yöntemi postmodernizme ters düşmemektedir[190].

Hukuk, hem insani hem devlet ile kurulan ilişki biçimlerinin meşruiyetine dair ilkeleri belirleyici olurken, postmodern hukuk iddiaları, bu meşruiyeti sorgulamaktadır. Bu sorgulamada, egemenlik kavramının ortaya koyduğu bir hukuki-siyasi düzenin; demokrasi, uluslararası örgütler, insan hakları ve merkezi yönetim üzerinden bir muhasebesi de yapılmaktadır. İnsan hakla-

187 Doehring, a.g.e., s.142.
188 Adnan Güriz; Feminizm Postmodernizm Ve Hukuk Ankara 1997, s.150.
189 Mehmet Yüksel Küreselleşme Ulusal Hukuk Ve Türkiye, Ankara 2001 s.29.
190 Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı Ankara 2009, s.282.

rı düşüncesindeki gelişmeler ve siyasi iktidarı hukukla sınırlandırma amacı, modern hukuku kralın iradesinden, siyasal bütünün iradesine taşımıştır. Ama bu, siyasal bütünden önce var olan bireyin ortaya çıkarılması gerekecektir. Modern devlet, bireyi devletin dışında soyut ve manevi bir değer olarak algılamıştır. Devletin tanıdığı ve düzenlediği; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez insan hakları listesi bu algılamaya dayanır. Ancak bireyin sadece manevi bir değer olarak algılanması, kendini gerçekleştirmek isteyen insanı, siyasi iktidar karşısında yalnız bırakmıştır. Sosyal, ekonomik, kültürel haklar listesi, aşama aşama bir bütün olarak gördüğü insanı, çevresi ile birlikte koruma anlayışının sonucudur. Çağdaş devlet için bu, sadece bir koruma değildir. Hakları ve özgürlükleri geliştirme ve genişletme çabası olmalıdır. Postmodernite, merkezi iktidarın yarattığı hukukun düzenleyici işlevini artık hegemonyacı, tahakkümcü olarak görmektedir. Kendi dünyasını bir kültür alanı olarak gören birey, ya küresel alanda ya da cemaat içinde bir yer bularak bu tahakkümden kurtulacağını düşünmektedir. Böylece hukukun biçimciliğinden, genelleştirmelerinden de kurtulacağı inancındadır. Oysa bu bir kurtuluş değil, kaçıştır. Bireyseli ararken, çoklukta ve çok hukuklulukta kaybolmaktır[191].

Çok hukukluluk, örgütlü bir toplumda yaşayan küçük ya da büyük alt grupların, birbirinden farklı etnik, kültürel, dini ya da mezhep farkına göre ayrımlaşmış kendi hukuklarının aynı zaman ve uzam içinde geçerli olmasıdır. Devletin resmi, pozitif ve uygulanan hukuk sistemi dışında var olan, işleyen çeşitli ve başka hukuk kaynaklarının eş zamanlı olarak yaşaması ve uygulanmasıdır. Kişiler ve gruplar kendilerine hangi hukukun uygulanacağını seçebilirler. Çoğul hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki dikey ilişki kastedilirken; çok hukukluluk ile ulusal sistem içindeki hukuksal düzenler arasındaki yatay ilişki anlatılmak istenmektedir[192].

Çok hukukluluk savunanları, bugünün insanının akışkan bir zeminde, gözenekli bir hukuk içinde yaşadığını ve devletin artık hukuku belirleyen tek merkez olmaktan çıktığını ileri sürmektedirler. Hukukun, kendi sistemli bütünlüğü ile özdeş bir iktidar yapısının kırıldığını anlatan çoğulculuk, kesinlikle yeni bir durum tespiti yapamamaktadır. Modern dönemde hukukun tek ve belirli bir kaynaktan türemesi, yasayı yaratan iktidarın tek merkezde odaklanmasına neden olmuştur[193].

Günümüzün modern egemenlik kavramına ve modern devlete yaşattığı sıkıntılar, tek merkezde kesişmektedir. Bu merkez, modern hukukun ta kendisidir. Bir taraftan iktidarın yürütme gücü uluslar üstü kurumlara devredilmekte, bu yol ile egemenin gücü sarsılmaktadır. Özlü ifadesi ile egemenin, yasama alanındaki monist otoritesi parçalanmaktadır. Küreselleşmenin getir-

191 Yüksel, HFSA 17, s.180.
192 Kia, a.g.a., s.123.
193 Kia, a.g.e., s. 124.

diği kozmopolit ve neo-liberal ruh içinde hukuk normu, artık egemenliğin bir göstergesi değil; belirsizlikleri azaltan bir eylem, ilişkilerde şeffaflığı sağlayacak bir araçtır [194].

Güven telkin etmekten uzak olan bu durumda, hukuk da modernleşmeden postmodern yapıya geçişte bir araç olarak kullanılmaktadır. Hukuk yine vardır. Ancak kendisinden beklenilen hakkaniyet ve adalet ilkelerini gerçekleştirebilecek gücünü kaybetmiştir. Zira bu hukuk, ekonomik bakımdan küreselleşmenin önündeki engelleri kaldıran bir araca dönüşmüştür. Ekonomik açıdan küreselleşme, ne kadar direnseler de ülkeleri bir hegemonyacı tek tipliliğe götürmektedir. Sürecin hukuka yansıması, daha çok, güçlü devletlerin ya da küresel oluşumların diğer ülkeler üzerinde politik ve hukuki etkisinin artmasına dönüşmektedir. Bu durumu, emperyalizmin yeni modeli olarak görmememiz için ikna edici deliller henüz oluşmamıştır.

Siyaset bilimciler ve politikacılar için postmodern hukuk, küreselleşmenin arkasında saklanan yeni liberalizmin felsefesine dayanmaktadır. Değişen ve yenilenen her kavram gibi hukuk da postmodern görüşün payandalarında, modernitenin ürünlerini yıkarak kendine yer açma çabasındadır. Bu ürünler; soyutlama, sübjektivizm, aklın evrenselliği, basitlik ve sadelik, devlet ve sivil toplum ikilemi ve nihayet hukuka duyulan güven ilkesidir. Öte yandan devletin günümüzde yaşadığı sorunlar ve adalet ilkesinin ruhunu yenilemesi gerekliliğine ilişkin tartışa yarım yüzyıldan beri itiraf edile gelmiştir. Modern hukuk düşüncesine doğrudan bağlanan bu sorunların ve kırılganlığın nedenleri, modernist hukukların üzerine atılmıştır. Nihayet bugün küreselleşme süreci, postmodern hukuk düşüncesini entelektüel bir ürün olarak sunmaktadır. Yine de henüz içinde postmodern hukuku yeterince karakterize edici bir kavram oluşturulamamıştır.

Modern hukuku belirleyen ilkelerin tam karşıtında yer alan ilkeler; pragmatizm, süjenin tek merkez olmaktan kurtulması, aklın birliğine ve kesinliğine karşı çıkan çoğulculuk, sadelik ve karşısında yer alan; karmaşıklık, sivil topluma yeniden dönüş ve güvenlik ilkesinin sarsılması, gerçekten bir dönüşümün gerekliliğini göstermekte ve pek çok risk alanı olduğuna vurgu yapmaktadır. Postmodern düşüncenin bir sorun gibi üzerinde hala uzlaşmaya varamamış olan modern düşüncenin şüpheli, karmaşık, çok yönlü iddialar modern hukukun ürünlerini hedef almasa da onu gölgelemektedir [195].

Modern devletin sıkıntı ve değişim içinde olması modern toplumun kurucu kavramları olan egemenlik kavramına da yansımaktadır. Başlangıçta egemenliği katı bağlılıkla uygulama yöneticilere her türlü dış baskıyı reddetmeyi meşrulaştıran bir kavram olarak tanımlamaktaydık. Çağdaş devletin egemenlik kurgusu uluslar arası hukukun gelişimi ile dış baskıları frenleme rolü-

194 Kia, a.g.e., s. 121.
195 Kia, a.g.e., s. 122.

ne devam etse bile artık egemenlik kavramı ancak kapitalist üretim ve Pazar ilişkilerini tatmin ettiği ölçüde siyasi destek bulabiliyor. Kurucu egemenlik kavramının bu kadar yıpranması yüzünden bugün egemenlik kavramına nasıl yaklaşmak gerekmektedir?

Ulus egemenliği sınırsız mıdır? Ulus egemenliği kavramı, yurttaşların tümünün ya da onlar hesabına hareket edenlerin bireylerin hayatları üzerinde egemence tasarrufta bulunabilecekleri anlamını taşımaz. Tam tersine insanın hayatının bir bölümü vardır ki, zorunlu olarak bireye aittir ve bağımsızdır ve her türlü müdahalenin dışında kalır. Yeryüzünde hiçbir otorite sınırsız değildir, ne halkın otoritesi, ne de halkın ya da hükümdarın iradesinin bir ifadesi sayılan yasanın otoritesi sınırsızdır[196]. Halk egemenliğinin açıklanması niteliğini taşıyan ve yasa biçiminde belirlenen genel iradenin her şeyi yapabileceğini düşünmek mümkün değildir. Bu durumda temsilciler, halkın iradesini temsil ediyoruz diyerek, ellerindeki gücü kendi çıkar ve ihtirasları doğrultusunda kullanabilirler[197].

Pozitivizmle uzlaşmazlık içinde olan postmodernite bütün olayların toplumsal anlamlarını çarpıtarak tanımladığı için, olguları kategorize etmekten çok; usdışı olsa bile olayların toplamsal anlamlarına dikkat etmekte bu noktada toplumsal ilişkileri ve değerleri ön plana çıkartmaktadır.

Toplumsal ve hukuksal yapının değişimi süreciyle modernizmin kapsayıcı bakış açısı postmodernizm nezdinde birey ve toplulukları kısıtlayan kalıplaştıran ve nesneleştiren girişimler olarak algılanmaya başlanmıştır. Post modernizmin post önekiyle modernizmin esnek ya da onun üstüne gelecek şekilde toplumun ne olduğu olacağı ve olması gerektiğini belirtmeye çalışmaktadır. Post modernizm benzerlikler yerine farklılıkları vurgularken post modern değerleri kültürlerin geleneklerin ve yaşam tarzlarının farklılıkları üzerine kurulmuştur[198].

Modernizm ve postmodernizm karmaşasının yarattığı çelişkiyi; Bauman, modernite ve postmodernite kavramlarını, tipik modern stratejiyi en iyi sergileyen yasa koyucu eğretilemesiyle açıklamaktadır. Yasa koyucu eğretilemesi, görüş ayrılıklarını hükme bağlayan yetkeli ifadeler kullanmayı ve bir kez seçildiklerinde doğru ve bağlayıcı hale gelen görüşleri seçmeyi içerir. Bu durumda hüküm verme otoritesi, entellektüellerin toplumun entellektüel olmayan kesimine oranla daha kolay eriştikleri nesnel bilgi tarafından meşrulaştırılır. Bu bağlamdaki tipik postmodern strateji ise yorumcu eğretilemesiyle tanımlar ve gösterir. Yorumcu eğretilemesi, bir topluluğa özgü gelenek içinde dile getirilmiş ifadeleri, bir başka geleneğe dayanan bilgi sistemince anlaşılabilecek şekle

196 Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler Ve Yönetimler, İstanbul 2011 s.265.
197 Ayferi Göze, a.g.e., s.266.
198 Zygmunt Bauman ; Yasa Koyucular İle Yorumcular / Modernite, Postmodernite Ve Entelektüeller Üzerine,İstanbul 1996, s.19.

çevirmeyi içerir. En iyi toplumsal düzeni seçmeye yönelmek yerine yorumcu eğretilemesine dayanan bu strateji, özerk ve bağımsız katılımcılar arasında iletişimi kolaylaştırmak amacını taşırken; iletim süreci içinde anlamın çarpıtılmasını önlemeye çalıştığını ortaya koyar.

Gerçeğin; doğruluk ve gerçeklik değerlerinin, kültürel ya da siyasal inşanın ürünü olduğunu, buna bağlı olarak da izafi olduğunu söyleyen ve bütün anlam ve söylemlerin eşdeğerli olduğunu, doğruluk ve gerçekliğin, bir üst-söyleme çevrilmesinin mümkün olmadığını ileri süren postmodern yaklaşım, kaçınılmaz olarak bir temelsizliğe yol açmaktadır. Bütün söylem ve dilin eşdeğerli kabul edilmesi, bunların bir aradalığını sağlayacak nesnel bir zemin yokluğuna işaret etmektedir. Böylesine temelsiz bir duruş ise, meşruiyetin nerede ve nasıl sağlanacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Böyle bir duruşun hukuku zemini ne olacaktır? Nasıl kurulacaktır?

Kural ve norm çoğulluğunu öngören postmodern yaklaşım, aralarında birleştirici bir bağ ve fikri bir temel bulunmayan bu çoğulluğun birlikte var oluşlarını sağlamada güçlük yaşayacaktır. Farklı dil, söylem ya da yaşam tarzlarının birtakım özellikleri, kimi durumlarda birlikte var oluşu imkânsız kılabilmektedir. Bu algı ve gerçeklikleri birlikte algılayıp yönetebilecek zaman ve mekanı yaratacak olan hukuksal yapı hangi nesnel zemin üzerine kurulacaktır? Nesnelliği reddeden bir söylem nesnel olmayan bir hukuki yapıyı nasıl kurmayı başaracaktır? Ne kurgulanırsa kurgulansın; ortaya çıkabilecek olası durumlar için nesnel referansa mutlaka ihtiyaç duyulacaktır.

Postmodernizm belki de sadece eleştirel bir yaklaşım oluş açısından tipikleştirilebilir[199]. Gerçekten postmodernizm eleştirel ve göreceli oluşla ve tüm büyük anlatıları reddetmekle tipikleşir[200]. Bu bütünsel reddedişiyle postmodernizmin insan ve insanlığın değer ve kazanımlarını riske edip etmediği tartışmaları hukuk için daha vahim tehlikeler doğurma ihtimali taşımaktadır. Postmodernizmin göreceli özelliği farklı ve çelişik yaklaşımları bünyesinde barındırtmaktadır. Bu bağlamda postmodernizm henüz tutarlı ve geçerli bir hukuk teorisi oluşturmakta başarı kazanamamıştır.

4.4. Postmodern Hukuk Sistemlerinin Türk Hukuk Sistemlerine Yansıması

Küreselleşme; uluslararasılaşma sürecinin tamamlanıp, bölgesel olmayan tüm üretim dokularının, üretim ve tüketimin dünya ölçeğinde planlandığı, serbest rekabet ve piyasa düzeninin uluslararası kuruluşlarca denetlendiği, kuralların uluslar üstü anlayışla çalışan bir sistemdir[201]. Genelde uluslararası güçler ve özelde küreselleşmiş piyasa ekonomisi, devletin hem iç hem de dış politikadaki serbestliğini kesin biçimde sınırlamıştır. Dünya Bankası, Ulusla-

199 Işıktaç, a.g.e., s.76.
200 Işıçtaç, a.g.e., s.378.
201 Işık, 2006, s.185.

rarası Para Fonu, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütlerin, özellikle de siyasal ya da siyasal-ekonomik örgütlerin hem sayısının hem de etkinliğinin artması küreselleşme sürecinin hızlandığı görülmektedir.

Yeni liberal dünya düzeni ve küreselleşmenin yarattığı yeni post modern toplum, her yapıyı değiştirip dönüştürdüğü gibi Türk toplumunu ve türek hukuk sistemlerini de dönüştürmeye başlamıştır. Sosyal devlet ilke ve kurallarından da hızlıca vazgeçmeyi gösteren bu dönüşüm, özellikle çok kültürlü çok dinli ve etnik farklılıklar gösteren toplumlarda hızlanmaktadır. Egemenlik kavramını da parçalamaya çalışan bu dönüşüm, çok daha fazla yerellik arzu ve talebiyle birlikte her kurumu esnekleştirerek çok parçalılığa ve çoğulculuğa doğru çevrilmektedir. Bu değişimden, Türk Hukuk Sistemi de etkilenmekte ve gelişmiş hukuk sistemlerinde yaşanan esnekleşmeye paralel olarak; yapısal bir değişim ve dönüşüme uğramakta, esnekleşmektedir.

Oysa hukukun üstünlüğü kavramı, hukuk kurallarının bağlayıcılığını, hukuka uymanın herkes için zorunlu olduğunu ve bu kurallara saygının toplum barışını sağladığını ifade eder. Yalnız, bu üstünlüğü tekdüze, hukukun kalıplaşmış kurallarına tamamen bağlılık olarak da anlamamak gerekmektedir. Hukukun da kendi içerisinde varmak istediği belirli amaçlar vardır. Bu amaçların başında bireysel haklar ve özgürlüklere saygı gelmektedir. Bireysel hak ve özgürlükler sadece kanunlarda yazılı ilkelerle belirlenmemektedir. Kişinin küçük dünyasında, düşünce hayatında, özel hayatında var olan hak ve özgürlükler, hukukun başlıca amaçlarından biridir. Hukukun üstünlüğü kavramı ile hukuk düzenine ve sorunların çözümüne yaklaşıldığında, bu kişisel hak ve özgürlükleri göz önünde tutmak ve bu açıdan yorumlarda bulunmak gerekmektedir.

Son on yılda neredeyse Türk Hukuk sisteminin özünü oluşturan birçok önemli yasal düzenleme ve kanunlar kökten değiştirilmiştir. AB'ye uyum amacıyla gerçekleştirilen bu mevzuat değişikliğinin büyük çoğunluğu başka ülkelerden alınan kanunların kısmen değiştirilerek oluşturulan yasal düzenlemelerden oluşmaktadır.

Son 10 Yılda Çıkarılan Ve Neredeyse Kökten Değiştirilerek AB Topluluk Hukukuna Uyumunun Sağlanmaya Çalışıldığı Kanunları Kısaca; 22.5.2003 Tarihinde Kabul Edilen [202]4857 Sayılı İş Kanunu, 31/5/2006 Tarih Ve 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu: 16/5/2006 Tarih Ve 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 22/11/2001 Tarih ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, 26/09/2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 4/12/2004 Tarihli Ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 13/01/2011 Tarih ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, 11/01/2011 Tarih ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 12/1/2011 Tarih ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununu sayabiliriz.

202 RG -10/06/2003-25134.

Postmodernist yapılandırmaların Türk Hukuk Sistemini ne kadar etkilemeye başladığı ve bu konuda yaşanmaya başlanan postmodern açmazların sonuçları şimdiden ortaya çıkmaya başlamıştır.Son dönemde hukukçulara yaptırılan bir ankette ortaya çıkan Türk hukuk sisteminin en önemli sorunlarının son dönem ortaya çıkan post modern hukuksal düzenleme ve uygulamalara dayandığı görülmektedir. Gerçekten Türkiye'nin hukuk sisteminin en önemli sorunlarıyla ilgili olarak hukukçular ve hukuk uygulayıcıları arasında anketle yapılan bir değerlendirmede; "yargı bağımsızlığı", "adil yargılanma" ve "hukuk eğitimi"nin en önemli üç mesele olarak öne çıkmıştır. Bu sorunların içerisinde "yargı bağımsızlığı" tüm farklı meslek grupları tarafından (akademisyenler, avukatlar, stajyer avukatlar, hâkimler, savcılar ve öğrenciler) ilk üç sorun arasında sayılan tek meseledir. Tüm bu farklı faaliyet alanlarından gelen katılımcılar için "yargı bağımsızlığı" her şekilde en temel üç sorun arasında görülmektedir[203].

XX. yüzyılın sonları ile XXI. yüzyılda insanlık, kişinin mutluluğu, toplumun ve dünya düzeninin barışı gibi üç temel unsuru daima göz önünde bulundurmaktadır. Önemli olan, hukukun üstünlüğü olmakla birlikte, hukuk, ancak ve öncelikle kişiye yönelik olduğunda ve kişinin mutluluğunu ve esenliğini sağladığı ölçüde işlevini yerine getirir. Hukukun amacı, hiçbir zaman ve hiçbir şekilde kişinin ezilmesi değildir. Bireyin feda edilmesi olgusu karşısında hukukun suskun kalması da mümkün değildir. Hukukun üstünlüğünün söz konusu olabilmesi için önemli koşul, hukuk uygulamasının Yasama ve Yürütmenin baskısı altında kalmaksızın işlevini yerine getirebilmesidir[204]. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı olarak belirtilen bu durum, hukuk uygulamasının özgürce yalnız hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmesi anlamını taşımaktadır. Hukuk, insanın mutluluğunu ve özgürlüklerini sağlayan kurallar bütünüdür. Bu kuralların, tamamen özgür koşullarda uygulanması, Yasama ve Yürütmenin etkisinde kalmaması gerekmektedir; hukukun üstünlüğü ancak bu şekilde sağlanabilir.

Sonuç

Küreselleşme bir süredir uluslar üstü politik iktidar tasarımı yönündeki hukuki tanımlamaların kaynağı haline gelmiştir. Artık egemenlik kavramında yeni bir otorite modeli oluşumundan bahsedilmektedir. Sözleşmeleri gerçekleştiren, uyuşmazlıkları çözümleyen ve normların üretiminde yeni bir kaynaktan bahsetmekteyiz. Son dönemde yaşadığımız bu süreç çok yeni bir kırılmaya işaret etmektedir. Modern hukukun kurucu kavramlarının sınırlarının tartışıldığı bir süreçte sosyal yapının kurucu kavramları üzerinde bir parçalanma ve bir ayrışma gündemdedir.

---

203 Seda Kalem Berk, "Türkiye'de Hukuk Sisteminin En Önemli Sorunları Ve Değerlendirme", Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2012/5-101, s.20.

204 Köksal Bayraktar, Hukukun Üstünlüğü, İstanbul 2011, s.Vlll.

Modernizme bir karşı çıkış ve duruşla başlayan postmodernizm, eleştirel göreceli oluş ve tüm büyük anlatımları reddetmekle tipikleşirken, post mordernizm, bu bütünsel reddediş biçimini hukuksal değerlere ve pozitif hukuka da yansımıştır[205]. Modern devlet ve onun modern hukukla daraltılmış görüntüsü dağılmaktadır. Değişimi meşrulaştıran bir araç kullanımı ile post modern hukuk, küresel hukuku kaçınılmaz bir çözülme gibi göstererek yaşanan çözülmeyi haklılaştırmaya çalışmaktadır.

Küreselleşmenin bir boyutu olarak sürülen çok hukukluluk, hukukun postmodernizme evrilme sürecinin temel kavramlarından biridir. Günümüzün küreselleşme iddialarının bir aracına dönüşen hukukta çoğulculuk kavramı; postmodern hukukta; çoğulculuk, merkezilikten uzaklaşma,, hukukun kendi içinde bütünlük arz eden sistematik ve tekelci yapısından uzaklaşma olarak yorumlanmaktadır[206].

Post modern devlet ve post modern hukuk sistemi, yeni bir devlet, hukuk sistemi ve toplum biçimidir[207]. Bu yeni sistemde hukuk sosyal bir düzen aracı mıdır yoksa sosyal düzenin kendisi midir? Hukuk adaleti kapsar mı? Ya da hukuk adaleti kapsamalı mıdır? Adaletsiz bir hukuk düzeni düşünülemeyeceği halde, postmodernizm adalet kavramını ve eşitlik ilkesini hukuk dışına atmaya çalışmaktadır. Post modern küreselleşme, bir normlar ve kavramlar sistemi olan hukukun bütünleştirici homojenliğini reddetmektedir. Değişime, yerelliğe ve çoğulculuğa kucak açan yeni söylem hukuk alanında da ifadesini bulmaktadır. Küresel piyasa, küresel üretim ve küresel düzen, yeni bir yönetim, yeni bir hukuksal alt yapı ve yeni bir egemen güç tasarımı ortaya koymayacak mıdır?

Modern toplumun sosyal ilişkilerinin düzenleyicisi ve iktidar karşısında; bireyin hukuksal ve siyasal statüsünün belirleyicisi olan hukuk egemenlik kavramı üzerindeki parçalanmışlıktan pay almaktadır. Hukukun bu çok parçalı görüntüsünün en önemli sonucu, moden devletin güvenilirliğini kaybetmesi ile birlikte onun yaşama sistemi olan hukuk sisteminin de güven kaybına uğramasıdır[208].

Modern hukuk düzeninin son zamanlarda son derece büyük bir kriz içinde evrildiği de bir gerçektir. Bu kriz ve evrimle ile birlikte modern hukukun mirası olan öngörülebilirliğin yok oluşu sonucunda güvenlik/güvencesizlik bağlamıyla vazgeçilmez tekliğinden aldığı kaynak yok olmaya yüz tutmuştur.

Yeni liberal dünya düzeni ve küreselleşmenin yarattığı yeni post modern toplumun, içinde bulunduğu yoksulluk ve karmaşayla; postmodern toplum-

205 Işıktaç, a.g.e., s.376.
206 Rukiye Akkaya Kia, Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik Ve Hukuk, İstanbul 2011., s.124.
207 Kia, a.g.e., s.177.
208 Füsun Üstel, Yurttaşlık Ve Demokrasi, Dost Y., Ankara. 1999, S.55-61.

sal dönüşüm, toplumda; yeni düzen, özlem ve arayışlarına neden olmaktadır. Yaşanan toplumsal karmaşa ve kaostan kurtulmaya çalışan bireylerin dinsel yönelim ve eğilimlerinin artmaya başladığı söylenebilir. Bireysel ve toplumsal olarak gittikçe artan oranda baskısını hissettiren dinsel bir toplum özleminin ise; antik çağdan başlayıp şimdilere taşınan din devlet ayrışması ilkesini; yeniden din devlet bütünleşmesine doğru yöneltebilme eğilimi taşımaktadır. Öte yandan hukuk teorisi açısından büyük önem taşıyan adalet kavramı konusunda da postmodernizm büyük bir belirsizlik içindedir[209].

Modern devletin bireyi artık kendini güvende hissedememekte ve aşırı bir güvenlik ihtiyacı içinde bulunmaktadır. Kendini güvende hissetme insanı kuşatan sisteme duyulan güvenle gerçekleşir. Öte yandan küresel pazarın, kendi siyasi ve hukuki düzeni kurma çabaları artmıştır. Sadece bu belirlemeler bile diğer alanlarda olduğu kadar hukuk düzeninde de farklı bir kavramlaştırma evresine geçildiğini göstermektedir. Hukuk, yaşama düzeni ile arasındaki koparılamaz bağ nedeniyle yaşamla birlikte değişir, dönüşür ve yenilenir. Öte yandan hukukun kırılganlığı, küresel gelişim ve değişime bağlı ele alınmakta ve hukuk, küresel kozmopolit kültürün, tüketim ağının patronajlığı havale edilmek istenmektedir. Bu ise küresel hareketin hukuk yolu ile meşrulaştırılmasıdır.. Hukuk; sosyal, siyasal, ekonomik alanı, küresel aktörler lehine düzenleyen bir kesişme noktasıdır. Küreselleşme olgusu, modern devleti yerinden ederken, postmodern hukuka dair tartışmalar, hukukun saygın konumunu deforme etmektedir[210]. Son dönemde özellikle küresel dinamiklerin yoğun baskısıyla tüm değerlerin muhasebeleştirildiği bir yaşam biçiminin her alanında yaşanan değersizleşme, hukuk alanına da yansımıştır. Mevcut durum itibariyle hukuk alanında yaşanan değişim, halen hukukun değersizleşmesi olarak algılanmaktadır.

Postmodernistlere göre, modern hukuk sistemi, kanunların asıl maksadını araştıran hukukçularıyla, uzmanlarıyla ve bunların rasyonelleştirme çabalarıyla giderek kapalı bir sisteme dönüşmüştür. Bu kapalı sistem içinde hukuk, esneklikten ve insani deneyimlerden uzaklaşarak bürokratikleşmiştir. Hukuk pratiği de aşırı derecede biçimselleşerek, temel ilgisini yaşamın özünden ziyade sözüne kaydırmıştır. Süreç içinde insandan ve insani değerlerden soyutlanan hukuksal yapı ve yasalar, adaletsiz bir niteliğe bürünür ve hukuk giderek güvenirliliğini kaybeder[211]. Postmodern düşünce, modernitenin tektipleştirici, homojenleştirici, farklılıkları bastırıcı ve yok edici düşünce ve pratiklerini radikal bir biçimde sorgulayıp, farklılığa ve çeşitliliğe önemle vurgu yapması, önemsenmesi ve dikkate alınması gereken bir yaklaşım tarzı olarak, farklılıkları koruyarak nasıl barışa adalet ve eşitlik değerlerine ulaşabileceğimizi ya da en azından nasıl bu değerlerle uzlaşabileceğimizi göstermek ve buna dair yöntemleri ortaya koymak zorundadır.

209 Guriz, a.g.e, s..284.
210 Kia, a.g.e., s.178.
211 Yüksel 2007, s.102

Kurgulanması gereken bu nesnel temelsizlik, her türlü düşünce ve iktidar pratiğini dolaylı olarak meşrulaştırıcı bir işlev taşıması gerektiği halde bunu nasıl gerçekleştirecektir? Mevcut durumun sürdürülmesi halinde nesnel gerçeklikten nasıl uzaklaşılacaktır? Gerçekten, evrenselciliği tümüyle yadsıyan ve farklılıklara sınırsız saygı duyan bu yaklaşım, nesnel temellere dayanmayan bir hukuki yapıyı nasıl kuracaktır? Aynı şekilde siyasal kimliği silikleştirmek suretiyle siyasal eylemi imkânsız hale getirmeye çalışan postmodern düzen, adil olmayan kurulu düzenlere karşı direniş potansiyelini zayıflatmadan nasıl sürdürmeyi başaracaktır?

Adaletin kültürel yorumları/yansımaları nasıl olacaktır? Adalet herkesçe kutsal sayılan bir değerdir. Bu kutsal değer, bireylerin vicdanlarında farklı yorumlara tabii olabilmekte ve farklı sonuçlar adaletle özdeş görünebilmektedir. Bu gerçeklik, bir hukuk normunun; toplumsal, kültürel, dini ve birçok sosyolojik çeşitlilik karşısında; nasıl farklı yorumlarla karşılaşılabileceğini ortaya koymaktadır.

Hukukun, sosyal gerçeklikle karşılama ve karşılaşma alanı olarak mahkemeler, hangi normları; üstün sayarak, ne şekilde hüküm verebileceklerdir? Yasama ve yargılama faaliyetlerinin etkin kılınmasını sağlayacak; evrensel değerlere, hangi postmodern yöntemlerle varılabilecektir?

Kurgulanması gereken hukuki yapılanma süreci; temelsiz ve referanssız olarak acilen cevap beklemektedir. Aksi takdirde nesnel temellere ve referanslara dayanmayan bir hukuksal yapı ve hukuksal süreç tasarlanması gerekir ki bu durum; modernizmden post modernizme uzanan toplumsal yaşam sarmalını ve hukukun gelecek tasarımını belirlenemezliğe ve tasarımsızlığa dönüştürmektedir.

Postmodernizmin, Türk Hukuk Sistemine yansımalarından kaçınmak neredeyse imkansızdır. Tarihsel gelişim sürecinde Türk hukuk sistemi, Osmanlı Devlet yapısındaki çoklu hukuk sistemine karşı yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından hukuk düzeninde yapılan bir devrimle oluşturulmuştur. Ulusal Kurtuluş Savaşı ve Türkiye cumhuriyetinin ilanından sonra çok hukuklu eski hukuk düzeni yerine çağdaş toplumlara ait yeni kurallarla laik bir devlet ve laik bir hukuk düzeni kurulmuştur. Cumhuriyet Dönemi resepsiyonu, benimsenen kanunların yabancı niteliklerinin silinerek oluşturulan hukuk sisteminin Türk toplumuna uyum sağlayacak yönde gelişmesini sağlamıştır[212]. Yeni kabul edilen kanunlar iktibas edilmiş olmasına rağmen, milli bir hukuk sistemi yaratılabilmiştir. Türk Hukuk sisteminde gerçekleştirilen bu resepsiyonun en önemli özelliklerinden biri de laik bir hukuk düzeni getirmiş olmasıdır. Yeni kurulan Genç Türk Devleti böylece Osmanlı Devleti'nin içinde çırpındığı hukuk çokluğuna düşmemiştir[213].

212 Üçok ve Diğerleri, a.g.e., s.378.
213 Bozkurt, a.g.m., s.11-13.

Cumhuriyet resepsiyonunda, devrimlerin dayandırıldığı temel ilkelerin korunmasına önem verilmiştir. Birer çerçeve veya kalıp olan yeni kanunlar, farklı anlayış, yorum ve uygulama ile Türk toplumunun gerçeklik ve şartlarına uygun bir biçim aldılar. Bu oluşum hâlâ devam etmektedir. Cumhuriyet resepsiyonuyla oluşturulan Türk Hukuk Sistemi, toplumsal yapıda ve uygulamalarda hemen kolayca geçerli olamamıştır. Alışkanlıklar, inançlar, pratik ihtiyaçlar ve sosyal gerçeklik karşısında bazı hukuk kuralları aynen uygulanamamıştır. Aile hukuku ve kısmen miras hukuku alanlarında kadın-erkek eşitliğine hayatiyet kazandırmak ve özellikle medenî nikâh usulünü yerleştirmek tam anlamıyla mümkün olamamıştır. Bu alanlarda bir kısmı eski hukukun izi olarak sürdürülen örf adet ve gelenekler, benimsenen yeni kanunlara ters düşüyordu. Bu yüzden Ulusal Kurtuluş Savaşı ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte gelişmiş devletlerin çağdaş hukuk ve uygarlık düzeylerine ulaşmayı amaçlayan Türk Hukuk Devrimi'nin yarım kaldığı ve henüz tamamlanamadığı söylenebilir.

Cumhuriyetin ilanından bir asıra yaklaşan bir süre sonunda, Türkiye cumhuriyeti Devleti, tanık olunan tüm hukuksal krizlere rağmen içinde yaşadığımız coğrafyadaki en sağlam devlet ve en sağlam hukuk sistemi olarak varlığını sürdürmektedir. Türk pozitif hukuk sistemine ve mevzuata çeşitli kanunlar konulmuş olmasına rağmen, Türk toplumunun sosyolojik yapısının da etkisiyle günümüzde de; toplumsal cinsiyet ayrımcılığı sorun ve uygulamaları, halen devam etmektedir. Kadın erkek eşitliği bağlamında da Türk hukuk devrimi henüz tamamlanamamıştır.

Kemalist Cumhuriyetin Kuruluşuyla ilgili olarak çok önemli hukuki bir belgeler olan Sevr ve Lozan anlaşmalarıyla, yeniden canlandırılmaya çalışılan; adli ve ekonomik kapitülasyonlar ve Türk Hukuk Devrimiyle ilgili olarak şimdilerde çok daha fazla hassasiyet gerekmektedir. Ülkemizin, Sevr ve Lozan anlaşma süreçlerinde yaşadığı içler acısı durum, Cumhuriyet evlatları için hiç unutulmaması gereken bir sorumluluktur. Bizler, yaşımız ne olursa olsun; Kemalist Cumhuriyetin yetiştirdiği hukukçular kuşağı olarak her şeyden önce hukuk devrimini ve hukuku koruma sorumluluğunu taşımaktayız. Bu bağlamda Kemalist Cumhuriyet hukukçularının görevi, Mustafa Kemal Atatürk'ün hukuk devriminden en ufak bir sapmaya göz yummamaktır[214].

Günümüz Türk Hukuk Sisteminde de iktibas ve resepsiyon sorunları devam etmektedir. AB topluluk Hukukuna uyum sürecinde çıkarılan kanun ve yasal düzenlemelerde, her zaman Türk Hukuk Sistemine ve toplumsal yapıya uyumu kolay olmamaktadır. Bu nedenle çıkarılan yeni kanunların zaman zaman yürürlüğe girmeden hemen önce değiştirildiğine tanık olunmaktadır. Küreselleşmeyle bağlantılı olarak ,son dönemdeki kanunlaşma hareketleri ve

214 Vural Dinçkol,Soner, a.g.e., s. 210.

post modern hukuk yapılandırmalarıyla yaşanan krizler, Türkiye'deki hukuk sistemi için ciddi bir sınav niteliği taşımaktadır.

Küresel dünya ekonomisi ve küresel hukuk düzenlerine eklemlenmek zorunda kalan günümüz koşullarında özellikle postmodern kurumsal yapılandırmalar nedeniyle tüm dünya ülkeleri gibi Türk Hukuk Sistemi de değişmekte ve yeniden yapılandırılmaktadır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde küresel ekonomi ve küresel hukuk düzenlerinin postmodern zorlamalarıyla Türk hukuk Sisteminin çağdaş hukuk sistemlerine eklemlenerek evrilmeye ve etkilenmeye devam edeceğini öngörmek hiçte zor değildir.

Öte yandan içinde yaşadığımız zaman diliminde, Türk toplumunun tamamı; hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, hukuk düzeni, yargı ve yargı güvencesine bakışı ve algısı konusunda son derece büyük ve zorlu bir sınav vermektedir. Son derece zor koşullar altında kurulmuş bulunan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni ve onun güvencesi olan hukuk devletini yaşatmak istiyorsak; küreselleşmeyle bütünleşik olarak ortaya çıkan postmodern hukuk yapılanmalarının sorun ve sıkıntılarına rağmen; adalet, hukuk ve yargı değerlerine sahip çıkarak, hukukun üstünlüğünü öne çıkartmak zorundayız.

KAYNAKÇA

• Akın, İlhan F. Türk Devrim Tarihi, İstanbul, 1976.

• Akın, İlhan F.,Kamu Hukuku, İstanbul 1979.

• Aksu, Şener Yaşam Alanı Otorite İlişkisi Açısından Devrim, Kocaeli, 2009.

• Ansay, Tuğrul, "Hukukların Rekabeti", Güncel Hukuk , Haziran 2010, Ankara 2010.

• Bauman, Z., Yasa Koyucular ile Yorumcular / Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine, İstanbul 1996.

• Berk, Seda K., "Türkiye'de Hukuk Sisteminin En Önemli Sorunları Ve Değerlendirme", Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2012/5.

• Best, S., Kellner, D., Postmodern Teori (Postmodern Theory), İstanbul 1998.

• Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2007.

• Boratav, Korkut, "Emperyalizm mi?, Küreselleşme mi?", Ahmet Tonak (Ed.), *Küreselleşme,* Ankara 2000.

• Bozkurt, Gülnihâl, "Cumhuriyet'te Neden Bugünkü Hukuk Sistemimize Geçildi?, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi", 30-31 Ekim 2003 Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 538, Ankara 2003

• Cebeci, Sıdıka, "Hukuk Alanındaki Değişimler", KOÜ, Türk Devrim Tarihi, Kocaeli 2003.

• Connor, Steven, Postmodernist Kültür - Çağdaş Olanın Kuramlarına Bir Giriş, İstanbul 2005.

• Çelik, Burak, Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler Ve 1921 Anayasası, İstanbul 2007.

• Dinçkol, Abdullah, Hukuka Giriş, İstanbul 2000.

• Dinçkol, Abdullah, Temel Hukuk Bilgisi, İstanbul, 2005.

• Doehring, Karl, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul 2002.

• Eagleton, T., Postmodernizmin Yanılsamaları, Ankara 1999.

• Giritli, İsmet, Ulunay Ucuzsatar, Necati, Türk Devrim Tarihi Ve Atatürkçü Düşünce, İstanbul 2004.

• Gökberk, Macit, Felsefe Tarihi, Ankara, 1974.

• Göze, Ayferi, Türk Kurtuluş Savaşı ve Devrimi Tarihi, İstanbul, 2000.

• Güriz, A., Feminizm Postmodernizm ve Hukuk, Ankara 1997.

• Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2009.

• Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 2009.

• Güzel Sarı, Selime. Küresel Kapitalizm Ve Devletin Dönüşümü, İstanbul 2008.

• Hegel, Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev. Cenap Karakaya, Sosyal Y., İstanbul 2004.

• Hirsch, Ernest, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi dersleri, Ankara 1996.

• Işık, H.M., "Modernite ve Postmodernite Bağlamında Farklılıklar", HFSA 15, İstanbul, 2006.

• Işıktaç, Yasemin, Hukuk Felsefesi, İstanbul 2006.

• Işıktaç, Yasemin, Hukuk Yazıları, Ankara 2004.

• Işıktaç, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 1997.

• Kazgan, Gülten, Küreselleşme ve Ulus Devlet, İstanbul 2005.

• Kia, Rukiye A., Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik Ve Hukuk, İstanbul 2011.

• Kili, Suna, Atatürk Devrimi, Ankara 1983.

• Mango, Andrew, "Atatürk Cumhuriyetinde Vizyon ve Gerekircilik" Uluslararası Atatürk ve Çağdaş Toplum Sempozyumu, İstanbul 22-27 Eylül 2002; Degev , İstanbul 2003.

• Murphy, J. W., Postmodern Analiz ve Postmodern Eleştiri, İstanbul 2000.

• Sıdıka Cebeci "Hukuk Alanındaki Değişmeler", Türk Devrim Tarihi, Mehmet Sarıoğlu ve arkadaşları Kocaeli 2003.

• Tan, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2010.

• Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 2006.

• Tekeli, İlhan., Modernite Aşılırken Siyaset, Ankara 1999.

• Tiftikçi, Ender, Tiftikçi, Mehmet, Atatürk Ve Hukuk, Yargıtay Yayınları, Yayın No: 27 Ankara 1999.

• Timuçin, Afşar, Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 1998.

• Turan, Refik ve Arkadaşları, Atatürk İlkeleri ve İnkilap Tarihi, Ankara 2010 .

• Uygun, Oktay, "Demokrasinin Çoğunlukçu Ve çoğulcu Modelleri İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi", Barolar Birliği; Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi, İnsan Hakları Top lantısı Ankara 2010.

• Üçok Coşkun, Ahmet Mumcu , Gülnihal Bozkurt; Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2002.

• Ülker, Gürkan; Hukuk Sosyolojisine Giriş, Ankara 1999, s. 70-71,

• Vattimo, G., Modernliğin Sonu, İstanbul 1999.

• Vural Dinçkol, Bihterin, Soner, Pervin, Atatürk İlkeleri Ve Devrimi, İstanbul 2006.

• Yeldan, Erinç, Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi, İstanbul 2001.

• Yücel, M.T., Hukuk Felsefesi, Ankara 2005.

• Yüksel, Mehmet, Küreselleşme, Ulusal Hukuk ve Türkiye, Ankara 2001.

• Yüksel, Mehmet,"Modernleşme,Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik",HFSA 17, İstanbul 2007.

• Zengingönül, Oğul, küreselleşme, İzmir 2007.

• http://atam.gov.tr/?p=98 , e.t. 1.8.2012.

• http://www.ataturkdevrimleri.com/yazi-389-sevr-antlasmasi.html , e.t. 1.8.2012.

• http://www.ataturkdevrimleri.com/yazi-385-sevr-antlasmasi-nin-maddeleri.html , e.t. 1.8.2012.

• http://www.ataturkdevrimleri.com/yazi-398-lozan-baris-antlasmasi-nin-maddeleri.html, e.t.1.8.2012

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ ERTELENMESİ

Prof. Dr. Süheyl DONAY[1]

A.Genel olarak

a. Yeni Ceza Yargılaması Yasası ile hukukumuza giren ve bazı yönleri oldukça yararlı olan"Hükmün Açıklanması ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" maddesi daha sonra 5560 ve 5278 sayılı yasa ile bugünkü hale getirilmiştir. 231. madde, ilk şeklinde tasarının 243. maddenin yazılışını biraz değiştirerek aynen kabul edilmişti. Esasen benzer hüküm bu şekli ile mülga 1412 sayılı CMUK'un 261. maddesinde de yer almakta idi.

b. Madde ilk şeklinde "Hükmün Açıklanması ilk şeklinde " başlığı altında sadece bugün de maddede yer alan ilk 4 bendi içermekte idi. Buna göre anılan maddenin bu bentleri, yer aldığı bölüme uygun olarak hükmün mahkeme tarafından ne şekilde açıklanacağını ve bunun yanında sanığın bazı haklarını düzenlemekte idi. Kanaatimizce madde sadece sanıktan söz etmekle beraber kapsam itibarı ile duruşmaya katılan tüm kişileri de içermektedir.2 3.bentte bulunan beraat eden sanığın tazminat isteyebileceği hükmü böyle bir durum oluştuğunda, bunun da bildirileceği hükmü yeni bir hüküm olup, yararlı olmuştur. Bu açıdan karar verecek mahkeme tazminatın koşulları bulunması halinde bunu bildirmek zorundadır. Buna rağmen bu bildirimin yapılamamış olması bir hukuka aykırılıktır ve bozma nedeni olarak kabul edilmelidir.

c. Yine mülga yasada bulunan, hükmün ayakta dinleneceği hükmü yeni yasaya da alınmıştır. Ancak herkesin ayağı kalkma zorunluluğu, buradaki inceleme konumuzla doğrudan ilişkisi olmamakla beraber, bir nihai hüküm için söz konusudur. Yoksa ara kararlarında böyle bir zorunluluk yoktur. Ayağa kalkarak nihai hükmü dinleme zorunluluğu, bu hükmün Türk milleti adına verilmesinden kaynaklanmaktadır.3 Bu konuda, yasa duruşmaya katılan herkes kavramını kullandığından görüşümüze göre buna Cumhuriyet Savcıları da dâhildir. Her ne kadar madde gerekçesinde Cumhuriyet Savcılarının ayağı kalkmayacağı öngörülmüşse de, gerekçeler bağlayıcı olmadığı ve bunun da yasa metnine alınmadığı göz önüne alındığında C. Savcıları'nın da ayağı kalkmak durumunda olduğunu kabul etmek uygun olur görüşündeyiz. Zira Cum-

1 T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2 Bkz, DONAY, Ceza Muhakemesi Şerhi.İst. 20098, s.304

3 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 27/05/2011 tarihli yazısı Adı geçen avukatın duruşma sırasında beyanda bulunurken ve ara karar tesis edilirken ayağa kalkmaması şeklindeki eyleminin soruşturma izni verilmesi gerektirir mahiyet ve ağırlıkta olmadığı, ancak bu eylemin hakkında disiplin yönünden gereğinin merciince takdir ve ifasının uygun olacağı,Evrak kapsamı ile Cumhuriyet Başsavcılığının bildiriminden anlaşılmıştır. Benzer bir olayda İstanbul Baro Başkanlığı da22.04.2009 tarih ve 11241 sayılı yazısı ile hüküm niteliğinde olmayan ara kararlarında ayağa kalkmak zorunluluğunun bulunmadığına karar vermiştir.

huriyet Savcıları da bir taraf olarak, örneğin ayağa kalkmak durumunda olan müdafiden farklı değildir.

d. Daha sonra 5560 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle maddeye 5/14. bentleri eklenmiş ve bu değişiklik yasası ile eklenen bentlerle hükmün açıklanmasının geri bırakılması Türk hukukuna girmiştir. Eklenen bu bentlerden 5. ve 14. bent 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı yasa ile, 6. bendin c.fıkrası ise 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı yasa ile değiştirilmiştir.

Yasaya göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmek için belirli koşullar öngörülmüştür. Bu koşulları şu şekilde sıralayabiliriz:

a. Yargılama sonucu hükmolunacak somut ceza iki yıl ve daha az süreli hapis cezası veya para cezası olacaktır. Burada somut ceza denmesinin amacı, yasada eylem için yazılı ceza iki yıldan fazla olsa bile çeşitli cezayı azaltıcı nedenlerle hükümde bu cezanın miktarı iki veya daha aza süreye indiğinde hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilebilir. Gerçekten maddenin 5. bendi yargılama sonucu hükmolunan cezadan söz ederek somut cezayı öngörmüştür. Madde karar verilebilir demek sureti ile mahkemenin hükmettiği hapis cezasının süresine bakarak zorunlu olarak açıklanmanın geri bırakılmasına karar vermesi gerekmez. Başka bir deyişle koşullar gerçekleşmiş olsa bile mahkeme hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına karar vermeyebilir. Ancak bu durumda mahkeme gerekçelerini de açıklamak durumundadır. Objektif değerlendirmeler için yasa yoluna gidilebilir.

b. Uzlaşmaya ilişkin hükümler de saklıdır. Eğer uzlaşma söz konusu ise önce bu yola gidilir ve buradan alınacak sonuca göre işlem yapılır. Nitekim 5.CD. 2008/10614.2008/8488 sayı ve 16.10.2008 tarihli kararında maddeye uygun olarak: "Sarkıntılık suçu uzlaşmaya tabidir. Ancak sanıklar ve müştekinin gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma aşamasında uzlaşamadıkları, sanıkların üzerlerine atılı suçu kabul etmedikleri, katılanın ise uğradığı zarar nedeniyle sanıklar hakkında şikâyetini devam ettirdiği görülmüştür. Uzlaşma usulünün uygulandığı suçlarda, taraflar uzlaşamadıkları takdirde, sanıklar hakkında kurulan hükmün açıklanması zorunludur."yolunda karar vermiştir."**Böylece uzlaşmaya başvurulup olumlu sonuç alınmaması halinde hüküm açıklanacaktır.**

c. Daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması gerekir. Bu mahkûmiyetin süresi önemli değildir. Kasıtlı suçtan mahkûmiyet yeterlidir. Bu mahkûmiyetin ertelenmiş olması da, mahkûmiyeti ortadan kaldırmadığından hüküm açıklanacaktır. Kişinin kasıtlı bir suçtan mahkûmiyeti ancak adli sicil kayıtlarına göre saptanacaktır. Bu nedenle 5352 sayılı Adli Sicil Yasası'nın 9. maddesini de göz önünde tutmak

gerekir. Bilindiği üzere bu yasanın 9. maddesi adlı sicil bilgilerinin silineceği halleri sıralamıştır. Buna göre Adli sicildeki bilgiler:

aa) Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması,

bb) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık,

cc) Ceza zamanaşımının dolması,

dd) Genel af, halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır. Bu durumların söz konusu olması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

Kanaatimce adli sicilden silinse bile arşiv kayıtlarının hükmün açıklanmasına engel olacağını kabul etmek gerekir. Bu konuda Adli Sicil Yasası'nın 12. ve 13. maddeleri buna olanak tanımaktadır. Bu nedenle bu maddeleri göz ardı etmemek gerekir. Nitekim bu maddelere göre:

Madde 12

a) İlgilinin ölümü üzerine,

b) Anayasanın 76. maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren;1. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle, 2. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle,

c) Diğer mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle, tamamen silinir. (2) Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir.(3) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkumiyet kararına ilişkin adli sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir.

Madde 13.- (1) Bir suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamında adli sicil ve arşiv kayıtlarında;

a) Mahkeme, hâkim, askeri hâkim, Cumhuriyet Başsavcılığı ve askeri savcılık doğrudan doğruya,

b) Kolluk ve diğer kamu kurum ve kuruluşları Adalet Sorgulama yapabilirler. Böylece kayıtlar arşivde bile olsa bir suça ilişkin kovuşturma sonucu mahkûmiyete karar verilebileceğinden buradaki kayıtlar da esas alınacaktır.

d. Mahkemenin sanığın sübjektif durumunu değerlendirerek ileride suç işlemeyeceği konusunda kanaat getirmesi gerekir. Bu durum tamamen mahkemenin takdirine kalmış bir değerlendirmeye bağlıdır.

Kanaatimizce dosya üzerinde araştırma yapan kanun yolu mahkemesinin bu konudaki sübjektif konulara ilişkin değerlendirmesini irdelememesi gerekir. Zira ilk derece mahkemesi yargılama süreci içinde sanığı görmekte ve tutumunu inceleyebilmektedir. Kanun yolu incelemesinde ise sadece dosya üzerinden ve objektif olguları denetlenebilinmektedir. Ancak mahkeme hiçbir gerekçe göstermeden açıklamamayı ret ederse bu elbette kanun yolu mahkemesi tarafından yeniden incelenmesi için geri yollanabilir.

e. Suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun zararının ödenmiş olması gerekir. Bu ödemenin söz konusu olması mağdurun beyanı ile yeterli olabilir. Örneğin sanık mahkeme dışında mağdurla anlaşarak onun zararını karşılar ve bu da mağdur tarafından kabul edilirse zarar giderilmiş kabul edilir. Eğer zararı hemen ve tamamen karşılayacak durumda değilse, bunun taksitle de ödenmesine karar verilebilir.

Bütün objektif ve sübjektif koşullarının varlığına rağmen hükmün açıklanmasının geri bırakılması sanık tarafından kabul edilmeyebilir. Bu koşul biraz yukarıda ifade ettiğimiz gibi 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı yasa ile maddeye dâhil edilmiştir. Bu hüküm getirilmeden önce Yargıtay CGK 2007/8-171 ve 2007/235 sayı ve 13.11.2001 tarihli kararında bunun uygulanması için yargılamanın herhangi bir süjesinin istemde bulunmasının gerekmediğine ve mahkemenin kendisi değerlendirme yaparak resen karar vereceğine hükmetmişti. Ekseriyetle alınan bu kararı biz de tasvip etmemiştik4. Bundan sonra elbette sanığın kabul etmemesi halinde bu hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır. Bunun kabul edilmemesi verilen hükme karşı kanun yolu incelemesi yolunu açacaktır. Biz esas itibarı ile yasada değişiklik yapılırken kanun yolu olarak temyiz yolunun açık olmasını önermiştik. Buna rağmen yapılan değişiklikte sadece sanığın rızası aranmak ilavesi ile yetinildi.

f. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, mahkûm olunan ceza ertelenemeyeceği gibi seçenek yaptırımlara da çevrilemez. Bu sonuç doğaldır. Zira esas itibarı ile bir mahkûmiyet hükmü verilmiş ve sadece bunun açıklanması geri bırakılmıştır. Dolayısı ile yargılama yapılarak verilen bir hükmün artık infazının ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesi olanak dışı olması doğaldır.

g. Bu karar verildikten sonra yasanın deyimiyle sanık beş yıl denetime tabi tutulur. Kanaatimizce burada sanık kavramının kullanılması doğru olmamıştır. Zira açıklanma geri bırakılmış olduğu söylendiği ileri sürülen bir hüküm verilmiştir ve kişi artık sanık statüsünden çıkmıştır. Bununla beraber deneme süresini iyi halle geçiren hükümlü hakkında verilen mahkûmiyet hükmü düşürülecektir. Bu açıdan hükmün düşü-

4 Bkz Donay, Şerh, s.371

rülmesi ancak hüküm giymiş olan kişiler hakkında olacağı için, bunlara hükümlü demek daha uygun olurdu.

h. Beş yıllık deneme süresi içinde bir yılı aşmamak üzere mahkeme tarafından saptanacak aşağıda yazılı denetim önlemleri uygulanacaktır:

aa. Meslek ve sanat sahibi değilse bir meslek kazanması için bir eğitim kurumuna devam etmesi önlemi uygulanacaktır. Böylece ileride suça yol açabilecek işsizlik te önlenmiş olacaktır. Bunun yanında mesleği olmayan kişilere meslek öğretilmek sureti ile üretime katkıda bulunulmuş olacaktır.

bb. Meslek ve sanatı varsa, bir kamu kurumunda veya aynı meslek ve sanatı icra eden bir başkasının gözetiminde ücret mukabili çalışmasına karar verilebilecektir. Örneğin A. Gazetesinde çalışan kişi, bu gazetenin rakibi olan bir başka gazetede ücreti karşılığı çalıştırılabilecektir. Böyle arzulanmayan sonuçların ortaya çıkmaması için çalışmak için dikkatli olarak bir kurum seçilmelidir. Başka bir deyişle çalıştırılacak kurumun denetim önlemi uygulanan kişin daha önce çalıştığı yerin rakibi olmamasına dikkat gösterilmelidir. Ancak bu önlemler arasına bir meslek ve sanattan men önlemi verilemez. Çünkü bu yasada özel olarak düzenlenmiş bir yaptırımdır ve bu yaptırım hükmün açıklanmasında 8. maddede öngörülmemiştir. Böyle bir yaptırıma başvurulması halinde, bu kısım için temyiz yolu açıktır.

cc. Belirli yerlere gitmekten yasaklanmasına veya belirli yerlere gitme yükümlüğü tanınmasına ya da takdir edilecek başka bir yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilecektir. Bu yükümlülüğün elbette haysiyet veya onur kırıcı bir yükümlülük olmamasına özen gösterilmelidir. Örneğin konserlere veya kahvehaneye veya içki içilen yerlere girmesinin engellenmesine karar verilebilir. Bunun yanında bir yerel mahkememiz beş ayrı kitabın okunması ve bunların özetlerinin mahkemeye sunulmasına karar vermiştir. Böylece bu önlemle kişilerin kültür varlıkları zenginleştirilmiştir.

i. Anayasa'nın 174. maddesinde öngörülmüş inkılâp yasalarına aykırılık halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanmaz.

B.Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sonuçları

a.Genel olarak

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kural olarak beş yıllık deneme süresi içinde mahkûmiyetin askıya alınması olarak nitelendirilebilir. Bir başka deyişle bu kişi hakkında beş yıllık bir denetleme sistemi kurulur ve bu süre içinde herhangi bir suç işlememesi sağlanmak istenir. Bir nevi verilen mahkûmiyet hükmünün ertelenmesidir. Buna karşın gerek Türk Ceza Yasası'nda ve gerek CYY'da bu kuruma benzer hükümler vardır.

aa. Bilindiği üzere hukukumuzda bir sıraya dizmek gerekirse, önce Ceza Muhakemesi Yasası'nın 174. maddesinde düzenlenmiş olan kamu davasının

açılmasının ertelenmesi vardır. Buna göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı ve cezasının üst sınırı bir yıl ve daha az olan suçlarda, Cumhuriyet Savcısı daha önce kasıtlı bir suçtan hapis cezası ile mahkûm olmamış, ileride suç işlemekten çekineceğine inandığında, toplum için ertelenmenin yararlı olmasında, suç nedeni ile mağdur veya kamunun zararın giderilmesi durumunda yeterli şüphe olsa dahi kamu davasının açılmasını beş yıl erteleyebilir. Bu erteleme soruşturma evresinde savcıya tanınan dava açma konusunda tanınmış özel bir erteleme yetkisidir.

bb. İkincisi konumuz olan hükmün açıklanmansın ertelenmesidir. Burada mahkeme kişinin suçu işlediği konusunda yeterli kanıtlara erişmiştir, bu nedenle bu kişi hakkında suçu sabit olduğundan kişiyi mahkûm eder ve fakat bu mahkûmiyetin açıklanmasını geri bırakır yani erteler. Bunun koşullarını yukarıda gördüğümüz için burada yinelemiyoruz. Esasında burada bir mahkûmiyet vardır ve hatta bu mahkûmiyet fiilen açıklanmaktadır da. Örneğin mahkeme sanığı iki yıl hapis cezasına mahkûm eder, mahkeme masraflarını ister ve fakat hükmün açıklanmasını erteler. Bütün bu işlemler duruşma sonunda aleni ve kamuya açık olarak yapılmaktadır. Başka bir deyişle bu olay ve mahkûmiyet hükmü duruşmayı takip eden herkes tarafından duyulmaktadır. Hatta CYY'nın 325. maddesinin 2. fıkrasına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde yargılama giderlerinin de sanığa yükletileceği öngörülmüştür. Böylece 231. maddedeki açıklanmadığı ifade edilmesine rağmen bu bir alenen açıklanan bir hükümdür ve bir hükmün taşıdığı bütün öğelere sahiptir. Nitekim bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş ve konu Anayasa Mahkemesinin huzuruna getirilmiştir.5

Anayasaya aykırılık iddiası Zile Asliye Ceza Mahkemesi ve Aliağa Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yüksek mahkemeye gönderilmiştir. Başvuruya göre, henüz hakkında mahkûmiyet hükmü kesinleşmeyen sanığın mahkûmiyet hükmünün sonucu olan yargılama giderlerinden sorumlu tutulması evrensel hukuk anlayışına ve kurallarına aykırıdır. Deneme süresi içinde yeni bir suç işlemediği takdirde hükmolunan ceza düşeceği için önceden ödemek zorunda kaldığı yargılama giderlerini almak için kamuya dava açmak zorunda kalacaktır. Ayrıca suçluluğu henüz sabit olmayan bir kişi hakkında yargılama giderleri kendisine yükletilmektedir. Bunun yanında tekerrüre esas sabıkası olduğu için hakkında hükmün açıklanması kararı verilmeyen ve hakkında verilen hükmü temyiz etme hakkı bulunan sanıklar ile, sabıkası olmadığı halde temyiz hakkı bulmayan kişiler arasında eşitsizlik yaratıldığı ileri sürülmüştür. Bütün bunlar bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu göstermektedir.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi bu kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır. Yüksek Mahkemenin gerekçesi şu şekle özetlenebilir: Ceza Hukukunun,

5 Anayasa Mahkemesi'nin E.2010/1,K.2011/149 sayı ve 03.11.2011 tarihli kararı (Bkz. RG.25.01.2012 tarih ve 28184 sayılı nüshası

toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısı ile ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza yargılaması alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza siyasetine ilişkin düzenlemelere bakımından yasa koyucu Anayasanın temel ilkelerine ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşulu ile, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımları ile karşılaştırılmaları gerektiği, hangi hareketlerin hafifletici ve ağırlatıcı neden olarak belirleneceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucunun takdir yetkisinin kapsamında ilk defa suç işleyen ve suçu sabit görülen kimseleri toplum barışını sağlamaya yönelik olarak hükümlü olma süreci dışına çıkaran hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında yargı giderlerinin sanığa yükletilmesinin hukuk Devleti ilkesine aykırı bir yönü olmadığı gibi hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra sanığın kabulü ile verilen kanun yoluna başvurmanın mümkün oldu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesinde eşitlik ilkesine de aykırılık ta yoktur gerekçesi ile istemi ret etmiş ve anayasaya aykırı bulmamıştır. Kanaatimizce Yüksek Mahkemenin tümü itibarı ile görüşüne iştirak edemiyoruz. Devletin suç ve suçlulukta kendi politikasına uygun davranması ve bunun Anayasa ve ceza Hukukunun temel kavramlarına aykırı olmaması koşulu ile mümkün olduğunu belirtmektedir. Ancak Anayasa mahkemesi bir yasa koyucu değildir. Bu düzenlemelerin Devletin politikasına uygun olup olmadığına nasıl varabilmektedir. Örneğin sabıkası olan ve olmayan arasında bir farklılık yaratıldığı ve temyize başvuru hakkının sadece sabıkalıya tanınmasının neden eşitliğe aykırı olmadığını açıklamamıştır. Gerçekte itiraz da temyiz de birer yasa yoludur, ancak temyiz mahkemesi deneyimle yargıçlardan oluşmaktadır. Eğer Anayasa Mahkemesinin görüşü kabul edilecek olursa Temyiz Mahkemesine de gereksinim duyulmayabilir. Her aykırılık iddiasını itiraz yolu ile çözümlemek yoluna gidilebilir. Temyiz yasa yolunun bir başka özelliği vardır. Bunun yanında yargı masraflarını, Yüksek Mahkemeye göre henüz kesin olarak mahkûm olmayan kişiden istemek kabul edilemez. Burada belki yargı masrafları Devlet üzerinde bırakılır ve sonunda masraf alınabilirdi. Bu açıdan 235. madde hem hukuk hem de eşitlik kuralına aykırıdır.

Kanaatimizce burada açıklamama yerine erteleme kavramını kullanmak daha doğru olurdu. Nitekim uygulamada daha ziyade erteleme kavramı kullanılmaktadır. Zira hüküm açıklanmaktadır ve bu kişinin mahkûm olduğunu hem duruşmaya katılanlar duyarak öğrenirler, hem de herkes bu kişinin belirli bir suçtan mahkûm olduğu konusunda bilgi sahibi olurlar. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması demek, hükmün hiçbir şekilde, özellikle sanık dışında kimseler tarafından bilgi sahibi olmaması anlamına gelir. Yoksa hükmün aleni olarak verilmesi halinde açıklamamadan söz etmekten bahse-

dilmez. Nitekim biraz yukarıda söylediğimiz gibi, yasal olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, mahkeme masraflarının bile ödenmesini istemek hükmün açıklanmaması kavramı ile bağdaşmaz.

cc. Üçüncüsü ise cezanın infazının ertelenmesidir. Türk Ceza Yasasının 51. maddesinde yer alan ve hapis cezasının ertelenmesi olarak düzenlenen bu hükme göre " işlediği suç nedeni ile iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir." Burada kişiyi mahkeme mahkûm eder ve fakat daha önce kasıtlı bir suç nedeni ile üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve yargıç tarafından ileride suç işlemeyeceğine kanaat getirilirse cezasının yerine getirilmesini erteler. Erteleme süresi içinde suç işlemediği takdirde bu suçu işlememiş addedilir.

b. Hükmün açıklanmansın geri bırakılmasının sonuçları

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasamız bir takım sonuçlar bağlamıştır. Böylece bu karara varıldığında bunun sonuçlarının ne olduğunu yakından görmek gerekir. Bu sonuçlardan bir kısmı hem Yüksek Anayasa Mahkemesi önünde tartışılmış, hem de Yargıtay tarafından tartışma konusu yapılmıştır.

aa. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması öncelikle sanığın bu kurumu kabul etmesine bağlıdır. Böylece sanığın açıklanmanın geri bırakılmasını kabul etmediği takdirde mahkeme ya cezayı çekmesine bir başka deyişle hükmettiği cezanın infazına ya da infazının ertelenmesine karar verir. Yasadaki bu hüküm daha önce de belirttiğimiz gibi yasanın ilk şeklinde yer almamakla birlikte 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı yasa ile 6. bendin (c) fıkrasına eklenmiştir.

Eğer hakkında hükmün açıklanması geri bırakılan kişi beş yıllık deneme süresi içinde kasti bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik kurallarına uyduğu takdirde geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilir. Eğer bu süre içinde kasti bir suç işler veya denetimli serbestlik kurallarını ihlal ederse, biraz yukarıda belirttiğimiz gibi mahkeme hükmü açıklar ve cezasının infazına karar verebilir. Böylece davanın düşmesi kararı verilebilmesi için aynı zamanda hem beş yıllık sürenin geçmesi ve hem de bu süre içinde yeni bir kasti suç işlenmemiş olması aranır. Bunun sonucu beş yıllık süre içinde taksirli bir suç işlenmesi davanın düşürülmesini engellemeyecektir. Ancak mahkeme bu süre içinde bir kasti suç işlenmesi veya denetim önlemlerini aykırı davranılması halinde ya cezanın yarısına kadar infaz edilmesini veya hapis cezasının infazının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verebilir. Bunun yanında mahkeme bu çeviri yerine yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir. Bu çevrilerden hangisinin tercih edileceğini mahkeme duruma göre değerlendirecektir. Böylece örneğin sanık beş yıl içinde yeni bir suç işlediğinde mahkeme hem yeni suçu nedeni ile ceza verecek,

hem de deneme süresi içinde işlediği suç nedeni ile bu hareketi bir suç olarak kabul edip bu eylemi nedeni ile ceza hükmü verecektir. Eğer yeni suç, bir başka mahkemenin yetki çevresinde işlenmişse, yeni suçu nedeni ile cezayı bu mahkeme verecek, ancak önleme uymama nedeni ile oluşan yeni suçtan cezayı hükmün açıklanmasını geri bırakan mahkeme verecektir. Bilindiği üzere 231/13. maddeye göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması bunlara mahsus bir sisteme kaydolacağı için, bu sanığın yeni bir suç işlediğinin bu mahkeme tarafından öğrenilmesi gerekir.

Bununla beraber bazı mesleklere kabulde hükmün açıklanmasının geri bırakılması o mesleğe kabul için bir engel olarak kabul edilmektedir. Örneğin Polis Yüksek Okulu Öğrenci adaylarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması aday olmayı engelleyici bir neden olarak sayılmıştır. Kanımızca polis mesleğinin önemi bu uygulamaya neden olmuştur. Ancak eğer polis olma müracaatını yaptığı tarihte beş yıllık deneme süresini geçirmişse bir mahkumiyeti olmamış varsayıldığından bunun kesin olarak engel olmaması gerekir.

Buna karşın bir Devlet memuru hakkında disiplin cezası verilmesi şu gerekçelerle kabul edilmemiştir: "Bu itibarla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine göre "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması" kararında, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmaması ve sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verildiği hususları dikkate alındığında "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" kararı ile beraat kararının benzer hukuki sonuçlar doğurduğu düşünüldüğünden, söz konusu personelin durumunun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 143. maddesinin (b) bendi kapsamında değerlendirilerek, hakkında alınan görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılması gerektiği mütalaa edilmektedir.6 Bu mütalaa sonuç olarak doğru olmakla beraber, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını beraat kararı ile özdeşleştirmek doğru değildir. Zire sonuç itibarı ile burada düşme kararı verilecekken, beraat kararı söz konusu olmaz. Beraat kararının ne zaman verileceğini CYY'nın 223. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen nedenlere bağlanmıştır. Şu hususu da elbette göz önünde bulundurmak gerekir, 231. maddenin 5. bendinin son cümlesi "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder." cümleciğini içermektedir. Böylece bu kuruma başvurulduğunda ne olumlu ne de olumsuz hiçbir sonuç buna bağlanamayacaktır.

cc. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı temyiz yasa yolu kapanmıştır. Gerçekten 231. maddenin 12. fıkrası "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz edilebilir." demek sureti ile özellikle

6 Karar. Memurlar Net.3 Şubat 2010 tarih ve 31 sayılı bülten

ve kanımızca sınırlı olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden temyiz yasa yolunu kapatmıştır.

Bu konu da Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiştir. Bu konuda ilk kararı temyiz yolu tanınmamasını oyçokluğu ile ret ettiğinden daha sonraki başvuruları da aradan on yıl geçmediği için inceleme konusu yapmamıştır. Yüksek Anayasa Mahkemesi E.2007/14,K.2009/48 sayı ve 12.03.2009 tarihli kararında konuya ilişkin görüşünü belirtmiştir7

Şunu hemen açıklayalım ki buradaki deneme süresi bir denetimli serbestlik kurumu değildir. Bilindiği üzere denetimli serbestlik 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında Kanuna eklenen 105/A maddesindeki denetimli serbestlik değildir. Her ne kadar CYY'nın 231. maddesinin 8. bendinde denetimli serbestlik kavramı kullanılsa bile bunu sadece denetim süresi olarak anlamak gerekir. 5275 sayılı yasadaki tedbirler cezaları infaz edilenler hakkında uygulanan iyileştirici önlemleri içerir. Bu açıdan aynı yasanın 15/A maddesindeki diğer önlemler gibi elektronik cihazların kullanılması sureti ile takip te burada uygulama alanı bulmaz.

Yüksek mahkeme benzer diğer kararlarında da olduğu gibi aynı kalıp içinde yasa koyucunun yasal düzenlemeler konusunda takdir hakkı bulunduğunu ifade etmektedir.Bu arada Yüksek Mahkeme Anglo-Sakson hukukundaki yargılanması tamamlanmış olan sanığın belirli bir süre denetim altında tutulması (probatıon) anlamına geldiğini de ifade etmektedir. Esas itibarı ile probatıon kurumu Yüksek mahkemenin anladığı gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması değildir. Probation veya denetimli serbestlik cezaların suç işleri iyileştirmek ve topluma kazandırmak amacı ile düzenlenen bir kurumdur. Bunlar arasında hükmün açıklanmasının ertelenmesi de az da etkili olsa sayılabilir. Ancak esas itibarı ile probation infaz evresinde söz konusu olan bir iyileştirme yöntemlerinin tümünü ifade eder. Genelde bir görevlinin nezaretinde toplum içinde ve bu toplumun bu kişiyi yeniden kazanması için öngörülen önlemleri içerir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bu amaçları taşıdığını söylemek biraz fazla iyimserliktir.

Konumuza gelince Yüksek Mahkeme bu kararında "yasanın sadece itiraz edilebileceğini öngörmüş olmasına rağmen, bu kuralla temyiz inceleme yolunu kapatmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve Güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Deneme süresi sonunda verilen düşme kararı veya geri bırakma kararına uyulmama halinde verilecek hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır." Demektedir. Öncelikle itirazın üst mercii tarafından yapıldığı savı gerçekleri yansıtmamaktadır. Örneğin ağır ceza mahkemesinin verdiği bu karara yine bir başka ağır ceza mahkemesi yasa yolu olarak karar vermektedir. Herhalde iki ağır ceza mahkemesi arasında bir astlık üstlük ilişkisi olduğu

7 Bkz.R.G 25.06.2009 tarih ve 27269 sayılı nüshası

söylenemez. Bunun yanında daha sonra deneme süresi içinde yeni bir suç işlediğinde bu hükmün yeni hükümle birlikte temyiz edilebileceğinden söz edilmektedir. Ancak bu kadar süre sonra temyiz yoluna gidildiğinde hangi kanıtların tartışılacağı sorusunun cevapsız kalacağından kuşku etmemek gerekir. Kaldı ki Yüksek Mahkemeye göre de itiraz yolu sadece hükmün açıklanmasının hukuka uygun olup olmadığına ilişkin olacağı anlaşılmaktadır. Bu karara muhalif kalan Sayın Kantarcıoğlu:"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz edilebilir denmesi halinde, itirazda temyiz yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine bağlı itiraz yapılamaz. İtirazda sınırlı bir inceleme vardır. Daha sonraki temyizde ise bir yükümlülük altına giren kişinin beraat etmesi halinde yüklendiği yük ortada kalacaktır. Bu nedenle temyiz yolu açık olmalıdır." Demektedir.

Sayın Erten sadece itiraz yolunun açık bulunmasını suçluluğu sabit oluncaya kadar kimse suçla sayılmaz ilkesine aykırı olduğunu, zira mahkûmiyet hükmünün esası incelenmemektedir demektedir.

Sayın Özler itiraz yolu ile sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının isabetli olup olmadığına karar verileceğini bu nedenle Anayasanın 36. maddesine aykırı bulunduğunu ileri sürmektedir.

Bu şekilde muhalif kalan görüşler de bizim kanaatimizi yansıtmaktadır.

Bu konu ile ilgili olarak son olarak T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2009/4-13,2009/12 sayı ve 03.02.2009 tarihli kararına değinmek istemekteyiz. Bu karar uzun tartışma sürelerinin ardından, bu kararın koşullu bir düşme kararı olduğunu, yargılama sistemimizde sadece hükümlere karşı temyiz yasa yoluna gidilebileceği, yasada başvurulacak yasa yolu itiraz olarak belirtilmiş, yasanın öngörmediği bir istisnanın yargı kararı ile yaratılmasının olanaksız olduğu, Yargıtay Başsavcılığının esasa ilişkin inceleme yapılacağına ilişkin itirazının uygun olmadığı yolunda karar vermiştir.

Bütün bu kararlara rağmen, eğer hükmün açıklanması kararında, bu kararın niteliği ile bağdaşmayan örneğin bir ceza veya önlem yaptırımı konulmuşsa bu durumda dahi bu yönle sınırlı olmak koşulu ile temyiz yolu açıktır. Kaldı ki bizim genel görüşümüz Yasa'nın bu metninin bu şekilde kabulü Anayasamızın 36. maddesine açıkça aykırıdır.

FRANSIZ TAHKİM HUKUKUNDA REFORM

13. Ocak. 2011 tarihli ve 2011-48 sayılı **Décret** ile
Fransız Hukuk Yargılaması Kanunu'nun
Tahkime İlişkin 4. Kitabında Öngörülen Yeni Düzen

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY[1]

I. GİRİŞ

Fransa'da tahkim hukukuna ilişkin ilk reform 14 Mayı 1980 tarihli ve 80-354 sayılı Décret (Kararname) ile 12 Mayıs 1981 tarihli ve 81-50 sayılı Décret vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir.[2]

30 yıllık uygulamadan sonra 13 Ocak 2011 tarihli ve 2011-48 sayılı *Décret* ile, *Fransız Hukuk Yargılaması Kanunu*'nda (Code de procédure civil, CPC) düzenlenmiş bulunan "tahkim", uygulamanın verdiği dersler, yabancı hukuklardaki gelişmeler ve bir "uyuşmazlık çözümü seçeneği" (UÇS, alternative dispute resolution) olarak tahkimin güncel sorunları göz önüne alınarak yeniden düzenlenmiştir.[3]

13. Ocak. 2011 tarihli *Décret*, *"iç tahkim"* (l'arbitrage interne) ile *"uluslararası tahkim"*i (l'arbitrage international) bir arada düzenlemiştir. Tahkim reformuyla, *tahkim yargılaması basitleştirilmiş; etkililiği geliştirilmiş* ve *özellikle "adil yargılama" ilkesi göz önünde bulundurularak Devlet mahkemelerine tahkime yardımcı olma görevi* verilmiştir.[4]

---

1 UNCITRAL WG II'de (Arbitration-Conciliation, BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu Çalışma Grubu II, Tahkim-Uzlaştırma) Türk Delegesi, UNIDROIT (Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü) Muhabir Üyesi

2 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 263 vd.; Christophe Seraglini, L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret no. 2011-48 du 13 janvier 2011, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 375 vd.

3 Tahkim reformuyla ilgili aşamalar için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 265 vd.; Ph. Fouchard, Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? Quelques questions et suggestions, Rev. arb., 1992, 199 vd.; C. Jarrosson/J. Pellerin, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, Rev. Arb. 2011 Volume 2011, issue, 1, No. 2 vd

4 Bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s.266 vd.; F. Perret, Arbitrage interne et international: y-a-t-il lieu de conserver cette distinction?, "Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil-und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte", Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag" (Hrsg. M. Jametti Grenier et al.), Bern, 2005, s. 55 vd.; P. Mayer, Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage internationale ? Rev. arb., 2005, 361 vd, No. 7-8.

Yeni düzenlemeyle, 30 yıllık "tahkim deneyimi"nin somut sonuçları CPC'ye aktarılmış; ayrıca, uygulamada yararlı oldukları açıkça ortaya çıkmış bulunan yabancı hukuklara ilişkin çözümlerin de "tahkim hukuku"na kazandırılması amaçlanmıştır.[5]

II. TAHKİMLE İLGİLİ YENİ DÜZENLEME

A. 13. Ocak. 2011 tarihli Décret'nin İçeriği

13 Ocak 2011 tarihli *Décret*, 4 maddeden oluşmaktadır.

Décret'nin 1. maddesiyle CPC'nin 1508-1519. maddeleri 1570-1582 olarak sayı değiştirmiştir.

Décret'nin 2. maddesiyle CPC'nin tahkime ilişkin IV. Kitabı baştanbaşa yenilenmiş; IV. Kitabın Birinci Başlığı, *"İç Tahkim"*e; İkinci Başlığı ise, *"Uluslararası Tahkim"*e özgülenmiştir.

Décret'nin 3. maddesi *"Geçiş Hükümleri"*ne ilişkindir.

4. madde ise, Décret'nin uygulama alanını belirlemektedir.[6]

B. Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun IV. Kitabı

Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun IV. Kitabı, iki Başlıktan oluşmaktadır: Birinci Başlıkta "İç Tahkim"; İkinci Başlıkta ise "Uluslararası Tahkim" düzenlenmiştir.

Başlık I'de düzenlenen İÇ TAHKİM aşağıdaki Bölümlerden oluşmaktadır:

Bölüm I : Tahkim Anlaşması

Bölüm II : Hakem Mahkemesi

Bölüm III : Tahkim Yargılaması

Bölüm IV : Hakem Kararı

Bölüm V : Hakem Kararının İcrası

Bölüm VI : Kanun Yolları

Kesim 1 : Temyiz

Kesim 2 : İptal Davası

Kesim 3 : Temyiz ve İptal Davalarına İlişkin Ortak Hükümler

Kesim 4 : Tenfiz Kararına veya Tenfiz İsteminin Reddi Kararına Karşı Ka nun Yolları

Kesim 5 : Diğer Kanun Yolları

Başlık II'de düzenlenen ULUSLARARASI TAHKİM aşağıdaki bölümlerden oluşmaktadır:

Bölüm I : Uluslararası Tahkim Anlaşmaları

5 Bkz. Ministre de la Justice et des Libertés - Rapport au Premiere Ministre relatif au décret no. 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

6 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 351 vd.

Bölüm II : Tahkim Yargılaması ve Hakem Kararı

Bölüm III : Yabancı Hakem Kararlarının ya da Uluslar arası tahkimde ve rilen Kararların Tanınması ve İcrası

Bölüm IV : Kanun Yolları

Kesim 1 : Fransa'da Verilen Hakem Kararları

Kesim 2 : Fransa dışında Verilen Hakem Kararları

Aşağıda, önce III altında **"İç Tahkim"**; daha sonra da IV altında **"Uluslararası tahkim"** ele alınacaktır.

Maddelerin başında, içinde veya sonunda görülen (***) işaretiyle de, ilgili maddenin veya hükmün uluslararası tahkimde de uygulanacağı belirtilmiştir.

III. İÇ TAHKİM

A. Bölüm: Tahkim Anlaşması

1. Tahkim Anlaşmasının Görünümleri

Yeni tahkim düzenlemesine göre, tahkim anlaşması (la convention d'arbitrage), iki şekilde yapılabilir: tahkim şartı (clause compromissoire) veya tahkim sözleşmesi (compromis) şeklinde (m.1442/I).

Tahkim şartı (clause compromissoire), bir veya daha fazla sözleşmenin tarafı olanları, aralarındaki sözleşme ya da sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü yükümlülüğü altına sokan bir anlaşmadır (m. 1442/II).

Tahkim sözleşmesi (compromis) ise, bir uyuşmazlığa taraf olanların, söz konusu uyuşmazlığı tahkime sunmak amacıyla yapmış oldukları bir anlaşmadır (m. 1442/III).[7]

2. Tahkim Anlaşmasının Şekli

Bir tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için, *yazılı* şekilde yapılması gerekir. Yazılı şekil, yazılı iletiler sonucunda gerçekleşebileceği gibi; asıl sözleşmede *göndermede (atıf) bulunulan bir belge*de de (la clause compromissoire par référence) yer alabilir (m. 1443).[8]

3. Tahkim Anlaşmasının İçeriği

Bir tahkim anlaşmasında, *tahkim kuralları, hakem veya hakemler* belirtilebileceği gibi; bunların seçilmesine ilişkin *usul* de belirtilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, m. 1451-1454 hükümleri uygulanır (m. 1444).[9]

Bir *"tahkim sözleşmesi"*nin (le compromis, submission agreement) geçerli olabilmesi için *"uyuşmazlık konusu"*nun da belirtilmiş olması gerekir (m. 1445).

---

7 Tahkim anlaşmasının hukuki rejimine ilişkin ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 271 vd.; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 7. Türk HMK'nda tahkim sözleşmesinin tanımı için bkz. m. 412.

8 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 271 vd.; B. Oppetit, La clause compromissoire par référence, Rev. arb., 1990, 552. Karş. Türk HMK m. 412(3).

9 C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 9.

*** Tarafların, aralarındaki *uyuşmazlık bir yargı yerinde görülmekte* iken de, bunun tahkime sunabilmeleri mümkündür (m. 1446).

4. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

*** Tahkim anlaşması, ilişkili olduğu *"sözleşme"*den (contract) *bağımsız*dır. *Esas sözleşmenin geçersiz olması, tahkim anlaşmasına etkili değildir* (m. 1447/I). Bir "tahkim şartı" geçersiz ise, *yazılmamış* sayılır (non écrite)(m. 1447/II).[10]

5. Tahkim Anlaşmasının Etkisi

a) Devlet Yargısı Bakımından Etkisi: Mahkemelerin Görevsizliği

*** Bir tahkim anlaşmasına konu olan uyuşmazlık, bir *yargı yeri*ne götürüldüğünde,

- *hakem mahkemesinin uyuşmazlığı henüz ele almamış olması* veya

- *tahkim anlaşmasının açık bir şekilde geçersiz olduğunun anlaşılması* veya *açık bir şekilde uygulanamaz olması halleri dışında*,

mahkemenin *görevsizlik kararı* vermesi gerekir (m. 1448/I).

*** *Ancak, mahkeme, kendi girişimiyle görevsizlik kararı veremez* (m. 1448/II).

Bu madde hükümlerine aykırı bir şart, *"yazılmamış"* (non écrite) sayılır (m. 1448/III).[11]

b) Delillerin Toplanması veya Geçici Koruyucu Önlemler Bakımından Tahkim Anlaşmasının Etkisi

*** *Hakem mahkemesi oluşturulmadığı sürece*, bir "tahkim anlaşması"nın varlığı, bir tarafın,

- "delillerin toplanması" ya da

- "geçici koruyucu önlemlerin alınması" amacıyla

mahkemeye başvurmasını engelleyemez (m. 1449/I).

Bu hususta başvuru, *ihtiyati haciz* ve *yargısal güvence*ye (sûretés judiciaires) ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla, *Tribunal de grande instance Başkanı*na veya *Ticaret Mahkemesi Başkanı*na (Tribunal de commerce) yapılır. HMK m. 145 hükümleri uyarınca delillerin toplanmasına ilişkin önlemler ve ivedi durumlarda, tahkim anlaşmasının taraflarınca istenilen geçici ve koruyucu önlemlere bu mahkemeler karar verir (m. 1449/II).[12]

10 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 271 vd.; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 11.

11 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 277 ;C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 12

12 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 271 vd.;C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 15.

B. Bölüm: Hakem Mahkemesi

1. Hakem Olabilme Ehliyeti

Fransız hukukunda sadece *fiil ehliyeti*ne sahip *gerçek kişiler hakem* olabilir (m. 1450/I).

Tahkim anlaşmasında bir *tüzel kişi* (personne morale) hakem olarak seçilmiş ise, bu tüzel kişi sadece *tahkimi yönetme yetkisi*ne sahip sayılır (pouvoir d'organiser l'arbitrage) (m. 1450/II).

2. Tahkimi Destekleyici Yargıç: juge d'appui

a) Yargıçlık Sıfatı

"Tahkimi destekleyici yargıç" (juge d'appui), kural olarak, *Président du tribunal de grande instance*dır (Başkan) (m. 1459/I).

Bununla beraber, tahkim anlaşmasında açık bir hüküm bulunmakta ise, m. 1451-1454 hükümlerine dayalı uygulamalar bakımından *Ticaret Mahkemesi Başkanı*nın da (Président du tribunal de commerce) yetkisi mevcuttur. Böyle bir durumda, Başkan 1455. maddeyi uygulayabilir. Örneğin, "tahkim anlaşması" açıkça geçersiz veya uygulanamaz ise, hakem ataması yapılmasına gerek olmadığına karar verebilir (m. 1459/II).[13]

b) Başvuru

**** "Tahkimi destekleyici yargıç"* için *başvuru*, *uyuşmazlığın taraflarından biri* veya *hakem mahkemesi* tarafından ya da *hakem mahkemesi üyelerinden biri* tarafından yapılabilir (m. 1460/I).

Böyle bir başvuru incelenir ve *ivedi işlere ilişkin yargılama usulü*ne (référé) göre karara bağlanır (m.1460/II).[14]

c) Tahkimi Destekleyici Yargıcın Emirleri

"Tahkimi destekleyici yargıç", tahkim yargılaması sırasında çeşitli "emirler" verebilir. Yargıcın *emirler*ine (ordonance) karşı *temyiz yolu* kapalıdır. Bununla beraber, yargıcın, m. 1455'de belirtilen nedenlerden biriyle atama yapılmasına gerek olmadığı yolundaki kararına karşı *temyiz* yoluna gidilebilir (m. 1460/III).

d) Yer bakımından Yetkili Mahkeme

Tahkim anlaşmasında, kural olarak, *yer bakımından hangi mahkemenin yetkili* (le juge territorialement compétent) olduğu belirtilir. Böyle bir belirlemenin yapılmamış olması halinde, *yargılama yetkisi, hakem mahkemesinin kurulduğu yerdeki mahkeme*ye aittir. Tahkim anlaşmasında herhangi bir çözüm bulunmadığı takdirde, yer bakımından yetki, *başvuruya itiraz eden tarafın veya taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesi*ne; eğer *bu taraf,*

13 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 279 vd.; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 29-30. Ayrıca bkz. Thomas Clay, L'appui du juge à l'arbitrage, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 333 vd.

14 İvedi işlere ilişkin yargılama usulü için karş. Türk HMK, m. 316 vd.: basit yargılama usulü.

Fransa'da ikamet etmemekte ise, başvuruda bulunanın yerleşim yeri mahkemesine aittir (m. 1459/III).

3. Hakem Mahkemesinin Oluşumu

a) Kural: Tarafların Anlaşması - "Tahkimi Destekleyici Yargıcın Yardımı"

Hakem mahkemesi ya *tek hakem*den ya da *tek sayılı olmak üzere bir kurul*dan oluşur (m. 1451/I).

Tahkim anlaşmasında hakemlerin sayısı çift olarak belirlenmiş ise, kurula bir hakem daha eklenir (m. 1451/II).

Taraflar ek hakemin atanması hususunda uyuşamazlarsa, ek hakem, diğer hakemler tarafından hakemlik görevinin kabulünden itibaren bir ay içinde atanır. Bu süre içinde ek hakem atanamazsa, atama, 1459. maddede öngörülen *"tahkimi destekleyici yargıç"* (juge d'appui) tarafından yapılır (m. 1451/III).[15]

b) Tarafların, Hakemlerin Atanması Usulünde Anlaşamamaları Halinde "Tahkimi Destekleyici Yargıcın Yardımı"

*** **Tarafların, hakemin/hakemlerin atanması usulünde anlaşamamaları** halinde,

aa- Tek hakem atanacaksa ve taraflar tek hakemi atayamamış iseler, tek hakem, *tahkimin yönetilmesinden sorumlu kişi* (la personne chargée d'organiser l'arbitrage) tarafından atanır.

Böyle bir kimse mevcut değilse, atama, *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından yapılır (m. 1452/1).***

bb- Üç hakem atanacak ise, taraflardan her biri bir hakem tayin eder; bu şekilde atanmış iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın hakem atanması isteminin alınmasından itibaren bir ay içinde bir hakem tayin etmezse ya da iki hakem hakemlik görevini kabul etmelerinden itibaren bir ay içinde hakemi belirleyemezlerse, üçüncü hakem *tahkimin yönetilmesinden sorumlu olan kişi*; böyle bir kimsenin mevcut olmaması halinde de *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından atanır (m. 1452/1).

cc- *** Bir uyuşmazlığın tarafları ikiden fazla ise ve bunlar hakem mahkemesinin oluşturulması usulünde anlaşamamış bulunuyorlarsa, *hakem veya hakemler*, *tahkimin yönetilmesinden sorumlu olan kişi*; böyle bir kimsenin mevcut olmaması halinde de *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından atanır (m. 1453).

dd- *** Hakem mahkemesinin oluşturulmasına ilişkin diğer uyuşmazlıklar, tarafların anlaşamamaları halinde, *tahkimin yönetilmesinden sorumlu olan kişi*; böyle bir kimsenin mevcut olmaması halinde de *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından çözüme bağlanır (m. 1454).

15 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 356 vd.;C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 32 vd.

ee- *** Bir *"tahkim anlaşması"* açıkça *geçersiz* veya *uygulanamaz* nitelikte ise, *"tahkimi destekleyici yargıç"*, hakem ataması yapılmasına gerek olmadığına karar verir (m. 1455).

4. Hakemlik Görevi, Hakemlerin Yansızlığı ve Bağımsızlığı

*** Hakem mahkemesi, *hakemlerin görevi kabul etmeleri* üzerine kurulur. Hakem mahkemesi, bu tarih itibariyle uyuşmazlığa el koymuş sayılır (m. 1456/I).

Hakemlik görevini kabul etmeden önce, hakemlerin, *bağımsızlık* veya *yansızlıklarını etkileyebilecek herhangi bir durumu açıklamaları* gerekir. Böyle bir durumun görevin kabulünden sonra ortaya çıkması halinde de, hakemin, durumu gecikmeksizin açıklaması öngörülmüştür (m. 1456/II).[16]

5. Hakemin Azli ve Reddi: "Tahkimi Destekleyici Yargıcın Rolü"

a) Tarafların Anlaşmasıyla Hakemin Görevine Son Verilmesi

*** Bir hakemin görevine, *tarafların anlaşmalarıyla*, her zaman son verilebilir. Oybirliğiyle sağlanan bir uyuşmanın olmaması halinde, 1456. maddenin son paragrafı hükümleri uygulanır. Böylece sorun, *tahkimin yönetilmesinden sorumlu olan kişi* tarafından; böyle bir kimsenin mevcut olmaması halinde ise, *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından çözüme bağlanır (m. 1458).

b) Tarafların Hakemin Görevine Son Verilmesi Konusunda Anlaşamamaları

Tarafların bir hakemin görevine son verilmesi konusunda anlaşamamaları halinde, sorun, *tahkimin yönetilmesinden sorumlu olan kişi* tarafından çözüme bağlanır. Böyle bir kimsenin mevcut olmaması halinde, açıklamanın yapılmasını veya olayların ortaya çıkmasını izleyen bir ay içinde kendisine yapılacak başvuru üzerine *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından çözüme bağlanır (m. 1456/III).

6. Hakemlik Görevinin Süresi

*** *Hakemlerin görevleri*, hukuken ehliyetsiz olmadıkça veya ret edilmeleri için hukuken geçerli bir neden bulunmadıkça ya da hakemlikten çekilmedikleri sürece, *tahkim yargılaması tamamlanıncaya kadar* devam eder (m. 1457/I). Başvurulan nedenin maddi bakımdan mevcudiyeti üzerinde bir anlaşmazlık olduğu takdirde, sorun, *tahkimin yönetilmesinden sorumlu olan kişi* tarafından çözüme bağlanır. Böyle bir kimsenin mevcut olmaması halinde, ehliyetsizlik, hakemin retti veya istifa olgusunu izleyen bir ay içinde kendisine yapılacak başvuru üzerine *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından çözüme bağlanır (m. 1457/II).

16 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 358.

7. CPC Başlık I Bölüm II'deki Kurallara Aykırı Düzenlemeler

1456. paragraf 1 madde hükümleri saklı kalmak üzere, II. Bölümdeki (Chapitre II) kurallara aykırı herhangi bir şart yazılmamış sayılır (m. 1461).17

C. Bölüm: Tahkim Yargılaması

1. Tahkim Başvurusu

*** Bir uyuşmazlık, tahkime ya her *iki tarafça birlikte* ya da *daha önce davranan tarafça* sunulabilir (m. 1462).

2. Yargılama Yetkisine İtiraz

a) Hakemin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi: "Kompetenz Kompetenz"

*** Hakem mahkemesinin *yargılama yetkisine itirazlar* hakem mahkemesince karara bağlanır (Kompetenz kompetenz, compétence-compétence) (m. 1465).[18]

b) Yargılamayla İlgili Usulsüzlüklere Zamanında İtiraz Edilmemesi

*** Bir taraf, hakem mahkemesi önündeki bir olayda ortaya çıkan bir *usulsüzlüğe* (irregularité) bilerek ve hukuken geçerli bir neden olmaksızın *zamanında itiraz* etmeyecek olursa, bu hakkından vazgeçmiş sayılır (m. 1466).[19]

3. Hakem Mahkemesinin Görev Süresi

a) Kural: 6 Aylık Süre

Tahkim anlaşmasında, bir zaman sınır öngörülmemiş ise, hakem mahkemesinin görev süresi, hakem mahkemesinin uyuşmazlığa el koyduğu tarihten itibaren *6 ay*dır *(yasal süre)*.(m. 1463/I).[20]

b) Sürenin Uzatılması: "Tahkimi Destekleyici Yargıcın Yardımı"

17 CPC m. 1456/I'e göre, "hakem mahkemesi, hakemlerin kendilerine verilen görevi kabul etmeleri üzerine kurulur. Hakem mahkemesi bu tarih itibariyle uyuşmazlığa elkoymuş olur". Dava tarihi bakımından karş. Türk HMK m. 426.

18 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 311; Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 360-361;C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 35. Türk HMK'na göre de, "hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir" (m. 422(1)).

19 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 368-370; Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 319;
C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 36; L. Cadiet, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procedure arbitrale, Rev. arb., 1996, 3 vd. Aynı çözüm, UNCITRAL Model Kanunu'nda da yer almaktadır (m. 4). Hollanda Hukuk Yargılama Kanunu da bu çözümü benimsemiştir (m. 1076).

20 Bu süre Türk HMK'na göre bir yıldır (m. 427(a)). Sürenin başlangıcı, tek hakemli tahkimlerde "hakemin seçildiği"; birden çok hakemden oluşan hakem mahkemelerinde ise "ilk toplantı tutanağı"nın düzenlendiği tarihten başlatılmıştır. Tek hakem durumunda sürenin başlangıcının, tek hakemin "hakemlik görevini kabul tarihi"nden başlatmak yerinde olur. Hakeme durum bildirilmedikçe, sadece hakemin seçilmiş olmasıyla sürenin başlatılması "eşyanın tabiatı"na aykırıdır.

*** Yasal ya da anlaşmaya dayalı süre, *tarafların anlaşmasıyla* uzatılabilir. Böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, *"tahkimi destekleyici yargıç"* süreyi uzatabilir (m. 1463/II).

4. Yargılama Usulü

Taraflarca tersine bir anlaşma olmadığı takdirde, *tahkim yargılaması usulü* hakem mahkemesince belirlenir. Hakem mahkemesi, bu konuda devlet yargısının kurallarıyla bağlı değildir (m. 1464/I). Bununla beraber, *devlet (mahkeme) yargısına ilişkin temel ilkeler ve kurallar* (bkz. CPC m. 4, 10, 11/I, 12/II ve III, m. 13-21; m. 23 ve 23-1) tahkim yargılamasında da uygulanır (m. 1464/II).[21]

5. Tahkim Yargılamasında Hakemlerin ve Tarafların Durumu

*** Tahkim yargılamasında, hem taraflar; hem de hakemler, *özenle ve iyi niyetle hareket etmek*le yükümlüdür (m. 1464/III).[22]

6. Tahkim Yargılamasının Gizliliği

Hukuksal gereklilik durumları ile tarafların tersine anlaşmaları hariç, tahkim yargılaması *"gizli"*dir (confidentialité) (m. 1464/IV).[23]

7. Koruyucu ve Geçici Önlemler

*** *Hakem mahkemesi, taraflara, uygun gördüğü koruyucu ve geçici önlemlere uyulmasını emredebilir. Söz konusu önlemlere ilişkin koşulları ve bunlara uyulmaması halinde ödenecek para cezalarını* (pein d'astreinte) *belirleyebilir*. Ancak, ihtiyati haciz ve adli güvence kararları mahkemece verilir (m. 1468/I).

Hakem mahkemesi, geçici ve koruyucu önlemleri değiştirebilir veya bunlara eklemeler yapabilir (m. 1468/II).[24]

8. Delillerin Toplanması Bakımından Yetki

*** Taraflarca, ispat ve usule ilişkin olarak gereken tüm adımların atılması konusunda *hakem mahkemesine, üyelerinden birini görevlendirebilmesi bakımından yetki verilmemiş* bulunması halinde, hakem mahkemesinin bu konularda *kurul olarak hareket* etmesi gerekir (m. 1467/I).

***Hakem mahkemesi, *"herhangi bir kimse"*yi *tanık* olarak çağırabilir. Ancak tanık, yeminsiz olarak dinlenir (m. 1467/II).

*** Eğer *bir delil, bir tarafın zilyetliğinde ise*, hakem mahkemesi, o tarafa, söz konusu delili sunmasını emredebilir; delilin sunuluş tarzı ve sunulmaması halinde, gerekirse, hakem mahkemesinin emrine aykırılık nedeniyle ödenecek *para cezası* (astreinte) hakkında karar verebilir (m. 1467/III).[25]

21 Benzer bir çözüm için karş. Türk HMK m. 424: yargılama usulünün belirlenmesi.

22 Karş. Türk HMK m. 423. Bu maddeye göre, "taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkilere sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkanı tanınır".

23 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 313; Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 366-367.

24 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 361-366. Geçici önlemlerle ilgili olarak kar. Türk HMK, m. 414.

25 C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 48.

9. Delillerin Sunumu

a) Belgeler: Özel ve Resmi Senetler

*** Tahkim yargılamasının taraflarından biri, taraf olmadığı *resmi* (acte authentique) veya *özel bir senede* (acte sous seing privé) dayanmak isterse veya bir üçüncü kişide bulunan bir delile dayanmakta ise, hakem mahkemesinin izniyle, üçüncü kişiyi, senedi veya delili sunmak veya suretlerini almak amacıyla *Tribunal de grande instance Başkanı* (président) önüne davet ettirebilir (m. 1469/I).

Bu konuda, hangi *Tribunal de grande instance*'ın yer bakımından yetkisi olduğu CPC m. 42-48 hükümlerine göre belirlenir (m. 1469/II).

Bu konuda, yapılacak başvuru *ivedi işlere ilişkin yargılama usulü*ne göre karara bağlanır (référé) (m. 1469/III.) [26]

Mahkeme Başkanı başvuruyu haklı bulursa, ilgili belgenin aslının, suretinin veya belgeden bazı bölümlerin sunulmasına karar verebilir. Gerekirse, verilen emrine yerine getirilmemesi halinde, *para cezaları* da (peine d'astreinte) öngörebilir (m. 1469/IV).

Böyle bir emir hemen icra edilebilir nitelikte değildir (m. 1469/V).

Bu tür kararlara karşı, tebliğinden itibaren on beş gün içinde *temyiz* yoluna başvurulabilir (m. 1469/VI).

b) Belgelerin Sahteliğine İlişkin Kararlar

*** Aksi öngörülmüş olmadıkça, hakem mahkemesi, *bir el yazısının gerçek ya da sahte olduğuna ilişkin istemler* hakkında CPC m. 278-294 vd. ve m. 299 hükümleri uyarınca karar verebilir.

Resmi belgelerin sahte olduğuna ilişkin istemler hakkında CPC m. 313 hükümleri uygulanır.

10. Yargılamanın Kesintiye Uğraması ve Ertelenmesi

a) Yargılamanın Kesintiye Uğraması

*** *Yargılamanın kesintiye uğraması* (l'interruption de l'instance) konusunda CPC m. 369-372 hükümleri uygulanır (m. 1471).

Aksi öngörülmüş olmadıkça, bir hakemin ölümü, ehliyetsizliği, hareketsiz kalması, hakemlikten çekilmesi veya reddi ya da azledilmesi durumlarında, yedek bir hakem hakemlik görevini üstleninceye kadar tahkim yargılaması durur (m. 1473/I).[27]

Yedek hakem, taraflarca kabul edilen usule göre; böyle bir usul öngörülmemiş ise, *asıl hakemin atanmasında izlenen usul*e göre seçilir (m. 1473/II).

b) Yargılamanın Ertelenmesi

*** Gerektiği takdirde, hakem mahkemesi, yargılamayı *erteleyebilir* (surseoir à statuer). Böyle bir durumda tahkim yargılaması, *erteleme kararı*nda öngörülen süre için askıya alınmış olur.

26 Karş. Türk HMK, m. 316 vd.: basit yargılama usulü).

27 C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 43.

Hakem mahkemesi, duruma göre, erteleme kararını kaldırabilir veya kısaltabilir (m. 1472).[28]

c) Yargılamanın Durmasının veya Ertelenmesinin Sonuçları

Yargılamanın durması veya ertelenmesi, hakem mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmaz.

Hakem mahkemesi, taraflardan, yargılamanın yeniden başlamasına ya da yargılamanın durması veya ertelenmesine yol açan nedenlerin son erdirilmesine yönelik gelişmeler hakkında kendisine bilgi verilmesini isteyebilir. Tarafların bu konuda hareketsiz kalmaları halinde, hakem mahkemesi, *yargılamaya son verebilir* (m. 1474).

11. Yargılamanın Yeniden Başlaması

Tahkim yargılamasının durmasına ya da ertelenmesine yol açan nedenlerin sona ermesinden sonra, yargılamaya, *durduğu ya da ertelendiği andan itibaren devam edilir* (m. 1475/I).

Yargılamaya yeniden başlandığında ve 1463. maddeye ilişkin istisna vasıtasıyla, hakem mahkemesi, yargılama süresini altı ayı aşmayacak bir süre için uzatabilir (m. 1475/II).

12. Hakem Kararının Verileceği Tarih

Hakem kararının verileceği tarih, hakem mahkemesince belirlenir.

Kararla ilgili görüşmeler sırasında, hakem mahkemesinin istemi dışında, hakem mahkemesinden yeni bir istemde bulunulamaz, yeni iddialar öne sürülemez ve yeni deliller sunulamaz (m. 1476).

13. Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi

Tahkim için öngörülen *sürenin geçmesiyle*, tahkim yargılaması sona erer (m. 1477).

D. Hakem Kararı

1. Hukuka Göre Karar Verilmesi

*** Taraflar, hakem mahkemesini uyuşmazlığın amiable compositeur (dostane arabulucu) olarak sonuca bağlanması konusunda yetkilendirmedikleri takdirde, hakem mahkemesi, uyuşmazlığı hukuk kuralarına (règles de droit)göre karara bağlamakla yükümlüdür m. 1478).[29]

2. Görüşmelerin (Müzakereler) Gizliliği

Hakem mahkemesinin görüşmeleri *gizli*dir.

---

28 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 370-371;C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 44.

29 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 371-373; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 50. Türk HMK m. 433(3)'te de benzer bir çözüm yer almaktadır: "Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir".

3. Oyçokluğu Kuralı

Hakem kararı, *oyçokluğuyla* verilir.

Karar tüm hakemler tarafından imza edilir.

Hakem mahkemesinin azınlığı, kararı imza etmeği ret ederse, bu durum kararda belirtilir. Azınlık tarafından imzalanmayan karar, tüm hakemler tarafından imzalanmış bir karar gibi aynı etkileri doğurur (m. 1480).

4. Hakem Kararının İçeriği

*** *Hakem kararı*nda aşağıdaki hususlar bulunur:

a) Tarafların tam adları, yerleşim yerleri; tüzel kişilerin merkezleri;

b) Varsa, tarafları temsil eden veya onlara yardım eden vekillerin veya diğer kimselerin adları;

c) Hakemlerin adları;

d) Kararın verildiği tarih;

e) Kararın verildiği yer (m. 1481).

***Hakem kararında tarafların istemleri ve iddiaları da belirtilir (m. 1482/I).

Kararda, kararın dayandığı *gerekçeler*in de açıklanması gerekir (m. 1482/II).[30]

5. Hukuksal Koşullara Uygun Olmayan Kararların Hükümsüzlüğü

1480. maddede öngörülen koşullara uygun olmayan, hakemlerin adları ve hakem kararının tarihi bakımından 1481. maddedeki koşulları karşılamayan ve hakem kararının gerekçeleri konusunda 1482. madde koşullarını yerine getirmemiş bulunan hakem kararı *hükümsüz*dür (hükümsüzlük yaptırımı, nullité).

Buna karşı, kararın, ilgili hukuksal koşullara uygun olduğunun, olaya ilişkin tutanaklar veya diğer herhangi bir vasıtayla tespit edilebilmesi halinde, hakem kararının geçerli olması için öngörülen koşulların belirsizliği, kararı geçersiz kılmaz (m. 1483/II).

6. Hakem Kararının Kesin Hüküm Etkisi

*** Hakem kararı verilir verilmez, kararda yer alan istemler bakımından *kesin hüküm* (res judicata) teşkil eder (m. 1484).[31]

*** Kararda, *kararın geçici olarak icra edilebilir* olduğu beyan edilebilir (l'éxecution provisoire).

Taraflarca başka bir düzenleme öngörülmedikçe, karar taraflara *tebliğ edilir* (signification).

30 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 52. Türk HMK'nda "hakem kararının şekli ve içeriği" için bkz. m. 436(1).

31 Fransa, hakem kararının verilir verilmez kesin hüküm (res judicata) teşkil ettiği birkaç ülkeden biridir. Aynı çözüme Belçika (Code judiciaire, 1703); Hollanda (Hukuk Yargılama Kanunu, m. 1059) ve Alman tahkim hukuklarında da (ZPO § 1055) rastlanabilir. Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 372 ve dip notu 67; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 54.

7. Hakem Mahkemesinin Görevinin Sona Ermesi

*** Hakem kararının verilmesiyle, hakem mahkemesinin, söz konusu kararda çözüme bağlanan istemlere ilişkin *yargılama yetkisi* sona erer (m. 1485/I).[32]

8. Hakem Kararının Yorumlanması, Düzeltilmesi, Yazım Hatalarının Ortadan Kaldırılması ve Tamamlanması

a) Nedenler

*** Bir tarafın başvurusu üzerine, hakem mahkemesinin, *kararı yorumlaması (tavzih), düzeltmesi ve yazım hatalarını ortadan kaldırması* mümkündür. Bir istemin karara bağlanması unutulmuş ise, bir tarafın istemi üzerine, hakem mahkemesi *ek (tamamlayıcı) karar* da verebilir. Böyle bir durumda, tarafların dinlenmesinden veya onlara savunma olanağının sağlanmasından sonra karar verilebilir (m. 1485/II).

Eğer hakem mahkemesi toplanamıyorsa ve taraflar da yeni bir hakem mahkemesinin oluşturulması konusunda anlaşmaya varamıyorlarsa, (hakem kararının yorumlanması, düzeltilmesi ya da ek karar verilmesine ilişkin) yetki, tahkim söz konusu olmasaydı hangi mahkeme yargılama yetkisine sahip olacak idiyse, o mahkemeye aittir (m. 1485/III).[33]

b) Süre: "Tahkimi Destekleyici Yargıç"ın Yardımı

*** Hakem kararının tavzihi, yazım hatalarının düzeltilmesi ya da ek karar verilmesine ilişkin *başvuru*nun, *kararın tebliğinden itibaren üç ay içinde* yapılması gerekir (m. 1486/I).

Aksine bir anlaşma olmadıkça, hakem kararının değiştirilmesine ya da tamamlanmasına (ek karar) ilişkin *karar*, *hakem mahkemesine başvurudan itibaren üç ay içinde* verilir. Bu sürenin, taraflarca; tarafların anlaşamamaları halinde ise, *"tahkimi destekleyici yargıç"* tarafından uzatılabilmesi mümkündür (m. 1486/II ve 1463/II).

Hakem kararının düzeltilmesine ilişkin karar veya ek karar da, asıl karar gibi tebliğ edilir (m. 1486/III).

E. Hakem Kararının İcrası: Tenfiz Kararı

Hakem kararı, sadece, kararın verildiği yerdeki *Tribunal de grande instance* tarafından verilecek bir *tenfiz kararıyla* (emriyle, exequatur) icra edilebilir (m. 1487/I).[34]

Tenfiz başvurusu, Mahkeme kalemine yapılır. Başvuruya, *kararın ve tahkim anlaşmasının asılları* veya *onaylanmış suretleri* eklenir.

Tenfiz yargılamasında *"taraflarca getirilme ilkesi"* (le principe de la contradiction, adversarial) uygulanmaz.

32 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 372.
33 C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 58.
34 Christophe Seraglini, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s.377; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 62.

Tenfiz kararı orijinal hakem kararına, eğer kararın aslı sunulmamış ise, onaylanmış suretine eklenir (m. 1487).

*Hakem kararı*nın, *kamu düzeni*ne (l'ordre public) açıkça aykırı olması halinde tenfiz kararı verilemez.

Tenfiz isteminin reddine ilişkin kararda, *reddin gerekçeleri*nin gösterilmesi gerekir (m. 1488)[35]

F. Kanun Yolları

1. Temyiz

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem kararı *temyiz* (l'appel) edilemez (m. 1489).

Temyiz, *hakem kararının bozulması*na (réformation) veya *iptali*ne (l'annulation) ilişkin olabilir (m. 1490/I).

Mahkeme, hakem mahkemesinin görev sınırları içinde, *hukuk kurallarına* göre veya *amiable compositeur* (dostane arabulucu) olarak karar verir (m. 1490/II).[36]

2. İptal Davası

a) Koşulları

Tarafların, hakem kararının temyiz edilebileceğine ilişkin anlaşmaları hariç olmak üzere, hakem kararına karşı *iptal davası* (le recours en annulation) açılabilir.

Bu hükme aykırı herhangi bir koşul yazılmamış sayılır (m. 1491).

b) İptal Nedenleri

Hakem kararı aşağıdaki nedenlerden biriyle iptal edilebilir:

a) Hakem mahkemesinin usule aykırı olarak yargılama yetkisi olduğunu kabul veya red etmesi;

b) Hakem mahkemesinin usule uygun olamayarak oluşturulmuş olması;

c) Hakem mahkemesinin kendisine verilen görev dışında karar vermiş olması;

d) "Taraflarca getirilme ilkesi"ne (le principe de la contradiction) uyulmamış olması;

e) Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması;

f) Hakem kararının gerekçesiz olması; verildiği tarihin belirtilmemesi; hakemin/hakemlerin imzasının/imzalarının bulunmaması veya kararın çoğunluk kararı olmaması (m. 1492).[37]

35 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 299 vd.

36 C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 68.

37 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 301 vd.

c) İptal Kararı

Mahkeme, hakem kararının iptal ettiği zaman, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem'in görev sınırları içinde esas hakkında karar verir (m. 1493).

3. Temyize ve İptal Davasına İlişkin Ortak Hükümler

a) Görevli mahkeme

Temyiz istemi ve iptal davasında yetkili mahkeme, hakem kararının verildiği yer *istinaf mahkemesi*dir (cour d'appel) (m. 1494/I).

b) Temyiz ve İptal için Süre

Temyiz veya iptal başvurusu, karar verilir verilmez yapılabilir. Kararın tebliğinden itibaren *bir ay* içinde yapılmayan başvuru kabul edilmez (m. 1494/II).

c) Yargılama Usulü

Temyiz istemi ve iptal davası, m. 900-930-1 hükümlerine göre, *"çekişmeli yargı"*ya

(la procédure en matière contentieuse) ilişkin kurallar uyarınca incelenir ve karara bağlanır (m. 1495).

d) İcranın Durması

Hakem kararı *geçici olarak icra edilebilir* (l'exécution provisoire) olmadıkça, temyiz veya iptal davası için öngörülen süre içinde tenfiz edilemez. Temyize başvurulması veya iptal davasının açılması kararın icrasını durdurur (m. 1496).

e) Tenfizin Yapılabileceği Durumlar

İvedi işlere ilişkin yargılamada karar veren ilk başkan (le premier président statuant en référé) veya olay kendisine intikal ettirildiği zaman *olayı incelemekle görevlendirdiği yargıç* (conseiller de la mis en état),

(i) *hakem kararı geçici olarak icra edilebilir durumda* olup da, icrasının, apaçık aşırı etkiler ortaya koyacağı anlaşılıyorsa, icrayı durdurabilir veya kararın icrası için bazı koşullar öngörebilir;

(ii) *hakem kararı geçici olarak icra edilebilir durumda değilse*, kararı veya onun herhangi bir bölümünün icrasına karar verebilir (m 1497).

Eğer *hakem kararı geçici olarak icra edilebilir durumda* ise veya m. 1497/II uyarınca geçici olarak icra edilebilir kılınmış bulunuyorsa, *ilk başkan* veya olay kendisine intikal ettirildiği zaman *olayı incelemekle görevlendirdiği yargıç* (conseiller de la mis en état), *hakem kararının tenfizi*ne (exequatur) karar verebilir (m. 1498)/I).

Hakem kararının temyizi veya iptali isteminin reddine ilişkin bir karar, hakem kararının ya da kararın, mahkemece geri çevrilmeyen (censure de la cour, overturned) bölümlerinin icrasına yönelik bir karar olarak kabul edilir (m. 1498/II).

4. Tenfiz Kararına veya Tenfiz İsteminin Reddi Kararına Karşı Kanun Yolları

a) Genel Olarak Tenfiz kararı

*Hakem kararının tenfizine ilişkin karar*a karşı kanun yollarına gidilemez (m. 1499/I).

Ancak, temyiz istemi ya da hakem kararının iptaline ilişkin istem, tenfiz kararı vermiş olan yargıcın kararına karşı kanun yollarına başvuru olarak kabul edilir ve böylece, hakem kararının itiraz edilen bölümleri bakımından sözü geçen yargıcın yargılama yetkisine son verir (m. 1499).

b) Tenfizin Reddine İlişkin Karar

Tenfizin reddi karar, tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz edilebilir (m. 1500/I).

Tenfizin reddi kararı temyiz edilmiş ve taraflardan biri de, istemde bulunmuş ise, temyiz veya iptal başvurusu için öngörülen süre sona ermediği takdirde, *İstinaf Mahkemesi* (cour d'appel) kararın temyizi veya iptal istemi hakkında karar verir (m. 1500/II).

5. Diğer Kanun Yolları

a) Üçüncü Kişilerin Hakem Kararına İtirazı

Üçüncü kişiler, CPC m. 588/I hükümleri saklı olmak üzere, *tahkim söz konusu olmasaydı, uyuşmazlık bakımından yetkili olacak mahkeme*de hakem kararına itiraz edebilirler (m. 1501).

b) Yargılamanın İadesi

*** Mahkeme kararlarında *yargılamanın iadesi*ne (le recours en révision) ilişkin CPC m. 595'te belirtilen durumlarda ve m. 594, 596, 597 ve 601-603 hükümlerinde öngörülen koşullar çerçevesinde, hakem kararı bakımından da yargılamanın iadesi isteminde bulunulabilir (m. 1502).

*** Yargılamanın iadesi istemi, *hakem mahkemesi*ne yapılır (m. 1502/II).

Hakem mahkemesinin toplanması mümkün bulunmuyorsa, yargılamanın iadesi istemi, hakem kararına karşı diğer kanun yollarını incelemeye yetkili olan İstinaf mahkemesine yapılır (m. 1502/III).

*** Hakem kararına karşı, *karar düzeltme* (opposition) yoluna gidilemez (m. 1503).

IV. ULUSLARARASI TAHKİM

A. Genel Olarak

1."Uluslararası Tahkim" Niteliğine İlişkin Ölçüt

Bir tahkim, *uluslararası ticaretin menfaatleri*ne ilişkin olduğu takdirde, *uluslararası nitelik* taşır (m. 1504).[38]

38 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 304 vd.; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 83.

2. Uluslararası Tahkimde "Tahkimi Destekleyici Yargıç"ın Yardımı

Tersi öngörülmedikçe, aşağıdaki durumlar bakımından, uluslararası tahkimde, *"tahkimi destekleyici yargıç"*, *Paris Tribunal de grande instance Başkanı*dır (président):

a) Tahkim Fransa'da yapılmış ise veya

b) Taraflar tahkime Fransız usul hukukunun uygulanmasını kabul etmişler ise veya

c) Taraflar, tahkim usulüne ilişkin uyuşmazlıklarda Fransız mahkemelerini açıkça yetkili kılmış bulunuyorlar ise veya

d) Taraflardan birinin *"adaletten yoksun kalması tehlikesi"* mevcutsa (adaletin esirgenmesi riski, le risque de déni de justice) (m. 1505).[39]

3. Uluslararası Tahkime Uygulanacak Hükümler

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ve bu Başlık hükümleri saklı olmak kaydıyla, *aşağıdaki maddeler*, *uluslararası tahkim*e de uygulanır:

a) tahkim anlaşmasına ilişkin olarak CPC m. 1446, 1447, 1448/I ve II ve 1449;

b) hakem mahkemesinin oluşturulmasına ve tahkimi destekleyici yargıca uygulanacak usule ilişkin olarak CPC m. 1452-1458 ve 1460;

c) tahkim yargılamasına ilişkin olarak CPC m. 1462, 1463/II, 1464/III, 1465-1470 ve 1472;

d) hakem kararına ilişkin olarak CPC m. 1479, 1481, 1482, 1484/I-II), 1485/I-II) ve 1486;

e) temyiz ve iptal davası dışındaki diğer kanun yollarına ilişkin olarak CPC m. 1502/I-II) ve 1503 (m. 1506).

B. Uluslararası Tahkim Anlaşmaları

1. Tahkim Anlaşmasının Şekli

Uluslararası tahkim anlaşması (convention d'arbitrage international) , *herhangi bir şekil şartına tabi değil*dir (m. 1507).[40]

2. Hakemlerin Seçimi

Tahkim anlaşmasıyla hakem/hakemler belirlenebileceği gibi; *doğrudan doğruya* ya da *tahkim kurallarına veya usul kurallarına yollama yapılarak, bunların seçilmesine ilişkin usul* de belirlenebilir (m. 1508).[41]

39 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 84.

40 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 308 vd.; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 88-90.

41 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 91.

C. Tahkim Yargılaması

1. Yargılama Usulü: Tahkim Anlaşmasıyla veya Hakem Mahkemesi Tarafından Belirleme

Tahkim anlaşması, *doğrudan doğruya* ya da *tahkim kurallarına veya usul kurallarına yollama yapmak suretiyle,* tahkim yargılamasında izlenecek usulü belirleyebilir (m. 1509/I).

Tahkim anlaşmasında bir düzenleme yapılmadığı takdirde, hakem mahkemesi, *doğrudan doğruya* ya da *tahkim kurallarına veya usul kurallarına yollama yapmak suretiyle,* tahkim yargılaması için gereken usulü belirler (m. 1509/II).

Kabul edilen usul ne olursa olsun, hakem mahkemesi, *tarafların eşitliğini sağlamak ve savunma haklarını* (le principe de la contradiction, "taraflarca getirilme ilkesi") güvence altına almakla yükümlüdür (m. 1510).[42]

2. Uygulanacak Hukuk ve Ticari Teamüller

Hakem mahkemesi, uyuşmazlığı, *taraflarca seçilen hukuk kurallarına* (règles de droit) göre çözüme bağlar. Böyle bir seçim yapılmamış ise, *hakem mahkemesince uygun görülecek "hukuk kuralları"* uygulanır (m. 1511/I).

Her iki durumda da, hakem mahkemesi, *ticari teamülleri* (usages du commerce) göz önünde bulundurur (m. 1511/II).[43]

Tarafların yetkilendirmesi halinde, hakem mahkemesi *amiable compositeur* (dostane arabulucu) sıfatıyla da hareket edebilir (m. 1512).

D. Hakem Kararı: Çoğunluk Oyu

Tahkim anlaşmasında başkaca bir düzenleme öngörülmemiş ise, hakem kararı oy çokluğuyla alınır. Karar, tüm hakemler tarafından imzalanır (m. 1513/I).

Hakem mahkemesinin azınlığı, kararı imza etmeği ret ederse, bu durum kararda belirtilir 1513/II).

Çoğunluk sağlanamaz ise, hakem mahkemesi başkanı tek başına karar verebilir. Diğer hakemlerin kararı imzalamayı ret etmeleri halinde, başkan, bu durumu kararda belirterek, kararı tek başına imza eder (m. 1513/III).

---

42 Bkz. aynı doğrultuda İsviçre PIL/IPRG m. 182(3). Bu paragraf hükmüne göre, "seçilen usul ne olursa olsun, hakem mahkemesi, her durumda, taraflara eşit muamele etmek ve taraflarca getirilme ilkesi uyarınca hukuki dinlenilme istemlerini (Anspruch auf rechtliches Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren) sağlamakla yükümlüdür". UNCITRAL Model Kanunu, m. 18'de yer alan hüküm ise farklıdır: "Taraflara eşit muamele edilir ve her bir tarafa durumunu tam olarak sunma imkanı (full opportunity) verilir". Fransız çözümüne göre, taraflara sadece "durumunu tam olarak sunma imkanı"nın sağlanması yeterli olmayıp, durumunun açıklanması için "makul veya tatminkar bir fırsat"ın (reasonable or satisfactory) sağlanması gereklidir. Fransız çözümünün UNCITRAL Model Kanunu'ndan farklılığı için bkz. Eric A.Schwartz, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 353-354. Ayrıca bkz. Derains/Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2. edition, Kluwer Law International, 2005, s. 229-230.

43 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 319 vd.; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 95.

Yukarıdaki paragraflarda belirtilen koşullar altında verilen hakem kararı, tüm hakemler tarafından imzalanmış bir karar gibi aynı etkileri doğurur (m. 1480).[44]

E. Yabancı Hakem Kararlarının ya da Uluslararası Tahkimde Verilen Kararların Tanınması ve İcrası

1. Koşullar

Bir hakem kararına dayanan taraf, bunun mevcudiyetini kanıtlarsa ve söz konusu hakem kararının tanınması veya icrası da *uluslararası kamu düzeni*ne (l'ordre public international) açıkça aykırı değilse, hakem kararı Fransa'da tanınır ve tenfiz edilir (m. 1514).[45]

2. Tanıma ve Tenfiz Usulü: Sunulacak belgeler

Bir hakem kararının varlığı, *orijinal kararın tahkim anlaşmas*ıyla birlikte sunulması suretiyle kanıtlanır. Söz konusu *belgelerin usulüne uygun şekilde onaylanmış suretleri*yle de hakem kararının varlığını kanıtlayabilmek mümkündür (m. 1515/I).

Şayet sözü edilen belgeler *Fransızca*'dan başka bir dilde düzenlenmiş iseler, tanıma veya tenfiz için başvuruda bulunan taraf, bunların çevirisini sunmak zorundadır. Başvuruda bulunanın sunacağı çevirilerin, *mahkeme bilirkişileri listesinde adı bulunan bir çevirmen* veya *AB'ne üye bir devlet*in, *Avrupa Ekonomik Bölgesi Anlaşması*na taraf olan bir Sözleşen Devletin ya da *İsviçre Konfederasyonu*nun idari ya da yargısal mercileri tarafından akredite edilmiş bulunan bir çevirmen tarafından yapılması gerekir (m. 1515/II).[46]

3. Tenfiz Kararı

Hakem kararı, sadece, kararın verildiği yerdeki Tribunal de grande instance veya karar yurt dışında verilmiş ise, Paris'teki Tribunal de grande instance tarafından verilecek bir tenfiz kararıyla (exequatur) icra edilebilir (m. 1516/I).

Tenfiz kararı bakımından yargılamada "taraflarca getirilme ilkesi" (contradictoire, adversarial) uygulanmaz (m. 1516/II).

Tenfiz başvurusu, daha önce hareket eden tarafça Mahkeme kalemine yapılır. Başvuruya, kararın ve tahkim anlaşmasının asılları veya onaylanmış suretleri eklenir.

Tenfiz kararı orijinal hakem kararına, eğer kararın aslı sunulmamış ise, onaylanmış suretine eklenir (m. 1516/son) (m. 1517/I).

Hakem kararı Fransızca'dan başka bir dilde kale alınmış ise, tenfiz kararı (emri) m. 1515 uyarınca sunulacak çeviriye eklenir (m. 1517/II).

---

44 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 96.
45 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 97 vd.
46 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 98.

4. Tenfiz İsteminin Reddi

Tenfiz isteminin reddine ilişkin kararda, reddin gerekçelerinin gösterilmesi gerekir (m. 1517/III).

F. Kanun Yolları

1. Fransa'da Verilen Hakem Kararları

a) İptal Davası

Uluslararası bir tahkimde Fransa'da verilen hakem kararlarına karşı yegane kanun yolu iptal davasıdır (recours en annulation).(m. 1518).[47]

b) Yetkili Mahkeme ve Süre

İptal davası, hakem kararının verildiği yerdeki *İstinaf Mahkemesi*nde (cour d'appel) açılır (1519/I).

Hakem kararı verilir verilmez iptali istenebilir. Hakem kararının tebliğinden itibaren *bir aylık süre*nin geçmesinden sonra açılan iptal davası dinlenmez (m. 1519/II).

Hakem kararı, taraflarca başka bir çözüm kararlaştırılmadıkça, tebliğ edilir (m. 1519/III).

c) İptal Nedenleri

Hakem kararı, aşağıdaki nedenlerden biriyle iptal edilebilir:

a) Hakem mahkemesinin usule aykırı olarak yargılama yetkisi olduğunu kabul veya red etmesi;

b) Hakem mahkemesinin usule uygun olmayarak oluşturulmuş olması;

c) Hakem mahkemesinin kendisine verilen görev dışında karar vermiş olması;

d) "Taraflarca getirilme ilkesi"ne (le principe de la contradiction) uyulmamış olması;

e) Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması (m. 1520).

d) İptal Davası Açma Hakkından Feragat

Özel bir anlaşmayla (convention spéciale), taraflar *her zaman* (à tout moment) , iptal davası açma hakkından feragat edebilirler (m.1522/I).

Böyle bir feragat yapılmış olsa bile, taraflar, 1520. maddede belirtilen nedenlerden birine dayanarak tenfiz kararını temyiz etme hakkını muhafaza ederler (m. 1522/II).[48]

Temyiz istemi, tenfiz emrini içeren kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde yapılabilir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tenfiz kararı taraflara tebligat yoluyla iletilir (m. 1522/III).

47 C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 102-103.

48 Ayrıntı için bkz. Emmanuel Gaillard/Pierre de Lapasse, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 326; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 104.

e) Tenfiz Kararı Verme Yetkisi

aa- Yetki

Uluslararası tahkimde *Fransa'da verilmiş bir hakem kararının tenfizi*ne *Birinci Başkan* (le premier président) veya *olayın incelenmesi için görevlendirdiği yargıç* (le conseiller de la mise en état) (m. 1521).

bb- Tenfiz İsteminin Reddi: Ret Kararın Temyiz Edilebilmesi

*Fransa'da verilmiş uluslararası bir hakem kararının tanınması veya tenfizinin reddi*ne ilişkin bir karar *temyiz* edilebilir (appel)(m. 1523/I).

Temyiz başvurusu, tenfiz kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde yapılabilir (m. 1523/II).

Eğer tenfiz emri için temyiz başvurusu yapılır ve taraflardan biri de istemde bulunursa, taraflar iptal davası hakkından feragat etmiş olmadıkça ya da iptal davası için öngörülen süre geçmemiş ise, İstinaf Mahkemesi, iptal davasına dayalı olarak kararını verir (m. 1523/III).

cc- Tenfiz Kararına Karşı Kanun Yolu

Hakem kararının tenfizine ilişkin karara karşı, m. 1522/II'deki istisna hariç, kanun yolu mevcut değildir (m. 1524/I).

Bununla beraber, bir *hakem kararının iptali davası*, *yargıcın*, *hakem kararının tenfizi için vermiş olduğu emre (tenfiz emri) karşı bir kanun yolu* sayılır veya *hakem kararının itiraz edilen bölümleri bakımından söz konusu yargıcın yargılama yetkisini ortadan kaldırır* (m. 1524/II).

2. Fransa Dışında Verilen Uluslararası Hakem Kararları

a) Hakem Kararının Temyiz Edilebilmesi

*Fransa dışında verilmiş bulunan bir uluslar arası hakem kararının tenfizi ya da tenfizinin reddi kararı*na karşı *temyiz* başvurusu yapılabilir (m. 1525/I).[49]

b) Süre

Temyiz başvurusu, tenfiz kararının (tenfiz emri) *tebliğinden* (signification) itibaren bir ay içinde yapılabilir (m. 1525/II).

Tenfiz emrini içeren bir karara karşı temyiz başvurusu konusunda taraflar *başka bir tebliğ usulü*nü kararlaştırabilirler (m. 1525/III).

İstinaf Mahkemesi, sadece 1520. maddede belirtilen nedenlerle, bir hakem kararının tanınması veya tenfizini ret edebilir (m. 1525/IV).

c) Usul

Tenfiz ya da tenfizin reddi emirleriyle iptal kararlarına karşı temyiz başvuruları, "tararlarca getirilme ilkesi"ne ilişkin m.900-930-1 hükümlerine göre karara bağlanır (m. 1527).

---

49 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 106.

Temyiz isteminin ya da hakem kararının iptali başvurusunun reddine ilişkin karar, *"hakem kararının tenfizine ilişkin bir emir"* olarak kabul edilir (m. 1527/II).[50]

3. Fransa'da ve Fransa dışında verilen hakem kararlarına ilişkin ortak hükümler

İptal davası açılması ya da "hakem kararının tenfizi emri"ne karşı temyiz yoluna gidilmesi, kural olarak hakem kararının icrasını durdurmaz.

Bununla beraber, ivedi işlere ilişkin yargılamada (référé) birinci başkan ya da olay için görevlendirilmiş olan yargıç (conseiller de la mise en état), kararın icrasının taraflardan birinin haklarına ciddi şekilde zarar verebileceği durumlarda icrayı durdurabilir veya koşullara bağlı kılabilir (m. 1526).[51]

V. SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar, 13. Ocak. 2011 tarihli *Décret*'nin Fransız tahkim hukukuna çok önemli yenilikler getirmiş olduğunu ortaya koymaktadır.[52]

1. 13 Ocak 2011 tarihli Décret ile, ilk olarak, **tahkim uygulamasındaki 30 yıllık tecrübeler** büyük ölçüde yasal düzenlemeye aktarılmıştır. Bu durum, **"olaylar hukuku"**nun (case law), tahkim alanında önemli bir hukuk kaynağı olduğunu göstermektedir.

2. Yeni düzenlemede yer alan **"tahkimi destekleyici yargıç"** (le juge d'appui) çözümü, tahkimi hızlandıracak ve Fransız **tahkim hukukunun etkililiğ**ini (efficacité) sağlayacak önemli yeniliklerden biridir. Hakem mahkemesinin oluşumuna, hakemin reddine, çeşitli sürelere ilişkin sıkıntılar ve güçlükler "tahkimi destekleyen yargıç"ın yardımıyla rahatça aşılabilecektir.

3. Yeni düzenlemede, daha önceki düzenlemede yer alan çeşitli kavramlar ve çözümler alıkonulmuş ise de; **tahkimin etkililiğinin sağlanması bakımından bazı önemli değişiklikler** de öngörülmüştür:

a) Yeni düzenleme, **"tahkim şartı"**nda, bunun yer aldığı sözleşmenin diğer bölümleriyle ilişkisi bakımından *"tahkim şartının özerkliği ilkesi"* (CCP, m. 1446) ile *"yargılama yetkisi" konusunda "hakem mahkemesi"nin karar verme yetkisi*ni (Kompetenz Kompetenz, compétence-compétence) vurgulamıştır (m. 1466).

b) Yeni düzenlemeye göre, **iç tahkim**de, hakem kararları artık sadece tarafların anlaşmış olmaları halinde *temyiz* (la voie de l'appel) edilebilecektir. **Uluslararası tahkim**de, kanun yolu olarak "temyiz" dışlanmış, sadece *"iptal davası"* olanağı benimsenmiştir. Bu durum, hem, 1980 yılından bu yana gelişen "olay hukuku"nun çözümünü yansıtmakta; hem de, 1985 tarihli olup,

50 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 107.

51 Ayrıntı için bkz. C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 109. Ayrıca bkz. Christophe Seraglini, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s.381 vd

52 Ayrıntı için bkz. Eric A. Schwartz, The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-2, s. 349 vd.; 373-374; C. Jarrosson/J. Pellerin, No. 117.

2006 tarihinde değişikliğe uğrayan **Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanunu**'nun 34. maddesiyle de (hakem kararlarına karşı münhasır başvuru yolu olarak iptal talebi) uyum halinde bulunmaktadır.[53]

4. Yeni düzenlemede, bazı hükümlerle, **hakem mahkemelerinin otoritesi güçlendirilmiştir:** *Hakem mahkemesinin olgu araştırması için gerekli adımları atabilme yetkisi, "herhangi bir kimse"yi dinleyebilme yetkisi, taraflara delilerini sunmalarını emredebilme yetkisi, geçici koruyu önlemler alabilme yetkisi gibi* (m. 1467-1468) .

5. 13 Ocak 2011 tarihli Décret, "uluslararası sorunlarda **"tahkimi destekleyici yargıç"**ın yetkisini **"adaletin esirgenmesi"** (déni de justice) kavramına dayandırmış; bu çözümle de, Fransız Yargıtayı'nın 1 Şubat 2005 tarihli *Nioc Karar*ında varmış olduğu çözüm yasaya aktarılmıştır (m. 1505/No. 4).[54]

6. Yeni düzenlemeyle tahkim hukuku alanındaki bazı **yabancı hukuk kavram ve çözümleri**nin de benimsenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin, bir tarafın, tahkim yargılamasındaki bir **usulsüzlüğe** (irregularité), bilerek ve hukuken geçerli bir neden olmaksızın zamanında itiraz etmemesi halinde, bu hakkından vazgeçmiş sayılması (m. 1466) Anglo-Amerikan hukukundan yapılmış bir aktarımdır (*rule of estoppel*).

Görüldüğü gibi, yeni düzenlemeyle, Fransız tahkim hukukunun, hem *"esneklik"*; hem *"etkililik"*(efficacité); hem de *"hukuksal belirlilik"* ilkeleri bakımından uluslararası arenada seçkin bir yer edinmesine çalışılmıştır.

Kısaltmalar

Bkz.: Bakınız; **Code judiciaire**: Belçika Hukuk Yargılaması kanunu; CPC: Code de procédure civile (Fransız Hukuk Yargılaması Kanunu); **HMK**: 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu; **IPRG**: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, bkz. PILA); **Karş.**: Karşılaştırınız; **m.**: Madde; **PILA**: Private International Law Act (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, bkz. IPRG); **Rev. arb.:** Revue de l'Arbitrage; **s.**: sayfa; **ZPO**: Zivilprozess-Ordnung (Alman Hukuk Yargılaması Kanunu);

53 Bkz. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006.

54 Bkz. Jean-Pierre Ancel, Le Décret du 13 janvier 2011, Plus d'efficacité pour l'arbitrage en France, Le Décret du 13 janvier 2011: Le nouveau droit francais de l'arbitrage, Paris, The Home of International Arbitration, s.7.

SERMAYE PİYASASINDA BİR UYUŞMAZLIK TİPİ OLARAK CHURNING

Yrd. Doç. Dr. Mete TEVETOĞLU[1] • Ar. Gör. Selva Kaynak KOÇ[2]

Sermaye piyasası ve uyuşmazlıkları, modern finans çağında giderek ön plana çıkan ve her geçen gün üzerinde daha detaylı çalışmalar yapılan bir alan niteliği kazanmaktadır. Buna rağmen sermaye piyasalarının işlem tekniklerindeki karmaşık görüntü ve özellikle hukukçuların bu işlem yapılarına oldukça yabancı olmaları sermaye piyasası hukuku ve uyuşmazlıkları hakkında hem uygulamada hem de teorik olarak bilgi eksikliğinin halen yüksek seviyede olduğunu sıklıkla ortaya koymaktadır. Nitekim uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygun ve ehil mahkemelerin yahut bilirkişilerin tespit ve tayin edilmesi dahi bu anlamda hissedilir bir ihtiyaçtır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu eksikliğin giderilmesi noktasında, bu piyasada ortaya çıkan uyuşmazlık tiplerine dair vasıflandırma ve sınıflandırma ihtiyacının da önem arz ettiğinden bahsetmek yanlış olmayacaktır[3].

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde ihtiyaç duyulan çabukluk ve uzmanlık gereksinimi ulaşılan çözümün tatmin edici olmasının sağlanmasına da katkı sağlar. Bu ihtiyacı tetikleyen belirleyici faktör ise uyuşmazlığın taraflarının yatırım amaçlarının ve hareketlerinin ortaya çıkan uyuşmazlıklardan doğrudan etkilenmesi şeklinde bireysel ve uyuşmazlığın aynı zamanda piyasadaki çok geniş bir menfaat sahibinin çıkarlarına, hukuki ve iktisadi durumuna etkileri itibarıyla kamusal yönlerinin bulunması şeklinde ifade edilebilir. Yapılmış olan yerel veya milletlerarası nitelikteki bir sermaye piyasası yatırımından kaynaklanan uyuşmazlığın bir an evvel halledilmesi büyük çaplı yatırımlar açısında bakıldığında yüksek tutarlı bir yatırıma yönlendirilen iktisadi değerin uyuşmazlığın halli süresinde atıl kalmasının önlenmesi açısından son derece hassas bir noktadır. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında çözümüne çabuk ulaşılması son derece dinamik bir yapı arz eden piyasada uzmanlık

1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
2 Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
3 Anthony DeToro, Waiver of the Right to Compel Arbitration of Investor-Broker Disputes, 21 Cumb..L. Rev. 615, (1990/1991), s. 619. Söz konusu uzmanlık gereksinimi sadece uyuşmazlıkların çözümünde değil bu uyuşmazlıklara sebep olana dayanak yatırım işlemlerinin başarısı bakından da olmazsa olmaz bir haldedir. Nitekim sermaye piyasası işlemlerinin en belirgin karakteri bunların yatırım gayesine yönelik olma vasfına sahip olmasıdır. Yatırım gayesine yönelik olma tarafların işlemlerden elde etmeyi umdukları sonuçların iktisadi değerinin yüksekliğine işaret eder. Bu sebeplerle sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne mümkün olduğunca çabuk ulaşılması ve bu kısa sürede elde edilecek olan çözümün adil bir çözüm olması için uzmanlık bilgisinin kullanılması son derece önemli bir faktördür.

bilgisine sahip olanlara başvurulması ile temin edilebilecek olup bu konuda uzman mahkemelere veya bilirkişilere ihtiyaç duyulmasının temel sebebi de aslında büyük ölçüde bundan kaynaklanmaktadır[4].

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın tarafları, tipi, uyuşmazlığın temelindeki hukuki ilişki ve ihlale konu eylem gibi unsurlar dikkate alınarak bazı sınıflandırmaların yapılması, bunların çözümünde takip edilecek yolların ve uygulanacak metot ile kullanılacak delillerin de öngörülebilir olmasını mümkün kılabilecektir[5].

Bu uyuşmazlık tiplerinden uygulamada en sık karşılaşılanı ise taleplerin ileri sürülmesi dikkate alındığında hesap çalkalama iddiasının bulunduğu durumlardır[6]. Sermaye piyasası hukukunun temellerini bulduğu ve ilgili mevzuatımızın da neredeyse tamamının örneği konumundaki Anglo-Sakson hukuk çevresindeki uygulamalarda da durum aynı istikamette olup bu tür uyuşmazlıklara konu veya dayanak işlemler "churning" kelimesi ile ifade edilmektedir[7]. Kelime olarak "churning" hesap çalkalama veya hesap şişirme şeklinde bir anlama gelmektedir. Uygulamamızda ise bu duruma dair uyuşmazlıklara yol açan işlemlere temel oluşturan işlemlerin "provizyon avcılığı" şeklinde ifade edildiği de görülmektedir. Biz terim tercihimizi "provizyon avcılığı" ibaresindeki "provizyonun", bu işlemi yapan sözleşme tarafının gelirini oluşturduğu her nevi ilişkide kullanılabilmeye elverişli olmasından ötürü "hesap çalkalama" şeklinde kullanmanın bu uyuşmazlık tipinin anlamını daha iyi ortaya koyacağı düşüncesiyle bu yönde yapmaktayız. Terimsel karşılık meselesi şimdilik bir yana bırakılacak olursa "churning" uyuşmazlıklarının sermaye piyasasındaki diğer uyuşmazlık tipleri veya halleri bazen bir arada ve bazen de tek başına ortaya çıkabileceğinin de gözden kaçırılmaması gerektiğine öncelikle işaret etmekte fayda bulunmaktadır[8].

"Churning" iddiasının zaman zaman birlikte ortaya çıkabileceği diğer sermaye piyasası uyuşmazlık tiplerinin kısaca sayılması gerekirse

4 Farah Z. Usmani, Inequities in the Resolution of Securities Disputes: Individual or Class Action; Arbitration or Litigation, Fordham Journal of Corpoarate&Financial Law Vol. VII 2001, s. 218

5 Bu şekilde yapılan bir ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mete Tevetoğlu, Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim (Kıs: Sermaye Piyasası Uyuşmazıkları), Ankara 2009, s. 370 vd.

6 Sermaye piyasasında karşılaşılacak uyuşmazlık tipleri de sermaye piyasası işlemlerinden ve tarafların arasındaki hukuki ilişkilerden doğmakta ve bunların içeriğine göre karakterize olmaktadır. Tabiî ki burada ele alınacak olan uyuşmazlık veya talep tiplerinin birbirinden tamamen izole şekilde veya bağımsız bir biçimde tahkime konu edilmesi mümkün olduğu gibi bir uyuşmazlık veya talep tipinin bir diğer ile bağlantılı olarak ileri sürüldüğü durumlar da gündeme gelebilir.

7 Craig McCann, Churning, Securities Litigation&Consulting Group, Virginia 2001, s. 2 vd

8 Herbert Kronke, Capital Markets and Conflict of Laws (Kıs: Capital Markets), Boutros Boutros-Ghali, Recueil Des Cours: Collected Courses of the La Haye Academy of International Law, Maubeuge 2001, s. 344

sıklıkla karşımıza şu başlıklarda ifade edilebilecek bir liste çıkmaktadır. Bunlar; hesap çalkalama, yetkisiz ticari faaliyet, yatırım işlemlerinde başarısızlık, yanlış bilgilendirme ve ihmallerin yol açtığı uyuşmazlıklar, izahnamelerle bağlantılı uyuşmazlıklar, hileli işlemlerin yol açtığı uyuşmazlıklar, sözleşme ihlalleri, emir tasfiyesindeki hata ve başarısızlıklar, ürün ve/veya yatırımcıyı tanıma kuralına aykırı aykırılıklar, kredili hesap işlemlerinden ortaya çıkan uyuşmazlıklar şeklinde kategorize edilebilir[9]. Eklemek gerekir ki burada sayılan uyuşmazlık tipleri sınırlandırıcı bir liste değildir. Nitekim uygulama da bu sayılan uyuşmazlık tiplerinin özelliklerini taşıyan ihtilaflarla da karşılaşılabilir. Böyle bir durumda çözülmesine girişilen ve birden çok ve farklı uyuşmazlık tipi veya talebinin ileri sürüldüğü sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tefrik edilerek her bir talebin dayanağı olan yasal zemine ve düzenlemeler ayrı ayrı dikkate alınarak halli gerekecektir[10].

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tümünde olduğu gibi "churning" şeklinde ileri sürülen talepler de olağan şekilde mahkemelerde veya şartları varsa tahkimde görülebilir. Her ne şekilde çözülürse çözülsün bu uyuşmazlıklarda sıklıkla karşılaşılan durum sermaye piyasası kurumu aleyhine yatırımcı hesabında çalkalama olarak adlandırılan işlemlerin yapılmış olması şeklinde kendisini göstermektedir[11].

Kural olarak piyasada yatırımcının kendi adına işlem yapması mümkün olmayıp bunu onun adına borsa üyelerinin yapması ve bu sayede fon arz ve taleplerinin aracılar vasıtasıyla karşılaştırılması söz konusudur. Bu sebeple yatırımcılar kendi adlarına aracıları tarafından yapılacak olan sermaye piyasası işlemlerin onların nezdinde gerçekleştirilmesi için bir yatırım hesabı açmak ve çerçeve sözleşme imzalamak durumundadırlar[12]. İşte aracıların nezdinde

9 İlgili başlıklar ve sınıflar hakkında detaylı bilgi ve inceleme için bkz. Tevetoğlu, Sermaye Piyasası Uyuşmazlıkları, s. 370 vd.

10 Sermaye piyasası uyumazlıklarında ileri sürülen talep, uğranılan zararı veya dava ile elde edilmesi arzulanan sonucu elde ettiği takdirde artık bir başka talep tipinin ileri sürülmesine gerek kalmayacaktır. Bununla beraber sermaye piyasası uyuşmazlığına konu hakkı düzenleyen yasa hükmüne veya ihlal biçimine istinaden ileri sürülen talebin, beklenen sonucun elde edilmesini temin edemediği hallerde ise bir başka sermaye piyasası hukuku düzenlemesi nazara alınarak talebin formüle edilmesi her zaman için mümkündür. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında ileri sürülebilecek ve belirli formülasyonlardan ibaret olan talep tiplerinden hangisinin esas alınacağına karar verirken talep sahibinin somut uyuşmazlığın mevcut koşullarının ışığında seçim yapması gerekmektedir (bkz. Kronke, s. 307).

11 Donald Arthur Winslow&Seth C. Anderson, A Model for Determining the Excessive Trading Elements in Churning Claims, 68 North Carolina Law Review 1989, s. 327; McCann, s. 2 vd.; Norman S. Poser, Arbitrability of International Securities Disputes (Kıs. International), Brooklyn Journal of International Law, Vol. XII, No: 3, 1986, s. 685 ve orada dip. 68; Peter M. Mundheim, The Desirability of Punitive Damages in Securities Arbitration: Challenges Facing the Industry Regulators in the Wake of Mastrobuono, University of Pennsylvania L. Rev., Vol. 144 (1995), s. 197.

12 John L. Di Fiore, Problems in Alternative Dispute Resolution, Com. L. J., Vol. 93 (1998), s. 267-268.

bulunan bu yatırımcıya ait yatırım hesapları onların sermaye piyasası işlemlerinin yapıldığı hesaplardır[13]. Yine eklemek gerekir ki bugünkü modern işlem teknik ve platformları yatırımcının işleme ilişkin talimatını doğrudan kendisinin oluşturmasına müsaade etmekteyse de hali hazırda ana prensip olan bu emirlerin eşleştirilmesi ve tasfiyesi noktasında bir aracıya ihtiyaç duyulmasında değişiklik söz konusu değildir.

Sermaye piyasası uyuşmazlığı tipi olarak kategorize ettiğimiz yatırımcı hesaplarında çalkalama olarak tabir edilen işlemlerin yapılması da bu sayede mümkün olabilmektedir. Burada genellikle yatırımcının yatırım amaçlarından bağımsız ve çoğunlukla ona aykırı şekilde tesis edilen çok sayıdaki sermaye piyasası işlemi ile karşılaşılmaktadır[14]. Uygulamada bu tür uyuşmazlıklarda yatırımcı hesabının ne zamandan beri açık ve aktif olduğu, dönemsel bazda işlem hacmi ve sayısı, bunları ne kadarının başarılı ve/veya karlı yahut zararlı şekilde sonuçlandırıldığı gibi tüm detayların dikkate alınması gereklidir. Nitekim hesap çalkalama vasfındaki işlemlerin hukuka aykırılığını ve etik olmadığını açıkça ifade eden ABD hukukundaki[15] SEC Rule 15c-1-7 gibi hükümler dikkate alındığında hesaba ilişkin işlem yoğunluğu ve detaylarının uyuşmazlık hakkında verilen kararın istikametinde belirleyici olmasının da mümkün olabileceği düşünülmektedir.

Yatırımcı hesaplarında çalkalamadan bahsedilebilmesi için yatırım amaçlarına veya yatırımcının profiline yahut yatırım yapılan aracın özelliklerine uy-

---

13 Aracı kurumların gerek birinci ve gerekse ikincil piyasada alım satım işlemlerini müşterilerin emirleri doğrultusunda gerçekleştirirler. Bunun için aracı kurum nezdinde, müşteri ile varılan anlaşmaya uygun olarak, müşteri adına bir hesap açılır ve müşteri emirleri yazılı veya sözlü olarak alınıp ama mutlaka taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olarak ve kayda geçirilerek tasfiye edilir. Belirtelim ki, aracı kurumlar, sözlü olarak aldıkları emirleri kabul etmek hususunda serbesttirler. Ancak sözlü emirleri kabul etmedikleri takdirde, bu durumu gerekçe bildirme zorunluluğu olmaksızın derhal yatırımcıya haber vermeleri gerekmektedir. Yazılı emirlerin ise İMKB Yönetmeliği'nin 29. maddesine ve Seri 5 No 6 Tebliği'nin 9. maddesinde belirtilen bilgileri içermek şartıyla kabul edilmesi gerekmektedir. Zira sözlü emirlerde ispat yükü aracı kuruma ait olacaktır. Elektronik ortamda alınan emirlerin kabulü hususunda ise aracı kurum tarafından Tebliğde anılan asgari teknik alt yapı koşullarının oluşturulması lüzumu bulunmaktadır. Tebliğin 6. maddesi gereğince sözlü olarak alınan emirlerin yazılı emre dönüştürülmesi gerekmektedir. Bu da müşteri mutabakat metninin oluşturulması ile mümkün olacaktır. Bu metnin oluşması bakımından müşteri imzası gerekli değildir. Elektronik ortamda alınan emirler de genel hükümler uyarınca sözlü emir niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak elektronik imza ile yapılan elektronik emirler ise yazılı emir niteliğindedir. "Yazılı emir olmadan müşteri adına işlem yapan aracı kurum müşteri zararını tazmin etmekle yükümlüdür" (İMKB Yönetim Kurulu, 14.05.1991. E. 1991/128, K. 1991/282 sayılı karar; Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB Yayınları, İstanbul 1997, s. 59 (Kıs: Örnek Kararlar).

14 Hans van Houtte, The Law Applicable to Securities Transactions: Choice of Law Issues, (Kıs: Choice of Law) The Future of Global Securities Market, Legal and Regulatory Aspects, Edited by Fidelis Oditah, Oxford 1996, s. 82.

15 Türk sermaye piyasası mevzuatında bu şekilde bir hüküm bulunmadığını ancak bu durumun biz sözleşmeye aykırılık vasfı taşıyacağını belirtelim. Ayrıca bkz. İsmail Kırca, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 123 vd.

gun olmayan bir şekilde ve sadece daha fazla komisyon kazanılması amacıyla aşırı sayıda alım satım yapılması gibi hallerin varlığı gerekmektedir[16].

Bu tür uyuşmazlıklarda mahkemelerin, fikrimizce, her durumda yatırımcıyı örneğin ortalama tüketici gibi değerlendirerek hareket etme refleksi yerine, yatırımcının yatırım kararlarını alma sürecine, profesyonel yatırımcı profili özellikleri taşıyıp taşımadığına, yatırım geçmişine, yatırım amaçlarına, portföyündeki değerlerin çeşitliliğine ve son olarak yatırımcının yatırım danışmanlarından veya alanda uzmanlık bilgisi bulunanlardan edindiği yardımların boyutlarına bakarak yatırımcıya tanınması talep edilen hukuki korumaya matuf olup olmayacağını analiz etmeleri daha adil ve tatmin edici bir yöntem olacaktır. Bunun için önemli ön şart ise aracının yatırımcının hesabında tasarrufta bulunmasıdır. Yatırımcının aracı tarafından yapılan bilgilendirme veya öneriye istinaden yazılı veya sözlü olarak muvafakat vermesi sayesinde işlemlerin gerçekleştirilmiş[17] olması da hesapta çalkalama yapılmadığının kabul edilmesine kural olarak tek başına yeterli olmayacaktır. Ekleyelim ki bu şekilde icra edilen sermaye piyasası işlemleri aynı zamanda diğer kimi yasal yükümlülüklerin ihlal edilmesi şeklinde nitelendirilmeye elverişli olabilir. Özellikle yatırımcının aracı tarafından yapılan bilgilendirme veya öneriyi tetkik etme olanağının bu-

16 Yar. 7. CD, T. 02.12.1998, E. 1998/9278, K. 1998/10013; ...şirketlerin kendi aralarında alım satım işlemleri sonucunda ..... hisse senedi fiyatlarının her gün artan oranlarda değer kazandığı, inceleme konusu tarihlerdeki tüm aracı kurumlar tarafından gerçekleştirilen alım ve satımların birbirine eşit olduğu, hisse senedi mülkiyetinde gerçek anlamda bir değişimin bulunmadığı, her gün artan fiyatlar ve bu senetle ilgili yapılan işlemler nedeniyle borsa endeksinde Afyon Çimento hisse senetlerinde yoğun işlem hacminin varlığı, dolayısıyla da aktif piyasa bulunduğu izleniminin sağlanması..... A.Ş.nin yönetim kurulu üyesi bulundukları gibi, ...dışındakilerin aynı zamanda bu şirketin hissedarları oldukları.....bu şirkette 24.896 adet hisseye de sahip olduğu anlaşılmaktadır. ....inceleme konusu yapılan tarihlerde ....A.Ş.nin aracı kurumlarından birisi olan ...ile Holdingin diğer aracı kurumları.....şirketlerinin birlikte hareket ederek, alım satım işlemlerinde gerçek bir mülkiyet değişimi oluşturmayacak biçimde, borsa kotasında dağ ve sığ bir piyasaya sahip bulunan Afyon Çimentonun hisse senetlerinin alım satımlarını ....tarihleri arasında gerçekleştirdikleri, böylelikle anılan hisse senetleri piyasada yoğun işlem görüyormuş gibi intiba uyandırdıkları..... (www.kazanci.com, Erişim:13.05.2005).

17 Bu noktada belirtmek gerekir ki yatırımcıya yapılan bilgilendirmelerin ilgili mevzuatın öngördüğü şekilde olup olmadığı da somut uyuşmazlıklarda önem arz eder. Buna göre hesap ekstresi gönderilmesi ile ilgili mevzuat ve Seri V No: 6 Sayılı tebliğ ekinde örneği yer alan hesap ekstresinin, aylık dönemler itibariyle ilgili dönemi izleyen 7 gün içinde müşterilerin adreslerine taahhütlü olarak gönderilmesi zorunluluğuna aracı kurumun tabidir. Ancak hesap ekstresi müşterinin yazılı talebi üzerine; müşteri tarafından beyan edilecek elektronik posta adresine aynı süre içinde elektronik ortamda gönderilebilir ya da 07/09/2000 tarihli ve 24163 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Seri: V, No: 46 sayılı "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"in 49 uncu maddesi çerçevesinde, müşterilerinden borsaya iletilmek üzere elektronik ortamda emir kabul eden aracı kurumlar tarafından müşterilerin ekstrelerine elektronik ortamda erişimine imkân sağlanabilir. Hesap ekstresinin elektronik ortamda gönderildiğine veya elektronik ortamda ekstreye erişim sağlandığına ilişkin ispat yükü aracı kuruluşa aittir. Ancak, ilgili dönem içinde herhangi bir işlem yapmayan müşteriler ile hesap ekstresi gönderilmemesi hususunda münhasıran sözleşme imzalanan müşterilere anılan belge gönderilmeyebilir. Hesap ekstresinde yer alan bilgilerin belirli süre geçtikten sonra müşteri tarafından kabul edilmiş sayılacağına ilişkin sorumsuzluk kayıtlarına çerçeve sözleşmelerde ve ilgili diğer belgelerde yer verilemez.

lunmadığı hallerde bu durum daha karakteristik bir hal almaktadır[18]. İşaret etmek gerekir ki uygulamada sıklıkla ortaya çıkan "aracı beni bilgilendirdi ancak benim aracı tarafından bana gönderilen ekstreleri veya ordinoları imzalarken bunları incelemek için yeterli zamanım bulunmamaktaydı" şeklindeki savunmalar bu tür uyuşmazlıklarda itibar edilebilir olmaktan uzaktır. O bakımdan yatırımcıların bu nevi eksteleri, mutabakat metinlerini veya ordinoları tetkik etmeksizin imzalamaları halinde bunların içeriklerinden ve burada bildirime konu edilen işlemlerden ötürü oluşan zararların daha sonra tazmin edilmesini talep etmeleri oldukça zordur[19].

18 SEC Rule 15c1-7.

19 Sermaye piyasası uyuşmazlıkları daha öncede işaret ettiğimiz üzere sermaye piyasası işlemine dayanacağı ve bu işlemin icrasının sözleşmesel bir ilişkiden kaynaklanması sebebiyle uyuşmazlık tiplerinin sözleşmesel ilişkiye çeşitli aykırılıklar arz etmesi söz konusu olmaktadır. Böylece uyuşmazlıklar sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali şeklinde ortaya çıkabileceği gibi ayrıca aracıların ilgili mevzuat tarafından yapmaktan memnu kılındıkları iş veya işlemleri yapmaları da sözleşmesel aykırılıklar yaratmaya son derece müsaittir. SerPK ile aracılar tarafından yapılması yasaklanan iş ve işlemler incelendiğinde bu durum daha net saptanabilir. Buna göre aracıların iştigal alanı SerPK ve Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğleriyle çizilmiştir. Aracı kurumlar, SerPK ve Kurul tebliğleri ile sınırları çizilen faaliyetlerin dışındaki işlerle iştigal edemez; sadece kanun ile yapmalarına izin verilen faaliyetlerde bulunabilirler. Mevzuatın açıkça aracı kurumlar tarafından yapılmasına izin verdiği faaliyetlerin dışında kalanlar ise, aracı kurumlar tarafından yapılması mümkün olmayan faaliyetler olarak ortaya çıkmaktadır Serpil Canbaş/Hatice Doğukanlı, Finansal Pazarlar Finansal Kurumlar ve Sermaye Piyasası Analizleri, İstanbul 2001, s. 247 vd.); Öte yandan, aracı kurumların sermaye piyasasında bir yardımcı kuruluş olarak piyasanın güven unsurunun göstergesi olmalarının ve geçmişte yaşanan bankerler krizi gibi olumsuz deneyimler sonucunda, aracı kurumların yapabilecekleri faaliyetlerin belirlenmesi ile yetinilmeyerek, ayrıca Seri V No 46 Tebliğinin m. 58' de aracı kurumların hangi iş ve işlemleri yapmalarının yasak olduğu tek tek sayılmıştır. Buna göre aracı kurumlar tarafından yapılması yasaklanan iş ve işlemler şunlardır: Mevzuatın imkan verdiği haller hariç olmak üzere, aracılık amacıyla alıp sattıkları sermaye piyasası araçlarına ilişkin veya bunlardan bağımsız olarak borçlanmayı temsil eden sermaye piyasası araçları dışında, kendi mali taahhütlerini içeren evrak çıkaramazlar. Kendi hisse senetlerini temsil eden, depo edilen menkul kıymet sertifikaları ihraç edemezler. Ticari amaçlı kıymetli madenler, döviz ve gayrımenkul alım satımında bulunamazlar. Kredili menkul kıymet işlemlerine ilişkin mevzuatın imkan verdiği haller hariç olmak üzere ödünç para verme işlemleri yapamazlar. Sermaye Piyasası Kurulu'ndan icrası için izin alınan faaliyetler ve bunlara ilişkin iş ve işlemler dışında, hiç bir ticari, sınai ve zirai faaliyette bulunamazlar; sermaye piyasası faaliyetlerini yürütebilmek için gerekli olanın üstünde taşınmaz mal edinemezler. Bu sayede aracı kurumların asıl faaliyetleri olan aracılığa yoğunlaşmalarının hedeflendiği görülmektedir. Bankalar Kanunu'nda tanımlandığı üzere mevduat toplayamazlar, mevduat toplama sonucunu verebilecek iş ve işlemler yapamazlar.(BankKan. m. 10) Aracı kurumların mali kaynaklar bakımından, bankalardan daha dar olan olanakları, aracılık faaliyetlerinin kural olarak aracı kurumlar tarafından icra edilebilir kılınmasını gerektirmiştir. Bu yaklaşım tarzının diğer yüzü ise aracı kurumların bankacılık faaliyeti şeklinde nitelenebilecek faaliyetlerde bulunmaktan men edilmesidir. Mevzuatın imkan verdiği haller haricinde sermaye piyasası araçlarının, belli bir getiri sağlayacağı yolunda herhangi bir yazılı veya sözlü taahhütte bulunamazlar. Abartılmış, gerçeğe uymayan, müşterilerini veya kamuoyunu yanıltıcı bilgileri içeren herhangi bir ilan ve reklam ile diğer yazılı ve sözlü açıklamalarda bulunamazlar (Bu hususta ayrıca bkz. Devredilebilir Menkul Kıymetlerin Halka Arzı Sırasında Yayımlanacak İzahnamenin Düzenlenmesi, Onaylanması ve Dağıtımı ile İlgili Şartların Koordinasyonu Hakkında 17 Nisan 1989 tarih ve 89/298/EEC Sayılı Konsey Yönergesi ile karşılaştırma için bkz. Menkul Kıymetler ve Borsalarla İlgili Avrupa Topluluğu Düzenlemeleri, SPK Yayınları, 1997 Ankara, s. 227). Sadece, müşterileri tarafından verilen satış emrinin yerine getirilmesi için teslim edilen menkul kıymetlerle, müşterinin alım emri gereği satın alınan menkul kıymetleri, Borsa mevzuatında

Müşteri hesaplarında çalkama veya aşırı sayıda alım satım yapılması suretiyle daha fazla fakat haksız komisyon elde edilmesi[20] sermaye piyasalarını düzenleyen ilgili mevzuatın yanı sıra şu anda mevcut en büyük menkul kıymetler piyasalarının öz düzenleyici kuruluşları tarafından da ayrıca uygulama alanı bulan etik standart ve kurallar kapsamında yasaklanmıştır[21].

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarından olup bu kapsamda mahkemelere veya tahkime konu edilebilecek uyuşmazlıkların arasında yer alan yatırımcı hesaplarındaki aşırı ve gereksiz alım satım hareketliliği yahut hesap çalkalama işlemleri aynı zamanda tarafların arasındaki güven ilişkisinin de ihlal edilmesi anlamına gelmektedir[22].

Hangi hallerde yatırımcının hesabında aşırı ve gereksiz menkul kıymet alım satım işlemi yapıldığının kabul edileceği ise her somut durumun kendi özellikleri nazara alınarak saptanmak gerekmektedir[23]. Aracıların yatırımcıya ve onun sahip olduğu yatırımcı ve yatırım amacı özelliklerine uygun hareket etme yükümlülüğünden ötürü hesap çalkalama halinde bu yükümlülüğün de ihlal edildiği kabul edilmektedir. Zira bu halde aşırı ve gereksiz menkul kıymet işleminde bulunulan yatırımcının yatırım amaçlarıyla gerçekleştirilen alım satımların tarafların arasındaki güven ilişkisini ihlal edeceği aşikardır. Burada daha çok işlem tesis edilmesi sayesinde gelir elde eden sermaye piyasası

belirlenen satış emrinin geçerlilik süresi ve gerçekleşen alım emrinin tasfiyesi için öngörülen azami süre içinde emanetlerinde tutabilirler. Bu halin dışında, aracı kurum, gerek kendisine gerekse müşterilerine ait menkul kıymetleri, yetkili takas ve saklama kuruluşu dışında bir yerde tutamaz. Bununla birlikte belli dönemde bazı menkul kıymetlere yönelik tatmin edici talebin varlığı halinde aracıların kendi adına piyasada alım satım yapması da mümkündür. Müşteriye ait sermaye piyasası araçları ve nakit üzerinde, hak ve yetkileri olmaksızın kendileri veya üçüncü şahıslar lehine herhangi bir tasarrufta bulunamazlar. Herhangi bir şekilde yanlarında çalıştırdıkları kişilerin, mutad müşteri-aracı kurum ilişkisi dışında imkanlarından yararlanmak suretiyle kendi nam ve hesaplarına işlem yapmalarına olanak sağlayamazlar. TTK ile müsaade edilen haller hariç olmak üzere, ihraç ettikleri hisse senetlerini, kendi nam ve hesaplarına alıp satamazlar. Fiktif hesap açamazlar, işlemlerini kayıt dışı bırakamazlar ve gerçek mahiyetine uygun düşmeyen kayıtlar tesis edemezler. Aracı kurum yöneticileri ve merkez dışı örgütleri dahil tüm çalışanları, müşterilerden hisse senedi alım satım emri verme, diğer belgeleri imzalama, nakit ve menkul kıymet yatırma ve çekme, virman işlemi yapma gibi geniş yetkiler içeren vekaletname alarak müşteri adına işlem yapamazlar (portföy yöneticiliği faaliyeti bu yasak kapsamın dışındadır). Yatırımcıların hak ve yararlarını zedeleyici, iyi niyet kurallarına aykırı hareket edemez ve işlemlerde bulunamazlar; müşterilerin piyasa hakkında bilgisizlik ya da tecrübesizliklerinden yararlanıp bunların alım-satım kararlarını etkileyerek kendi lehlerine kazanç sağlayamazlar ve herhangi bir şekilde gelirlerini artırmak amacıyla gereksiz alım satım yapmalarına ortam hazırlayamazlar. Ortak, yönetici, ihtisas personeli ile müfettiş ve TTK uyarınca atanan denetçileri, işleri dolayısıyla aracı kurum ve müşterileri hakkında öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve bu sırları kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine kullanamazlar (Daha fazla açıklama için bkz. İMKB Kılavuz, s. 68 vd).

20 Özellikle bu şekilde elde edilen haksız kazancın hesap yöntemleri için bkz. McCann, s. 5 vd.

21 NASD Rule 2310, NASD Rule 2310-2(b)(2), NYSE Rule 408(c) ve NYSE Rule 476 (a) (6); Ayrıca bkz. 25.07.1977 T. 77/534/EEC (Davranış Yasası).

22 Norman Poser, Options Accounts Fraud: Securities Churning in a New Context, Bus. Law. R. Vol. 39 (1984), s. 571.

23 J. Kirkland Grant, Securities Arbitration for Brokers, Attorneys and Investors, Westport, Connecticut, London 1994, s. 194.

kurumunun menfaatiyle yatırımcının yatırım amaçlarına aykırılık sonucunu doğuran hareketliliğin yarattığı menfaat kaybının bir çatışma halinde olduğu görülmektedir[24]. Bu nedenle eğer aracı tarafından yatırımcının hesabında aşırı ve gereksiz bir hareketlilik sağlanmakta ise yatırımcının bu durumu bir dava konusu halinde ileri sürmesi mümkün olmaktadır. O itibarla aracıların agresif ve gereksiz işlemlerle hesap çalkalamaya kalkışmaması için pek çok ülkede sıkı sorumluluk kuralları yürürlüğe konulmuştur. Yatırımcı hesabında çalkama yapılarak haksız kazanç elde edildiği şeklindeki iddiaları konu alan uyuşmazlıklarda yatırımcının yatırım amaçlarının ve niteliklerinin analiz edilmesi sayesinde bu durumun değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Bu noktada üç unsurun varlığını aramak gerekir[25]. Öncelikle aracının yatırımcının hesabını idare ediyor olması gerekmektedir[26]. Bundan sonra aracının yatırımcının hesabında yatırımcının finansal kaynaklarına, yaptığı işlemlerin finansal riskleri hakkındaki malumata ve yatırımcı hesabının amaçlarına nazaran makul olanın çok dışında menkul kıymet alım satımı yaptığı saptanmalıdır. Son unsur ise aracının yatırımcının menfaatini göz ardı eden, bunu dikkate almayan bir biçimde hileli hareket etme düşüncesiyle işlemleri tesis etmiş olmasıdır[27].

Yatırımcı hesabında aracı tarafından gerçekleştirilen işlemlerle bağlantılı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkta bu üç unsurun varlığı halinde hesaptaki hareketliliğin yatırımcı tarafından değil de aracı tarafından gerçekleştirildiği kabul edilebilecektir. Bu hallerde yatırımcının hesabının aracının kontrolünde olduğu ve işlemlerin onun iradesine tabi bir şekilde sonuçlandırıldığı aşikardır.

Öte yandan yatırımcının hesabında ileri vadeli olarak gerçekleştirilecek olan her bir menkul kıymet alım satımı işlemine ayrı ayrı olmak üzere yatırımcı tarafından onay verilen hallerde dahi aracının tavsiyelerine itimat edilmek suretiyle gerçekleştirilen bu işlemlerin aşırı ve gereksiz işlem niteliği arz etmesi halinde çalkalama yapıldığı iddiasının ileri sürülebileceği kabul edilmektedir[28]. Ancak bu durumun yatırımcının kendisine yapılan bilgilendirmelerle hiçbir şekilde ilgilenmeme hakkı veya bunları incelememe hakkı olduğu şeklinde değerlendirilmesi her halükarda mümkün değildir.

Yatırımcının lehine bir kazanç elde etme olanağı olmaksızın yapılan men-

---

24 Note, Churning by Securities Dealers, 80 Harvard Law Review, 1967, s. 870.

25 Wislow&Anderson, s. 327.

26 Shearson Lehman Hutton. Inc. v. Walter Wagoner, Jr., Trustee, United States Court of Appeals, Second Circuit, No. 1602, 18.09.1991.

27 Grant, s. 194.

28 Note, Churning by Securities Dealers, Harvard Law Review, Vol. 80 (1967), s. 869; Grant, s. 194; Birleşik Devletler sermaye piyasası hukukunda hesapta çalkama yapılması normalde hileli işlemlerin bir modeli olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple çoklu ve cezalandırıcı tazminat uygulamalarıyla sık sık karşılaşılmaktadır. Bunun yanı sıra SEC tarafından menkul kıymetler kanununun 15c-7 hükmüyle çalkama teşkil eden işlemlerin arasında bağdaşlık kurulmaktadır. Buna göre aracılar, yatırımcı hesaplarında manipülatif, aldatıcı veya diğer hile teşkil eden araç yahut düzenleri icra etmekten men edilmişlerdir.

kul kıymet alım satım işlemlerinin varlığının kabul edilmesinde yatırımcının, aracı nezdindeki hesabındaki menkul kıymet alım satımlarının dönemsel işlem sayısı ve sıklığı da dikkate alınmaktadır. Bu durum genellikle hesaptaki devir hızıyla ortaya konulmakta ve belirli bir zaman dilimi içerisindeki devir hızının saptanması için aynı sürede yapılan satın almaların miktarının yapılan yatırım miktarına bölünmesi şeklinde formüle edilen bir usulle devir hızı saptanmaktadır[29].

Churning iddialarında yapılan işlemlerin kendine özgü tabiatı da gözden kaçırılmamalıdır. Zira piyasa, bazı menkul kıymetler, opsiyon sözleşmeleri veya yüksek riskli yatırım aracı durumundaki hisseler için uzun dönemli yatırımların yerine çok daha kısa sürelerde işlem yapılmasını zorunlu kılabilmektedir. Nitekim kimi yatırımcılar ve onların hesaplarında yatırım amaçlarındaki farklılıklardan ötürü devir hızını diğerlerine nazaran daha hızlı olmak zorunda da olabilir. Yine işlem yapılan piyasanın sahip olduğu model de çok sayıda menkul kıymet alım satımı yapılmasını gerekli kılabilmektedir[30]. Bu durum milletlerarası piyasalarda veya daha yerinde bir ifadeyle yatırımcının birden fazla ve farklı ülkede buluna piyasa eş zamanlı yatırım yaptığı hallerde daha sık karşılaşılabilir bir haldedir. İşte bu gibi durumlarda artık işlem hızı veya sıklığı, churning iddialarının değerlendirilmesinde etkisini kaybetmeye başlamakta ve zayıf bir kriter haline gelmektedir.

Yatırımcı hesabında çalkalama olarak adlandırılan işlemler daha önce de ifade ettiğimiz üzere genellikle çok sayıdaki işlemlerin sonucunda yüksek miktarlara ulaşan komisyonların elde edilmesini sağlamaktadır. Bu sebeple, elde edilen haksız komisyon miktarları, ortaya çıkan uyuşmazlıkta davacı lehine hükmedilmesi istenen miktarı oluşturmaktadır. Örneğin, kimi zaman yatırımcının uzun süreden beri koruduğu yatırım pozisyonunu sıklıkla vergisel sonuçlarına da aldırmadan tasfiye ederek komisyon elde etme girişiminde bulunulduğunda; yatırımcının elde etmeyi umduğu kardan da mahrum kalması pahasına ve aynı zamanda uygunsuz işlem niteliği arz ederek elde edilen gelir, tazminat istemine dahil edilebilir durumdadır. Bu gibi hallerde olası bir şekilde yatırımcı ile olan güven ilişkisi ve sözleşmesel yükümlülüklerin ihlal edilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar gündeme gelebilecektir. Tabi bu şekilde formüle edilmesi halinde söz konusu uyuşmazlıkların hallinde belirleyici kriter tarafların arasındaki sözleşme ve Borçlar Hukukuna hakim olan ilkelerin tesirine girecektir.

Hesapta çalkalama iddiasına dayanan sermaye piyasası uyuşmazlıklarında en çok ileri sürülen savunma menkul kıymet alım satım işlemlerine yatırımcının kabulüyle girişildiği veya yatırımcının bu işlemlere muvafakat ettiğidir. Yatırımcının hesabından yüksek meblağda komisyon elde edildiği bu hallerde sıklıklı aracı tarafından yatırımcıya gönderilmiş bir bildirim aracılığıyla onun yapılan veya yapılacak olan aşırı sayıdaki menkul kıymet işleminden ötürü

29 McCann, s. 8; Grant, s. 195.
30 Grant, s. 195.

uyarılması veya bilgilendirilmesi gereğinin[31] temin edilmesine çaba gösterilmektedir[32].

Bu uygulamaya istinat ettirilen savunmalar, haliyle yatırımcının yapılan bildirimle çok sayıda menkul kıymet işleminin risklerine karşı uyarıldığı ve hesaptaki hareketlerin devamı halinde menkul kıymetlerle ilgili işlemlerin kabul edildiği şeklinde yorumlanılması yönündedir[33]. Bu tür savunmalarda ispat meselesi şimdilik bir yana bırakılacak olursa her halükarda yatırımcının kendisine yapılması gereken bildirimleri mümkün olan en azami zaman ve titizlikle incelemesi gerektiği açıktır[34].

Yatırımcı hesaplarında çalkalama iddiasına dayanan sermaye piyasası uyuşmazlıklarında, çalkama iddiasına karşı en kolay ve sık ileri sürülen savunma ise, yatırımcının geçmiş dönemde veya eş zamanlı olarak aynı veya başka aracıların nezdindeki hesaplarında aynı şekilde işlem yapılmakta olduğuna dayanılması şeklindedir. Bu sayede yatırımcının uyuşmazlık konusu işlem biçimi bildiği ve buna rızasının bulunduğu gösterilmeye gayret edilmektedir. Aynı amaçla çalkalama iddiasının hakem heyetine sunulduğu yargılamalarda aracıların yatırımcının diğer aracılar nezdindeki hesap hareketlerinin incelenmesini sıklıkla talep ettikleri görülmektedir[35].

Yatırımcı hesabında aşırı ve sadece komisyon elde etmek amacıyla yapıldığı iddia edilen menkul kıymet devir işlemlerine dair taleplerde bulunulması bakımından yatırımcının bu işlemlerden ötürü her halükarda zarara uğramış olduğu söylenemez. Fakat hesaplarda komisyon elde etmek amacıyla yapılan devirlerin çalkama olarak nitelendirilmesi için yatırımcının zarara uğramış olmasını aramak da bir şart olarak kabul edilmemektedir. Yani yatırımcı, aracının devirleri neticesinde zarara uğramamış olsa dahi yapılan menkul kıymet işlemlerinin yegane gayesinin komisyon elde edilmesine dayandığı hallerde ortada bir zarara uğrama durumu bulunmasa bile yapılan işlemlerin çalkama niteliğine sahip olduğu kabul edilecektir. Bu noktada işlemin zararlı veya karlı sonuçlanması ile bu işlemin churning vasfında olmasının arasında bir zorunlu sebep-sonuç ilişkisi aranması uygun görünmemektedir. Nitekim buna benzer bir husus Birleşik Devletler'de bir yargılamaya konu olmuş[36] ve burada mah-

31 Clifford E. Kirsch, Broker-Dealer Regulation (Kıs: Broker-Dealer), Practising Law Institute, USA 2004, s. 6-26.

32 Bu sayede anılan işlem şeklini yasaklayan örneğin SEC Rule 15cl-7 benzeri kuralların dolanılması amaçlanmaktadır.

33 Grant, s. 195.

34 Bu konuda detaylı açıklama için bkz. yukarıda dipnot 10.

35 Grant, s. 195.

36 906 F. 2. 1206 (8. Cir. 1990); Mahkeme kararında ayrıca iki milyon dolarlık tazminata cezalandırıcı tazminat olarak hükmetmiştir. Oysa olayda tespit edilebilen gerçek zarar yüz bin dolardır. Aracı kurumun bu davada ileri sürdüğü; davacıya aylık olarak gönderilen bildirimlerin onun oğlu tarafından incelendiği; davacıya işlem hareketliliği bildirimi yapıldığı; davacının devir işlemleri hakkında bilgilendirildiği ve buna karşın süresinde herhangi bir itiraz ileri sürmemekle haklarından feragat ettiği şeklindeki savunması mahkeme tarafından

keme tarafından davacının zarara uğramamış olmasına rağmen devir işlemlerinin mahiyeti ve sıklığı nazara alınarak çalkalamanın varlığı kabul edilmiştir. Bahse konu olaysa mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta seksen yedi yaşındaki dul bayan yatırımcının hesaplarında aracı tarafından yapılan çalkama niteliğindeki işlemlerin neticesinde yatırımcının uğradığı kabul edilecek bir zarar bulunmasa da tek başına bu durumun dahi tazminat sorumluluğunu doğurduğunu belirtmiştir.

Mahkemeye göre gerçek bir kayıp bulunmayan bu durumda aracının yapmış olduğu devirler sayesinde toplam otuz bir aylık süre zarfında ortalama 144.000 dolar tutarındaki yatırımcı hesabından elde edilen 43.000 dolarlık komisyon haksız kazanç niteliğindedir. Ayrıca aracının yatırım hesabını usulüne uygun idare etmiş olması halinde yatırımcının kazanacağı getirinin kendisine tazminat olarak verilmesi gerektiği mahkemenin vardığı neticeyi teşkil etmektedir[37].

Bu mahkeme kararı dikkatle incelendiğinde, yatırımcının kimliği, yaşı, mali durumu, yapmakta olduğu iş gibi unsurların dikkate alındığı görülmektedir. Aynı şekilde işlemlerin meblağ olarak tutarı, elde edilen komisyon miktarının yüksekliği, işlem süreleri ve sıklığı gibi tüm unsurlara vurgu yapılmıştır. Yine mahkeme, yapılan işlemlerin kar edilerek veya zarar edilerek sonuçlanmış olup olmamasına da bir kriter olarak değer atfetmemiştir.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının, bu piyasaların gelişmesi ve derinleşmesi ile daha sık gündeme geldiği dikkate alındığında özellikle churning gibi uyuşmazlıklarda bunların değerlendirilmesine ilişkin kriterlere ihtiyaç duyulacağı aşikardır. Söz konusu kriterler uyuşmazlık tiplerinin özelliklerine göre sınıflandırılması ile daha kolay geliştirilebilecek ve özellikle bu noktada hukukumuzun kaynağı durumundaki anglo-sakson hukuk çevrelerinin tecrübeleri önemli ölçüde yol gösterici olacaktır.

kabul görmemiştir. Mahkemeye göre davacı, aracının ileri sürdüğü feragatte bulunma hakkına sahip olmadığı gibi kendisiyle beraber yaşayan bir akrabasına dahi olsa yapılan bir tebligatın bu durumda yeterli kabul edilemeyeceğini zira aracının bildirimde bulunmasının tek başına yeterli olmadığını ve buna ek olarak bildirimin ilgilisine ulaştığının ve onun tarafından anlaşıldığının da ayrıca tespit edilmesinin gerektiğini gerekçesinde işaret etmiştir.

37 Grant, s. 196.

YETKİ SÖZLEŞMELERİ

Derya BELGİN GÜNEŞ[1]

GİRİŞ

Medeni Usul Hukuku'nda kanuni düzenlemeler kural olarak emredici niteliktedir ve kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle Medeni Usul Hukuku'nda irade serbestîsi ön planda değildir. Buna karşın sınırlı konularda kanun koyucu taraflara tasarrufta bulunma imkânı tanımıştır[2]. Yetki sözleşmesi ile yetkili mahkemeyi tespit edebilme, tahkim sözleşmesi ile yargılamayı devlet mahkemeleri yerine hakeme götürebilme bu hususa örnek olarak verilebilir.

Medeni usul hukukunda yetki kuralları bir taraftan genel yetki kuralı-özel yetki kuralı biçiminde ayrılırken diğer yandan da kesin olan ve kesin olmayan yetki kuralları olarak ayrıma tabi tutulur. Tarafların yetki sözleşmesi yapabilmesi yalnızca kesin olmayan yetki kurallarının öngörüldüğü hallerde mümkündür, kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamaz. Bununla beraber bazı kesin olmayan yetki hallerinde ve fakat kamu düzeni gerekçesiyle kanun hükmü veya Yargıtay kararları ile yetki sözleşmesi yaparak tarafların yetkili mahkeme belirlemesinin yolu kapatılmıştır. Örneğin boşanma davalarında, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda.

Usul sözleşmesinin bir tanımını vermek gerekirse, "mevcut veya gelecekteki bir davada bir usuli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da usuli bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını içeren, etkilerini usul hukuku alanında gösteren iki taraflı usuli işlemlerdir"[3].

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yerini almak üzere ve 01.10.2011 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bir taraftan hukuk yargılamasındaki bazı kuralları aynen muhafaza ederken, diğer taraftan da yeni birtakım düzenlemeler öngörmektedir. Bunlardan biri de yetki sözleşmelerine ilişkin 17 ve 18. maddelerdir. Biz de bu çalışmamızda yetki sözleşmelerine ilişkin yapılmış olan değişiklikleri ve yansımalarını her iki kanunu da karşılaştırarak ele alacağız.

Söz konusu düzenlemeler şöyledir.

HMK m. 17: "Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi

---

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

2 Saim Üstündağ, "Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları", İHFM, 1962,C.XXVII, S.1-4, s.310.

3 Abdurrahim Karslı, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s.224.

sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır."

HMK madde 18: "(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz.

(2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır."

I. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yetki sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle maddi hukuk sözleşmesi mi usul hukuku sözleşmesi mi olduğu Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu konuda üç görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yetki sözleşmesi özel hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği maddi hukuk esaslarına göre; kabul edilebilirliği ve hükümleri usul hukukuna göre belirlenir ve usul hukukunda aksine hüküm bulunmadıkça Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri bu sözleşmeye aynen uygulanacaktır. Diğer bir görüşe göre, yetki sözleşmesi usuli bir ilişkinin dışında yapılmışsa usul dışı irade beyanlarının tabi olduğu esaslara tabi iken, usuli bir ilişkinin içinde beyan edilen iradelerin meydana getirdiği işlem bir usul işlemidir. Son olarak üçüncü görüşe göre ise, yetki sözleşmesi bir usul hukuku işlemidir. Buna göre, yetki sözleşmesi usuli işlemlerin statüsüne tabi olacak ve dolayısıyla iradeyi bozan sebeplerden dolayı feshedilemeyecektir[4].

İsviçre hukukunda yetki sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir; çünkü yetki sözleşmesi dava sırasında olsun davadan önce olsun yargılama süreci üzerinde doğrudan usuli etkiler meydana getirmektedir. Usul hukukunda yetki sözleşmesi düzenlenirken bulunan kanuni boşluklar maddi hukuk sözleşmelerine ilişkin kurallar kıyasen uygulanarak giderilmelidir fikri savunulmuştur[5].

Fransız hukukunda ise, yetki sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir ve kuruluşu, geçerliliği, tarafların ehliyeti konularında maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır[6].

Türk hukukunda, çoğunluk görüşü yetki sözleşmelerinin usul hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir. Yetki sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğu görüşünün kendi içinde ikiye ayrıldığı söylenebilir. Yetki sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğu ve bu sözleşmenin kuruluşu, etkileri ve sonuçları bakımından usul hukuku hükümlerine tabi olduğu ileri sürülmüştür[7].

4 Üstündağ, agm, s.312-313.
5 Nur Bolayır, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s.42 (Yazar, Fischer ve Donzallaz'ın görüşlerine yer vermiştir).
6 Bolayır, s.43(Yazar, Solus/Perrot'un görüşüne yer vermiştir).
7 Turgut Kalpsüz, "Salahiyet Mukavelesi Hakkında", Jurisdictio Kazai İçtihatlar, 1956/1, s.79 (Bolayır, s.44'ten naklen).

Diğer ayrıma göre, yetki sözleşmelerine usul hukukuna ilişkin olan ilkelerin yanı sıra gerektiğinde Borçlar Hukukuna ilişkin genel hükümler uygulanmalıdır. Bu görüşü kabul eden yazarlar ise Ansay, Anaral, Kuru, Kuru/Arslan/Yılmaz, Pekcanıtez/Atalay/Özekes'dir[8]. Buna karşılık doktrinde Üstündağ ve Postacıoğlu yetki sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla yetki sözleşmesinin yazılı şekil şartı, geçerliliği, irade sakatlıkları konusunda borçlar hukukuna tabi olması gerekecektir[9].

Biz de yetki sözleşmelerinin usul hukuku sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz. Çünkü bir sözleşmenin maddi hukuk sözleşmesi mi usul hukuku sözleşmesi mi olduğunu tespit edebilmek için onun asli etkilerinin hangi hukuk alanında doğurduğuna bakmak gereklidir. Yetki sözleşmesi ile taraflar mahkemenin yetkisini aralarında anlaşarak tayin ettiklerinden, sözleşmesi esas etkilerini usul hukukunda doğurmaktadır[10].

II. YETKİ SÖZLEŞMESİNDE İRADE SAKATLIKLARI

Yetki sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, bir maddi hukuk sözleşmesine bir şart konularak da yapılabilir. İkinci duruma kısaca yetki şartı denilmektedir. Yetki şartı her ne kadar bir maddi hukuk sözleşmesinin şartı olsa da bu şart başlı başına yetki sözleşmesi teşkil eder ve o sözleşmeden bağımsız ve ayrıdır[11].

Yetki sözleşmesinin geçersizlik şartları ile maddi hukuk sözleşmesinin hükümsüzlük şartları birbirinden bağımsızdır. Bu durumda yetki sözleşmesindeki hükümsüzlük veya yokluk maddi hukuk sözleşmesini etkilemeyecektir, bunun tersi de geçerlidir. Dolayısıyla her iki sözleşmenin hükümsüzlüğünün ayrı ayrı değerlendirilmesi ve incelenmesi gerekir[12]. Sonuç olarak, sözleşmede bir irade sakatlığının bulunduğu ileri sürülüyorsa, maddi hukuk sözleşmesi ve yetki şartı bakımından etkisi farklı değerlendirilmelidir. Buna göre, irade sakatlığı hem yetki şartını hem maddi hukuk kısmını etkiliyorsa sözleşmenin tamamı irade sakatlığı ile hükümsüz olabilir. Buna karşılık, irade sakatlığı sözleşmelerden birini etkiliyorsa diğer kısım geçerliliğini korumaya devam edecektir. Örneğin, irade sakatlığı yalnızca maddi hukuk sözleşmesini etkiliyorsa, yetki sözleşmesi irade sakatlığı ile hükümsüz olamayacaktır[13].

8 Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s.103; Hüseyin Anaral, "Yetki Sözleşmesi", AD, 1977, S.1-2, s.120-121; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, s.555; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (6100 sayılı HMK'na göre yeniden yazılmış), Ankara 2011, s.158; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2010, s.179; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011 s.125.

9 Üstündağ, agm, s.313; İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.160.

10 Evren Koç, Usuli İşlemlerde İrade Sakatlıkları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.225-227.

11 Üstündağ, agm, s.319; Kuru, age, s.556; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.158; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.179; Koç, s.244.

12 Koç, age, s.244; Kadri Keskin, "Yetki Anlaşmaları", AD, 1973, S.4, s.309-310.

13 Koç, age, s.246.

Yetki sözleşmesindeki irade sakatlığının ileri sürülmesi gereken zaman dilimi, davalı bakımından esasa cevap süresi olmalıdır. Davalı ilk itiraz olarak cevap dilekçesinde diğer itirazları ile beraber yetki sözleşmesindeki irade sakatlığını ileri sürmelidir. Aksi halde, yani davalı yetki itirazında irade sakatlığını ileri sürmezse o işleme icazet vermiş sayılır. Davacı bakımından yetki sözleşmesindeki irade sakatlığının ileri sürülmesi ise dava açmadan önce olmalıdır. Çünkü davacı, dava açarken yetki sözleşmesindeki irade sakatlığını ileri sürmez ve sözleşmedeki yer mahkemesinde dava açarsa, sözleşmeye icazet vermiş ve yetkili mahkemede davasını açmış sayılır[14].

Yetki sözleşmenin geçerliliğinin incelenmesi yetki sözleşmesinde belirlenen mahkeme tarafından yapılmalıdır[15]. Bu husus usul ekonomisine de hizmet eder. Çünkü yetki sözleşmesindeki mahkeme öncelikle yetki sözleşmesinin geçerliliğini inceleyecek geçerli olduğuna karar verirse, maddi hukuka ilişkin uyuşmazlık incelenmeye başlanacaktır[16]. Yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konusunda verilen karar yalnızca bu bakımdan kesin hüküm teşkil eder, esasi uyuşmazlık bakımından kesin hüküm teşkil etmez[17].

Yetki sözleşmesi veya yetki şartının mahkeme tarafından irade sakatlığı bakımından incelenmesi bir ön sorun teşkil eder[18]. Ön sorunlar hakkındaki 6100 sayılı HMK m.164'e göre, hâkim, taraflardan birinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulursa, belirleyeceği süre içinde, varsa delilleriyle birlikte cevabını bildirmesi için diğer tarafa tefhim veya tebliğ eder. Ön sorun hakkında iki taraf arasında uyuşmazlık varsa, hâkim gerekirse tarafları davet edip dinledikten sonra kararını verir. Hâkim, ön sorun hakkındaki kararını taraflara tefhim veya tebliğ eder. 1086 Sayılı Kanun'da ön sorun 'hadise' olarak adlandırılmaktaydı ve 1086 ve 6100 Sayılı Kanun'lardaki düzenlemeler özü itibariyle farklılık arz etmemektedir.

III. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN YAPILABİLDİĞİ HALLER

Gerek 1086 Sayılı Kanun'da gerek 6100 Sayılı Kanun'da yetki sözleşmesi kesin yetkinin öngörülmediği ve kamu düzenine ilişkin olmayan hallerde yapılabilir. Her ne kadar 1086 Sayılı Kanun'un 22.maddesinde "Mahkemenin salahiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde..." yetki sözleşmesi yapılabileceği belirtilmiş ve kesin yetkinin bulunmaması hali belirtilmemişse de, kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi ile yetkili mahkemenin kararlaştırılamayacağı kabul edilmekteydi[19].

14 Üstündağ, agm, s.315; Koç, age, s.248.
15 Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s.221.
16 Koç, age, s.249.
17 Üstündağ, age, s.222; Koç, s.249.
18 Koç, age, s.272.
19 Üstündağ, age, s.212; Hakan Pekcanıtez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2010, s.130; Sabri Şakir Ansay, age, s.102.

6100 sayılı HMK madde 17/I'de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamayacağı kabul edilmiştir. Kamu düzeninin bir başka ifade biçimi olarak tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar ile kesin yetki hallerinin varlığı halinde yetki sözleşmesi yapılamaz.

Öncelikle kesin yetki hallerinin neler olduğuna bakacak olursak, bunlar genel kanunlar veya özel kanunlar ile düzenlenebilir. 1086 Sayılı ve 6100 Sayılı Kanun'larda kesin yetki halleri şunlardır: Mirastan doğan davalarda ölenin son yerleşim yeri mahkemesi (HMK m.11/I, HUMK m.11/I), taşınmazın aynından doğan davalarda yetki (HMK m.12, HUMK m.13), özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalarda yetki (HMK m.14/II, HUMK m.17), can sigortalarından doğan davalar (HMK m.15/II).

Özel kanunlarda yer alan kesin yetki hallerine, iflas davalarında asliye ticaret mahkemesinin kesin yetkili (İİK m.154/III) olması, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu m.22'ye göre ticari işletme rehninden doğan uyuşmazlıklarda ticaret sicilinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin yetkili olması örnek olarak verilebilir[20].

Yine özel kanunlar ile bazı hususlarda açılacak davalarda kamu düzeninden dolayı yetki sözleşmesi yapılacağı kabul edilmemektedir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 5'e göre, genel yetkili mahkemenin yanı sıra işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme de yetkilidir, fakat bunlara aykırı sözleşmeler geçerli değildir. Böylece iş uyuşmazlıkları kamu düzenini ilgilendirdiğinden ve dolayısıyla işçiyi korumak amacıyla iş sözleşmesinden doğan davalarda yetki sözleşmesi yapılamaz[21]. Yine boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı davalarında yetkinin de kamu düzenine ilişkin olduğu ve yetki sözleşmesi ile kanunun aksine yetkili mahkeme kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir[22]. Bir başka örnek olarak da babalık davası, soybağının reddi davası verilebilir[23]. İş uyuşmazlıkları ve boşanma davalarının niteliği gereği kamu düzenine ilişkin

20 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.156; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.176.

21 Bu konuda doktrinde üç görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre kanunun açık lafzı karşısında iş veya toplu iş sözleşmelerinde yetki sözleşmesi yapılamaz. Diğer görüşe göre, İMK'daki mahkemelerin yetkisi kaldırılmaksızın bunlara ek yetkili mahkeme sözleşme ile kararlaştırılabilir. Üçüncü görüş ise, bu hükmün işçi lehine yorumlanması ve işçi lehine ek yetkili mahkemelerin belirlenebilmesi gerektiği kanaatindedir (Murat Şen, "İş Mahkemelerinde Yetki ve Yetki Sözleşmeleri", AÜEHFD, C.VIII, S.1-2, 2004, s.574-578). Ama Yargıtay bunun aksine kararlar vermiştir. Bugün için HMK m.17 karşısında işçinin yetki sözleşmesine taraf olması mümkün olmadığından böyle bir sorun da kalmamıştır (Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.65).

22 Üstündağ, agm, s.330; Kuru, age, s.558; "... yetki konusu boşanma davalarında tarafların iradesi ile değiştirilemez." HGK 04.03.1964, 2/591-170 (Kuru, age, s.558).

23 Umar, age, s.66.

hususlar olmalarının yanı sıra taraflarından en azından biri tacir veya kamu tüzel kişisi olamayacağından 6100 Sayılı Kanun ile bu hususlarda yetki sözleşmesi yapılması sırf bu açıdan mümkün değildir[24].

1086 Sayılı Kanun karşısında, tüketicinin korunması ve dolayısıyla zayıfın korunması ilkesi kamu düzeninden olduğundan, tüketici sözleşmesinden doğan davalarda hangi yerdeki tüketici mahkemelerinin yetkili olduğunun aksine de yetki sözleşmesinin yapılmaması gerektiği ileri sürülmekteydi[25]. 6100 Sayılı Kanun ile yetki sözleşmesinin tarafları tacirler veya kamu tüzel kişileri olabileceğinden ve tüketiciler yetki sözleşmesine taraf olamayacağından böyle bir tartışmaya yer kalmamıştır.

Alman hukukunda yetki sözleşmelerinin yalnızca mamelek hukukundan davalarda yapılabileceği kabul edilmektedir[26]. Bizim hukukumuzda da yetki sözleşmelerinin kesin olmayan yetki ve kamu düzenine ilişkin olmayan hallerde yapılabileceğinin kabul edilmesi, hatta 6100 Sayılı Kanun ile de taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması karşısında, adeta mamelek hukukundan doğmayan bir davada yetki sözleşmesi yapılması imkan dahilinde olmaktan çıkmıştır. Sonuç itibariyle Alman hukuku ile Türk hukukunun yetki sözleşmesinin yapılabildiği uyuşmazlıklar bakımından birbirine paralel hale geldiği söylenebilir.

B. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

1086 Sayılı Kanun döneminde yetki sözleşmesinin tarafı olabilecek kişiler bakımından bir sınırlama bulunmuyordu. Her türlü kişi yetki sözleşmesinin tarafı olabiliyordu[27]. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yetki sözleşmesine taraf olabilecek kişiler sınırlanmıştır. HMK m.17'ye göre yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabilirler, bu kişiler dışında yetki sözleşmesine taraf olunması mümkün değildir.

Öncelikle tacir ve kamu tüzel kişisi kimdir sorularına cevap bulmak gerekir. Tacir, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişidir. Ticari iş iki türlü olabilir. Birincisi, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen tüm hususlar ticari iştir; ikincisi, bir ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü muamele, fiil ve iş de ticaridir. Tüzel kişi tacirlerin her türlü işlemi ticari sayılır. Oysa gerçek kişi tacirlerin yaptıkları işlemler ticari veya adi nitelikte olabilir. 6102 sayılı TTK m. 19, 2.cümleye göre, gerçek kişi tacir işlem yaptığı anda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa bildirirse veya somut olayın özelliklerinin, işin ticari sayılmasına uygun olmadığı hallerde borç adi sayılır; dolayısıyla ticari iş sayılmaya bağlanan sonuçlar gerçekleşmez[28]. Buna

24 Nur Bolayır, "Yeni HMK'ya Göre Yetki Sözleşmeleri", İBD, 2011, C.85, S.5, s.137.
25 Bolayır, age, s.124-125.
26 Üstündağ, age, s.211.
27 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.159, dn. 103.
28 Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005, s. 63-64.

göre, bir gerçek kişi tacirin ticari iş sayılmayan hukukî işlemleri ile ilgili olarak yetki sözleşmesi yapması mümkün olmayacaktır. Buna karşın ticari işletmesi ile ilgili hususlarda gerçek kişi tacirin yetki sözleşmesi yapması mümkündür.

Yetki sözleşmesinin tarafı olacak tacirler gerçek ve tüzel kişi tacir olabilir. Ancak tacir sayılan kişiler ile tacir gibi sorumlu olan kişiler bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m. 12/II gereği bir ticari işletmeyi açtığını çeşitli şekillerde ilan etmiş veya işletmesini ticaret siciline kaydettirerek ilan etmiş fakat ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olan kimse tacir sayılır. Yine TTK m. 14/I'e göre, kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi tacir sayılır. Tacir sıfatını kazanmadığı halde tacir sayılan kişiler, tacir olmanın hem külfetlerine katlanır hem de nimetlerinden yararlanır[29]. Bu nedenle tacir sayılan kişilerin de yetki sözleşmesi yapabileceği kabul edilmelidir.

TTK m.12/III uyarınca bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne şekilde olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına işlemlerde bulunan kimse, iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur. Tacir gibi sorumlu olmak, tacirlere tanınan haklardan yararlanamamak, buna karşın tacirlere yüklenen yükümlülüklere tabi olmak anlamına gelir[30]. Bu nedenle tacir gibi sorumlu olan kişilerin yetki sözleşmesi yapamaması gerekir. Fakat bu sonuca varmakla beraber, bu husus iki yönlü düşünülmeli ve tacir gibi sorumlu olan kişinin davacı ve davalı olmasına göre ikili bir ayrım yapılmalıdır. Tacir gibi sorumlu olan gerçek kişi tacirin yaptığı yetki sözleşmesine göre yetkili mahkemede açılan davada, davacı taraf tacir gibi sorumlu olan kişi ise yetki sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir. Çünkü bu yetki sözleşmesine göre kararlaştırılan yer mahkemesinde dava açmak tacir gibi sorumlu olan kişi bakımından bir kolaylık ve avantaj teşkil eder. Buna karşılık, tacir gibi sorumlu olan kişiye karşı yetki sözleşmesinin diğer tarafı dava açarsa, bir başka deyişle tacir gibi sorumlu olan kişi davalı ise, yetki sözleşmesinin uygulanmayacağı kabul edilmelidir. Çünkü yerleşim yerinden başka yerdeki bir mahkemeye davalının gitmesi davalı bakımından bir külfet teşkil edecektir.

Tüzel kişiler tabi oldukları hukuk kurallarına göre kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri olarak ikiye ayrılır[31]. Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerini birbirinden ayırmak her zaman kolay olmayabilir. Bunun için tek bir ölçüt yerine birden fazla ölçütü bir arada gözeterek

29 Arkan, age, s. 110.
30 Arkan, age, s.114.
31 Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.I, İstanbul 2009, s.519.

ayrım yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Amacı bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi olan tüzel kişi, amacına ulaşmak için faaliyetlerinde devlete özgü ayrıcalıklarla donatılmış ise, kamu gücünü ve idari araçları kullanma yetkisine sahip ise, diğer kişiler ile olan ilişkilerinde onlardan daha üstün ve ayrıcalıklı durumda bulunuyorsa, kendi iradesiyle kendisini ortadan kaldırma yetkisine sahip değilse ve hatta yargı organları tarafından dahi varlığına son verilemiyorsa, böyle bir tüzel kişi kamu tüzel kişisidir[32].

Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına göre, kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur. Kamu tüzel kişiliği, devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir yapıdır. Örneğin Bakanlıklar, Cumhur-Başkanlığı, merkezi idarenin taşra teşkilatı, yargı organları devlet tüzelkişiliği bütünü içinde yer alırken; belediyeler, il özel idaresi, idari kamu kurumları, iktisadi kamu kurumları, bağımsız idari kurumlar ayrı kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Yine Anayasa m.135'te düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da kamu tüzel kişiliğine sahiptir[33].

İdare tarafından yapılan sözleşmelere genel olarak idarenin sözleşmeleri denir. İdarenin sözleşmeleri, tabi oldukları hukuki rejim bakımından idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak ikiye ayrılır. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir. Buna karşılık idari sözleşmeler idare hukukuna tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanır[34]. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m.31'e göre, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde HUMK (HMK) uygulanır. İYUK'ta yetki sözleşmeleri ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten idari yargılama usulünde, yetki kamu düzeni ile ilgilidir. Yetki sorunu taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi, mahkemece de kendiliğinden incelenir[35]. Bu nedenle idari yargıda, dolayısıyla idari sözleşmelerde yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Sonuç olarak, kamu tüzel kişilerinin yaptıkları özel hukuk sözleşmelerinde yetki sözleşmesi yapmaları mümkündür.

Yetki şartının yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinin üçüncü kişi yararına bir sözleşme olması halinde, o maddi hukuk ilişkisinden doğan taleplerine ilişkin üçüncü kişinin yetki şartı ile kararlaştırılmış yer mahkemesinde dava açabilmesi için, yararlanan üçüncü kişinin de tacir veya kamu tüzel kişisi olması şarttır. Aksi halde, sözleşme yararına yapılan üçüncü kişi genel veya diğer özel yetkili mahkemelerde dava açmalıdır.

Yetki sözleşmesinin tarafları başlığı altında son olarak, yetki sözleşmesini akdeden kişinin taraflardan birinin vekili olması halinde bunun için vekilin

32 Akipek/ Akıntürk, age, s.523.
33 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara 2011, s.471-576.
34 Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s.450.
35 Şeref Gözübüyük, Yönetsel Yargı, Ankara 2007, s.359.

özel bir yetkiye sahip olması gerekmediğini belirtmeliyiz. Gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.504/III' te gerek davaya vekâlet bakımından HMK m. 74'te özel yetki gerektiren haller arasında yetki sözleşmesi sayılmamıştır. Dolayısıyla genel bir vekâletnameye sahip vekil yetki sözleşmesi yapabilir.

C. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1. Genel olarak

Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları bakımından 1086 ve 6100 Sayılı Kanunlar arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Farklılık olarak şu husus belirtilebilir; hukuki ilişkinin belirli olması yer alıyor olmasına karşın hukukî ilişkinin belirlenebilir olması 1086 Sayılı Kanun m.22'de yer almıyordu.

Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları şunlardır: Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinin bulunmaması, sözleşmenin yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi.

2. Yetki sözleşmesinin şartları

a. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konular ve kesin yetki halinin bulunmaması

Yetki sözleşmesi yalnızca kesin olmayan yetki hallerinde yapılabilir. Kesin yetki kuralının öngörüldüğü hallerde ve kamu düzenine ilişkin olmayan bir başka deyişle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hallerde yetki sözleşmesi yapılabilir. Bu hususa ilişkin örneklere yukarıda yer verildi[36].

b. Yazılılık

Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması zorunludur. Burada yazılı şekilden maksat, adi yazılı şekildir, resmi şekil değildir.

Yazılı şekil tarafları düşünmeye ve ihtiyatlı davranmaya sevk etmek ve sonradan başka ihtilafa yer vermemek için kabul edilmiştir[37]. Yetki sözleşmesi taraflar için özel bir önem arz eder. Çünkü tabii hâkimden başka bir hâkimin önüne uyuşmazlığın götürülmesini hedefleyen bir anlaşma önemli bir tasarruftur ve bu önemli tasarruf yapılırken tarafların dikkatli olması ve yaptığı anlaşmanın kendisi için olan önemini kavraması gerekir. Bu yüzden yazılılık, kanun gereği zorunlu bir şart olarak kabul edilmiştir[38].

Yetki sözleşmesi müstakil olarak bir sözleşme biçiminde yapılabileceği gibi, bir maddi hukuk sözleşmesinin bir şartı, maddesi olarak da yapılabilir.

---

36 Bkz. yuk. s. 9-10.

37 Necmeddin Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s.82; Postacıoğlu, age, s.160.

38 Üstündağ, agm, s.318.

Ancak yetki şartı halinde de bu kısmın bağımsız bir yetki sözleşmesi teşkil ettiği kabul edilir[39]. Yetki şartının maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme olmasının sonucu olarak, maddi hukuk sözleşmesi bir şekle tabi olmasa da yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gerekir. Yine maddi hukuk sözleşmesi resmi şekle tabi olsa da yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir[40].

Yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasına bir istisna olarak HMK m.19/IV gösterilebilir. Söz konusu hükme göre, "Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir." Doktrinde bu husus zımni yetki sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır[41]. Aralarında yazılı bir yetki sözleşmesi olmadığı halde davacı kanunen yetkili olmayan bir mahkemede dava açar ve davalı süresinde yetki itirazında bulunmazsa, o mahkeme yetkili hale gelir[42]. Burada öncelikli şart, hukuki uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olmaması ve kesin bir yetkinin bulunmamasıdır.

Davalının esasa cevap süresinde hiç cevap vermemiş olması, dolayısıyla yetkiye ilişkin herhangi bir iddiada bulunmaması halinde de zımni yetki sözleşmesinin varlığının kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Üstündağ'a göre, davalı, süresi içinde esasa cevap vermemiş ve davanın başından beri duruşmalara katılmamış ise, davanın esasına girişmiş sayılmaz ve bu nedenle mahkeme kendi yetkisini resen araştırmalıdır[43]. Kuru'ya göre ise, cevap süresi içinde esasa cevap vermemiş ve ilk itirazlarını bildirmemiş olan davalının ileri sürdüğü ilk itirazlar artık dinlenmez (HUMK m.188, HMK m.117). Süresinde cevap vermeyen davalı davayı inkar etmiş ve davanın esasına girişmiş sayılır. Bu nedenle yetkisiz mahkemenin yetkisini de kabul etmiş sayılır[44]. Kanaatimizce de esasa cevap vermeyen davalının daha sonra ilk itiraz ile yetki hususunu ileri sürmesi mümkün olmadığından ve davacının talep sonucunu inkar etmiş sayıldığından artık yetkisiz mahkeme yetkili hale gelmiştir.

Zımni yetki sözleşmesi, taraflar tacir veya kamu tüzel kişisi olsun veya olmasın yapılabilir. Dolayısıyla davanın tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmasa da davacının davasını açtığı yetkili mahkemeye davalı süresi içinde yetki itirazında bulunmazsa, o mahkemeyi yetkili kabul etmiş sayılır (HMK m.19/IV)[45].

---

39 Bkz. yuk. dn.10.

40 Üstündağ, agm, s.321.

41 Üstündağ, agm, s.322; Kuru, age, s.577; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.162; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.182; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, HUMK'a göre, s.131; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, HMK'ya göre, s.127.

42 Kuru, age, s.577; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.162; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.182.

43 Üstündağ, agm, s.326-328.

44 Kuru, age, s.578.

45 Bolayır, agm, s.139.

Taraflar tacir veya kamu tüzel kişisi olmadıkları halde, aralarında yetki sözleşmesi yapmışsa bu sözleşme geçersizdir. Ancak davacı bu geçersiz sözleşme ile kararlaştırılan mahkemede dava açmış ve davalı taraf yetki itirazında bulunmazsa HMK m.19/IV gereği geçersiz bir sözleşme de olsa o mahkeme yetkili hale gelecektir. Çünkü kesin yetki halleri dışında hâkim mahkemenin yetkisini kendiliğinden araştıramaz[46].

İcra dairelerinin yetkisi İİK m.50'de düzenlenmektedir. Bu hükmün sonucu olarak icra dairelerinin yetkisi kesin olmayan yetki niteliğindedir. Taraflar yetki sözleşmesi ile yetkili olmayan bir icra dairesini belli bir icra takibi için yetkili kılabilirler[47]. Bu nedenle, icra daireleri bakımından da zımni yetki sözleşmesi yapılması mümkündür. Bir başka deyişle, alacaklının yetkisiz bir icra dairesinde takip başlatmış olması halinde, borçlu ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde yetki itirazında bulunmazsa, yetkisiz icra dairesi yetkili hale gelmiş olur.

c. Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması

Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları bakımından 1086 Sayılı Kanun ile 6100 Sayılı Kanun arasındaki farklardan biri, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerektiğidir. Zira 1086 Sayılı Kanun hukuki ilişkinin yalnızca belirli olmasını ararken belirlenebilir olmasına ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemekteydi.

Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli olmasından maksat, sözleşme ile yetkili kılınan mahkemenin hangi uyuşmazlığa bakacağının yetki sözleşmesinden açıkça anlaşılması gerektiğidir[48]. Şu hallerde yetki sözleşmesinin uygulanacağı hukuki uyuşmazlık bellidir: "A ile B arasındaki satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta İstanbul mahkemeleri yetkilidir.", "Bu senetten doğan davalara Ankara Mahkemeleri bakmaya yetkilidir", "İş bu sözleşmeden doğan davalar için İzmir mahkemeleri yetkilidir." Burada hukukî ilişkinin belirli olması bakımından dava konusu edilecek uyuşmazlığın belirli olması zorunlu değildir; bir başka deyişle müddeabihin yetkili mahkemenin tespiti için belirli olması gerekmez. Bir sözleşmeden doğan davalar için yetkili mahkeme kararlaştırılmışsa, bu sözleşmeden kaynaklanacak örneğin, sözleşmenin yerine getirilmesi, sözleşmeye uyulmamasından doğan tazminat veya cezaî şartın ödenmesine ilişkin davalar bu yetkili mahkemede açılmalıdır. Bir maddi hukuk sözleşmesinde yer alan yetki şartı o sözleşmeye dayanılarak açılan davalar içindir. Dayanağı o sözleşme olmayan örneğin taraflar arasındaki sebepsiz zenginleşmeden doğan davalarda o yetki şartı uygulanmaz[49].

46 Umar, age, s.68; Bolayır, agm, s.140.
47 Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s.157.
48 Kuru, age, s.561; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.160; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.180.
49 Kuru, age, s.561-562.

Buna karşılık, yetki sözleşmesinde uyuşmazlığın dayandığı hukuki ilişki belirli veya belirlenebilir nitelikte değilse yetki sözleşmesi geçersiz olur. Örneğin, "bundan böyle aramızda çıkacak tüm uyuşmazlıklarda...", "önümüzdeki yıl boyunca aramızda çıkacak ihtilaflarda..." şeklindeki ifadeler yetki sözleşmesini geçersiz kılar[50].

Yetki sözleşmesi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça belirlenen ihtilaf hakkında çıkacak her türlü dava çeşitlerine (eda, tespit, inşai dava, karşı dava gibi) uygulanır[51]. Yine yetki sözleşmesinin uyuşmazlık hakkında ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz veya delil tespiti gibi geçici hukuki korumalar esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden istenebildiğinden (HMK m.390; m.401; İİK m.258), yetki sözleşmesi ile belirlenen yer mahkemesinden bu geçici hukuki korumalar talep edilebilecektir. Özellikle yetki sözleşmelerinin HMK m.17 gereği aksi kararlaştırılmadığı sürece münhasır olma özelliği karşısında bu husus önem arz edecektir. Bununla beraber, o uyuşmazlık hakkında yetki sözleşmesi bulunsa da, tespit edilecek delil tanık, bilirkişi veya keşif ise, üzerinde keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olması kuralı (HMK m.401) delil tespitinde geçerli olacaktır.

Henüz işlenmemiş bir haksız fiilden doğacak uyuşmazlıklar için yetki sözleşmesi yapılamaz. Buna karşılık bir haksız fiil işlendikten sonra buna ilişkin uyuşmazlığı çözecek mahkemenin yetkisi sözleşme ile belirlenebilir. Bu ikinci durumda uyuşmazlık konusu hukuki ilişki artık belirli durumdadır[52].

Hukuk düzeninin kendisine hukuki sonuç bağladığı iradi fiile, geniş anlamda hukuki fiil denir. Geniş anlamda hukuki fiiller, hukuka aykırı fiiller ve hukuka uygun fiiller (dar ve teknik anlamda hukuki fiiller) olmak üzere ikiye ayrılırlar[53]. Hukuki işlem geniş anlamda hukuki fiiller içinde yer alır ve fakat diğer hukuki fiillerden, hukuki sonuca yönelmiş bir irade beyanı unsurunu zorunlu kılması sebebiyle ayrılır. Bu nedenle doktrinde, hukuki işlem dışında kalan ve hukuka aykırı fiil de olmayan diğer bütün hukuki fiiller dar anlamda hukuki fiil olarak adlandırılır. Hukuki fiillerin hukuki işlem karşısındaki özelliği, meydana getirdikleri hukuki sonucun, fiili işleyenin bu sonucu istemesi gerekmeksizin doğrudan doğruya kanun tarafından gerçekleştirilmesindedir[54]. Niteliklerinin bir sonucu olarak, hukukî fiiller bakımından yetki sözleşmesi yapmak da mümkün olmaz. Çünkü hukukî fiiller irade beyanı içermezler, içerseler bile bu irade beyanı belirli bir hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş değildir, bir başka deyişle hukukî fiiller hukukî bir sonuç doğurmakla beraber, o hukukî sonucu doğurmak amacıyla yapılmaz[55].

50 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.160; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.181; Bolayır, agm, s.140.

51 Üstündağ, agm, s.335.

52 Kuru, age, s.562; Üstündağ, agm, s.335.

53 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s.147; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2008, s.83-84.

54 Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, age, s.87.

55 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.424.

Bolayır, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ihtilafın belirlenebilir olması halinde de yetki sözleşmesinin geçerli olduğunu belirttikten sonra, "aramızdaki ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda İstanbul Mahkemeleri yetkilidir" örneğini vermektedir. Buna karşın daha sonra haksız fiil alacağında hakkında yetki sözleşmesinin yapılabilmesinin alacağın doğmuş olması şartına bağlı olduğunu belirtmektedir[56]. Kanımızca belirtilen hususlar çelişkilidir. Yazar, haksız fiil için alacağın doğmuş olması şartını ararken, iki tacirin aralarında çıkacak tüm ticari ihtilaflarda yetkili mahkeme belirlemesini belirlenebilir olduğu gerekçesiyle kabul ediyor. Elbette ki, hukuki ihtilafın belirlenebilir olduğu hallerde yetki sözleşmesi geçerli olacaktır, fakat verilen örneğin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu konuda ancak şöyle bir örnek verilebilir, maddi hukuk sözleşmesinden ayrı bir yetki sözleşmesi yapılmış ve hukuki ilişkiye atıf yapılırken açıkça belirtilmeden mesela sadece kira sözleşmesi denmişse, uyuşmazlığın dayandığı hukuki ilişki belirlenebilir niteliktedir.

d. Yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi

Yetki sözleşmesi ile tarafların kararlaştırdıkları mahkemenin açıkça belirli olması gerekir. Tarafların istedikleri mahkemeye başvurabileceklerine ilişkin bir yetki sözleşmesi geçersizdir[57]. Bu durum mahkemenin belirli olmaması nedeniyle yetki sözleşmesinin geçerlilik şartlarına aykırıdır ve kamu düzenini ihlal eder[58]. Aynı zamanda böyle bir belirleme davalının uygun olmayan bir mahkemeye götürülmesi suretiyle savunma hakkının zedelenmesine yol açar[59].

Yetki sözleşmesinde belirli bir şehirdeki mahkemelerin yetkili kılınması, sadece o şehrin merkez ilçesinin yargı çevresindeki mahkemelerin yetkili kılındığı anlamına gelir. Merkez ilçenin dışında ayrı bir mahkeme teşkilatı bulunan yerdeki ilçe mahkemeleri sözleşmenin kapsamı dışında kalmaktadır[60]. Örneğin, yetki sözleşmesinde İstanbul mahkemeleri yetkili kılınmışsa, davanın İstanbul sınırları içinde olsa da Bakırköy mahkemelerinde açılması mümkün değildir[61].

Yetkili kılınan mahkemelerin sayısı, birden fazla olup olamayacağı, 1086 Sayılı Kanun'un 22. maddesinin ifadesi karşısında, doktrin ve uygulamada tartışmalıydı. HUMK m.22'ye göre taraflar "salâhiyettar olmayan mahal mahkemesi"ni yetkili kılabilirlerdi. Kanunun lafzında "mahkeme" kelimesi tekil olarak ifade edildiğinden bir kısım yazarlar yetki sözleşmesi ile yalnızca tek bir mahkemenin yetkili kılınabileceğini kabul ediyordu[62]. Buna karşılık,

56 Bolayır, agm, s.141.
57 Kuru, age, s.563; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.160-161; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.181.
58 Postacıoğlu, age, s.162; Üstündağ, age, s.217; Kuru, age, s.563; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 6100 sayılı HMK'na göre, s.161; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 sayılı HMK'na göre, s.181.
59 Postacıoğlu, age, s.161; Berkin, age, s.83.
60 Bolayır, age, s.154.
61 Kuru, age, s.563; 3.HD. 31.03.1969, E. 1969/1495, K.1969/1585 (Kuru, age, s.563, dn. 467)
62 Kuru, age, s.563; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, HUMK'a göre, s.131; Ansay, age, s.103.

tarafların birden fazla yetkili mahkeme belirlemesinde bir sakınca olmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktaydı[63].

Yargıtay kararlarında ise bu konuda verilmiş istikrarlı kararlar bulunmamaktaydı. Bazı kararlarda belirli ve açık olmak kaydıyla birden fazla mahkemenin yetkili olabileceğine karar verirken[64], bazı kararlarında birden fazla yetkili mahkeme gösterilmeyeceğine karar vermekteydi[65].

Bugün için artık böyle bir tartışmaya yer kalmamıştır. Çünkü HMK m. 18/II'de açıkça "yetkili mahkeme veya mahkemelerin" yetki sözleşmesinde gösterilmesini zorunlu kılmıştır. Taraflar yetki sözleşmesi ile birden fazla yer mahkemesini yetkili tayin edebileceklerdir. Fakat hem 1086 Sayılı Kanun hem 6100 Sayılı Kanun bakımından birden fazla mahkeme yetkili olarak gösterilirken bunun sınırı vardır, o da hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek biçimde çok fazla sayıda mahkemenin yetkili gösterilmesi yetki sözleşmesini geçersiz kılmalıdır[66]. Zira hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasını himaye etmez (TMK m.2).

Yetki sözleşmesinde belirli bir uyuşmazlık için belli bir mahkeme yetkili tayin edilmişse, bu yetki o uyuşmazlıkla ilgili icra dairesinin yetkisini kapsamaz. Bunun için hangi icra dairelerinin yetkili olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir. Bunun gibi, yalnızca icra dairelerine ilişkin bir yetki sözleşmesi, açıkça belirtilmediği sürece o uyuşmazlık için yetkili olacak mahkeme için geçerli olmaz[67].

Bolayır'a göre, mahkemenin "belirli" olması kavramı geniş yorumlanmalı ve sözleşmenin yapıldığı tarih dikkate alınarak "belirlenebilir" biçiminde anlaşılmalıdır. Mahkemenin adı açıkça ifade edilerek veya mahkemenin adı açıkça belirtilmeden somut birtakım veriler sayesinde, tarafların bu sözleşmeyi kurma yönündeki iradeleri anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemenin belirlenebilir olması halinde, sözleşmenin geçerli olması için aranan mahkemenin belirli olması koşulunun sağlandığı kabul edilmelidir[68]. Fakat *Umar*'a göre, yetkili mahkemenin hangisi olduğunu ileride davacının eylemleriyle değişebilecek şekilde belirlemek kanuna uygun düşmez[69].

63 Postacıoğlu, age, s.161; Yavuz Alangoya/ M.Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.106.

64 TD., 20.10.1961, E.1959/1267, K.1959/3346 (Kuru, age, s.564, dn. 469); Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, HUMK'a göre, s.131 .

65 Kambiyo senedinde birden fazla yetkili mahkeme gösterilemeyeceğine ilişkin (Kuru, age, s.564, dn. 470a); birbirine çok uzak şehirlerin yetkili olması nedeniyle önemli sakıncalar doğurabileceğine ilişkin TD., 12.11.1959, E.1959/2336, K.1959/439 (Kuru, age, s.564, dn. 470).

66 Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, HMK'ya göre, s.127.

67 Kuru, age, s.565.

68 Bolayır, age, s.155; Bolayır, agm, s.142.

69 Umar, age, s.67.

3. Yetki sözleşmesinin geçerliliğinin incelenmesi

Yetki sözleşmesinin geçerliliğinin tartışmalı olduğu hallerde, sözleşmenin geçerli olup olmadığının tespitini yapmaya yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkeme yetkilidir[70]. Çünkü yetkisi sözleşmeye dayanan mahkemenin kendisine yetki veren sözleşmeyi incelemesine cevaz verilmezse, yetki sözleşmesinin bir anlamı kalmaz ve aksi halde davacı davalının ikametgâhı mahkemesine gitmek zorunda kalarak sözleşme hakkındaki ihtilafla uğraşmadan esas davayı orada açar[71]. Ancak sözleşmenin geçerli olduğu saptandıktan sonra davacının sözleşmedeki yetkili mahkemeye başvurup esasa ilişkin davayı orada açması usul ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır[72].

Yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını davalının yetki ilk itirazı ile ileri sürmesi gerekir. Aksi halde yetki itirazında bulunmayan davalı yetki sözleşmesi geçersiz dahi olsa, mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılır (HMK m.19/IV).

Mahkeme bir sözleşme içindeki yetki şartının geçersiz olduğu kanısına varırsa, yetkisizlik kararı verecektir. Bu yetkisizlik kararı, sözleşmenin yalnız yetki şartına ilişkin kısmı için kesin hüküm teşkil eder[73]. Daha sonra dava kendisine gelen yetkili mahkeme, davanın esasını incelerken yetki şartının geçersizliği sebebiyle asıl sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna varamaz. Mahkeme, yetkisizlik kararı ile bağlı olmaksızın, yalnızca asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığını karara bağlayabilir. Aynı şekilde, davanın açıldığı mahkemenin, asıl sözleşmedeki yetki şartını geçerli sayarak yetki itirazını reddetmiş olması, esas hakkındaki incelemesi sırasında asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığını incelemesine engel teşkil etmez[74].

IV. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

A. MÜSPET (OLUMLU) YETKİ SÖZLEŞMESİ – MENFİ (OLUMSUZ)YETKİ SÖZLEŞMESİ

Kanunen yetkili olan mahkeme veya mahkemelerin belli bir davaya bakamayacağının kararlaştırıldığı yetki sözleşmelerine menfi (olumsuz) yetki sözleşmesi denir[75]. Bunun tersine, kanunen yetkili olmayan mahkemelerin belli bir davaya bakabileceğinin kararlaştırıldığı yetki sözleşmelerine ise müspet (olumlu) yetki sözleşmesi denir. Genellikle taraflar, yetki sözleşmesi yaparken müspet yetki sözleşmesi ile hangi mahkeme veya mahkemelerin belirledikleri uyuşmazlığa bakacağını kararlaştırmaktadır.

---

70 Üstündağ, age, s.221; Üstündağ, agm, s.335; Kuru, age, s.576 .
71 Postacıoğlu, age, s.163; Berkin, age, s.83.
72 Bolayır, age, s.173; Koç, age, s.248.
73 Kuru, age, s.576; Postacıoğlu, age, s.163; Berkin, age, s.83; Üstündağ, age, s.222.
74 Kuru, age, s.576-577.
75 Bolayır, age, s.169.

HUMK'ta bu konuda açık bir düzenleme olmaması sebebiyle doktrinde menfi yetki sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda temel üç görüş ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, menfi yetki sözleşmesi yoluyla belirli bir mahkemenin belli bir davaya bakamayacağı kararlaştırılamaz. Çünkü menfi yetki sözleşmesi, kanunen yetkili mahkemelere güvensizlik anlamına gelir ve bu kamu düzenine aykırıdır[76].

Diğer bir görüşe göre ise, davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkisiz bırakılamaz. Çünkü böyle bir sözleşme belirli bir mahkemeye karşı güvensizlik anlamına geldiğinden kamu düzenine aykırıdır. Ancak davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi kaldırılırken başka bir mahkeme yetkili kılınması kaydıyla yetki sözleşmesi kısmen batıl olmalıdır. Yalnızca davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini kaldıran kısım geçersiz kabul edilmeli, diğer yetkili mahkemenin yetkisi geçerli olmaya devam etmelidir[77].

Üçüncü ve son görüşe göre, tarafların menfi yetki sözleşmesi yapması mümkündür. Bu durum sözleşme serbestîsinin bir sonucudur[78]. Bu görüş doktrinde azınlıkta kalmıştır.

Her ne kadar bu husus 1086 Sayılı Kanun döneminde tartışmalı olsa da, 6100 Sayılı Kanun'un 17. maddesinin son cümlesinde yapılan yetki sözleşmesinin münhasır olma özelliği kanunda öngörülmekle bu şekilde menfi yetki sözleşmesinin yapılabileceği kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, taraflar aksini kararlaştırmadıkça yetki sözleşmesindeki mahkeme münhasır yetkili mahkeme olduğundan kanunen yetkili olan mahkemelerin yetkisi dolaylı olarak ortadan kaldırılmaktadır.

B. MÜNHASIR YETKİ SÖZLEŞMESİ- MÜNHASIR OLMAYAN YETKİ SÖZLEŞMESİ

Yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkeme, kanunen genel ve özel mahkemelerin yetkilerini ortadan kaldırıyorsa ve uyuşmazlığa bakma hususunda tek yetkili hale geliyorsa, münhasır yetki sözleşmesi söz konusudur[79]. Buna karşın, yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkeme, genel ve özel mahkemelerin yetkisini kaldırmayıp bunlara ek bir yetki kuralı öngörüyorsa münhasır olmayan yetki sözleşmesi söz konusu olur.

Doktrinde münhasır yetki sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı hususu da tartışmalıdır. Esasında menfi yetki sözleşmesi ile münhasır yetki sözleşmesi yapılması konusundaki görüşler doktrinde bir arada ileri sürülmüştür.

76 Kuru, age, s.565; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 Sayılı Kanun'a göre, s.181; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, HUMK'a göre, s.130; Ansay, age, s.103.
77 Postacıoğlu, age, s.162; Berkin, age, s.83.
78 Üstündağ, age, s.217; Üstündağ, agm, s.330.
79 Bolayır, age, s.159.

Bir görüşe göre, münhasır yetki sözleşmesi ile kanunen genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisi ortadan kaldırılamaz. Çünkü kanunen yetkilendirilmiş mahkemelere güvensizlik anlamına geleceğinden kamu düzenine aykırılık söz konusu olur[80].

Diğer bir görüşe göre, yetki sözleşmesi ile davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin kaldırılmasının mümkün olmadığı, taraflar açık ve herhangi bir yoruma yer vermeyecek şekilde ifade etmişlerse özel yetkili mahkemelerin yetkisinin kaldırılabileceği ileri sürülmektedir[81].

Doktrinde yer alan üçüncü görüşe göre ise, taraflar sözleşme serbestisi gereğince yetki sözleşmesinde belirledikleri mahkemeyi münhasır yetkili kılabilir ve dava kanunen yetkili mahkemede açılırsa, davalı taraf yetki itirazında bulunabilir[82].

Yargıtay daha eski kararlarında yetki sözleşmesinin davalının ikametgâhı mahkemesinin yetkisinin kaldıramayacağını kabul ederken[83], daha sonraki kararlarında yetki sözleşmesinin hem genel hem özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldıramayacağını kabul etmektedir[84].

HMK m.17'ye göre, artık münhasır yetki sözleşmelerinin yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır. Dolayısıyla 1086 sayılı HUMK zamanındaki tartışmalara artık yer kalmamıştır[85]. Bu düzenlemenin aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Bir başka deyişle, taraflar yetki sözleşmesinde yetkili kıldıkları mahkeme veya mahkemelerin kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmadığını, onlara ek bir yetki kuralı getirdiğini kararlaştırabilirler. *Umar* bu konuda herhangi bir gerekçe belirtmeksizin, bu değişikliğin yapılmamasının daha iyi olacağı yönünde kanaat bildirmiştir[86].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Adalet Komisyonunda hazırlanmış ilk halinde yetki sözleşmelerinin tacir olmayan gerçek kişiler bakımından münhasır olmayan yetki sözleşmesi, tacirler ve kamu tüzel kişileri bakımından mün-

80 Kuru, age, s.566; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 Sayılı Kanun'a göre, s.181; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, HUMK'a göre, s.130; Anaral, agm, s.124

81 Postacıoğlu, age, s.162.

82 Üstündağ, age, s.219-220; Üstündağ, agm, s.331-332; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, age, s.107, dn.96; Keskin, agm, s.312-313; .

83 "… yetki anlaşmaları ikametgah mahkemesinin yetkisini nez etmez. Bu gibi hallerde davacı için yetki anlaşması ile kabul edilen mahkeme ile ikametgâh mahkemesinden herhangi birine müracaat hususunda bir hakkı hiyar tanınmıştır…" 3. HD. 03.06.1963, E.4931, K.4824 (Kuru, age, s.566, dn.478).

84 "Yetki sözleşmesi ile kanunen yetkili olan genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkileri ortadan kaldırılamaz." HGK 19.11.1969, E.216, K.824, aynı yönde birçok karar için bkz: Kuru, age, s.567-572.

85 Umar,age, s.63.

86 Umar, age, s.62.

hasır yetki sözleşmesi biçiminde yapılabileceği öngörülmüşken, Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilirken gerçek kişiler ile ilgili kısım madde metninden çıkarılmış ve yetki sözleşmeleri bakımından aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmede yetkili kılınan mahkemelerin kesin yetkili olduğu belirtilerek kural olarak münhasır yetki sözleşmesi yapılmasına imkân tanınmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yetki sözleşmesini yapabilecek kişiler bakımından bir sınırlama bulunmadığından sözleşmenin ekonomik ve sosyal açıdan eşit konumda olmayan kişiler arasında akdedilip güçlü tarafın zayıf tarafa münhasır yetkili bir mahkeme dayatması tehlikesi karşısında, yetki sözleşmesi ile genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin kalkmayacağı görüşü zayıf taraf için bir güvence oluşturmaktaydı. HMK m.17 ile yetki sözleşmesinin yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabileceğinin kabul edilmesiyle taraflar arasında ekonomik denge bir ölçüde sağlanmış olacağından ve taraflardan birinin zarar görmesi söz konusu olmayacağından münhasır yetki sözleşmeleri menfaatler dengesine uygun düşmektedir[87]. Şu durum da gözden uzak tutulmamalıdır ki, sözleşmenin tarafı olan her tacir eşit konumda olmayabilir. Örneğin yeni kurulmuş ve deneyimsiz olan bir şirket ile bankanın yapacağı kredi sözleşmesinde taraflar arasında bir denge bulunmaz. Bu durumda yapılacak yetki sözleşmesinin, kanun koyucunun tarafları sınırlamak ile ulaşmak istediği amaca ve taraflar arasında öngördüğü dengeye hizmet etmeyecektir.

Umar'a göre, kanunun ifadesi "taraflar aksini kararlaştırmamışsa" biçiminde olup "taraflar aksini 'açıkça' kararlaştırmamışsa" biçiminde olmadığı için, taraflar sözleşmenin lafzında ek seçenek sağlayıcı (münhasır olmayan) bir yetkili mahkeme kastetmiş ise, lafızdaki bu belirsizliğin bu kasıttan yani yetkinin münhasır olmadığından yana yorumlanması gerekir[88].

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 262. maddesi, taksitle satış sözleşmelerinde yetkili mahkeme bakımından bir düzenleme öngörmektedir. Söz konusu hükme göre, "Yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz." Buna göre, taksitle satış sözleşmelerinde genel yetkili mahkemeyi bertaraf edecek biçimde münhasır yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. HMK m.17 karşısında bu hüküm tarafları yalnızca tacir veya kamu tüzel kişisi olan taksitle satış sözleşmelerinde uygulama alanı bulabilir. Fakat tacirler arasında yapılmış bir taksitle satış sözleşmesinde TBK m.262'nin uygulanmasında TBK m.263'ün son fıkrası engel teşkil eder. Çünkü bu hükme göre, alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması

87 Bolayır, **agm,** s.144.
88 Umar, age, s.63.

durumunda uygulanacağı belirtilen hükümler arasında TBK m.262 yer almamaktadır. Sonuç olarak, bu üç madde birlikte ele alındığında TBK m.262'nin uygulama alanı kalmamaktadır. Söz konusu husus, kanun koyucu tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlanırken karşılıklı olarak dikkate alınmamasından kaynaklanan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

V. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN ETKİSİ

A. 1086 Sayılı Kanun bakımından

Yetki sözleşmesinden taraflar için doğan hak, münhasıran kişiye bağlı bir hak olmadığından, eğer bu sözleşme sırf kişisel karaktere sahip değilse veya özel durumlar aksini haklı göstermiyorsa, başka sözleşmeler gibi, tarafların külli ve cüzi haleflerini de bağlar[89]. Yetki sözleşmesi, sözleşmenin taraflarının yanı sıra onun külli haleflerini, örneğin mirasçılarını; cüzi haleflerini, örneğin dava konusu alacağı devralan kişiyi de bağlar[90].

Yetki sözleşmesi taraflardan birinin kefilini kendiliğinden bağlamaz. Ancak kefil, alacaklıya ödediği miktar için asıl borçluya karşı açacağı rücu davasında, asıl borçlu ile alacaklının yapmış oldukları yetki sözleşmesine dayanabilir. Çünkü borcu ödeyen kefil bununla asıl borçluya karşı sahip olduğu haklarında alacaklıya halef olur[91].

Uyuşmazlığın bir tarafında zorunlu dava arkadaşlığı varsa, yetki sözleşmesinin tüm dava arkadaşlarının katılımıyla yapılması gerekir[92]. Yine ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu ise örneğin müşterek borçlulardan veya alacaklılardan birinin taraf olduğu yetki sözleşmesi, ona taraf olmayan diğer müşterek borçlu veya alacaklıları, yani diğer ihtiyari dava arkadaşlarını bağlamaz. Yetki her biri bakımından bağımsız olarak değerlendirilir[93], çünkü ihtiyari dava arkadaşlarında davaların istiklali ilkesi geçerlidir.

Davaya feri müdahil olarak katılmış olan kişi, yetki sözleşmesine ancak davanın asıl tarafı olan kişi ile birlikte dayanabilir. Çünkü feri müdahil asıl tarafın yardımcısı olarak davaya katılmaktadır, davanın tarafı değildir[94].

Yetki sözleşmesi ona taraf olmayan üçüncü kişileri bağlamaz[95]. Ancak tarafların üçüncü kişi lehine sözleşme biçiminde yetki sözleşmesi yaparak üçüncü kişi bakımından da sözleşmenin etki doğurmasını sağlaması mümkündür[96].

89 Üstündağ, agm, s.337; Kuru, age, s.574; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 1086 a HUMK'a göre, s.182; Ansay, age, s.104.

90 Kuru, age, s.574; Yargıtay Ticaret Dairesi 26.02.1940, E.3267, K.418 sayılı kararında yetki sözleşmesinin mirasçıları bağlamayacağına karar vermiştir. Bu kararın yanlış olduğu belirtilmektedir (Kuru, age, s.574; Üstündağ, agm, s.337, dn.87).

91 Kuru, age, s.574; Üstündağ, agm, s.338; Ansay, age, s.104.

92 Bolayır, age, s.74.

93 Kuru, age, s.574-575; Üstündağ, agm, s.338.

94 Üstündağ, agm, s.338; Bolayır, age, s.74-75.

95 Kuru, age, s.574.

96 Bolayır, age, s.75-76.

B. 6100 Sayılı Kanun bakımından

1086 sayılı HUMK döneminde yetki sözleşmesinin cüzi ve külli haleflerini bağlayacağına ilişkin bir tereddüt bulunmuyordu. Çünkü yetki sözleşmesinin tarafı olabilmek için kanun herhangi bir şart öngörmemişti. Fakat 6100 Sayılı Kanun m.17 ise yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabileceğini kabul etmiştir. Bu hüküm karşısında yeni kanun ile tarafların külli ve cüzi haleflerini bağlaması için bu haleflerin de tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekir mi sorusu gündeme gelebilir. Yine aynı sorun zorunlu dava arkadaşlığı ve tarafların kefilleri bakımından da söz konusudur.

Bolayır'a göre, yetki sözleşmesinin külli ve cüzi haleflere teşmil edilmesi onların tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları koşuluna bağlıdır. Maddi hukuk gereği halefiyet söz konusu olsa da bunların usul hukuku hükümleri dikkate alınarak yorumlanması gerekir. Ayrıca kanun koyucunun amacı yetki sözleşmesi yapacak kişileri dar tutmaktır. Yetki sözleşmesinin külli veya cüzi haleflere teşmil ettirilmesi yetki sözleşmesinin kapsamını kanun koyucunun iradesine aykırı olarak genişletmek anlamına gelir[97]. *Bolayır* aynı görüşünü tarafın kefilleri ve taraflardan birinde zorunlu dava arkadaşlığı olması halinde de tekrarlamaktadır[98].

Mirastan doğan külli halefiyet bakımından konuya bakarsak, mirasçı, sadece mirasbırakanın malvarlığının sahibi olmaz; aynı zamanda mirasçılık sıfatının bir gereği olarak mirasbırakanın hak ve borçları ile ilgili hukuki konumunu da devam ettirir. Örneğin terekede yer alan malvarlığının miktar ve değerinden bağımsız olarak, mirasbırakanın hukuki işlemlerinden, usul hukukuna ilişkin muamelelerinden veya sorumluluğa sebebiyet veren diğer ilişkilerinden kaynaklanan tüm hukuki durum ve bağlılıklarına da dâhil olmuş kabul edilir. Mirasçı mirasbırakanın hukuki statüsünü, kural olarak mirasın intikali anında hangi durumda ise aynı hukuki içerik ve nitelikte devam ettirir[99]. Bir hukuki statünün intikal edip edemeyeceğinin belirlenmesi bakımından öncelikle, eğer mevcut ise bu hukuki statü ile ilgili özel hükmün incelenmesi zorunludur. Bu hüküm, intikal kabiliyetini hiç veya gereği gibi açıklığa kavuşturmamış ise, yorum yoluyla bir sonuca varmak gerekir. Maddi bir değer taşımalarına rağmen, münhasıran mirasbırakanın şahsi amaçlarının gerçekleştirilmesi veya bizzat onun kişisel ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla tesis edilmiş olan ya da başka sebeplerle onun şahsından bağımsız olarak devam ettirilmesi imkânı bulunmayan bazı hukuki statülerin miras yoluyla intikalinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir[100]. Sonuç olarak, zayıfın korunması ilkesi bakımından üstün olan tarafın dayattığı yetki sözleşmelerinin olumsuz sonuçlarını önlemek bakımından kanun koyucu tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması

97 Bolayır, agm, s.134.
98 Bolayır, agm, s.134-135.
99 Halil Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004, s.54.
100 Akkanat, age, s.80.

şartını öngörmüştür. Yetki sözleşmesinin geçerli olmaya devam edip bu sözleşmeye göre yetkili mahkemenin tespitinde dava açıldığı anda tarafların bu sıfatlarını taşımaya devam ediyor olması gerekir. Kanuni düzenleme bu kuralın tarafların haleflerini de bağlayıp bağlamayacağı konusunda da sessizdir. Kanun koyucu halefler bakımından yetki sözleşmesinin tarafları bağlamasını isteseydi buna yönelik bir düzenleme yapardı. Örneğin zımni yetki sözleşmesi bakımından (HMK m.19/IV) tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması şartını aramamaktayız. Bu nedenle, miras yoluyla yetki sözleşmesine taraf olması gereken mirasçıların bu koşulları sağlamıyor olması halinde yetki sözleşmesi usul hukuku bakımından geçerliliğini yitirecektir.

Cüzi halefiyet bakımından da kanaatimiz aynı yöndedir. Yetki sözleşmesinin dayandığı hukuki uyuşmazlığın taraflarından biri sözleşmeyi devretmişse de yetki sözleşmesinin devralanın tacir veya kamu tüzel kişisi niteliğini taşıması halinde yetki sözleşmesi geçerliliğini devam ettirecektir. Fakat yetkili mahkeme taraflar özellikle devreden dikkate alınarak belirlenmişse, yetki sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmayacaktır[101].

Ayrıca kambiyo senetlerindeki yetki kaydının kambiyo senedinin ciro edilmesi halinde akıbetine de bakmak gerekir. Yetki kaydı kambiyo senetlerinin ihtiyari muhtevasında yer alan ve kanunda işaret edilmeyen bir ihtiyari kayıttır[102]. Kambiyo senetlerinde ciro, emre yazılı senetlerde uygulanan ve bu senetleri karakterize eden, kendine özgü bir devir şeklidir. Ciro, emre yazılı senetten doğan hakları bir başka şahsa devir, rehin veya bu hakların tahsilini sağlamak amacıyla senet hamilinin yazı ile tespit ve imzasıyla teyit ettiği bir beyandır[103]. TTK m. 649'a göre, ciro ve zilyetliğin devri neticesinde, poliçeden doğan bütün haklar devredilmiş olur. Bu şekilde kambiyo senedinin sadece mülkiyetinin devri değil, aynı zamanda senette mündemiç hakkın da devri sağlanmış olur[104]. Kambiyo senedini temlik cirosuyla devralan kişi yani ciranta sadece kambiyo senedinden doğan hakları devralır, yoksa özel hukuki sebeplere dayanan hakları iktisap edemez[105]. Kambiyo senedinde yer alan yetki kaydı da, geçerli bir kayıt olarak, cirantalar bakımından da hüküm ve sonuç doğurur. Ancak HMK m.17 karşısında kambiyo senedine konulan yetki kaydının senedin cirosu halinde cirantaları bağlayıp bağlamayacağı hususu cüzi

101 Hasan Ayrancı, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 119; eser 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden yayınlanmış olduğundan yazarın "sözleşme ile yetkili mahkeme kararlaştırılmışsa, bu anlaşma hüküm ve sonuç doğurur. Ancak yetkili mahkeme, devreden dikkate alınarak belirlenmiş ve yüklenenin bu mahkemenin bulunduğu yer ile bir ilişkisi bulunmuyorsa bu anlaşma hüküm ve sonuç doğurmaz." ifadesinden yola çıkarak kanaatimiz oluşturulmuştur.

102 Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2007, s.87; Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2007, s.56.

103 Öztan, age, s.104; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s.154; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukuku, Adana 2004 , s.121.

104 Öztan, age, s.104; İmregün, age, s.68.

105 Poroy/ Tekinalp, age, s.156.

halefiyettekine benzer şekilde ele alınmalıdır. Kambiyo senedinde keşideci ve lehtar tacir veya kamu tüzel kişisi değillerse konulmuş yetki kaydı baştan itibaren sonuç doğurmaz. Daha sonra senedi elinde bulunduran cirantalar, tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olsalar dahi, senette baştan geçerli bir kayıt bulunmadığından yetki sözleşmesine de taraf olamazlar. Fakat baştan geçerli olarak konulmuş yetki kaydının, cirantaları bağlayabilmesi için cirantaların da tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olmaları gerekir. Bir başka deyişle, ciranta, tacir veya kamu tüzel kişisi değilse, yetki kaydı onlar bakımından hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

VI. YÜRÜRLÜĞE İLİŞKİN SORUNLAR

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011 tarihinden bu yana yürürlüktedir. Yetki sözleşmeleri bakımından da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu iki temel değişiklik getirmiştir. Bunlardan ilki, sözleşmenin taraflarının tacirler veya kamu tüzel kişileri olabileceği; ikincisi de taraflar aksini kararlaştırmadıkça sözleşmedeki yetkili mahkemenin münhasır yetkili mahkeme olduğudur. 01.10.2011'den önce yapılmış yetki sözleşmelerinin yeni kanundaki şartları karşılamıyor olmaları halinde akıbetleri ne olacaktır sorusu karşımıza çıkar.

Bu konuda iki karşıt görüş ileri sürülebilir: Tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan bir yetki sözleşmesi 01.10.2011 tarihi itibariyle artık geçersizdir veya bunun aksine yeni kanun yürürlüğe girse de bu yetki sözleşmesi geçerliliğini korumaktadır.

Budak'a göre, yetki sözleşmelerinin geçerliliğini tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılan sözleşmelerle sınırlayan kanun hükmü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış yetki sözleşmelerine uygulanamaz. Çünkü usuli sözleşmeler kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hükümlere tabi olup bu durum kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler bakımından da geçerlidir. Özel hukukta kural, bir fiil ve işlem hangi tarihte gerçekleşmiş ise, gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerinin uygulanmasıdır. Sonuç olarak, 1086 Sayılı Kanun zamanında yapılmış yetki sözleşmeleri tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmasa da geçerliliklerini muhafaza edecektir[106].

Fakat biz bu görüşe katılmıyoruz. Yetki sözleşmesi asli etkilerini usul hukuku alanında doğurur ve bu nedenle de hukuki niteliği itibariyle bir usul sözleşmesi ve geniş anlamda usuli işlemdir. HMK m.448'e göre, "Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır." Bu düzenleme usul kurallarının uygulanmasında genel bir ilke teşkil eden "usul kurallarının derhal uygulanırlığı ilkesi"nin kanunda yer alan ifadesidir. Usul

106 Baki Kuru/ Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, C.85, S.5, 2011, s.5-6.

hukuku kurallarında yapılan değişiklikler, aksine bir düzenleme olmadıkça yürürlüğü girdiği tarihteki tüm dava ve işlemlere uygulanır. Yine bu ilke uyarınca, dava konusu bir uyuşmazlığa olayın meydana geldiği tarihteki usul kuralları değil; uyuşmazlığın mahkeme önüne getirildiği tarihteki usul kuralları uygulanır. Bu kuralın bir sınırı da mevcuttur. Usul kurallarının derhal uygulanırlığı kuralı, tamamlanmış işlemlere uygulanmaz, bir başka deyişle tamamlanmamış usul işlemleri bakımından usul kuralları derhal uygulanır[107]. Örneğin, 01.10.2011'den önce açılmış davada davaya cevap süresi bu tarihten önce dolmuşsa, yeni kanunun yürürlüğe girmesi ile cevap süresindeki değişiklik bu davada uygulanmaz. Çünkü davaya cevap süresi tamamlanmış bir işlemdir.

Bu nedenle, 01.10.2011 tarihinden önce yapılmış ve tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan yetki sözleşmeleri artık geçersizdir. Böyle bir yetki sözleşmesindeki yer mahkemesinde dava açılamaz veya bu sözleşmeye dayanarak mahkemenin yetkili olmadığına dair itirazda bulunulamaz.

Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre geçerli bir yetki sözleşmesi kurulmuş ve 01.10.2011 tarihinden önce yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemede dava açılmışsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin mahkemenin yetkisi üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Çünkü burada tamamlanmış bir usuli işlem söz konusudur ve derhal uygulanırlık ilkesi tamamlanmış usul işlemlerine uygulanmaz[108]. Ayrıca hâkim önüne gelen davayı davanın açıldığı tarihteki haline göre karara bağlar.

Son olarak, 01.10.2011 tarihinden önce kurulmuş olmakla birlikte tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olan bir yetki sözleşmesinde yani 6100 Sayılı Kanun'a göre de geçerli bir sözleşmeyle belirlenen yetkinin niteliğinin ne olacağına değinmek gerekir. Bu durumda da usul kurallarının derhal uygulanırlığı ilkesi uyarınca bu sözleşmeye dayanarak 01.10.2011 tarihinden sonra açılmış bir davada bu sözleşmedeki yetki kuralının artık münhasır yetki olduğu kabul edilecektir ve sözleşmedeki yetkili yer mahkemesi dışında genel veya özel yetkili bir mahkemede dava açılamayacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmamızda yetki sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri hem 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hem de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde farklılıkları ortaya koymaya çalıştık. Yetki sözleşmesi bakımından kanun koyucu bazı konularda anlayışını değiştirmiş ve yetki sözleşmesine ilişkin kurallarda önemli değişiklikler yapmıştır.

Öncelikle artık yetki sözleşmesine herkes taraf olamayacaktır. Yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri yetki sözleşmesinin tarafı olabilir. Madde gerekçesinde de işaret edildiği gibi bu düzenleme güçlünün karşısında zayıfı korumayı

107 Umar, age, s.64; Bolayır, agm, s.145-146.
108 Bolayır, agm, s.146.

hedeflemektedir. Tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin taraf olabildiği yetki sözleşmelerinde belirlenen yetki de taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece münhasır yetki teşkil edecektir ve başka yetkili mahkemede dava açılamayacaktır. Bir diğer değişiklik de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında tartışmalı olmakla beraber, yeni kanun ile yetki sözleşmesinde bir veya birden fazla mahkemenin yetkili kılınabilmesi imkânıdır.

HMK m.448'de usul kurallarının uygulanmasındaki temel ilke olan derhal uygulanırlık ilkesi öngörülmüştür. Buna göre, bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır. Yetki sözleşmeleri de usul sözleşmeleri olmaları nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren derhal uygulanması gerekir. Bu nedenle 01.10.2011 tarihinden önce yapılmış olup da tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan yetki sözleşmeleri söz konusu tarihten sonra geçerli kabul edilmemelidir, meğerki yetki hususu davanın görülmesi sırasında tamamlanmış bir usuli işlem olsun. Ayrıca 01.10.2011 tarihinden önceki bir yetki sözleşmesinin tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile bu sözleşmede kararlaştırılan yetkili mahkeme veya mahkemeler münhasır yetkili mahkeme olmalıdır ve başka bir yer mahkemesinde davacının dava açması halinde davalının ileri süreceği yetki itirazı sonucu mahkeme yetkisizlik kararı vermelidir.

KAYNAKÇA

- **Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/**
- **Ateş Karaman, Derya:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.I, İstanbul 2009.
- **Akkanat, Halil:** Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004.
- **Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M.Kamil/**
- **Deren Yıldırım, Nevhis:** Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- **Anaral, Hüseyin:** "Yetki Sözleşmesi", AD, 1977, S.1-2, s.111-140.
- **Ansay, Sabri Şakir:**Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- **Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005.
- **Ayrancı, Hasan:** Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.
- **Berkin, Necmeddin:** Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- **Bolayır, Nur:** "Yeni HMK'ya Göre Yetki Sözleşmeleri", İBD, 2011, C.85, S.5, s.131-147.
- **Bolayır, Nur:** Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- **Gözler, Kemal:** İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2010.
- **Gözübüyük, Şeref:** Yönetsel Yargı, Ankara 2007.
- **Günday, Metin:** İdare Hukuku, Ankara 2011.
- **İmregün, Oğuz:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2007.

- **Karslı, Abdurrahim:** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011.
- **Karslı, Abdurrahim:** Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.
- **Keskin, Kadri:** "Yetki Anlaşmaları", AD, 1973, S.4, s.303-319.
- **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/**
- **Serozan/ Arpacı:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2008.
- **Koç, Evren:** Usuli İşlemlerde İrade Sakatlıkları,Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- **Kuru, Baki/ Budak, Ali Cem:** "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, C.85, S.5, 2011, s.3-43.
- **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan /**
- **Yılmaz, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2010 (1086 Sayılı Kanun'a göre).
- **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/**
- **Yılmaz, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (6100 sayılı HMK'na göre yeniden yazılmış), Ankara 2011 (6100 Sayılı Kanun'a göre).
- **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, İstanbul 2001.
- **Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006.
- **Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz /**
- **Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2010 (HUMK'a göre).
- **Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz /**
- **Özekes, Muhammet:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011 s.125 (HMK'ya göre).
- **Öztan, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2007.
- **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal:** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2010.
- **Postacıoğlu, İlhan E.:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- **Pulaşlı, Hasan:** Kıymetli Evrak Hukuku, Adana 2004.
- **Şen, Murat:** "İş Mahkemelerinde Yetki ve Yetki Sözleşmeleri", AÜEHFD, C.VIII, S.1-2, 2004, s.563-581.
- **Umar, Bilge:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- **Üstündağ, Saim:** "Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları", İHFM, 1962,C.XXVII, S.1-4, s.310-339.
- **Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997.

KARAR İNCELEMESİ
İKALE İLE SONA EREN İŞ SÖZLEŞMESİNDE DE KIDEM TAZMİNATI TAVANININ GÖZETİLECEĞİ

Av. Kayhan ÖZEL[1]

Yargıtay Kararı

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

T. 25.05.2011, Esas No : 2010/1650, Karar No : 2011/153782

KARARIN ÖZETİ : Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesi de mümkündür. Sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak değerlendirilmelidir.

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hâkim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

Bozma sözleşmesinde kıdem tazminatının ödenmesi kararlaştırıldığı takdirde kıdem tazminatı 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesine göre hesaplanmalı ve anılan maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir. Davacının çalıştığı statü ve eşinin rahatsızlığı dikkate alındığında, iş sözleşmesinin sona ermesine rağmen sağlık sigortasının sürdürülmesi hususunun işçiye büyük bir yarar sağladığı açıktır. Mahkemece işe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

---

1 Avukat

2 Çalışma ve Toplum, Sayı:33, s:386 vd.

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, iş akdinin görev yaptığı departmanın birleştirilmesi ve ekonomik kriz bahane edilerek feshedildiğini, yapılan feshin geçersiz olduğunu belirterek müvekkilinin işe iadesine ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının işyerinde reklam-trafik ve optik ürünler satış ve pazarlama direktörü olarak görev yaptığını, yönetim kurulu üyesi pozisyonunda olduğunu, şirketteki yeniden yapılandırma çalışmaları kapsamında alınan kararlar gereği bazı departmanların birleştirildiğini, buna göre personel fazlalığı oluştuğunu, ayrıca davacının 23.03.2009 tarihinde eşinin rahatsızlığı nedeniyle ücretsiz izin kullandığını, bilahare müvekkil şirkete çekmiş olduğu e-postadan anlaşılacağı üzere şirketten ayrılmak (istifa) istediğini bu nedenle yeniden yapılandırma kapsamında davacının istifa beyanı da gözetilerek iş akdinin sona erdirildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davalının bir yandan davacının istifa iradesinin olduğunu beyan ettiği, diğer yandan ekonomik kriz ve şirket içindeki yeniden yapılanma savunması ile akdin feshi yoluna gidildiğinin ifade edildiği; davacının 01.04.2009 tarihli e-postasının davacı ve vekilince kabul edilmediği, bir an için böyle bir e-postanın varlığı dikkate alınsa bile davacının 01.04.2009 tarihinden sonra halen şirkette çalıştığı, istifa iradesinin işleme konulmadığı bu nedenle söz konusu beyana dayanarak yaklaşık 45 gün sonra iş akdinin feshi yoluna gidilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu; diğer yandan fesih bildirimindeki diğer gerekçeler açısından yaptırılan inceleme sonucu verilen rapora göre şirket satış ve karının bir önceki yıllara göre düşmesine karşın, son dönemlerde yükselmeye devam ettiği, satış ve kardaki çok az bir düşmenin işçi çıkarma nedeni olarak görülemeyeceği, ayrıca bilgi ve deneyimine göre- başka bölümlerde değerlendirilme olanağının da bulunduğu, bu nedenlerle feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle işe iadeye karar verilmiştir.

Hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ıkale)yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişki-

nin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesi de mümkündür. Sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak değerlendirilmelidir.

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanunun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 14/3 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özelliklen dikkate alınarak ele alınmalıdır. Dairemizin 2008 yılı kararları bu yöndedir (Yargıtay 9.HD 21.4.2008 gün 2007/ 31287 E, 2008/ 9600 K).

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem 'tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

Bozma sözleşmesinde kıdem tazminatının ödenmesi kararlaştırıldığı takdirde kıdem tazminatı 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesine göre hesaplanmak ve anılan maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir.

Somut olayda, direktör olarak uzun süredir üst düzeyde çalışan ve işverenin yeniden yapılandırma sürecinde olduğunu bilen davacı, eşinin ciddi hastalığı nedeniyle 23.3.2009-23.6.2009 arası ücretsiz izin kullanmıştır. İzin sırasında işverene gönderdiği 1.4.2009 tarihli maili ile eşinin tedavisinin düşündüğünden daha uzun süreceğini, gelecek altı ayı ailesine ayırmak zorunda olduğunu, bu nedenle kendisinin yeniden yapılanma sürecinde değerlendirilmesini, ancak bu arada 11,5 yıllık kıdemine göre tazminatları ve işçilik haklarının ödenmesini, yanı sıra sağlık sigortasının da sürdürülmesini istemiştir. Davacının bu maili işverenden iş sözleşmesinin feshini talep niteliğindedir. İşveren de aynı dönemde gerçekleşen ekonomik sıkıntılar nedeniyle küçülmeye gitme yönündeki işletmesel kararı davacıya uygulamıştır. Fesih talebi davacıdan geldiğine göre, olay yukarıda açıklandığı şekilde ikale sözleşmesinin tipik örneği niteliğindedir. İşverence işçinin isteği üzerine iş sözleşmesi sona erdirilmiş, sağlık sigortası da fesihten sonra devam ettirilmiştir. Davacının çalıştığı statü ve eşinin rahatsızlığı dikkate alındığında, iş sözleşmesinin sona ermesine rağmen sağlık sigortasının sürdürülmesi hususunun işçiye büyük bir yarar sağladığı açıktır. Mahkemece işe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 Sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarda açıklanan gerekçe ile;

Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

Davanın REDDİNE,

Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 48.00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1100.00 TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, Kesin olarak 25.05.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. GİRİŞ

1) İkale, başka bir deyişle bozma sözleşmesi, kararda da değinildiği gibi, iş hukukumuza iş güvencesi kavramının girmesinden sonra güncellik kazanan ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile işçinin ve işverenin aynı amaçla, yani sözleşmenin sona erdirilmesi amacı ile gündeme getirdikleri bir sözleşmedir. Yasalarımızda açıkça düzenlenmemekle birlikte, genel hukuk kurallarından hareketle hukuka uygun bir sözleşmenin süresinden önce bütün neticeleri ile sona erdirilmesinde yönelik bir "fesihname" olarak nitelendirilmelidir. Özellikle İş Kanunlarımızda belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin, tarafların rıza ve arzuları ile sona erdirilebileceğini öngören bir sözleşme türü düzenlenmemiştir. Bilindiği gibi, belirsiz süreli sözleşmeler, örnek vermek gerekirse İş Kanunu'nun 17. maddesindeki önellere uyularak veya 24 ila 25. maddesindeki koşullarla feshedilmektedir. İşveren tarafından yapılan fesihler, kanundaki şartlarla işçinin iş güvencesinden yararlanmasına olanak verdiğinden, haklı ve/veya geçerli fesihlerin hukuken korunan sebeplere dayanmaması halinde işe iade ve/veya kanunda yazılı ücret ve tazminatların ödenmesine neden olmaktadır. İster yargı denetiminden kaçınmak, isterse işçiye bir takım haklar sağlanarak bu davalara muhatap olmama amacına yönelik olsun, "feragat","vazgeçme","ibraname", "30 günden önceki tarihi taşıyan fesih bildirimleri", vs. yanında ikale (bozma) sözleşmeleri de gündeme gelmiş ve uygulama olanağı bulmuştur.

2) İşçi ve işverenin karşılıklı rızaları ile oluştuğuna göre, bu sözleşmelerden doğan ihtilafların neden yargı önüne geldiğini anlamak zor olmakla birlikte bunun, bu sözleşmelerin yorum farklılığı veya sözleşmenin icap ve kabulüne ilişkin iradelerin niteliğinden, başka bir deyişle iradelerin bu amaca yönelik olup olmamasının farklı değerlendirilmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi bu iradeler ya aynı anda ve karşılıklı oluşur ki, artık tarafların sadece iradenin sakatlanmasına ilişkin hükümler dışında bundan caymaları söz konusu olamaz; ya da işçinin istifa arzusunun bir şekilde işverene

ulaşmasından sonra işverenin de buna uygun iradesi ile oluşur ki, burada da yukarıda olduğu gibi, iradenin sakatlanması dışında tarafların bu sözleşme hükümlerine uyması, yani işverenin üzerine düşen edimleri yerine getirmesi ve işçinin de işe iade davası açmaması söz konusu olacaktır.

II. İNCELEME

1) Yargıtay kararında da isabetle belirtildiği gibi, tarafların bu bozma sözleşmesi nedeni ile işçinin mahrum kaldığı ihbar, kıdem, işe iade tazminatı, işsizlik ödencesi gibi bir takım hakları işverene yüklemeleri pekala mümkündür. Esasen öğretide de kabul edildiği gibi, sadece ihbar ve kıdem tazminatını hedefleyen ikale sözleşmeleri, bu nitelikte sayılmamalı ve işçiye bunlardan daha fazla hak tanınmalıdır. İşte burada Yargıtay kararında ifadesini bulan, "...bozma sözleşmesinde kıdem tazminatının ödenmesinin kararlaştırılması halinde bu tazminat 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesine göre hesaplanmalı ve bu maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir." yorumunun gerek İş , gerekse Vergi Kanunları önünde değerlendirilmesi gerekmektedir.

2) Gerçekten, 1475 Sayılı Kanun'un halen yürürlükte olan 14. maddesinde ifadesini bulan kıdem tazminatı kurumu, ihdas edildiğinden itibaren zaman içinde (nedeni burada tartışılmayacak olan) bir kısım kısıtlamalara maruz kalmış olup bunlardan biri de "tavan" kısıtlamasıdır. Bunun kamu düzeninden ve mutlak emredici olduğu tartışılamaz. Ama bu emrediciliğin sadece ödemenin kanunda düzenlenen "kıdem tazminatı" niteliğindeki ödemelerden kaynaklandığı, işverenin vergi ve diğer yükümlülükleri yerine getirmek kaydı ile bir takım akdi ödemeleri işçiye yapmasını engelleyen hiçbir hükmün bulunmadığını da peşinen vurgulayalım.

3) Bu açıklamalar ışığında "kıdem tazminatı" kurumunun, anılan Kanun'un 14. maddesinde ifadesini bulan ve bu maddedeki şartlarla işçiye ödenmesi gereken bir yükümlülük olduğu tartışılamaz. Bu şartların da, iş akdinin sona ermesine ilişkin olarak sıkı sıkıya düzenlendiği ve her feshin işçiye kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmediği de belirtmek gerekir. Bu şartların incelenmesinde de işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesini gerektiren fesih nedenleri içinde, kararda da vurgulandığı üzere, maalesef "ikale" sözleşmesinin bulunmadığı da önemle belirtilmelidir. Bu hale göre bozma sözleşmesinde adına ihbar ve kıdem tazminatı da dense, bu ödemelerin gerçek ve hukuki anlamda ihbar ve kıdem tazminatı olmadıkları, belki bu nam altında ve bu tutarlarda yapılması öngörülen ödemeler olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunun doğal sonucu da, esasen vergi kesilen ihbar tazminatı adı altında yapılan ödemeden ayrıca SGK priminin, kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeden de hem SGK primi, hem de gelir vergisinin kesilmesi gerektiğidir. Çünkü SGK primi ve vergi istisnaları, bu ödemelerin gerçek anlamda, yani hem iş kanunu, hem de gelir vergisi kanunu anlamında "ihbar" ve "kıdem" tazminatı olması ile geçerli

bulunmaktadır. Bu husus, anılan 14. madde yürürlükte kaldıkça, kanunda yer almayan ve eskiden beri çeşitli vesilelerle vurguladığımız "iş sözleşmesinin devri" hallerinde son işverence ödenen kıdem tazminatları için de böyledir[3].

4) Görüldüğü gibi, ikale (bozma) sözleşmelerinde ister bilerek, ister zuhulen yer alan ihbar ve kıdem tazminatı deyimleri, gerçek anlamda ihbar ve kıdem tazminatı kavramlarını ifade etmemekte, ister tavandan, isterse tavan üstü veya altından ödensin, **tamamı SGK ve gelir vergisi kesintisine tabi bulunmaktadır.** Hal böyle olunca da bu kavramlara, mutlak emredici nitelikteki "tavana tabi kıdem tazminatı" niteliğini izafe etmek mümkün olamamaktadır. Kaldı ki bu yorum, bir başka Yargıtay kararında da ifadesini bulan **"İKALENİN GEÇERLİ OLABİLMESİ İÇİN EK MENFAAT SAĞLANMIŞ OLMASININ GEREKMESİ"**[4] yolundaki görüşe de tamamen uygun bulunmaktadır. Taraflar, iş kanunundaki ihbar ve kıdem tazminatları tutarlarına, yani başka bir deyişle "tavandan hesaplanan" kıdem tazminatına razı olsalardı bile, zikredilen karardaki "…davacının ikale sözleşmesi ile diğer yasal tazminat ve hakları dışında ek bir menfaat sağlamadan sözleşmeyi sona erdirmek istemesi hayatın olağan akışı ile uyuşmaz." görüşüne aykırı olduğu gerekçesi ile bu sözleşmenin ikale olarak kabulü mümkün olmayacaktı.

5) Karardan kıdem tazminatı tavanına ilişkin ihtilafın çıkış sebebi anlaşılamamakla birlikte, bir an için tarafların açık veya zımni olarak ihbar ve kıdem tazminatlarının, yani yasadaki düzenlemeye ve tavana uygun tazminatların ödenmesini şart ettiklerini varsaysak dahi, yukarıdan beri açıkladığımız üzere, ihbar ve kıdem tazminatı adı altında ödenen, ancak gerçek anlamda bu vasfı haiz olmadıkları için prim ve vergi kesintisine tabi tutulması zorunlu olan bu ödemelerin, amaçlanan tutarlara ulaşması için dahi, kesilecek prim ve vergilerin işveren tarafından üstlenilmesi sonucu yine de **brüt tutarlar**, kanunda hedeflenen tavandan çok daha yukarıda olacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, kıdem tazminatının vergiye tabi olmasında da bu net tutar ödeneceğine göre, 2012 yılı için geçerli 2.917.- TL olan tavana vergi uygulandığında, yıl içindeki kümüle matrahın altında kalınsa bile, asgari % 15, yani 515.-TL vergisi ile bu tutar 3.432.-TL olacak ve bu suretle de Yargıtay kararında sözü edilen

3 Bkz. GÜNAY Cevdet İlhan, Hizmet Sözleşmesinin Devri (TBK.m.429) Sicil, Aralık'11, Sh.114 vd. Sayın yazarın, TBK ile iş hukukuna giren bu düzenlemenin 4857 sayılı Kanuna tabi işçilere de uygulanabileceğine ilişkin görüşünün, ileride vergi ve SGK incelemeleri sırasında işverenlere getireceği vergi, prim ve ceza yükünün düşünülmeden salt iş hukuku anlamında ileri sürüldüğünü var sayıyorum. Yine Bkz. ÖZEL Kayhan, Yıllık izinler ve vergisel bir sorun, İstanbul Barosu Dergisi Cilt 82 Sayı 2008/3, Sh. 1381 vd. (En azından 429. maddenin, 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin ikinci fıkrasındaki "aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde" ibaresini tadil edip etmediği veya bu açık ibareye rağmen devredilen işçiye son işverence bütün kıdem süresi için tazminat ödenip ödenemeyeceği; özel-genel düzenleme ve kıdem tazminatına ilişkin esasların kamu düzeninden olduğu gerçeği karşısında İş Kanununa tabi işçilere uygulanıp uygulanamayacağı, iş hukuku açısından değil, vergi ve SGK hukuku açısından etraflıca tartışılmadan kolayca bu sonuca ulaşılmamalıdır düşüncesindeyim.)

4 T.C. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 22.11.2011 tarih, 2011/4403 E. Ve 2011/7992 K. sayılı Kararı; Çalışma ve Toplum, Sayı:33, s:405 vd.

tavan aşılmış olacaktır. Tavan tutardan yasa gereği kesilen verginin işçi uhdesinde kalması halinde ise, hak kazanılan tazminattan daha aşağıda bir ödeme söz konusu olacaktır ki, buna da en başta Yargıtay'ın izin vermeyeceği tabiidir.

III. SONUÇ

Sonuç olarak tespitlerimizin altını çizersek;

a) İkale sözleşmeleri nedeni ile ödenmesi kararlaştırılan ihbar ve kıdem tazminatları teknik, yani 4857 Sayılı Kanun'un 17 ve 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddeleri anlamında ihbar ve kıdem tazminatı niteliğinde değildir.

b) Çünkü ikale sözleşmeleri ile sonlandırılan iş akitlerinde **teknik ve kanuni anlamda ihbar ve kıdem tazminatı ödenemez.** Her ne kadar, kıdem tazminatına ilişkin ceza yaptırımı bilahare kaldırılmış ise de, vergi hukuku açısından bu ödemeler kıdem ve ihbar tazminatı niteliğinde olmadığından Vergi İdaresinin titiz ve muhafazakar tutumu nedeni ile gelir vergisine tabi tutulmaları lazım gelir.

c) Bu nedenlerle gerçek iradelerin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik olduğu ikale sözleşmelerinde "ihbar ve kıdem tazminatları ile ek bazı çıkarların karşılanması" şart edilmiş ise ne olursa olsun, kast edilenin sigorta primi ve vergiye tabi tutulmayan, yani yasal hesaplanan tazminatlar tutarı kadar bir miktarın ödenmesini amaçladığı ve bunun dışında da ek çıkarlar sağlanmak istendiğinin anlaşılması gerekir. Bu hali ile de ödenecek tutarlarda BRÜT itibariyle tavan tutarlar aşılmış olacaktır.

d) Diğer yandan, ikale sözleşmeleri ile sonlandırılan iş akitlerinde yasal anlamda ihbar ve kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden adına ne denirse denilsin sözleşme ile tavan tutarların üzerinde tazminat, daha doğru bir deyişle ödemeler, yapılabilir. Yeter ki, prim ve vergiler tevkif edilerek yatırılsın ve bu ödemelerin "kanunen kabul edilmeyen giderler" anlamında olduğu yolundaki vergi idaresi görüşü gözden ırak tutulmasın. Çünkü işverenlerin, yasal tutar kadar kıdem ve ihbar tazminatı ödedikten sonra **ayrıca bu tutarların üzerinde bir ödeme yapması (vergisel yükümlülüklere uyularak) herhangi bir kanun hükmü ile yasaklanmamıştır. Bunun gibi, özünde kıdem tazminatına hak kazanmamış bir işçiye de, adı ne olursa olsun, bir ödeme yapılması hukuk dışı değildir.**

e) Bütün bu nedenlerle, taraflar arasındaki ikale sözleşmelerinde "ihbar ve/veya kıdem tazminatına" gönderme yapılan hallerde tutar olarak yasal ve tavan tutarların üzerinde bir ödeme amaçlanmış ise, bu amaca, kıdem tazminatının kamu düzeni ve emredici hükümlerine dair kısıtlamaların uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Olsa olsa bu ibareler sadece NET asgari tutarlara yollama yapmak amacına yönelik sayılmalıdır ve bu net tutarların ödenebilmesi için brüt tutarlarda tavan tutarların aşılmasında sakınca bulunmamak-

tadır. Çünkü adı ne olursa olsun ikale sözleşmelerinde atıf yapılan "ihbar" ve "kıdem" sözcükleri yasal ve hukuki bir anlam ifade etmez ve bu nedenle de herhangi bir kısıtlamaya tabi olamazlar.

Bu nedenlerle, yazının hazırlanmasından yayınına kadar geçen sürede veya daha sonra Kıdem Tazminatı Fon Kanunu yürürlüğe girdiğinde güncelliğini kaybetmiş olsa da, salt hukuka uygunluk açısından, Yargıtay kararındaki görüşe katılamadığımızı belirtmek durumundayız.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI

Av. Alpaslan AKMAN

A. GENEL OLARAK

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (K.T: 11.01.2011, R.G: 04.02.2011) yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bazı kurumlarda önemli değişiklikler yaparken, bazı konularda da yeni hüküm ve kurumlara yer verme yoluna gitmiştir. Eski Borçlar Yasası'nda yer almayan ve 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası muhtevasına dahil edilen bu yeni müesseselerden biri olan "Genel İşlem Şartları", ana hatlarıyla ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

B. GENEL İŞLEM ŞARTLARI

1. Tanımı

Genel İşlem Koşullarına ilişkin düzenlemeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin, Borç İlişkinin Kaynakları adlı birinci bölümünün Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri adı altındaki birinci ayırımında, 20.-25. maddeleri arasında yer almaktadır. 20. maddenin 1. fıkrasında genel işlem şartlarının tanımı yapılmıştır. Buna göre;

"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."

Standart sözleşme, tip sözleşme, formüler sözleşme gibi adlarla da anılan genel işlem şartları, sözleşmeyi hazırlayan ve hakim durumda olan tarafın, sözleşme içeriğini önceden tek başına belirlemek suretiyle tek tip bir akit halinde karşı tarafın kabulüne sunduğu sözleşme maddeleridir. Standart sözleşmelerin işbu tek taraf hakimiyetinde oluşan görünümü irade serbestisi ilkesi ile çelişmektedir. Çünkü sözleşme hukuku bağlamında irade serbestisi, kişilerin diledikleri kişi ya da kişiler ile sözleşme yapabilmeleri, sözleşmenin konusunu belirleyebilmeleri ve içeriğini düzenleyebilmelerini ifade eder.[1] Oysa standart sözleşmelerde sözleşmenin kuvvetli tarafı, kendi menfaat ve risklerini akde dilediği şekilde geçirebilmekteyken, diğer taraf mevzubahis genel işlem şartlarının varlığından dahi habersiz, sözleşme içeriğini ve genel işlem şartlarını tam olarak algılayıp olası sonuçlarını değerlendiremeden akdi kabul etmek zorunda kalmaktadır.

1 OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s.19-20.

Mezkur 20. maddenin gerekçesinde, genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmelerin kurulmasında görüşmeler ve pazarlıklar yapılmasının mevzubahis olmadığı, sözleşmeyi hazırlayan ve sunan tarafın koşullarına göre sözleşmenin kurulacağı, diğer tarafın akdin içeriğine müdahale imkanın bulunmadığı, dayatılan şartları kabul etmediği takdirde edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacağı ve tüm bu nedenlerle genel işlem şartlarına muhatap olan bireyin emredici genel hükümler şeklindeki işbu düzenlemelerle korunması zorunluluğu bulunduğu belirtilmiştir.

Gerçekten de birey gündelik hayatının pek çok mecrasında, başta bankalar olmak üzere sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretim ve pazarlaması yapan müteşebbisler tarafından yanlı ve soyut olarak hazırlanmış genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmelerle karşılaşmakta ve irade serbestisi ilkesi göz ardı edilerek önceden ve tek taraflı olarak düzenlenen bu sözleşmelerin içeriğine, konularına ve şartlarına dair hiçbir müdahale, müzakere ve tadilatta bulunamadan, sadece önüne koyulan koşullara uymak zarureti içerisinde, maddelerde herhangi bir düzeltme ya da ekleme yapmaksızın yani gerekçede yer alan tabiriyle sadece "evet" ya da "hayır" cevaplarıyla bağlı, "evet, ama" seçeneğinden mahrum bırakılmış bir şekilde edimden yararlanabilmek adına sözleşme bütününü kabul etmek zorunda kalmaktadır. Bu anlamda bilhassa bankacılık sektöründen yapılan eleştirilere rağmen, müteşebbis karşısında irade özgürlüğü kaybolmuş tüketicinin korunmasının haklılığı ortaya çıkmaktadır.

2. Gelişim Süreci

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile hukukumuza dahil olan genel işlem şartlarının hukuk alanındaki temeli sayılabilecek görünümü, 09.12.1976 tarihli Alman Genel İşlem Şartları Kanunu'nun Düzenlenmesine İlişkin Kanun'da yer almaktadır.[2] 2001 yılına kadar yürürlükte kalan bu kanunda yer alan genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeler günümüzde Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch) 305-310. arasında bentlerden mürekkep on madde halinde tanzim edilmiş olup Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin maddeler düzenlenirken, gerekçelerde de sürekli atıfta bulunulduğu üzere, mezkur maddeler dikkate alınmıştır. Bununla birlikte, genel işlem şartları düzenlemelerinde göz önünde tutulan bir başka kaynak ise 20. madde gerekçesinde zikredilen, Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında, 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı "Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Direktifte ve Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Parlamentosu'na sunulan" Avrupa Sözleşme Hukuku'na yönelik 2003/C 63/01 sayılı Eylem Plânının 4.2 maddesinde yer

2 ULUSAN, M. İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul Aralık 2004, S. Aralık 2004, s.28. - DİZDAR, Ali Murat, "Genel İşlem Şartları", Bankacılar Dergisi, İstanbul Mart 2010, S.72, s.85.

alan ayrıntılı düzenlemelerdir. Avrupa Birliği üyesi ülkeler de 93/13/EEC sayılı yönerge doğrultusunda Borçlar, Medeni ve/veya Tüketicinin Korunması Kanunlarında yaptıkları değişiklikler ile genel işlem şartlarını iç mevzuatlarına aktarmışlar ve işbu hukuki müessese için yeknesak bir uygulama türü ve alanı oluşturmaya çalışmışlardır. Ayrıca eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun mehazı İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve mevzuatında genel işlem şartları hakkında düzenleme bulunmamakla birlikte Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanunun kapsamına girmesi halinde uygulamaya konu olmaktadır.[3]

C. ÜLKEMİZDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI

1. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Öncesi

Genel İşlem Şartlarının, ülkemizdeki ilk görünümü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu değildir. 4077 sayılı Tüketicin Korunması Hakkındaki Kanun'a 06.03.2003 tarihinde yapılan değişiklikle (4822 Sayılı Kanun'la) eklenen "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı 6. maddesi hukukumuzda bu konuda yapılmış ilk düzenleme olarak anılmaktadır. Bu maddede yer alan tanıma göre;

"Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şartır."

Tanımdan da anlaşıldığı üzere, maddenin uygulama alanı, bir yanını müteşebbis diğer tarafını ise tüketicilerin oluşturduğu genel işlem şartlarını kullanıldığı sözleşmelerdir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise genel işlem şartları, sadece "tüketici" taraf ile sınırlı kalmayıp daha geniş bir uygulama alanına daha kapsamlı maddeler ile etki edecek bir düzeye getirilmiştir.

2. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Öncesi Yargıtay Uygulamaları

Ülkemizde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesi uygulamalara bakıldığında, genel işlem şartları denetiminin mevcut kanunlarla doğrudan olduğu kadar genel hükümler ve temel hukuk prensipleriyle dolaylı olarak da yapılmaya çalışıldığı görülmektedir. Taraflardan birinin tüketici olduğu durumlarda genel işlem şartlarına ilişkin denetim, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun zikredilen 6. maddesi üzerinden yapılmaktadır. Örneğin, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2008/4345 E. 2008/6080 K. Sayılı 02.05.2008 tarihli kararında TKHK 6. maddesinde yer alan haksız şart hükümlerine göre karar vermiştir;

Sözleşmenin banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların sonradan doldurulduğu, on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği; tüketici aleyhine olan sözleşme hükmünün tüketici ile müzakere edildiğinin iddia ve ispat edilemediği anlaşıldığına göre, ***sözleşme-***

3 DİZDAR, Ali Murat, age, s.88

deki bu hüküm haksız şart niteliğindedir *ve bu hükme dayanılarak tüketiciden kredi kartı üyelik ücreti istenemez.*

TKHK 6. maddesinde yer alan sözleşmedeki haksız şartlar dışında, bilhassa 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19/2. maddesi "Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir." hükmü ile birlikte değerlendirilerek içerik denetimi imkanı da sağlanmıştır. Aynı zamanda içerik denetimini Medeni Kanunun 2/1. maddeleri (dürüstlük kuralı) ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandıran görüşler de mevcuttur.[4] Örneğin, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2008/5324 E. 2008/5974 K. Sayılı 07.04.2008 tarihli kararında mezkur maddelere dayanarak hüküm kurmuştur;

...özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emreden ***MK 2/1****; ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibariyle, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK"nın 24 ve* ***BK'nın 19/2*** *gibi genel kurallara dayanarak sözleşmeye müdahale etmelidir.*

...Mahkemece, ikrazatçı alacaklının sağladığı haksız kazanç ölçüsünde sözleşmeye müdahale edilerek yukarıda anılan hükümler uyarınca ödünç sözleşmesinde kararlaştırılan faiz ile gecikme faizinin bankalarca verilen kredi faizleri de gözetilerek makul bir seviyeye indirilmesi suretiyle bir hüküm kurulmalıdır.

Genel İşlem Şartlarına yönelik Yeni Borçlar Kanunu öncesi tatbik alanı bulan bir diğer koruma şekli de Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi temel kanunların emredici hükümlerine dayanmak suretiyle uygulanan korumadır. BK. md. 99/II, III – BK. Md. 100/III – TK. Md. 766 hükümleri bu kapsamda sayılabilir. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1979/11-1775 E. 1981/563 K. sayılı 03.07.1981 tarihli kararında TTK 766. maddesinden hareketle hüküm kurmuştur;

O halde, olaya ifa yeri (Lex Fori) yasaları uygulanacağına ve ifa yeri kanunu olan ***TTK'nın 766.*** *maddesi, taşıma sözleşmelerindeki sorumluluğu hafifleten veya kaldıran hükümlerin geçersiz olduğunu belirtmiş bulunmasına ve bu hükmün yorumlayıcı değil uyulması gereken emredici bir hükmü niteliğinde olmasına göre, TTK'nın bu hükmü karşısında, davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesindeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersiz ve olaya uygulanma olanağı yoktur.*

Yargıtay uygulamada, yeni Borçlar Kanununda da muhtevasını koruyan cezai şart gibi müesseselere ilişkin benzer kararlar vermiş olup işbu kararların-

4 KARADAĞ, Ceylan Pala, "Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartları", www.turkhukuksitesi.com.

da da maddenin kendi muhtevasında mahfuz hükümlere dayanarak koruma sağlamıştır. Örneğin, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2005/9943 E. 2006/734 K. Sayılı 07.02.2006 tarihli kararında özetle;

*Somut olayda, akdin tarafı olan üniversitece tek yanlı hazırlanmış **genel işlem şartı** niteliğindeki taahhütnamede konulmuş olan cezanın fahiş* olduğu ortadadır. Tarafların tacir olmadıkları da göz önüne alındığında, cezanın Borçlar Yasasının -161/son maddesince ve hakkaniyete uygun biçimde indirilmesi suretiyle hüküm tesisi gerekirken, bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm tesisi, Doğru görülmemiştir.

İstisnai olarak, muhtelif kanunların bazı maddeleri kendi içerisinde genel işlem şartı denetimi getirmiştir. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta poliçesinin muhtevasını belirleyen 1266. maddesinin son fıkrasında yer alan "Sigorta poliçesi birinci fıkrada yazılı hususlardan başka İktisat ve Ticaret Vekâletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumi şartlarını; muvakkat sigorta ilmühaberi ise, zikri geçen umumi şartlara atfı ihtiva eder. Bu fıkradaki tasdik ve baskıya ait olan şartların yerine getirilmemiş olması halinde dahi umumi şartname hükümlerinden sigorta ettirenin zararına olanlar yerine kanun hükümleri tatbik olunur."hükmü bu çerçevede yorumlanmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1974/836 E. 1976/2510 K. Sayılı 15.09.17976 tarihli kararı bu niteliktedir;

***Türk Ticaret Kanunu'nun 1266. maddesinde** sigorta poliçesinin ihtiva etmesi gerekli olan hususlar gösterilmiş olup bunlardan başka gene poliçenin Ticaret Bakanlığınca onanmış sigorta genel şartlarının ihtiva edeceği öngörülmüştür. Sözü geçen Yasa'nın 1264/4. maddesi hükmünce 1266. madde sigorta ettiren kimsenin zararına olarak sözleşme ile değiştirilemez. Aksi halde yasa hükümleri re'sen uygulanır. Olayda, sigorta poliçesi üzerine lastik kaşe ile basılan yazıdaki ehliyetin süresine ilişkin koşul sigortalının zararına olarak poliçe genel şartlarını değiştirir nitelikte bulunmaktadır. O halde mahkemece, az önce açıklanan hukuki esaslar uyarınca sözü edilen koşulun Ticaret Bakanlığının onayından geçip geçmediği araştırılarak varılacak sonuç uyarınca karar verilmelidir.*

D. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI

1. Unsurları ve Uygulama Alanı

Genel işlem koşullarının tanımının yapıldığı 20. maddenin birinci fıkrasına göre genel işlem şartlarının üç unsuru bulunmaktadır. Madde itibariyle bu unsurlar,

i. Çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı

ii. Önceden ve tek taraflı hazırlanma

iii. Karşı tarafa sunma şeklinde belirtilmiştir. Doktrinde bu unsurlara ek olarak şartların tek yanlı hazırlanması, genel ve soyut nitelik taşımaları gibi unsurlarda sayılmaktadır. Bu unsurları barındırmayan bir sözleşmede genel işlem şartlarının bulunması söz konusu olamayacaktır. Örneğin bir seferlik kullanım için hazırlanan bir sözleşmede diğer unsurlar bulunsa dahi genel işlem şartlarını varlığından söz edilemeyecektir. Kaldı ki Alman uygulaması ve doktrini genelde en az üç kez kullanılmayı aramaktadır.[5]

Yukarıda da belirtildiği üzere, 4077 sayılı Tüketicin Korunması Hakkındaki Kanun ile sözleşmedeki haksız şartlar sadece tüketiciler açısından göz önüne alınırken, 6098 sayılı TBK ile genel işlem şartlarının uygulama alanı oldukça genişletilerek karşı tarafın tüketici olup olmamasına ve tacir/tüketici ayrımına bakılmaksızın, bu tip sözleşmelerle karşılaşan herkes koruma kapsamına alınmıştır.

Yine Kanun'un 20 maddesinin son fıkrasında "Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümlerin, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı" hükme bağlanmıştır.

Bu madde hükmü ile, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu'nun izni ve faaliyet belgesi ile kurulan ve hizmet veren bankalar ile 7397 Sigorta Murakabe Kanunu'na göre Bakanlık izni ile kurulan sigorta ve reasürans şirketleri de niteliklerine bakılmaksızın açıkça uygulama alanı içine alınmıştır. Mezkur maddenin gerekçesinde bu kurumlar tarafından hazırlanan sözleşmelerin, her durumda tip sözleşme olarak kabul edileceği ve böylece mutlak surette genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine bağlı tutulacağı belirtilmiştir.

Bununla birlikte bu emredici düzenlemeler, sözleşmeyi hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması durumunda da uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, elektrik, su, doğalgaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerini sunan kişi ve kurumlar tarafından önceden tek taraflı hazırlanan standart (tip) sözleşmelerdeki genel işlem koşulları da mutlak olarak yasal düzenleme kapsamında değerlendirilmiş ve genel işlem koşullarına dair emredici hükümler kapsamına alınmıştır.[6]

2. Dolanma Yasakları

Alman Medeni Kanunu'nda yer alan dolanma yasakları, Yeni Borçlar Yasası'nda ayrı bir hüküm olarak olmasa da 20. madde muhtevasında fıkralar halinde yerini almıştır. Bu dolanma yasaklarından ilki 20. maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre; "Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin me-

5 ÇELİKBAŞ, Nil Merve, "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul Şubat 2011, C.85, S. 2011/1, s.125

6 DEMİR, Mehmet, "2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (M.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2008, S. 76, s.219

tinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez." şeklindeki düzenleme ile sözleşmeyi düzenleyen tarafından içerikte hiçbir değişiklik yapılmaksızın sadece görünüş itibariyle yaptığı değişiklikler sayesinde kanunun dolanılmasının önüne geçilmiştir. Madde gerekçesinde de, genel işlem şartlarını içeren sözleşmeyi hazırlayan ve sunan tarafın, çağımızın teknolojik imkanlarından yararlanarak, farklı yöntemler kullanarak çok sayıda farklı tipte sözleşme hazırlamak suretiyle işbu tip sözleşmelerin bireysel sözleşme olduğu iddiasında bulunmasının önüne geçilmek istendiği belirtilmiştir. Meselâ, delil sözleşmelerine ilişkin bir genel işlem koşulunun bu sözleşmenin asıl metnine alınması, bu sözleşmelerin ekinde yer alması veya sözleşme metni ya da ekinde yer almakla birlikte yerinin değiştirilmesi, uygulama farklılığı doğurmayacaktır.

Bir diğer dolanma yasağı 20. maddenin 3. fıkrasında yer alan "Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz." hükmü olup maddenin temelinde uygulamada yaygın olarak benimsenen örneklerin olduğu şüphesizdir. Günümüzde hemen hemen her standart sözleşmede maddelerin tek tek tartışılarak karşı tarafça kabul edildiğine dair hükümler bulunmaktadır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere maddenin amacı, uygulamada sıkça görülen, tip sözleşmelerde yer alan tüm hükümlerin okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin düzenlemelerle ya da sözleşme sırasında imza ile birlikte ek düzenleme yapılarak sözleşme metninin ve/veya genel işlem koşullarının okunduğuna, anlaşıldığına ve bu yolla kabul edildiğine ilişkin açıklamaları içeren tutanaklarla genel işlem şartları düzenlemesindeki hükümlerin dolanılmasını engellemektir. Bu hükme göre her maddenin ayrı ayrı ya da bu tür açıklamalarla imzalanması da genel işlem koşullarına ilişkin emredici hükümleri dolanmaya yetmeyecektir. Çünkü, fıkra hükmüyle, böyle kayıtların tek başına genel işlem koşullarına ilişkin emredici düzenlemenin uygulanmasını önleyemeyeceği kabul edilmiştir. Bu hüküm sayesinde, tüm bu durumlarda, tip sözleşmelerin tüm hükümleri emredici nitelikteki genel işlem koşulları düzenlemesine tabii olacaktır.[7] Mezkur dolanma yasağı sayesinde çok sayıda yasayı dolanma girişimi de sonuçsuz kalacaktır.

Yine 20. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi "Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz" hükmü ile genel işlem şartlarının sözleşme ekine alınması ya da farklı yazı tipleri, farklı karakterler, farklı şekillerle yazılması da yasayı dolanma yasakları içerisine girmiş olacaktır.

---

7 ANTALYA, Gökhan, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları", Yeni Borçlar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 2009, s. 45

3. Yazılmamış Sayılma

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 21. 22. ve 24. maddeleri ile hukuk sistemimize dahil olan kavramlardan biri de Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda örnekleri görülen yazılmamış sayılmadır. Genel işlem koşullarının, sözleşmeyi kabul eden tarafa karşı maddede belirtilen şartlar dışında ileri sürülemeyeceği 21. madde hükmü ile ifade edilmiş olup bu maddeye göre "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."

Sözleşmenin zayıf tarafının korunmasına yönelik dikkat çekici bir müeyyide olarak kanun metninde yer alan yazılmamış sayılma, genel işlem şartlarının bağlayıcı olmadığı anlamına gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşme maddeleri geçersiz olmamakla birlikte sadece sözleşmeyi kabul eden tarafa karşı ileri sürülememektedir.[8] 22. madde gerekçesinde belirtildiği şekilde sözleşmenin diğer tarafının söz konusu hükümlerden yararlanabileceğinde duraksama bulunmamaktadır.

Zikredilen madde ile oldukça zor hatta imkansız sayılabilecek ispat külfeti, sözleşmeyi hazırlayan ve sunan taraf üzerinde bırakılmıştır. Sözleşmedeki hükümlerin genel işlem şartı olmadığını iddia eden müteşebbisin, akdin inikadı sırasında bu şartların izah edildiğini ve karşı tarafın bu şartları algıladığını ispat etmesi gerekmektedir. Bununla da yetinmeyen TBK bu durumun karşı tarafça da kabul edilmesi şartını koymuş ve aksi halde bu maddelerin yazılmamış sayılacağını açıkça belirtmiştir.

Kanun'un getirdiği neredeyse imkansız ispat külfeti standart sözleşmeleri yaygın şekilde kullanan ve kullanmak zorunda olan müteşebbisler tarafından oldukça eleştirilmektedir. Zira sözleşmedeki şartlar hakkında karşı tarafa/tüketiciye bilgi verildiğini ve bunların içeriğinin karşı tarafça öğrenildiğinin ispat edilmesi zorunlu tutulmuştur. HMK 200. maddesi hükmüne göre ₺ 2.500,00 üzeri miktarların senetle ispat zorunluluğunun yanı sıra TBK 20/3 mucibince sözleşme üzerine maddelerin tartışıldığına dair konulan kayıtların geçersiz olduğu ve hatta ayrı bir sözleşmeye konulmasının dahi geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla yazılı ispat külfeti altındaki müteşebbis, bu hususu akdin üzerindeki kayıtlarla ya da ayrı bir sözleşmeyle dahi ispat edemeyecektir. Böyle bir durumla karşılaşmak istemeyen müteşebbis için görünürdeki tek çözüm yolu, genel işlem şartlarına haiz standart sözleşmelerin resmi yazılı yapılmasıdır. Müteşebbisin noter huzurunda sözleşmenin tüm maddeleri konusunda karşı tarafı tek tek bilgilendirilmesi, karşı tarafa bu maddelerin

8 DEMİR, Mehmet, age, s.220.

içeriğini kabul etme imkanı sağlaması, karşı tarafça kabul edilen sözleşmenin Noterlik Kanunu 84. maddesi uyarınca düzenlenecek bir tutanağa geçirilmesi halinde sözleşmenin geçerliliği sağlanmış olacaktır.[9] Ancak bu şartların yoğun ticari hayatın akışı içerisinde uygulanmasının imkansızlığı ortadadır. Bankalar, sigorta şirketleri, kamu tüzel kişileri vb tarafından hazırlanan standart sözleşmelerin hepsinin noterlerce düzenlenmesi hem çok ciddi bir ekonomik güç hem de yoğun emek gerektirdiğinden uygulanabilirlik açısından önemli bir sorun oluşturacaktır.

Diğer taraftan bakıldığında ise Kanun'un akdin zayıf tarafını koruduğu, oldukça zor olan bu şartlar vesilesiyle genel işlem şartlarının sözleşmeyi kabul eden tarafından iyice öğrenilmesini sağlamayı amaçladığı görülmektedir. Kanunun müteşebbis üzerine yüklediği ispat külfeti sayesinde, genel işlem şartlarını içeren sözleşmelere karşı azami şekilde korunmaya alınmak istendiği ortadadır.

21. maddenin 2 fıkrasında yer alan "Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır." Hükmü, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere Alman Medeni Kanunu 305. maddesinde yer alan şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesine dayanmaktadır. Tüketicinin, sözleşme içeriğini incelemeden ya da inceleyerek yaptığı global bir kabul beyanıyla genel işlem şartlarına muvafakat ettiği kabul edilecek olsa dahi, müşterinin hesaba katması beklenmeyecek ölçüde alışılmamış, şaşırtıcı, adil olmayan şartları da kabul ettiğini söylemek oldukça güçtür. Bu nedenle sözleşme niteliği ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları da yazılmamış sayılacaktır.

Örneğin uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı bir paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblağın ödenebileceği genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş bir kefalet yüklenimin İsviçre Federal Mahkemesi'nce olağan dışı bulunduğu madde gerekçesinde belirtilmiştir. Madde gerekçesinde yer alan bir diğer örnek kredi sözleşmelerinde krediyi veren kurumun hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edebilmesine dair şartlar olup olağan dışı olarak nitelenen bu şartlar da yazılmamış sayılacaktır.

Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi TBK 22. maddesinde düzenlenmiş olup bu hükme göre "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez." Burada, sözleşmenin kısmen geçerli kısmen geçersiz sayıldığı durumlarda, kısmi butlan yaptırımından farklı olarak, düzenleyen

9 REİSOĞLU, Seza, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununu Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", Bankacılar Dergisi, İstanbul Haziran 2011, S. 77, s.112.

yazılmamış sayılan koşulların yer almadığı ve sadece diğer hükümlerle sözleşmesel borç ilişkisini kurmayacağı iddiasını ileri sürerek sözleşmeyi yapmaktan kurtulma olanağından yoksun bırakılmaktadır.[10] Dolayısıyla yazılamamış sayılan şartlara haiz bir sözleşme, bu genel işlem şartları dışında kalan hükümleriyle geçerliliğini sürdürecektir.

Madde gerekçesinde, bu düzenlemeyle Alman Medeni Kanunu 306. maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılındığı (gerekçedeki kelimeyle) ifade edilmiştir. Alman Medeni Kanunu 306. maddesi 3 fıkrası "öngörülen değişikliklere rağmen, sözleşme ile bağlı kalma; sözleşme taraflarından biri için kabul edilmeyecek bir sertliği ifade ediyorsa sözleşme geçersiz olur" şeklinde olup TBK 27/2. maddesinde belirtilen "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur." Şeklindeki emredici hükmü ile uyum içerisindedir. Dolayısıyla Alman Medeni Kanunu 306. maddesi 3. fıkrasını nazarı itibara almayan TBK 22. maddesi, 27. madde 2 fıkrasına açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

4. Lehe Yorum

6098 Sayılı TBK 23. maddesinde yer alan "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır." hükmü, kaynağını Rama Hukukundan alan "in dubio contra stipulatorem: şüphenin düzenleyen aleyhine yorumlanacağı ilkesinden gelmektedir. Buna göre sözleşmede yer alan kuşkulu hükümler metni kaleme alan aleyhine yorumlanacaktır.

5. Değiştirme Yasağı

Tip sözleşmelerde sözleşmeyi düzenleyen taraf, sadece kendi lehine olacak şekilde değiştirme hakkını saklı tutmaya yönelik kayıtlar koymaktadır. Uygulamada çok sık görülen bu tür kayıtlara ilişkin düzenleme TBK 24. maddesinde yer almakta olup bu madde hükmüne göre "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağı" belirtilmiştir.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi düzenlerken değiştirme hakkını mahfuz tutan taraf, karşı yanın rızasını baştan almak suretiyle, akitle yüklendiği borcun ifasını veya şartlarını değiştirme hakkını ele geçirebilmektedir. Bir tip sözleşme muhtevasında ya da ayrı bir sözleşme bünyesinde yer alan benzer kayıtlar 24. madde ile kesin hükümsüzlük müeyyidesine bağlanmış olmakla birlikte madde gerekçesinde de ve daha önceki bölümlerde de değinildiği üze-

10 DEMİR, Mehmet, age, s.220.

re sözleşmeyi düzenleyenin karşı taraf lehine yapılacak değişikliklerin ya da düzenlemelerin geçerli olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Daha önceden de benzer düzenlemeler hukukumuzda yer almakta olup madde gerekçesinde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6, 6/A ve 10. maddelerine atıf yapılmaktadır. Böylece örneğin kredi sözleşmelerinin hemen hepsinde yer alan ve kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı değiştirme yetkisi tanıyan kayıtlar artık geçersiz sayılacaktır.[11]

6. Dürüstlük Kuralına Aykırılık

6098 sayılı TBK 25. maddesi ile "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı" belirtilmekte olup bu madde hilafında konulan kayıtlar kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

Madde gerekçesinde, benzer bir düzenlemeye Alman Medeni Kanunu (BGB) 307. maddede yer verildiği belirtilmekle birlikte BGB'nin mezkur maddesinde "genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırı ve ölçüsüz biçimde düzenleyicinin karşı tarafını zarara uğratırsa geçersizdir." denilmektedir. BGB 307. maddesinde iyi niyet kurallarına aykırı ve ölçüsüz biçimde sözleşmenin karşı tarafını zarara uğratma kıstası kabul edilmiş iken, BK 25. maddede ölçüsüz biçimde zarara uğratma kıstasına yer verilmemiştir.[12]

Yine BGB 308. ve 309. maddelerinde haksız şart olarak nitelendirilebilecek genel işlem şartları sayılırken 6098 sayılı TBK tadadi ya da tahdidi olarak genel işlem şartlarını saymayı tercih etmemiştir.

E. ELEŞTİRİLER ve DEĞERLENDİRMELER

6098 Sayılı TBK'da yer alan Genel İşlem Şartlarına ilişkin düzenlemeler, başta bankalar olmak üzere tip sözleşmeleri kullanma zarureti içerisindeki müteşebbislerin oldukça sert şekilde eleştirilerine maruz kalmıştır. Gerek doktrin gerekse ticari ekonomik hayatın içerisinde yer alan muhtelif kurumlar tarafından, genel olarak borçlar hukukuna egemen olan bireysel sözleşme modelinin zedelendiği, tüketiciye ulaşmak için standart sözleşmeler yapmak zorunda olan sağlayıcının düzenlemedeki şartlar altında bu tip sözleşme yapmasının mümkün olmayacağı, müteşebbisin her mal ve hizmet temini için tüketici ile bir araya gelerek ve sözleşme şartlarının tek tek müzakere ve teyit ederek akit yapmasının imkansız olduğu, müteşebbise neredeyse imkansız bir ispat külfeti yüklendiği ve fiilen ispat hakkının elinden alındığı, tüm bu olumsuzlukların ticari hayatı oldukça yavaşlatacağı hatta içinden çıkılmaz sorunlarla işlemez hale getireceği gibi nedenlerle ciddi şekilde eleştirilmektedir.

Bununla birlikte TBK'da yer alan mezkur düzenlemeler ile, akdin zayıf tarafı durumunda olan, ekonomik güçsüzlüğü nedeniyle pazarlık kozundan

11 ALTOP, Atilla, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Dğzenlemesi", s.8
12 KUNTALP, Enden, "Genel İşlem Koşulları", Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, s.28.

mahrum olarak masaya oturan, akdin inikadı ve detayları ile ilgili bilgi ve tecrübe yeterliliği bulunmayan ve bulunması beklenmeyen ve zaten bireysel sözleşme hakkı elinden alınmış durumdaki tüketicinin/akdin karşı tarafının koruma altına alındığı açıktır. Bu konuda en sert eleştiri ve itirazlarda bulunan kurum olan bankaların, yıllardır genel işlem koşullarını ihtiva eden tip sözleşmeler düzenlemek suretiyle tüketici haklarını gerektiği hassasiyetle nazarı itibara almadığı da ülkemizde hemen herkesin malumu olan bir gerçektir. Bu durumda akdin zayıf tarafının güçlerin eşitliği gereğince korunması prensibi en temel hukuk ilkelerinden biri olduğundan, kanunun sayılan düzenleyici işlemleri de bu çerçevede yorumlanmalıdır. Kaldı ki Avrupa Birliği ülkelerinde de benzer durumda olan tüketicinin korunmasına yönelik tedbirlerin sınırlarının sürekli olarak genişletildiği de unutulmamalıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus taraflar arasındaki dengenin sağlanması, bir taraf için yapılan müdahalenin diğer taraf aleyhine dengesizliğe neden olmamasıdır. Eğer akdin bir tarafı korumaya yönelik düzenlemeler diğer taraf açısından altından kalkılamayacak bir mağduriyete sebep oluyorsa mezkur düzenlemelerin sarih ve sağlıklı hukuki düzenlemeler olduğunu söylemek oldukça güçtür. Alman Medeni Kanunu'nda yer alan sağlayıcı/müteşebbis lehine görülen pek çok düzenleme TBK genel işlem şartları kapsamına alınmamıştır ki bu durum müteşebbis açısından sorunlara neden olabilecek ehemmiyettedir. Yine de Yeni Türk Borçlar Kanun'un mehaz kanunlardaki normatif düzenlemelerden kaçınarak işi uygulama sahasına, yani yargıçlara bıraktığı da göz önüne alınması gereken bir durumdur.

KAYNAKÇA

- KUNTALP, Enden/ ATAMER, Yeşim M./SİRMEN, A. Lale/ARKAN, Sabih; *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu*, Ankara 2012
- HAVUTÇU, Ayşe; *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir Ocak 2003
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdulkadir; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2008,
- ATAMER, Yeşim; *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul 2001,
- İNCEOĞLU, M. Murat (Derleyen); *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler–Teb*liğler, Ocak 2012
- DEMİR, Mehmet; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler*, Ocak 2012
- UYGUR, Turgut; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Nisan 2012
- ATAMER, Yeşim; *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Şubat 2001
- DİZDAR, Ali Murat; "Genel İşlem Şartları", *Bankacılar Dergisi*, Mart 2010, s. 72.
- REİSOĞLU, Seza; "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", *Bankacılar Dergisi*, Haziran 2011, s. 77
- YAVUZ, Nihat; *Sözleşmedeki Haksız Şartlar*, Ankara 2009
- ENGİN, Baki İlkay; "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, İstanbul 2010.
- BİGAT, Şevket Güney/LOKMANOĞLU, Ensar; "Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Süpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan Ve Çok Anlamlı Koşullar", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.83, S. 2009/6
- ÇELİKBAŞ, Nil Merve; "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.85, S.2011/1
- DEMİR, Mehmet; "2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20 – 25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 2008/76

6098 SAYILI YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE "*HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU*"

Av. Umut METİN[1]

I. ÇALIŞMANIN KONUSU ve KAPSAMI

Çalışmamız konusunu yeni yürürlüğe giren, 6098 sy. Türk Borçlar Kanunu hükümleri açısından "*Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu*" oluşturmaktadır. Bu nedenle, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine, yalnızca iki yasa arasındaki farklılıkların belirlenmesi ve 6098 sy. yasada yapılan değişikliklerin neler olduğunun, ortaya konması amacıyla yer verilecektir. Bu bölümde, çalışmamızın sınırları ve kapsamı ortaya konacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümde konu hakkında kısa bir değerlendirme yapılacak, "*hayvan*" ve "*hayvan bulunduran*" gibi temel kavramlar üzerinde durularak, belirtilen kavramların tanımlanmasına çalışılacaktır. Üçüncü bölümde, konumuzun TBK sistematiği içindeki yeri ve konuyla ilgili kanun maddeleri detayıyla açıklanacaktır. Aynı bölümde, TBK'nın BK'dan ayrı yönleri ile, iki yasanın konumuz itibariyle benzeşen yönlerine ilişkin açıklama yapılacaktır. Dördüncü bölümde, bulunduranı mevcut olmayan hayvanlara ilişkin sorumluluğun devlete ait olup olamayacağı konusu üzerinde, farklı görüşlere yer verilerek durulacaktır. Sonuç bölümünde ise, çalışmamız özetlenecek, TBK'nın getirdiği yeniliklerin altı çizilerek, incelememiz konusuyla ilgili kanaatimize yer verilecektir.

II. GİRİŞ ve TANIMLAR

İnsanoğlunca geçmişte, hayvanların daha çok fiziksel gücünden, semerelerinden, koruma işlevlerinden faydalanılması ön planda idi. Günümüzde ise, hayvanlar insanların yaşam alanlarında, insanlar ile birlikte yaşar duruma gelmişlerdir. Hayvanların, hayvan bulundurana arkadaş olma, spor aracı veya hobi olma gibi ek işlevler üstlendiği ve bu işlevlerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu durumda, hayvanın korunması ihtiyacı yanında, toplum yaşam ve düzeni açısından, hayvan bulunduranın ifa etmesi lazım gelecek yükümlülükleri ortaya konulmalıdır. Keza, hayvanların fiileri nedeniyle maddi ve/veya manevi zarar gören kişilerin hukuki durumunun doğru belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan bir araştırma sonucuna göre, hayvanlarca sebep olunan yaralanma olayı sayısının İngiltere'de yılda 50.000 (ellibin)[2] civarında olduğu da

---

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

2 Kidner Richards, Casebook on Torts, Oxford University Press, 10. Baskı, 2008, s.338 (Yazar, bu bilgiyi The Pearson Commission 1978'e atfen aktarmaktadır)

dikkate alındığında, hayvanların ve onları bulunduran kişilerin hukuk karşısında konumunun düzenlenmesinin zarureti daha iyi anlaşılmaktadır.

a. "Hayvan"ın Tanımı

TBK'da "*hayvan*" için herhangi bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Buna rağmen, TBK hükümlerinin detaylı incelemesine geçmeden önce "*hayvan*" kelimesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmakta fayda vardır. Medeni Hukuk bakımından eşyanın canlı cansız olması fark yaratmaz. Hayvanlar bu tanıma uymaktadır. Ancak çağdaş hukukta, hayvanların eşya sayılmasına itirazlar vardır.[3] HKK'nın 5/5 nci fıkrasında "*Ticarî amaç güdülmeden bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemeyeceği*" açıklanmaktadır. İlgili hükümden anlaşılacağı üzere, bu tür hayvanların eşyadan farklı bir statüde olduğu vurgulanmaktadır.[4] İİK. m. 83/b açısından da, hayvanların anaları ile yavrularının birbirinden ayrılarak haczedilemeyeceği ifade edilerek hayvanlara icra iflas hukuku yönüyle de, yalın bir eşya gözüyle bakılmadığı anlaşılmaktadır.[5] Farklı kanunlarda tespit olunabilen ve hayvanlar açısından bir eşya olmak ötesinde, özel bir düzenleme yapan yasa metinlerinden, hayvanların "*nevi şahsına münhasır bir eşya grubu*" [6] olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. İngiliz hukuk sisteminde yapılan tanımda, insan dışındaki omurgalı canlıların - yaşamda var olmamış şekilleri hariç olmak üzere - hayvan olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir.[7] Tahdidi olmamakla, at, köpek, kedi, kuş, aslan v.d benzeri canlılar, TBK anlamında hayvan tanımı içinde değerlendirilebilir. Buna karşın, virüs, pire, bit, bakteri gibi canlıların hayvan tanımı kapsamında değerlendirilmemelidir.[8] Eğer sözü edilen bu tür canlılar, denetim ve kontrol altına alınarak serbest hareket etme kabiliyetleri ortadan kaldırılmışsa, onu bakım ve yönetimini yapan kişi açısından, hayvan sayılacağı ifade edilmiştir.[9] HKK'ya göre ise; bitkilerden farklı olarak, duygu ve hareket kabiliyeti olan, hissetme yeteneğine sahip, kendilerine ait yaşam imkanı olan, korunmaya ihtiyaç duyulan canlıların tamamı hayvan olarak, tanımlanmaktadır.[10]

b. "Hayvan Bulunduran"ın Tanımı

TBK m. 67 düzenlemesinde "*Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi..*" nin hayvan bulunduran olarak tasvir

3 Ertaş Şeref, Hayvan Hakları Hukuku, Hayvan Dostlarımıza Karşı Yükümlülüklerimiz, hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/.../03/hayvan-hakları-ı.pptx (18.05.2012)
4 Ertaş Şeref, age. (18.05.2012)
5 İİK. m 83
6 Ertaş Şeref, age. (18.05.2012)
7 Animal Welfare Act 2006 m. 1 / (1), (2) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/pdfs/ukpga_20060045_en.pdf (18.05.2012)
8 The Animals (Scotland) Act 1987
9 Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I., Ocak 2012, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, s. 572
10 HKK m . 3 / (s)

edildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu hükümle, kişiler arasında gerçek veya tüzel kişi olma yönünden bir ayırım yapılmış olmadığından, maddede yer alan tasvire uyan her gerçek veya tüzel kişinin "*Hayvan Bulunduran*" olmasının mümkün olduğu sonucu çıkarılabilir. Madde metni incelendiğinde, hayvan bulunduran kişinin, hayvanın bakımını ve yönetimini geçici veya sürekli olarak üzerine almış olması halinin arandığı, yani kişinin bakım ve yönetimi üzerine almış olması gerekirken, bu üstlenme yani üzerine alma durumunun geçici veya sürekli olmasının hayvan bulunduran olunması önünde engel olmadığı anlaşılmaktadır. Öyleyse, hayvan bulunduran olmak için hayvanın maliki olmak gerekmemektedir. Hayvanı bulundurmanın sebebi de tanım için hiçbir farklılık yaratmamaktadır. Hayvanı yalnızca keyif almak için bulunduran ile hayvanı bir başkasına satmış olmasına rağmen, hayvanı fiilen teslim etmemiş kişi de, TBK açısından hayvan bulunduran durumundadır. Hayvanı mülkiyet dışında başka bir ayni yada şahsi hakka dayanarak, sürekli veya geçici şekilde bakımını ve yönetimini üstlenen kişi de, hayvanın zilyedi de, bakım ve yönetimi üstlenmiş ise "*Hayvan Bulunduran*" olabilir.[11] Zilyed yardımcısı durumundaki, hayvan üzerinde fiili hakimiyetleri bulunmaksızın, iş görme sebebiyle hayvanla yalnızca ilgilenenler, zilyet olmadıklarından hayvan bulunduran olarak nitelendirilemezler.[12] Bir köpeğe yalnızca belirli saatlerde yiyecek veren kişi, onu yıkamak ile görevlendirilen kişi "*hayvan bulunduran*" olarak nitelendirilemez, bakım sözkonusu olsa da, yönetim yani hakimiyet unsuru bu kişiler açısından gerçekleşmemektedir. Yargıtay 4. HD'nin bir kararından çıkarılabilecek sonuçla, hayvanın bakımı malik olmamakla birlikte geçici olarak bir başkasına bırakılmış olduğu halde dahi, geçici olarak bu işi üstlenen kişi "*Hayvan Bulunduran*" olarak tanımlanabilir.[13] Keza hayvanın aynı anda birden fazla bulunduranı da olabilir, aynı hayvanın birden fazla kişi tarafından bakımı ve yönetimi yapılıyorsa, bu kişilerden her biri hayvan bulunduran tanımı içinde değerlendirilebilir.[14]

Hayvan ile hayvan bulunduran arasındaki bulundurma ilişkisinin varlığı için, kişi ile hayvan arasında bakım ve yönetim ilişkisi sağlanmış olmalıdır. Hayvan bulundurma, ilişkisinin fiili olarak kısa bir süreliğine kesilmesi halinde sorumluluk ortadan kalkmaz. Fakat uzun süreliğine bu ilişkinin kesilmesi durumunda, hayvan ile bağı kalmayan eski hayvan bulunduran değil, bakım ve gözetim ilişkisinin kurulduğu yeni hayvan bulunduran sorumlu olacaktır. [15]

11 Oğuzman Kemal - Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2012, Vedat, s.150

12 Oğuzman Kemal - Öz Turgut, age, s.156

13 Yargıtay 4.H.D.'nin 24.09.1984, 5518 E. 6862 K. sayılı kararı (Olayda hayvan sahibinin hastalığı nedeniyle koma halinde hastanede olduğu bir sırada, evde annesinin bulunduğu bir zamanda, köpeğin başkasına verdiği zarardan sahibinin değil, annesinin sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir.)

14 Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 10. Bası, 2008, Beta Yayınları s. 596

15 Antalya Gökhan, age, s. 572

TBK m. 67'nin ilk iki kelimesi olan "*bir hayvan*" ifadesinin tanımlama için kullanılmıştır. "*Bir hayvan*" ifadesinin sayısal bir kısıtlama için ifade edilmiş olmadığı, bu noktada, "*Bir*" ifadesinin dar yorumlanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Hayvan bulunduranın, aynı anda birden fazla hayvanın bakımı ve yönetimini üstlenmesi halinde de, "*Hayvan Bulunduran*" olarak tanımlanabilmelidir. Maddedeki bir ifadesinin, nicelik olarak bir kısıtlama için düzenlenmiş olmadığı yönündeki düşüncemiz, maddenin gerekçesinde aksi yönde bir ifadeye yer verilmemiş olması, bununla birlikte BK düzenlemesinde de aynı ifadenin yer alıyor olmasından, geçmişte de "*bir*" ifadesinin nicelik yönünden kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Bir tanım yapmak gerekirse; "*Hayvan Bulunduran*", hayvanın mülkiyet sahibi olması şartı aranmaksızın, bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üzerine alan, gerçek veya tüzel kişi, olarak tanımlanabilir.

III. HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ TBK HÜKÜMLERİ

a. 67. ve 68. maddelerin TBK düzenlemesindeki yeri ve genel açıklama

TBK'nın ikinci ayırımında, özen sorumluluğu başlığı altında, adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen hükümden sonra, inceleme konumuz olan ve TBK m. 67-68'de düzenlenen "*Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu",* bir kusursuz sorumluluk hali olarak yer almaktadır. Hayvanın bakımını ve yönetilmesini üstlenen kişinin verdiği zararı tazmin etmesi şeklindeki düzenleme, yasa koyucunun ilgili maddeyi kusursuz sorumluluk kapsamında kaleme almış olduğunu ortaya koymaktadır. Yasa koyucu, hayvan bulunduranın özen yükümlülüğüne riayet etmesi şartını aramıştır. Karine olarak ise, hayvan bulunduranın gerekli dikkat ve özeni göstermediği kabul olunur ve bu kişinin sorumluluğu için kusurun varlığı zaruri değildir.[16] Kusursuz sorumluluk halleri, TBK' daki düzenlemeler yanında, KTK gibi özel kanunlarda da yer almaktadır.[17] TBK sisteminde; kusursuz sorumluluk hakkaniyet, özen ve tehlike sorumluluğu şeklinde TBK m.65 -71 arasında düzenlenmiştir. Özen sorumluluğu kapsamında, "*Adam Çalıştıranın*"[18], "*Hayvan Bulunduranın*"[19] ve "*Yapı Malikinin*"[20] sorumlulukları düzenlenmiştir. Ancak yapı malikinin sorumluluğunun özen sorumluluğu değil, tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi yönünde görüşler de mevcuttur.[21] Bununla birlikte, "*Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu*"nun özen sorumluluğu kapsamında düzenlenmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

16 Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), 11. Baskı, Beta, 2012, s. 134
17 Nomer Haluk, age., s. 120
18 TBK m. 66
19 TBK m. 67-68
20 TBK m. 69
21 Oğuzman Kemal – Öz Turgut, age., s. 134

b. Giderim Yükümlülüğü (TBK m. 67)

Düzenlemeye dil açısından bakıldığında, TBK m. 67'de, BK m. 56'ya göre daha sade bir dil kullanıldığı görülmektedir. BK m. 56'da "*D. Hayvanlar tarafından yapılan zarardan mesuliyet / 1. Zarar ve Ziyan*" şeklindeki ibareler, TBK'da "*2. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu / a. Giderim yükümlülüğü*" başlığı altında ifade bulmuştur.[22]

TBK'nın 67. maddesi aşağıdaki şekildedir ;

"*Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır."

BK' nın 56. maddesinde, bir hayvan tarafından yapılan zarar ile sorumluluktan kurtulma olanağı birinci fıkrada, birlikte düzenlendiği için iki fıkradan oluştuğu halde; TBK'nın 67. maddesinde bunlar ayrı fıkralarda düzenlendiği için anılan madde üç fıkradan oluşmuştur.[23]

TBK m. 67'nin birinci fıkrasında, zarardan sorumluluk düzenlenirken, hayvan bulunduranın kim olduğu da açıklığa kavuşturulmuştur. BK'nın 56. maddesinde yer alan "*….. o hayvan kimin idaresinde ise ….*" ifadesi TBK m. 67' de "*bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi*" olarak değiştirilmiştir. Böylece, BK'dan farklı olarak, "*hayvan bulundurma*" kavramına açıklık kazandırılmıştır. Sözkonusu düzenleme, öğretideki tartışmalara son verdiği için yerinde bir düzenleme olarak karşılanmaktadır.[24] TBK'da yapılan düzenleme ile hayvanın bakımının ve yönetimi üstlenen - bu görevi üzerine alan kişinin - üstlenme durumu hangi süre ile yapılırsa yapılsın, TBK m. 67 anlamında sorumlu tutulabilmesinin yolu açıktır. Bu kapsamda, hayvanla, bulunduranı arasında mülkiyet ilişkisi aranmamaktadır. Hayvanı çalmış olan kişi dahi hayvan bulunduran olarak sorumlu olabilir.[25] BK m. 56'ya göre, hayvanı idare edenin tespiti lazım gelirken, TBK'da hayvanın bakımını ve yönetimi üstlenenin - seyis, çoban veya zilyed yardımcısı olsa dahi[26] - hayvan bulunduran olarak sorumluluğunun doğması mümkündür. Hayvanla, kendi çıkarı için bir arada bulunan, onunla oynayan kişi, hayvanın bakımı

22 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (18.05.2012), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, Cilt IV, Sayı 1, 2007, s. 76

23 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (18.05.2012)

24 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 6, Cilt IV, Sayı 1, Ocak 2007

25 Oğuzman Kemal – Öz Turgut, age., s. 155

26 Antalya Gökhan, age.,, s.570

ve yönetimi üzerine almadıkça bu kişinin sorumluluğuna gidilemez, Örneğin, bir ahırda ineği sağan kişinin, ineğin bakım ve yönetimini üstlendiğine ilişkin bir olgu veya üstlenme şeklinde iradesi yoksa, ineği sağma işlemi sürerken üçüncü bir kişiye verdiği zarardan bu kişi, hayvan bulunduran olarak sorumlu tutulamaz.

TBK m. 67 anlamındaki sorumluluk, hayvanın bakım ve yönetimi üstlenen kişide olacaktır. Ancak hayvanın bakım ve yönetim sorumluluğunu kimin üzerine aldığının tesbiti, özellikle yöneltilecek husumet açısından önemlidir. Hayvan bakıcısının sorumluluğu konusunda, BK düzenlemesine göre bakıcı hayvanı idare eden konumunda olmadığından, hayvan bakıcısının BK m. 56'ya göre sorumlu olamayacağı ileri sürülebilir, ancak TBK m. 67 özellikle "*hayvanın bakımını ..... geçici olarak üstlenen kişi*" ifadesine yer verdiğinden, hayvan bakıcısının eğer hayvan üzerinde sadece hayvanı temizleme, hayvanı sadece besleme ötesinde hakimiyeti de varsa, bakım hali süreklilik göstermese dahi, hayvan bulunduran olarak sorumlu olacaktır. Somut olayda doğması muhtemel sorumluluk, adam çalıştıranın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu gibi birçok sorumluluk sebebi içinde değerlendirilebilir. Tam bu noktada, BK'da madde karşılığı bulunmayan[27] TBK'da yer alan "*Sebeplerin Yarışması"* hükmü önem kazanmaktadır.[28] Somut olayın şartları incelenerek, birden çok sebebe dayanabilecek sorumluluk sebepleri var ise, mağdur aksini talep etmiş olmadıkça veya yasada aksine düzenleme bulunmadığı sürece, mağdura en iyi giderim imkanını veren sorumluluğu, hakim tayin ve takdir etmelidir.

Hakimiyet altında iken terk edilen veya kaçan hayvanlar için alınacak tedbirin ne olduğu, hayvana, yere somut hal ve şartlara göre tayin ve takdir edilmelidir, şeklinde görüşler mevcuttur.[29] TBK düzenlemesi açısından, her ne kadar terk edilen veya terk eden (kaçan) hayvanlara ilişkin TBK m. 67'de açık bir düzenleme yer almasa da, maddenin hayvan bulunduranın sorumluluğunun, hayvanı bulunduranın terki ve/veya hatta hayvanın sahibini terki (hayvanın kaçması hali) açısından kısıtlar bir düzenleme içermemektedir. Terk veya kaçma hali sözkonusu olsa da, TBK m. 67 kapsamında hayvan bulunduranın sorumlu olacağı kanaatindeyiz. İngiliz Mahkemelerine yansıyan bir olayda, "*Davalının sahibi olduğu üç at, bilinmeyen bir dış etkenle içinde bulundukları çiftliğin, atların çiftlikten çıkmasını-kaçmasını engelleyebilecek nitelikteki yüksek çitlerini kırarak, amansızca koşmaya başlamış, atlardan birinin otoyola girmesi ardından ise otoyolda seyreden bir araç sahibi ata çarpmıştır. Bu olayda araç kullanıcısı yaralanmış, at telef olmuştur. Atların evcil olduğu belirlenmiş, çitlerin ise atların aşmasını engelleyebilecek yeter-*

27 Karşılaştırmalı Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Türk Borçlar Kanunu, İstanbul Barosu, Legal Yayınevi, 2011, s.52

28 TBK m. 60

29 Oğuzman Kemal - Öz Turgut, age, s.152

li yükseklikte olduğu ortaya konmuş ise de, hayvan sahibi davalı, davacı yanın zararlarını karşılamak zorunda bırakılmıştır." [30]

Her olayın somut şartları ve ayrıntılarına göre değerlendirilmesi esas olmakla birlikte, konuya TBK açısından yaklaşılması halinde, hayvan bulunduranın TBK m. 67/2. fıkrasının verdiği savunma imkanını ileri sürerek, hayvan bulunduranın "*zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi*" TBK m. 67 gereğince sorumlu olamayacağı şeklinde savunma yapması, cevap sunması mümkün olacaktır. Somut olayda, olayın diğer koşulları bir yana "*atların çiftlikten çıkmasını-kaçmasını engelleyebilecek nitelikteki yüksek çitlerini kırarak*" yani hayvan bulunduranın zararın doğmasını engellemek ve hayvanları kaçamayacak şekilde çiftliğinde tutuyor olması halinin, gerekli özenin gösterildiğinin ispatı açısından, en azından iyi bir hukuki çare ve kurtuluş beyyinesi olarak, TBK kapsamında ileri sürülebileceği kanaatindeyiz.

Yukarıdaki somut olay ile de bağlantılı olarak, TBK m.67'nin maddenin ikinci fıkrasında, olağan sebep sorumluluğuna tabi olan hayvan bulunduranın, objektif özen borcunu yerini getirdiğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir. Hayvan bulunduran sorumluluktan kurtulmak için zararın meydana gelmesini önlemeye elverişli özeni gösterdiğini ispat etmelidir.[31] Hayvan bulunduran, özen sorumluluğuna uyduğunu ispat etme yükümü altındadır. Bu kapsamda hayvanların bakım ve muhafazası için özel düzenlemeler içeren HKK ve bu kanuna bağlı yönetmeliğin, hayvan bulunduranlara yüklediği tüm yükümlülükler ifa edilmiş olmalıdır. Bu yükümlülüklerini kısmen veya tamamen ihmal eden, savsaklayan hayvan bulunduran, doğan zarardan sorumlu olacaktır. Sorumluluğa yol açacak özen ve gözetim derecesinin yeterli olup olmadığı somut olayın şartlarına göre objektif olarak değerlendirilecektir. Bu kapsamda hayvanın türü, yaşı, tehlikesi, huyu da değerlendirilecek olup, her hayvana göre farklılık gösterecek özen ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir.[32] Örneğin, tehlikeli hayvanını tasma ve ağızlık olmaksızın dolaştıran kişi;[33] pitbull, terrier, japanese tosa cinsi köpeklerin tekbaşına sahiplenilmesi dahi,[34] özen sorumluluğunun ihlal edildiğinin kanıtı olabilecektir.

30 Rogers W V H, "Winfield & Jolowicz on Tort" 17. Baskı, Sweet Maxwell, 2006 , s. 733'de de anlatıldığı üzere; Birleşik Krallık'ta görülen "Mirvahedy v Henley" davası (House of Lords 2003- 2AC 491)

31 Yargıtay 4 HD'nin 25.11.1993 tarih 1993/1081 E., 1993/13614 saylı kararı (http://www.haytap.org/index.php/201012053013/mevzuat/mevcut-borclar-yasasi-56-ve-57.maddeler 21.05.2012)

32 Antalya Gökhan, age., s. 574

33 Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği madde 10/ i http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/27009.html (18.05.2012)

34 Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği madde 12/b http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/27009.html (18.05.2012)

Buna karşılık, BK 56. maddesinin birinci fıkrasında ayrı bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiş görünen "*..... dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur*" şeklindeki ifadeye TBK'da yer verilmemiştir. Hükmün, nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu belirtilerek, madde metnine alınmadığı gerekçede belirtilmiş olsa da,[35] gerekçe tatminkar olmadığı gibi, sözkonusu ifadenin metinden çıkarılmasının olumlu bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. TBK 67/II fıkrasında hayvan bulunduranın sorumluluktan kurtulması için sadece, özen borcunu yerine getirdiğini ispatlaması yeterli görülmüştür.

Keza, BK m. 56'da yer alan "*...hal ve maslahatın icap ettiği...*" ifadesine de, TBK m. 67'de yer verilmemiştir. Bu ifadenin TBK'da yer almaması ise herhangi bir eksiklik doğurmamaktadır. Bu ifade kanunda yer almasa da, "*hal ve maslahatın icap ettiği özen*" ile "*gerekli özen*" ifadelerinin somut şartların gerekli kılacağı özen ölçüsüne işaret ettiği anlaşılmaktadır. Sözkonusu ifadenin metinde yer almaması, hukuki bir gayeden ziyade, ilgili hükmün dilinin sadeleştirilmesi çalışması olarak açıklanabilir.

TBK m. 67/ son fıkrasında ise, bir başkası veya başkasına ait bir hayvan tarafından ürkütülmüş hayvanın verdiği zarardan sorumlu olan hayvan bulunduranın, bu kişilere rücu hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Bu fıkra BK'nın 56. maddesinin ikinci fıkrasını, dili sadeleşmiş bir şekilde karşılamaktadır. Ancak maddenin kişiye vurgu yaptıktan sonra, "*bu kişilere*" şeklinde yani çoğul bir anlatımla sonlandırılması, maddenin kaleme alınmasında dilbilgisi yönüyle dikkatsiz davranıldığını göstermektedir. İlgili fıkra incelendiğinde hayvanın "*bir şahıs veya bir şahsa ait hayvan*" tarafından ürkütülmesi halinde rücu hakkının gündeme gelecektir. O halde hiçbir kişiye ait olmayan bir hayvanın ürkütme fiilinde bulunması halinde, zararın rücu edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır, ki bu durum olması gerekendir. Rücu içinse öncelikle bir zararın var olması gerekir, dış alemde hiçbir hukuki-fiili sonuç doğurmayan, bir ürkütme eyleminden dolayı rücuu gündeme gelmeyecektir. Fıkrada, adam çalıştıranın sorumluluğunda görülen TBK m. 66/4'de belirtildiği şekilde "*..sorumlu olduğu ölçüde..*" şeklinde bir kıstas ve sınırlama da getirilmediğinden, TBK 67/3'e göre yapılacak rücu başvurusunda, bütün zarar için rücu talebinde bulunulabileceği sonucu çıkmaktadır.

Rücu isteminde zamanaşımını belirleyen hüküm ise TBK m. 73'dür. Sözkonusu maddeye göre, rücu istemi, zarar görenin tazminatının hayvan bulunduranca tamamen ödendiği ve sorumluluk yöneltilecek kişinin öğrenilmesinden itibaren 2 (iki) yıldır. Ancak bu süre her halukarda, zarar görenin tazminatının tamamının ödendiği tarihten itibaren 10 (on) yıldır.[36] TBK m. 76/1'e

35 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (18.05.2012)- T.C. Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara, 2008 (itucu.edu.tr. İstanbul Ticaret Ün. Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 6 Sayı: 12 s.101-102)

36 TBK m. 73/1

göre, zarar görene geçici ödeme yapılmış olsa dahi, bu ödemeler zarar görenin geçici hukuki korunmasına hizmet eden, tedbir niteliğinde olduğu gözönüne alınmalıdır. Geçici hukuki korumaların herzaman değiştirilebilir nitelikte olduğu gözönüne alındığında; keza geçici ödemenin yasanın emrine uygun şekilde tazminatın tümü de olamayabileceğinden; hakimin esas hakkındaki nihai kararına veya zarar görenin rızası ile zarar görenin zararının tamamını ödeyeceği tarihe kadar, TBK m. 73'de belirtilen zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceği kanaatindeyiz. Bu düzenleme tazmin sorumluluğunu tamamen olmasa da, kısmen yerine getiren hayvan bulunduranların rücu istemleri açısından, zamanaşımı sürelerinin işlemesini engellemektedir.

c. Alıkoyma Hakkı (TBK m. 68)

TBK m. 68 metni aşağıdaki şekildedir;

"Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir

Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır"

BK m. 57'de tek bir fıkradan oluşan hüküm, yeni kanunda iki fıkra halinde düzenlenmiştir.[37] BK m. 57'de "*Hayvan üzerinde hapis hakkı*" olarak ifade edilen maddenin başlığı TBK'daki yeni düzenlemede "*Alıkoyma hakkı*" şeklinde değiştirilmiştir. TBK'nın geneline uygun olarak, TBK m.68'de, BK m. 57'ye kıyasla sade bir dil kullanılmıştır.

TBK m. 68'de, bir kişinin hayvanı tarafından başkasının taşınmazına ilişkin bir zarar verilmesi önkoşuldur. Madde gerekçesinde taşınmaz üzerindeki bu zararın *"hayvanın o taşınmaz üzerinde bulunan bitkiler, diğer hayvanlar ürünler, geçici ve sabit yapı eserleri ve hatta insanlara verdiği zararlar"*[38] olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar gerekçe "*başkasının taşınmazı üzerinde*" ifadesinin madde metninde anlaşılandan çok daha geniş yorumlanması yönünde bir gerekçe oluşturmuş ise de, gerekçedeki düşüncenin madde metnine neredeyse hiç yansımamış olmasını, en azından konumuz itibariyle, özensiz bir yasalaştırma faaliyeti olarak değerlendiriyoruz. TBK m. 68 incelendiği ilk anda, yasakoyucunun değişen yaşam koşullarını gözetmeksizin, köy veya kırsal hayatta görülebilecek şekilde, bir başkasının bağ, bahçe, tarlasına girerek zarar veren hayvanları ifade ettiği düşünülebilmektedir.[39] Ancak modern ya-

37 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (18.05.2012)

38 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (19.05.2012)

39 http://www.haytap.org/index.php/201012053013/mevzuat/mevcut-borclar-yasasi-56-ve-57.maddeler (19.05.2012)

şamda hayvanların vereceği zararı "*taşınmaz üzerinde*" ifadesi ile sınırlandırmak, pek de anlamlı değildir. Sözkonusu kanun maddesinin, şuan üzerinde durduğumuz bu kısmında yapılan tek şey "*gayrimenkul*"[40] yerine "*taşınmaz*" ifadesi kullanılmış olduğundan, kanaatimizce hukuki olarak geçmişten bir fark yaratılmamıştır.

TBK m. 68'deki alıkoyma hakkı, BK m 57'de yer verilen hapis hakkından hukuki sonuçları bakımından farklı bir müessesedir. Hapis hakkı, doğan zararın tazmin edilmesi yani giderim alacağının garanti altına alınması[41] amacıyla düzenlenmiştir. BK'da yer alan hapis hakkı, zararın karşılığında hayvanın satılmasına imkan vermekteydi.[42] MK'da düzenlenen, bir ayni hak olan ve bu niteliği sebebiyle herkese karşı ileri sürülebilen hapis hakkı, alıkoyma imkanını da içinde barındırmaktadır.[43] Hapis hakkının, belirli bir alacağı teminat altına alınabilmesi amacıyla kullanılmasına İİK'de kira alacakları yönüyle rastlanmaktadır.[44] Bu hak kapsamında, istemde bulunan şahsın zararı giderilinceye kadar hayvanı zapt altında tutması, bununla birlikte zararı giderilmez ise hayvanı paraya çevirme hakkı bulunmaktaydı. TMK hükümleri uyarınca hayvan bulunduranın yeterli güvence göstermesi veya zararın karşılanması halinde hayvanın paraya çevrilmeden iadesi gerekmekteydi.[45] TBK'nın yeni düzenlemesi, hapis hakkının sağladığı, alıkoyma ve devamında paraya çevirme imkanını zarar gören aleyhine kısıtlamıştır. Hapis hakkının, alıkoyma hakkına dönüştürülerek kısıtlanmasının gerekçesi için madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamasına rağmen, hayvanların sade bir eşya olarak görülemeyeceği ve mevzuatımızın birçok yerinde hayvanların korunup, kollanması şeklindeki düzenlemelerin ve işbu çalışmamızın birinci bölümünde aktardığımız yaklaşımın, etkili olmuş olabileceğini düşünüyoruz.

TBK m. 68'de alıkoyma hakkına yer verilmişken, "*..hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etksiz hale getirebilir*" ifadesi mevcuttur. BK m. 57'de yer alan öldürme hakkı metinden çıkarılmıştır. Öldürme hakkının yerine getirilen düzenleme ile, somut şartlar haklı kılıyorsa hayvanın diğer yollarla etkisiz hale getirilmesine imkan tanınmış, fakat öldürme bir hak olarak maddede yer almamıştır. Yeni düzenleme ile öldürme hakkının kaldırılmış olması, çağımıza uygun ve daha insancıl bir düzenlemedir. Özellikle, HKK'nın 13. maddesinde de "*Hayvanların Öldürülmesi*" başlığı altında sayılan hallerde öldürmenin yasak olduğu düzenlenmiştir. HKK'daki bu düzenlemenin temeli EHKDAS'dır. Sözkonusu sözleşmenin 13. maddesinde "*Başıboş hayvanların yakalanmaları, muhafaza edilmeleri ve öldürülme-*

40 BK m. 57
41 Ataay Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. Bası, 1995, Der Yayınları, s.358
42 Hatemi H. , Akit Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1994, s 158 - Tandoğan H, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 1981, s.135
43 TMK m. 950
44 Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, 2005, s.923
45 Gizem Yeşilova Özyılmaz, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_749.ht (19.05.2012)

leri konularında bu sözleşmede yer alan prensiplere sadece hastalıkların kontrolüne yönelik hükümet programları kapsamında kaçınılmaz hallerde istisna getirilebilir." denilmekle, öldürmenin istisnai hallerde sözkonusu olabileceği düzenlenmiştir. HKK' nın 14. maddesi hükmüne göre de, hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek, hayvanları, gücünü aştığı açıkça görülen fiillere zorlamak gibi fiiller yasak kapsamında sayılmıştır. Düzenlenen bu hükümler çerçevesinde, öldürme şeklinde bir hakkın, bu ifade şekliyle YBK' da yer almaması son derece isabetli olmuştur. Ayrıca YBK'da öldürme hakkının kaldırılmasından başka, yeni düzenleme ile getirilen "*hayvanın etkisiz hale getirilmesi*" hakkının kullanılması sırasında yukarıda bahsettiğimiz HKK'da düzenlenen yasak davranışlar ve müdahalelerde de bulunulamayacaktır. Hayvanın etkisiz hale getirilmesi kavramının, somut olayın şartları gerekli kılıyorsa öldürme şeklinde tezahür etmesi önünde ise herhangi bir hukuki engel yoktur.[46] TBK m. 63-64 hükümlerinin, saldıran hayvanın etkisiz hale getirilmesi halinde ve hatta son çare olarak hayvanın öldürülmesi halinde de, zarar görenin sorumluluğuna imkan vermeyeceği kanaatindeyiz. Yargıtay 4. H.D. bir kararında kendisine saldıran köpeği öldüren kişinin eylemini, meşru müdafaaya sokmuş ve tazmin sorumluluğunda olmadığını ifade etmiştir.[47]

Daha önceki açıklamalarımız paralelinde, şartları mevcut değilken, orantısız güç kullanan, gereksiz yere hayvanı alıkoyan, alıkoyma sürecinde amaç dışı fiil ve işlemleri ile hayvana eziyet çektiren kişi bu davranışlarından dolayı sorumlu olacaktır. MK m. 2 hükmü açıktır; "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Bu haliyle kendisine kanun tarafından verilen bir hakkı dürüstlük kuralına uygun kullanma ilkesinin ihlali sözkonusu olmamalı, oluyor ise de buna hukuk prim vermemelidir.

Alıkoyma hakkı zararın meydana gelmesi halinde başlar ve bu zarar giderilinceye kadar devam eder. Zarar giderildikten sonra hayvan üzerindeki alıkoyma hakkı da kalkacaktır. Alıkoyma hakkını kullanan taşınmaz zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır. Bu girişimler için gerekiyorsa kolluk kuvvetlerini bilgilendirmek de mümkündür.[48]

46 Nomer Haluk, age., s. 134
47 Yargıtay 4. HD.'nin 14.04.1975, tarih E. 14888, K. 4936 saylı kararı
48 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (19.05.2012)

IV. SAHİPSİZ HAYVANININ SORUMLULUĞU ve DEVLETİN ALMASI GEREKEN TEDBİRLER

Sahipsiz hayvanların verdikleri zarardan doğan sorumluluğun kime ait olacağı konusunda TBK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde konu tartışmalı olup, olası bir çok vakaada, TBK m. 67 hükmüne uygun bir hayvan bulunduranın tesbiti güç olacağından, zararın tazmini, tazmin sorumlusunun kim olacağı ve hatta devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği hususu tartışmaya değer bir mesele halini almıştır.

a. "Sahipsiz hayvanın sorumluluğu devlete aittir" görüşü

Sahipsiz hayvanların sorumluluğunun devlete ait olacağının TBK m. 67'den çıkarmak mümkün değildir. Yabani, başıboş, sahipsiz, sahipsiz duruma gelmiş hayvanların mülkiyetinin ve sorumluluğunun devlete ait olduğuna dair açık bir düzenleme yoktur.

Ancak, sahipsiz, başıboş kalan hayvan kimseye ait olmadığı gibi devlete de ait değildir, şeklindeki düşünce toplum menfaatleri de gözetildiğinde yapıcı değildir. Çünkü, kimseye ait olmayan malın devlete ait olduğu MK. m. 715'de düzenlenmiştir. MK. m. 715' e göre "*Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tâbidir.*" O halde, kimseye ait olmayan yer altı ve yer üstü kaynakları, arazi, tepe, dağ, ormanlık araziler hep devletin hüküm ve tasarrufu altında olarak kabul olunmuştur. Yine, hukukumuzda sahipsiz mallara ilişkin olarak bir başka düzenleme de, sahipsiz terekenin devlete ait olduğudur. Kanunlarda açıkça sahipsiz şeylerin devlete ait olacağı belirtilmişken, sahipsiz hayvanların bu kapsamdan ayrık tutulması, temelde yatan anlayışa ters düşmektedir. Kimseye ait olmayan sahipsiz malların devlete ait olduğu anlayışından hareketle, sahipsiz hayvanların kişilere vereceği zarardan da devletin sorumlu tutulması gerektiği düşüncesindeyiz. KAK m. 4'de "*Yaban hayvanı türleri içinde yer alan ve Bakanlıkça belirlenen av hayvanlarından, korunması gerekenler Merkez Av Komisyonunca, av hayvanlarının dışında kalan yaban hayvanları ile diğer türler gerektiğinde ilgili kuruluşların uygun görüşleri alınarak Bakanlıkça koruma altına alınır*" hükmü ile sahipsiz hayvanların devletin koruması altında olduğu ortaya konmuştur. Av yasağına rağmen tavşan, keklik, ayı gibi av hayvanlarının avlandığının tespiti durumunda KAK'ın 21. maddesi ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre, avlanan hayvanın sayısına ve cinsine göre belirlenen idari para cezası tahakkuk ettirilmekte ve bu idari para cezası devletin kasasına girmektedir. Bu durumda düşünülen madem ki, "*bu av hayvanları kimseye ait değildir, devlete de ait değildir, o*

zaman idari para cezası ödemenin geçerli sebebi olmayacaktır" diye savunma yapılamayacağı gibi, devlette yabani hayvanların verdikleri zarardan sorumlu tutulacaktır, denilmektedir. Devletin tek tek av hayvanlarına bakması, onları yönetmesi elbette sözkonusu değildir, bu durum TBK m. 67 anlamında devletin hayvan bulunduran olarak sorumlu olmasına engeldir. Binaenaleyh, TBK hükümleri açısından devlete sorumluluk yüklenemese de, devletin sebepsiz zenginleşme aracı haline gelen bir sisteme sorumluluk yüklemeden, devleti sorumluluklardan bütünüyle muaf kılmak, kanaatimizce çelişkili bir bakış açısı olur.

b. "Sahipsiz hayvanın sorumluluğu devlete ait değildir" görüşü

Sahipsiz hayvanların sorumluluğunun, TBK ilgili maddeleri kapsamı dışında olduğu[49] ve bu sorumluluğun devlete ait olmadığı fikrinden yola çıkanların gerekçesi, TBK m. 67'de belirtilen *"bir hayvanın bakım ve yönetimini üstlenen kişinin"* hayvan bulunduran olarak zarardan sorumlu olacağı şeklindeki madde metni olabilir. Bu paralelde, hayvanın bakımını ve yönetimini devlet üstlenmemişse, devlet sorumlu da olmaz, devlet her hayvanı kontrol edebilecek bir mekanizmaya da sahip değildir, görüşü ileri sürülebilir. Bu görüşe göre, sahipsiz hayvanın verdiği zarar nedeniyle devletten tazminat talebi yerinde olmayacak, muhtemel bir talep, TBK açısından hukuki dayanaktan yoksun olacaktır.[50]

Ancak, bir örnek ile konuyu zihinde somutlaştırır isek, devlet doğayı korumak maksadıyla o bölgede hayvan yetiştiriyorsa, dolayısıyla yetiştirilen hayvanın bakım ve yönetimi üstleniyorsa, orada yaşayan köylünün hayvanlarına da, devletin yetiştirmekte olduğu hayvan/lar zarar vermiş olursa, bu durumda hayvan bulunduran olarak devletin sorumluluğuna gidilebilecektir. Verilen örnek dışında; doğada yaşayan herhangi zararlı bir hayvanın bir kimseye, zarar vermesi halinde izlenecek hukuki yol ve meydana gelen zararların tazminin kimden isteneceği tartışmalıdır. Devletin sorumluluğuna gidilemeyeceği görüşünde olanlar, az önce de belirttiğimiz gibi, doğal ortamda yaşayan hayvanların, özellikle yaban hayvanlarının tek tek kontrol altında tutulmasının ve devletin herhangi bir kurumuna böyle bir sorumluluk vermenin olanaklı olmadığı savındadır.

c. Devletin Alması Gereken Tedbirler ve Devletin Sorumluluğu Hakkında Görüşümüz

EHKDAS'ın 12. maddesinde başıboş hayvanlarla ilgili olarak bunların sayılarının azaltılmasına dair ek tedbirler getirilebileceği belirtilmiştir. [51] İlgili madde hükmüne göre, *"Taraflardan biri, başıboş hayvan sayısının sorun ya-*

49 Antalya Gökhan, age., s. 580
50 Antalya Gökhan, age., s. 580
51 4934 sayılı Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Uygun Bulunmasına Dair Kanun

rattığını düşünürse, gereksiz ağrı, acı ve ızdırap çekmelerine sebep vermeyecek şekilde sayılarını azaltmak için uygun yasal ve/veya idari tedbirleri alacaktır" hükmü ile doğabilecek zararlara karşı önceden önlem alınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Öyleyse devlet, gerek iç mevzuatımız gerekse imza edilen uluslararası sözleşmeler sebebiyle; hayvanların bakımı, korunması, yönetilmesi açısından sorumluluk sahibi konumundadır. Böyle bir sorumluluk var olsa da, bu sorumluluk mutlak ve sınırsız bir sorumluluk değildir. Bu düşüncemizin temel nedeni, "*Devletin Sorumlu Olmayacağı*" şeklindeki görüşte de belirtildiği üzere, özellikle doğal yaşamdaki her hayvanın bakım ve yönetimin devlete bırakılamayacağı ve zaten olağan yaşam döngüsü içinde, böylesine bir beklentinin gerçekçi de olamayacağıdır. Ancak, devlet hayvan yetiştiren ve bunların bakımı üstlenen bir proje yürütülüyorsa bu hayvanın/hayvanların; şehir yaşamında başıboş gezip kamu sağlığı ve güvenliği açısından çevreye ve insanlara zarar veren hayvanların; keza hayvan barınaklarında bulunup, bakım ve yönetimi devletçe fiilen üstlenilmiş hayvanların sorumluluğu devlete ait olmalıdır.

Yukarıda saydığımız haller dışında, yani devletçe hayvan yetiştirilmesi durumu sözkonusu değilse ve/veya hayvanın bakım ve yönetimi devletçe devralınmamışsa ve şehir yaşamında değil ıssız bir bölgedeki karayolunda, araçıyla seyir ederken karşısına çıkan yabani hayvan nedeniyle kaza yapıp zarara uğrayan, yada bir başkasına zarar veren kişinin durumunda sorumluluk kimde olmalıdır? Devletin sorumluluğuna gidilebilir mi? Zararı karşılayacak olanın hiçbir kusuru olmadan yolda seyreden araç sahibi midir? Yoksa devlet kusursuz sorumlu mudur? Bizim görüşümüz - elbetteki her olayın somut şartların göre değerlendirilmesi kaydıyla- devletin bu somut örnekte de bir takım gerekli tedbirleri almış olmasının gerekliliği yönündedir. Yaban hayvanlarının doğal yaşam alanları da olsa, hayvanların yaşadığı bulunduğu alanlara, doğa parklarına girmeden önce, uyarı levhası ve/veya işaretler devlet mekanizması tarafından konulmalıdır. Devlet, insanları muhtemel kaza, risk konusunda öncelikle bilgilendirmeli, trafik düzenlemesinde hız sınırı koyarak olası meydana gelebilecek zararları en aza indirgemek için özen göstermiş olmalıdır. Eğer bölge, daimi olarak yabani hayvanların bulunduğu, daha önce de benzer kazaların sıklıkla yaşandığı bir bölge ise, karayolunun devletin ilgili kurumu tarafından tel örgülerle daha güvenli hale getirmesi gereği dahi düşünülebilir. Devletçe alınması gerekecek tedbirlerden şartlara uygun olan biri veya birkaçı alınmamışsa, devlet kanaatimizce sorumlu tutulmalıdır. Aksi halde, yani devlet tedbirleri almış olmasına rağmen, tüm uyarı ve devletin tedbirlerine rağmen kendisi uyarıları görmezden gelen ve alınan tedbirlere riayet etmeyen kişinin/araç sahibinin zararı tazmin edeceği sonucu çıkarılabilir. Biz bu noktada, eğer devletin sorumluluğuna gidilecekse, yabani hayvanlar için TBK hükümlerinin değil hizmet kusuru sebebiyle, tam yargı davası açmak suretiyle, İYUK hükümleri uyarınca devletin sorumluluğuna gidilebilmesinin uygun olacağı kanaatin-

deyiz. Bu görüşümüzün gerekçelendirilmesinde, 4856 sy. ÇBK'nın 13/c fıkrası uyarınca, yaban hayatının korunmasının, devletin sorumluluğu altına alınması ve devletin sahipsiz hayvanlara ilişkin sorumluluklar ile donatılması gösterilebilir. Bu hükmün geniş yorumuyla, korumanın gerçekleşmemesi ve buna bağlı zararın meydana gelmesi halinde, idarenin hizmet kusurundan bahsedilebileceği sonucuna varılmaktadır. *Antalya*, benzer bir görüşe ayrıntıya girmeksizin eserinin dipnotunda yer vermiştir[52]

Yukarıda açıklanan sebeplerle, gerek idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılsın, gerek hizmet kusuruna dayanılsın, sahipsiz, başıboş, yabani hayvanların verdikleri zararların giderilmesine dair kanundaki boşluk göze çarpan ve mağduriyetlere sebep olan bir konudur.

V. SONUÇ

TBK, BK'ya göre daha sade bir dil kullanılarak kaleme alınmıştır. Öyle ki, aynı anlama gelen ve halihazırda nerdeyse aynı sıklıkta kullanılan kelimeler arasında, yasakoyucu seçimini sade olan lehine kullanmıştır. Dildeki değişimin, en uygun örneği "*gayrimenkul*" ifadesi yerine "*taşınmaz*" ifadesinin tercih edilmiş olmasıdır.[53]

TBK m. 67 düzenlemesi içinden çıkarılabilecek unsurlarla, hayvan bulunduranın kim olduğuna işaret edilmiş olması, sorumluluğun izafe edilebileceği şahsın tesbiti için olumlu bir düzenleme olmuştur. Bu haliyle hayvanın bakımını ve yönetimi üstlenen gerçek veya tüzel kişi, hayvan bulunduran olarak sorumlu olabilecektir. Yasakoyucu tarafından "*Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu*"nun özen sorumluluğu kapsamında düzenlenmesinde ise bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Her olayın kendi somut şartlarına göre tahlil edilmesi esas olmakla birlikte, hayvan bulunduran TBK m. 67/2 fıkrasının verdiği savunma imkanını ileri sürerek, hayvan bulunduran "*zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi*" halinde sorumlu olmayacaktır. BK m. 56'da yer alan "*hal ve maslahatın icap ettiği*" şeklindeki ifadeye TBK'da yer verilmemesi, her durum ve olayın kendi şartlarına göre değerlendirilmesi hukuk mantığı gereği olduğundan, maddedeki fazladan açıklamanın çıkarılması, olarak ifade edilebilir. TBK'nın ilgili hükümleri uyarınca hayvan bulunduranın, kusuru olmasa da zarardan sorumlu tutulması verilen zararın tazmini açısından önem taşımaktadır. Bu durum, hayvan bulunduranın verilen zarardan koşulsuz sorumlu olduğu anlamına gelmez. TBK m. 67/2 kurtuluş karinesi getirerek hayvan sahibine bu sorumluluktan kurtulma imkanı da tanımaktadır. Bu madde uyarınca hayvan bulunduran, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.

52 Antalya Gökhan, age., s. 570, dipnot 74
53 BK m. 57 – TBK m. 68

Zararın tazmininde, hayvan bulunduranın bakım ve yönetimini üstlendiği hayvanının bir dış etki nedeniyle vereceği zarar halinde, rücu yoluyla verilen zarardan üçüncü kişilerin sorumlu tutulması mümkündür. TBK'ya uygun olarak, rücu için öncelikle bir zararın var olması gerekir, dış alemde hiçbir hukuki-fiili sonuç doğurmayan, bir ürkütme eyleminden dolayı rücu gündeme gelmeyecektir. TBK 67/3 ve m. 73'e göre yapılacak rücu başvurusunda, zararın bütünü için rücu talebinde bulunulabileceği sonucu çıkmaktadır. Rücu istemine zamanaşımını belirleyen TBK m. 73'e göre, zarar görenin tazminatının hayvan bulunduranca tamamen ödendiği ve sorumluluk yöneltilecek kişinin öğrenilmesinden itibaren 2 (iki) yıldır. Bununla birlikte, geçici ödemenin tazminatın tümü olamayabileceğinden, hakimin esas hakkındaki nihai kararına veya zarar görenin rızası ile zarar görenin zararının tamamını ödeyeceği tarihe kadar, TBK m. 73'de belirtilen zamanaşımı sürelerin işlemeyeceği kanaatindeyiz. Bu düzenleme tazmin sorumluluğunu tamamen olmasa da, kısmen yerine getiren hayvan bulunduranların rücu istemleri açısından, zamanaşımı sürelerinin işlemesini engeller niteliktedir.

Yasakoyucu, TBK m. 68'in madde gerekçesinde, "*başkasının taşınmazı üzerinde*" ifadesinin madde metninde anlaşılandan çok daha geniş yorumlanması yönünde bir gerekçe oluşturmuş ise de, madde gerekçesindeki düşüncenin madde metnine nerdeyse hiç yansımadığı görülmektedir.[54] TBK m. 68 incelendiği ilk anda, yasakoyucunun değişen yaşam koşullarını gözetmeksizin, eski düzenlemeyi revize ettiği anlaşılmaktadır. Bu maddedeki önemli değişiklik, zararın tazmin edilmesi yani giderim alacağının garanti altına alınmasını[55] sağlayan hapis hakkına son verilmesi ile, yerine alıkoyma hakkının getirilmiş olmasıdır. Bu haliyle, hayvanın teminat olarak kabul edilerek paraya çevrilmesi engellenmiştir. Madde gerekçesi aydınlatıcı olmamakla birlikte, hayvanların "*nevi şahsına münhasır*" bir eşya olmalarının ve hayvanlar hakkındaki onları koruyan ve onları gözeten sair mevzuat hükümlerin bu değişimde etkili olmuş olabileceği kanaatindeyiz.

TBK m 68'de "*...diğer yollarla etksiz hale getirebilir*" ifadesi mevcuttur. Yapılan değişiklik aslında, "*öldürme*" gibi soğuk bir ifadenin "*etkisiz hale getirme*" gibi örtülü ve daha yumuşak bir ifadeye çevrilmiş olmasıdır. Hayvanın etkisiz hale getirilmesi kavramının, somut olayın şartları gerekli kılıyorsa öldürme şeklinde tezahür etmesi önünde herhangi bir engel yoktur. TBK m. 63-64 hükümleri de dikkate alındığında, zarar veren hayvanın etkisiz hale getirilmesi halinde, hatta son çare ise hayvanın öldürülmesi halinde, etkisiz hale getirme veya öldürme fiillerinin, Yargıtay'ın emsal kararlarında da belirtildiği gibi,[56] zarar görenin sorumluluğuna imkan vermeyeceği kanaatindeyiz.

54 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (20.05.2012)

55 Ataay Aytekin, age., s.358

56 Yargıtay 4. HD.'nin 14.04.1975 tarih, E. 14888, K. 4936 saylı kararı

Alıkoyma hakkı zararın meydana gelmesi halinde başlar, zarar giderilinceye kadar devam eder. Zarar giderildikten sonra hayvan üzerindeki alıkoyma hakkı da kalkacaktır. Alıkoymanın gerçekleştiği zaman diliminde, orantısız güç kullanan veya gereksiz yere hayvanı alıkoyan, alıkoyma amacını aşarak, fiil ve işlemleri ile hayvana eziyet çektiren kişi bu davranışlarından dolayı sorumlu olacaktır. Alıkoyma hakkını kullanan taşınmaz zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır. Bu girişimler için gerekiyorsa kolluk kuvvetlerini bilgilendirmek de mümkündür.[57]

Sahipsiz hayvanların meydana getirdiği zararlardan sorumluluğun kime ait olacağı hususunda ise, TBK hükümleri yetersizdir. İdare Hukuku ilkeleri uyarınca devletin sorumluluğuna gidilebileceği kanaatindeyiz. Çalışmamızda bahsi geçen yasal düzenlemeler dikkate alındığında, devletin başıboş, sahipsiz hayvanların vereceği zararları önlemek amacıyla önlemler alma iradesiyle hareket etmesi gerektiğini, önlemler için gerekli özenin yerine getirilmemiş olması halinde ise, somut olayın şartlarına göre, doğan zararı devletin gidermesi gerektiğini düşünüyoruz.

Sonuç olarak, TBK m. 67-68 maddeleri BK m. 57-58'e farklılaştırılarak kaleme alınmış, bütünüyle yeni bir düzenleme ise yapılmamıştır. TBK m. 67-68'de birtakım iyileştirmeler yapılmış olsa da, BK'dan derin çizgilerle ayrılan yepyeni bir düzenleme sözkonusu değildir. Yeni bir yasa yapma imkanı var iken, TBK 67-68'in hayvanla yaşama gerçeğine uygun olarak daha ayrıntılı biçimde düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik olduğu düşüncesindeyiz.

57 http://www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/tbk/BorclarKanunuKarsılatırmaTablosu.pdf (19.05.2012)

KAYNAKÇA

- **Antalya Gökhan**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I., Beta Yayıncılık, 2012
- **Atay Aytekin**, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. Bası, Der Yayınları, 1995
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınları, 2008
- **Ertaş Şeref**, Hayvan Hakları Hukuku, Hayvan Dostlarımıza Karşı Yükümlülüklerimiz (*hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/.../03/hayvan-hakları-ı.pptx*)
- **Hatemi H.**, Akit Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1994
- **Kılıçoğlu M. Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 4. Bası, 2004
- **Kidner Richards**, Casebook on Torts, Oxford University Press, 10. Baskı, 2008
- **Muşul Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, 2005
- **Nomer Haluk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Şubat, Beta Yayınları, 2012
- **Oğuzman Kemal - Öz Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012
- **Rogers W V H**, "Winfield & Jolowicz on Tort" 17. Baskı, Sweet Maxwell, 2006
- **Tandoğan H**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 1981
- Animal Welfare Act (2006)
- Karşılaştırmalı Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Türk Borçlar Kanunu, İstanbul Barosu, Legal Yayınevi, 2011
- T.C. Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara, 2008 (itucu.edu.tr. İstanbul Ticaret Ün. Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 6 Sayı: 12
- İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, Cilt IV, Sayı 1, 2007
- The Animals (Scotland) Act (1987)
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
- 818 sayılı Borçlar Kanunu
- 2004 sayılı İcra iflas Kanunu
- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
- 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu
- 4934 sayılı Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Uygun Bulunmasına Dair Kanun
- Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği
- http://www.legislation.gov.uk
- http://www.kgm.adalet.gov.tr
- http://www.mevzuat.adalet.gov.tr
- itucu.edu.tr.
- http://www.haytap.org
- http://www.turkhukuksitesi.com
- hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/.../03/hayvan-hakları-ı.pptx

HMK UYARINCA TÜM DELİLLERİN DAVA VEYA CEVAP DİLEKÇESİNDE GÖSTERİLMESİ VE EKLENMESİNİN ZORUNLU OLUP OLMADIĞI

Av. Ramazan YILMAZ[1]

1. Yazılı Yargılma Usulünde

a. Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesinin Zorunlu Olup Olmadığı

HMK m. 119/e-f bentlerine göre; davacı, dava dilekçesinde iddiasının dayanağı olan bütün vakıların sıra numarası altında açık özetleri ile iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini birdirmek zorundadır. (HMK m. 129/e'ye göre; davalı, cevap dilekçesinde savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini bildirmek zorundadır)

HMK m. 119/e-f, HMUK m. 179/3'e karşılık gelmektedir. HMUK m. 179/3'e göre; davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ve delillerinin nelerden ibaret olduğunun dava dilekçesinde bulunması zorunludur. HMUK m.179/3'te ifade edilmiş olan "delillerinin nelerden ibaret olduğu" ifadesi doktrinde farklı yorumlanmıştı. Prof. Dr. Baki Kuru, "ibaret" kelimesi nedeni ile, delillerini dava dilekçesinde göstermiş olan davacının delillerini hasretmiş olacağını, böylece sonradan başka delil gösteremeyeceğini savunmuştu.[2] Ancak Yargıtay bunun tam aksine İçtihatlada bulunmuştu. Yargıtay'a göre, dava dilekçesinde delillerini bildirmiş olan davacı, delillerini hasretmiş olmaz.[3] Yani, davacı delillerini davanın her aşamasında ileri sürebilir.

Görüldüğü üzere, HMUK döneminde Yargıtay, tüm delillerin dava dilekçesinde gösterilmesinin zorunlu olmadığını savunmuştu. Acaba HMK m. 119/f bendi karşısında, tüm delillerin dava dilekçesinde gösterilmesi zorunlu olduğu sonucuna ulaşılabilir mi?

HMK m. 119'un gerekçesinde aynen; *"somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi başlıklı 198. madde ile, tarafların, hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme zorunluluğu, yani somutlaştırma yükü getirilmiş olduğundan, bu yükümlülük gereği, davacının iddia ettiği her bir vakıanın hangi deliller ile ispat edileceğini, dava dilekçesinde*

---

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

2 Kuru, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 1629

3 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 20.03.1996 tarih, 1996/5296 E, 1996/7512 K

belirtmesi esası da bir yenilik olarak maddede de düzenlenmiştir" ifadelerine yer verilmiştir.

HMK m. 194'e göre; taraflar, dayandıkları vakıları, ıspata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar. Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere; somutlaştırma yükü, hem davacıya hem de davalıya yüklenmiş durumdadır. Bu bakımdan, davacının tüm delillerini dava dilekçesinde bildirmiş olması, davalının da tüm delillerini cevap dilekçesinde bildirmiş olması zorunludur. Daha açık bir anlatımla, davacının dava dilekçesi ile, davalının ise cevap dilekçesi ile delillerini hasretmiş olacağı görüşündeyiz.

Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki; tüm delillerin dava dilekçesinde gösterilmesi ve eklenmesine ilişkin maddelerin Yargıtay tarafından nasıl uygulanacağı henüz kesinlik kazanmamıştır. Bilindiği üzere HMUK döneminde Yargıtay, "delillerin nelerden ibaret olduğunun belirtilmesine" ilişkin HMUK m. 179'u mutlak olarak yorumlamamış, "her türlü delil", "vs delil", "sair delil" gibi kavramları kabul etmiştir. Örneğin dava dilekçesinde yemin deliline dayanılmadığı halde, dava dilekçesinde "vs. delil" demek suretiyle yemin deliline de dayanılabileceğini kabul etmiştir.[4] Öğretide, bu konulardaki yeni düzenlemelerden sonra Yargıtay'ın bu yoldaki içtihatlarının artık geçerli olmayacağı savunulmaktadır.[5]

Tanık deliline dayanmış olan davacı veya davalının, tanık isim ve adreslerini dava veya cevap dilekçesinde bildirmesinin zorunlu olup olmadığı.

Yukarıda açıklanan gerekçeler ile, davacı veya davalının tüm delillerini dava veya cevap dilekçesinde bildirmesinin zorunlu olduğu görüşündeyiz. Acaba tanık deliline dayanıldığında durum ne olacaktır? Tanıkların isim ve adresleri dava veya cevap dilekçesinde bildirilmemiş ise durum ne olacak?

Kanaatimizce, dava veya cevap dilekçesinde tanık deliline dayanılmış olması yeterlidir. Tanık isim veya adresleri daha sonra(ön inceleme duruşmasında) sunulabilir. Şöyle ki;

Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi'nin 4/b maddesine göre; davacı, dava dilekçesinde tanık listesine dayanmış ve tanık sayısını belirlemiş ise tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve tebligat gideri; tanık sayısı belirtilmemiş ise en az üç tanık asgari ve tebligat giderini avans olarak öder.

Görüldüğü üzere; tarifenin 4/b maddesinde tanık deliline dayanılması yeterli varsayılmıştır. Eğer dava veya cevap dilekçesinde tanıkların isim ve adreslerinin bildirilmesi zorunlu olsa idi, tarifenin 4/b maddesinin bu şekilde dü-

4 Yargıtay 13. HD, 22.04.1991 tarih, 1991/957 E, 1991/4383 K

5 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 11. Baskı, s.331

zenlenmesine ihtiyaç duyulmazdı. Zira, belirlenen tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve tebligat giderinin avans olarak ödenmesi yeterli olurdu. Dokrinde, tanık deliline dayanılmış ise sadece bunun belirtilmesinin yeterli olduğu, tanık listesinin daha sonra tanıkların dinlenmesi aşamasında sunulabileceği ifade edilmiştir.[6]

b. Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesine Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı

HMK m. 121'e göre; dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asılları ile birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi veya başka yerlerden getirilecek belge dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur.

HMK m. 121, HUMK m. 180'e karşılık gelmektedir. HUMK m. 180'e göre; "dava dilekçesinde sözü edilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyle birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yapılması ve gerekli posta giderinin pul olarak verilmesi zorunludur. Birinci fıkra hükmünün yerine getirilmemesi veya eksik getirilmesi halinde, hakim ilk oturumda istenen hususların on günlük kesin süre içinde yerine getirilmesini veya eksikliğin tamamlanmasını davacı tarafa bildirir." HUMK döneminde Yargıtay, bu hükmü mutlak ve kesin olarak yorumlamamış, yukarıda da ifade edildiği üzere dava dilekçesinin deliller bölümüne "vs delil", "her türlü delil" gibi ifadelerle bu hükme esneklik kazandırmıştı. HUMK dönemindeki uygulamaya göre; lahiyalar teatisi tamamlandıktan sonra mahkemece, taraflara tüm delillerini ve eki belgelerini liste halinde sunmaları için kesin süre verilmekte idi. Böylece dava dilekçesi veya cevap dilekçesinin deliller bölümüne "vs delil" gibi ifadeler yazan taraflar, serbestçe tüm delillerini ve eklerini sunmakta idiler.

Görüldüğü üzere, HUMK döneminde Yargıtay, tüm delillerin dava veya cevap dilekçesine eklenmesinin zorunlu olmadığını savunmuştu. Acaba HMK m. 121 karşısında, tüm delillerin dava veya cevap dilekçesine eklenmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılabilir mi?

HMK m. 140/5'e göre; ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile daynmaktan vaz-

6 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 11. Baskı, s.332

geçilmiş sayılmasına karar verilir. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere; delillerin dava veya cevap dilekçesine eklenmemiş olmasının herhangi bir yatırımı yoktur. Zira, bu eksikliğin ön inceleme duruşmasında verilecek iki haftalık kesin süre ile giderilmesi öngörülmüştür. Şunu da özellikle vurgulamak gerekir ki, bu imkan, her türlü(dava dilekçesinde veya cevap dilekçesinde gösterilmemiş olan) delil için değil, sadece dava ve cevap dilekçesinde gösterilmiş olan deliller için mevcuttur. Daha açık bir anlatımla, ön inceleme aşamasında, mahkemenin iki haftalık kesin süre içerisinde sunulmasına izin vereceği deliller, sadace dava veya cevap dilekçesinde gösterilmiş olan delillerdir.

2. Basit Yargılama Usulünde

Basit yargılama usulü HMK m. 316 ile 322 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

HMK m. 138'e göre; taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadırlar.

Madde metni oldukça açık bir biçimde kaleme alınmıştır. Buna göre de, tüm delillerin dava veya cevap dilekçesinde gösterilmesi ve eklenmesi zorunludur.

YENİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN İŞ AKTİNİN FESHİ SEBEBİ İLE AÇILACAK DAVALARA ETKİSİ

Av. Halis YAŞAR[1]

GENEL OLARAK

Hukuk Dünyamız uygulama ve teorisi ile tam bir hareketlilik ve belirsizlik içindedir. 1920 yıllarda kabul edilen temel yasalarımız değişti. Kaynak alınan kanunlar kendi ülkelerinde değişikliklere uğramıştı zaten. Türk Medeni Kanunu ile başlayan temel kanun değişikliği ile Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu ile devam etmiştir. Bu çalışmamızda iş hukuku yargılamasının yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunun karşısındaki durumu tazminat ve alacak davaları yönünden ele alınmıştır.

I. İŞ HUKUKU YARGILAMASI VE YARGILAMA USULÜ

İş hukuku yargılaması ve özel iş mahkemelerinin kurulması çeşitli sebeplere dayanır. İlkin kanun özel bir uyuşmazlık türünü uzmanlık derecesinde ele almak zorunluluğunu ortaya koymuştur. Çünkü uyuşmazlık konuları ayrı bir hukuk disiplini kapsamında kaldığı için hak edildiği şekilde ve hakkı ile çözüm için ayrı bir mahkeme teşkilatına ihtiyaç duyulmuştur. Aynı saik çeşitli diğer mahkemelerin de ayrı kurulmasına sebebiyet vermiştir. Örneğin tüketici mahkemeleri, çocuk ceza mahkemeleri ve kadastro mahkemeleri gibi. Bu özel yargılama zorunluluğu yargılama usulünün de farklı olmasını beraberinde getirmiştir. Ülkemizde iş mahkemelerin kuruluşu 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile olmuştur. Bu kanunun birçok hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği için şu anda söz konusu kanunun çıkış şekli ile alakası kalmamıştır. Şöyle ki söz konusu kanun 18 madde ve geçici bir maddeden oluşmuştur. Bu maddelerin 16 tanesi hüküm maddesi diğer iki madde yürürlük maddeleridir. Bu 16 hüküm maddesinden 7 tanesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde iş mahkemelerinde şifahi (sözlü yargılama) usulünün uygulanacağını öngörmektedir. Bu husus doktrinde ve uygulamada tartışmasız kabul edilmiştir.[2]

---

1 Ağrı Barosu Avukatlarından

2 KURU Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı"Sözlü yargılama usulü iş mahkemelerinde uygulanmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunun 7.maddesi iş mahkemelerinde sözlü yargılama yapılacağını düzenlemiştir." Sayfa 1022, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY İş Davaları "İş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanmaktadır." Sayfa 118, Av. H. Argun BOZKURT İş Davaları "Sözlü yargılama usulü iş mahkemelerinde uygulanmaktadır. İş mahkemelerinin

Sözlü veya şifahi yargılama yöntemi 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 473–487 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

II. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN YARGILAMA USULLERİ VE İŞ YARGILAMASINA ETKİSİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunun yeni sistematiği iki tür yargılama yöntemi öngörmüştür. Temel yargılama yöntemi yazılı yargılama yöntemi olarak belirlenmiştir. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunun 118 ve devam eden maddelerini içeren bölümün bölüm başlığı olarak kanunda yerini almıştır. İkinci yargılama yöntemi ise basit yargılama usulüdür. Bu usul ise Hukuk Muhakemeleri Kanunun 316–322 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanun döneminde var olan seri yargılama, sözlü yargılama yöntemlerine yeni yasa yer vermemiştir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununda yer alan çeşitli yargılama yöntemleri de zaten tam olarak hayata geçmedi. Kanuni bir çeşitlilik olarak sadece kanundaki yerini aldı. Bu anlamda gereksiz nitelikteki olan bu hükümlerin çıkarılması isabetli olmuştur. Nitekim bu husus 316. madde düzenlemesi ile ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu maddede yazılı yargılama yöntemi dışında tüm yargılama yöntemlerinin basit yargılama yöntemi olacağına dair düzenleme getirmiştir. Ki bu düzenleme de isabetli olmuştur. Söz konusu maddenin g fıkrası aynen şöyle demektedir. *"Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler basit yargılama usulüne tabidir."* Çünkü yeni hukuk usulü yasasında seri ve sözlü yargılama usulü bulunmadığından diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hallerde bu kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanır.[3]

Böylelikle yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu iş yargılamasında ilk değişikliği 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunun 7.maddesi ile var olan sözlü-şifahi yargılama usulünü kaldırmış oldu. Basit yargılama usulü daha çabuk sonuçlandırılması gereken, daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılabilecek dava ve işler için kabul edilmiş bir usuldür. Kural olarak Asliye Hukuk Mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanırken sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Nitekim bu husus kanunun gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir. *"Maddede yazılı yargılama usulü dışında kalması gereken, daha kısa ve basit şekilde sonuçlanmasında yarar bulunan dava ve işlerin basit yargılama usulüne tabi tutulması*

---

kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen 5521 sayılı yasanın 7.maddesi açıkça iş mahkemelerinde sözlü yargılama yapılacağını düzenlemiştir." Sayfa 37, Ali GÜNEREN İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları " İşçi veya hak sahipleri tarafından meslek hastalığı veya iş kazası nedeni ile iş mahkemesinde açılan tazminat davalarında genel hükümler çerçevesinde ve sözlü yargılama usulüne göre incelenip hükme bağlanır. Çünkü iş mahkemeleri sözlü yargılama usulüne tabidir." s. 312

3 UMAR Bilge -Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Sayfa 890, Yard. Doç. Dr. Serhat SARISÖZEN-Hukuk Muhakemeleri Kanunun Medeni Usul Hukukumuza Getirdiği Yeni Düzenlemeler Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 Sayı 96 Sayfa 373–374

amaçlanmıştır. Bu çerçevede daha önce 1086 sayılı kanunda yer alan basit, seri ve sözlü yargılama usulüne tabi dava v e işler incelenerek bunların içinden hukuken ve fiilen uygulanma imkânı kalmayanlar maddeye alınmamış, bunun dışında kalanlarda ise gerçekten özel bir yargılama usulünün uygulanması gerekenler basit yargılama usulüne tabi tutulmuştur. Maddede hem özel olarak hem de genel atıf söz konusudur. Özel olarak sayılanlar dışında kendi özel hükümlerinde basit yargılama usulünün uygulanacağı ya da 1086 sayılı kanun dikkate alınarak seri ve sözlü yargılama usulünün uygulanacağı belirtilen dava ve işlerin de basit yargılama usulüne tabi olacağı öngörülmüştür. Böylece yeni düzenlemeyle bir boşluğun doğması ve tereddüt edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır"

III. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN İŞ HUKUKU'NDAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT VE ALACAK DAVA TÜRLERİNE ETKİSİ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun eski 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre farklılıklarından birisi de belirli ilkesel ve tanımcı yaklaşımı benimsemesidir. Yıllarca oluşan uygulama sonucu oluşan birikim, içtihadı birleştirme kararları, Yargıtay ilke kararları ve yerleşik Yargıtay içtihatları kanun maddesi haline gelmiştir. Bu anlamda 1086 Sayılı Kanun'da beyan edilenin aksine daha toparlayıcı ve tanımcı bir şekilde bir düzenleme, 6100 Sayılı Kanun'da göze çarpmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava çeşitleri başlıklı kısmında hukuk yargılamasında var olan dava çeşitleri, tanımları ile verilmiştir. Eda davası (105. madde), Tespit davası (106. madde), Belirsiz alacak davası (107. madde), İnşai dava (108. madde), Kısmi dava (109. madde), davaların yığılması (110. madde), Terditli dava (111. madde), Seçimlik dava (112. madde) ve Topluluk davası (113.madde) şeklinde dava türleri ayrılmıştır.

Belirtmek gerekir ki davaların yığılması bir dava türü değil ancak bir dava statüsüdür. Bu neden ile davaların yığılması kavramının dava çeşitleri kapsamında değerlendirilmesi kanun tekniği anlamı ile uyumlu değildir.

Bu dava türleri içinde iki dava çeşidi yeni uygulamada çok ciddi problemlerin, hak kayıpların ve sorumlulukların kaynağı olacaktır. İlkin hukukumuzda yeni bir dava türü olan belirsiz alacak davası çok ciddi tefekkürü gerektiren bir dava türüdür. Nitekim kanunun yayımlanması üzerinden daha fazla bir zaman geçmeden aynı zamanda kanunu yazan komisyonun da üyesi Prof. Dr. Süha TANRIVER yazdığı makalede *"6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde yer alan belirsiz alacak davası kurumu günümüzde sorunların yoğunluk kazandığı bir alan haline gelmiştir. Bu kurumun aynı durumda açılması mümkün olan kısmi dava kurumuna nazaran hem usul hukuku hem de maddi hukuk bakımından alacaklıya sağlamış olduğu ciddi ve önemli yararları dikkate alınacak olursa uygulamada hemen herkesin belirsiz alacak davası kurumunu zorlama gayreti içerisinde ve ni-*

tekim zorladığı da gözlemlenmektedir. Dolayısıyla her şeyden önce anılan kanunun 107. maddesinin birinci fıkrasının belirsiz alacak davasının ancak ve ancak davacının açılacağı tarihte talep sonucunun miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin ***" objektif olarak imkânsız"*** *olduğu hallerde açılabileceğine ve bu dava bağlamında dava dilekçesinde, belirtilmesi gereken asgari tutarın somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre tespiti mümkün asgari tutar olduğu hususların açıkça ve kesin bir dille vurgulayacak şekilde yeniden kalem alınması şarttır. Yine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve belirsizliğin subjektif olduğu hallerde de sanki bu davanın açılabileceği zehabını uyandıran* ***" karşı tarafın verdiği bilgiye göre..... Alacağın miktar ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu"*** *şeklindeki düzenlemede bulunan* ***" karşı tarafın verdiği bilgi veya"*** *ibaresi madde metninden bütünüyle çıkartılmalıdır", demiştir.*[4]

İkinci olarak kısmi davanın bu dava türü ile bağlantısı ve bu dava karşısındaki uygulaması nasıl olacaktır. Bu konular iş hukuku yargılamasında ciddi bir tartışmanın kaynağı da olacaktır. Bu konuların doğru anlaşılması için konunun etraflıca ele alınması gerekir. Bu neden ile öncelik ile belirsiz alacak davasının mahiyeti ve özellikleri ve sorunlu alanları belirlenmelidir. Bu belirleme yapıldıktan sonra da kısmi davanın bu dava ile karşılaştırılması yapılmalıdır. Bu hususlar tam olarak ortaya konulduktan sonra iş yargılamasının özel durumu bu konu ile birlikte değerlendirilmelidir.

A. BELİRSİZ ALACAK DAVASI, YENİLİKLERİ VE İŞ YARGISINA YANSIMASI

Bu dava türü hukukumuzda yeni olup henüz uygulaması da yenidir. Yüksek mahkeme içtihatları da yeni yeni çıkmaya başlamaktadır. Bu konuda ilk olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun komisyon başkanlığını da yapan Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Belirsiz Alacak Davası isimli önemli bir çalışma yayınlamıştır. Bu çalışma dışında yabancı menşeli çalışmalar var. Ancak Türk Hukukunda bu anlamda ciddi birkaç çalışmayı tespit edebildik. Biz çalışmamızda bu eseri özellik ile dikkate alacağız. Çünkü eserin yazarı kanunu yapan komisyonun başkanıdır. Aynı zamanda çalışmamızda atıf yaptığımız birçok yazar da bu çalışmaya açıkça atıf yapmışlardır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi belirsiz alacak davasını düzenlemiştir. Bu madde aynen şöyledir. ***"1-*** *Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenmeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde alacaklı hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek sureti ile belirsiz alacak davası açabilir.* ***2-*** *Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın*

4 TANRIVER Süha 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler Türkiye Barolar Birliği Dergisi Cilt: 99, 2012 s.22-23

miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı iddiasının genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir. ***3****- Ayrıca kısmi eda davasının açılabildiği hallerde tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir."*

Türk hukuk uygulaması çok ciddi hukuk dramlarına sahiptir. Hak daraltılmasının her yolu denenmiştir. Ancak hak arayıcı yollar çok zorlu bir direniş göstermiştir. Hukuk uygulamamızda genellikle yabancı kaynak kanun değişikliği, kaynak kanunun yüksek mahkemelerinin içtihat değişikliği ve uluslararası mahkemeden verilen ülkesel mahkûmiyetler olmaz ise kendiliğinden olumlu bir içtihat kolay kolay oluşmaz. Hatta hatalı bir uygulama ve içtihat bile binlerce kişinin canını yakmaz ise yine de dikkat bile çekmez.

Hukuk uygulamamızda çok ciddi hatalar kural olarak işlene gelmekteydi. Kısmi dava yargının ciddi bir olumsuzluk özelliğine sahipti. Yargının hantallığı, yargılamanın uzunluğu, zamanaşımı sürelerin kısalığı dikkate alındığında ciddi mağduriyetler oluşurdu.

Kısmi dava açıldığı zaman fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması esastı. Bunun yapılmamış olması halinde saklı tutulmayan haktan feragat edilmiş sayılırdı. Bu çok ciddi haksızlıkların kaynağıydı. Davaların avukat ile takip zorunluluğu olmamasına rağmen normal vatandaşın böyle bir özende bulunmasını beklemek olağan yaşam gerçekliğine ne kadar sığacaktır. Nitekim birçok hak kaybına sebebiyet veren bu uygulama 6100 Sayılı Kanun'un 109/3 fıkrası ile tarihe gömülmüştür. Söz konusu madde şöyle bir düzenleme içermektedir. Kısmi dava açılması halinde kalan kısım üzerinden açıkça bir feragat beyanı yoksa kalan kısmından feragat edilmiş sayılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Kısmi dava açıldığı kısmi dava konusu edilen kısım yönünde zamanaşımı kesilir kabul edilir dava edilmeyen kısım yönünde zamanaşımı süresi işlemeye devam ederdi. Bu anlayış yerleşik Yargıtay uygulamasıdır. Nitekim Yargıtay birçok kararı ile kanaatini ortaya koymuştur. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2008 gün, 2008/14 Esas ve 2008/1882 Karar sayılı kararı: *"Gerek öğretinde gerek ise yargısal kararlarda tamamen ıslahta yeni bir dava açılmış sayılmayacağı ıslah edilen davanın ilk davanın devamı niteliğinde olduğu bunun doğal sonucu olarak zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin ilk davanın açıldığı tarihte kesilmiş sayılacağı kısmi davada ise dava edilmeyen alacak kesimi için fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmuş olmasının zamanaşımını kesmeyeceği kabul edilmektedir. Kısmi dava açılması halinde zamanaşımı alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktarı için kesilir."*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1968 gün, E:9/210, K:151 ve YHGK 23.11.1966 gün E:T/593, K:296 sayılı kararı: *"Yargı kararlarında ve öğretide kısmi davada dava edilmeyen alacak kesimi için fazlaya ilişkin*

hakkın saklı tutulmuş olmasının zamanaşımını kesmeyeceği kabul edilmektedir. Kısmi dava açılması halinde zamanaşımı alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktarı için kesilir."

Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 20.04.2009 gün, 2009/1246–6911 sayılı kararı da aynı mahiyettedir.[5]

Kısmi davada temerrüt de bir problem oluşturmaktaydı. Çünkü dava edilen kısım yönünde temerrüt gerçekleşir dava edilmeyen kısım yönünden temerrüt gerçekleşmezdi. Bu anlayış da Yargıtay'ın yerleşik görüşüydü. Nitekim birçok kararı ile bu kanaatini ortaya koymuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.02.2009 gün, 2008/8720 Esas ve 2009/1129 sayılı kararı: *" Islah edilen miktar için ıslah edilen tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir."* Aynı mahiyette olan kararlar Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 13.04.2009 gün, 2008/6879 Esas ve 2009/3028 sayılı kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2003 gün, 2003/9–76/126 sayılı kararı bu görüşleri hükme bağlamıştır.[6]

Kısmi dava açıldığında ıslah ile ilgili olarak sorunlar yaşanırdı. Islah tarihi ıslah edilen miktar için temerrüt tarihi ve ıslah edilen miktar için zamanaşımı kesilme tarihi olarak kabul edilirdi. Dava konusu alacağın artırılması eskiden yasaktı. 1086 Sayılı Kanun'un 87. maddesinin son cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 gün, 1999/1 Esas ve 1999/33 Karar sayılı kararı (04.11.2000 günlü 24220 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır) Anayasa Mahkemesi 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 87. son cümlesi Anayasa'nın 2. (Hukuk devleti vasfına aykırıdır), 13. (Hakkın özüne dokunduğu için demokratik toplum gereklerine aykırıdır), 36. (Hak arama hürriyetine aykırıdır) maddesine aykırı olduğu için iptaline karar verilmiştir. Bu tarihten sonra klasik bir ıslah hukuk uygulamasını terk etmiştir. Şöyle ki Müdeabahin artırılmasında 86. maddede bahsedilen bu tarihe kadar olan dava giderleri ve diğer taraf için takdir edilecek zarar ve ziyanın yatırılmasına gerek olmadan yapılmıştır. Önemli olan yeni artırılan miktarın harcının yatırılmasıdır.[7] Yeni yasada alacak miktarı belirlenebilir hale geldiği zaman karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın ve ıslaha başvurulmaksızın dava değeri artırılabilir olma imkânına kavuşmuştur. Burada sadece harç eksiği tamamlanacaktır.

Kısmi davanın yukarı ayrıntısı ile ortaya koyduğumuz sakıncaları hemen hemen her davada vardı. Çünkü davacı davasını açarken alacağın miktarı yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesi mümkün değildir. Bu durum zaten kendisinden beklenemezdi. Bu durum davacı için imkânsızlık durumunu da oluştururdu. Bu neden ile davacı için söylediğimiz nedenler ile kısmi davada dava değerini fazla gösterirse yargılama giderine mahkûm olması az miktarda açarsa da beyan ettiğim hususlarda hak kaybına uğraması demekti.

5 BİLGEN Mustafa Hukuk Yargılamasında Islah Sayfa 197, 220 ve 220
6 BİLGEN Mustafa Hukuk Yargılamasında Islah Sayfa 310, 313 ve 314–318
7 BİLGEN Mustafa Hukuk Yargılamasında Islah Sayfa 165

Bundan dolayı davacı ya bu hak kayıplarına katlanacak ya da hakkında fazlası bir talepte bulunacak ve davasının kısmen reddi ile yargılama giderine mahkûm olacaktı. Bu durum davacının hak talep ederken yargılama hukuku perspektifinde adeta ölümlerden ölüm beğenmesi gibi bir durum olurdu. Bu eksiklikler belirsiz alacak davası ile aşılmış ve bütün bu hususlar giderilmiştir.

Şimdi bütün sorunlara çözüm getirme iddiasında olan belirsiz alacak davası kendisinden beklendiği gibi bir çözüm getirebilecek mi. Bu husus illaki ilerleyen zaman içinde doktrinde ve uygulamada cevabını bulacaktır. Ancak bizim için ciddi bir ipucu olan bir eseri zikretmek ve bu eserdeki görüşleri irdelemek gerekir. Çünkü bu eserin yazarı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun komisyon başkanlığını da yapan Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'dir. Belirsiz Alacak Davası isimli önemli bir çalışması bizim için önemli bir eser ve irdelenmeye değer bir yapıttır.

Öncelikle Pekcanıtez bu dava türünü irdelerken şu kanaatleri dile getirmektedir.

İlkin şöyle demektedir. **"***Kanaatimce belirsiz alacak davası ile davalı haksız olarak zarar görmemektedir. Alacağın belirlenmesi davanın başında imkânsız ise bu durumda davacı ile davalı eşit durumdadır. Davalı belirsiz alacak davasında da kendini savunabilecek durumdadır. Zira davacı alacağını tam olarak belirleyemese de bile talep sonucunun dayandırdığı hukuki ilişkiyi ve buna bağlı olan vakıaları eksiksiz olarak mahkemeye sunmaktadır. Davalının bu durumda davayı kabul ile sonuçlandırması da her zaman mümkündür."* demektedir.[8]

İkinci olarak belirsiz alacak davasında ise davacı talep sonucunun karşı tarafın muvafakati ya da ıslah yoluna başvurmadan artırabilecektir. Ayrıca bunu yaparken davalının bu sebep ile uğrayacağı masrafları ödemek zorunda değildir demektedir**.** [9]

Üçüncü olarak belirsiz alacak davasının düzenleme nedeni davacının dava açarken alacağının tümü için dava açmak istediği halde alacağının miktarının belirlenmesi imkânsız veya kendisinden beklenmeyecek olmasıdır. Davacının belirsiz alacak davası açarken amacı alacağının tümünü dava etmek ve tümü hakkında karar verilmesini sağlamaktır. Kısmi dava açmada olduğu gibi alacağının bir kısmını dava etmek değildir. Dava dilekçesinde belirttiği talep sonucu da geçicidir. Dava açarken asıl amacı alacağının belirlenir belirlenmez bu miktar üzerinden karara bağlanmasıdır. Belirsiz alacak davasında davacıya alacağını belirlenmesinin imkânsız veya kendisinden beklenmeyecek olduğu istisnai bir durumda böyle bir dava açmak olanağı tanınmıştır. Kanun koyucu alacağını belirlenmesinin imkânsız veya davacıdan beklenmeyecek durumda

8 PEKCANITEZ Hakan Belirsiz Alacak Davası (HMK 107) Sayfa 37
9 PEKCANITEZ Hakan Belirsiz Alacak Davası (HMK 107) Sayfa 57

olması halinde belirsiz alacak davası açma imkânı tanıdığına göre böyle bir davanın sonuçlarının da bu amaca uygun olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu neden ile talep sonucu hangi tarihte kesin olarak belirtilirse belirtilsin dava açıldığı tarihte kesin talep miktarınca zamanaşımı kesilmiş sayılmalıdır demektedir.[10]

Dördüncü olarak davalı davanın açılmasına kendi hal ve davranışları ile sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilemez. (HMK 312) Acaba belirsiz alacak davasında davalı davayı kabul ile sonuçlandırarak daha fazla yargılama giderine mahkûm edilmemek için ne zamana kadar davayı kabul etmelidir. Bu hükümden yararlanmak isteyen davalı öncelik ile davanın açılmasına kendi hal ve davranışları ile sebebiyet vermemiş olmalıdır. Kendi hal ve davranışları ile davanın açılmasına kendi sebebiyet vermemiş olan davalı ilk duruşmada ancak geçici talep sonucunu kabul eder ve Bu durumda bu miktar için yargılama giderine mahkûm edilmez. Ancak talep sonucunun geri kalan kısmi için davaya devam edileceğinden davalı bu kısmın davacı tarafından kesin olarak belirlenmesini beklemelidir. Davacının talep sonucunun geri kalan kısmını kesin olarak belirlemesinden sonraki duruşmada talep sonucunu kabul eden davalı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmemelidir. Zira bu durumda davalıdan daha önce davayı kabul etmesi beklenemez. Menfaatler dengesi gereği burada davalı bakımından böyle bir yorumun yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyim. Aksi takdirde davalı talep sonucunun tümü için 312.maddenin ikinci fıkrasındaki imkândan mahrum bırakılmış olacaktır demektedir.[11]

Bu dört görüşü son derece doğru ve isabetli bulmaktayız. Yukarıda beyan ettiğim eksikliklerin giderilmesi bu şekilde olacaktır. Ancak sayın hocanın iki görüşü var ki katılmak mümkün değildir.

Bu görüşlerinden ilki bizim için çok önemli bir konuya ilişkindir. Burada sayın hocanın görüşüne yer verip irdelemesini yapmamızın asıl önemli nedeni sayın hocanın söz konusu kanunun yapan komisyonun başkanı olması ve doktrinde birçok atfın kaynağı olmasıdır. Bu durum uygulamaya yön vermesi ihtimaline karşın da ciddi bir tehlikeyi arz etmektedir. Zira şu anda konunun tartışmalı olmasından yazarın söz konusu görüşü ve çalışmasının çok ciddi bir katkısı vardır. Belirsiz Alacak Davası isimli çalışmasında iş hukukunda belirsiz alacak davası ile ilgili olarak şunları demektedir. *"Uygulamada sorun çıkarabilecek alanlardan birisi de iş hukukundaki taleplerdir. Örneğin davacı kıdem, ihbar, fazla çalışma, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklarını tam olarak belirlemeden pilot dava adı altında (hakkını saklı tutarak) kısmi dava açmakta, sonra bilirkişi raporları alındıktan sonra ona göre saklı*

10 PEKCANITEZ Hakan Belirsiz Alacak Davası (HMK 107) Sayfa 59
11 PEKCANITEZ Hakan Belirsiz Alacak Davası (HMK 107) Sayfa 63

tuttuğu kısmı ıslahla artırmaktaydı. Bugün için artık bu tür taleplerin tam dava olarak açılması gerekir. Belirsiz alacak davası açmak kural mümkün değildir. Çünkü davacı kaç gün çalıştığını son ücretinin ne olduğunu, kaç yıldır izin kullanmadığını ne kadar fazla çalıştığını dilekçesinde yazmaktadır veya en azında yazmalıdır. Çünkü bunlar olmadan zaten hesaplama yapılamaz. Bu veriler belirli ve belirlenebilir verilerdir. Bu veriler belli olduğundan da hesap yapılabilir ve talep ortaya konulabilir. Bu sebep ile ne kısmi dava ne de belirsiz alacak davası bu tür durumlarda açılamaz. Kısaca söylemek gerekirse dava açmadan önce davacı düşünmeli ve hesabını iyi yapmalı ona göre dava açmalıdır. Eski alışkanlıklar ile artık salt dava dilekçesine vakıaları sıralayarak hakkı da saklı tutup kısmi bir dava açma dönemi bitmiştir. Ancak şüphesiz bir iş kazasında veya bunun gibi alacağın tam belirlenmediği özel durumlarda belirsiz alacak davası açma imkânı mevcuttur. Şunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bundan sonra iş hukuku ve buna benzer durumlarda pilot dava ön dava şeklinde açılan kısmi dava niteliğindeki davalar bakımından, önemli ölçüde ne kısmi dava açma imkânı mevcuttur neden belirsiz alacak davası açma imkânı mevcuttur." [12]

Bu görüş Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin başkanı sayın Mustafa Kılıçoğlu tarafından kaleme alınan el şerhi kitabında aynen kabul edilmiş ve çalışmada açıkça söz konusu esere atıf yapılmıştır. Ancak Türkiye'deki iş yaşamı gerçeklikleri nedeni ile görüşünü revize etmek durumunda kalmıştır. Sayın Mustafa Kılıçoğlu söz konusu eserinde şöyle demiştir. *"Kanun koyucunun amacı göz önüne tutulduğunda işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası kapsamına girmediğini söyleyebiliriz. Çünkü işçilik alacaklarının işçi tarafından belirlenmesinde bir imkânsızlık yoktur. Örneğin fazla çalışma yaptığını iddia eden bir işçi kaç saat çalıştığını bilmesi gerekir. Hesabını belirleyecek bilgide olmalı. Böyle bir yorum işçinin kendi haklarına sahip olması bilinmesi yönüyle de bir işleve sahip olur. Sendikaların işçilere bilinçlendirme yönüyle toplumsal katkısı ivme kazanır.* ***(Benzer görüş için bkz. Pekcanıtez H. Belirsiz Alacak Davası Ankara 2011 sh.46,*** *farklı görüş için bkz. Çil Ş./ Kar.B. İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Ankara 2012 sh.135-137)"*[13]

Pekcanıtez'in Belirsiz Alacak Davası (HMK 107) isimli eserinden açık bir şekilde atıf yapılarak yazılan bir başka makalede yine söz konusu görüş kabul edilmiştir. Bu görüş kabul edilirken çekinceleri de dile getirilmiştir. Av. Hasan Şişman tarafından kaleme alınan makalede şu şekilde görüş belirtilmiştir. *" İşçilik alacakları bakımından şu anki görüşe göre belirsiz alacak dava konusu olamaz. Kıdem tazminatı gibi alacaklar eldeki verilere hesap edilebilir davalardır. Bu görüşte olanlara göre dava açılırken dava alacağı*

12 PEKCANITEZ Hakan Belirsiz Alacak Davası (HMK 107) Sayfa 46-47

13 KILIÇOĞLU Mustafa 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi Legal Yayınevi 2012 sh.583-584

yazılmalıdır. İsviçre uygulaması bu yöndedir. Dosya bilirkişiye gidecek olsa da açarken miktar belirtilmelidir.."[14]

Bu görüş bizce çok ciddi hukuki yanlışları barındırmakta. Şöyle ki;

Belirsiz alacak davası için davacı davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesi kendisinden beklenmeyecek veya bunun imkânsız olması hali gerekir. Hukuku Muhakemeleri Kanunu 266. maddesinde çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden mahkeme bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilir. Buna karşın tüm iş yargılaması konusu olup bugün hukuk uygulamasında bilirkişi incelemesinden geçmeyen bir tek dava yoktur. Hukuk yargılamasında avukat ile davanın takibi de zorunlu değildir. İş davalarının davacılarının genel profili ekonomik ve sosyal olarak zayıf insanlardan oluşmaktadır. İş mahkemeleri kuruluş gayeleri hızlı ve özel uzmanlık gerektiren mahkemeler olmasıdır. Şimdi bütün bu verileri bir arada topladığımızda davacı olan bir kimsenin ancak özel bir mahkemede çözülecek bir davada bu özel mahkemenin hâkimi bile konuyu bilirkişisiz hal etmez iken kendi zayıf sosyal ve ekonomik durumuna rağmen davasını tam bilmesi ve tam dava olarak açmasını beklemek olağan yaşam gerçekliğine ve yargı uygulamasına aykırıdır. Zira Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez başta olmak üzere diğer yazarlar bu konuda görüş bildirirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 hükmüne kanaatimce yanlış bir anlam yüklemektedir. Bu düzenlemede açıkça görüldüğü gibi dava konusunun açıkça belirli olması hususu iş davalarındaki alacak davaları için geçerli değildir. Zira birçok avukat iş davasını alamamaktadır. İş davası konusunda uzman olan veya uygulaması fazla olan avukatlar iş davalarını alabilmektedir. Yine birçok iş mahkemesi kararı yüksek mahkeme tarafından bozulmaktadır. Özel uzmanlık mahkemesi hâkiminin bile birçok hatalı kararı olabilecekken özel uzman hâkim ve avukatın bile iş davasında tam olarak yetkin olmadığı ortada iken davacıyı bu davalarda yetkin görmek çok da isabetli değildir. Davacının ne kadar yıllık izin kullandığını bilmesi, ne kadar kıdemi olduğunu bilmesi ne kadar fazla mesaisi olduğunu bilmesi, hangi tatil günlerinde çalıştığını bilmesi ile bu konuları dava konusu etmesi ve bu durumların karşılığı olan hakkının ne olduğu ve ne kadar alacağı olduğunu bilmesi ve bunları dava edebilmesi ayrı şeylerdir. Bu iki husus farklı şeylerdir. Çünkü bu hakların kullanımı ile çok ciddi yerleşik yargısal uygulamalar ve içtihatlar ile ancak mümkün olabilmektedir. Normal bir vatandaşın bunu bilmesi zaten mümkün değildir. Zaten konunun özel takipçi olmayan hukukçular da bu alanı çok net bilmez. Kısacası bir iş alacağını bilmek ile sürekli iş göremezlik tazminatı ile destekten yoksun kalma tazminatını bilmek Türkiye koşullarında imkânsızdır. Bu iki konu ve alacak miktarı için davacı açısında miktarının belirlenmesi mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107.

14 ŞİŞMAN Hasan Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Gider Avansı, Belirsiz Alacak Davası ve Kısmı Dava –İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 86, Sayı: 2012/3 sh.208

maddesinin gerekçesinde geçen şu tespit çok önemlidir. *"Böyle bir durumda gerçekte bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi hak aramanın özü ile izah edilmeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ve kusuru olmadığı halde bir yasak ile karşılaşması gibi bir engel ile karşılaşması söz konusuydu. Oysa hak arama özgürlüğü böyle bir sınırlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil gerçekte hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesi altında olan kişiyi mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamaktadır. Son dönemde gerek mukayeseli hukukta gerek ise Türk hukukunda artık salt hukuki korumanın ötesine geçilerek etkin hukuki korumanın gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir. Kaldı ki miktar ve değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde bir takım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açarak usul ekonomisine de aykırı bir durum meydana getirmektedir."* Nitekim usul esasın engeli değil esasın güçlü ve derinlikli bir şekilde ortaya çıkmasını sağlamalıdır. İnsanları bilmediği davayı açmaya yöneltmek ve bu şekilde uzman olmadıkları alanda uzman imiş gibi davranmak hak arama hürriyetlerini ciddi bir şekilde zedeleyecektir. Nitekim iş yargılamasında geniş bir uygulaması olan ibraname kavramına bakıldığında bile işçilerin haklarını ve alacaklarını tam olarak bilmediklerini birçok yanlış ibraname verdikleri ve bu ibranamelerin iş yargısı tarafından işçi lehine çokça geçersiz sayıldığı bilinen olgulardır. İş yargısında esas olan işçinin zayıf olması nedeni ile korunmasıdır. Bu husus Yargıtay'ın yerleşik içtihadıdır. Sosyal Hukuk Devletinde işçinin korunması iş kanunun konuluş amaçlarındadır. Aynı şekilde delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ve kesinlik göstermediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir.[15] Bunun aksi olan başta Sayın Hakan Pekcanıtez'in görüşü kabul edilirse hak arama hürriyeti ihlal edilir, işçinin korunması ilkesi ihlal edilir, işçi yasaya aykırı bir şekilde başka davalar açamaya zorlanır. Aynı şekilde işçinin dava açmadan önce uzman bilirkişiden alacağını hesaplatıp ona göre alacağını belirli yapıp davasını açması ihtimali de adil değildir. Zira iş davası ile ilgili genel olarak belge ve bilgiler işverenin elindedir. Bu neden ile işçi net bir bilgi sahibi olma imkanına ve hesaplatma imkanına sahip olmayacaktır. Ek olarak böyle bir yol davacının sosyal ve ekonomik durumunu daha da zorlaştıran ve davacıya ek bir külfet yüklemek olur. Zaten işten çıkmış/çıkarılmış birine böyle bir yükümlülük yüklemek da adil olmayacaktır. Zira böyle bir yol davaların ucuz ve en seri bir şekilde çözülmesini öngören usul ekonomisi ilkesine de aykırıdır. Bu neden ile kanaatimce gerek iş akdinden kaynaklı alacak ve tazminat davalarında belirsiz alacak davası konusu olması gerekliliği yukarıdan beri arz ettiğim nedenlerden dolayı mümkündür ve zorunludur. Başka türlü düşünmek yasaya aykırı olacaktır. Bu nedenlerle eleştirdiğimiz görüş hukuka ve adalete aykırıdır.

15 Yargıtay 9.H.D.03.07.2003 gün, 2003/1479 Esas ve 2003/12403 Karar sayılı kararı, (Bu karar Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2003 gün, 2003/9–789 Esas ve 2003/785 Karar sayılı kararı ile onanmıştır.) Yargıtay 9.H.D.13.04.2000 gün 2000/1676 Esas ve 2000/5561 Karar sayılı kararı

Bizim görüşümüzün aksini teknik olarak benimseyen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı da olan Dr.Mustafa Kılıçoğlu söz konusu eserinde söz konusu görüşün tereddüdünü şu şekilde ifade ederek konunun adil olması itibari ile işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası konusu edilmesi gerektiğini belirtmiştir. *"Ancak kanunun düzenleniş amacı bu günün iş hukuku uygulaması ve çalışma ilişkileri ile örtüşmemektedir. İşçi ve işveren ilişkilerinin tamamı kayda geçmemektedir. İşçi çokça işvereni tanımamaktadır. Çalıştığı süreden tutum ücret, fazla çalışma ve diğer işçilik alacaklarını dava yoluyla almaktadır. Değerlendirmelerde yazılılıktan çok tanık beyanları başka bir anlatımla takdiri delillerle yapılmaktadır. Fesih olgusu da benzer delillerle kanıtlanmaktadır. Görgüye dayanan tanıklar bulunmasında zorluk yaşandığı gibi, işyerinde çalışan işçiler gerçeği söylemekten kaçınmaktadır. İşçi için masraflı olan yargılama giderleri davayı kaybetmek riskini içinde barındırır. İşçi davayı tüm alacaklarını göstererek açması onu dava açma hakkını aramada çekingen davranacaktır. Bu husus yargılama hukukunca korunmaz. Bir diğer çözüm bazı alacak kalemlerini belirsiz alacak olarak kabul etmemektedir. Ancak her davada bunu kritize etmek gereksiz zaman kaybına neden olacaktır. Sayılan tüm nedenlerle iş hukukunda tazminat ve alacak kalemlerini belirsiz alacak kalemi olarak kabul etmek isabetli olacaktır.*[16] Av. Hasan Şişman ise yazdığı makalede söz konusu görüşüne karşın yaşadığı tereddüdü şu şekilde ifade etmiştir. *"Çağrı üzerine çalışma gibi durumlarda belirsizlik vardır. Türkiye'de genelde bordro gerçek maaşı yansıtmamaktadır. Ancak işçi kendi kafasında ve elindeki verilere göre hesap yapabilir. Avukatla temsil zorunluluğu olmayan Türkiye de işçi bu hesaplamayı nasıl yapacaktır."*[17] Nitekim yaşanan bu tartışmada bizim görüşümüz ile paralel olarak birçok ciddi hukukçunun görüşleri de ortaya çıkmaya başlamıştır. Nitekim Yargıtay Tetkik Hâkimleri olan Şahin Çil ve Bektaş Kar ortak yazdıkları kitapta görüşlerini şu şekilde ortaya koymuşlardır. *" İşçinin aldığı ücreti ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımı ile işçilik alacaklarına ilişkin davaların belirli olduğu şeklinde bir düşünce tarzı TÜİK verilerine göre çalışanların % 41'nin kayıt dışı olduğu kayıtlı olanların önemli bir kısmının gerçek ücretinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmediği kamu ve özel sektörde faaliyet gösteren alt işverenlik ilişkilerinde yaygın olarak muvazaalı uygulamalara gidildiği, çalışma hayatı ve sigorta denetimlerinin istenen düzeyde olmadığı ülkemiz gerçekleri ile tam olarak örtüşmemektedir. Sendikalılık oranı sürekli olarak azalmakta ve bağıtlanan toplu iş sözleşmeleri çalışan kesimin çok azını kapsamaktadır. İşçilerle bireysel iş sözleşmesi imzalanması, aksi halde çalışma belgesi ile ücret hesap pusulası verme yükümüne rağmen bu yönde yasal düzenlemelere uyulmamaktadır. İşçilerden yaygın olarak ibranameler alınmakta iş güvencesi bozma söz-*

16 KILIÇOĞLU Mustafa 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi Legal Yayınevi 2012 sh.583–584

17 ŞİŞMAN Hasan Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Gider Avansı, Belirsiz Alacak Davası ve Kısmı Dava –İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 86, Sayı: 2012/3 sh.208

leşmeleri (ikale) ile bertaraf edilmektedir. Bütün bunların üzerine işçilerin yasal yollardan hak aramalarının zorlaştırılması, dengeleri işçi aleyhine bozabilecektir. Tüm bu maddi veri olgulara göre ülkemizde işçilik alacakları ile ilgili davaların belirsiz alacak ve kısmi dava türünde açılamayacağını ileri sürmek, adil sonuçlar doğurmayacağı gibi iş hukukuna hakim olan ilkesinin de ihlaline yol açabilir. Ayrıca hesaplamalara esas kayıtların işveren tarafından tutulduğu da gözden kaçırılmamalı ve bir işçiden elinde bulunmayan kayıtlarla ilgili olarak tazminat ve işçilik alacaklarının hepsini belirleyecek dava açması beklenmemelidir. İşçilik haklarının belirsiz alacak davası ile talep edebilecek oluşu, ek dava ve ıslah gibi kurumların devreden çıkarması ve daha fazla şekilde adaletin gerçekleşmesi için fırsat olarak görülmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere işçilik hak ve alacaklarının hesabı ispatı gereken birçok unsura dayanmaktadır. Hesabın unsurlarında oluşacak herhangi bir uyuşmazlık belirsiz alacak davasının açılabilmesi anlamına gelir. Belirsiz alacak davasına dair yasal düzenlemede alacak miktarının belirlenmesinin imkansız olması veya davacıdan bu belirlemenin beklenmeyecek olması aranmıştır. İşçi açısında bakıldığında yukarıda her bir alacakla ilgili olarak yapılan açıklamalara göre işçiden işçilik hak ve alacaklarını tam olarak belirlenmesi çoğu kez beklenmemelidir. Hesabın tüm unsurlarının tartışmasız olması halinde bile işçinin eğitim durumu ve bilgisi doğrultusunda işçilik alacaklarını doğru şekilde belirlemesi oldukça zordur. İş sözleşmesi sona erdirilen hiçbir hakkını alamamış olan işçinin işçilik alacakları tam olarak belirleyerek bir dava açmaya zorlanması adalete olan güven duygularını da sarsacaktır. Aynı durumda olan bir işçinin hesap noktasında ciddi bir masraf yaparak özel bir rapor aldırılması da beklenmemelidir. Düşüncemiz ile ilgili bölümlerde açıklanan bazı istisnalar dışında işçilik hak ve alacaklarının belirsiz alacak davası ve kısmı davaya konu olabileceği yönündedir. Belirsiz alacak davasında alacaklı iyi niyetle belirleyebildiği alacak miktarını talep etmelidir. Kalan kısmı yargılama sırasında belirlendiği anda davaya konu edilmelidir. Kısmı davada ise fazlaya dair saklı tutularak herhangi bir miktar talep edilebilecektir."[18]

Tazminat hukuku alanındaki çalışmalarıyla tanınan Çelik Ahmet Çelik yazdığı çeşitli makale ve kitaplarda bizim ile aynı görüşü benimseyerek şu şekilde görüşünü ortaya koymuştur. *"İş sözleşmesinin tazminat ödenmesini gerektirir biçimde sona erip ermediğine ilişkin uyuşmazlığın çözümlenmesinden sonra işçinin tazminat ve alacak miktarlarının başlangıçta kesin bilinmesinin ve hesaplanmasının olanaksızlığı bir yargılama sürecini ve uzman bilirkişiden rapor alınmasını gerektirmesi göz önüne alındığında önceki kısmi davanın olumsuzluklarının da (faiz, zamanaşımı) ortadan kaldıran*

18 ÇİL Şahin / KAR Bektaş 6100 Sayılı HMK'ye göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Yetkin Yayınları Ankara 2012 sh.135–137 ve Şahin ÇİL/Bektaş KAR 6100 Sayılı HMK'ye göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Yetkin Yayınları Ankara 2012 sh. 188–190 2.Baskı

6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası'nın 107. maddesindeki belirsiz alacak davasının en uygun dava türü olduğu sonucuna varıyoruz."[19] *"İşçi alacaklarının başlangıçta kesin belirlenebilen (likit) alacaklardan olmadığını işçi hak ve alacaklarının her zaman ve her durumda tartışmalı ve belirsiz olduğunu, aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklayacağımız nedenlerden dolayı işçilerden tazminat ve alacaklarının kesin miktarını bilmesinin istenmeyeceğini, bunun asla mümkün olmadığını, 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde denildiği gibi alacağının miktarını ve kesin olarak belirleyebilmesinin işçiden beklemeyeceği ve istenmeyeceğini bunu işçiden istenmesinin haksızlık ve insafsızlık olacağını"*[20] ve *"Sonuç olarak Sonuç olarak alacakları başından belirsiz olan işçi belirsiz alacak davası, tespit davası ve kısmi dava açabilir.*[21]

Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay, vermiş olduğu iki kararında bizim de kabul ettiğimiz görüş kabul edilmiş ve konu adil bir şekilde çözülmüştür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 27.02.2012 gün, 2012/1757 Esas ve 2012/5742 Karar sayılı kararında şöyle denilmektedir. *" Dava konusu edilen alacak yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor (Kuru/Budak Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 85 Sayı 2011/5 s.13) veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir. Keza alacak miktarı veya değerinin hâkimin takdir ve yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda dairemiz istikrarlı olarak hastalık, izin gibi nedenlerle çalışmayacak günler olduğu düşünülerek bu tür alacaklarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki tazminat ve alacaklarının belirlenmesine ilişkin kayıtlar genelde işveren tarafından tutulmaktadır. Dava konusu edilen alacağın talep sonucunun miktar olarak belirlenmesi karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır. (M. Kılıçoğlu 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi Legal Yayınevi İstanbul 2012 sh.582) Tazminat ve alacaklara hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkene bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması halinde tazminat ve alacağa esas süre daima*

19 ÇELİK Çelik Ahmet - 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre Tazminat ve Alacak Davaları Açılması ve İzlenmesi-Bilge Yayınevi Ankara 2012 Sayfa: 251

20 ÇELİK Çelik Ahmet 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Cilt: 8, Sayı: 31 Yıl 2011 Sayfa 1032

21 ÇELİK Çelik Ahmet 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Cilt: 8, Sayı: 31 Yıl 2011 s. 1044

tartılmalı olacaktır. Bu durumda belirsizlik yargılama ile giderilir. İş davalarına yansıyan yönüyle işçi ve işveren arasında en temel uyuşmazlık temel ücretin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay uygulamasına göre işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından olası (adet-emsal olan) ücret yönünden esas alınmaktadır. Bu ihtimalde işçi iddia ettiği ücreti kanıtlayamamış olmaktadır. Zira ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkân tanımamaktadır. Bu yönüyle temel ücretin tespitindeki ve ispatındaki ülkemize has güçlükler sebebiyle kısmi davanın açılmasında işçinin hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten, fazla mesai alacağı da muaccel olduğu tarihteki ücret üzerinden hesaplanacak fazla mesai alacağı kayda dayanmadığı takdirde indirime tabi tutulacaktır. Tartışmalı ve alacaklar tartışmalı ve açıkça belli değildir. Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını tazminat ve alacaklara esas hizmet süresi ile ücretin tespit edilmesi gerektirmektedir. Kısmi davanın açılmasında yasanın aradığı unsurlar ve hukuki yarar şartı gerçekleştiğinden davanın görülmesi gerekir." Aynı mahiyetteki diğer bir karar ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 27.02.2012 günü 2012/1756 Esas ve 2012/5741 Karar sayılı kararıdır.[22]

Yukarıda açıkladığımız gibi ve eleştirdiğimiz görüşlerinden ikincisi de bizim için çok önemli bir konuya ilişkin olup manevi tazminatın da belirsiz alacak davası konusu olabileceğine dair görüştür. . Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Belirsiz Alacak Davası isimli önemli bir çalışmasında manevi tazminatın belirsiz alacak davasına konu olabilmesi konusunda şunları demektedir. *"Manevi tazminatı belirleyecek olan hâkim olduğundan davacının talep sonucunun tam olarak belirlenmesi kendisinden beklenemez. Bu durumda belirsiz alacak davası biçiminde manevi tazminat talebini ileri sürebilecektir. Davacı açtığı belirsiz alacak davasında geçici bir talep sonucu ileri sürecek, daha sonra delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesinden sonra talep sonucunu kesin olarak belirleyecektir. Belirsiz alacak davası ile manevi tazminat talebinin önce geçici talep sonucu olarak istenilmesi, hukukumuzda manevi tazminat talebinin bölünüp bölünmemesi ile ilgili tartışmanın dışındadır. Zira belirsiz alacak davasında talep bölünerek istenilmemektedir. Aksine manevi tazminattın tümü istenilmekte, ancak bunun kesin olarak belirlenmesi tahkikat sonuna kadar bir zaman içinde yapılabilmektedir."*[23]

Bu görüş yankı bulmuş ve açık atıf yapılarak kabul edilmiştir. Nitekim uygulamadan Av. Hasan Şişman yazdığı makalede şöyle demiştir. *" Eskiden bölünemezlik gereği kısmi manevi tazminat davası açılamıyordu. Şimdi manevi tazminat davasında tamamı için belirlenemeyen miktar olduğun-*

22 ÇİL Şahin / KAR Bektaş 6100 Sayılı HMK'ye göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Yetkin Yayınları Ankara 2012 2.Baskı s. 192–197 ve s.198-202

23 PEKCANITEZ Hakan Belirsiz Alacak Davası (HMK 107) Sayfa 82

dan bir kısmı ileri sürülerek dava açılabilir. Netice-i talep o dava içinde artırabilir. Hâkimin takdirine bağlıdır."[24]

Aynı şekilde Çelik Ahmet Çelik ise yazdığı kitabından bu konu ile ilgili olarak şunu söylemiştir. *" Manevi tazminat ile ilgili olarak ilke olarak bölünmezlik ilkesini kabul etmek gerekir. Ancak belirsiz alacak davasının sağladığı geniş olanaklarla deliller toplandıktan, olayın boyutları, kusurun derecesi ve sorumluluğun ağırlığı saptandıktan sonra bilirkişi incelemesi yapıldıktan zarar ve kapsamı kesin belli olduktan sonra ne miktar manevi tazminat istenebileceği konusunda az çok fikir edinilmiş bir ölçü belirlenmiş olacaktır. Bu yüzden diyoruz ki başlangıçta ölçüsüz bir manevi tazminat isteği yerine belirsiz alacak davasının sağladığı geniş olanaklardan yararlanılmalı ve manevi tazminat miktarları karar aşamasında gelindikten sonra açıklanmalı karar öncesinde maddi ve manevi tazminatın harçları yatırılmalıdır."*[25]

Bu görüş kanaatimce hatalıdır. Zira manevi tazminatın mahiyeti ile bağdaşmaz bir hukuki görüştür. Şöyle ki;

İlkin manevi tazminatın tanımı, mahiyeti ve karşıladığı güvence ile belirsiz alacak davası uyuşmamaktadır. Şöyle ki; Manevi zarar karşılığında bir para verilmesi bu zararın doğrudan doğruya giderilmesinin olanaksızlığından ötürüdür. Para bir değer olmak yönünde zarara uğrayanların ya da yakınların katlandıkları acı ile denkleşerek birçok olanaklar sağlayan üstelik tatmin ve teselli yolları açan ve böylece manevi acıları ve kayıpları hafifleten bir araçtır.[26] Manevi tazminat niteliği gereği tek ve bölünmez olduğundan kısmi dava açılmayacağı gibi ıslah yolu ile dahi istek artırılamaz.[27] Maddi ve manevi tazminat davaları arasındaki fark gözüne alındığında manevi zarar karşılığında tazminat isteğinde bulunan kişinin bunun bir kısmını ilk davada isteyerek fazlaya ilişkin haklarını geleceğe bırakması manevi tazminat davasının mahiyeti ile bağdaşamaz. Çünkü hâkimin takdirine geniş yer verilmiştir. Özel durumların değerlendirilmesi ve adalete uygun tazminat miktarının saptanması davaya bakan hâkime aittir. Bu takdir hakkı bölünemez. [28] Meydana gelen acının mahiyeti ve zamana yayılması kabul edildiğinde davalıyı davacının insafına terk etmek olacaktır. Aralarında husumet olan insanların duyguları yargının hükme esas alacağı bir kriter değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 gün, 2004/13–291 Esas ve 2004/370 Karar sayılı kararı manevi tazminatın işlevi ilgili çok çarpıcı tespit yapılmıştır. *"Gelişmiş ülkelerde ve çağdaş hukuk-*

24 ŞİŞMAN Hasan Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Gider Avansı, Belirsiz Alacak Davası ve Kısmı Dava –İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 86, Sayı: 2012/3 sh.208

25 ÇELİK Çelik Ahmet - 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre Tazminat ve Alacak Davaları Açılması ve İzlenmesi-Bilge Yayınevi Ankara 2012 s.35-37

26 KARAHASAN Mustafa Reşit Tazminat HukuhU Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları sayfa 66

27 Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 10.10.2008 gün, 2007/12940 Esas ve 2008/12962 Karar sayılı kararı, karar için Mustafa BİLGEN Hukuk Yargılamasında Islah Sayfa199

28 ORHUNÖZ Ergun Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47) Sayfa 47

ta manevi tazminat eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde ve taksirli davranışlarda kişi haklarının her şeyin önünde geldiği önemle vurgulanmaktadır. Bu yaklaşımda temel unsur insan yaşamıdır. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektedir."[29] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.11.2001 gün, 2001/21–993 Esas ve 2001/1019 Karar sayılı kararı konuya ışık tutar mahiyettedir. *Zarar görene tanınmış olan manevi tazminat hakkı kişinin sosyal, fiziksel ve duygusal kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda öngörülen bir tazminat türüdür. Amacı ise kişinin hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevi dengesinin eski haline dönüşmesi, kişinin duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoyması gibi olguları karşıladığı bir gerçektir. Manevi tazminat kişinin çekmiş olduğu manevi ve fiziksel acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan elem ve acının karşılığıdır. Bu tazminat türü kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için zarar gören kişi öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir. Maddi zararda olduğu şekli ile manevi zararda bir hesaplama yapılması imkânsızdır. Bunun için miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak medeni kanunun 4.maddesi uyarınca hâkim tarafından takdir ve tayin edilir. Hâkim manevi tazminatın miktarını belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Zarar gören uğradığı haksız eylem nedeni ile maddi tazminatının miktarını tayin edip talep edebilir. Hatta zarar gören maddi zararını bir defada değil zamanaşımı süresi içinde kısmi davalar şeklinde de talep edebilir. Oysa manevi zarar haksız eylemin sonucunda uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmın açılacak kısmi dava ile kalanının açılacak başka bir dava ile talep edilmesi manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer. Ödetmenin uzaması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeni ile alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsili zararı karşılamaktan uzak olması manevi tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez. Şartları varsa aşan zarar isteme olasılığı düşünülebilir.*

Olayın özelliği itibari ile davacının isteminin ıslah ile ve bu bağlamda Anayasa mahkemesini resmi gazetenin 04.11.2000 gün, 24220 sayısında yayınlanan 20.07.1999 gün, 1999/1 Esas ve 1999/3 Karar sayılı kararı ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. İstemin değiştirilmesi ve artırılması için

29 İstanbul Barosu Dergisi Cilt 79 sayı 2005/1 sayfa 159–166

istekte bulunanın daha önceki isteminin dışında ve ondan daha fazla alacağının bulunması gerekir. Manevi zararda, zarar görenin daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği için artık geriye bir alacağı kalmadığı için gerek ayrı bir dava ile gerek ise ıslah yolu ile yeni bir istemde bulunamaz.

Öğretide ve kararlılık gösteren yargısal inançlarda da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmayacağı, ıslah yolu ile istemin artırılmayacağı benimsenmektedir. Buna gerekçe olarak da manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra artırılması veya yeni bir açılarak istenmesi mümkün değildir. Çünkü manevi tazminatın takdirinde hakime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hâkimin takdir yetkisi bölünemez. (Bkz Prof. Dr. Baki KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü 6.Baskı Cilt: 2 2001 sayfa:1528, Prof.Dr. Ejder YILMAZ Islah Yolu ile Dava Konusunun Artırılması (Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 gün, 1999/1-3 sayılı kararının değerlendirilmesi, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 12.02.1991 gün, 10324/2244 sayılı kararı,9.HD.'nin 26.12.1989 gün, 10280/11438 sayılı kararı, 21.H.D.'nin 06.11.1997 gün,7074/7186 sayılı kararı, 4.H.D.'nin 14.05.1998 gün, 9223/3428 sayılı kararı, Y.H.G.K.'nun02.07.1980 gnü, E.:3/1477, K:2113 sayılı kararı, aynı kurulun 27.03.1981 gün ve E:9/148, K:251 sayılı kararı, aynı kurulun 25.09.1996 gün, 1996/21-397/637 ve aynı kurulun 13.10.1999 gün ve 1999/21-648/818 sayılı içtihatları)" Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.03.2006 gün, 2006/2–14 Esas ve 2006/26 Karar sayılı kararı ve Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 18.09.2008 gün, 2007/817 Esas ve 2008/10176 Karar sayılı kararı yukarıdaki içtihadın aynısıdır [30] [31] [32]

Manevi zarar haksız eylemin sonucunda uğranılan kişilik değerlerinde azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmının açılacak kısmi dava ile kalanın açılacak başka bir dava ile talep edilmesi manevi tazminatın özüne ve işlemine aykırıdır. Ödemenin uzaması ve para değerindeki düşüşler enflasyon nedeni ile alım gücünün azalması gibi nedenler ile hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsili zararı karşılamaktan uzak olması manevi tazminatın bölünerek istenmesini haklı kılmaz..Hukuk aykırı bir eylem yüzünden çekilen acı ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatım ile üzüntü ve acıyı zamana yaymak sureti ile manevi tazminatın bölünmesi bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Manevi tazminat bölünemez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.09.1996 gün, 1996/21–397 Esas ve 1996/637 Karar sayılı kararı,[33] Aynı doğrultuda 21. Hu-

30 Kararlar için Mustafa BİLGEN Hukuk Yargılamasında Islah Sayfa 200–206, 207–210, 210–211

31 GÜNEREN Ali İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları sayfa 1268–1270, 1276–1278

32 KILIÇOĞLU Mustafa Tazminat Hukuku 1242–1244

33 GÜNEREN Ali İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları sayfa 1280

kuk Dairesi'nin 21.01.2008 gün, 2007/7599 Esas ve 2008/524 Sayılı kararı[34] ve 21. Hukuk Dairesi'nin 01.06.2000 gün, 2000/4323 Esas ve 2000/4428 Sayılı kararı bu konuları işlemiştir..[35]

Konu ile ilgili diğer içtihatlar şöyledir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 12.02.1992 gün, E:1991/10324, K:1991/2244 sayılı kararı şöyledir. *"Manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acu ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip karşı tarafa bildirildikten sonra artırılması yeni bir dava ile dahi olsa mümkün değildir. Bu bakımdan davacıların önceki davayı müracaata bırakarak manevi tazminatı yükseltmek sureti ile istekte bulmaları isabetli olmaz."* [36]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.12.1989 gün, E:1989/10280, K:1989/11438 sayılı kararı şöyledir. *"Manevi tazminat duyulan elemin ve üzüntünün karşılığı olup bütünlük teşkil eder. Bölünerek ayrı ayrı dava konusu yapılamaz. Dairemizin ve HGK'nun kararları bu yöndedir.* Aynı mahiyette Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.11.1989 gün, E: 1989/7948, K:1989/10423 sayılı kararı.[37]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.03.1981 gün, 1979/9-1481 Esas ve 1981/251 karar sayılı kararı şöyledir. *"Maddi ve manevi tazminat arasındaki fark göz önünde tutulduğunda manevi zarar karşılığında tazminat isteğinde bulunan kişi bunun bir kısmını ilk davada isteyerek fazlaya ilişkin kısmını geleceğe bırakması bu tür davanın mahiyeti ile bağdaşmaz."*[38]

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.01.1979 gün, 1979/6292 Esas 1979/544 Karar sayılı kararı şöyledir. *"Hâkim manevi olarak sadece paraya hükmedebileceği gibi yalnız diğer tazminat biçimlerine veya para ile birlikte diğer tazminata da karar verebilir."* aynı mahiyette Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.02.1965 gün, 1965/2793 Esas 1965/927 Karar sayılı kararı.[39]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.03.1981 gün, 1979/9-1481 Esas ve 1981/251 Karar sayılı kararı " *Maddi ve manevi tazminat davaları arasındaki fark gözüne alındığında manevi zarar karşılığında tazminat isteğinde bulunan kişinin bunun bir kısmını ilk davada isteyerek fazlaya ilişkin haklarını geleceğe bırakması manevi tazminat davasının mahiyeti ile bağda-*

34 GÜNEREN Ali İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları sayfa 1283–1284

35 GÜNEREN Ali İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları sayfa 1284–1285

36 KARAHASAN Mustafa Reşit Tazminat HukuhU Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları Sayfa 414–415

37 KARAHASAN Mustafa Reşit Tazminat HukuhU Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları sayfa 415.

38 KARAHASAN Mustafa Reşit Tazminat Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları sayfa 417

39 KARAHASAN Mustafa Reşit Tazminat HukuhU Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları sayfa 654–655

şamaz. Çünkü hâkimin takdirine geniş yer verilmiştir. Özel durumların değerlendirilmesi ve adalete uygun tazminat miktarının saptanması davaya bakan hâkime aittir. Bu takdir hakkı bölünemez."[40]

Yargıtay 4.H.D. 09.11.1981 gün, 1981/10769-12078 sayılı kararı: *"Haksız fiilin işlenmesi ile birlikte bunun doğuracağı manevi üzüntü de gerçekleşmiş olur. Zaman ile manevi acının artmasından söz edilemez. Bu neden ile manevi tazminat isteklerinde kısmi dava söz konusu olamaz."*[41]

Bu görüş uygulamada ve doktrinde ağırlıkla benimsenmiştir. Ancak aksi görüş de vardır. Av. Ergun Orhunöz Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47) isimli çalışmasına söz konusu muhalif ve azınlık görüşe yer vermiştir. Bu kitabında yazar manevi tazminatın bölünmezliğini kabul etmek ile birlikte ilgili durum ile ilgili oluşan uygulamaya yönelik eleştirilerini getirmektedir. Buna ilişkin istisnai bir örneği vermekte ve yanlış bir örneği söz konusu uygulamanın istisnai yapmakta ve Yargıtay'ın katılığının esnemesi olarak görmektedir. Yazar bu durumu böyle değerlendirdikten ve bu kanaati doğrultusundan bazı kararları da verdikten sonra bu kuralın bazı istisnası olan Yargıtay kararlarının olduğunu belirtmektedir. Bu kanaatine şu kararları vermektedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 7.7.1975 gün, E:1975/2390, K:1975/4490 sayılı kararı: *" Davacılar ziyadeye ilişkin haklarını açıkça saklı tutmak sureti ile manevi tazminat haklarının ilk davada sadece bir kesimini istemiş olmalarına, asıl tazminat hakkını istenilenin çok üstünde bulunmasına ve özellik ile bu davadaki biçim ile manevi tazminatın bölünüp saklı tutulmuş diğer kesiminin ikinci bir dava ile istenilmesine yasaca bir engelden söz edilmeyeceğine, tersi görüşün belirgin olarak hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz bir nitelik taşıyacağına göre davanın reddi bozma nedenidir."*[42] (Bu karar söz konusu istisnaya uymaktadır)

İkinci kararın ise bu kuralın istisnası ile ilgisi yoktur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.05.1998 gün, 1998/9223 Esas ve 1998/3428 Karar sayılı kararı: *"Trafik kazasında yaralanması nedeni ile öncü bir dava açarak belli bir miktar manevi tazminat isteyen davacının bilahare açtığı ve ilki ile birleştirilen ikinci dava ile ayrı bir sebep olduğu anlaşılan sabit esere dayanarak manevi tazminat talep etmesi manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırı olmak ile birlikte sabit eserin başlangıçta bilinmemesi halinde mümkün olabilir."* [43] Somut olayında ilkin yaralanma nedeni ile açılmış davada yaralanan kişide yaralanmanın sabit eser oluşturması nedeni ile ikinci sebebe dayanarak ikinci dava açılmıştır. Kararda buna açık vurgu vardır. Nitekim yaralanmalarda gelişen durum varsa bu durum devam ettiği sürece zamanaşımı

40 ORHUNÖZ Ergun Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47) Sayfa 323–325

41 ORHUNÖZ Ergun Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47)Sayfa 332–333

42 ORHUNÖZ Ergun Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47) Sayfa 48

43 ORHUNÖZ Ergun Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47) Sayfa 49

işlemez. Gelişen durum neticelenince meydana gelen durum yeni dava sebebi olur. Gelişmenin durduğu zaman da yeni zamanaşımı başlangıcını oluşturur. Zaten sabit eser uzun bir süre sonra ve tedavi süreci sonrası ancak belirlenebilir. Adli tıp uygulaması da bu yöndedir. Bu husus Yargıtay'ın kararlarında da geçmektedir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 23.03.1999 gün, 1998/9048 Esas 1999/1982 Karar sayılı kararı: **"Sürekli iş göremezlik oranında her artış ayrı bir olgudur. Anılan olguların oluştuğu günden zamanaşımı işlemeye başlar. Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir."**, Aynı doğrultuda 9.H:D'nin 20.10.1970 gün, 1970/6410-10871 sayılı kararı ve Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.1970 gün, 1970/9-26 E., 635 karar sayılı kararları mevcuttur.[44]

Muhalif kalan diğer bir yazar ise Mustafa Reşit Karahasan Tazminat Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları isimli eserinde şu görüşleri ileri sürmüştür. Zarar gören davacının yargılama giderinden tasarruf etmek için bölümsel dava açmasında korunmaya değer meşru hukuksal yararının varlığı kabul edildiğine göre manevi giderim yönünden de bölümsel dava açılmasına da hiçbir engel yoktur. Yazar bu düşüncesi ile paralel olmak üzere Mustafa Çenberci ile Ahmet İyimaya'yı örnek göstermektedir. Aynı zamanda Yargıtay'ın bir kararını da örnek göstermektedir. İlgili karar da şöyledir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 7.7.1975 gün, E:1975/2390, K:1975/4490 sayılı kararı: *" Davacılar ziyadeye ilişkin haklarını açıkça saklı tutmak sureti ile manevi tazminat haklarının ilk davada sadece bir kesimini istemiş olmalarına, asıl tazminat hakkını istenilenin çok üstünde bulunmasına ve özellik ile bu davadaki biçimi ile manevi tazminatın bölünüp saklı tutulmuş diğer kesiminin ikinci bir dava ile istenilmesine yasaca bir engelden söz edilmeyeceğine, tersi görüşün belirgin olarak hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz bir nitelik taşıyacağına göre mahkemece bazı düşünceler ile ikinci davanın reddolunması usule ve yasaya aykırıdır ve bozma nedenidir."*[45]Aynı kararı Av. Ergun Orhunöz Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (BK Madde 47) isimli eserinde değinmiştir.[46]

İkinci olarak manevi tazminatın belirlenmesi, tazmin şekli ve usul hukukundaki arz ettiği özel durum ile ilgili olarak var olan yasal düzenleme ile belirsiz alacak davası uyumsuzdur. Manevi tazminatla iş kazası ve meslek hastalığına uğrayan işçinin çekmiş olduğu bedensel ya da ruhsal acı, elem ve ıstırap ödenecek tazminat ile bir ölçüde dengelenmeye çalışılır. Maddi tazminat manevi tazminat aksine maddi bir hesaplamaya dayanmaz. Tazminat miktarı somut olayın değerlendirilmesi sonucunda yargıç takdiri ile belirlenir. Gerek tazminatın verilip verilmemesine karar verilirken gerek tazminatın miktarının belirlenmesinde Borçlar Kanunu 47.maddesinde belirlenen özel haller dikkate

44 ÇELİK Çelik Ahmet Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı Sayfa 195 197
45 KARAHASAN Mustafa Reşit Tazminat HukuhU Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları Sayfa 71
46 ORHUNÖZ Ergun Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47) Sayfa 49

alınır.[47] Manevi tazminat rakamına herhangi bir hesaplama ile ulaşılmaz. Tümüyle takdire bağlıdır.[48] Manevi tazminat isteminin koruyuculuğunu üstlendiği kişilik haklarının kullanılması gibi kişiye sıkı biçimde (münhasıran şahsa) bağlı bir hak sayılması gelenekten. Bu yerleşik anlayışa göre hakkın ileri sürülüp sürülmeyeceğine salt hak sahibi bağımsızca ve sorumluluğu bizzat üstlenerek karar verecek. Bu özelliği ile sözü geçen istem sınırlı ehliyetli (küçük ya da kısıtlı) kişi tarafından da bir başına buyruk (yasal temsilcinin oluruna gerek olmaksızın) ileri sürebilecek. Usul hukuku deyimi ile bu alanda sınırlı ehliyetlinin dava ehliyeti mevcut sayılacak.

Manevi tazminat isteminin bu kişiye sıkı biçimde bağlılık karakterine hukuk mantığının bağladığı asıl önemli sonuç ise şu: manevi tazminat isteme kararı yürürlüğe konmadıkça bu istem karşı yanın bir borç tanıması ile ya da hiç değilse bir dava ile ete kemiğe (olağan bir para alacağına) bürünmedikçe (maddileşmedikçe) temlik edilemez. Cebri icraya (son tahlilde cebri icranın özel bir türü olan) takasa konu olamaz ve miras yolu ile intikal edemez." (Yazar bu yerleşik görüşü eleştirmek adına bu makaleyi kaleme almıştır.)[49]

Yargıcın istekle bağlılık kuralının (HUMK 74) aşılıp aşılmayacağı ayrı bir sorun olarak çıkmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49/III. ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58/2 de yargıcın tazminatın türünü belirlemede sınırlama yetkisi olduğu madde anlatımında anlaşılmaktadır. Kanaatimizce yargıç para istense dahi diğer tazminat türlerine karar verebilir. Ancak seçeneğinin gerekçesi manevi tazminat amacına da uygun olmalıdır.[50] Bu nedenle manevi tazminat davası bünyesel olarak belirsiz alacak davası konusu olması mümkün değildir.

Hukuk muhakemeleri kanunu birçok yeniliği bünyesinde taşımış iş yargılamasında çok ciddi etkileri olacaktır. Ancak bu durum ve yukarıdaki gerekçeler doğrultusunda ancak ilerleyen zaman içinde ortaya çıkacaktır.

47 AKIN Levent İş Hukukunda Hâkimin Manevi Tazminatı takdir yetkisi ve Borçlar Kanunun 43–44 uygulamaları Sayfa 107

48 AKIN Levent İş Hukukunda Hâkimin Manevi Tazminatı takdir yetkisi ve Borçlar Kanunun 43–44 uygulamaları Sayfa 109

49 SEROZAN Rona Manevi tazminat isteminin mirasçılara intikali Sayfa 279

50 KILIÇOĞLU Mustafa Tazminat Hukuku Sayfa: 1250

KAYNAKÇA

- **AKIN Levent** -İş Hukukunda Hâkimin Manevi Tazminatı takdir yetkisi ve Borçlar Kanunun 43–44 Uygulamaları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul Barosu Yayınları 2009
- **SEROZAN Rona** -Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, Prof. Dr. İlhan E.POSTACIOĞLU'na Armağan, İstanbul Üniversitesi 1990
- **UMAR Bilge** -Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları 2011
- **BOZKURT H. Argun** - İş Davaları, Adil yayınevi 2001
- **KURU Baki** -Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Alfa Basım Yayım Dağıtım 1995
- **GÜNAY Cevdet İlhan** - İş Davaları, 2.Baskı Yetkin Yayınları 2009
- **SARISÖZEN Serhat** -Hukuk Muhakemeleri Kanunun Medeni Usul Hukukumuza Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 Sayı 96
- **BİLGEN Mustafa** -Hukuk Yargılamasında Islah,2.Baskı Adalet Yayınevi 2010
- **ORHUNÖZ Ergun** -Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde 47), Seçkin Ankara 1999
- **ÇELİK Çelik Ahmet** -Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, Legal Yayın Evi 2004
- **ÇELİK Çelik Ahmet** - 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre Tazminat ve Alacak Davaları Açılması ve İzlenmesi-Bilge Yayınevi Ankara 2012
- **ÇELİK Çelik Ahmet** 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Cilt: 8, Sayı: 31 Yıl 2011
- **ÇELİK Çelik Ahmet** Yeni Yasalarda Tazminat ve Alacak Davalarına İlişkin Hükümler ve Çağ Açan Yenilikler Manisa Barosu Dergisi Sayı : 115, Yıl : 2010
- **KARAHASAN Mustafa Reşit** -Tazminat Hukuku Manevi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları, Beta 6.Baskı 2001
- **GÜNEREN Ali** -İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi Ankara 2010
- **KILIÇOĞLU Mustafa** -Tazminat Hukuku, Legal Yayınevi 2.Baskı 2006
- **KILIÇOĞLU Mustafa** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi Legal Yayınevi 2012
- **PEKCANITEZ Hakan** -Belirsiz Alacak Davası (HMK 107),Yetkin yayınları Ankara 2011
- **ÖZTAN Bilge** -Türk Medeni Kanunu, Turan Kitapevi 2.Baskı
- **ÇİL Şahin / KAR Bektaş** 6100 Sayılı HMK'ye göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Yetkin Yayınları Ankara 2012
- **ÇİL Şahin / KAR Bektaş** 6100 Sayılı HMK'ye göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Yetkin Yayınları Ankara 2012 2.Baskı
- **ŞİŞMAN Hasan** Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Gider Avansı, Belirsiz Alacak Davası ve Kısmı Dava –İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 86, Sayı: 2012/3
- **TANRIVER Süha** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler Türkiye Barolar Birliği Dergisi Cilt: 99, 2012
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- İstanbul Barosu Dergisi
- Manisa Barosu Dergisi
- Resmi gazete

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI VE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN BİR KESİŞİM NOKTASI: "YAŞAM HAKKI"

Av. Oya AKBULUT[1]

GİRİŞ

İnsan hakları hukukunun gelişimi ancak 1945 sonrası döneme rastlamaktadır. Bununla birlikte ortaya çıkan global ve bölgesel düzenlemelerin ve koruma mekanizmalarının gelişmişliği dikkate alındığında, insan hakları hukukunun insancıl hukuktan daha ileri bir aşamada olduğu söylenebilir.[2] İnsan hakları tüm insanlara yönelik iken insancıl hukuk silahlı çatışmalar sırasındaki yaralılar, esirler, siviller gibi belli gruplardaki insanları korumaya yöneliktir.

Uluslararası insancıl hukuk, hukukun yasadışı olduğunun kabul edildiği bir alanı incelemektedir. İnsancıl hukuk kuralları silahlı çatışmanın varlığı halinde uygulanabilir hale gelmekte ve insan hakları hukukundaki gibi barış zamanında da herkese uygulanabilir evrensel hakları göstermektedir.[3]

Bu makalede yaşam hakkını düzenleyen insan hakları belgelerini ve silahlı çatışmalara insan haklarının uygulanabilmesi durumunu karşılaştırmalı olarak ele aldık. Ardından yaşam hakkı ölçütlerini savaşa, insancıl hukukunun insanilik ölçütlerine nasıl uygularız ya da uygulayabilir miyiz sorusuna cevap aradık. Sonuç olarak da insan hakları hukuku ve insancıl hukukun ortak noktası olarak, silahlı çatışmalarda insancıl hukukun yanında insan hakları kurallarının da uygulama alanı bulabileceği -uluslararası yargı organları kararları ışığında- incelenmeye çalışılmıştır.

1. İNSANCIL HUKUK VE İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN DÜZENLEDİĞİ ALANLAR

İnsancıl hukuk, "uluslararası ya da uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışmalardan kaynaklanan insani sorunları özel olarak düzenlemeye yönelik olarak oluşturulmuş ve insani nedenlerle, tarafların istedikleri savaş yöntem ya da araçlarını kullanma hakkını sınırlayan ya da çatışmadan zarar gören ya

1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku yüksek lisans öğrencisi.
2 İbrahim Kaya, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayınları, Ankara, 2005, s. 199.
3 A. Emre Öktem, Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, Şubat 2007, s. 271.

da görebilecek olan kişi ve malları koruyan, sözleşme ya da teamül kökenli uluslararası kurallar" olarak tanımlanmaktadır.[4] Kimi zaman "savaş hukuku, silahlı çatışmalar hukuku" olarak da adlandırılan insancıl hukuk, eylem içinde savunma yapan bir hukuktur ve her aktörün (devlet, silahlı kuvvetler, yardım örgütü, mağdur) sahip olduğu ve dikkate alacağı hakları ve insanlık görevlerini tanımlamaktadır.[5]

İnsancıl hukukun düzenleme alanı, *"ius ad bellum"* (savaşma hakkı) değil, *"ius in bello"* (savaş içi hukuk)'dur. Yani insancıl hukuk, meşru müdafaa ya da güç kullanma gibi eylemler sonucu hangi savaşın meşru olduğu hususu ile değil, sebebi ne olursa olsun bir şekilde başlamış ve sürmekte olan silahlı çatışmada hangi kuralların uygulanacağı ile ilgilenmektedir. *Ius in bello* kurallarının asıl hedefi silahlı çatışmalara doğrudan katılmayanları çatışmanın etkilerinden korumaktır ve *ius in bello* da kendi içinde Cenevre Hukuku ve Lahey Hukuku olarak ikiye ayrılmaktadır. Cenevre Hukuku, çatışmaya doğrudan katılmayanları koruma amaçlıdır ve savaşan-sivil ayrımını yapmaktadır. Lahey Hukuku ise insancıl hukukun temel ilkesi olan "gereksiz acı verme yasağı"nı esas alarak silahlı çatışmada kullanılacak yöntemleri sınırlamayı amaçlamaktadır.

Silahlı çatışmalarda uygulanan temel kurallar Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından özetlenmiştir.[6] Biz de konumuzla ilgili olabilecek maddeleri kısaca aktaralım:

a. Çatışma dışı *(hors de combat)* kalan ve silahlı çatışmalara doğrudan katılmayan kişilerin yaşamlarına, ruhsal ve fiziksel bütünlüklerine saygı gösterilecektir. Bu kişilere her halükarda herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın insanca davranılacaktır.

b. Çatışma dışı kalan ya da teslim olan düşmanı öldürmek veya yaralamak yasaktır.

c. Karşı tarafın elinde bulunan yakalanmış savaşan ve siviller yaşamlarına, onurlarına, kişisel haklarına ve inançlarına saygı gösterilmesi hakkına sahiptirler. Her türlü şiddet eyleminden ve misillemeden korunacaklardır.

d. Herkesin temel güvencelerden yararlanma hakkı vardır.

e. Çatışmanın tarafları ve bu tarafların silahlı kuvvetlerinin mensuplarının savaş araç ve vasıtalarına ilişkin sınırsız bir seçim hakları yoktur. Gereksiz kayıp ve aşırı acıya yol açabilecek savaş araç ve yöntemleri kullanmak yasaktır.

---

4 Bkz. Öktem, a.g.e., s. 67.

5 Françoise Bouchet-Saulnier, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, Çev. Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 9.

6 Bkz. Melike Batur Yamaner, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Yayınları, 2007, s. 20-21.

f. Sivil halkı ve sivil nitelikteki malları korumak için çatışmanın tarafları her zaman sivil halkla savaşanlar arasında ayrım gözetmelidir. Ne sivil halk ne de sivil kişiler saldırı konusu olamaz. Saldırılar sadece askeri hedeflere yöneltilebilir.

İnsan haklarının tanımına baktığımızda ise bilinen en yaygın tanımıyla "insanın insan olmaktan kaynaklanan hakları", "her insanın doğuştan sahip olduğu hakları" ve "insanın sahip olması gereken ideal haklar listesi"[7] olduğunu görürüz. Tanımlanmasına gerek duyulmayan bu haklar insanlık kadar eski sayılmaktadır. Bu nedenle "insanlığın ortak dili" şeklinde de tanımlanmaktadır. İnsan hakları, insan değerini korumayı ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesini amaçlayan üstün kurallar bütünüdür.[8] Bu kurallar, bütün ülkelerde devlet birey ilişkilerinin belirleyicisi ve uluslararası düzeyde dünyada barış ve adaletin temeli niteliğinde sayılan kurallardır.[9]

2. İNSANCIL HUKUK VE İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA "YAŞAM HAKKI"

Yaşam hakkı, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk arasında temel farklılıkların bulunduğu bir alandır.[10] İnsan hakları hukuku yaşam hakkını mutlak olarak korumaktadır ve bu hakka karşı sapma önlemleri alınamayacağını belirtmektedir (AİHS m. 2 ve MSHS m. 6). İnsan hakları hukukunda öldürme amaçlı eylem yapılamaz. Amaç, kişileri yakalayıp yetkili yargı önüne çıkarmaktır. Çatışma ya da operasyonlarda ölen kişi olduğunda konunun irdelenme sebebi "öldürme hakkı"nın olmamasındandır. İnsan hakları, bu hakları ihlal eden kişiye dahi uygulanmaktadır. Devletler ve kamu gücü kullanan devlet benzeri birimler, teamül hukukuna dönüşmüş, hatta kimileri *jus cogens* niteliği kazanmış temel insan hakları normlarına saygı göstermek zorundadır.[11]

İnsancıl hukuk ise askeri gereklilikler ile insani gereklilikleri dengelemektedir. Bu hukuk, yaşam hakkının mutlak oluşunu sadece siviller ve çatışma dışı kalan kişilerden oluşan belli bir grup için öngörmektedir ve çatışmanın etkilerinden kaynaklanan sivil kayıplar kabul edilebilir/orantılı olduğu sürece uluslararası insancıl hukukun ihlal edildiğini göstermez.[12] İnsancıl hukukta savaşanın silahlı çatışmaya katılması, bu sırada kuvvet kullanması ve düşman savaşanı öldürmesi hukuka aykırı değildir.

---

7 Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, Ekim 2005, s. 996.
8 Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları I-Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A. Ü. S. B. F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, No: 17, 1995, s. 19.
9 Akıllıoğlu, a.g.e., s. 20.
10 Batur Yamaner, a.g.e., s. 100.
11 Öktem, a.g.e., s. 249.
12 Batur Yamaner, a.g.e., s. 100.

2.1. İnsan Hakları Belgelerinde "Yaşam Hakkı"

Hukuk bilimi, önce kişiyi belirleyip sonra kişiliğin kendisi ile ilgili haklarını ele almaktadır.[13] Kişi olmaya son verilmedikçe insan, hak ve özgürlüklerinden kendisi bile vazgeçememektedir. Temel hak ve özgürlüklerin başında yaşam hakkı gelmektedir. Çünkü yaşam hakkı, insan olmanın en temel gereğidir ve diğer haklara nazaran önceliklidir. Bu haktan mahrum bırakılan bir kişinin diğer insan haklarını kullanması düşünülemez.

Yaşam hakkı, fizik, biyolojik, psikolojik, moral ve entellektüel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının -hukuksal kişilik yönü ile beraber- toplumun yararı adına da olsa, doğa yasasından gelenden başka, hiçbir yeryüzü bağ, önlem ya da müeyyide ile sınırlanamamasını, etkilenmemesini, noksana uğratılmamasını yahut yok edilememesini anlatır; daha kısa olarak ifade edersek, yaşam hakkı, "insanın öldürülmezliği" hakkına dönüşmektedir.[14]

Kasti ve keyfi öldürmelere karşı kişinin yaşam hakkı kanunla korunmaktadır ve bu durum devlete hem olumlu hem de olumsuz yükümlülükler getirmektedir.[15] Olumsuz yüküm, devletin gerek kasten gerekse taksirle öldürme fiillerinden kaçınmayı ifade etmektedir.[16] Olumlu yüküm ise, devletin, yetki alanında bulunan kişileri ölümle sonuçlanabilecek eylemlere karşı korumak, öldürme fiilini gerçekleştiren kişileri cezalandırmak ve bu tür eylemleri önleyici tedbirler almak yükümlülüğüdür.[17] Ancak bu yükümlülük makul sınırlar içinde düşünülmeli ve devletin her türlü muhtemel şiddeti önleme yükümlülüğü şeklinde anlaşılmamalıdır.[18]

Yaşam hakkı, kendisinin önceliğini, temeldeki yerini, önemini ve insan kişiliğine bağlı ana nitelik olduğunu, insan hakları ve insancıl hukuk belgelerinin birçok yerinde belirtmektedir.[19] Ancak uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuka göre daha karmaşıktır çünkü insan hakları hukuku bölgesel anlaşmaları da içermektedir.[20] Bahsedilen bu belgelerdeki yaşam hakkına ilişkin düzenlemeleri şimdi kısaca inceleyelim.

---

13 Bahri Savcı, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 5.

14 Savcı, a.g.e., s. 14.

15 F. Sudre, Droit International et Européen des Droits de l'Homme, PUF, Paris, 1997, s. 185'den aktaran Işıl Karakaş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: 'Mc Cann'dan 'Kaya' ve Ötesine:", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Ocak 2002, (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), s. 58.

16 Öktem, a.g.e., s. 272.

17 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I: Kurallar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, 2005, s. 554.

18 Karakaş, a.g.e., s. 59.

19 Savcı, a.g.e., s. 8.

20 "IHL and human rights law", 29.10.2010, (Çevrimiçi) http://www.icrc.org/eng/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm, Erişim Tarihi 30.01.2012.

2.1.1. Uluslararası Düzeydeki Belgeler

10.12.1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 3. maddesine göre "Herkes, yaşam (hakkına ve), kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir."[21] Görüyoruz ki bu hükümle yaşam hakkı somut bir norma bağlanmış olmaktadır.[22]

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)'nin 6. maddesinde yaşam hakkı uzunca kaleme alınmış ve şöyle düzenlenmiştir:

"1. Her insan, doğumla kazandığı/(varlığına mündemiç) yaşam hakkına sahiptir. Bu hak, yasa ile korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmayacaktır.

2. Ölüm cezasının kaldırılmamış bulunduğu ülkelerde ölüm cezaı hükmü, ancak, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan yasaya uygun olarak ve bu Sözleşme ile "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi"nin hükümlerine aykırı olmaması koşuluyla, çok ağır/(ciddi) suçlar için verilebilir. Bu ceza ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş kesin bir hüküm üzerine infaz edilebilir.

3. Yaşamdan yoksun bırakmanın soykırım suçunu oluşturması halinde, bu maddedeki hiç bir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlete, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde üstlendiği herhangi bir yükümlülüğünden herhangi bir biçimde sapması/(aykırı tasarrufta bulunması) yetkisini tanır şeklinde anlaşılamaz.

4. Ölüm cezasına mahkûm edilen herhangi bir kişi, bu cezanın affını yahut başka bir cezaya çevrilmesini /(hafifletilmesini) isteme hakkına sahip olacaktır. Ölüm cezası hükmü için af/(genel af), bağışlama/(özel af) yahut başka cezaya çevrilmesi kararı verilebilir.

5. On sekiz yaşından küçük kişiler tarafından işlenen suçlar için ölüm cezası verilmeyecektir ve hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilmeyecektir.

6. Bu maddedeki hiçbir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet tarafından, ölüm cezasının kaldırılmasını geciktirmek ya da engellemek amacıyla ileri sürülemeyecektir."[23]

Sözleşme'nin 4. maddesinin 2. fıkrasına göre de yaşam hakkı olağanüstü hallerde dahi sınırlama getirilemeyecek haklardandır.[24] MSHS'nin 2 nolu Pro-

21 Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt IV, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 7.

22 Mehmet Semih Gemalmaz, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, Ocak 1994, s. 51.

23 Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt IV, s. 64-66.

24 Aynı fıkrada ayrıca İşkence Yasağı (madde 7), Kölelik ve Angarya Yasağı (madde 8), Borç Nedeniyle Hapis Yasağı (madde 11), Kanunsuz Ceza Olmaz (madde 15), Hukuki Kişiliğin Tanınması Hakkı (madde 16) ve Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü (madde 18) de sayılmaktadır.

tokolü ise yaşam hakkının korunması konusunda bir adım daha atarak idam cezasının yasaklanmasını öngörmektedir.[25] Ölüm cezasının istisnai halleri protokolde çok dar düzenlenmiş ve yalnızca savaş süresince işlenecek suçlarla sınırlandırılmıştır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin yaşam hakkına ilişkin (MSHS'nin 6. maddesi) 1982 tarihli 6 nolu Genel Yorumunda ulusun hayatını tehdit eden hallerde dahi bu hakka dokunulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.[26] Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin yaşam hakkına ilişkin bir de 1984 tarihli 14 nolu Genel Yorumu vardır. Bu belgede öncelikle 1982 tarihli 6 nolu Genel Yoruma gönderme yapılmıştır.[27] Bu gönderme yaşam hakkının olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak bir hak olduğuna dairdir. Ayrıca 14 nolu Yorumda denilmiştir ki: "Yaşam hakkı aynı zamanda BM Genel Kurulu'nda 10.12.1948 tarihinde kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 3. maddesinde de yer almaktadır. Bu hak, bütün insan haklarının temel dayanağıdır."[28] Önceki Genel Yoruma yapılan bu gönderme bağlamında eklenen, daha doğrusu yaşam hakkının belirlenmesine ilişkin olarak getirilen iki unsur göze çarpmaktadır. Bunların ilki Evrensel Bildiri'nin 3. maddesinin zikredilmesidir, ikincisi ise yaşam hakkının, "bütün insan haklarının temeli olduğu" vurgusudur.[29]

2.1.2. Bölgesel Düzeydeki Belgeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yaşam hakkı güvence altına alınmaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre *"Herkesin yaşam hakkı, yasa tarafından korunacaktır. Yasa'nın ölüm cezası öngördüğü bir suçtan ötürü hakkında bir mahkemece mahkûm edilmesinin ardından bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimse yaşamından kasıtlı olarak yoksun bırakılmayacaktır."*[30] AİHS'in 15. maddesi de sözleşmeci devletlere savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alma yetkisi tanımış fakat bu yetki aynı maddenin 2. fıkrasında sınırlandırılmıştır. 2. fıkraya göre savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi -meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında- yaşam hakkı hiçbir surette sınırlandırılamaz.[31]

25 Batur Yamaner, a.g.e., s. 101.

26 UN International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR General Comment No. 6, 30.04.1982, par. 1.

27 UN International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR General Comment No. 14, 09.11.1984, par. 1.

28 CCPR General Comment No. 14, 09.11.1984, par. 1; Türkçe çevirisi için bkz. Lema Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2006, s. 28.

29 Mehmet Semih Gemalmaz, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ağustos 2002, s. 59.

30 Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 37.

31 Maddede ayrıca İşkence Yasağı (madde 3), Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı (madde 4) ve Kanunsuz Ceza Olmaz (madde 7) ilkesi de sayılmaktadır.

AİHS'in ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin 6 nolu Protokolü[32] MSHS'nin 2 nolu Protokolünden farklı olarak savaş zamanı dışında bir de "yakın savaş tehdidi" durumlarında ölüm cezasını saklı tutmaktadır. AİHS'in 6 nolu Protokolü ve MSHS'nin 2 nolu Protokolünde, savaş zamanı-barış zamanı düalizminin tanınmış olması ve barış zamanı bakımından ölüm cezası yasağının mutlak bir yasak olarak düzenlendiği görülmektedir.[33] AİHS'in 13 nolu Protokolü[34] ile de ölüm cezası savaş ve barış zamanı ayrımı gözetmeden her koşulda kaldırılmıştır. Bunun anlamı, "savaş zamanı ve yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen suçlar" şeklindeki istisnayı tanımaması, tüm istisnalara kapıların kapatılmasıdır.[35] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, AİHS'in 2. maddesini işkence, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağını getiren 3. madde ile birlikte "demokratik toplumun temel değeri" olarak nitelendirmektedir.[36]

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 1. fıkrası her kişinin yaşamına saygı gösterilmesine hakkı olduğu ve hiç kimsenin keyfi olarak bu haktan yoksun bırakılamayacağını belirtmiştir. Maddede getirilen keyfi olarak yaşama hakkından yoksun bırakma yasağı, yaşam hakkının mutlak olarak korunmadığını ortaya koymaktadır.[37] Sözleşme'nin "Güvencelerin askıya alınması" kenar başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasında yaşam hakkı askıya alınamayacak haklardan biri olarak sayılmıştır.[38] Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin ek Protokolü, ölüm cezasını barış zamanı bakımından ilga etmektedir.[39]

Yine bir insan hakları belgesi olan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 4. maddesinde de yaşam hakkı güvence altına alınmıştır: *"İnsan varlığı dokunulmazdır. Her insan, yaşamına ve kişi bütünlüğüne saygı gösterilmesine hak sahibidir. Hiç kimse bu hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz."*[40]

32 AİHS'in 6 nolu Protokolünü Türkiye 15.01.2003 tarihinde imzalamış, 12.11.2003 tarihinde onaylamıştır.
33 Gemalmaz, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s. 118.
34 AİHS'in 13 nolu Protokolünü Türkiye 09.01.2004 tarihinde imzalamış, 20.02.2006 tarihinde onaylamıştır.
35 Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 748.
36 Karakaş, a.g.e., s. 61.
37 Batur Yamaner, a.g.e., s. 102.
38 İkinci fıkrada ayrıca Hukuk Kişiliğine Hak (madde 3), İnsanca Muamele Görme Hakkı (madde 5), Köle Olmama Özgürlüğü (madde 6), Fiilden Sonra Konan Yasalara Tabi Olmama Özgürlüğü (madde 9), Vicdan ve Din Özgürlüğü (madde 12), Aileye İlişkin Haklar (madde 17), İsim Hakkı (madde 18), Çocuk Hakları (madde 19), Vatandaşlık Hakkı (madde 20) ve Yönetime Katılma Hakkı (madde 23) da sayılmaktadır.
39 Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 873.
40 Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt III, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 231.

2.2. Silahlı Çatışmalarda İnsan Haklarının Korunması

Yaşam hakkı açısından insan hakları hukuku ile insancıl hukuk arasında inkâr edilemez bir bağ vardır. Silahlı çatışma durumunda insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukukun sağladı korumayı tamamlar ve güçlendirir.[41] İnsancıl hukuk yaşam hakkına müdahaleye yasak getirmez, sadece bunu sınırlandırır. Başka bir deyişle adam öldürmek, en doğal ve olağan savaş eylemidir ancak insancıl hukuk sadece kimin ve nasıl öldürülebileceğine ilişkin kurallar getirmektedir.[42] Bir düşman savaşanın, silahını bırakmadığı ya da safdışı kalmadığı sürece öldürülmesi yaşam hakkı ihlali oluşturmaz. Sivillere ve safdışı kalan muhariplere saldırının yanısıra zehirli gaz ya da bakteriyolojik silahlar gibi gereksiz acılara yol açan silahların kullanımı hukuka aykırılık oluşturmaktadır; keza, askeri hedeflere saldırı sırasında tesadüfen sivil can ya da mal kaybını ortadan kaldıracak ya da bu ihtimali asgari düzeye çekecek tedbirlerin alınmasını öngören insancıl hukuk kuralı da teamüli nitelik kazanmıştır.[43]

Uluslararası Adalet Divanı, insan hakları sözleşmelerinin silahlı çatışmalar sırasında da uygulanıp uygulanmayacağını, İsrail'in Filistin ile olan sınır topraklarına güvenlik gerekçeleriyle bir duvar örmesi üzerine verdiği "İşgal Altındaki Filistin Ülkesinde Bir Duvarın İnşasının Hukuki Sonuçları" başlıklı danışma görüşünde tartışmıştır. Söz konusu duvarın mevcudiyeti Filistin halkının başta seyahat özgürlüğü olmak üzere çalışma ve eğitim haklarını ihlal etmiştir. Divan, görüşünde 1996 tarihli Nükleer Silahların Kullanılması Tehdidi ya da Kullanılmasının Hukukiliği hakkındaki danışma görüşüne atıfta bulunarak insan hakları kurallarının silahlı çatışmalar sırasında uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir.[44] Ayrıca olayın geçtiği anda İsrail'in tarafı olduğu insan hakları sözleşmeleri vardır. Divana göre bazı haklar bu iki hukuk dalından bir tanesinin kapsamına girebilecekken bazı haklar her ikisinin düzenleme konusu olabilir. Silahlı çatışmalar sırasında kimi insan hakları kurallarına karşı aykırı önlemlere (sapma önlemleri) başvurulması ise gerek MSHS madde 4 gerekse AİHS madde 15 kapsamında düzenlenmiştir.[45]

---

41 "IHL and human rights law", a.g.e.

42 Öktem, a.g.e., s. 288.

43 Öktem, a.g.e., s. 288.

44 International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Legal Consequences of The Construction of A Wall In The Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004 (Bundan sonra "Duvar Kararı" olarak anılacaktır), par. 105; Nükleer Silahlar Danışma Görüşü için bkz. International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, par. 24; Ayrıca bkz. Leah Friedman, "Case Notes Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), International Court of Justice, 9 July 2004", Sydney Law Review, Vol. 27: 715, s. 718; Öktem, a.g.e., s. 424.

45 "Duvar Kararı", par. 86, 106.

MSHS insan hakları denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi, 29 nolu Genel Yorumunda şöyle demiştir: "4. maddenin 1. paragrafına göre, bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklere ve özellikle uluslararası insancıl hukuka aykırı olmamalıdır. Bir Devletin, Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alması veya bu yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alması, taraf olduğu diğer bir uluslararası sözleşmenin ihlali veya genel bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuruyorsa, 4. madde Sözleşme'nin bazı hükümlerinin *derogasyonunu* meşrulaştırmayacaktır. Bu durumun bir yansıması Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. paragrafında, var olan temel insan haklarından hiçbiri bu Sözleşme'nin bu gibi hakları tanımadığı ya da sınırlı olarak tanıdığı gerekçesiyle sınırlanamaz ve kaldırılamaz şeklinde görülmektedir."[46] Bu durumda MSHS madde 4 kapsamında alınacak olan sapma önlemlerinin devletlerin uluslararası hukuktan, özellikle insancıl hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olamayacağının altı çizilmiştir.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin, Sözleşmeyle taraf devletlere getirilen genel hukuki yükümlülüklerin kapsamı üzerine verdiği 31 nolu Genel Yorumunda öncelikle 29 nolu Genel Yoruma gönderme yapılarak, MSHS'nin, insancıl hukuk kurallarının uygulama alanı bulduğu silahlı çatışma hallerinde de uygulanacağını belirtmiştir. Komite ayrıca her iki hukuk dalının birbirini dışlayıcı değil tamamlayıcı olduğunu da vurgulamıştır.[47]

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi denetim organlarının da aynı yönde bir yaklaşım benimsediğini söyleyebiliriz. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu Juan Carlos Abella Arjantin'e karşı kararında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını koruyan 4. maddesini beraberce ele alarak her ikisinin de her koşulda yargısız infazı yasakladığını tespit etmiştir.[48] Yine Coard ABD'ye karşı kararında, insancıl hukukun esasen savaş zamanına, uluslararası insan hakları hukukunun barış zamanına ilişkin olduğunu, fakat bu hukukların birbirlerini etkisiz bırakmadığını ve uygulamada örtüştükleri alanların da olduğunu belirtmiştir.[49]

Komisyon, Guantanamo ile ilgili olarak Mayıs 2002'de aldığı ihtiyati tedbir kararında da, insan hakları yükümlerinin silahlı çatışmalarda da uygulanabilirliğine ilişkin görüşünü yinelemiş ve ayrık tedbirlere konu olamayan, ortak bir çekirdeği ve insan hayatı ile saygınlığını korumaya yönelik ortak bir ama-

46 UN International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31.08.2001, General Comment No. 29, par. 9; Türkçe çevirisi için bkz. Uyar, a.g.e., s. 108.

47 UN International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.05.2004, General Comment No. 31, par. 11.

48 Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States, Juan Carlos Abella- Argentina, Case 11.137, 18.11.1997, par. 161; Öktem, a.g.e., s. 424.

49 Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States, Coard Et Al-United States, Report No 109/99, Case 10.951, 29.09.1999, par. 39; Öktem, a.g.e., s. 425.

cı paylaşan uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk, silahlı çatışmalarda birbirlerini tamamlayıp takviye edebilir demiştir.[50] Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi diğer mekanizmaların aksine Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi denetim organlarının önüne gelen olaylarda uluslararası insancıl hukuk kurallarını *lex specialis* olarak uygulayabileceği görüşünü taşımaktadır.[51]

Bundan sonraki başlıklarda yaşam hakkı ile ilgili hem insan hakları hukukunun hem de insancıl hukukun ihlali sayılan uluslararası yargı organlarının kararlarını gözden geçireceğiz.

2.3. AİHM İçtihatlarında Silahlı Çatışmalar Sırasında Yaşam Hakkının Korunması

2.3.1. McCann/Birleşik Krallık Kararı[52]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk defa yaşam hakkının ihlaline hükmettiği 1995 tarihli McCann / Birleşik Krallık kararı öncü niteliğindedir. Bu kararda AİHM, Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinde yer alan istisnaları yorumlamıştır.[53] Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme şöyledir:

"Yaşamdan yoksun bırakma, aşağıdaki hallerde, mutlak/(kesin) biçimde gerekli olanın ötesine geçmeyen bir kuvvet kullanılması sonucunda ortaya çıktığında, bu Maddeye aykırı olarak yapılmış sayılmayacaktır:

(a) herhangi bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı savunmasında;

(b) yasaya uygun bir yakalama/(gözaltına alma) kararının yerine getirilmesinde ya da yasaya uygun olarak (gözaltında-tutuklu) alıkonulan bir kimsenin kaçmasını önlemede;

(c) bir ayaklanmanın ya da isyanın bastırılması amacıyla yasaya uygun olarak yapılan bir tasarrufta/(eylemde)."[54]

Burada yer alan istisnalar kişinin öldürülmesine değil, mutlak zorunluluk halinde güç kullanımına izin vermektedir ve kullanılan güç sonucu istenmeden ölüm meydana gelmiş ise, bu durum yaşam hakkının ihlalini oluşturmamaktadır.[55] Esas olan yaşam hakkının mutlak niteliğinin zedelenmemesidir.[56] Bu nedenle sayılan istisnalarda amaçla sıkı sıkıya orantılı olarak güç kullanılması düzenlenmektir.

50 Öktem, a.g.e., s. 425.
51 Batur Yamaner, a.g.e., s. 102.
52 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık, Başvuru No: 18984/91, 27.09.1995.
53 Karakaş, a.g.e., s. 61.
54 Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt I, s. 37.
55 D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of the Europe Publishing, Strasbourg, 1996, s. 94'den aktaran Karakaş, a.g.e., s. 62.
56 Karakaş, a.g.e., s. 64.

Kararda başvurucular, 6 Mart 1988'de İngiliz özel askeri birliği *(Special Air Service 'SAS')* tarafından öldürülmüş McCann, Farrell ve Savage'ın ebeveynleridir. İngiliz askeri birimleri ve Cebelitarık polisi 6 Mart 1988 tarihinden önce IRA *(Iristi Republican Army,* İrlanda Cumhuriyet Ordusu) üyelerinin bir askeri tören alanına bomba koyacağını ve araca konulacak bombanın uzaktan kumanda ile patlatılacağını haber almışlardır. McCann, Farrell ve Savage, olay günü bir araba ile eylemin yapılacağı ihbarının alındığı bölgede bir arabayı park ederken görülmüştür. Askerler onlardan şüphelenmiş ve uzaktan kumada ile arabayı patlatacaklarını düşünmüştür. Bunun üzerine de İngiliz komandoları tarafından McCann, Farrell ve Savage, yakın mesafeden ateşli silahlarla defalarca vurularak öldürülmüştür. Fakat operasyon sona erdiğinde bu üç şüphelinin üzerinde ya da arabada yapılan aramalarda hiçbir silah ya da patlayıcı cihaz bulunamamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, olayı incelerken hem yasadışı şiddete karşı kişileri koruma doğrultusunda İngiliz komandolarının öldürme ile son bulan eylemlerini "mutlak zorunluluk" ölçütleri uyarınca denetlemiştir[57] hem de anti-terör operasyonunun ölümcül kuvvete başvurma riskini asgariye indirecek biçimde tasarlanıp tasarlanmadığı sorunlarına önem vermiştir.[58]

Mahkeme öncelikle İngiliz komandolarının eylemlerini yaşam hakkı ihlali olarak nitelendirmemiştir. Çünkü askerlerin aldığı istihbarat bu kişilerin eylem yapacağı yönündedir, askerler de sivil halkı bu eylemden korumak için onları öldürmüşlerdir, bu nedenle Mahkeme yaşam hakkı ihlali yoktur demiştir.[59] Fakat daha sonra Mahkeme, operasyonu bir bütün olarak ele alıp incelemiş ve farklı bir sonuca ulaşmıştır. Olayda, IRA militanlarının Cebelitarık'a sızdığından İngiliz makamlarının haberdar olduğu fakat stratejik nedenlerle buna göz yumduğu görülmektedir.[60] Militanların girişine izin veren kararın yetersiz istihbarat ve hatalı bir takdir yetkisi kullanımından kaynaklandığı anlaşılmaktadır ve İngiliz yetkilileri edindikleri istihbaratı, öldürmek üzere şartlanmış askerlere iletmeden temkinli bir biçimde incelememişlerdir.[61] Operasyonun bütününde "özen eksikliği" sonucu öldürme eylemi kaçınılmaz olarak ortaya çıkmıştır.[62] Bu hatalar nedeniyle Mahkeme, teröristlerin öldürülmelerini Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasındaki kanundışı şiddete karşı korumak için mutlak zorunlu bir güç kullanımı sonucunda olmadığını belirterek, olayda yaşam hakkı ihlali olduğuna karar vermiştir.[63]

McCann davası, devletlerin yargı yetkileri içinde bulunan masum kişilerin yaşamlarını koruma yükümleri ile teröristlerin yaşam hakkına saygı göster-

57 Karakaş, a.g.e., s. 63.
58 Öktem, a.g.e., s. 274.
59 McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık, par. 200.
60 Öktem, a.g.e., s. 274.
61 Öktem, a.g.e., s. 274.
62 Karakaş, a.g.e., s. 64.
63 McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık, par. 213-214.

me yükümleri arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır.[64] Kararda "2. maddenin getirdiği yaşam hakkını koruma borcu, her devletin Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca üstlendiği 'yetki alanına giren herkese Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri tanımak' yönündeki genel görevle birleşince; özellikle devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen kuvvet kullanımının insan ölümüne yol açması halinde etkin bir biçimde soruşturma yapmayı gerekli kılmaktadır." denilerek Sözleşme'nin 2. maddesi ile 1. maddesi arasında bağlantı kurulmuştur.[65]

Mahkeme, bu kararında da kendi yöntemini izlemiş ve bir karar verirken sadece ölümcül olayın nedeni ve sözleşmede korunan hakkı ihlal edip etmediğine bakmayıp ayrıca olayın meydana gelişinde gerekli özenin gösterilmesi ya da soruşturma aşamasının etkin olup olmamasını inceleyerek ihlalin mutlak zorunlu olup olmadığına karar vermiştir. Devlet görevlilerinin güç kullanımı sonucunda meydana gelen ölümlerin hukuka uygunluğunun etkin olarak denetlenmemesi ve soruşturmalarda özen eksikliği sonucu yaşam hakkı ihlalleri ortaya çıkmaktadır.[66] Çünkü demokratik hukuk devletinin temel sorunsallarından biri hakların etkin kullanımının sağlanmasıdır ve 1998 sonrasında Türkiye'nin yaşam hakkını ihlal ettiğine dair kararlar da bu çerçevede verilmiştir.[67]

Bir görüşe göre meşru amaç ve silahlı kuvvet kullanımının orantılılığını irdeleyen Mahkeme'nin uluslararası insancıl hukuk ölçütlerine başvurması gerektiği savunulmuştur.[68] Ancak kararda sivil kayıpları bertaraf etme kaygısı ve uzmanlık gerekçesiyle askeri birliklere başvurunun makul sayılması, terörle mücadelenin insancıl hukuk mantığına oturtulmasının yolunu açmaktadır.[69]

2.3.2. Kaya/Türkiye Kararı[70]

Kaya Türkiye'ye karşı kararı, AİHM'in Türkiye'de yaşam hakkı ihlaline ilişkin verdiği ilk karardır. Davaya konu olayın geçtiği zaman, başvurucu ve abisi Kaya Diyabakır'da yaşamaktadır. Başvurucunun abisi 25 Mart 1993'te köylerinin yakınlarında öldürülmüştür ve başvurucu, abisini Türk güvenlik güçlerinin öldürdüğünü iddia etmiştir. Türk Hükümeti ise aksine Kaya'nın güvenlik güçleri ile bir grup terörist arasında çıkan silahlı çatışma sırasında öldüğünü söylemiş ve ek olarak başvurucunun abisinin bu saldırgan terörist gruba dâhil olduğunu iddia etmiştir.

64 Öktem, a.g.e., s. 275.
65 McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık, par. 161; Öktem, a.g.e., s. 277-278.
66 Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Kasım 2008, s. 10.
67 Karakaş, a.g.e., s. 66.
68 Bkz. Hans-Joachim Heintze, "On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law", International Review of the Red Cross, Vol. 86 N. 856, Aralık 2004, s. 812.
69 Öktem, a.g.e., s. 428.
70 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kaya / Türkiye, Başvuru No: 22729/93, 19.02.1998.

Mahkeme, Kaya'nın güvenlik güçleri tarafından kasten öldürüldüğüne dair elde sağlam deliller olmadığından yaşam hakkı ihlalinin bu bağlamda değil, ancak etkin soruşturma eksikliği nedeniyle gerçekleştiğine karar vermiştir.[71] Bu doğrultuda Mahkeme, soruşturmanın büyük boşluklar içerdiğini ifade ederek (adli tıp, otopsi, kanıtların yerinde incelenip toplanması) görevli kişilerin, başta savcılık olmak üzere, ölen kişinin güvenlik güçleri ile girdiği bir çatışma sonucu öldüğünü hiç kuşkusuz inceleme yapmadan kabul ettiklerini ortaya koymuştur.[72] Mahkeme, açılan soruşturmada savcının, tipik çiftçi elbiseleri içindeki Kaya'nın terörist olup olmadığını bağımsız biçimde araştırmak üzere delil toplamamasını şaşırtıcı bulmuştur.[73] AİHM'e göre "AİHS'in 1. maddesi uyarınca devletin 'Sözleşmede yeralan hak ve özgürlükleri yargı yetkisi içinde yeralan herkese tanıma' genel ödevi ile birlikte yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, güce başvurma, özellikle devlet görevlileri tarafından, insan ölümüne yol açmış ise etkin bir resmi soruşturmanın yapılmasını içerir ve zorunlu kılar."[74] Bu doğrultuda Mahkeme, etkin bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Etkin ve tarafsız soruşturma eksikliği sonucu yaşam hakkının ihlal edilmiş olması Mahkeme'nin bu konuda Türkiye'ye karşı vermiş olduğu kararların ortak noktasıdır.[75] Burada önemli olan soruşturmanın şekli değil, yetkili mercilerin olaydan haberdar olması ile harekete geçip bir soruşturmanın sorumluluğunu üstlenmeleri gerekliliğidir. Eylem yasadışı gruplar tarafından yapılmış olsa dahi sorumlularının derhal yakalanarak yargı önüne çıkarılması demokratik hukuk devletinin bir gereğidir.[76]

İlginç bir husus da kararda tipik çiftçi elbiseleri giymek, terörist sayılmamak için karine olarak görülmüştür. Bu mantık izlenecek olursa, teröristlerin bir tür ayırt edici işaret ya da üniforma taşıdıkları sonucuna varmak gerekecektir. Böyle bir yaklaşım ise bizi insancıl hukukun en temel ilkeleri arasında yer alan savaşan ile sivil ayrımının olayda uygulanabilirliğini benimseme sonucuna götürmektedir.[77] Bu da insancıl hukuk anlamında bir "silahlı çatışma"nın varlığını sorgulatacaktır ve hatta daha ileriye gidersek bir de silahlı çatışmanın uluslararası olan ya da olmayan silahlı çatışma olup olmadığı tartışması ortaya çıkacaktır.

2.3.3. Güleç/Türkiye Kararı[78]

Güvenlik güçlerinin operasyon sırasındaki kusurları sonucu yaşam hakkının ihlalini kabul eden bu karara konu olay şöyledir; 4 Mart 1991 tarihinde

71 Kaya / Türkiye, par. 92; Karakaş, a.g.e., s. 66.
72 Kaya / Türkiye, par. 89-90; Karakaş, a.g.e., s. 67.
73 Kaya / Türkiye, par. 89; Öktem, a.g.e., s. 429; Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, a.g.e., s. 10.
74 Kaya / Türkiye, par. 86; Karakaş, a.g.e., s. 66.
75 Karakaş, a.g.e., s. 69.
76 Karakaş, a.g.e., s. 69.
77 Öktem, a.g.e., s. 429.
78 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Güleç / Türkiye, Başvuru No: 21593/93, 27.07.1998.

Şırnak/İdil'de birtakım izinsiz gösteriler, dükkan kapatmalar ve kamu binalarına saldırı gibi olaylar meydana gelmektedir. Bu olaylar sırasında 2 kişi ölmüştür, biri de başvurucunun oğlu 15 yaşındaki Güleç'tir.

AİHM, mevcut olayda kuvvet kullanımının 2. maddenin 2. fıkrasının (c) bendi uyarınca meşru olabileceğini söylemiş ve fakat ulaşılmak istenen amaç ile buna ulaşmak için başvurulan yol arasında bir dengenin olmadığını ifade etmiştir.[79] Mahkeme'nin tespitine göre göstericiler arasında silahlı teröristler olup olmadığı Hükümet tarafından belirtilmemiştir. AİHM bu kararda, davanın koşullarına bakarak Güleç'in ölümüne neden olan göstericileri dağıtmak için kullanılan gücün, Sözleşme'nin 2. maddesine kesinlikle dâhil edilemeyeceğini söylemiştir. Devlet görevlileri tarafından yaşamdan zoraki yoksun bırakılmaya dair 2. maddedeki genel yasak, eğer ölümcül güç kullanımının hukukiliğinin incelenmesine dair bir süreç mevcut değilse uygulamada etkisiz kalacaktır.

Mahkeme, bu davada izinsiz bir gösteriyi dağıtmak için zırhlı araçtan ateş açılmasının Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendindeki meşru amaçla (bir ayaklanma ya da isyanın hukuka uygun şekilde bastırılması) orantılılığını sorgularken insancıl hukuka paralel bir mantık izlemiştir.[80] Bu araçların gösteriyi dağıtabilecek cihazlara sahip olmasına rağmen savaş silahları kullanarak orantısız güç kullanılmış ve ölüm vakası hakkında yeterli ve etkin soruşturma açılmamıştır. Bu sebeplerle AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.[81] Mahkeme, bu sonuca varırken, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde "**silahlı çatışmaların"** yoğunluğunun ve çok sayıda can kaybına yol açılmasının, 2. madde ihlalleri sonucu vuku bulan ölümler hakkında etkili soruşturma yapma yükümünü etkilemediğini vurgulamıştır.[82] Görüldüğü üzere AİHM'in Güleç kararında yaşam hakkının iki yönden ihlali söz konusudur.

2.3.4. Ergi/Türkiye Kararı[83]

Ergi Türkiye'ye karşı kararında başvurucu, kendisi, merhum kızkardeşi ve kızı adına AİHM'e başvurmuştur. Karara konu olaya göre 29 Eylül 1993 tarihinde güvenlik güçleri PKK üyelerini yakalamak için başvurucunun köyü civarında pusu kurmuştur. Güvenlik güçlerinin ateş açması sonucu başvurucunun kızkardeşi Ergi öldürülmüştür. Mahkeme, 29 Eylül 1993 tarihinde Kesentaş Köyü'nde olanlara dair ulusal düzeyde detaylı bir soruşturma ya da yargılama sonucu bulgu olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca Mahkeme'nin önünde o tarihteki operasyonun iddia edildiği gibi cezalandırma amacı güden bir misilleme, bir pusu olmadığına dair herhangi bir veri de bulunamamıştır. 1 Nisan 1994 tarihli balistik rapor dışında da o tarihten bugüne herhangi bir

79 Güleç / Türkiye, par. 71.
80 Öktem, a.g.e., a. 428.
81 Güleç / Türkiye, par. 83.
82 Güleç / Türkiye, par. 81; Öktem, a.g.e., s. 428-429.
83 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ergi / Türkiye, Başvuru No: 23818/94, 28.07.1998.

soruşturma yapıldığına dair bir bilgi yoktur. Türk Hükümeti, güvenlik güçleri ve PKK arasında o köy civarında bir çatışma olduğunu kabul etmiş fakat başvurucunun kızkardeşinin ölümüne yol açan merminin askeriye tarafından değil PKK tarafından geldiğini iddia etmiştir.

Mahkeme, Türk yetkililerin operasyonu planlama ve güvenlik güçlerinin uyması gereken kurallar açısından yetersizlik görmüş ve etkili bir soruşturmanın da eksikliği sebebiyle AİHS'in 2. maddesinin ve etkin hukuksal başvuru yollarına hakkı düzenleyen 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[84] Bu **kararda AİHM, Hükümet tarafından** sivillerin tesadüfen hayatlarını kaybetmeleri riskini ortadan kaldıracak ya da hiç olmazsa azaltacak imkân dâhilindeki bütün tedbirlerin alınıp alınmadığını sorgulamıştır. Ayrıca insancıl hukuk "dilinin" kullanılmış olduğu bu kararda açıkça telaffuz edilmeden, sivillerle savaşanlar arasında bir ayrım gözeterek insancıl hukukun meşrugayrimeşru hedef ayrımı ortaya konulmuştur.[85]

2.3.5. Isayeva, Yusupova ve Bazayeva/Rusya Kararı[86]

Yaşam hakkına ilişkin insan hakları hukuku ile insancıl hukukun keşistiği noktada AİHM'in verdiği bir karar da Isayeva, Yusupova ve Bazayeva Rusya'ya karşı kararıdır. Bu kararda, Rusya'nın Çeçenistan'da düzenlediği askeri harekât sırasında saldırıya uğramış ve yakınlarını kaybetmiş başvurucular, AİHS'in 2. maddesinin ihlale uğradığını ileri sürmüş ve başvurularında insancıl hukuka gönderme yapmışlardır.

Çeçenistan'da 1999 yılının sonbaharında federal askeri güçler ile Çeçen savaşçılar *(fighters)* arasında bir savaş başlamıştır. Bu kapsamdaki geniş çaplı askeri saldırıların hedefine başvurucuların da içinde yaşadığı Grozny kenti ve çevresi dâhildir. Başvurucular Rus radyo ve televizyonlarından sivillerin bu çatışmadan kurtulması için Grozny'de bir "insani koridor" *(humanitarian corridor)* düzenleneceğini duymuşlardır. Fakat günlerce uğraşmalarına rağmen bu koridordan geçememişler ve askerlerin geçişe izin verdikleri gün de üzerlerine havadan füze atışı olmuştur. Başvurucular yakınlarını bu sırada kaybetmiş ya da bu durum onların ağır yaralanmalarına neden olmuştur. Rusya, bu olay karşısındaki savunmasında Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre kuvvet kullanımının meşru olduğunu ve sivil halka zarar kasıtları olmadığını ileri sürmüştür.

Olaydan anlaşılıyor ki operasyonu planlayanlar insani koridor hakkında bilgi sahibi değildir, çünkü koridordan geçişe günlerce izin verilmemiştir. Gerekli teknik tedbirlerin de alınmadığı anlaşıldığından bu olgular bizi Rus

84 Ergi / Türkiye, par. 86, 98; Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, a.g.e., s. 11.

85 Öktem, a.g.e., s. 428; Ergi / Türkiye, par. 79; Ayrıca bkz. Kenneth Watkin, "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict", The American Journal of International Law, Vol. 98:1, 2004, s. 24.

86 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Isayeva, Yusupova ve Bazayeva / Rusya, Başvuru No: 57947/00, 57948/00, 57949/00, 06.07.2005.

devletinin, başvurucular da dâhil olmak üzere yolda bulunan kişileri, askeri pilotlarca elverişli hedefler olarak algılanma tehlikesiyle karşı karşıya bıraktığı sonucuna götürmektedir.[87]

Mahkeme, saldırının meşruiyetini ve operasyonun icra edilme biçimini değerlendirirken yeterli bilgiye sahip olmadığını belirtmek zorunda kalmıştır, zira operasyonun planlanma ve icra edilme biçimi ile algılanan tehditlerin ve zorunlulukların ne şekilde dikkate alındığı ve yerden saldırıya uğrayan pilotların başka hangi taktik ve silahları kullanabileceği hususlarında Mahkeme'ye yeterli bilgi sunulmamıştır.[88] Askeri birliklerin Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında meşru bir amaç güttüklerini tespit eden Mahkeme, harekâtın sivil halkın hayatı için gereken özenle planlanıp icra edilmediğine kanaat getirerek 2. maddenin ihlalini gözlemlemiştir.[89]

Bundan ayrı olarak incelenen Isayeva Rusya'ya karşı kararında[90] ise Mahkeme, bilgilendirme ve ihtimam eksikliği bakımından benzer bir mantık izleyerek yine 2. maddenin ihlali sonucuna varmıştır.[91] Bu davada ise Rus ordusu, sivil halkın tehlikede olduğunu bilmesine rağmen onları tahliye etmek için herhangi bir önlem almamıştır. Mahkemeye göre, savaş zamanı dışında, nüfusun yoğun olduğu bir bölgede sivil halkı tahliye etmeden ağır sonuçlar doğuracak silahları kullanmak, demokratik bir toplumda kanun uygulayıcı birimlerden beklenen özen derecesi ile bağdaşmamaktadır. Hükümetin iddia ettiği gibi, köy halkının isyancılarca rehine tutulduğu bir durumda bile operasyonun birinci hedefi insan hayatını yasadışı şiddete karşı korumak olmalıdır.[92]

Açıktır ki bu iki kararda da Mahkeme, insancıl hukuk kurallarını üstü kapalı bir şekilde uygulamaktadır. Ayrıca operasyondaki silahların yıkım gücü dikkate alındığında insancıl hukukun orantılılık ilkesinin de irdelendiği görülmektedir.[93] Her iki kararda da, silahlı isyancı *(rebels)* ya da savaşanlardan (*fighters*) ayırt edilen "sivil" teriminin açıkça kullanılması, savaşan-sivil ayrımını vurgulayarak Mahkeme'nin Ergi ve Kaya kararları ile açtığı yolu sürdürdüğünü göstermektedir.[94]

AİHM ile aynı sonuca varan bir mantık da MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin Rusya ile ilgili 1995 tarihli bir raporunda görülmüştür. Bu raporda Çeçenistan olayı ile ilgili olarak şunlar söylenmiştir: "Çe-

87 Öktem, a.g.e., s. 432.
88 Isayeva, Yusupova ve Bazayeva / Rusya, par. 175-180; Öktem, a.g.e., s. 431.
89 Isayeva, Yusupova ve Bazayeva / Rusya, par. 174-200; Öktem, a.g.e., s. 281.
90 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Isayeva / Rusya, Başvuru No: 57950/00, 06.07.2005.
91 Isayeva / Rusya, par. 224; Öktem, a.g.e., s. 432.
92 Isayeva / Rusya, par. 11-40; Öktem, a.g.e., s. 432.
93 Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin Alegria kararında da (Neira Alegria 19.01.1995) bir ceza evinde çıkan ayaklanmayı bastırmaya çalışan Peru ordusunun orantısız güç kullandığı belirtilmiş ve bu durum yaşam hakkının keyfi ihlali olarak değerlendirilmiştir; Bkz. Batur Yamaner, a.g.e., s. 102.
94 Öktem, a.g.e., s. 432.

çenistan'daki özel durumla ilgili olarak İnsan Hakları Komitesi, kamusal olağanüstü hal zamanında bile askıya alınamayacak hükümler içeren Sözleşme'nin 4. maddesine[95] saygı gösterilmediği yönünde endişelerini ifade eder. Komite, olağanüstü halin resmen ilan edilmemiş olmasına rağmen muharipler tarafından silah kullanımının pek çok insanı yaşam hakkı ve özgürlükten mahrum bıraktığı Çeçenistan vakasında söz konusu maddenin uygulanabilir olduğu yönündeki görüşünde ısrarlıdır."[96]

SONUÇ

İnsan hakları hukukundan daha eski olan insancıl hukuk kuralları, belirli bir alanı bir diğer ifadeyle savaş süresince uyulması gereken kuralları *(ius in bello)* düzenlemektedir. Bu yönüyle kuvvet kullanmayı düzenleyen hükümlerden ve Birleşmiş Milletler sonrası doğan insan hakları hukukundan ayrılmaktadır. İnsancıl hukuk, savaşın gerekliliklerini insani gereklilikler arasında denge kurmaya çalışmaktadır. Bu dengenin kurulması mecburidir çünkü insancıl hukukta savaşın gerektirdiği oranda düşmanı öldürme hakkı vardır. Silahlı çatışma sırasında savaşanlar, sivil hedeflerle askeri hedefleri ayırt ederek sadece askeri hedefe saldırmak zorundadırlar.

Hem insan hakları hukukunun hem de insancıl hukukun uygulama alanı bulduğu durumlar çözülmesi gereken noktaları oluşturmaktadır. Doktrin tarafından benimsenen çözüme göre insancıl hukuk kuralları, insan hakları ve uluslararası hukuk kurallarına göre *lex specialis* konumundadır. Yani silahlı çatışma durumunda insancıl hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu durum insan hakları kurallarının uygulanmasını da imkânsız kılmamaktadır. Diğer bir ifadeyle silahlı çatışmalar süresinde hem insancıl hukuk kuralları hem de insan hakları kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Ne var ki bu iki hukukun karşılıklı etkileşimi üstü örtülü bir şekilde yapılmaktadır. Çalışmamız kapsamında da görüldüğü gibi AİHM'in yaşam hakkının korunmasına ilişkin verdiği kararlarda insancıl hukuk sözleşmelerine doğrudan atıf yapılmadan insancıl hukukun kavram ve terimleri kullanılmaktadır. Kararlarda değinilen bir diğer husus ise yaşam hakkı ihlaline neden olan olaylarda öncelikle amaçla aracın orantılı olması şartıdır. Ayrıca adli soruşturmaların etkin ve tarafsız bir şekilde yapılması da yaşam hakkının korunmasının temel noktasını oluşturmaktadır. Bu durumda yaşam hakkını koruması gereken devletin sorumluluk alanı genişlemekte ve basit bir kaçınma yükümlülüğünün ötesine geçmektedir.

---

95 MSHS'nin 6. maddesinde koruma altına alınan yaşam hakkı, yine aynı Sözleşme'nin 4. maddesine göre olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayan ve ayrık hüküm getirilemeyen haklardan biridir.

96 UN International Covenant on Civil and Political Rights, "Concluding Observations of the Human Rights Committee: Russian Federation", CCPR/C/79/Add. 54, 26.07.1995, par. 27; Öktem, a.g.e., s. 283.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları I-Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A. Ü. S. B. F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, No: 17, 1995.
- Batur Yamaner, Melike, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Yayınları, 2007.
- Bouchet-Saulnier, Françoise, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, Çev. Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.
- Cengiz, Serkan, Demirağ, Fahrettin, Ergül, Teoman, McBride, Jeremy, Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Kasım 2008.
- Friedman Leah, "Case Notes Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), International Court of Justice, 9 July 2004", Sydney Law Review, Vol. 27: 715, s. 715-726.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ağustos 2002.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt III, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt IV, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, Ekim 2005.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, Ocak 1994.
- Heintze, Hans-Joachim, "On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law", International Review of the Red Cross, Vol. 86 N. 856, Aralık 2004, s. 789-814.
- Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I: Kurallar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, 2005.
- "IHL and human rights law", 29.10.2010, (Çevrimiçi) http://www.icrc.org/eng/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm, Erişim Tarihi 30.01.2012.
- Karakaş, Işıl, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: 'Mc Cann'dan 'Kaya' ve Ötesine:", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Ocak 2002, (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), s. 58-70.
- Kaya, İbrahim, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayınları, 2005.
- Öktem, A. Emre, Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, Şubat 2007.
- Savcı, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.
- Uyar, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2006.
- Watkin, Kenneth, "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict", The American Journal of International Law, Vol. 98:1, 2004, s. 1-34.
- Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu Kararları: http://www.cidh.oas.org
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları: http://cmiskp.echr.coe.int
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumları: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm
- Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşleri: http://www.icj-cij.org

ASKER KİŞİLERİN ŞİKÂYET HAKKI

Av. Levent YARALI

I. Genel Olarak

Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar; kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir (Anayasa m. 74/1). Anayasa'nın şikâyet hakkını genel olarak düzenleyen söz konusu üst normunun yanı sıra, asker kişiler ile ilgili olarak da şikâyetin belirli usul ve esaslar dâhilinde yapılmasına ilişkin düzenlemeler ilgili askeri mevzuatta öngörülmüştür. Öngörülen usul ve yollar dışında şikâyette bulunulmasına ise bir kısım cezai yaptırım bağlanmıştır.

II. Askeri Suçların Şikâyete Tabi Olmaması

Askeri suçların[1] takibi şikâyete tabi olmayıp (Askeri Ceza Kanunu m. 48/A), şikâyet etmeme ya da şikâyetten vazgeçme ceza ve davayı düşürmez. Askeri suçların şikâyete tabi olmaması, diğer bir ifade ile tüm askeri suçların soruşturma ve kovuşturmaya şikâyet aranmaksızın tabi olması kamu yararının kişisel yarara üstün tutulması nedeniyledir.

Anayasa Mahkemesi'nin, **askeri suçların şikâyete tabi olmaması** ile ilgili emsal bir kararı şu şekildedir;

• "*Yasakoyucunun, suçun önemini, ağırlığını ve çevredeki tepkilerini göz önünde tutarak askerliğin saygınlık ve onuruna yönelik bir eylemin, ağırlığı ile orantılı olarak kovuşturulması için şikayet koşulu aramaması kamu yararı amacına dayanmaktadır. Aslında, tüm askeri suçları cezalandırmada korunan kamu yararı, kişisel yarara üstün tutulmuştur. Bu nedenle de askeri suçların kovuşturulması şikayete bağlı tutulmamıştır.*" [2]

---

1 Erman askeri suçları; "Milli savunmayı sağlamak ve korumak, askerlik hizmetinin aksamadan yerine getirilmesini temin etmek maksadıyla, başka bir ifadeyle askerî bir yararı korumak amacıyla kabul edilmiş olan kanunlarda yer almış bütün suçlar askerî suçlardır.." şeklinde tanımlamaktadır (Sahir ERMAN, Askerî Ceza Kanunu, İstanbul 1983, s. 148). Kangal ise askeri suçları; "yalnızca asker kişi sıfatını taşıyan kişiler tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlâl edilmesi suretiyle işlenen suçlarla, unsurları kısmen veya tamamen genel ceza kanunlarında öngörülen ve askerî ceza kanunları tarafından ayrıca düzenlenen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanına dâhil edilmiş bulunan, asker kişi sıfatını taşımayan kişiler tarafından da işlenebilen askerî bir yararı korumaya yönelik suçlar askerî suçlardır." şeklinde tanımlamaktadır (Zeynel T. KANGAL, Askeri Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin yayıncılık, 2010, s. 69).

2 Anayasa Mahkemesi, E:1994/2, K:1994/76, T:25.10.1984.

Askeri suç teşkil eden bir fiilin takibi şikâyete tabi olmamakla beraber, suçtan zarar gören astın yetkili amirine askeri suçu şikâyeti ile bildirmesinin, suçların ortaya çıkarılmasında ve cezalandırılmasında ve bu suretle adaletin ve askeri disiplinin sağlanmasındaki önemli katkısı yadsınamaz.

III. Şikâyetin Yapılacağı Amir

Şikâyet en yakın amir vasıtasıyla ve silsile yolu ile yapılır (İç Hizmet Kanunu m. 27; İç Hizmet Yönetmeliği, m. 44; 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanun, m. 93/1). Diğer bir ifadeyle, şikâyet konusunda karar vermeye yetkili amir, şikâyetçinin değil, şikâyet olunana disiplin cezası vermeye yetkili olan ilk disiplin amiridir[3].

Şikâyet yapılırken komuta kademeleri gözetilmek zorunda olup, komuta kademeleri gözetilmeksizin yapılan şikâyet usulsüzdür[4]. Örneğin, askeri mevzuatın kendisine vermiş olduğu bir hak ya da yetkinin haksız olarak ihlal edildiği kanısında olan bir takım komutanı; en yakın amiri olan bölük komutanını, bir üst silsilede bulunan ilk disiplin amiri olan tabur komutanı yerine doğrudan alay ya da tugay komutanına şikâyet ederse söz konusu şikâyet usulsüz olur. Şikâyet usulsüz ise, şikâyette bulunan disiplin tecavüzünde bulunmuş olur ve bu kapsamda cezalandırılabilir[5]. Usulsüz olarak yapılan şikâyet aynı zamanda yalan yere yapılmışsa şikâyette bulunan Askeri Ceza Kanunu m. 84/2 uyarınca üç ay hapis ile cezalandırılır.

Askeri Yargıtay, komuta kademesi gözetilmeksizin **Genel Kurmay Başkanlığı** ve **Kara Kuvvetleri Komutanlığı**'na yapılan şikâyetleri, söz konusu kurumları askeri silsileye dâhil kabul ederek usulsüz şikâyet olarak kabul etmiştir. Öte yandan Askeri Yargıtay askeri silsile gözetilerek yapılan şikâyet dilekçesinin ikinci bir nüshasının **Milli Savunma Bakanlığı**'na gönderilmesini ise usulsüz şikâyet olarak değil, ihbar olarak nitelendirmiştir[6].

---

3 İsmet POLATCAN, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, Ankara, Mart 2007, s. 55.

4 Askeri Yargıtay Genel Kurulu, E:1954/1100, K:1954/65, T:16.04.1954 (POLATCAN, s. 364; Hulûsi ÖZBAKAN, İlgili Mevzuatı İle İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, Ankara 1982, s. 180; Cihan KOÇ, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Ocak 2010, s. 486; Orhan ÇELEN, En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı (Örnekli) Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, Ankara, Eylül 1996, s. 328).

5 Usulsüz yapılan haklı bir şikâyetin cezası ile, usulsüz ve aynı zamanda doğru olmayan ve böyle olduğu şikâyetçi tarafından da bilinen bir iddia ve şikâyetin aynı ceza ile cezalandırılmasının kabulünün adil olmayacağına yönelik bkz. Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E:1956/3231, K:1956/32, T:23.03.1956.

6 Askeri Yargıtay 2.Dairesi, E:1953/3152 K:1953/3250, T:02.12.1953, Ümit KARDAŞ/Mehmet ÇINGI, Askeri Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınları, İstanbul 2001, s. 600; ÖZBAKAN, s. 180.

Askeri Yargıtay'ın konu ile ilgili emsal kararları şu şekildedir;

• "*Terfi ehliyetini haiz olduğundan bahisle terfi ettirilmesi hususunda doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığı'na müracaat eden sanığın fiili, usulsüz müracaattır.*" (7)

• "*...J.Komd.Bl.K.lığında görevli sanıkların K.K.K.lığına çektikleri faks ile Bl.K.ları Ütğm.H.nin ... ilçe J.K.lığına atandırılmasının durdurulması ve ..İlçesi J.K.Bnb.B.'nin yaptığı yanlışlık ve haksızlıklardan dolayı tayinin çıkarılmasını istemeleri şeklinde oluşan eylemleri "usulsüz şikayet" suçunu teşkil eder.*" (8)

Askeri Yargıtay, **Başbakanlık, Cumhurbaşkanlığı** ve **Adalet Bakanlığı** makamlarına yapılan şikâyetleri ise, söz konusu kurumları askeri silsileye dâhil kabul etmeyerek usulsüz şikâyet olarak nitelendirmemiştir.

Askeri Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları şu şekildedir;

• "*Başbakanlığın İç Hizmet Kanununda yazılı askerî mertebeler silsilesine dahil bulunmaması hasebile bu makama yapılan şikâyetin usulsüz şikâyet olarak kabulüne cevaz yoktur.*" (9)

• "*Evvelce usulü dairesinde şikayeti yapmış olan sanığın bir netice alamayınca askerî mertebeler silsilesi meyanında bulunmayan Devlet Reisliği makamına yaptığı müracaat ve şikayet usulsüz şikayet suçunu teşkil etmez.*" (10)

• "Askeri Yargıtay içtihatlarıyla…Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık veya Bakanlıklar gibi makamlara şikayette bulunulması, ASCK'nın 84'üncü maddesi kapsamında usulsüz şikayet olarak kabul edilmemektedir…Somut olayda, sanığın velev ki dava konusu şikayet dilekçesini kendisi hazırlayarak G.İ.ye imzalatıp Adalet Bakanlığına gönderdiğinin sabit kabul edilmesi halinde dahi, sanığın TSK. İç Hizmet Kanun'unda belirtilen askerî hiyerarşiye dahil olan makamlara şikayet yapmak şeklinde bir eylemi söz konusu olmayıp, dolayısıyla mevzuatın öngördüğü usule uyulmayarak yapılmış bir şikayetten sözedilemeyeceği, ASCK'nın 84. maddesinde unsurları gösterilen suçun oluşmayacağı açıktır." (11)

Askeri Yargıtay'ın **haklı bir şikâyetin usulsüz olarak yapılmasına** ilişkin emsal bir kararı ise şu şekildedir;

---

7 Askeri Yargıtay Genel Kurulu, E:1952/799, K:1952/881, T:13.06.1952 (KARDAŞ/ÇINGI, s. 600; ÖZBAKAN, s. 179; POLATCAN, s. 364). Ayrıca bkz. Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:1972/189, K:1972/186, T:22.5.1972 (ÖZBAKAN, s. 181).

8 Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:1996/348, K:1996/348, T:22.05.1996 (POLATCAN, s. 365).

9 Askeri Yargıtay, 1.Dairesi, E:1956/3980 K:1956/4492, T:31.12.1956 (KARDAŞ/ÇINGI, s. 600; ÖZBAKAN, s. 180). Ayrıca bkz. KARDAŞ/ÇINGI, s. 599.

10 Askeri Yargıtay Genel Kurulu, E:1954/1962, K:1954/118, T:27.8.1954 (KOÇ, s. 486).

11 Askeri Yargıtay 1.Daire, E:2008/2011, K:2008/2077, T:09.07.2008 (Askeri Yargıtay Dergisi, Sayı:22, Yıl:2009, s.49-53).

• "*Haklı bir şikayetin, muayyen olan usul ve yollara uyulmayarak yapılması, As.C.K.nun 84 üncü maddesine mümas bir cürüm olmayıp, ancak disiplin tecavüzü teşkil edebilir.*" [12]

Şikâyet edilecek amirin yüzüne karşı kendisinden şikâyet olunacağının ifade edilmesi yasaktır (İç Hizmet Yönetmeliği, m. 47). Amiri şikâyet edeceğini ötede beride söylemek ve bu suretle dedikodu yapmak da yasaktır (İç Hizmet Yönetmeliği, m. 47). Amirin şikâyet edileceğini yüzüne ya da ötede beri de söylemenin askeri otoriteyi ve disiplini zaafa düşüreceği inancıyla söz konusu yasaklar öngörülmüştür.

Askeri Yargıtay'ın **üstün yüzüne karşı kendisini şikâyet edeceğini astın ifade etmesine** ilişkin emsal bir kararı[13] şu şekildedir;

• "*Bir ast'ın, üst'üne karşı; "seni şikayet edeceğim" şeklindeki sarf ettiği sözler dahi, üst'ün küçük düşürülmesine, bunun yanında, "otoritenin" sarsılmasına, disiplinin zafiyete uğratılmasına sebep olacaktır.*"

Askeri suçlara ilişkin olarak asker kişilerden başkası tarafından yapılacak sözlü veya yazılı ihbar ve şikâyetler, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri dairesinde yetkili makamlara (Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 158) veya sanığın amiri olan askeri makama yapılır (353 sayılı Kanun, m. 93/4)

IV. Şikâyetin Bireysel Olarak Yapılması Zorunluluğu

Toplu olarak şikâyet yasaktır (İç Hizmet Kanunu, m. 28; İç Hizmet Yönetmeliği, m. 44)[14]. Bir olay, birden fazla kişinin şikâyetine sebep ve konu olursa, bu kişiler ayrı ayrı ilgili olay ve kişiden şikâyetçi olmalıdır. Dolayısıyla, rütbe olarak kendisine bağlı bulundukları üstlerinin davranışlarının kendi hak ve yetkilerini ya da askeri kanun ve nizamı ihlal ettiği kanaatinde bulunan asker kişiler, bir araya gelerek üstlerini şikâyet edemez.

Örneğin, üstleri tarafından hakarete uğrayan ya da dövülen askerler şikâyetlerini tek bir dilekçeye birlikte imza atarak ya da şikâyet yapılacak amirin huzuruna birlikte çıkarak gerçekleştiremez.

Kanuna aykırı olarak toplu şikâyette bulunanlar, şikâyetlerinde haklı bulunsalar dahi cezalandırılırlar.

V. Şikâyetin Şekli

Şikâyet söz ya da yazı ile yapılabilir. Şikâyetin geçerliliği için yazılı olması şart olmayıp söz ile yapılan şikâyet de geçerlidir ve zabıtla tespit olunur (İç Hizmet Kanunu, m. 27; 353 sayılı Kanun, m. 93/2-3).

12 Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E:1955/3231, K.1956/32, T:23.03.1956 (ÇELEN, s. 328; POLATCAN, s. 364; KOÇ, s. 487; ÖZBAKAN, s. 180).

13 Askeri Yargıtay 2.Dairesi, E:2008/1731, K:2008/1714, T:25.06.2008 (KOÇ, s. 74).

14 İç Hizmet Kanunu'nun; birden fazla askerin bir araya gelmesinin fesat yaratacağı, bunun ise askeri disiplini ağır derecede ihlal edeceği ihtimalini göz önüne aldığı ve bundan dolayı toplu olarak müracaat ve şikâyeti yasakladığı ifade olunmaktadır (ÖZBAKAN, s. 168).

Şikâyetin yazı ile yapılması durumunda şikâyeti içeren belgeye "**şikâyetname**" denilir. Askeri Ceza Kanunu'nun 110. maddesinde düzenlenen ve beş seneye kadar ceza ile tecziye olunan "**Astının şikayetnamesini saklama veya tehdit ile geri aldırma suçu**"nun teşekkülü için yazılı bir şikâyetin varlığı şarttır.

VI. Şikâyetin Konusu

Her asker, gerek hizmete gerekse özel işlerine ait kanun ve nizamların kendisine vermiş olduğu hak ve yetkiler herhangi bir surette haksız olarak ihlal edilirse veya ihlal edildiğini zannederse şikâyet etmek hakkına sahiptir (İç Hizmet Kanunu, m. 26)[15].

Şikayet olunabilecek hususların tam bir listesini burada vermek mümkün değildir. Bununla beraber, uygulamada en çok karşılaşılan ve şikayete konu olan örnek durumların bir kısmı şu şekildedir;

• **Amir veya üstü tarafından dövülerek müessir fiile maruz kalan bir ast**[16], amir veya üstünün suç teşkil eden (Askeri Ceza Kanunu, m. 117) fiilinin cezalandırılması için şikâyette bulunabilir.

• **Amir veya üstü tarafından hakarete uğrayan ast**[17], amir veya üstünün suç teşkil eden (477 Sayılı Kanun, m. 55) fiilinin cezalandırılması için şikâyette bulunabilir.

• **Kanuna ve nizama aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen bir emir**[18] kendisine verilen ast, emri kanuna ve nizama aykırı görse de emrin

15 "Şikayet hakkını düzenleyen TSK İç Hizmet Kanununun 26'ncı maddesindeki düzenlemeden şikayet hakkının doğabilmesi için hakkın ihlal edildiğini zannetmenin dahi yeterli olduğu anlaşılmaktadır." [Askeri Yargıtay 2.Daire, E.2006/418, K.2006/411, T: 22.03.2006 (KOÇ, s. 73)].

16 "ASCK'nın 117'nci maddesinde düzenlenen asta müessir fiil suçunun oluşabilmesi için üst veya amirin; astını itip kakacak, dövecek, sair suretlerde cismen eza verecek (sıkıntı, verme üzüntü, üzme) veya sıhhatini bozacak, ... nitelikte davranışlarda bulunması gerekmektedir. Maddedeki itip, kakmak ve dövmek fiilleri vücut üzerinde cismen eza verecek hareketlerin yapılması tarzının bir örneğidir. Cismen eza veren fiiller, kasten ve kanuna aykırı olarak astın vücudu üzerinde önemsiz olmayacak bir derecede fena, nahoş tesirler yapan fiil ve hareketlerdir. Bu nedenle Askerî Yargıtay kararlarında asta karşı yapılan "itme" eyleminin dahi ast'a müessir fiil suçuna vücut verebileceğini kabul edilmektedir." (Askeri Yargıtay 3.Dairesi, E:2010/520, K:2010/514, T:16.02.2010).

17 "Asta hakaret suçu, 477 sayılı Kanun'un 55'inci maddesinde, "Disiplin suçu" olarak düzenlenmiş olup; suçun faili "Üst", mağduru "Ast", suçun maddi unsuru ise üstün asta sövmesi veya hakaret etmesi olarak öngörülmüştür. Askerî Ceza Kanunu'nun 13/3'üncü maddesinde "Üst" tabirinin, rütbe ve kıdem büyüklüğünü gösterdiği açıklanmıştır. Bu suçla korunan hukuki yarar, üstleri tarafından astın şeref ve haysiyetine taarruz edilmesinin yasaklanması, önlenmesidir." (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, E:2009/59, K:2009/60, T:07.05.2009).

18 Amirin veya üstün verdiği emrin konusu suç teşkil ediyorsa, ast emri yerine getirmemelidir. Konu ile ilgili en üst hukuk normu olan Anayasa m. 137/2 "Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz." şeklindedir. Türk Ceza Kanunu m. 24/3 bendi ise şu şekildedir; "Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.". Söz konusu hükümler uyarınca, üstünün konusu suç teşkil eden emrini yerine getiren astın da, üstü ile birlikte ilgili suçtan sorumlu tutulması ve cezalandırılması söz konusu olur. Örneğin; bölük

yerine getirilmesi konusunda amiri veya üstü ısrarlıysa emri yerine getirir ve daha sonra amir veya üstünü şikâyet edebilir (İç Hizmet Kanunu, m. 14, İç Hizmet Yönetmeliği, m. 33).

• **Erlerin askeri hizmetten uzaklaştırılarak üstü tarafından özel hizmette kullanılmak istenilmesi** durumunda[19] Askeri Ceza Kanunu'nun 114. maddesinde düzenlenen "Erleri kanuna muhalif olarak hizmetçiliğe verme" suçu oluşacağı için, böyle bir durumda ast, amir veya üstünü şikâyet edebilir.

• **Nöbet ve izin hususlarında amir veya üstünün kanun ve nizam dışında keyfi davranışlarına maruz kalan** ast, amir veya üstünü şikâyet edebilir.

• **Hak etmediği bir cezaya yetkisini aşan amir veya üstü tarafından maruz bırakılan ast**, Askeri Ceza Kanunu'nun 111. maddesi kapsamında suç teşkil eden fiilinden dolayı amirini şikâyet edebilir[20].

Asker kişinin kendi kendisini şikâyet etmesi ise İç Hizmet Kanunu ve Askeri Ceza Kanunu kapsamında şikâyet olarak kabul edilmemekte ve bu durum ihbar ve disiplin tecavüzü olarak nitelendirilmektedir. Askeri Yargıtay'ın **kendi kendisini şikâyet eden asker kişiler** ile ilgili verdiği emsal niteliğindeki bir kararı şu şekildedir;

• *"...sanıkların kendi kendilerini şikayet etmelerinin TSK. İç Hizmet Kanunu'ndaki şikayetler konusunda yapılmış düzenleme kapsamında olmadığı, bu şikayetin bir ihbar niteliğinde olup, bunun ise disiplin tecavüzü kapsamında kaldığı, bu nedenle sanıklara atılı suçların maddi unsur yokluğu nedeniyle sübuta ermediği anlaşılmaktadır.*

Açıklanan nedenlerle, her iki sanığın birlikte hareket ederek resmi makamlara gönderdikleri kendilerini disiplinsiz olduğundan bahisle ihbar

komutanı tarafından başka bir üstü hakkında doğru olmayan iddiaları içeren bir şikâyette bulunması konusunda kendisine emir verilen bir er, söz konusu emir; Askeri Ceza Kanunu m. 84/1 hükmü çerçevesinde suç teşkil etmesi ve hizmete ilişkin bulunmamasından dolayı yerine getirmemelidir. Aksi halde kendisi de sorumlu olur ve ilgili suçtan dolayı cezalandırılır. Öte yandan, astına suç işlemesi için emir veren amir veya üstün bu fiili de Askeri Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve suçun yaptırımı olarak iki seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür. Konusu suç teşkil eden emir üzerine suç işlenir ya da teşebbüs aşamasında kalırsa, emir konusunu teşkil eden suçun cezası, emri veren üst ya da amir açısından AsCK m. 51/A gereğince artırılarak hükmedilir.

19 Askeri Yargıtay'ın konu ile ilgili emsal bir kararı şu şekildedir; "Sanığın As. Şb. Bşk. Vekili ve Şube Mülhakı olarak vazife gördüğü sırada, çarşıdan aldığı eşyaları şube erlerine taşıttığı, odun kırdırdığı, kömür getirttiği ve şube bahçesinde sebze yetiştirme işlerinde çalıştırdığı sübuta erdiğine, mumaileyhe atıf ve isnat olunan suçun teşekkülü için zor kullanılması şart olmadığına, erlerin hizmetten uzaklaştırılarak özel hizmette çalıştırılmaları kâfi olduğuna..." (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, T:08.01.1971, E:1971/1, K:1971/1, T:08.01.1971; Hulûsi ÖZBAKAN, İlgili Mevzuatı İle İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1984, s. 237).

20 Örneğin "gece vakti erleri çöktürüp kaldırmak" ya da "sebepsiz disiplin cezası vermek ve infaz ettirmek" Askeri Ceza Kanunu m. 111'de öngörülen beş seneye kadar hapis cezasını amir açısından gerektirebilir. Bkz. KARDAŞ/ÇINGI, s. 769.

eden mektubun şikayet içerikli olmadığı, dilekçe olarak resmi makamlara verilmemiş ihbar mektubunda ceza soruşturmasını gerektiren bir suç uydurma eyleminin söz konusu olmayıp uydurma ihbarın sadece disiplin ihlali niteliğinde olduğu, bunun sonucu olarak sanıkların disiplin tecavüzü mahiyetinde kalan yüklenen suçla ilgili olarak haklarında beraat kararı verilmesi gerekirken aksi kanaatle tesis olunan mahkûmiyet hükümlerinin sübut (esas) yönünden bozulmasına karar verilmiştir." [21]

VII. Şikâyetin İçeriği ve Suç Teşkil Eden Haller

Şikâyette bulunurken, şikâyet konusu olayın doğru ve açık bir şekilde ifade edilmesine özen gösterilmelidir.

Doğru olmayan, soyut, üstün onurunu zedelemek ya da hakaret amaçlı itham ya da ifadeleri içeren şikâyette bulunulmamasına, söz konusu şikâyetin şikâyette bulunan açısından cezai sonuçlar da doğurabileceği gözetilerek, dikkat edilmelidir.

Askeri Yargıtay'ın **şikâyetnamede geçen ifadelerin suç teşkil edebileceğine** yönelik emsal kararlarından bir kısmı şu şekildedir;

• "*Sanığın yazdığı dilekçede kullandığı 'böyle bir komutanın emri altında çalışmaktan hicap duyarım' sözcüğü, üstünü aşağılamak olup hakaret niteliğindedir.*" [22]

• "*Üstü bulunan subay aleyhine verdiği dilekçede kızı hakkında şeref ve haysiyeti düşürücü isnatta bulunan sanığın bu hareketi ile üstünün şahsını hedef aldığından fiili, askeri bir suçtur.*" [23]

• "*...sanığın mektubunda talebini açıklarken kullandığı icapsız ve münasebetsiz sözlerin hakaret kapsamında ele alınması mümkün...*" [24]

Askeri Yargıtay'ın, **şikâyetin üstün onurunu zedeleme amaçlı olup olmadığı konusunda şüphenin doğduğu bir olayda durumu sanık lehine yorumladığı** emsal bir kararı şu şekildedir;

• *"... sanığın, (...) Tıp Fakültesinde kurs gören hemşirelerin yol masraflarının kantinden ödenmesinin mevzuata uygun olmadığını düşündüğünden şikayette bulunduğu, yolsuzluk yapıldığını kesinlikle düşünmediği, böyle bir iddiada bulunmadığı yönündeki savunması da dikkate alındığında, sanığın şikayet niyetiyle hareket ettiği, üstü olan Tbp.Alb.M.E.'nin onurunu zedelemek kastıyla hareket ettiğinin şüpheli olduğu, şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiği, Askerî Mahkemece gösterilen gerekçenin dosya kapsamına ve hukuka uygun olduğu görülmekle, katılanın kabule değer*

21 Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:2010/1913, K:2010/1900, T:07.07.2010.
22 Askeri Yargıtay 2.Dairesi, E:1987/464, K:1987/455, T: 16.9.1987 (POLATCAN, s. 54).
23 Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:1956/4642, K:1957/708, T:12.2.1957 (POLATCAN, s. 54; KOÇ, s. 73).
24 Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:2006/1208, K:2006/1205, T:25.07.2006 (KOÇ, s. 488).

bulunmayan temyiz nedenlerinin reddi ile sanık hakkında müsnet suçtan verilen beraat hükmünün onanmasına karar verilmiştir". [25]

Askeri Yargıtay'ın, Askeri Ceza Kanunu m. 84/1'de düzenlenen **doğru olmadığını bildiği iddialarla şikâyet suçu** ile ilgili emsal kararları şu şekildedir;

• "*ASCK'nın 84. maddesinin Birinci fıkrasında, doğru olmadığı bilinen iddialarla İç Hizmet Kanunu'ndaki usule uygun olarak yapılan şikayetler yaptırıma bağlanmış bulunmaktadır. Şikayete konu olan hususların bir kısmının doğru olduğunun ve sanığın geriye kalan isnatların yalan olduğunu bildiğinin ortaya konulamadığı durumlarda, ASCK'nın 84. maddesinde düzenlenen suç oluşmamaktadır.*" [26]

• "*Maddede muhtevası doğru olmayan bütün şikayetler cezalandırılmakta, ancak, manevi unsurun tahakkuku için şikayetçinin bilerek ve isteyerek doğru olmadığını bildiği bir iddiayla şikayete kalkışması gerekmektedir.*" [27]

Askeri Yargıtay'ın, Askeri Ceza Kanunu m. 84/2'de düzenlenen **yalan yere ve usulsüz şikâyet suçu** ile ilgili bir kısım emsal kararı şu şekildedir;

• "*AsCK'nın 84. maddesinde yazılı usulsüz şikayet suçunun oluşması için, sanığın suç kastı ile hareket etmesi, şikayete konu hadisenin yalan olması, müracaat silsilesinin atlanmış olması aranmaktadır. Dava konusu olayda, sanığın şikayet ettiği husus hazırlık soruşturmasına konu olmuş ve dilekçesinde öne sürdüğü hususların tümünün de yalan olmadığı anlaşıldığından, sanığın suç kastı ile hareket ettiğini de söylemek mümkün görülmediğinden, kurulan beraat hükmünde usul ve esas yönünden bir isabetsizlik bulunmamaktadır*" [28]

• "*AsCK'nın 84. maddesinin ikinci bendinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için; seçimlik hareketlerden birinin işlenmesi ve şikayet konularının tümünün yalan olduğunun anlaşılmasının yanısıra; bunların yalan veya asılsız olduklarının şikayet anında sanık tarafından bilinmesi gerekmektedir. Yerleşik Askerî Yargıtay İçtihatlarında da kabul edildiği üzere, şikayete konu olan hususların bir kısmının doğru olduğunun ve sanığın geriye kalan isnatların yalan olduğunu bildiğinin ortaya konamadığı durumlarda atılı suç oluşmamaktadır.*" [29]

25 Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:2010/1983, K:2010/1973, T: 21.7.2010.
26 Askeri Yargıtay 3.Dairesi, E:2009/440, K:2009/484, T:24.2.2009 (KOÇ, s. 490).
27 Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:2006/1208, K:2006/1205, T:25.07.2006 (KOÇ, s. 486).
28 Askeri Yargıtay 3.Dairesi, E:2000/699, K:2000/696, T:07.11.2000; Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:2002/154, K:2002/185, T: 05.03.2002 (POLATCAN, s. 365).
29 Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, E:2005/28, K:2005/33, T:01.04.2005 (KOÇ, s. 487). Aynı yönde bkz. Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:2008/2011, K:2008/2077, 09.07.2008 (Askeri Yargıtay Dergisi, Sayı:22, Yıl:2009, s. 49-53).

• *"Sanığın, en yakın âmiri durumunda bulunan tabur komutanını, asılsızlığı soruşturma ile anlaşılan bir takım iddialarla ve alay komutanlığı makamını atlıyarak doğrudan doğruya Tugay Komutanı nezdinde şikâyet etmesi suçu, AsCK'nın 84/2. maddesine girer."* (30)

• *"İlk amir atlanarak yapılan dolayısıyla usulsüz olan şikayetin haklılık taşıyıp taşımadığı mahkemece araştırılmalıdır."* (31)

VIII. Şikâyetin İncelenmesi ve Süre

Şikâyet ve itirazlar mutlaka soruşturulup/araştırılıp bir karara bağlanmalı ve şikâyet neticesi şikâyet edene ve lüzum görülürse şikâyet olunana bildirilmelidir. Yapılan şikâyetin neticelendirilmesi için öngörülen süre en geç bir aydır (İç Hizmet Kanunu, m. 30).

Şikâyet üzerine karar verme yetkisi, şikâyet olunana disiplin cezası vermeye yetkili ilk disiplin amirine aittir (İç Hizmet Kanunu, m. 31). Şikâyeti incelemeye yetkili olan amirler şikâyeti bizzat sonuçlandırır (İç Hizmet Yönetmeliği, m. 45). Şikâyetin yapıldığı amirin şikâyetin kendisinden daha yukarı silsilede bulunan amirlerinin kararına lüzum göstermesini tespit etmesi durumunda, şikâyeti ilgili amire bildirmek ve alınan kararı şikâyetçiye tebliğ etmekle mükelleftir (İç Hizmet Yönetmeliği, m. 45).

IX. Şikâyete İlişkin Karar ve Karara İtiraz

Şikâyet yetkili amir tarafından incelenir ve gereği yapılır. Şikâyeti ilgili amir titizlikle incelemeli ve suç teşkil eden bir olay ile karşılaşması durumunda şikâyetten ilgili mercileri haberdar etmelidir(32). Konu ile ilgili 353 Sayılı Kanun'un "**Bir suç işlendiğinin öğrenilmesi ve ilk tedbirler**" başlıklı 95. maddesinin 2. fıkrasında; askeri birlik komutanı veya askerî kurum amirinin, maiyetinden birinin kendisine ihbar veya şikâyet olunan veyahut diğer suretle öğrendiği askerî mahkemelerin görev alanına giren suçları hakkında; şüphelinin kimliğini, isnat olunan suçu ve bu suçun delillerini gösterir bir vak'a raporu düzenleyeceği ve adlî yönden bağlı bulunduğu askerî mahkemenin teşkilâtında kurulduğu kıt'a komutanı veya askerî kurum amirine göndereceği öngörülmüştür.

Amir, astının suç oluşturan bir fiil işlediğini şikâyet üzerine öğrenir ve gerekli yasal takibatı yapmazsa, Askeri Ceza Kanunu'nun "**Madunun Suçları**

30 Askeri Yargıtay 4.Dairesi, E:1970/347 K:1970/357, T:07.07.1970 (ÖZBAKAN, s. 181; ÇELEN, s.329; KOÇ, s. 487).

31 KARDAŞ/ÇINGI, s. 599.

32 Amir, astlarından birinin askeri cürüm sayılan suçlardan birini işlediğini gördüğünde veya öğrendiğinde suç dosyasını hazırlayarak, askeri mahkemede yargılanmak üzere, silsileler yoluyla nezdinde askeri mahkeme kurulan kıt'a komutanlığına veya askeri kurum amirliğine gönderir. Askeri cürüm sayılan bir suçu işleyeni, disiplin amiri kendisi bizzat cezalandıramaz veya ceza takibatı yapmadan bırakamaz; takibat yapmak zorundadır. Aksine davranış AsCK' nun 145 nci maddesindeki suçu oluşturur." (POLATCAN, s. 249). Ayrıca bkz. 477 sayılı Kanun, m. 54.

Hakkında Tatbikatta Bulunmayanlar" başlıklı 145. maddesi uyarınca cezalandırılabilir.

Şikâyeti amir tarafından reddedilen şikâyetçiye, salt şikâyeti reddedildiği için ceza verilmez(İç Hizmet Kanunu, m. 29). Kanun ve nizamların kendisine vermiş olduğu hak ve yetkilerin ihlal edildiği hususunda yanılarak usulüne uygun şikâyette bulunan kişiye ceza verilmemelidir[33]. Şikâyette bulunulan fiilin şikâyette bulunanın hak ve yetkilerini ihlal etmiş olduğu hakkında kesin bir bilgiye sahip olunmasını İç Hizmet Kanunu m. 26 aramamış, bu hususta bir kanının mevcut olmasını yeterli saymış ve bunu da madde metninde "zannetme" ibaresi ile ifade etmiştir.

Bununla beraber şikâyetçi, şikâyette bulunurken bir suç işlemiş veya bir disiplin tecavüzünde bulunmuşsa bundan dolayı sorumlu tutulup cezalandırılabilir (İç Hizmet Kanunu, m. 29).

Şikâyeti incelemeye yetkili amir tarafından verilen karara ya da yapılan icraata razı olmayan şikâyetçi ve şikâyet edilen, mertebeler silsilesini gözeterek bir üst amire itirazda bulunabilir (İç Hizmet Kanunu, m. 31, İç Hizmet Yönetmeliği, m. 48).

X. Şikâyetnameyi Saklama veya Geri Aldırma Suçu

Askeri disiplinin tesisi ve devamı açısından şikâyet mekanizmasının sağlıklı işlemesi son derece önemlidir. Şikâyetin titiz bir şekilde tetkiki ve neticelendirilmesi sayesinde askeri kurumlar ve kişiler kanunlara ve nizamlara uyma noktasında daha duyarlı ve özenli olacaklardır.

Şikâyet hakkının herhangi bir şekilde kullanılmasının kısıtlanması ya da tamamen engellenmesi üst makamlara itaat ve güven hislerini zedeleyeceği gibi astların moralini de bozucu sonuçlar doğuracak niteliktedir[34].

Askeri ya da özel mevzuatın kendilerine tanıdığı hak ve yetkiler haksız bir şekilde ihlal edilen asker şahısların yapacakları şikâyetlere kanun koyucu da özel önem vermiş ve şikâyetnameleri[35] saklayan ya da tehdit ederek geri aldıranların beş seneye kadar hapis ile cezalandırılabileceğini Askeri Ceza Kanunu'nun 110. maddesinde[36] öngörmüştür. Maddede yer alan şikâyet kavramı, sadece askeri şikâyeti değil, üst ve arkadaşlar hakkındaki tüm şikâyetleri kapsamaktadır[37].

33 Polatcan, konu ile ilgili olarak şu ifadeyi kullanmaktadır; "Şikayetçi doğru olduğuna samimi olarak inandığı halde, sonunda şikayetçinin yanıldığı anlaşılmışsa, kendisine ceza verilmez." (POLATCAN, s. 364)

34 POLATCAN, s. 395.

35 "As.C.K.'nun 110. maddesinde yazılı "şikayetname" tabiri, usulüne göre verilmiş yazılı şikayeti kapsar" [Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, E:1967/81, K:1981/76, T:8.12.1967 (POLATCAN, s. 395)].

36 "Madunun şikâyetnamesini saklayan veya geri aldıranların cezası" başlıklı Askeri Ceza Kanunu'nun 110. maddesi şu şekildedir; "Madunların verdikleri şikâyetnameleri saklayanlar veya tehdit ederek geri aldıranlar beş seneye kadar hapsolunur.".

37 KARDAŞ/ÇINGI, s. 766.

Askeri Yargıtay'ın, **astının şikâyetnamesini saklayan** amirin cezalandırılması ile ilgili emsal bir kararı şu şekildedir;

• *"Astlarının işlediği iddia olunan suçlara kendisine verilen dilekçelerle vakıf olan sanık (amir), bahis konusu dilekçeler üzerine kanuni takibata geçmesi veya işbu dilekçeleri kanuni takibata yetkili üst makamlara göndermesi gerekli iken, her iki yola da başvurmamak suretiyle astları tarafından verilen dilekçeleri sakladığı katiyetle anlaşıldığına göre, tezahür eden fiil AsCK'nın 110. maddesine girer."* (38)

Askeri Yargıtay'ın, **astının şikâyetnamesini işleme koymayan** amirin cezalandırılması ile ilgili emsal kararları ise şu şekildedir;

• *"Suçtan zarar gören mağdurun yazılı şikayetini işleme koymayan amirin eylemi, AsCK'nın 110. maddesine uyar."* (39)

• *"Astları olan astsubaylar tarafından dövülen subayın şikayet dilekçesinin manevi cebir uygulanarak amiri tarafından işleme konmaması maddedeki suçu oluşturur."* (40)

Askeri Yargıtay'ın, **astının şikâyetnamesini tehdit ederek geri aldıran** amirin cezalandırılması ile ilgili emsal bir kararı ise şu şekildedir;

• *"Sanığın. 01.05.2006 tarihinde (...) Askerlik Dairesi'nde ve 02.05.2006 tarihinde (...) Askerlik Şubesinde İdari Tahkikat Heyetince ifadesi alınan ve ifadelerinde sanığın rütbe ve memuriyetinin baskısıyla kendisinden borç adı altında para aldığından ve sair hususlardan yakınan ve 01.05.2006 günü şikayet dilekçesi veren P.Er M.F.D.'yi telefonla arayarak, içeriğini öğrenmiş olduğu şikayet ve ifadesinden söz ettikten sonra "beni yaktın, seni öldürürüm, askerliğini bitirmem, ifadeni geri alacaksın, nankör, herkesten beklerdim senden beklemezdim" dediği, mağdurun beyanları ve bu beyanları destekleyen tanıklar Er E.S. ve Çvş.İ.M.'nin iradeleri ile sübuta ermiş bulunmaktadır. AsCK'nın 110'uncu maddesinde astlarının verdikleri şikâyetnameleri saklayanlar veya tehdit ederek geri aldıranların cezalandırılacağı öngörülmüştür. Madde ile şikâyet hakkı korunmakta olup, korunan şikayet hakkı, TSK İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliği'nde belirtilen haklardan da geniş anlamdadır. Maddede belirtilen seçimlik hareketten birisi olan şikayeti geri aldırmak fiili her üst tarafından işlenebilir. Şikâyeti geri aldırmak fiilinin unsuru olan tehdit, ast üzerinde baskı yapmaya elverişli her türlü fiil ve hareketlerden ibarettir. Somut olayda, sanığın şikayetini geri alması için mağdur P.Er M.F.D.'yi telefonla tehdit ettiği, tehdit içeren sözlerin astın baskı altında kaldığını kabule elverişli olduğu, ancak sanığın elverişli vasıta ile kasteylediği eylemin icra hareketlerine başlamasına*

38 Askeri Yargıtay 3.Dairesi, E:1968/717, K:1968/735, T:22.10.1968 (POLATCAN, s. 396).
39 Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, E:1969/102, K:1969/103, T:21.11.1969 (ÖZBAKAN, s. 396).
40 KARDAŞ/ÇINGI, s. 767.

karşın şikayet geri alınmadığından, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmaktadır." [41]

Sonuç

Askeri disiplinin tesisi ve devamı açısından şikâyet mekanizmasının sağlıklı işlemesi son derece önemlidir. Asker kişilerin şikayet hakkı, ilgili askeri mevzuatta özel olarak düzenlenmiştir. Her asker, gerek hizmete gerekse özel işlerine ait kanun ve nizamların kendisine vermiş olduğu hak ve yetkiler herhangi bir surette haksız olarak ihlal edilirse veya ihlal edildiğini zannederse şikâyet etmek hakkına sahiptir.

Şikâyet en yakın amir vasıtasıyla ve silsile gözetilerek yapılmalıdır. Şikâyet edilecek amirin yüzüne karşı kendisinden şikâyet olunacağının ifade edilmesi ya da toplu olarak şikayet yasaktır. Şikâyet söz ya da yazı ile yapılabilir ve söz ile yapılan şikâyet zabıtla tespit olunur. Şikâyette bulunurken, şikâyet konusu olayın doğru ve açık bir şekilde ifade edilmesine özen gösterilmelidir. Doğru olmayan, soyut, üstün onurunu zedelemek ya da hakaret amaçlı itham ya da ifadeleri içeren şikâyette bulunulması şikayette bulunan açısından cezai sonuçlar doğurabilir.

Şikâyetin neticelendirilmesi için öngörülen süre en geç bir aydır. Şikâyet hakkında karar verme yetkisi, şikâyet olunana disiplin cezası vermeye yetkili ilk disiplin amirine aittir. Şikâyeti ilgili amir titizlikle incelemeli ve suç teşkil eden bir olay ile karşılaşması durumunda şikâyetten ilgili mercileri haberdar etmelidir. Şikâyeti incelemeye yetkili amir tarafından verilen karara ya da yapılan icraata razı olmayan şikâyetçi ve şikâyet edilen, mertebeler silsilesini gözeterek bir üst amire itirazda bulunabilir.

Kamu yararının kişisel yarara üstün tutulması nedeniyle askeri suçların takibi şikâyete tabi tutulmamıştır. Bununla beraber, amir ve üstün hukuka aykırı eylemlerinin ast tarafından ilgili disiplin amirine şikayet edilmesi son derece önemlidir. Şikayet mekanizmasının sağlıklı çalışmasıyla, amir ya da üstün askeri disiplini ve güvenliği zaafa uğratabilecek ve/veya astın zarar görmesine neden olabilecek hukuka aykırı eylem ve işlemleri önlenmiş ya da gerektiği şekilde cezalandırılmış olacaktır. Askeri ya da özel mevzuatın kendilerine tanıdığı hak ve yetkiler haksız bir şekilde ihlal edilen asker kişilerin şikâyetnamelerini saklayan ya da tehdit ederek geri aldıranların beş seneye kadar hapis ile cezalandırılabileceğinin Askeri Ceza Kanunu md. 110'da öngörülmüş olması da, şikayet mekanizmasının sağlıklı çalışmasına verilen önemi açıkça göstermektedir.

41 Askeri Yargıtay 1.Dairesi, E:2008/1053, K:2008/1060, T:02.04.2008 (KOÇ, s. 612).

ADİL YARGILANMA HAKKI

Av. İhsan BERKHAN

İsa'dan önce 2500 'lü yıllarda Babil Kralı **Hamburabi** adıyla anılan yasalara göre bir yargıç yanlış (adil olmayan) bir karar verirse, sebep olduğu maddi zararı kat be kat karşılamanın yanında itibarı geri iade edilmemek üzere yargıçlık mesleğinden el çektirilirdi.[1] Artık bu ve benzeri "kana kan dişe diş" olarak özetlenebilecek kurallar günümüz evrensel hukuk ilkelerine uygun değilse de hiç bir haksızlığın, insan haklarına aykırılığın yaptırımsız kalmaması; suç ve cezanın yasayla güvenceye alınması yönüyle halen önemini korumaktadır.

"Cahiliye adetlerini ayağımın altına alıp çiğniyorum"diyerek kan gütme davalarını tamamıyla ortadan kaldıran, kölelere ve kadınlara eşit olmasa da şefkatli davranmayı salık veren **Hz.Muhammet**, 632'deki Veda Hutbesi'nde arap ile yabancının hiçbir farkı olmadığını, birbirine üstünlüğünün olamayacağını söyleyerek insan hakları konusunda önemli bir aşama kaydedilmesini sağlamıştır.[2]

1791 Tarihli Fransız Yurttaş Hakları Bildirisi' nde hiç kimsenin keyfi olarak yargılanamayacağı; önceden belirlenmiş kurallara göre ancak yargılanıp tutuklanabileceği hükmü yer almaktadır.[3] 1791 Tarihli Amerikan Haklar Bildirgesi' ne göre ise bir sanığın kamuya açık bir mahkemede, hızlı yargılanma, lehine ya da aleyhine tanıklık edecek olanlarla yüzleşme hakkı bulunmaktadır.[4] 1849 Tarihli Alman İmparatorluğu Anayasası'na göre Almanların kanun-

---

1 "Hamburabi Kanunları Madde 5: Eğer bir yargıç bir davaya bakar ve bir karara varırsa verdiği hükmü yazılı olarak takdim eder; daha sonra verdiği kararda bir hata ortaya çıkarsa ve bu kendi hatasından kaynaklanırsa o zaman davada onun tarafından kararlaştırılan para cezasının on iki katını öder ve halka ilan edilerek yargıçlık makamından el çektirilir ve bir daha asla yargıçlık icra etmek için oraya oturamaz." Kaynak: www.kazanci.com.tr

2 632 Veda Hutbesi : "...Ey nas! Beni dinleyin sonra bu mevkide sizinle bir daha buluşamam. İslamiyet'ten önceki zamana ait bütün cahiliyet adetlerini ayağımın altına alıp çiğniyorum. Bir arabın, arap olmayan yabancıya, bir yabancının bir araba üstünlüğü yoktur. Çünkü bütün insanlar Adem oğullarıdır. Adem de topraktandır..."

3 3.9.1791 Tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi Madde 7 : "Bir kimse, ancak yasanın belirlediği hallerde ve yasanın öngördüğü şekillere uyularak suçlanabilir, yakalanabilir ve tutuklanabilir. Keyfi emirler verilmesini isteyenler, keyfi emirler verenler, bunları uygulayanlar ya da uygulatanlar cezalandırılır. Ancak yasaya uygun olarak yakalanan, yasaya uymaya çağrılan her yurttaş anında itaat etmelidir, direnirse suçlu olur.

4 15.12.1791 Amerikan Haklar Bildirgesi Madde 6 : "Cezai davaların tümünde, sanık, kamuya açık ve hızlı bir şekilde yargılanma hakkına, kanunda daha önceden belirlenen bölgelerden ve suçun meydana geldiği bölgeden oluşturulacak tarafsız bir jüri ile yargılanma hakkına, suçlamanın niteliği ve nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkına, kendi aleyhinde şahitlik edenlerle karşı karşıya gelme hakkına, kendi lehine şahitlik edecek olanların zorla şahitlik için getirilmeleri hakkına ve savunmasının yapılması için bir dava vekilinin yardımının sağlanması

lar önünde eşitliğinden Alman olmayanların da yargılarıyla ilgili eşit haklara sahip olduğundan bahsedilmektedir.[5]

1856 Islahat Fermanı'nda ise duruşmaların açık bir şekilde hızlı, insan haklarına ve adalete uygun şekilde yapılacağı; tutuklama ve gözaltı sürelerinin mümkün olduğunca kısa süreli olacağı; işkencenin yasak olduğu aksine davrananların cezalandırılacağı beyan edilmiştir.[6]

Bağımsız mahkemelerde eşit, açık, ayrımsız yargılanma hakkı 1949 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yeralmıştır.[7] İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Adil Yargılanma Hakkı başlığını taşımaktadır.[8]

---

hakkına sahiptir."

5 1849 Alman Halkının Temel Hakları Alman İmparatorluğu Anayasası Madde 137. "Kanunlar önünde, sınıflar arasında hiçbir ayrım söz konusu değildir. Bir sınıf olarak soyluluk ilga edilmiştir. Almanlar kanunlar önünde eşittir. Bir kamu görevi ile bağlantılı değilse bütün unvanlar ilga edilmiştir ve hiçbir zaman yeniden kullanılamayacaktır. Kamu görevleri eşit bir biçimde tüm kalifiye elemanlara açıktır. Ordudaki görevler için de aynı şey geçerlidir. Vekil tayin etmeye müsaade edilmez" Madde 188. "Almanya'daki Alman olmayan etnik grupların ulusal gelişimleri garanti altındadır, özellikle kendi bölgelerinde dilleriyle, kiliseleriyle, eğitimleriyle, iç yönetimleriyle ve yargılarıyla ilgili eşit haklara sahiptirler."

6 18.02.1856 Islahat Fermanı Madde 7: "...Duruşmalar açıktır. Tanıklar kendi inanç ve mezheplerine uygun olarak yemin ederler"." Duruşmalar sür'atle tamamlanarak tutanaklar ülkede mevcut tercümanlara tercüme ettirilir. Davalar insan haklarına ve adalete uygun şekilde sonuçlandırılır.
Tutuklama ve göz altında bulundurma mümkün olduğunca kısa süreli olmalıdır.Hapishanelerde işkence, eziyet ve cismani ceza uygulanması kesinlikle yasaktır. Aksine davrananlar veya emredenler cezalandırılırlar.."

7 27 Mayıs 1949 da Resmi Gazete de yayınlanarak Türkiye açısından da yürürlüğe giren 10 Aralık 1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi' nin 6-12 maddeleri : Herkesin, her nerede olursa olsun, hukuksal kişiliğinin tanınması hakkı vardır.(m.6) . Herkes yasa önünde eşittir ve ayrım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayrım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.(m.7) Herkesin anayasa yada yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.(m.8) Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez.(m.9).Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır. Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır.Hiç kimse işlendiği sırada ulusal yada uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.(m.11) ve Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılamaz, şeref ve adına saldırılamaz.Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

8 4 Kasım 1950 de Roma' da imzalanan 3 Eylül 1953 de yürürlüğe giren ; Türkiye'nin 4 Kasım 1950 de imzalayıp 10 Mart 1954 de çekinceli olarak onayladığı 19 Mart 1954 de Resmi Gazete de yayınlanarak yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açılarak 11 Nolu protokol ile yeniden düzenlenmiş 1 Kasım 1998 de yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme Türkiye açısından 22 Mayıs 1997 de yürürlüğe girmiştir.Bu sözleşmenin 6.maddesi Adil Yargılanma Hakkı başlığıyla düzenlenmiştir.

Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. (m.6/1)

Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.(m.6/2)

Her sanık en azından şu haklara sahiptir: - Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; -Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; -Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;- İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;- Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak. (m.6/3)

Demek ki adil bir yargılamadan söz edebilmek için;

- Önceden yasa ile kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmalı;

- Yargılama açık yapılmalı; yargılamanın açık olması asıl, kapalı yapılması kanunda sayılan gerekçelerle ve istisnai olmalı

- Yargılama makul süreyi aşmamalı ve karar hakkaniyete uygun olmalı;

- Herkes "masumiyet karinesi"nden yararlanabilmeli;

- Her sanığın, hakkındaki suçlama hakkında bilgilenmek, savunmasını yapabilmek için gerekli süre ve kolaylığa sahip olmalı ; müdafi tutabilmeli, maddi durumun elvermemesi halinde adli yardım hizmetinden yararlanabilmeli ; tanıklarını dinletebilmeli, tüm tanıklara sorular yöneltebilmeli ve gerekirse bir tercümanın yardımından yararlanabilmelidir.

"Yargılamanın adil olması kadar, makul bir sürede yapılması da önemlidir. 6. madde herkese makul bir süre içinde duruşma garantisi verir. AİHM garantinin amacının "mahkemedeki yargılamanın tüm taraflarını çok uzun usul gecikmelerine" karşı korumak olduğunu belirtmiştir." Garanti ayrıca "adaletin

etkinliğini ve inandırıcılığını zedeleyebilecek gecikmeler olmaksızın sağlanmasının öneminin altını çizer. " Makul süre şartı, dolayısıyla, makul bir süre içinde ve adli bir karar yoluyla kişinin medeni hukuka ilişkin olarak ya da itham edildiği suç nedeniyle içinde bulunduğu güvensiz durumun giderilmesini teminat altına alır: bu, ilgili kişinin menfaatine olduğu kadar yasal kesinlik için de gereklidir."[9]

Konuyla ilgili anayasa ve yasalarımızdaki düzenlemeler,kısaca: Mahkemeye başvuru hakkı (AY.madde 40), adil yargılanma hakkı (AY. Madde 36), bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı (AY.madde 138 vd), yargılamanın makul sürede yapılması (CMUK madde 219), açık-aleni yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkı (AY.madde 141, CMUK madde 260, 261), Masumiyet karinesi (AY.madde 38), sanığın isnat edilen suçu öğrenme hakkı (CMUK madde 135), savunma için yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanmasını talep etme hakkı (CMUK madde 209 vd), kendisini avukatla savunma, adli yardım talep etme hakkı (CMUK madde 136 vd), ücretsiz tercüman talep etme hakkı (CMUK madde 252) vb. mevzuat. Kaldı ki, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS) iç hukukta doğrudan uygulanabilir sözleşmelerdendir. Bu sözleşme ve ek protokoller Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)[10]nin denetiminde işlemektedir.Türkiye dahil taraf devletler bu mahkemenin bağlayıcılığını kabul etmiş durumdadırlar.[11] Bir

9 Makale: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı; Hazırlayan Bigadiç Cumhuriyet Savcısı Zeki ÖZ; "Süre ,Medeni hukuk davalarında yargılamanın başlatılması,yani davanın yetkili yargı makamı önüne götürüldüğü tarihte, ceza davalarında ise suçlamanın yapılması ile işlemeye başlar . Ancak burada suçlama kavramı mahkemeden önceye ithamdan veya süpheli sıfatını almasından sonra da başlayabilir. Sürenin Bitimi ise mümkün olan en yüksek mahkemede yargılama sona erdiğinde, yani karar nihai hale geldiğinde sürenin işleyişi durur. AİHM, yargılamanın süresini Taraf Devletin bireysel başvuru hakkını tanıdığı tarihten itibaren inceler ancak söz konusu davanın o tarihte hangi durum ve aşamada olduğu da dikkate alınır. Ayrıca bazı durumlarda davanın bitmesi şartını da aramaz. Çünkü başvuru tarihinde dava bitmemişse ve çok uzun süre geçmişse bu durumda davanın sonuçlanması da makul sürede bittiği manasına gelmeyeceğinden mahkeme konuyu inceler.AİHM, içtihadında belirli bir süre değerlendirmesinde neyin makul olduğunu tanımlarken şu faktörlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtir: davanın karmaşıklığı, başvurucunun davranışı, adli ve idari makamlarının davranışı ve başvurucu için neyin yitirilebileceği" Kaynak : http://www.hukukforum.com/showthread.php?p=984

10 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası bir teşkilat olan Avrupa Konseyi'ne bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş uluslararası bir mahkemedir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleriyle güvence altına alınmış olan temel hakların çiğnenmesi durumunda bireylerin, birey gruplarının, tüzel kişiliklerin ve diğer devletlerin, belirli usulî kurallar dahilinde başvurabileceği bir yargı merciidir. Avrupa Konseyi'ne üye olan ve aralarında Türkiye, Rusya, Sırbistan, Gürcistan ve Azerbaycan'ın da bulunduğu 47 Avrupa devleti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımaktadır. Mahkeme, Fransa'nın Strasbourg şehrinde bulunmaktadır.Avrupa Birliği'nin günümüzde Avrupa Konseyi'ne ait bayrağı kullanıyor olması çeşitli kafa karışıklıklarına yol açmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği'nin değil, hemen hemen tüm Avrupa devletlerinin üyesi olduğu ayrı bir uluslararası teşkilat olan Avrupa Konseyi'nin organıdır.Kaynak : http://tr.wikipedia.org/wiki/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Mahkemesi

11 Makale :Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukuku ndaki Yeri , Rona AYBAY, Kaynak : http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2007-70-320.pdf

dosyanın AİHM'de işleme alınabilmesi için iç hukuk yolları tüketilmesinden itibaren 6 ay içerisinde başvurunun yapılması gerekir.[12]

Şehrin çok dışında bir adliye de;

Bir Cezaevi'nin içinde ya da bitişiğinde;

Mahkeme salonunda, içinde dışında pek çok yerde mobese kameralarla herşeyin izlenmesi, kaydedilmesi;

Bunlara ilaveten duruşma salonunda tavandan aşağıya indirilen herkesin, avukatların kişisel ve aleni konuşmalarını net bir şekilde alan mikrofonların ve kayıt cihazlarının bulunması;

Duruşma salonuna girerken avukatların ve o kapıyı kullanmak zorunda olan herkesin ayakkabılarına vaarıncaya kadar çıkartılarak kontrol edilmesi ;

Yakalama ve tutuklama kararlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi yerine genel ve soyut nedenlerle ve topluca verilmesi;

Avukatların konuşma sürelerinin kısıtlanması; mahkemeye gelen bazı deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmaması;

Delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ve savunma aşaması tamamlanmadan süratle son mütalaya gelinmesi;

Vb. pek çok durum ayrı ayrı ve tek başına adli yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir mi? Yukarıda sayılan herbir durum savunma hakkının kısıtlanması sonucunu yaratıyorsa elbette adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucunu doğurabilir. Kaldı ki bu sayılanlar hepsi aynı yerde ve aynı yargılama için gerçekleşmekte ise yargılamanın adil olduğunun ispatı kolay olmayacaktır.

"Savunma, tarihsel işlevini yerine getirirken, adil yargılanma,silahların eşitliği, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, masumiyet karinesi gibi temel hukuk ilkeleri bunun kaynağını oluşturuyor. Ama asıl önemli olan, savunmanın bağımsız ve hukuktan yana konumudur, çünkü savunma kuşatılamaz."[13] demek, yargı ve savunma üzerinde yürütmenin tahakküm kurmasını ne şekilde etkileyebilecektir?

---

12 Bir kişi Mahkemeye başvurabilmesi için öncelikle kendi ülkesinde hakkını araması,yani iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmektedir.Kişiler,iç hukukta haklarını aradıktan sonra ve bu konuda olumsuz nihai kararı aldıktan sonra 6 ay içinde yazılı olarak Strasbourg'ta bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmalıdır.Mahkemenin yargılama dili İngilizce veya Fransızca'dır.Ancak,Başvuru Mektubu Konsey Üyesi Devletlerin Birinin Diliyle(Misal Türkçe) de yazılabilir.Mahkeme,Yapılan Başvuruları Ön Koşullarda İnceler,bir eksiklik görmezse başvurunun esastan incelenmesine karar verir.Ön koşulları taşımayan başvuruların reddine karar verilir.Bu karar kesindir,karşı başvuru yolu yoktur. http://tr.wikipedia.org/wiki/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Mahkemesi

13 BAYRAKTAR,Köksal,Prof.Dr. Makale: Savunma Kuşatılamaz., Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2012/5-101,sf.7

Hukuk Fakültelerinin hızla çoğalması; aynı hızla yeterli ve yetenekli öğretim kadrosunun yetiştirilememesi; hakim ve savcı mülakatlarında objektif kriterlerin uygulanmaması; hiçbir hukuk formasyonu olmayan, hukuk muhakeme yeteneği gelişmemiş mezunların bilgi ve tecrübelerinin artırılması için Baro'ların çaba ve imkanlarının da sınırlı oluşu vb. pek çok bileşenden oluşan sorunların çözümü yönündeki her adımda aslında adil yargılanmanın önündeki engellerin aşılmasına da katkı sağlayacaktır. Çünkü, "bağımsızlık ancak bilgisizlikten ve keyfilikten arınmış, iyi eğitimli uygulayıcılar eliyle gerçekleşebilir."[14] İyi eğitimli, nitelikli hukukçular ancak adalete güvenin sağlanmasını ve korunmasını sağlayabilirler.

Nitelikli, iyi eğitimli hukukçular ister hakim olsun, ister savcı, ister avukat, birbirinden hukuksal konularda görüş ve deneyim alışverişinde bulunmaktan çekinmezler; hukukçular arasındaki bu diyaloğun gerek savunma, gerek sav ve gerekse yargı görevinin kutsallığına gölge düşürmeyeceğini bilirler. Hakim, savcı ve avukatların yemekhaneden tutun, otoparka, asansörden, tuvalete varıncaya kadar ayrılması ile yargının "bağımsız" olamayacağını bilirler; koridorlarına kırmızı halı döşetmenin adaletin yüceltilmesine katkı sağlamadığını da. Bu nedenle "adil yargılama hakkını nitelikli yargılama hakkı ile birlikte düşünerek bireylerin nitelikli hukukçular tarafından yargılanma isteklerini içeren bir insan hakkı boyutunda kabul edip tanımak gerekir...."[15] AİHS'in 6. maddesine yani adil yargılanma hakkının ihlali" nedeniyle bu konuda sabıkalı ülkeler ve ülkemiz büyük tazminat cezalarına çarptırılmaktadır. Ülkemiz açısından bu cezaların azalmak yerine artacağı görülüyor. İşin acı tarafı bu haksızlık ve hataları yapanlar, gerekli önlemleri alabilecek mevki ve durumdayken almayanlar yerine bu tazminatın namuslu vatandaşların ödediği vergilerden karşılanacak olmasıdır. Herşeyin birbirine bağlı olduğu küreselleşen dünyamızda ,toplumsal sistemimizdeki herhangi bir aksama ya da düzelme evrensel hukuksal düzlemde de aynı şekilde yansımasını bulmaktadır; bu nedenle adil ve nitelikli yargılanma hakkı sadece ülkemizin değil, sadece vatandaş olanın değil, tüm insanların en temel hakkıdır; savunulmalıdır!

14 GÜRSELER, Güneş,İ.Av., Makale: Nitelikli Yargılanma Hakkı", Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2012/5-101,sf.8

15 GÜRSELER, Güneş,İ.Av,a.g.e.,sf..8

CEZA ve SPOR HUKUKU AÇISINDAN ŞİKE SUÇU

Murat YILMAZ[1]

Suçluluğu ispatlanana kadar herkesin
suçsuz olduğu fikrinden uzaklaşılıp
suçsuzluğu ispatlanana kadar herkesin
suçlu olarak kabul edildiği bugünlere inat...

A. GİRİŞ

Son zamanlarda gündemimizi meşgul eden ve medyada "Şike Davası" olarak bilinen davadan sonra şike suçu bir hayli gündeme gelmiştir. Daha önceki zamanlarda yalnızca idari yaptırıma tabi olan şike suçu 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren bu suçun failleri hakkında ceza davası açılmasının da yolu açılmıştır. Dolayısıyla hem disiplin soruşturması hem de adli yargılama yapılabilecek bir suç tipi olduğu görülmektedir. Bu kanunun çıkış amaçları arasında taraftarın çıkarlarının gözetilmesi de düşünülmüş ise de asıl öne çıkan şeyin müsabaka güvenliği olduğu görülmektedir.[2] Bununla birlikte özellikle "Şike Davası" olarak anılan davada daha önce hiç duymadığımız kavramlar olan "*bahis şikesi, hatır şikesi ve* "*transfer şikesi*" de karşımıza çıkmıştır. Bu kavramları kısaca açıklayacak olursak;

Transfer şikesi, bazı yazarlar tarafından bir futbolcunun bir kulübe transfer vaadiyle o kulübün maçında oynamaması yada kötü oynaması, rakip takımın maçında ise iyi oynamasının sağlanması ve sezon sonunda transfer edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Öncelikle bu tanımlamada bazı önemli hatalar bulunmaktadır. Futbola özgü olarak bu tanımın yapılabilmesi mümkün değildir. Zira futbolcular ilk transer döneminde mevcut kulüpleri ile sözleşmeleri devam eden futbolcular ve ilk transfer döneminde mevcut kulüpleri ile sözleşmesi sona erecek futbolcular olmak üzere iki kategoriye ayrılırlar. Bunlardan birinci kategoride olan futbolcular ile mevcut kulüplerinin onayı olmaksızın transfer görüşmesi yapılabilmesi mümkün değildir. Yine bu futbolcular ile ancak mevcut kulüpleri ile olan sözleşmeleri karşılıklı olarak sonlandırlmak şartı ile yeni bir transfer sözleşmesi yapılabilir. Bu nedenle bu kategorideki futbolcularla transfer vaadi ile şike ve teşvik eyleminde bulunabilmek

---

1 Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, bu makaleyi benden hiçbir zaman maddi ve manevi anlamda desteklerini esirgemeyen rahmetli babam Aydın Yılmaz ve rahmetli ablam Zahide Yılmaz'ın güzel anılarına armağan ediyorum.

2 Mosturoğlu/Şekip, Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine İlişkin Yasa Tasarısı Taslağı Hakkındaki Düşüncelerim, s.2

mümkün değildir. İkinci kategori futbolcular ise zaten sözleşme yapmak konusunda serbest futbolcular olduklarından bunlara da vaade bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Keza transfer görüşmesi ve transfer sözleşmesi belli bir döneme bağlı olmaksızın her zaman yapılabilen hukuki süreçlerdir. Belli bir döneme bağlı olan ise transfer sözleşmesinin tescilidir. Sözleşme tescili ancak federasyon tarafından belirlenen tescil dönemlerinde yapılabilir.

Basında çokça okuduğumuz "bir futbolcunun mevcut kulübünün onayı olmaksızın bir başka kulüple transfer görüşmesi yapması ve hatta mevcut kulüp ile devam eden sözleşmesini mevcut kulübünün rızası olmaksızın fesih etmesi olgusu ile transfer şikesi kavramının biribiri ile karıştırıldığı görülmektedir. Çoğu kere bu şekilde yapılan kaıştırma neticesinde transfer şikesi olarak anılan bu durumun spor hukukundaki adı da "*ayartma*" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bahis şikesi, maçın sonucu ne olursa olsun suçun failinin asıl amaçladığı şeyin bahis sonucu kazanacağı menfaat olmasıdır. Bu şike türü yalnızca spor müsabakalarının oynanabildiği bahis oyunlarında yapılabilir.

Hatır şikesi ise, daha önce aralarında manevi olarak bir bağ bulunan kişilerin hiçbir beklenti içerisinde olmaksızın spor müsabakasının sonucuna etki etmeleri veya etmeye teşebbüs etmeleridir.

Bu suç tipinin ortaya çıkmasıyla birlikte bir diğer sorun ise iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerin ispat gücü konusunda yaşanmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki şike suçlarında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.[3] Bu tedbire ileride detaylı olarak değineceğiz. Karşılaşılan bir başka sorun ise, aynı fiil nedeniyle iki kez yargılama yapılıyor olmasıdır. Şike suçunu işleyen kişi hakkında ceza mahkemesi suçun oluşmadığı kanısına varıp beraat kararı verse dahi TFF, kendisi açısından bir soruşturma yaparak bunun sonucunda bir yaptırıma hükmedebilir. Bu konuda aynı fiilden dolayı iki defa hüküm verilmesi ne kadar doğru bu tartışılmalıdır.

Konuyla ilgili bir başka sorun da bu suçu işlemiş olan bir sporcunun yurtdışında bir takıma transfer olması durumunda ortaya çıkacaktır. Bu durumda o sporcunun iadesi zor bir usule tabi olacağından yapılan yargılama da uzayacaktır.[4]

Ceza mahkemesinin vermiş olduğu bir kararın temyiz merci Yargıtay iken PFDK'nın vermiş olduğu kararlara karşı Federasyon Tahkim Kurulu'na başvurulabilir. TK'nın vermiş olduğu kararlar kesindir.[5]

Genel olarak açıkladığım bu hususlardan sonra suçu unsurları ile incelemeye geçebiliriz.

3 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m.23/2, Kabul Tarihi: 31.03.2011

4 Aydın/Ufuk, Pirincin Taşı, s.2

5 Aydın/Ufuk, Pirincin Taşı, s.1

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Her suçta olduğu gibi şike suçunda da korunan hukuksal değer mevcuttur. Bu suçta tıpkı bir çok suçta kabul edildiği gibi korunan asıl değerin toplum olduğu görüşü hakimdir. Bu görüşü savunanlar, spor kulüplerinin günümüzde halka arz edilmiş bir şekilde çalışmaları ve bunun yanında hisselerinin borsada işlem görmekte olduğunu, şike suçunun oluşması sonucu da hisse sahiplerinin zararlarının oluştuğunu ve böylelikle toplumun dolaylı olarak korunduğunu savunmaktadırlar.[6]

Bir başka görüş ise, spor yaşamının dürüst bir şekilde devam edebilmesi, toplumun spora olan inancının ve güveninin sağlanması açısından asıl korunmak istenen yararın "*fairplay*" anlayışı olduğu yönündedir.[7] Dürüst oyun diye tabir edilen fairplaydaha çok idari bir anlayışın sonucu olarak ortaya çıktığından fairplayin korunması da TFF tarafından çıkarılan ve düzenleyici işlem sayılan "*talimatlar*" tarafından sağlanmıştır.[8]

Kanımızca korunmak istenen yarar birden fazla olup hem toplum hem de fairplay bu suçta korunan hukuki değerlerdir. Korunan değerlerin birden fazla olmasının altında yatan asıl sebep ise spor hukuku ve ceza hukukunun temel çıkış noktalarının birbirlerinden farklı olmasıdır. Ceza hukuku, sosyal düzeni bozan davranışları cezalandırmakta iken spor hukuku sportmenliğe aykırı davranışları cezalandırma yoluna gitmektedir.[9] Örneğin, sokakta yürüyen bir kişiye kasten tekme atan bir kişi kasten yaralama suçunu işlemiş iken, bir futbol müsabakasında rakibine kasten tekme atan kişi bu suçtan cezalandırılmaz. Dolayısıyla her iki hukuk dalının da koruduğu değerler birbirinden farklıdır ve bu suçta birden fazla hukuki değer korunmaktadır.

C. SUÇUN FAİLİ

Bu suç belirli bir gruba mensup kişilerce işlenen özgü suçlardan olmayıp herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Ancak menfaat temin edilen kişi için bu suçun özgü suç olduğu görüşünü savunanlar da vardır.[10] 6222 Sayılı Kanun'un 11/4-a-b bentlerine baktığımızda bu suçun en az iki kişi ile işlenebilen çok failli bir suç olduğunu görmekteyiz. Buradan anlaşılması gereken şey, kendisine menfaat sağlanan kişi de bu suçun failidir. Bunun yanında menfaat temin eden kişi menfaat temin etmeye elverişli kişi olmalıdır. Aksi halde burada "*elverişsiz teşebbüs*" ya da "*işlenemez suç*" söz konusu olacaktır.[11] Bura-

6 Güngör/Devrim, Şike Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.39
7 Koca/Mahmut, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRK-CE-MER, s.51, 2012, Ankara
8 Özgenç/İzzet, Değerlendirme ve Sonuç, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRK-CE-MER, s.97, 2012, Ankara
9 Aydın/Ufuk, Pirincin Taşı, s.1
10 Şen/Ersan, Özdemir/Bilgehan, Şike, s.19, 2012, İstanbul
11 Aynı yönde : Donay/Süheyl, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi,

dan da anlaşılacağı gibi menfaat temin edilen kişinin, müsabakanın sonucunu etkilemeye elverişli kişiler olan sporcu, yönetici, teknik direktör, hakem gibi doğrudan müsabaka üzerinde etkili kişiler olması gerekmektedir.

Burada kısaca işlenemez suçtan da bahsetmek gerekirse, "*İşlenemez suçu, bir ceza kanunu hükmünü ihlale yönelmiş olmasına rağmen,ya hareketin (vasıtanın) ihlal edilmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeğe elverişli olmaması, yahut hareketin mevzuunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmağa mahkum bir davranış olarak tanımlamak mümkündür.*"[12] Dolayısıyla işlenemez suçta "*hareketin elverişsizliği*" ve "*suçun veya hareketin maddi konusunun yokluğu*" şeklinde iki unsur bulunmaktadır.

Bizce göre menfaat temin edecek kişi menfaat temin etmeye elverişli değil ise burada şike suçu için işlenemez suç meydana gelmesine karşın, hileli hareketlerle karşısındakini kandırmış ise dolandırıcılık suçunu işlemiş olacaktır. [13] Ancak bu görüşe karşı çıkarak şike ve dolandırıcılık suçlarının maddi unsurlarının birbirlerinden farklı olup, şike suçunda birden fazla kişinin birbirleri ile anlaşarak bu suçu işledikleri, dolandırıcılık suçunda ise hileli hareket sonucunda mağdurun mutlaka bir zarara uğraması gerektiğini ve bu sebeple dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını savunan görüşler de vardır.[14]

Bu suçta birden fazla failin birbirlerine karşı olan hareketleri aynı yönde olduğundan şike suçunun tarafları bu suçta mağdur olamazlar. Bununla birlikte iradelerinin aynı yönde hareket etmesi sonucu bu suçun bir *karşılaşma suçu* olduğu da söylenebilir.[15]

D. SUÇUN MAĞDURU

Bu suçun ceza hukuku açısından toplumun korunmasına yönelik bir amacı olduğunu söylemiştik. Dolayısıyla, buna paralel olarak suçun mağdurunun toplum olduğunu söyleyebiliriz. Benzer şekilde SPK'ya göre "Bu Kanunun konusu, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemektir."[16] Bu madde hükmüne göre SPK, futbol kulüplerinin halka arz işlemleriyle birlikte hisse senetlerini de satışa çıkarması sonucu hisse senedi alan kişilerin haklarını korumakla da mükelleftir. Bunun sonucu olarak da hisse senedi almış gerçek kişiler, bu

s.157, 2012

12 Alacakaptan, Uğur. İşlenemez Suç, s.1, AÜHF YayınlarıNo: 223

13 Özgenç/İzzet, Değerlendirme ve Sonuç, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRK-CE-MER, s.98, 2012, Ankara

14 Şen/Ersan, Özdemir/Bilgehan, Şike, s.12, 2012, İstanbul

15 Özgenç/İzzet, Değerlendirme ve Sonuç, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRK-CE-MER, s.107, 2012, Ankara

16 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.1, Kabul Tarihi: 28.07.1981

kişilerin bir araya gelmesi yoluyla dolaylı olarak da toplumun mağdur olduğu açıktır.

Spor hukuku açısından ise korunan hukuksal değerin sportmenlik anlayışı olmasının bir sonucu olarak ve ayrıca, kazananın üç puan aldığı bir futbol sezonunda şike suçuna taraf olmayan kulüplerin puan sıralamasında yerlerinin değişeceği de göz önünde tutularak şike suçuna taraf olmayan fakat bunun sonucunda zarar görmüş olan futbol kulüpleri yani tüzel kişiler de mağdur olabilirler.

Kısacası bu suçun mağduru toplum ve suçtan zarar görmüş tüzel kişiler ve özellikle SPK uyarınca bir spor kulübünün hisse senedini satın alıp zarar uğrayan gerçek kişilerdir.

E. SUÇUN UNSURLARI

a. Suçun Maddi Unsuru

FDT'nin 58. maddesine göre; "*Müsabakanın sonucunu hukuka veya spor ahlakına aykırı şekilde etkilemek veya buna teşebbüs etmek yasaktır. Bir futbolcuya veya kulübe teşvik pirimi verilmesi de bu kapsamdadır." denilmektedir."*[17] 6222 Sayılı Kanuna göre ise ; "*Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin etmek*" denmektedir. Dolayısıyla idari yönden müsabakanın sonucunun hukuka aykırı bir şekilde etkilenmiş veya buna teşebbüs olması gerekirken yani başka bir ifade ile maçın sonucunun hukuka veya spor ahlakına olarak istenilen yönde gerçekleşmiş olması veya gerçekleştirmeye teşebbüs edilmiş olması gerekli iken, 6222 Sayılı Kanun gereğince belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin edilmesi bu suçun maddi unsurunu oluşturur. Müsabakanın sonucunun anlaşıldığı gibi bitmesinin herhangi bir önemi yoktur. Suçun icra hareketlerine spor müsabakasının sonucunu değiştirmek için kazanç ya da menfaat teklifinde bulunulmasıyla başlanır ve bunlardan birinin temin edilmesiyle de bu suç tamamlanmış olur.[18] Anlaşılan şeyin konusu para ise paranın karşı tarafa temin edilmesi, taşınır bir mal ise karşı tarafın tasarrufuna geçmiş olması gerekmektedir. Kazanç veya menfaat para olabileceği gibi kişinin sosyal hayatındaki iyileşmeler de olabilir. Menfaat temininin mutlaka iki kişi arasında olması zorunluluğu yoktur. Suçun failleri menfaatin 3. bir kişiye sağlanacağı konusunda anlaşıp menfaat sağlamayı bu 3. kişiye yapsalar dahi maddi unsur oluşacaktır.

Kazanç veya menfaat temini çok geniş bir kavram olmakla beraber örnek verecek olursak kişinin rakip takım kalecisi ile aralarında oynayacakları maç

17 12.08.2010 tarihli Futbol Disiplin Talimatı

18 Koca/Mahmut, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRK-CE-MER, s.53, 2012, Ankara

için hatalı gol yemesi sonucunda kendisine araba verilmesi ve kalecinin arabayı tasarrufuna geçirmesi menfaatin temin edilmiş olduğunu gösterir. Menfaat temininin her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir.

Taraflar, belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla kazanç veya sair menfaat temin etmek konusunda anlaşırlarsa bu durumda suç tamamlanmamış olur ve teşebbüs aşamasında kalır. Ancak kanun koyucu bu durumda dahi bu suçun cezalandırılacağını belirtmiştir. [19] Burada dikkat edilmesi gereken şey menfaat ve kazanç henüz temin edilmemiş, temin edilmesi yönünde anlaşmaya varılmıştır. Burada suç tamamlanmasa da tıpkı tamamlanmış gibi cezalandırılır.

b. Suçun Manevi Unsuru

Failin, bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin edilmesi bilincinin olması manevi unsur için yeterlidir. Aynı şekilde menfaat temin edilen kişinin de sonucu etkilemek için kendisine bir kazanç veya menfaatin sağlandığını bilmesi yeterlidir. [20] Dolayısıyla suçun manevi unsuru kasttır. Kanaatimce kanun "*Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla*" bu suçun işlenebileceğini söylemekle birlikte suçun maddi unsurunda özel kast aramıştır. Bir başka deyişle belirli bir spor müsabakasının sonucunu değiştirmek üzere yapılmayan menfaat veya kazanç temini şike suçunu oluşturmayacaktır.

Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek unsurunu bu suçun ön şartı olarak gören yazarlar da vardır. [21] Oysa müsabakanın sonucunu etkilemek amacıyla bu suçun işlenmiş olması bir ön şart değil tipikliğin unsurudur. Bir başka ifadeyle müsabaka sonucunu etkilemek, bu suçun oluşabilmesi için gerekli olan ön şart değil, suçun kanunda yazılı olan ve manevi unsurunu oluşturan failin kastı açısından önemlidir. Bu sebeple bu konu tipikliğin bir unsurudur.

F. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a. İştirak

Bu suç menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış olacağından ancak menfaatin teminine kadar suça iştirak mümkündür. Dolayısıyla menfaat temin edilinceye kadar bu suça iştirak etmiş olan kişiler iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilir. [22] Bununla birlikte 6222 sayılı kanunun 11. maddesinin 2. fıkrası "*Şike anlaşmasının varlığını bilerek spor müsabakasının anlaşma doğrultusunda sonuçlanmasına katkıda bulunan kişiler de birinci fıkra*

19 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m.11, Kabul Tarihi: 31.03.2011

20 Güngör/Devrim, Şike Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.40

21 Donay/Süheyl, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, s.156, 2012

22 Koca/Mahmut, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRKCE-MER, s.59, 2012, Ankara

hükmüne göre cezalandırılır." demektedir. Dolayısıyla burada artık bu suça katılan kişilerin suçun oluşmasındaki katkılarının bir önemi yoktur ve faillik-şeriklik ayrımı da yapılmamıştır.

İştirak hükümlerinin uygulanmasında genel olarak "*eşitlik ve ikililik*" prensipleri vardır. Eşitlik prensibine göre suçun işlenmesine katkısı olan herkes ayrım yapılmaksızın eşit cezayı almakta iken, ikililik sisteminde suça iştirak eden herkes suça katkıları oranında cezalandırılmaktadır.[23] Buna göre ikililik sistemi faillik – şeriklik ayrımına yer vermiş ve her şeriğin suça katkıları oranında cezalandırılmaları öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK faillik – şeriklik ayrımı yapmakta yani ikililik sistemini kabul etmekte iken 6222 sayılı kanun eşitlik prensibini benimsemiştir. Bunun sonucu olarak da şike anlaşmasının varlığını bilerek spor müsabakasının anlaşma doğrultusunda sonuçlanmasına katkıda bulunan kişileri eşit cezalandırma yoluna gitmiştir. Bu ilkeye göre şike anlaşmasına taraf olmayıp yalnızca şike anlaşmasında belirlenen sonucun oluşmasına katkıda bulunan kişinin iştirak hükümlerine göre cezalandırılması "*fiilsiz suç olmaz*" şeklindeki ceza hukuku ilkesine tamamen aykırıdır. [24] Çünkü şike anlaşmasına taraf olmayıp yalnızca belirlenen sonucun oluşmasına katkıda bulunan kişinin hareketi şike suçundan bambaşka bir hareket olarak karşımıza çıkmaktadır görüşünü de doktrinde savunan yazarlar vardır.[25]

b. Teşebbüs

Bu suç, bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla kazanç veya sair menfaat temin edildiği anda tamamlanmış sayılır. Dolayısıyla menfaat ve kazancın temin edilememesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır ancak kanun suçun teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen tıpkı tamamlanmış gibi cezalandırılacağını belirtmiştir.[26] Müsabakanın sonucunu etkilemek amacıyla menfaat ve kazanç sağlanması için teklifte bulunan kişinin teklifini karşı taraf reddetmişse artık reddeden kişi için teşebbüs dahi söz konusu olmayacak ve böylelikle o kişi cezalandırılmayacaktır.

G. İÇTİMA

6222 Sayılı Kanun'un m. 11/10 fıkrasındaki düzenlemeye göre "*Bu maddede tanımlanan suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi halinde, bunlardan en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılarak tek cezaya hükmolunur*." denilmiştir. Aynı Kanun'un 11. maddesinin 9. fıkrası "*Bu madde kapsamına giren suçlarla ilgili olarak*" demek

23 Özen/Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı, TBB Dergisi, Sayı: 70, 2007, s.239

24 Güngör/Devrim, Şike Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.41

25 Güngör/Devrim, Şike Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.41

26 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m.11/3, Kabul Tarihi: 31.03.2011

sureti ile şike suçu ve teşvik primi verme suçlarını ayrı suçlar olarak saymıştır. Bu konuda bazı yazarlar bunu şike suçunun hafifletici neden olarak görmüşlerdir.[27] Bu görüşü savunanlar buna paralel olarak maddenin zincirleme suç hükmü ile doğru orantıda olduğunu kabul etmektedirler. Oysa zincirleme suç , ***bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.*** Dolayısıyla bu maddeden anlaşılması gereken şey fikri içtima ve zincirleme suç hükümlerinin iç içe geçtiğidir.[28] Yani bu iki suçu işleyen kişinin fiilinin artırılarak tek cezaya hükmolunması zincirleme suç hükümlerine aykırıdır. Oysa 6222 Sayılı Kanun'un ilgili fıkrasında farklı suçların değişik zamanlarda uygulanması sonucu tek cezaya hükmolunacağını belirtmiştir. Başka bir ifade ile şike suçu ve teşvik primi suçlarını değişik zamanlarda birden fazla işleyen fail hakkında en ağır cezayı gerektiren suçun cezası artırılacaktır. Teşvik primi suçunun şike suçunun hafifletici nedeni olarak belirlenmesi ve bunun sonucunda zincirleme suç hükümlerine hükmedilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

H. YAPTIRIM

a. Ceza Hukuku Bakımından

Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis[29] ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Suçun spor kulüplerinin veya sair bir tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, ayrıca bunlara, şike veya teşvik primi miktarı kadar idari para cezası verilir. Ancak, verilecek idari para cezasının miktarı yüzbin Türk Lirasından az olamaz. Bununla birlikte bu maddede tanımlanan suçlardan dolayı cezaya mahkûmiyet halinde, kişi hakkında ayrıca TCK'nın 53. maddesi hükümlerine göre, spor kulüplerinin, federasyonların, bünyesinde sportif faaliyetler icra edilen tüzel kişilerin yönetim ve denetim organlarında görev yapmaktan yasaklanmasına hükmolunur. Ayrıca bu madde kapsamına giren suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Bunun yanında kanunun ilgili maddesinde yazmadığı için infaz aşamasında şartlı salıverme hükümleri uygulanabilecektir. 6222 Sayılı Kanun'a göre bir spor kulübüne veya spor kulübünün mensubuna ceza verilmesi, bu kulübün bağlı olduğu federasyonun yaptırım uygulama yetkisini ortadan kaldırmaz.

27 Şen/Ersan, Özdemir/Bilgehan, Şike, s.18, 2012, İstanbul

28 Koca/Mahmut, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRKCE-MER, s.55, 2012, Ankara

29 10/12/2011 tarihli ve 6259 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan "beş yıldan oniki yıla kadar" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar" şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun'da öngörülen ve ilk haliyle 5-12 yıl hapis cezası öngören hükmün değiştirilip 1-3 yıla indirilmesi de cezada ağırlık kriterlerine uygundur. Bunu şu şekilde açıklamak gerekirse, işkence suçunu işlemiş bir kamu görevlisi 3-12 yıl aralığında cezalandırılacakken şike suçunun faillerinin 5-12 yılla cezalandırılmaları düşünülemezdi. Kaldı ki işkence suçunu tüm dünya hukuk sistemleri hukuka uygun saymamaktadır. Dolayısıyla şike suçu işkence kadar ağır olmamakla birlikte ceza tayini yönünden alt sınırı daha yüksek idi. Tüm bu koşullar göz önüne alındığında ceza sınırının 1-3 yıla indirilmesi cezaların ağırlığı yönünden kanaatimce yerinde olmuştur.

b. Spor Hukuku Bakımından

Yaptırımı söylemeden önce spor hukuku açısından şikenin tespiti konusunda kısaca bilgi vermek gerekirse; 5894 Sayılı[30] Kanun'un 3/1-g bendine göre, "*Şiddet, şike, teşvik primi, ırkçılık, doping ve her türlü ayrımcılıkla mücadele etmek*" yetkisi TFF Yönetim Kurulu'na verilmiştir. TFF Yönetim Kurulu, kulüpler hakkında ihbar üzerine ya da re'sen öğrendiği ve ciddi bulduğu şike ve teşvik primi iddialarını incelenmesi için Kurul'a[31] intikal ettirir. Buna göre Etik Kurulu gerekli incelemeleri yaparak durumu bir rapor halinde TFF Yönetim Kurulu'na bildirir. TFF Yönetim Kurulu kendisine sunulan bu raporla bağlı değildir. Dolayısıyla Etik Kurulu'nun şike tespit ettiği bir müsabakada TFF Yönetim Kurulu şike yoktur sonucuna varabilir. Etik Kurulu yalnızca kendisine TFF Yönetim Kurulu tarafından sevk edilen olayda rapor hazırlar ve bunu TFF Yönetim Kurulu'na sunar. TFF Yönetim Kurulu, Etik Kurulu raporunu değerlendirir ve gerek gördüğü takdirde kulüp hakkında disiplin yargılaması yapılması amacıyla ilgili kulübün Disiplin Kuruluna sevkine karar verir. Disiplin Kurulu, rapora ve sair delillere dayanarak vicdani kanaatine göre karar verir.[32]

Kısaca bu bilgiden bahsettikten sonra verilecek cezalara bakacak olursak ;

Gerçek ve tüzel kişiler için

a) İhtar;

b) Kınama;

c) Para cezası;

d) Ödüllerin iadesi.

2) Gerçek kişiler için:

a) İhtar;

b) İhraç;

30 Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun
31 Etik Kurulu Talimatı m.7
32 Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Müsabaka Talimatı m.25/3

c) Müsabakadan men;

d) Soyunma odası ve/veya yedek kulübesine giriş yasağı;

e) Stadyuma giriş yasağı;

f) Hak mahrumiyeti(Futbolla ilgili her türlü faaliyetten men edilme);

g) Lisansın askıya alınması.

3) Tüzel kişiler için:

a) Transfer yasağı;

b) Seyircisiz oynama;

c) Tarafsız sahada oynama;

d) Saha kapatma (Belirli bir sahada oynamama);

e) Belirli bir tribünün veya bölümün boş bırakılması;

f) Müsabaka sonucunun iptali;

g) İhraç;

h) Hükmen mağlubiyet;

i) Puan tenzili;

j) Bir alt lige düşürme cezaları verilebilir.

Şunu da belirtmek gerekir ki FDT'nin 105. maddesine göre "*uyarı, kınama, hak mahrumiyeti*" dışında kalan yaptırımların uygulanması 1 – 5 yıl arası ertelenebilir. Erteleme süresi için suç tekerrür ederse ilk yaptırımla birlikte ikinci işlenen suçun yaptırımına da hükmedilir.

Burada üzerinde durulması gereken asıl husus kişileri ve kurumları birbirinden ayırmaktır. Kural olarak düşünüldüğünde şikeyi yapanların gerçek kişi oldukları görülse de bazı durumlarda bu kişilerin yaptıkları hareketleri temsil ettikleri kurumları da bağlayıcı olacaktır.[33]

Bir sporcu hiç kimsenin haberi olmaksızın şike suçu işlemiş ise bu kulübü bağlamamalı fakat kulübü temsile yetkili bir kişi bu suçu işlemiş ise temsil ettiği kulübü de bağlamalıdır.

I. ETKİN PİŞMANLIK

Etkin pişmanlık cezayı kaldıran şahsi bir cezasızlık nedenidir ve her suçta uygulama alanı bulmaz. Ancak uygulanacağı suç için özel bir düzenleme olduğu durumda etkin pişmanlıktan yararlanılabilir.6222 Sayılı Kanun ilk yürürlüğe girdiği tarihte kanuna bakacak olursak bu suç için düzenlenmiş

33 Köse/Alpay Hüseyin, TFF'nin Şike ve Teşvik Primi Soruşturmasında Vereceği Muhtemel Kararlar ve Sonuçları, 15 Ağustos 2011, s.2

herhangi bir etkin pişmanlık hükmü bulunmamakta idi ve dolayısıyla şike suçunda etkin pişmanlıktan yararlanmak da mümkün değildi. Ancak 6259 Sayılı Kanun'la değişik 6222 Sayılı Kanun'un 11. maddesinin 8. fıkrasına göre "*Müsabaka yapılmadan önce suçun ortaya çıkmasını sağlayan kişiye ceza verilmez.*"denilmiştir. Dolayısıyla failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için müsabakanın yapılmadan önce diğer faillerinin ele geçirilmesi için önemli derecede yardımda bulunması gerekmektedir. Müsabaka yapılmadan önce denilmek suretiyle kanaatimce müsabaka bitene kadar etkin pişmanlıktan yararlanılabilir. Yapılmadan önce deyiminden anlaşılması gereken müsabakanın henüz sonuçlanmamış olması şeklinde geniş yorumlanmalıdır.

K. AĞIRLATICI ve HAFİFLETLETİCİ NEDENLER

Suçun;

Kamu görevinin sağladığı güven veya nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle,

Federasyon veya spor kulüpleri ile spor alanında faaliyet gösteren tüzel kişilerin, genel kurul ve yönetim kurulu başkan veya üyeleri, teknik veya idari yöneticiler ile kulüplerin ve sporcuların menajerleri veya temsilciliğini yapan kişiler tarafından,

Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde,

Bahis oyunlarının sonuçlarını etkilemek amacıyla,işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Suçun bir müsabakada bir takımın başarılı olmasını sağlamak amacıyla teşvik primi verilmesi veya vaat edilmesi suretiyle işlenmesi halinde bu madde hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Bu madde hükümleri;

Milli takımlara veya milli sporculara başarılı olmalarını sağlamak amacıyla,

Spor kulüpleri tarafından kendi takım oyuncularına veya teknik heyetine müsabakada başarılı olabilmelerini sağlamak amacıyla, prim verilmesi veya vaadinde bulunulması halinde uygulanmaz.

6259 Sayılı Kanun'la değiştirilen 6222 Sayılı Kanun ağırlatıcı nedenler arasında yeni kişiler eklemiş olmakla birlikte eklenen bu kişilerin cezalandırılması ancak TCK m.7 gereğince Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra mümkündür.[34] Başka bir ifade ile eski kanun zamanında suç işlediği düşünülen federasyon başkanı bu kanun yürürlüğe girdikten sonra suçu işlemiş olması durumunda ağırlatıcı nedenlerden dolayı yargılanacaktır. Dolayısıyla kanunun eski halinde bu suçu işleyen federasyon başkanı yeni kanun yürürlüğe gir-

34 Koca/Mahmut, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRKCE-MER, s.55, 2012, Ankara

se dahi ağırlatıcı nedenlerden dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak yeni kanun hükmünün yürürlük tarihinden sonra bu suçu işlemesi durumunda ağırlatıcı nedenlerden dolayı sorumluluğu doğacaktır.

Bu madde kapsamındaki bir diğer sorun ise milli takıma veya milli sporculara başarılı olmaları için teşvik primi verilmesinin suçu oluşturmayacağı hükümdür. Burada açık olmayan şey suçun failinin Türk vatandaşı mı yoksa yabancı vatandaş olacağı mıdır. Yani Türk milli takımının başarılı olması için bir Alman firma teşvik primi verirse bu suç oluşur mu? Doktrinde suçun Türk vatandaşı tarafından işlenmemesi durumlarında teşvik primi suçunun oluşacağını kabul eden görüş mevcuttur.[35]

L. GÖREVLİ MAHKEME VE MAKAMLAR

a. 6222 Sayılı Bakımından Görevli Mahkeme

Bu Kanun kapsamına giren suçlardan dolayı yargılama yapmaya HSYK'nın ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği sulh veya asliye ceza[36] mahkemeleri yetkilidir.

b. Suçun Örgüt Kapsamında İşlenmesi Durumunda

Konuya geçmeden önce örgüt tanımının ve unsurlarının da kısa açıklamasını yapmakta fayda görmekteyim.

Örgüt, bir suç işlemek amacıyla kurulmuş olan, en az üç kişiden oluşan, suç işlemeye yönelik elverişli araç ve gereçleri bulunan, yumuşak yapıda da olsa bir hiyerarşik yapısı olan ve bunun yanında suç işleme iradesinde devamlılık olan yapılanmadır.[37] Bu unsurlara göre örgüt suçunu toplu suçtan ayıran en önemli kriter toplu suçlarda hiyerarşinin bulunmaması, suç işlemede devamlılık iradesi olmamasıdır. Hiyerarşik yapılanmanın hiç olmaması veya örgütün suç işleme kararıyla devamlılık göstermemesi örgütün oluşmasına engeldir.[38]

Suçun CMK m.250 kapsamında olan yani "*Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak*" işlenmesi durumunda görevli mahkeme "*Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesidir*." Bununla birlikte suçta herhangi bir cebir veya tehdit kullanılmaması durumunda özel görevli mahkemelerce yargılama yapılmaması gerekir.

---

35 Koca/Mahmut, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Gazi Üniversitesi TÜRKCE-MER, s.57, 2012, Ankara

36 10/12/2011 tarihli ve 6259 sayılı Kanunun 6. maddesiyle bu fıkrada yer alan "asliye veya ağır" ibaresi "sulh veya asliye" şeklinde değiştirilmiştir.

37 http://www.abdullahguzel.av.tr/index.php?sayfa=makaleoku&uid=27 (Son erişim tarihi: 01.05.2012)

38 Yargıtay CGK, 2006/10-253 E., 2007/80 K nolu., 03.04.2007 Tarihli karar

Bilindiği üzere cebir; ***fiziki olarak zor kullanmayı*** ifade ederken, tehdit; ***bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırıyı*** ifade etmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2011/1649E, 2011/2367K ve 18.04.2011 tarihli kararına göre suçun örgüt kapsamında işlenip örgüt suçundan dolayı beraat kararı verilmesi durumunda özel görevli ağır ceza mahkemesinin görevsizlik kararı vererek dosyayı diğer işlenen suçlar açısından görevli mahkemeye göndermesi gerekmektedir.[39] Dolayısıyla şike suçunun örgüt kapsamında işlenmiş olduğundan yola çıkılarak yapılan yargılamada sanıklar örgüt suçundan dolayı beraat ederlerse özel görevli ağır ceza mahkemesi dosyayı asıl görevli mahkemeye göndermeli ve şike suçundan dolayı yargılamanın asıl görevli mahkemede yapılması gerekmektedir.

Ancak fail hakkında hem suçun ağırlatıcı nedeni sayılmasından dolayı hem de TCK m.220 kapsamına girdiği için aynı "örgüt" suçundan iki kez ceza verilmesi "nebis in idem" yani aynı fiilden iki kez cezalandırma olmaz ilkesine de açıkça aykırıdır.[40]

c. Spor Hukuku Açısından Görevli Kurum :

Yukarıda da belirttiğim üzere TFF Yönetim Kurulu aldığı ihbar üzerine ya da bir maçta şike yapıldığına dair resen harekete geçerek bu konuda Etik Kurulu'nu görevlendirir. Etik Kurulu gerekli araştırmayı yaparak hazırlayacağı raporunu tekrar TFF Yönetim Kurulu'na sunar. TFF Yönetim Kurulu bu raporla bağlı değildir ve karar verme yetkisi kendisine aittir. TFF Yönetim Kurulu şike yapıldığı kararı alırsa gerekli cezaların verilmesi için gerekli kişileri PFDK'ya sevk eder.

M. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ ve DELİL NİTELİĞİ

Öncelikle iletişimin denetlenmesi tedbirini incelemekte fayda olduğunu düşündüğüm için kısaca bundan bahsedeyim. CMK m. 135'te belirtildiği üzere "*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.*"Çok dikkat edilecek bir husus olmak-

39 Çıkar amaçlı suç örgütü kurmak, yönetmek ve üye olmak suçlarından açılan kamu davalarından beraat kararı verildiği, öldürme, öldürmeye teşebbüs, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve 6136 Sayılı Yasaya aykırılık suçlarının örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan olmadığının kabul edildiği anlaşılmakla, özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'nin yargılama yönteminin kendisine özgü ve belli suçlarla sınırlı olması karşısında, dosyanın görevsizlik kararı ile yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesi gerektiğinin düşünülmemesi hukuka aykırıdır.

40 Aynı yönde: Şen/Ersan, Özdemir/Bilgehan, s.40, 2012, İstanbul

la birlikte işlenen suç her olursa olsun şüpheli veya sanık hakkında iletişimin tespitine başvurabilecek ancak şüpheli veya sanık dışındaki 3. bir kişi için iletişimin tespitine başvurulamayacaktır.[41] Bunun yanında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi için mutlaka CMK m.135/6'da suçlardan birisinin olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile CMK m.135/6 kapsamına girmeyen suçlarda iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluna başvurulamaz.[42] Bu madde de sayılan suçlardan olmasa dahi iletişimin tespiti yapmak ise mümkündür. Bunun yanında iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen başka bir suçun işlendiği öğrenilirse tesadüfen elde edilen bu delil ancak suç CMK m.135/6'da sayılan katalog suçlardan ise kullanılabilir. Mahkeme vereceği iletişimin denetlenmesi kararını tüm ülkeyi kapsayacak şekilde çok geniş olarak tayin edemez. Örnek verecek olursak ağır ceza mahkemesi yalnızca kendi yargı çevresiyle sınırlı kalarak iletişimin denetlenmesi kararı verebilir. Kendi yargı çevresi dışında ve genel olarak bu kararı veremez.[43] Bunun yanında konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin kimler arasında hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesi için hakim kararına ihtiyaç yoktur.[44]Burada önemli olan bir başka konu ise önleme dinlemeleridir. Önleme dinlemelerinde kullanılan bulgular delil olarak değerlendirilemez.[45] Bu nedenle burada önleme dinlemesinin üzerinde durmayacağım için bu kısa bilgiden sonra asıl olan CMK m. 135 kapsamındaki iletişimin denetlenmesi tedbirinin unsurlarını inceleyecek olursak;

a. Bir Suç Dolayısıyla Soruşturma ya da Kovuşturma Olmalı

Görüldüğü üzere iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle kişinin en azından şüpheli sıfatını almış olması gerekmektedir. Yani bir kişi henüz şüpheli statüsüne girmemiş ise kural olarak hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilemez.[46] Kişinin şüpheli statüsüne girmesi ise ancak hakkında açılmış bir soruşturma var ise mümkündür.

b. Suç İşlendiğine İlişkin Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı

İkinci olarak suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunmalıdır. Kuvvetli şüphe ile kuvvetli şüphe sebebi birbirinden farklı kavramlardır. Kuvvetli şüphe sebebi, kişinin uzmanlığı gereği edindiği tecrübeden yola çıkarak duyduğu şüpheyi ifade etmekte iken, kuvvetli şüphe normal zekaya sahip bir insan tarafından failin ceza alacağı yönündeki kanaatin oluşmasıyla meydana gelir. Buradan çıkan sonuç normal bir kişinin şüphe sebebini anlayamamasına karşın uzman kişi de bu şüphe sebebinin uyanması gerekir. Bunu daha iyi anlaşı-

41 Yargıtay CGK, 2011/6-140E, 2011/222K, 15.11.2011 tarihli kararı
42 Yargıtay 2.CD, 2009/22575E, 2009/31143K, 25.06.2009 tarihli kararı
43 Yargıtay 9.CD, 2008/874E, 2008/7160K, 04.06.2008 tarihli kararı
44 Yargıtay 8.CD, 2007/8616E, 2007/8160K, 23.11.2007 tarihli kararı
45 Yargıtay CGK, 2011/9-93E, 2011/95K, 17.05.2011 tarihli kararı
46 Yargıtay 4.CD, 2007/8700E, 2007/8903K,

labilmesi için makul şüphe üzerinden bir örnekle açıklamakta fayda görmekteyim. PVSK m.4/A kolluk kuvvetlerine makul bir şüphe sebebinin bulunması durumunda durdurma yetkisini tanımıştır. Bolu'da pantolonun tek bir paçası yere değen kişileri polis durdurmaktadır. Neden durduğunu sorduğumuzda ise belinde silah olanların pantolonun bir tarafının yere değdiği ve böylelikle de aşındığı yanıtını almaktayız. Normal bir vatandaş pantolonu yere değen birini gördüğünde belinde silah olduğunda şüphelenmiyor ise bu durum kolluk kuvvetleri açısından tecrübeye dayalı bir makul şüphe sebebidir. Makul şüphe sebebinin makul şüpheye dönüşebilmesi için ortalama zekaya sahip bir insanda kanaat uyandırması gerekmektedir. Kısaca makul şüphenin ilk basamağı makul şüphe sebebidir.

c. Başka Suretle Delil Elde Edilmesi İmkânının Bulunmaması

Bu unsurdan anlaşılması gereken şey, eğer şüpheli veya sanık hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmadan başka suretlerle delil elde edilebiliyor ise bu durumda iletişimin denetlenmesi yoluna başvurulamaz. Örneğin kişinin ifadesi alınabilir ise bu durumda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz çünkü şüpheli veya sanık hakkında buna başvurmadan da delil elde etme imkanı vardır.

d. Hakim veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı Gerekir

Kural olarak bu tedbire başvurulacaksa hakimin karar vermesi gerekmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa bu durumda savcının kararı ile de bu tedbire başvurulabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal her olaya göre somut olarak belirlenmelidir. Örneğin şüpheli veya sanık hakkında hakime hiç gidilmeden sadece savcı kararıyla tedbire hükmedilmesi hukuka aykırıdır.

e. İletişimin Denetlenmesinden Elde Edilen Verilerin Delil Niteliği

Ceza hukuku açısından iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen veriler belirti delilleri niteliğindedir. [47] Belirti delilleri tek başına mahkumiyet hükmü için yeterli delil niteliğinde değildir. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen verilerle mahkumiyet hükmü verilebilmesi ancak iletişimin denetlenmesindeki delillerin başka somut olgularla desteklenmesiyle olur. Yargıtay'a göre,"*Olaylara ilişkin telefon görüşme kayıtları dışında, mahkumiyetlerine yetecek her türlü şüpheden uzak somut ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi*" yasaya aykırıdır.[48]

47 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bası, s.1392

48 Yargıtay 10.CD, 2007/27117E, 2008/6310K, 17.04.2008 tarihli kararı

Buna benzer olarak; "*Sanıkların silahlı terör örgütüne yardım ettiklerine dair, savunmalarının aksine, içeriği isnat edilen suçu işlediklerine ilişkin yeterli olmayan telefon tesbit tutanakları dışında, yeterli ve her türlü kuşkudan uzak inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden beraatleri yerine yazılı gerekçe ile mahkûmiyetlerine karar verilmesi*" yasaya aykırıdır.[49]

SONUÇ

Yukarıda da değindiğimiz üzere en başta ceza hukuku ve spor hukukunun temelinde yatan düşünceler birbirinden farklıdır. Ceza hukuku sosyal düzeni bozan davranışları cezalandırma yoluna giderken spor hukuku sportmenliğe aykırı davranışları cezalandırma yoluna gitmektedir. Olaylara bakış açısının ceza hukuku ve spor hukuku açısından farklı algılanması ve ülkemizde spor hukukunun henüz yeterli olgunluğa ulaşamadığını da göz önünde bulundurursak zor bir süreçten geçtiğimiz gayet açıktır.

Bunun yanında daha önceden alışkın olmadığımız kavramlar olan şike, teşvik primi gibi kavramların bir an önce öğrenilmesi gerekmektedir. Aksi taktirde birçok faaliyet bu kapsamda değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- **ALACAKAPTAN**, İşlenemez Suç, AÜHF Yayınları No: 223
- **AYDIN** Aydın, Pirincin Taşı
- **DONAY** Süheyl, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, İstanbul,2012
- **Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi** (CE-HE-MER), Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Editörler : Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, Ankara, 2012
- **GÜNGÖR** Devrim, Şike Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4
- **KÖSE** Hüseyin Alpay, TFF'nin Şike ve Teşvik Primi Soruşturmasında Vereceği Muhtemel Kararlar ve Sonuçları, 15 Ağustos 2011
- **KUNTER** Nurullah, **YENİSEY** Feridun, **NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık,18. Bası, 2010, İstanbul
- **MOSTUROĞLU** Şekip, Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine İlişkin Yasa Tasarısı Taslağı Hakkındaki Düşüncelerim
- **ÖZEN** Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı, TBB Dergisi, Sayı: 70, 2007
- **ŞEN** Ersan, Av. Bilgehan Özdemir, Şike, 2012, İstanbul
- www.kazanci.com İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası
- (Son Erişim Tarihi: 07.06.2012)
- http://www.abdullahguzel.av.tr/index.php?sayfa=makaleoku&uid=27
- (Son Erişim Tarihi: 07.06.2012)

49 Yargıtay 9.CD, 2011/6292E, 2011/12593K, 19.07.2011 tarihli kararı

İNŞAAT HUKUKUNDA "KARİNE" UYGULAMASI[1]

Av. İlker Hasan DUMAN[2]

I. GENEL

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir. Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz. Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez. Maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez. Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz. Taraflar, yasada belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz. Yasanın belirli delillerle ispatını emrettiği konular, başka delillerle ispat olunamaz. Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir. İspat yükü, yasada özel bir düzenleme bulunmadıkça, öne sürülen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi yararına hak çıkaran tarafa aittir. Bir karineye

---

1 KAYNAKÇA: Andreas von Thur: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, (Çvr. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara-1983; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, IV. Cilt, İstanbul 1997; Cevdet Yavuz: Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul-1989; Efrail Aydemir: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara-2009; Esat Arsebük: Borçlar Hukuku, 3. Basım, Ankara-1950; Fahrettin Aral: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2003; Fikret Eren: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHFY, Ankara-1975; Gökhan Dirican: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2007; H. V. Velidedeoğlu: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara-1987; Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul-1989; Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Evrim Yayınları, İstanbul-1988; Hasan Erman: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul-2007 (Arsa Payı Karşılığı olarak geçecektir); Herman Becker: Borçlar Kanunu Şerhi (Çvr. Suat Dura), Yargıtay Yayınları No. 24; Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara- 2002; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul-1992; İlhan Postacıoğlu: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul-1970; İzzet Karataş: Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temliki İşleminden Kaynaklanan Davalar, Adalet Yayınları, Ankara 2009; Köksal Kocaağa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve "İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2009, sf. 86 vd.; M. R. Karahasan: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta Yayınları, İstanbul-2003; Muaz Ergezen: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara-2007; Nevzat Koç: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, DEÜ Yayınları, Ankara-1992; Özer Seliçi: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul-1977; Özer Seliçi: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul-1978; Sendi Yakuppur: Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, XII LEVHA yayınları, İstanbul 2009; Turgut Öz: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınları, Ankara-2006.

2 İstanbul Barosu Avukatlarından

dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Yasada öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, yasal karinenin aksini ispat edebilir. Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz. Yasanın belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği durumlarda, yasada düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.

II. ÖZEL

a. Yüklenicinin Kişisel Niteliklerinin Uygun Olması

Yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiştir; eserin yapılmasının kendisinin kişisel niteliklerine bağlı olmadığını öne süren yüklenici, bu durumu kanıtlamakla yükümlüdür. Buna karşılık, yüklenicinin eseri kendi yönetiminde yaptıramayacağını, onu bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğunu öne süren iş sahibi, bu savını kanıtlamakla yükümlüdür[3].

b. Yüklenicinin İnşaat Yapacağı Arsayı Teslim Alması

Arsanın teslimi derken, sözleşme hükümlerine göre inşaat yapılmasına uygun olan arsanın teslimi anlaşılmalıdır. Arsa kusurlu ise onun teslimi bir şey ifade etmeyecektir. Yükleniciye yer teslimi yapılmış olmasına karşın, taşınmaz üzerinde sözleşmede öngörülen inşaata başlanılması olanaklı olmayabilir. Örneğin, inşaat yapılacak taşınmazda bulunan eski binadaki kiracının taşınmazdan henüz tahliye edilmemiş olması halinde durum böyledir. Yine, imar mevzuatına göre inşaat yapılması için gerekli koşulların henüz gerçekleşmemiş olması durumunda da, taşınmazın inşaata elverişli biçimde teslim edildiğinden söz edilemez.

c. Yapı Kullanma İzninin Alınmış Olması

Yapı kullanma izninin fiili duruma ve hukuka aykırılığı "yokluk" düzeyinde olmasa bile "çok açık ve ağır" düzeyde ise, adliye mahkemelerinin bu belgeyi dikkate almamaları adaletin ve hukuk devletinin gereği sayılmalıdır. Adli yargı yargıcı, ancak yasanın öngördüğü içerik ve biçim kurallarına uyularak düzenlenmiş yapı kullanma iznini dikkate alabilir. "Dikkate almamak" belgeyi geçersiz kılmak anlamına gelmeyip, yapının imar durumu, proje ve eklerine uygun olduğuna ilişkin kanıt veya belirge (karine) olma özelliğinin kabul edilmemesi anlamındadır. Adliye Mahkemesi yargıcı, anılan sakatlıklar içeren yapı kullanma izni var diye, kaçak veya projeye aykırı bir yapıyı "yasal yapı" olarak kabul edemez. Çünkü yargıcın bir görevi de, hukuk kurallarıyla kamu düzenini korumaktır. Örneğin; yapı kullanma izninin varolan yapıya uygun bulunmaması nedeniyle, yapının fiili durumu ile yapı kullanma iznindeki bilgiler birbirini

3 Aral, 337; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, 68.

doğrulamıyorsa, adli yargı, bu belgeye dayanamaz, bu belgenin yönetsel yargıda iptalinin sağlanmasını bekleyemez. İmar mevzuatı kamu düzenine ilişkin olup buna aykırı biçimde inşa olunan yapının sözleşmesine uygun bir biçimde teslim edildiğinden söz edilemez. Kaçak yapının yasal duruma getirilmesinin olanaksız olduğu durumlarda inşaatın yıkılarak yasal duruma getirilmesi her zaman istenebilir. Her nasılsa alınmış bir yapı kullanma izni her durum ve koşulda yapının yasal olduğu anlamına gelmez. Uyuşmazlık varsa, yapı kullanma izni alınmış olsa bile, mahkemece yapının yasal olup olmadığı incelenmelidir. Bu nedenle mahkemece ilgili belediyeye inşaatın fiili durumu açıklanarak verilen izinleri de (inşaat ve ıskan ruhsatları da) ekleyerek yasal olup olmadığının yasal değil ise yasal duruma getirilmesi için ne gibi işlemler yapılması gerektiğinin sorulması gerekir[4].

Yapı kullanma izninin fiili duruma ve hukuka aykırılığı "yokluk" düzeyinde olmasa bile "çok açık ve ağır" düzeyde ise, adliye mahkemelerinin bu belgeyi dikkate almamaları adaletin ve hukuk devletinin gereği sayılmalıdır. Adli yargı yargıcı, ancak yasanın öngördüğü içerik ve biçim kurallarına uyularak düzenlenmiş yapı kullanma iznini dikkate alabilir. "Dikkate almamak" belgeyi geçersiz kılmak anlamına gelmeyip, yapının imar durumu, proje ve eklerine uygun olduğuna ilişkin kanıt veya belirge (karine) olma özelliğinin kabul edilmemesi anlamındadır. Adliye Mahkemesi yargıcı, anılan sakatlıklar içeren yapı kullanma izni var diye, kaçak veya projeye aykırı bir yapıyı "yasal yapı" olarak kabul edemez. Çünkü yargıcın bir görevi de, hukuk kurallarıyla kamu düzenini korumaktır. Örneğin; yapı kullanma izninin varolan yapıya uygun bulunmaması nedeniyle, yapının fiili durumu ile yapı kullanma iznindeki bilgiler birbirini doğrulamıyorsa, adli yargı, bu belgeye dayanamaz, bu belgenin yönetsel yargıda iptalinin sağlanmasını bekleyemez. İmar mevzuatı kamu düzenine ilişkin olup buna aykırı biçimde inşa olunan yapının sözleşmesine uygun bir biçimde teslim edildiğinden söz edilemez. Kaçak yapının yasal duruma getirilmesinin olanaksız olduğu durumlarda inşaatın yıkılarak yasal duruma getirilmesi her zaman istenebilir. Her nasılsa alınmış bir yapı kullanma izni her durum ve koşulda yapının yasal olduğu anlamına gelmez. Uyuşmazlık varsa, yapı kullanma izni alınmış olsa bile, mahkemece yapının yasal olup olmadığı incelenmelidir. Bu nedenle mahkemece ilgili belediyeye inşaatın fiili durumu açıklanarak verilen izinleri de (inşaat ve ıskan ruhsatları da) ekleyerek yasal olup olmadığının yasal değil ise yasal duruma getirilmesi için ne gibi işlemler yapılması gerektiğinin sorulması gerekir[5].

d. Alt Yükleniciye Devir Yetkisi

Yapı işlerinde anahtar teslimi söz konusu olan genel eser sözleşmelerinde, yüklenicinin alt yüklenicilere başvurması geçerli sayılabilir. Ancak, böyle bir

4 15. HD. 26.3.2009, 2734/1755.
5 15. HD. 26.3.2009, 2734/1755.

sözleşmede bile, tereddüt halinde devir yetkisi, işin tamamı için genel olarak değil, bazı kısımları için (örneğin elektrik veya doğrama işleri) özel bir yetki olarak tanınmalıdır; yüklenici iş sahibince işletmesinin bu çeşit işlere elverişli olmadığı biliniyorsa tüm işleri çeşitli alt yüklenicilere yaptırabilmeli, fakat işlerin tümünü bir tek genel alt yükleniciye devredememelidir. Genel eser sözleşmesi söz konusu değilse, devir yetkisinin bulunmadığı karine olarak kabul edilmelidir; yüklenici, usta ve işçi bulmaktaki güçlüğü, işin bir kısmını alt yükleniciye devir için bir özür olarak gösterememelidir[6].

e. Sözleşmenin Esaslı Noktalarında Anlaşılması

Sözleşmenin öbür esaslı noktalarında uyuşma olması ve ileride belirlenebilecek/tamamlanabilecek durumda bulunması koşuluyla, taraflar -çok ayrıksı durumlarda- esaslı noktaları saklı tutabilirler. Taraflar yan noktalarda anlaşmayı saklı tutabilirler/önkoşulla kabul edebilirler. "Saklı tutma", ileride ek yapılmasını, mevcut anlaşma koşullarına eklemeler yapılmasını öngören veya zorunlu kılan kayıtlardır. Taraflar bu ön koşula uymadıklarında, elde etmek istedikleri sonuç doğmaz. Sonucun doğması isteniyorsa, saklı (önkoşul konulan) hükmün gereğini yerine getirmek zorundadırlar. İleride yapılacak anlaşmanın konusu, sözleşme yapılırken kararlaştırılması ileriye bırakılan yan noktalar konusunda uyuşma sağlamaktır. Taraflar saklı tutulan "yan nokta" konusunda anlaşmaya varamasalar bile, karine olarak sözleşmeye kurulmuş gözüyle bakılır. Sözleşmenin kurulmadığını öne süren tarafın, savını kanıtlaması gerekir. Ancak taraflar yan noktaları sözleşmenin kurucu (esaslı) unsuru olarak kabul etmişlerse, sözleşme kurulmamış sayılır[7].

f. Karşılıklı Yazışmaların Sözleşmenin Varlığını Göstermesi

Yasanın öngördüğü geçerlik koşulu bulunmamasına karşın, sözleşmeciler, iradi olarak, sözleşmeyi belirli bir biçimde düzenlemekle kalmayıp, ayrıca sözleşme değişikliklerinin de aynı biçimde yapılması zorunluluğunu kararlaştırmışlarsa, bu biçime uyulmaksızın yapılan değişiklikler kural olarak geçersiz sayılacaktır; ancak bu durum sadece, örneğin ortak imza içermeyen karşılıklı bazı yazışmaların, toplantı tutanaklarının ve görüşmelerin sözleşmeyi değiştiren anlaşmalar olmadığı konusunda güçlü bir karine yaratır[8].

g. Temlik İşlemi

Borçlu geçerli bir işlemle eski alacaklıya (temlik edene) ödeme yaparsa, temellük eden kimse (yeni alacaklı), alacak hakkını yitirmişse ve bundan dolayı zarara uğramışsa zararının giderilmesini temlik eden kimseden isteyebilir; temlik edenin kendisine ait olmayan alacağı gerçek sahibine geri vermesi gerekir; çünkü ortada nedensiz bir edinim vardır. Eğer temellük eden, borçlu ta-

6 Tandoğan, II, 79-80.
7 Akyol, 114
8 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 26-27.

rafından önceki alacaklıya yapılan edimin geçersiz olduğunu öne sürerse borçlunun yararlanmakta olduğu iyi niyet karinesini ortadan kaldırmalıdır. Bunun için temlik edenin, temlikten borçlunun haberi olduğunu veya durumun gereklerinin zorunlu kıldığı dikkati göstermesi durumunda bunu öğrenebileceğini kanıtlaması gerekir. Borçluya bildirim yapıldıktan sonra, temlik edene iyi niyetle yapılan ödeme geçersizdir. Eğer borçlu kendisinden alacağını isteyen alacaklıya karşı temlik edene ödeme yaptığını öne sürerse temellük eden kimse, borçluya filan tarihte ihbar yapıldığını kanıtlamakla yükümlüdür. Böyle bir kanıt sorunu ile karşılaşan borçlu, ihbar tarihinden önce ödeme yaptığını kanıtlayarak edimi yerine getirme külfetinden kurtulabilir. Bu ihbar hiçbir biçime bağlı değildir; yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Borçlu ihbarı göz önünde bulundurmaya ve önceki alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınmaya zorunludur. İhbarın gerçek olduğunun kanıtlanmasını borçlusunun istemeye hakkı yoktur. Yapılan ihbara karşın borçlu önceki alacaklıya ödeme yapar ve sonra yapılan ihbarın doğru olduğu anlaşılırsa, temellük eden kimseye yeniden ödeme yapmak zorunda kalır. İhbar bunu yapan kimse tarafından geri alınmadığı sürece bu sonucu doğurur. Temellük eden kimse yalnız ifayı değil, ifa yerine geçen edimi, ibrayı, vadenin uzatılmasını, alacağın ivedilik için yapılmış olan ihbarı, borçlu ve alacaklıdan birinin takas beyanını, kısaca bütün bu hukuksal işlemleri geçerli olarak kabul etmek zorunda kalır. Eğer bu işlemlerin yapıldığı sırada borçluya temlik ihbar edilmemiş ve kendisi de iyi niyetli ise, temlikin yapıldığına ilişkin bildirimin etkisi olumsuzdur. İhbar, kendisine temlik yapıldığı bildirilen kimseye ödeme yükümlülüğünü borçluya yükleyemez. Borçlu temlikin yapıldığını gösteren belgenin kendisine verilmesini isteyebilir. İhbarı temellük eden kimse yapmışsa, borçlu incelemekle yükümlüdür. Temlik eden kimsenin ihbarı da geçerli ve doğru olmayabilir. Borçlu yapılan ihbara güvenerek alacağı temellük ettiğini öne süren kimseye ödeme yapar ve sonra temlikin bulunmadığını anlarsa, bu ödeme, ilke olarak borçluyu, alacaklıya karşı olan yükümlülüğünden kurtarmaz. Yanlış ihbar alacaklıdan çıkmış veya alacaklının yazılı bir açıklaması ile borçluya gösterilmiş ise borçlu borcundan kurtulur; çünkü alacaklının yaptığı bu ihbar, alacağı edindiğini öne süren kişiye ödeme yapma yetkisini kapsar[9].

h. Alacaklının Seçimlik Hakkını Kullanmaması

Davacı alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanamadığı takdirde birinci seçimlik hak olarak sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karine; yasa koyucunun alacaklının borcun ifasının ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyanını "her zaman" isteyeceğini kabul etmesinin tabii bir sonucudur.

9 Arsebük, 1079 vd.; Von Thur, Edege Çevirisi, 846 vd; Velidedeoğlu/Özdemir, 348.

ı. Yüksek Kalitede Malzeme ve İşçilik Aranması

Olağan maliyetin çok üstünde bir götürü bedel kararlaştırılması, inşaatta yüksek kalitede malzeme ve işçilik aranacağına karine olabilir. Çok yetersiz bir götürü bedel de, yüklenicinin düşük kalitede malzeme ve ucuz işçilik kullanılmasına iş sahibinin razı olduğu anlamına gelebilir. Malzeme ve işçilik kalitesindeki düşüklük sadece bir değer ve estetik fark yaratmayıp bazı arızalara ve bozukluklara neden oluyor ise, artık bedelin düşük kararlaştırılması bunu mazur göstermez. Örneğin işi ucuza aldı diye, paslı ve sızdıran boru sistemli veya yalıtım bozukluğundan akıtan tavanlı bir inşaat yapan yüklenici bozukluktan dolayı sorumluluktan kurtulamaz[10].

i. Sözleşmede Belirtilen Özelliklerin Eserde Bulunmaması

Sözleşmede öngörülen özelliklerin eksikliğinin, eserin kabulünü beklenemez duruma getiren önemli bozukluk oluşturduğu karine olarak kabul edilmeli ve bu karinenin aksi yüklenici tarafından kanıtlanmalıdır. Başka bir anlatımla, TBK. md. 475/I'de[11], sözleşmede kararlaştırılmış olan özelliklerin bulunmamasının eserin kabulünü beklenemez duruma getirecek derecede önemli olmaması durumunda iş sahibinin ancak ücret indirimi veya onarım isteyebileceği belirtilmiştir[12]. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 24.9.1987 gün ve 2459/3261 Sayılı Karar'ında, *"yapılan iş kabule zorlanamayacak biçimde kusurlu değilse, kararlaştırılan ve yapılan iş bedelinden indirim yapılır."* denilmektedir[13].

j. Eserin Makul Kullanmaya Elverişli Olmaması

Azalmış kullanılabilirlik veya yalnız sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişsizlik veya giderilebilir bir bozukluğun olması kullanılmazlık koşulunun gerçekleşmesi için yeterli değildir; bozukluk o kadar önemli olmalıdır ki, eseri herhangi bir makul kullanmayı elverişsiz kılsın. Böyle bir kullanılmazlık eserin vaat edilen bir özelliği taşımaması durumunda bile karine olarak kabul edilemez. İş sahibi eserin bozuk olmasında ağır bir kusuru var ise, kullanılmazlığa rağmen onu kabule zorlanabilir. Kullanılmazlıkla, eserin nesnel bakımdan malvarlığı değeri taşıması birbirinden farklı konulardır: Bir eser, iş sahibi için kullanılmaz olsa bile, nesnel bakımdan az veya çok malvarlığı değeri taşıyabilir. Bozuk eseri tümüyle değersiz kılıyorsa indirim hakkı kullanılamaz; sadece sözleşmeden dönülebilir[14].

10 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 165-166.
11 818 sayılı BK. Md. 360.
12 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 132-133.
13 15. HD. 1.3.1999, 5274/721: "Yapılan şeyin fen ve sanat kurallarına göre iş sahibinin reddedemeyeceği düzeyde olup olmadığı, kabulden kaçınılamayacak düzeyde ise mevcut haliyle bedelin indirilmesi gerekip gerekmeyeceği, gerekiyorsa bunun parasal tutarı incelenmelidir."
14 Tandoğan, II, 182; Öz, İnşaat Sözleşmesi, 183.

k. Bozukluk Nedeniyle Ücrette İndirim Yapılması

İndirim hakkının kullanılması ile birlikte, ücret, eserin bozuklukla bağlantılı olan en yüksek tutarıyla olabildiğince yer değiştirmiş olur. Bozukluk nedeniyle eserin değerinde oluşan eksiklik üzerine eser ücretinden yapılacak olan indirim, eser ücretinin sözleşmeyle ya da yasaya göre belirlenen tam bedeli üzerinden değer eksikliği oranında yapılır ve bu indirimde satımda satım bedelinin indirilmesi hakkındaki esaslar uygulanır. Uygulamada genellikle kusursuz değerin kararlaştırılan değerle karşılandığı ve değer azalmasının bozukluğu giderme giderleriyle eşit olduğu konusunda fiili bir karine kabul edilebilir[15].

l. İş sahibinin Gözden Geçirme ve Bildirme Görevini İhmal Etmesi

İş sahibinin gözden geçirme işlemini yapmaması ve bozuklukları haber vermekteki ihmali sonucu, yapılan şeyin kabul edilmiş sayılacağına ilişkin hukuki karine, kesin karinelerdendir. Bu karineyi, karşı bir karine ile çürütmek olanaklı değildir[16]. İş sahibince bozuk eserin açık veya örtülü olarak kabulü, bozukluk sonucu uğradığı zararı ödetme hakkı da dahil olmak üzere garantiden doğan öbür seçimlik haklarını kaybetmesine neden olur. Ancak iş sahibi, kendisine teslim edilen bozuk eseri, bozukluğa ilişkin hakkını saklı tutarak, yüklenicinin sorumluluğunu devam ettirebilir[17]. Açık veya örtülü bir kabul, yalnız bozukluğa ilişkin hakları ve sorumlulukları düşürür. İş sahibinin bozukluğa ilişkin olmayan hakları, örneğin teslimin gecikmesi dolayısıyla tazminat isteme veya daha az miktarda mal teslimi dolayısıyla ücretin bir kısmını geri isteme hakkı kabulden etkilenmeyecektir[18].

m. Eserin Teslim Edilmesi

TBK'nın 479. maddesinde[19] yer alan hüküm, eser bedelinin istenebilirliği (muacceliyeti) ile ilgilidir. Maddenin ilk fıkrasında "işin parası, teslim zamanında ödenir" deyiminden amaç, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça yüklenicinin kural olarak teslimden önce iş bedelinin ödenmesini isteyemeyeceğini, iş sahibinin de eserin tesliminden sonra ödemelerini geciktiremeyeceğini belirtmektir. Diğer bir deyimle aksine anlaşma yoksa eser teslim edilmelidir ki, yüklenicinin bedel isteme hakkı doğmuş olsun. Yoksa anılan madde hükmü, eserin teslim edilmesi durumunda bedelinin de ödendiğinin kabulü gerektiği yolunda bir varsayımı (karineyi) içermemektedir. Nitekim 479. maddenin kenar başlığı "ücretin muacceliyeti" şeklinde olup, maddede yalnız ödeme zamanı düzenlenmiştir.

15 Uçar, 190-191.
16 Olgaç, III, 933.
17 Seliçi, 43.
18 Tandoğan, II, 218.
19 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 364.

İş sahibi yükleniciye eserin bedelini ödediğini öne sürüyorsa bunu HMK'un 200 ve ardındaki maddelerine göre kanıtlamak zorundadır. Eserin teslim edilmiş olması, bedelin ödendiğine karine ve kanıt oluşturmaz. Fatura tek başına borcun miktarını ve ödendiğini göstermez; faturanın her şeyden önce kanıtlanmış bir sözleşmeye dayanması gerekir. İşin bedelinin "teslim zamanında ödeneceği"ne ilişkin TBK. md. 479 kuralı, borcun vadesi ve ivediliği ile ilgili olup, teslim olgusu ödeme yapıldığını göstermez.

n. Para Borcunun Ödenmemesi

Yasa koyucu para borcunun geç ödenmesi durumunda bir zararın doğacağını kural olarak benimsemiştir. Bu zararın giderilmesi iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm, kanıtlanmadan ödenmesi istenecek zarar tutarıdır; buna direnim faizi diyoruz. Direnim faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak benimsenmiştir. İkinci bölüm ise, zararın direnim faizi ile karşılanamayan bölümüdür. Davacı, direnim faizini aşan zararın varlığını kanıtlamak zorundadır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasada faiz oranının yüksek oluşu davacıyı ispat yükümlülüğünden kurtarmayacaktır[20].

o. Aşkın (Munzam) Zarar

Aşkın zarar alacaklısı; öncelikle direnime uğrayan asıl alacağının varlığını kanıtlamalıdır. Bu alacağın geç veya hiç ödenmemesinden dolayı direnim faizi ile karşılanmayan zararını; örneğin, alacaklının faize bağlı borcunu ödeyememesi veya alacağını elde edememesi nedeniyle daha yüksek faiz oranını içeren bir ödünç sözleşmesi yapmak zorunda kalması, yani sağlamak zorunda kaldığı kredi maliyetinden dolayı zarara uğraması; borçlunun direnimi nedeniyle büyük bir kâr elde edeceği ve kendisinin üzerinde kalması kesin olan bir ihaleye katılamaması, iflas etmesi; başkalarının alacaklıyı direnime düşürüp daha yüksek oranda faiz ödemeye ya da aşkın zarara mahkum ettirmesi, alacaklının mallarını haczettirmesi; borçlunun direnimi nedeniyle bedelini ödeyemediği bir sözleşmenin bu yüzden bozulması ve bu sözleşmeden beklediği kazancı yitirmesi; enflasyon veya kur ayarlaması nedeniyle paranın değer kaybetmesi gibi olguları kanıtlayabilir[21]. Aşkın zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirilmelidir. Alacaklı asıl alacağını alırken direnim faizinden doğan alacak miktarını saklı tutmamışsa sonradan aşkın zararın hesabında yeniden direnim faizine hükmedilemez. Aksi halde sona ermiş bulunan bir alacak canlandırılmış olur. Mahkeme, dava veya hüküm tarihine kadar doğmuş aşkın zararın ödetilmesine karar verebileceği gibi, daha da ileri giderek karar tarihine kadar saptadığı ölçüleri

20 5. HD. 8.2.2000, 21737/1497.

21 Kılıçoğlu, 518; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 943; Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü, İstanbul-1992, sf. 187; Reisoğlu, 301; Oğuzman/Öz, 384.

temel alarak ödeme gününe kadar olan bölümü için de hüküm kurabilir (TBK. md. 122/II)[22]. Alacaklı, ana alacağını ve direnim faizini isterken, aşkın zararı bunlarla birlikte de isteyebilir. Alacaklı, asıl alacak ve direnim faizini isterken, aşkın zararı saklı tutması gerekmez[23]. Kur farkına ilişkin tazminat davalarında da munzam zarar söz konusu olabilir. Çünkü alacaklıya ödeme yerinde ve zamanında yabancı para alacağına eşdeğer bir ödeme yapılması zorunludur. Borçlunun yararlanacağı karineler vardır. Örneğin, tacir olan alacaklı parayı zamanında almış olsaydı ticari işlerde kullanabilirdi[24].

ö. İş Sahibinin Borç Ödemekten Aczi Halinde Yüklenicinin Sözleşmeyi Bozması

İş sahibi iflas etmişse, iflasın açılması anında eser henüz tamamlanmamışsa, sözleşmeden dönüldüğü karine olarak kabul edilmelidir; ancak iflas masası sözleşmeye katılmak hakkını kullandığını açıklarsa sözleşme devam edebilecektir. Eser sözleşmesinin konusu bir yapının yapılması değilse veya yapı işi söz konusu olup da henüz yasal ipotek hakkı tescil ettirilmemişse, yüklenici iş sahibinin iflas etmesi veya aleyhindeki haczin semeresiz kalması üzerine, iflas masasından veya aleyhindeki takip semeresiz kalan iş sahibinden, ücret alacağı için bir güvence göstermesini isteyebilir; bu güvence uygun süre içinde gösterilmezse yüklenici sözleşmeyi bozabilir. Bir yapı söz konusu ve iflasın açılması sırasında tamamlanmağa yakın ise, yükleniciye daha önce önemli miktarda avanslar verilmişse veya yapı kolaylıkla paraya çevrilebilecek nitelikteyse, iflas masasının iş sahibi yerine sözleşmeye girmesi alacaklılar için elverişli bir yol olabilir; fakat çoğu zaman masanın elinde güvence gösterecek bir değer bulunmadığından bu yola seyrek olarak başvurulmaktadır. İflas masasının sözleşmeye girmemesi veya yüklenicinin yasal ipoteği yeterli bulmaması ve masanın da başka güvence göstermemesi yüzünden yüklenici sözleşmeyi bozmuşsa, eser tamamlanmamış ve yasal ipotek hakkı da tescil ettirilmemiş ise, yüklenici "ifaya olan menfaatinin tamamından eserin tamamlanamamış olması dolayısıyla tasarruf ettiği miktar çıkarıldıktan sonra kalanı kısmı" masaya imtiyazsız olarak yazdırılabilir; bu alacaktan önce verilmiş avanslar varsa onlar da mahsup edilmelidir. Bir yapı işi söz konusu olup da yüklenici iflas açılmazdan önce veya sonra yasal ipotek hakkını tescil ettirmişse, iflas masası sözleşmeye katılırsa yüklenici güvencesini yeterli görüp işe devam edebilir veya yeterli görmeyip ek güvence ister ve bu verilmezse sözleşme bozulabilir; sözleşmeyi bozarsa ücretinden eserin tamamlanmaması dolayısıyla tasarruf ettiği giderler indirildikten sonra kalan kısım yasal ipotek hakkından yararlanır; yüklenici avans almışsa bu da alacağından indirileceğinden, çoğu zaman işe devam etmek, yasal ipotek hakkı yeterli olmasa bile, onun için elverişli görünebilir. Yasal ipotek hakkı geçici olarak tescil ettirilmişse, iflas idaresinin yük-

22 818 sayılı Borçlar kanunu md. 105.
23 HGK. 21.7.1987, 241/752.
24 11. HD. 24.9.1985, 3533/4757.

lenicinin tartışmalı olan alacaklarını kabul veya ret konusunda karar vermesi, reddettiği bölüm için yüklenicinin mahkemeye başvurması gerekir. Malik henüz inşaata başlamadan önce taşınmazını değerinin çok üstündeki alacaklar için rehnetmiş olabilir; yüklenicinin yasal ipotek hakkının tescili daha sonraki tarihli olduğu için ipoteğin paraya çevrilmesinde yüklenicinin çalışmasıyla arsaya getirdiği değer fazlasının önceki ipotek sahiplerinin eline geçmemesi için, rehin paraya çevrildiği zaman yüklenici bütün alacaklarını alamamak suretiyle zarara uğrarsa, bu zararın doğacağını önceden bilen veya bilmesi gereken üstün sıradaki alacaklılar, paylarına düşen miktarların toplamından arsanın değerine düşen miktar indirildikten sonra kalanla yüklenicinin zararını gidermekle yükümlüdürler[25].

Yargı Kararlarından Örnek Verelim

Karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi diğer bir anlatımla yerine getirmede direnme halinde, alacaklı TBK'nın 125. maddesinde[26] yazılı seçimlik hakkı "her zaman" kullanabilir. Ancak; bu hakkı kullanmak zorunda da değildir. Alacaklı, borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı süresi içinde isteme hakkına sahiptir. Alacaklı bu seçimlik hakkını kullanamadığı takdirde, birinci seçimlik hak olarak sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. TBK'nın 114. maddesi[27]; delaletiyle 52. maddesi[28] sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. Buna göre, zarar görenin, kusuru, tazminattan indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Ne var ki buradaki kusur, TBK'nın 49. maddesi[29] anlamındaki kusurdan farklı olarak; zarar görenin "zarara razı olması" ya da "eylemin, zararın oluşmasına veya zararın artmasına yardım etmesi" şeklinde belirlenir. Bu özel nedenler bulunmadıkça, zararın sonuçlarının bir bölümü zarar görene yükletilemez. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması; hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek için kullanıldığı hallerde" söz konusu olabilir **(13. HD. 15.6.1995, 5604/5908)**.

Yasa koyucu para borcunun geç ödenmesi halinde bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiştir. Bu zararın karşılanması iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm kanıtlanmadan ödenmesi talep edilecek zarar miktarıdır ki bu temerrüt faizidir. Diğer bir deyişle temerrüt faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında davacının herhangi bir karineden istifade etmek olanağı yasal olarak mevcut değildir. Dava konusu somut olaydaki ana fikir, ana düşünce temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar ku-

25 Tandoğan, II, 339-340.
26 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 106/II ve 108.
27 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 98.
28 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 44.
29 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 41.

rundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlayamamıştır. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark sebebiyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular TBK.nun 122. maddesinde[30] sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez. Davacı dava dilekçesinde alacağın zamanında ödenmemesi nedeniyle bankadan kredi kullanmak zorunda kaldığını iddia etmiş, 09.12.2004 tarihli delil listesinde de bu konudaki delillerini ibraz etmiştir. Mahkemece davacının talep ettiği döneme ilişkin olan ve delil listesinde bildirilmiş bulunan banka kredileri ile ilgili gerekli araştırma ve inceleme yapılarak davacının defter kayıtları ile belgeleri de incelenmek suretiyle konusunda uzman kişilerden yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor alınmak suretiyle davacının faizi aşan bir zararının mevcut olup olmadığı, zarar var ise miktarı saptanmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmelidir **(15. HD. 11.2.2008, 5953/780).**

1990, 1995 ve 1998 yıllarında satın alma yoluyla iktisap ettiği arazi vasfındaki dokuz gayrimenkulü satan davacının ticari olarak nitelendirilen bu faaliyetinden elde ettiği kazancını beyan etmediği görüşüyle, adına 1999 takvim yılı için resen vergi zıyaı cezalı gelir vergisi salınmış ve fon payı hesaplanmıştır. Gayrimenkul alım-satımından elde edilen kazançların ticari kazanç sayılarak vergilendirilmesi için devamlılık koşulu aranır. Ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda kazanç doğuran işlemin çokluğu devamlılık unsurunu belirler. Farklı yıllarda iktisap edildikten sonra elden çıkarılan birden çok taşınmaz bulunması, gayrimenkul alım-satım işiyle uğraşıldığına karine teşkil etmekte olup satışların aynı günde bir kişiye yapılmış olması bu durumu değiştirmez **(Danıştay VDDGK. 1.4.2005, 216/70).**

Yanlar arasında, davalının taşınmazındaki sulama sistemine elektrikli dinamonun montajı ve aynı yerdeki binasının kapı işlerinin yapılmasına yönelik olarak "sözlü sözleşme" yapıldığı ve iş bedelinin kararlaştırılmadığı uyuşmazlık

30 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 105.

konusu değildir. Sözleşme konusu işin yüklenici davacı tarafından yapıldığı ve davalı iş sahibine teslim edildiği davalının da kabulündedir. O halde, TBK'nın 479/I. maddesi[31] gereğince, iş teslim edildiğinden davacı yanca iş bedeli, davalıdan istenebilir. Ancak, iş bedeli yanlarca kararlaştırılmadığından ve aralarındaki uyuşmazlık iş bedelinden kaynaklanmış olduğundan, Borçlar Yasası'nın 366. maddesi hükmü gereğince, gerektiğinde yerinde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılmak suretiyle iş bedeli tutarının işin yapıldığı zamandaki serbest piyasa rayiçlerine göre mahkemece belirlenmesi gerekir. Mahkemece, elektrikli dinamonun montajı ve kapı yapılması işlerinin bedelinin saptanması için iki ayrı bilirkişiye inceleme yaptırılmış ise de, işin yapıldığı zamandaki serbest piyasa rayiçlerine göre, iş bedelinin belirlendiğine yönelik bilirkişi rapor ve görüşünde bir açıklık bulunmadığı gibi; kapı işinin bedelinin belirlenmesi hakkındaki bilirkişi görüşünde iş bedelinin dava tarihine göre hesaplandığı açıklanmıştır. Buna göre, bilirkişilerce belirlenen iş bedeli tutarları TBK'nın 481. maddesi[32] hükmünde öngörülen yasal yöntemle belirlenmemiş olduğundan, mahkemece hükme dayanak alınması doğru olmamıştır. Diğer yandan, davacı yüklenici davalı iş sahibinden 500,00 TL ve 100 ABD doları aldığını bildirmesine ve gerçekte mahsubu yapılmamasına rağmen gerekçeli kararda avans olarak tahsil edilen miktarın belirlenen iş bedelinden mahsup edildiğinin mahkemece belirtilmesi ve mahsubun gözetilmemesi, ayrıca kesin temerrüt tarihi kararda gösterilmeden temerrüt faizine hükmedilmesi kabul şekli bakımından da doğru değildir **(15. HD. 8.2.2007, 6839/705).**

Eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda da genel ispat kuralı geçerli olup, işin yapılıp teslim edildiğini kanıtlamak yükleniciye, iş bedelinin ödendiğini kanıtlamak iş sahibine aittir. TBK'nın 479. maddesinde yer alan "işin parası teslim zamanında ödenir" ibaresinden amaç, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, yüklenicinin kural olarak teslimden önce iş bedelinin ödenmesini isteyemeyeceği, iş sahibinin de teslimden sonra ödemelerini geciktiremeyeceğini belirtmektir. Yoksa eserin teslim edilmesi, bedelinin de ödendiğine karine teşkil etmez. Esasen maddenin karar başlığı da "ücretin muacceliyeti" şeklinde olup, ödeme durumu ile ilgili değildir **(15. HD. 18.6.2003, 2551/3302).**

TBK'nın 479. madde de yer alan hüküm, eser bedelinin istenebilirliği (muacceliyeti) ile ilgilidir. Maddenin ilk fıkrasında "işin parası teslim zamanında ödenir" deyiminden amaç, taraflarca aksi kararlaştırılmamış olmadıkça, yüklenicinin kural olarak teslimden önce iş bedelinin ödenmesini isteyemeyeceğini belirtmektir. Başka bir anlatımla, eser teslim edilmelidir ki, yüklenicinin bedeli isteme hakkı doğmuş olsun. Yoksa anılan madde hükmü eserin teslim edilmesi durumunda bedelinin de ödendiğinin kabulü gerektiği yolunda bir varsayım (karineyi) içermemektedir. Nitekim 479. maddenin kenar başlığı "ücretin muacceliyeti" şeklinde olup, maddede yalnız ödeme zamanı düzenlen-

31 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 364.
32 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 366.

miştir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın istenebilirlik (muacceliyet) kazanması ile bunun ödenmesi durumunu birbiriyle karıştırmamak gerekir. Eserin tamamlanması beklenmeden iş sahibince teslim alınmış ve eksikler de onun tarafından yerine getirilmişse, teslim anında bile bedelin istenebilirlik kazandığından söz edilemez. Çünkü eserin teslim olgusu, onun amaca uygun kullanılması olanağını da içermektedir. İş sahibi bedeli ödediğini öne sürüyorsa bunu kanıtlamalıdır; bu durumda yükleniciye bedelin ödenmediğini kanıtlama yükü yüklenemez **(15. HD. 6.10.1988, 4501/3152).**

ANONİM ŞİRKET KURULUŞU İÇİN GEREKLİ BELGELER KONUSUNA YENİ TÜRK TİCARET KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEME

Av. Reyhan MERCAN[1]

Giriş

14.02.2011 tarihinde Resmi Gazete'de ilan edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu (YTTK), 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan (Eski TTK) farklı birçok düzenleme getirmektedir. Bu kapsamda, anonim şirketlerin kuruluşu için gerekli belgelerin sayıldığı YTTK'nın 336. maddesi yeni bir düzenleme olup, 6762 Sayılı Kanun'da bu hususa ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Böylece, YTTK 336. maddesi ile daha önce ilgili kanun kapsamında düzenlenmesine yer verilmemiş olan anonim şirket kuruluşunun tescili için gerekli belgelerin kanuni dayanağı doğmuş bulunmaktadır. Bahse konu maddede anonim şirket kuruluşu için gerekli evraklar:

- Esas sözleşme,
- Kurucular beyanı,
- Değerleme raporları,
- Ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, kurulmakta olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler ve
- İşlem denetçisi raporudur. (6335 Sayılı Kanun ile kapsamdan çıkarılmıştır)

Bu sınırlı sayıda sayılan belgeler Ticaret Siciline sunulmakla birlikte birer nüsha şirket tarafından 5 yıl süreyle saklanır. YTTK kapsamına böyle bir düzenlemenin alınmasının nedeni esas olarak, kuruluş prosedüründe şeffaflığı sağlamak, gizli sözleşmelerin varlığını engellemek ve buna ek olarak uygulamada kurucular arasında yapılmasına sıkça rastlanılan "*hissedarlar sözleşmeleri*[2]"ni kuruluşun dışında tutmaktır.[3] Bu, Ticaret Siciline gizli sözleşmeler dahil tüm belgelerin sunulmasının öngörülmesinin esas nedenidir. Bu çalışmada anonim şirket kuruluşu için gerekli belgelerden, YTTK ile yeni

1 İstanbul Barosu Avukatlarından
2 Ticari piyasada "shareholders agreement" olarak anılan belge.
3 Bkz. YTTK Genel Gerekçesi.

getirilen düzenlemeler olan Kurucular Beyanı ve Türk Hukukunda uygulaması tartışmalı olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler, Esas Sözleşme ile birlikte değerlendirilecektir. Öte yandan 30.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklikle 6102 Sayılı Kanun'un kapsamından çıkarılan işlem denetçisine ilişkin bilgiye de yer verilmiştir.

I. Kurucular Beyanı

YTTK md.336 uyarınca kuruluş belgeleri arasında yer alan Kurucular Beyanı, YTTK'nın 349. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre anonim şirket kurucuları, kamuyu aydınlatarak sermayenin korunmasını sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine olarak kötüye kullanılmasına engel olmak, genel olarak yolsuzlukları önlemek, kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına hız kazandırmak amacıyla[4] şirketin kuruluşu aşamasında kurucular beyanını imzalamak yükümlülüğü altındadırlar. Maddeye göre, kurucular beyanında:

• Ayni sermaye konuluyor, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna,

• Bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine,

• Bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar,

• Şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetler ve iktisap fiyatları,

• Bahse konu menkul kıymetlerin ihraççıların son 3 yıllık finansal tablolarının, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgiler,

• Şirketin yüklendiği önemli taahhütler,

• Makina ve benzeri malların ve herhangi bir aktif değerin alımına ilişkin bağlantılar, fiyatlar, komisyonlar,

• İlgili her türlü borçlar,

• Kuruculara tanınan menfaatler gerekçeleriyle birlikte,

• Kuruluşta halka arz söz konusu ise, kimlerin halka arz amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiği,

• Pay taahhüdünde bulunanların birbirleriyle ilişkileri[5],

4 Bkz. YTTK Genel Gerekçesi.

5 Bu kişiler, şirketler topluluğuna dahil bulunuyorlar ise şirketler topluluğu ile ilgili olan ilişkileri. Bu husus uygulamada yabancılık unsuru söz konusu olduğu durumlarda "related party ve related party transactions" olarak anılmaktadır.

• Kuruluşu inceleyen işlem denetçisine[6] ve diğer hizmet sağlayıcılarına ödenen ücretlere ilişkin açıklamalara yer verilir.

Yukarıda sayılanlar sınırlı sayıda olmayıp, anonim şirket kuruluşunun tür ve özelliğine ve faaliyet konusuna bağlı olarak, kuruluşun hukuki temellere dayandığının ispatı için daha detaylı belgeler sunulabilecek veya talep edilebilecektir. Buna kuruluş içinde cereyan eden olaylar da dahildir. Nitekim beyanın denetçiye sunulmasından sonra, denetimin başladığı tarihe kadar beyan içeriğinde yer alan olaylarda değişiklik olmuş veya beyana girilmesi gereken yeni durumlar söz konusu olmuşsa- örneğin şirketin faaliyet konusu ile ilgili ödemeler yapılmışsa- denetimden önce ya ek rapor verilmeli ya da rapor güncellenmelidir.

Doğru bilgi verme ilkesine dayalı olarak kurucular beyanı, eksiksiz ve doğru olarak hazırlanmalıdır. Bazı konuların esas sözleşmede yer alması, beyanda onlar hakkında açıklama yapılması yükümünü ortadan kaldırmaz. Bahse konu hususlar gerekçeleriyle birlikte, detaylandırılarak, kesin ifadelerle ve ilgili hususa ilişkin emsallerine ve karşılaştırmalara da yer verilerek açıklanmalıdır. Rapordan kuruluşta aykırılık bulunup bulunmadığı tam olarak anlaşılmalıdır.[7] Nitekim, şeklen verilen ve eksik bilgilere dayanılarak hazırlanmış kurucular beyanı, sicil memurları tarafından reddedilmelidir. Aksi takdirde, kuruluş beyanı, uygulamada anonim şirketlerin niteliğine ve konusuna göre spesifik olarak özellik arz etmesi gerekirken, yalnızca formalite olarak hazırlanan standart bir belgenin ötesine geçemeyecektir. Bu noktada,

6102 Sayılı Kanun yürürlüğe girdiği tarihte kurucular beyanı sicil memurlarından önce işlem denetçilerinin incelemesinden geçecekti ve raporun içeriği bir denetime tabi olacaktı. Ancak 6335 Sayılı Kanun ile YTTK'nın kapsamından işlem denetçilerinin çıkarılmasıyla birlikte artık ek bir denetimden geçmeden bu beyan sicil memurlarının önüne gelecek olup, maalesef uygulamadaki yoğunluktan ötürü içerik olarak bir denetim gerçekleştirilemeyecektir. Ancak, YTTK ile ilgili ikincil mevzuat henüz yürürlüğe girmediğinden Bakanlığın bu hususta ek bir düzenleme yapıp yapmayacağı henüz net değildir. Bu aşamada tescil sırasında beyanı inceleyecek olan sicil memurlarına önemli bir görev düşmektedir. Nitekim, bu tarz işlemler uygulamada yalnızca işlerin gecikmesine neden olan bürokratik işlemler olarak ele alındığından, konuyla ilgili kişiler bu beyanın hazırlanması külfet olarak göreceklerinden pek de hevesli olup detaylandırmak amaçlı sıkı bir çalışma yapmayacaklardır. Bu noktada, bu tarz bir denetimin standardını yüksek tutmayı sağlayacak ve denetim mekanizmaları sonucu yaptırımların işlerliğine katkıda bulunacak baş aktörler sicil memurlarıdır.

6 İşlem denetçileri 6335 sayılı kanunun 19uncu maddesi ile YTTK kapsamından çıkarılmıştır.
7 Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu Esas No:1/324, S. 96.

a. Hukuki Sorumluluk

Kurucular beyanı aslen bir çeşit rapor olmakla birlikte, kurucuları bağlayıcı nitelik taşıdığından beyan olarak adlandırılmıştır. Raporun bütün kurucularla birlikte hazırlanıp verilmesi ve kurucularca imzalanması gerekir. Beyanda yer alan bilgilerin gerçeğe uymaması veya yanıltıcı nitelik taşıması durumunda, YTTK 549. maddesi çerçevesinde hukuki sorumluluk doğacaktır. Nitekim bu maddeye göre, şirketin kuruluş işlemleri ile ilgili belgelerin ve beyanların yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından veya gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı halinde bunlara katılanlar sorumlu olacaklardır. Dikkat çekici hususlardan biri, gerçeğin saklanmış bulunması da hukuki sorumluluk hallerinden biri olarak belirlenmiştir. Bu incelemenin artık işlem denetçileri olmayacak olsa da sicil memuru tarafından detaylı olarak yapılacağına işaret etse de bahse konu sorumluluk hallerinin ne kadar işlerlik kazanacağı ikincil mevzuat ve sicil uygulamaları ile tespit edilebilecektir.

b. Cezai Sorumluluk

Anonim şirket kuruluş işlemleri için sunulan belgelerin incelenmesi sonucu YTTK'nın yukarıda açıklaması yapılan 349. maddesi kapsamında kurucular beyanında verilen bilgilere aykırılık tespit edilmesi durumunda, kanuna aykırı hareket eden kurucular 300 günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmedilirler. Ayrıca YTTK 562. maddesi uyarınca, yine yukarıda açıklanan YTTK 549uncu maddesine göre, kuruluş için belgeleri düzenleyen, ilgili beyanlarda bulunan ve kanuna aykırılığa kusuru ile sebebiyet veren kuruluş prosedürüne katılmış kişiler, ilgili belgelerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından veya gerçeğin saklanmış bulunmasından dolayı 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Bu cezai hükmün Eski TTK'da karşılığı bulunmamakta olup, YTTK ile getirilen yeni bir düzenlemedir. Ayrıca, bu maddeye işlerlik kazandıracak önemli bir husus da, bahse konusu suçların şikayet üzerine değil resen takip edilecek olmasıdır.

Bahse konu cezai yaptırımlara ek olarak:

• YTTK 550. maddesi uyarınca, anonim şirketin sermayesinin kanuna uygun olarak taahhüt edilmediği veya ödenmediği halde bilinçli olarak öyleymiş gibi gösteren kişiler ve kusuru olmak koşuluyla şirket yetkilileri, aykırılığa konu payları taahhüt etmiş sayılırlar ve ilgili pay bedellerini faiziyle birlikte ödemek yükümlülüğü altındadırlar. Ayrıca bahse konu kişiler 3 aydan 2 yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmedilirler.

• YTTK 551. maddesi uyarınca, taahhüt edilen sermaye tutarı için ayni sermaye konulması durumunda ayni sermayenin değerlemesi hususunda hileli davranan kişiler, hileli değerlemenin yol açacağı zararlardan sorumludurlar ve buna ek olarak 90 günden az olmamak üzere hapis cezasına hükmedilirler.

II. İşlem Denetçisi Raporu

YTTK ile getirilen ve 6335 sayılı değişiklik yapan kanun ile kapsam dışına alınan bir yenilik 336. madde uyarınca kuruluş prosedüründe Ticaret Siciline sunulması gereken İşlem Denetçisi Raporu idi. İşlem Denetçisi Raporu YTTK'nın 351. maddesinde düzenlenmişti ve bu yeni düzenlemenin amacı, sermayenin taahhüdünde ve ödenmesinde, menfaat tahsisinde, tüm işlemlerde, borçlanmalarda, tasarruflarda, harcamalarda kanunlara, sözleşmelere aykırı hareket edilip edilmediğini, yanıltma, yolsuzluk, hile ve benzeri işlemlerin bulunup bulunmadığını inceleyip belirlemekti.[8] Kuruluş raporu olarak da nitelendirilen işlem denetçisi raporu:

• Payların tamamının taahhüt edildiğini,

• Kanunda veya Esas Sözleşmede öngörülmüş bulunan pay bedellerinin en az tutarlarının kanuna uygun olarak bankaya yatırıldığını,

• Buna ilişkin banka mektubunun kuruluş belgeleri arasında yer aldığını,

• Bu yükümlülüğün herhangi bir şekilde dolanıldığına ilişkin bir belirti bulunmadığını,

• Ayni sermaye ve devralınan ayınlar için mahkemece atanan bilirkişilerce değerleme yapıldığını,

• Mahkemece bir kararla onaylanan raporun dosyaya sunulduğunu,

• Kurucu menfaatlerinin kanuna uygun olduğunu,

• Kurucular beyanı ile ilgili açık bir uygunsuzluğun, aşırı bir değerlendirmenin[9], işlemlerde görünür bir yolsuzluğun bulunmadığını,

• Diğer kuruluş belgelerinin mevcut olduğunu,

• Gerekli noter onaylarının ve izinlerin alındığını içermelidir.

Sayılan hususlar sınırlı sayıda olmamakta idi ve kuruluşun tür ve özelliğine göre açıklamalar içermeliydi.

İşlem denetçisi raporuna yüklenen nitelik gereği, şirketin kuruluş prosedürünün mevzuata uygunluğu işlem denetçisi tarafından onaylanmadıkça, anonim şirketlerin kuruluşu tamamlanmayacaktı. İşlem denetçisi, kuruluş belgesi ile kuruluş için yapılan beyanların uyumlu olup olmadığıyla birlikte kuruluşla ilgili tüm belgeleri inceleyerek mevzuatla uyumlu olup olmadığına ilişkin bir rapor hazırlamak ile görevliydi. Kanımca işlem denetimi şeffaflığın

8 Bkz. YTTK Genel Gerekçesi.

9 Buradaki "aşırı bir değerlendirme" ifadesinden kasıt, kanımızca, anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin ilgili belgede durumun olduğundan biraz daha iyi gösterilmesine karşın, bu daha iyi göstermenin kısa veya uzun vadede kurucuların, anonim şirketin ve anonim şirketle hukuki ilişkiye girecek üçüncü şahısların haklarını zedelemeyecek veya zararına sebep olmayacak mahiyette olmasıdır.

sağlanması için önemli bir mekanizmaydı ve YTTK kapsamından çıkarılması isabetsiz olmuştur.

Esas Sözleşme

YTTK'nın getirdiği yeniliklerden biri de sermayenin önemine vurgu yapan esas sözleşmeye ilişkindir. Buna göre, anonim şirket esas sözleşmesini tasdik edecek olan noterlik, esas sözleşmenin sermaye maddesini inceleyerek sermayenin tamamının ortaklar tarafından taahhüt edilip edilmediğini kontrol edecek ve bu hususta esas sözleşmenin en altına bir şerh notu düşecektir.

Ayrıca YTTK'nın 340. maddesi esas sözleşmenin içeriğini yalnızca YTTK ile tanınan unsurlarla sınırlamakta bunun dışındaki hususlara sapma ancak YTTK'nın tanıdığı ölçüde gerçekleştirilebilecektir. Bu madde Alman hukukundan esinlenerek düzenlenmiş olup birçok nedenden ötürü eleştirilmiştir. İlk olarak maddenin esas sözleşmeyi düzenleyen kurucuların iradelerine pek yer bırakmadığı düşünülmektedir. İkinci olarak bazı avukatlar bu maddenin esas sözleşmenin standart hale gelmesine yol açacağını ve YTTK'nın emredici hükümlerinin tespit edilmesinde tartışmalara yol açacağını ileri sürmektedirler. Üçüncü olarak ise maddenin Ticaret Sicillerine geniş bir takdir yetkisi tanıdığı düşünülmektedir. YTTK'nın gerekçesine göre ise, bahse konu tartışmalar yerine bahse konu maddenin YTTK çerçevesinde açıkça hükümsüz sayılacak maddelerin ve hissedarların ve alacaklıların haklarına zarar verici maddelerin esas sözleşmede yer almasını engelleyecektir. Son olarak düzenleme esas sözleşmenin etkinliği konusunda açılan davaların azalmasını sağlayacaktır. YTTK'nın gerekçesinde belirtilen olumlu etkilerin dışında, YTTK'ya bağlılığı açıkça belirttiğini dikkate alırsak bahse konu madde aynı zamanda sözleşme serbestisi ilkesi noktasında tartışmalara yol açacaktır. Bugün artık bireysel hissedarlık ve azınlık haklarının korunması noktasında oluşan doktrinlerin, etkisini giderek kaybeden sözleşme serbestisi ilkesini sınırladıklarına şüphe bulunmamaktadır. Maddeye ilişkin esneklik veya sınırlar piyasa uygulaması ile de şekillenecektir.

Anonim şirket esas sözleşmesinin, anonim şirketin esas sözleşmenin noter tasdiki üzerine kurulmasından itibaren 30 gün içerisinde şirke merkezinin bulunduğu Ticaret Siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Bu süre Bakanlık iznine tabi anonim şirketler için Bakanlık izninin alınmasından itibaren başlamaktadır.

6335 Sayılı Kanun ile değiştirilen "Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"nun 22. maddesine göre anonim şirketler esas sözleşmelerini 1.07.2013 tarihine kadar YTTK ile uyumlu hale getirmek durumundadırlar.

SONUÇ

YTTK'da ve yürürlük kanununda değişiklik yapan 6335 Sayılı Kanun dolayısıyla önemli bazı hususlar değişmiş olup, bu noktada YTTK'nın diğer maddelerinde açıkta kalan hususlar olmuştur. Halihazırda, sicillerde işlemlerin durma noktasına gelmesine sebebiyet veren bu durumun çözüme ne şekilde kavuşturulacağını Bakanlığın yayınlayacağı ikincil mevzuat ve uygulama çerçevesinde göreceğiz.

ORGANİZE SANAYİ BÖLGESİNDE (OSB) BULUNAN TAŞINMAZLARI KREDİ ALACAĞINI TEMLİK ALMAK SURETİYLE KREDİ ALACAKLISI SIFATI KAZANAN VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİ DEVİR ALDIKLARI ALACAKLARINA MAHSUBEN SATIN ALABİLİRLER

(Av. Talih Uyar'ın Makalesinin[1] incelenmesi)

Av. Tayfun EYİLİK[2]

ÖZET: 5411 Sayılı Kanun'un 1433 maddesi kapsamında kurulan Varlık Yönetim Şirketleri Bankalardan fon dahil diğer mali kurumlardan B.K.4 162. maddesine göre devir ve temlik almış olduğu alacakların tahsili amacı ile yapılan organize sanayi bölgesinde bulunan taşınmazların cebri icra yolu ile yapılan satışlarına B.K. 168. maddesi gereğince iştirak ederek alacağa mahsuben satın alabilir.

Sayın Av. Talih Uyar bahsi geçen makalesinde özet olarak; [5]4562 sayılı

1 Talih Uyar. "Organize Sanayi Bölgesinde Bulunan Taşınmazların Yapılan Cebri İcra Yolu ile Satışlarına, Kredi Alacaklısı Kuruluştan Alacağı Temlik Almış Olan Varlık Yönetim Şirketi de katılarak "Alacağa Mahsuben" Taşınmazı Satın Alabilir mi ?" İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2012, C. 86, S. 3, s. 152.

2 İstanbul Barosu Avukatlarındanz

3 Bankacılık Kanunu 143 "Bankalar ve Fon dâhil diğer malî kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla, kuruluş ve faaliyet esasları Kurul tarafından belirlenen varlık yönetim şirketleri de kurulabilir. Varlık yönetim şirketleri alacaklarının tahsili ve alacakların ve/veya diğer varlıkların yeniden yapılandırılması kapsamında alacak tahsili amacıyla edindiği gayrimenkul veya sair mal, hak ve varlıkların işletilmesi, kiralanması ve bunlara yatırım yapılması ve yine alacaklarını tahsil etmek amacıyla borçlularına ilâve finansman sağlamak veya sermayelerine iştirak etmek dâhil olmak üzere her türlü faaliyeti gerçekleştirmeye yetkilidir."

4 818 sayılı Borçlar Kanunu
Madde 162 - Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir.
Borçlu, alacağın temlik edilmemesi şart edilmiş olduğunu bu şartı ihtiva etmeyen bir ikrarı bilkitabeye istinat ile, alacağını temellük eden üçüncü bir şahsa karşı iddia edemez.
Madde 168 - Alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur.
Temlik eden kimse, temellük edene alacak senedini teslim ve mevcut esbabı sübutiyeyi ve haklarının izhar için lüzumlu olan malümatı ita ile mükelleftir.
Gecikmiş faizler, asıl alacak ile birlikte temlik edilmiş addolunur.

5 (Değişik fıkra: 23/10/2008-5807 S.K./3.mad) OSB'ce teminat olarak gösterilen ve bu nedenle satışına karar verilen veya katılımcıların borcundan dolayı satışına karar verilen taşınmazların icra yoluyla satışı halinde; Bakanlık ve OSB alacaklarının öncelikle ödenmesi koşuluyla, bölgenin kuruluş protokolünde öngörülen niteliklere sahip alıcılara veya kredi

ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİ KANUNU'nun 15. maddesinin 23/10/2008 tarih ve 5807 S.K./3.mad. ile yapılan değişiklik sonucu oluşan 3. Fıkrasında bahsedilen "Kredi alacaklısı kuruluş" un Banka olduğunu, Varlık Yönetim Şirketlerinin Banka olmadığından bir varlık yönetim şirketi alacağa mahsuben Organize Sanayi Bölgesinde yer alan bir taşınmazı satın alır ise yapılan ihalenin feshi gerektiğini savunmaktadır.

Sayın Talih Uyar'ın yorumu bize göre ilgili kanunların sistematiği, kanunların yorumlanmasına ilişkin genel kurallar ve özellikle Borçlar Kanunu'nun 168. maddesi açısından son derece hatalı bir yorumdur. Şöyle ki;

1. OSB'den taşınmaz edinimi hususu İİK'na özgü bir düzenleme olmadığından sadece İİK mevzuatı açısından değerlendirilip OSB'lerine ilişkin mevzuat açısından, nitekim Borçlar Hukuku açısından değerlendirilmemiş olması hatalı olmuştur.

Organize Sanayi Bölgeleri ile ilgili değerli çalışmalarda bulunmuş, konunun pratiğine de hakım değerli hukukçularımızın da işaret ettiği gibi [6] İİK'dan ziyade OSBK, yönetmelik ve ilgili OSB'nin Kuruluş Protokolü ve bunlara uygun olarak satış ilanında yer alan katılımcı nitelikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sn. Uyar'ın makalesinde belirtildiği üzere İcra ve İflas Hukuku'na ilişkin bütün hükümler değil, İcra ve İflas Kanunu'nun kendi sistematiği göz önünde tutulduğunda, sınırlayıcı nitelik taşıyan İİK md. 38 vb. maddeleri gibi maddelerin dar yorumu söz konusu olabilir. Oysa OSB'lerinden alacağa mahsuben taşınmaz alınıp alınamayacağına ilişkin bir problemin çözümünde, İİK'da kendi sistematiği açısından sınırlayıcı nitelik taşıyan bir hususdan değil, OSBK açısından arsa tahsisinin kimlere yapılabileceği hususu söz konusudur ki, öncelikle konunun OSB mevzuatı açısından değerlendirilmesi gerekir. OSB mevzuatı açısından yapılacak değerlendirmede ise, İİK açısından dar veya geniş yorum açıklamaları yer bulmamaktadır. Anılan mevzuatta açıkça yer aldığı üzere kredi alacaklısı kuruluşun ilgili OSB'nin Kuruluş Protokolü'nde yer alan koşullara uyulmak ve edinimden sonra iki yıl içinde Kuruluş Protokolü'nde belirtilen niteliklere sahip kişilere satmak veya kiraya vermek koşuluyla OSB'de taşınmaz edinimine hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Öte yandan, OSB mevzuatında konu tartışmaya yer vermeyecek kadar açık bir şekilde yapılmıştır. Buradaki temel değerlendirmenin Bölge'nin Kuruluş Protokolü'nde yer alan hususlar ve Bölge'nin kabulü ile doğrudan bağlantılı olduğu tabiidir.

---

alacaklısı kuruluşa satış yapılabilir. Satış ilanlarında kuruluş protokolünde yer alan katılımcı niteliklerine de yer verilir

6 Av. Ayça Özok Ener İstanbul Barosu Avukatı

Varlık Yönetim Şirketlerenin taşınmaz satın almasını sınırlayan her hangi bir düzenleme olmadığı gibi gerek 4743 sayılı yasada, gerekse 4389 sayılı yasada nitekim 5411 sayılı kanunlar gereğince "*...Bankalar ve Fon dâhil diğer malî kurumların alacakları ile diğer* ***varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması*** *amacıyla..*" Varlık yönetim şirketleri kurulduğundan sınırlandırıcı bir sonuca varılmasına da imkan yoktur.

2. "Kanun koyucu alacağa mahsuben satın alacak kuruluşun sadece banka olmasını istese idi "*banka*" ibaresini, 5411 Sayılı Yasa'nın 3. Maddesinde tarif edilen kredi kuruluşları olmasını istese idi bahsi geçen yasaya atıfta bulunarak ya da açıkça "*kredi kuruluşu*" veya "*fon*" "*mali kuruluş*", "*finansal kuruluş*" gibi kurumları ayırt eden ibareler kullanarak tanımlamalar yapabilirdi.

Öncelikle 4562 Sayılı Yasa **"Kredi Kuruluşu" ibaresi yerine "kredi alacaklısı kuruluş" ibaresini kullanmıştır.** Sayın Talih Uyar; iddiasını; "kanun koyucu Varlık Yönetim Şirketleri'nin de alacağa mahsuben OSB'de yer alan taşınmazları alabilmesini istese idi yasaya - Kredi alacaklısı kuruluşa veya onun alacağını temlik almış olan Varlık Yönetim Şirketine satış yapabilir- şeklinde bir düzenleme getirebilirdi" yorumuna dayandırmaktadır. Oysa Sayın Talih Uyarın yorumunu esas alarak şu şekilde de bir sonuca varılabilir;

Kanun koyucu alacağa mahsuben satın alacak kuruluşun sadece banka olmasını istemiş olsa idi [**banka**] ibaresini, 5411 Sayılı Yasa'nın 3. Maddesinde[7] tarif edilen kredi kuruluşları olmasını istese idi [**kredi kuruluşu**] ibaresini veya [**fon**] [**mali kuruluş**], [**finansal kuruluş**] gibi kurumları ayırt eden tanımlamalar yapabilirdi**.**

5807 Sayılı Yasa'nın ilgili kanun maddesine ilişkin gerekçesinde de ısrarla kredi kuruluşu yerine "*kredi alacaklısı kuruluşlar*" ifadesini sıklıkla kullanarak ***"..kredi mekanizmasının önündeki engeller kaldırılmıştır"*** demek suretiyle de kanun koyucu düzenlemek istediği alanın, kuruluşlara yönelik değil kredilere yönelik olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle yasayla getirilen istisna belli bir kişi veya kuruluşa özgülenmemiş, krediye ve onun alacaklısına özgülenmiştir. Burada şahsa bağlı bir haktan değil sözleşmeye bağlı bir haktan söz edilmektedir. Kanun koyucu OSB'lerin kurulması ve faaliyeti için bahsi geçen taşınmazları edinen kişilerin kredi almalarını kolaylaştırmak, kredilerin de teminatsız kalmamasını istemektedir. Kanun koyucu bir kuruluşu veya bir bölgeyi korumaktan daha çok sanayinin gelişip ülke ekonomisine katkı sağlamasını istemektedir.

Kriz dönemlerinde **bankacılık sektörüne olan güvenin korunabilmesi bankaların mali yapılarının güçlü olmasına bağlıdır.** Bankaların mali

7 5411 Sayılı Kanun MADDE 3 - Bu Kanunun uygulanmasında; Kredi kuruluşu: Mevduat bankalarını ve katılım bankalarını.. ifade eder

yapılarının sağlam olması ise sermaye yeterlilik oranlarının yüksek olmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde bankacılık sektöründe ciddi sorunlar yaşanabilmektedir. **Varlık yönetim şirketlerine genelde bu gibi kriz dönemlerini takiben ihtiyaç duyulmuştur**. Gerçekten, dünyada bu şirketlerin bankacılık sektöründe meydana gelen krizlerin etkisiyle ortaya çıkan sorunlu varlıkların hızlı şekilde tasfiye edilmesi amacıyla kuruldukları görülmektedir [8]

Varlık yönetim şirketlerine duyulan gereksinimin temelinde, **bankaların portföy yönetim sorunlarının bertaraf edilerek, normal etkinliklerini sürdürmeleri ve kredi vermeye devam etmeleri düşüncesi bulunmaktadır**[9] Varlık yönetim şirketlerine özellikle bankaların sermaye yeterlilik oranını sağlayamadıkları hallerde ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü, bankaların sermaye yeterlilik oranını sağlamakta zorlandığı hallerde varlık yönetim şirketleri devreye girmekte ve bankaların karşılık ayırarak zarar yazdıkları alacakları rayiç değerlerinden satın alarak, riski banka bilançosu dışına çıkarmaktadırlar. **Böylece, bankalar sorunlu varlıkların tahsiliyle uğraşmak yerine asıl faaliyet alanlarına yönelmektedirler.**[10]

Ayrıca, varlık yönetim şirketleri kamu bankalarının borçlarını üstlenmek suretiyle bu bankaların özelleştirilmesine katkı sağladıkları gibi , varlık tasfiyesinde ölçek ekonomisi sağlamak, bankaların acele satışlar nedeniyle zarar görmelerini önlemek ve borç geri ödeme disiplinini artırmak gibi katkılar da yapmaktadırlar [11]

Aslında, gerek OSB ile ilgili , gerekse bankacılık ile ilgili, özel olarak da varlık yönetim şirketlerine ilgili mevzuatta OSB'de yer alan bir taşınmazın Varlık Yönetim Şirketi tarafından satın alınmasında her hangi bir engel olmadığı gibi; kanun koyucunun tüm bu düzenlemeler ile ilgili gerçekleştirmek istediği amacın Bankacılık ve Sanayi sektörünün gelişmesini sağlayarak güçlü bir ekonomi yaratmak olduğu anlaşılmaktadır.

Bunun için bankaların kredi vermeye devam etmesi beklenmektedir. Bankaların kredi vermeye devam etmesi amacıyla OSB'de yer alan bir taşınmazın kredinin teminatı olması halinde muhtemel bir icra satışında alacağa mahsuben alınabilmesine olanak sağlanmıştır. Bu şekilde kredilerin önü açılarak sanayinin gelişmesi için gerekli finansman sağlanmış, bankalarında mali bünyelerini güçlendirebilmeleri için iş bu kredi alacağını herhangibir kısıtlama

8 Ahmet Koray Tahtakılıç Bankacılık Krizlerinde Varlık Yönetim Şirketleri ve Türkiye Üzerinde Değerlendirmeler, Sh. 2 www.spk.gov.tr

9 Berk Mesutoğlu, Sorunlu Aktiflerin Varlık Yönetim □irketlerince Tasfiyesi, Ülke Örnekleri, s. 1 vd. www.bddk.gov.tr

10 Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN CEBRİ İCRA YETKİLERİNİN BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ *http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20076/ibd2007616.pdf

11 Mesutoğlu, s. 3.

olmaksızın devir edebilmesi için varlık yönetim şirketleri kurulması sağlanmıştır. Kanun koyucunun bir yandan bankaların gecikmiş alacaklarını varlık yönetim şirketlerine devir ve temlik etmesine olanak sağlarken diğer yandan devir edilen alacağın teminatını paraya çevirememesi halinde alacağa mahsuben alabilmesini yasaklamasına olanak yoktur.

3. Bankaların Kıymetli Maden Alım Satımına ve Alacaklarından Dolayı Edindikleri Emtia ve Gayrimenkullerin Elden Çıkarılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik **taşınmazları ne şekilde elden çıkarabilecekleri değil, taşınmazların ne zaman elden çıkarılması gerektiğine yönelik olup** 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 57.[12] ve 93. maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Sayın Talih Uyar; *bankalara ilişkin alacağa mahsuben alınan taşınmazlara yönelik düzenleme yapılmış olmasına karşın, Varlık Yönetim Şirketlerinin alacaklarına mahsuben satın aldıkları taşınmazları elden çıkarıp çıkaramayacakları, elden çıkaracaklar ise nasıl elden çıkaracakları özel olarak düzenlenmiş değildir,* ifadesi yer almakta ve bu çerçevede varlık yönetim şirketinin OSB bulunan bir taşınmazı alacağa mahsuben satın alınamayacağı sonucuna varılmaktadır.

Öncelikle belirtilmek gerekir ki, *Bankaların Kıymetli Maden Alım Satımına Ve Alacaklarından Dolayı Edindikleri Emtia Ve Gayrimenkullerin Elden Çıkarılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik*; ticari ve mali icap ve zorunluluklar nedeniyle, Vergi Usul Kanunu ile paralel olarak, bankaların aktiflerinde, işletme faaliyet ve ihtiyaçları kapsamı dışında varlıklar oluşması sebebiyle getirilen bir düzenledir. Sayın T.Uyar'ın yazısında yer aldığı üzere **taşınmazları ne şekilde elden çıkarabileceklerini değil, taşınmazların ne zaman elden çıkarılması gerektiğini ve VUK uyarınca amortismana tabi tutulup tutulmayacaklarını belirtmek amacıyla getirilmiş bir düzenlemdir.** 4562 sy. Kanun uyarınca OSB'de arsa satışları veya Varlık Yönetim Şirketleri'nin kuruluş ve faaliyet esasları ile taşınmaz edinmesi konuları ile hiçbir hukuki bağlantı içermemektedir.

---

12 MADDE 57 - Bankaların gayrimenkullerinin net defter değerleri toplamı özkaynaklarının yüzde ellisini aşamaz. Bu hesaplamada, değerleme veya enflasyon düzeltmesine bağlı olarak oluşan ve gayrimenkul hesabına eklenen değer artışları yüzde elli oranında dikkate alınır. Bankalar, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında gayrimenkul ve emtiayı esas alan sözleşmeler ile Kurulca uygun görülecek kıymetli madenlerin alım ve satımı hariç olmak üzere ticaret amacıyla gayrimenkul ve emtianın alım ve satımı ile uğraşamaz, ipotekli konut finansmanı kuruluşu ve gayrimenkul yatırım ortaklıkları hariç olmak üzere ana faaliyet konusu gayrimenkul ticareti olan ortaklıklara katılamazlar.Katılım bankaları tarafından gayrimenkul, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, kâr ve zarar ortaklığı, ortak yatırımlar yoluyla finansman sağlanması ve benzer faaliyetler nedeniyle üstlenilen yükümlülüklerden dolayı gayrimenkul ve emtia üzerine yapılan işlemler, bu madde ile yasaklanan ve sınırlanan faaliyetler kapsamında değerlendirilmez.Alacaklardan dolayı edinilmek zorunda kalınan emtia ve gayrimenkullerin elden çıkarılmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurul tarafından belirlenir

4. Kredi Alacağının Temlik Edilmesi Alacağın Kredi Alacağı olduğu ve Kredi Alacağını temlik alan kişinin de Kredi Alacaklısı olduğu gerçeğini değiştirmez.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddelerinde, 6098 sayılı[13] T.Borçlar Kanunun ise 183 ve devamı maddelerinde düzenlenen Alacağın Temliki /Alacağın devri: "alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını, borçlunun rızasına gerek olmadan, bir sözleşmeyle üçüncü bir şahsa devretmesi şeklinde tanımlanabilir" [14]

"Kaide itibariyle, bütün alacakların temliki mümkündür. Bu itibarla alacağın kaynağı ister akit, ister haksız fiil, ister haksız iktisap veya kanun olsun , temlik edilebileceği gibi, vadesi gelmemiş alacaklar, şarta bağlı alacaklar dahil temlik edilebilir. Bunun gibi kaynak itibariyle amme alacakları da kabili temliktir**" [15]**

Kural olarak bütün alacakların temliki mümkün olduğuna göre özel bir bankanın kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağını da temlik etmesinde hiç bir engel bulunmamaktadır.

BK 167 TBK 188 e göre borçlu devri /temlik'i öğrendiği zaman devredene karşı sahip olduğu tüm itiraz ve defileri devir/temlik alana da ileri sürebilmektedir. Buna göre bir alacağın temlik edilmesi borçlunun hukuki durumunda bir değişiklik yaratmadığı gibi alacağın niteliğinde, muacceliyetinde, itiraz ve defilerin ileri sürülmesi bakımından da hiç bir değişiklik yaratmaz.

"O halde BK.168/1 maddesi hükmü gereğince bu borç, zamanaşımı kesilmiş durumu ile davacı bankaya intikal eylemiştir. Temlik suretiyle alacaklı olan davacı Bankanın da temlik eden kişi bakımından zamanaşımının kesilmiş olması durumundan temlik hükümleri gereğince yararlanması temlikin doğal bir sonucudur." **[16]**

5. Alacağın Temlikinin Kapsamı

Temlik ile mevcut bir alacak ve/veya ileride doğacak bir alacak devir edilebilir. BK 168 ve TBK 189 gereğince Temlik ile kişiliğe özgü olanlar dışında kalan alacağa bağlı feri haklarda temlik alana geçer. Alacağın feri haklarının temlik alana geçmesi için ayrı bir anlaşma yapılmasına da gerek yoktur.

Feri haklara örnek olarak faiz, teminat hakları, yenilik doğuran haklar, rüçhan hakları verilebilir. Öte yandan yasa "*diğer müteferri haklar" demek*

13 2012 Temmuz Ayında yürürlüğe giren "Türk Borçlar Kanunu "

14 Doç.Dr. Fahrettin ARAL TOPYEKÜN TEMLiK Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültsi Dergisi http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1991-1992-42-01-04/AUHF-1991-1992-42-01-04-Aral.pdf

15 Prof. Dr. Nisim FRANKO Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi DergisiCilt: 49 Sayı: 1 http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5267.pdf

16 YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 1979/11-1578 K. 1982/746 T. 25.6.1982

suretiyle feri hakları sayı olarak sınırlamamıştır. Buradaki tek sınır "kimsenin şahsına has olanlardan maada" "devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki" demek suretiyle bağlı hakların kişiliklere özgülenmemiş olmasını aramıştır.

"Borçlar Kanunu'nun 168. maddesi gereğince, bir alacağın temliki, temlik edenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik haklarını ve öteki ek hakları kapsar". [17]

"..*alacağı temellük edenin temlik edene halef olması ve halefiyete alacağa bağlı hakların (ve bu kapsamda teminatın da) dahil olmasının bir sonucudur (Berki, 1965: 145.)"* **[18]**

"*Şey ile alacak arasında objektif (maddî) bir irtibat connexite objective ou materielle) mevcutsa, alacak temlik edilse dahi bu irtibat baki kalır. Böyle bir irtibat, şey ile onun için yapılan masraflara veya şeyin sebebiyet verdiği zararın tazminine müteallik alacaklar (debi tum cum rejunctum) arasında mevcuttur. Bu çeşit alacakları temellük eden kimsenin de şey üzerinde hapis hakkı icra edebilmesi hakkaniyete uygundur***."[19]** H.Tandoğan'a göre temlik konusu olan alacak ile eşya arasında bir bağlantı var ise var olan hapis hakkı da temlik alana geçer.

Nisim Franko yukarıda adı geçen eserinde, kamu alacaklarının dahi temlik edilebileceğini belirtirken Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise ; Bir kamu kuruluşu olan TMSF'nin yasa gereği kamu alacağı sayılan alacaklarını temlik sözleşmesi ile bir varlık yönetim şirketine devir ve temlik etmesi üzerine; Varlık Yönetim Şirketine devir edilen bir alacağın imtiyazlı olup olmamasına yönelik bir uyuşmazlıkta; 23.11.2008 tarihli bir kararı ile[20] "*Borçlar Kanununun 168 nci maddesine göre temlikle, alacak üzerindeki rüçhan hakları da temlik alana geçtiğinden, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan imtiyazların davacı yararına uygulanması gerektiği*."ne karar verilmiştir.

Yargıtay bir başka kararında[21] "*zira yasa zamanaşımını hazine alacakları için geriye çekmiş bulunmaktadır*" demek suretiyle TMSF tarafından "Alacağın Temliki Sözleşmesi" ile bir varlık yönetim şirketine devir edilmiş bir alacağın fon alacaklarına yönelik 20 yıllık zamanaşımı süresine ilişkin kanun hükmünden yararlanacağına karar vermiştir.

---

17 YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2007/2885 K. 2008/3710 T. 5.6.2008

18 Sezin Aktepe İPOTEĞİN ALACAĞA BAĞLI HAK OLMASI VE DİĞER ÖZELLİKLERİ İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:6 Sayı:12 Güz 2007/2 s. 177-193 http://www.iticu.edu.tr/yayin/dergi/s12/M00192.pdf"

19 HALUK TANDOĞAN "HAPİS HAKKININ TEMLİKİ" A.Ü.HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ 1954 http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1954-11-03-04/AUHF-1954-11-03-04-Tandogan.pdf

20 YARGITAY 19. H.D. 23.11.2008 Tarih ve 2008/10510E 2008/11610K sayılı kararı

21 Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.09.2007 tarih ve 2007/17165-16185 sayılı kararı

Uygulamada icra daireleri gerek satışa hazırlık işlemleri sırasında gerekse taşınmazların tescilleri aşamasında alıcılarda aranan şartlar ile ilgili olduğu gibi ayrıca Varlık Yönetim Şirketleri açısından da OSB kuruluşundan onay almaktadır. Bu mahiyette yapılan bir çok ihale Yargıtay[22] dahil yargı denetiminden geçerek kesinleşmiştir.

Nitekim; Varlık Yönetim Şirketinin satışa çıkarılmış OSB'deki bir taşınmazı alacağa mahsuben almasının ihalenin yapılması sırasındaki hatalı işlem sayıldığı ve bu nedenle ihalenin feshini gerektirdiğini belirten **iş bu eleştiri yazımızın konusunu oluşturan makale; Uzman görüşü olarak sunulmuş olduğu ihalenin feshi davasında Gebze İcra Hukuk Mahkemesinin 20.12.2011 tarihli 2011/630-1023 sayılı** "*Gerek yasa ve gerekse yönetmelik ile getirilen düzenleme ile varlık yönetim şirketlerine satın aldığı alacakları tahsil edebilme, varlıkları nakde çevirebilme, alacakların tahsili amacı ile gayrimenkulleri edinebilme, edindiği gayrimenkulleri işletebilme , kiralayabilme ve bunlara yatırım yapabilme va alacaklarının tahsili amacıyla her türlü faaliyeti gerçekleştirme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle alacaklı her ne kadar kredi veren kurum niteliğinde değil ise de alacakların tahsili amacıyla hacizli olan gayrimenkulü satın alabilir. Aksi taktirde ihale konusu taşınmazın niteliği de nazara alındığında başka alıcı çıkmadığında taşınmazın satılamaması ve alacağın tahsil edilememesi gibi bir durum ortaya çıkar. Bu bağlanmda temlik alanın ihaleye girerek taşınmazı satın almasında 5411 Sayılı Yasa ile bu yasa gereğince çıkartılan yönetmelik gereğince 4562 Sayılı Yasada ki düzenlemeye aykırılık bulunmadığından ihalenin feshi sebebi bulunmadığı kanatine varılmıştır*" şeklindeki **kararında belirtildiği üzere doğru bulunmamıştır.**

SONUÇ

4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu kapsamında kurulan OSB'de bulunan bir taşınmazın kredi borcundan dolayı cebri icra yolu ile yapılan satışına; takip borçlusunda kredi alacağı bulunan bankadan iş bu alacağı temlik almış olan Varlık Yönetim Şirketinin, alacağına mahsuben taşınmazı satın almasında ihalenin yapılması sırasında hatalı bir işlemden söz edilmez. İlgili OSB'nin kuruluş protokolü'nde yer alan koşullara uyulmak ve ediminiden sonra iki yıl içinde Kuruluş Protokolü'nde belirtilen niteliklere sahip kişilere satmak ve kiraya vermek koşuluyla OSB'de yer alan taşınmazları alacağına mahsuben alabilir.

22 Yargıtay 12. H.D.nin 05.03.2012Tarih ve 2012/4088-6180 sayılı kararı)

KAYNAKÇA

- *Talih Uyar. "Organize Sanayi Bölgesinde Bulunan Taşınmazların Yapılan Cebri İcra Yolu ile Satışlarına, Kredi Alacaklısı Kuruluştan Alacağı Temlik Almış Olan Varlık Yönetim Şirketi de katılarak "Alacağa Mahsuben" Taşınmazı Satın Alabilir mi ?" İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2012, C. 86, S. 3, s. 152.*
- *Ahmet Koray Tahtakılıç Bankacılık Krizlerinde Varlık Yönetim Şirketleri ve Türkiye Üzerinde Değerlendirmeler, Sh. 2 www.spk.gov.tr*
- *Berk Mesutoğlu, Sorunlu Aktiflerin Varlık Yönetim Şirketlerince Tasfiyesi, Ülke Örnekleri, s. 1 vd. www.bddk.gov.tr*
- *Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN CEBRİ İCRA YETKİLERİNİN BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ *http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20076/ibd2007616.pdf*
- *Doç.Dr. Fahrettin ARAL TOPYEKÜN TEMLiK Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültsi Dergisi http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1991-1992-42-01-04/AUHF-1991-1992-42-01-04-Aral.pdf*
- *Prof. Dr. Nisim FRANKO Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi-Cilt: 49 Sayı: 1 http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5267.pdf*
- *YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 1979/11-1578 K. 1982/746 T. 25.6.1982 Kazancı.com.tr*
- *YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2007/2885 K. 2008/3710 T. 5.6.2008 kazancı.com.tr*
- *Sezin Aktepe İPOTEĞİN ALACAĞA BAĞLI HAK OLMASI VE DİĞER ÖZELLİKLERİ İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:6 Sayı:12 Güz 2007/2 s. 177-193 http://www.iticu.edu.tr/yayin/dergi/s12/M00192.pdf"*
- *HALUK TANDOĞAN "HAPİS HAKKININ TEMLİKİ" A.Ü.HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ 1954 http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1954-11-03-04/AUHF-1954-11-03-04-Tandogan.pdf*
- *YARGITAY 19. H.D. 23.11.2008 Tarih ve 2008/10510E 2008/11610K sayılı kararı*
- *Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.09.2007 tarih ve 2007/17165-16185 sayılı kararı*
- *Yargıtay 12. H.D.nin 05.03.2012Tarih ve 2012/4088-6180 sayılı kararı)*
- *BDDK Bankalar Kanunu, 2005.*
- *Altay, İsmail: Varlık Yönetim şirketlerinin Kuruluşu, İşleyişi, BDDK ile İlişkisi ve Bu şirket Modelinin Sağladığı Avantajlar, Active Finans Dergisi, 2003 Temmuz Ağustos, s. 54 vd.*
- *T.EYİLİK Varlık Yönetim Şirketlerinin Harç ve Vergi İstisnası www.hukuki.net/hukuk*

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

EŞLERİN KOCANIN BABASINA AİT YERDE OTURMASI

●

ECRİMİSİL • AİLE KONUTU*

ÖZET: Kayıt maliki olan davacının oğlu ile gelinin bedelsiz olarak oturmalarına izin verdiği taşınmaza ilişkin muvafakatini geri alması her zaman mümkündür.

Dava açılmakla muvafakatin geri alındığı kabul edilmeli ve davalıya gönderilen ihtarname de dikkate alınarak ecrimisile ve elatmanın önlenmesine karar verilmelidir.

Bu durumda "Aile Konutunun" varlığından söz edilemez.

Y.HGK E:2009/1-401 K:2009/473 T:04.11.2009

(….Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, çekişme konusu üzerinde "kargir ev" niteliğinde bina bulunan 437 ada 16 parsel sayılı taşınmazın kayden davacıya ait olduğu, davalının kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı bulunmamakla beraber binadaki bir bölümü kullandığı anlaşılmaktadır.

Davacı, davalının gelini olduğunu, oğlu ile birlikte oturmasına dair verdiği izne dayalı olarak taşınmazı kullandıklarını, ancak oğlunun gelini ile aralarının açılması nedeniyle oğlunun davalı aleyhine aynı yer mahkemesinde açtığı boşanma davasının redle sonuçlanıp kesinleştiğini ve bunun üzerine oğlunun çekişmeli yeri terk ederek davalı ile ayrı yaşadıklarını, taşınmazı terk etmesi için davalıya ihtar çekmesine rağmen tasarrufunu sürdürdüğünü ileri sürerek eldeki davayı açmıştır.

Hemen belirtilmelidir ki, davacı kayıt maliki olup, Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Taraflar arasında bir kira ilişkiside bulunmamaktadır. Esasen davalı ile birlikte davacının oğlunun taşınmazı muvafakata dayalı olarak tasarruf ettikleri dosya kapsamı ile sabittir.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 14. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

Dava açılmış olmakla muvafakatin geri alındığının kabulü gerekir. Kaldı ki, davacının davalıya ihtar çekerek taşınmazı boşaltmasını istediği de sabittir. Öte yandan, davalının taşınmazın aile konutu olduğu yolundaki savunmasına kayıt maliki davacı ile davalının taşınmazın aile konutu olduğu yolundaki savunmasına kayıt maliki davacı ile davalının (ve eşiyle) arasındaki hukuki bir ilişki kurulmadığına göre davacıyı bağlamayacağı ve önem ifade etmeyeceği de tartışmasızdır. Bir başka ifade ile somut olayda 6570 Sayılı Yasa'nın 12. maddesi hükmünün uygulama yeri yoktur. O halde, davalının taşınmazı kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez. Diğer taraftan, davacının oğlu ile davalının ayrı yaşamakla birlikte evliliklerinin devam etmekte olmasının davacının mülkiyet hakkı karşısında taşınmazı davalının kullanılmasının haklı ve geçerli nedeni olarak kabul edilemez.

Hal böyle olunca, elatmanın önlenmesi isteğiyle birlikte davacının davalıya çektiği ihtarname de gözetilmek suretiyle belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirmeyle davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir...) gerekçesiyle oyçokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel 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 Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **(BOZULMASINA)**, ikinci görüşmede 04.11.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı tarafından dayalı aleyhine açılan el atmanın önlenmesi davası sonucu mahkemece davanın reddine dair verilen karar özel tarafından gerekçesinde belirtilen nedenlerle bozulmuş, direnme kararı üzerine Yüksek Kurul tarafından aynı gerekçelerle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle bozma kararına katılamıyorum:

Davacı ve taşınmazın maliki olan kişi gelini olan dayalı aleyhine eldeki davayı açarak taşınmaza olan haksız el atmasının önlenmesini istemiştir. Doğal olarak TMY 683. maddesine göre mülkiyet hakkına tecavüzde bulunulan kişinin bu davayı açmakta hukuki yararı vardır. Ancak

böyle bir davanın dinlenebilmesi için kullanımın haksız olması gerekir. Dosyada bulunan delillere göre davalının böyle bir haksız kullanımı yoktur. Çünkü bu taşınmazın dava dışı davacının oğlu davalının kocası olan kişiye ailesi yani davalı ile birlikte bedelsiz oturmak üzere verildiği gerek tarafların, gerek mahkemenin gerekse dairenin kabulündedir. Bu durumda kullanımın haksız olması için gereken koşul davalının eşine verilen onayın bir uyarı ile geri alındığının bildirilmesi veya onay verilen kişi aleyhine dava açılmasıdır. Somut olayda ne davacının dava dışı oğluna verdiği onayı alması ne de onun hakkında bir dava açması söz konusudur.

Yüksek Özel Daire bozma kararında dava açılması ile onayın alındığını, bu nedenle davalının kullanımının haksız fiil durumuna düştüğünü belirtmektedir. Dava açılması ile onayın geri alındığının kabul edilebilmesi için davanın onay verilen kişiye karşı açılması gerekir, oysa burada onay verilen oğla karşı davacının açtığı bir dava bulunmadığından kendisine onay verilen kişiye tebaan taşınmazı kullanan kişinin kullanımının haksız fil durumuna düşmesi mümkün değildir.

İlke olarak şu hususu belirtmekte yarar vardır; bir kişiye taşınmazın kullanımı için onay verildiğinde ona tebaan kullanacak kişilere de onay verilmiş sayılır. Örneğin Babanın kullanımına onay verildiğinde yasal olarak onunla birlikte oturması gereken velayeti altındaki çocuğunun da oturmasına onay verilmiştir. Bu nedenle babaya verilen onay kaldırılmadıkça velayeti altında ve babaya tebaan oturan çocuklar aleyhine açılacak bir el atmanın önlenmesi yasal olarak karı – koca aynı yerde birlikte otururlar. Olayımızda olduğu gibi kocaya verilen onay kaldırılmadığı sürece ona tebaan oturan eşi aleyhine açılan boşanma davası dinlenemez.

Somut olaya gelince: Kendisine oturma izni verilen dava dışı ve davacının oğlu ile davalı evlidir, ancak aralarında boşanma davası vardır. Bilindiği gibi boşanma davasının varlığı tarafların birlikte oturdukları konutu ortak konut olmaktan çıkarmaz, ancak isteyen boşanma davası devam ettiği sürece ortak konuttan ayrılabilir. Bu ayrılma hukuki ayrılma değil fiili ayrılmadır ve ortak konutu ortak konut olmaktan çıkarmaz. Olayımızda da dava dışı koca boşanma davası nedeniyle fiili olarak konuttan ayrılmıştır. Yukarıda açıklanan ilkeye göre taşınmaz halen karı –koca yönünden ortak konut olmaya devam ettiğinden ve davalı kadının kullanımı kocaya tebaan olduğundan kullanımının haksız olduğu söylenemez. Çünkü koca bu eve boşanma davası devam ettiği sürece her zaman geri dönme hakkına sahiptir. Kaldı ki eldeki davanın devamı sırasında karı-koca arasında görülen boşanma davası ret ile sonuçlanmış ve kesinleşmiştir, konut olarak konut (özelde aile konutu) olmaya devam etmektedir. Eldeki bu dava kabul edilip kesinleştiğinde şöyle bir durum ortaya çıkacaktır; koca eve gelmiştir, eşi olan kadın da kocası ile birlikte oturmak için eve geldiğinde hakkındaki kesin hüküm nedeniyle bu eve giremeyecektir. Böylelikle toplumun temeli olan aile birliği kesin mahkeme kararı ile fiilen ortadan kaldırılmış olacaktır. Böyle bir durumun hukuki olduğunu söylemek mümkün değildir.

Görüşmeler sırasında taşınmazın aile konutu olmasının mülkiyet hakkı sahibi davacıyı ilgilendirmeyeceği bu nedenle el atmanın önlenmesi davasının kabulü gerektiği yolunda görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüş ilke olarak doğrudur. Ancak olayımızın bu ilke ile ilgisi yoktur. Aile konutu karı-koca arasında birlikte oturdukları konutla ilgilidir, oysa burada tartışılması gereken şey sadece ve sadece davacının verdiği onayın halen ayakta olup olmadığıdır. Kullanımı için onay verilen taşınmaz dayalı ve eşinin aile konutu olarak oturdukları yer olmayıp örneğin bir yazlık da olabilirdi.

Görüşmeler sırasında ileri sürülen düşüncelerden birisi de mülkiyet hakkının kutsal olduğu davacının bu hakkı kullanmasına engel olunamayacağı hususudur. Bu düşünce olarak doğrudur, ancak mülkiyet hakkı sahibinin onayı ile taşınmazın kullanımının haksız fil oluşturduğunu söylemek hukuken mümkün değildir ve en azından bunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Açıklanan bu nedenlerle yerel mahkeme kararının onanması görüşündeyiz.

AİLE KONUTU İDDİASI • YARGILAMADA İZLENECEK YOL

ÖZET: Aile konutu mülkiyeti verilmesi, tapuya tescili olmadığı takdirde yaşam boyu konutta oturmaya izin verilmesi ve tapuya tescili gibi talepler, boşanmaya tabi olmayan bağımsız istemlerdir. Bu nedenle usulüne uygun olarak harcı yatırılmak suretiyle dava açılmalıdır.

Y.HGK E:2010/2-21 K:2010/38 T:27.01.2010

Taraflar arasındaki "boşanma, maddi ve manevi tazminat, aile konutu kullanım hakkı, mal rejiminin tasfiyesi, tedbir ve yoksulluk nafakası" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.09.2007 gün ve 2006/956 E.007/914 K.Sayılı kararın incelenmesi taraflar vekili tarafından istenilmesi üzerine;

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 28.01.2009 gün ve 2007/20217 E., 2009/889 E. Sayılı ilamı ile;

(...1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Davacıdan kaynaklanan, davalı kadının kişilik haklarına saldırı teşkil eden bir olayın varlığı kanıtlanmamıştır. (TMK. M. 174/2) O halde davalının manevi tazminat isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirmiştir.

3-Davalı kadın 09.10.2006 tarihli cevap dilekçesiyle aile konutunun mülkiyetinin verilmesi ve tapuya tescili, olmadığı takdirde yaşamı boyunca bu dairede oturmasına izin verilmesi ve tapuya tescilini talep etmiştir. Bu talep boşanmanın fer`i niteliğinde olmayıp harca tabidir. Bu hususta davalı tarafından usulüne uygun harcı verilerek açılmış bir dava veya karşılık dava bulunmadığı halde yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

4-Davalı kadının maddi tazminat talebi yönündün faiz isteği hakkında olumlu olumsuz bir hüküm kurulmaması doğru görülmemiştir....)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda kısmen direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; boşanma, maddi ve manevi tazminat, aile konutu kullanım hakkı, mal rejiminin tasfiyesi, tedbir ve yoksulluk nafakası istemine ilişkindir.

Boşanma ve aile konutu kullanım hakkına yönelik istemin kabulüne, mal rejiminin tasfiyesi istemi hakkında herhangi bir karar verilmemesine, diğer istemlerin kısmen kabulüne dair verilen yerel mahkeme kararı, yukarıda tam metni yazılı Özel Daire kararı ile bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, bozma kararının (3) ve (4). Bentlerinde gösterilen bozma nedenlerine uyulmuş; (2) bendinde gösterilen bozma nedenine ise direnilerek, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Hükmü temyize taraf vekilleri getirmiştir.

1- Davacı vekilinin direnme kararına yönelik temyizi yönünden:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararının (2) bendinde açıklanan gerektirici nedenlerle göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

2- Davacı ve Davalı vekillerinin uyulan kısma yönelik temyizine gelince:

Mahkemece, bozma ilamının (3) ve (4) bentlerine uyulmuş ve bozma ilamında işaret edilen hususlar çerçevesinde yeni bir hüküm oluşturulmuş olmakla, bu yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının inceleme mercii Hukuk Genel Kurulu değil, Özel Daire'dir.

O nedenle, taraf vekillerinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

1-Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile (1)bentte açıklanan nedenlerle direnme kararının **(BOZULMASINA)**

2- (2)Bentte açıklanan nedenlerle, taraf vekillerinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **2. HUKUK DAİRESİ'NE (GÖNDERİLMESİNE)** Oyçokluğuyla karar verildi.

İKRARIN BAŞKA BİR DAVADA DELİL OLMASI

•

MAHKEMEYE SUNULAN BELGELER

ÖZET: Bir davada yapılan mahkeme içi ikrar, başka bir davada da geçerli olup, kesin delil teşkil eder.

Dava belgelerinde yapılan ikrar geçerli olup ikrar eden aleyhine kesin delil teşkil eder.

Bir boşanma davası dilekçesinin ekinde davacı delili olarak sunulan protokol, aynı taraflar arasında görülen başka bir davada da protokolü daha önceki boşanma davasında sunmuş olan taraf aleyhine kesin delildir.

Bu noktada o protokolün mahkemece tasdiki de aranmaz.

Esasen, ikinci davada söz konusu protokol içeriğine aykırı talepler ileri sürülmesi "Dürüst Davranma" ilkesine de aykırıdır.

Y.HGK E:2010/2-96 K:2010/106 T:24.02.2010

Taraflar boşanma davasının 20.04.2006 tarihli oturumunda boşanma ve fer'iler konusunda anlaşmışlardır. Dava, evlilik birliği içinde alınan taşınmaza katkı nedeniyle alacak istemine ilişkin olup, bu istek boşanmanın fer`ilerinden değildir. Taraflarca hazırlanan protokol mahkemece onaylanmadığı gibi, boşanma davasının hüküm fıkrasında katkı payı nedeniyle alacakla ilgili bir hüküm de kurulmamıştır. Tarafların gösterdikleri delilleri toplanıp, ulaşılacak sonuç uyarınca işin esasıyla ilgili karar verilmesi gerekirken davanın yazılı gerekçe ile reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır….)

Gerekçesiyle oyçokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, evlilik birliği içinde satın alınan taşınmaza katkı nedeniyle alacak istemine ilişkindir.

Davacı, davalı ile boşandıklarını, 330 ada 96 parsel sayılı taşınmazın 1/8 hissesini evlilik birliği içerisinde 2003 yılında kendisinin satın aldığını ancak

davalı adına tapuya kayıt ettirdiğini, boşandıktan sonra davalının hissesine düşen bedeli vermediğini belirterek, bahse konu taşınmazın tasfiyesi ile katılma rejimi doğrultusunda alacağının tespiti ve tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, tarafların anlaşmalı olarak boşanıp, aralarında düzenledikleri 17.04.2006 tarihli protokol ile mal rejiminin tasfiye edildiğini, her iki tarafın anlaşması doğrultusunda mal bölüşümü yapılarak tarafların bunun dışında birbirlerinden herhangi bir taleplerinin olmayacağını kararlaştırdıklarını, protokolün davacı yönünden bağlayıcı olduğunu, dava konusu 96 parseldeki hisseyi müvekkilinin kendi kişisel çalışmaları ve birikimi ile satın aldığını ileri sürerek, davanın reddine karar verilmesini dilemiştir.

Mahkemece, taraflar arasında 01.01.2002 tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu, davaya konu taşınmazın bu tarihten sonra 09.09.2003 tarihinde edinildiği, tarafların boşanmaya ilişkin dava dilekçesi ile mahkemece uygun bulunan protokolde boşanmanın mali sonuçlarını da düzenledikleri, bu şekilde taraflar arasında tasfiyeye konu bir malvarlığı değerinin bulunmadığı, bilerek ve isteyerek protokolle karşı tarafa bir takım maddi olanaklar sağlayan kişinin, boşanma işlemi gerçekleştikten sonra sağladığı olanakları geri istemesinin iyi niyet, doğruluk, dürüstlük ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile bağdaşmayacağı, ayrıca kendi kusuru ile mali imkanlarını zorlayan tarafın MK'nın 2. maddesinden yararlanmasının da söz konusu olamayacağı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir.

Özel Daire'nin yukarıda yazılı bulunan bozma kararı üzerine yerel mahkemece; önceki gerekçeler ve ayrıca, taraflar arasında düzenlenmiş protokolün mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğu, mahkeme içi ikrarın kesin delil niteliğinde olup, bu davada ileri sürülebileceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Açıklanan maddi olgu, iddia ve savunma ile bozma ve direnme kararlarının kapsamları itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 maddesine dayalı anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında akdedilmiş olan boşanma protokolünde yer alan mal rejimi hukukundan kaynaklanan anlaşma maddelerininin tamamının açıkça ve ayrıca mahkeme hükmünde yer almaması ve yine portokolün mahkemece açıkça onaylanmamasının mal rejiminden kaynaklanan taleplerin istenmesine engel olup olmayacağı; boşanma davasında sunulan protokolün mahkeme içi ikrar niteliğinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, "ikrarın" hukuki niteliği, konusu ve ispat kuvveti açısından türleri üzerinde durulmasında yarar vardır.

Yargılama usulü bakımından ikrar, açıklayan tarafından hasmının karara bağlanmasını istediği hakkın veya hukuki durumun meydana gelmesine esas

olan ve hasmınca ileri sürülen maddi olayların tümünün veya bir bölümünün doğru olduğunun bildirilmiş olması demektir. (YHGK 9.11.1955 gün E.4-79 K.78, YHGK 25.06.1975 gün E.4/681 K.879)

İkrarın ispat kuvveti, yapıldığı yere göre belirlenir. Bu cümleden olarak, ikrarın yapıldığı yere göre bir ayırıma tabi tutulması, kanundan doğan bir zorunluluk olup, ikrarın mahkeme içinde veya mahkeme dışında yapılmasına farklı hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır.

Kavram olarak da mahkeme dışı ikrar Hukuk Usülü Muhakemeleri Kanunu'nun 236. maddesinin dördüncü fıkrasında, **"Mahkeme haricindeki ikrarı teyit edecek delail ve emare mevcut ise hakim buna binaen hüküm verebilir."** Hükmü ile açıkça kullanılmış iken, mahkeme içi ikrar aynı maddenin birinci fıkrasında **"Dava evrakında veya hakim huzurunda iki taraftan birinin veya vekilinin sebkeden ikrarı muteberdir. Ve mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder."** Hükmü ile örtülü olarak kullanılmıştır.

Mahkeme dışı ikrarın, taraflardan ya da onların yetkili temsilcilerinden sadır olması ve ikrarın mahkemeye yönelik değil ya karşı taraf, ya da başka kimseler veya merciler önünde yapılması gerekir. Mahkeme dışı ikrar, kesin bir delil olmayıp, takdiri delildir. Hakim, mahkeme dışı ikrarı doğrulayacak delil ve emare varsa, buna dayanarak hüküm verebilir. (HUMK. M.236/4)

Mahkeme içi ikrarın, taraflardan yada onların yetkili temsilcilerinden sadır olması ve ikrarın yargılama içinde, mahkemeye karşı yapılması gerekir. Mahkeme içi ikrar, mahkeme önünde sözlü olarak yapılabileceği gibi, bir dilekçe veya layiha (dava evrakı) ile de vakıa ikrar edilebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 236/1 maddesinde "dava evrakı" olarak belirtilen belgeler, tarafların dilekçe ve layiha gibi, davayı hakim önüne götüren ve dava ilişkisi nedeniyle birbirlerine usulen tebliğ ettirdikleri belgelerdir. Mahkeme içi ikrar, bir kesin delildir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; bir davada yapılan mahkeme içi ikrar, başka bir davada da geçerli olup, kesin delil teşkil eder. (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı baskı, İstanbul 2001, C: 2, S:2045)

Bu genel açıklamalardan sonra, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 maddesine dayalı anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında akdedilmiş olan boşanma protokolünde boşanmanın mali sonuçlarının kararlaştırılması kavramına, mal rejiminin tasfiyesinin dahil olup olmadığı, böyle bir kararlaştırma varsa bunun sonuçlarının ne olacağının irdelenmesi gerekmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 maddesine dayalı olarak açılan boşanma davalarında, evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği

temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek protokolü uygun bulması şarttır. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı (TMK md. 184/3) hükmü uygulanmaz" (TMK md.166/3)

Anılan maddede, boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 174. maddesinde düzenlenen boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat, 175. maddesinde düzenlenen yoksulluk ve 182. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talep haklarına ilişkindir. Anlaşmada ayrıca yer verilmemişse tarafların aralarındaki akdi ilişkiyi tasfiye ettikleri kabul edilemez.

Görüldüğü üzere, mal rejiminin tasfiyesi anlaşmalı boşanma kapsamında değildir. Başka bir anlatımla boşanmanın mali sonuçları ila çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme, mal rejiminin tasfiyesine yönelik istemleri içermez.

Somut olaya gelince, davacı eldeki davadan önce açtığı başanma davasında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını, davalı ile karşılıklı olarak boşanma ve boşanmanın mali sonuçları konusunda tam bir mutabakat sağladıklarını belirterek, davalı ile anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verilmesini talep etmiştir.

Davacının dava dilekçesinin ekinde sunduğu 17.04.2006 tanzim tarihli "Protokol" başlıklı belgenin, 4. maddesinde, tarafların, kendilerine ait eşyaları aldıkları, 5. maddesinde, birbirlerinden hak ve alacakları kalmadığı 7. Maddesinde ise, evlilik birliği içinde edinilmiş herhangi bir malları olmadığı, bu yönde de bir taleplerinin bulunmadığı belirtilmiş, 29.04.2006 tarihli oturumda da, davacı dava dilekçesini tekrar etmiş, her iki yan da aralarındaki anlaşmaya göre boşanmaya ve mali sonuçlarına karar verilmesini istemişlerdir.

1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 236/1.maddesi hükmü uyarınca dava evrakında yapılan ikrar geçerlidir ve ikrar eden aleyhine, başka bir davada da kesin delil teşkil eder.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, davacının boşanma davasında ibraz ettiği imzalı dava dilekçesi, "Protokol" başlıklı belge ve duruşmadaki beyanının HUMK'un 236/2.maddesinde öngörülen mahkeme içi ikrar niteliğinde olup, görülmekte olan davada davacı aleyhine kesin delil teşkil ettiği ve 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında öngörülen yazılı belge mahiyetinde bulunduğu,her türlü kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.05.1992 gün ve E. 1992/14-249 K.1992/323 ve 23.05.2007 gün ve 2007/14-289 E.2007/291 K. Sayılı kararlarında da aynı görüş benimsenmiştir.

Öte yandan, taraflar arasında düzenlenmiş boşanma protokolünün, sadece mal rejiminin tasfiyesine ilişkin 7. maddesi boşanma hükmünde ayrıca ve açıkça gösterilmemiştir. Bunun dışında kalan çocukların velayetine, çocuklarla kişisel ilişki kurulmasına, maddi ve manevi tazminata ve yargılama giderlerine ilişkin maddeleri ise açıkça ve ayrıca boşanma ilamının hüküm kısmında gösterilmiştir. Bu hal ve tarafların yargılamadaki beyanları dikkate alındığında protokolün mahkemece uygun bulunduğu, ancak, içeriği de evlilik birliği içinde edinilmiş herhangi bir mal olmadığı, bu nedenle taleplerinin bulunmadığı şeklinde olan 7. maddesinin gerek bu ifade tarzı gerekse de mal rejiminin boşanmanın mali hükümlerinden olmaması nedeniyle hüküm fıkrasında bu kısmın ayrık tutulduğunun kabulü gerekmekte, bu hal anılan protokolün ve boşanma davasında gerçekleşen beyan ve belgelerin tümüyle mahkeme içi ikrar ve kesin delil olma niteliğini etkilememektedir.

Bununla birlikte, davacı, dava dilekçesinin ekinde boşanma protokolünü sunduğuna ve bunun dava dilekçesinin eki olduğunu açıkça belirttiğine yargılamada aralarındaki anlaşmaya göre boşanmaya karar verilmesini istediğine ve davalı kadının da bu anlaşmadaki düzenlemeye güvenerek boşanmayı kabul ettiğine göre, bundan sonra davacının bu protokol hükümlerine aykırı olarak, boşanma davasındaki beyan ve dilekçelerini yok sayarak görülmekte olan bu davayı açıp, protokol hükümlerine aykırı olarak talepte bulunması 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen "Dürüst Davranma kuralına da aykırılık teşkil etmekte, eş söyleyişle, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamaların sonucu olarak, kural olarak, anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında akdedilmiş olan boşanma protokolünde yer alan mal rejimi hukukundan kaynaklanan anlaşma maddelerinin mahkeme kararında yer alması veya protokolün mahkemece onaylanması gerekir. Mal rejiminden kaynaklanan talepler boşanmanın ferilerinden olmadığından ayrıca dava konusu edilebilirler.

Ancak somut olayda, davacının dava dilekçesinin ekinde boşanma protokolünü mahkemeye sunmuş olması, boşanma davasındaki beyanları, boşanma kararının hüküm kısmı ve tarafların hiçbir zaman protokoldeki imzalarını inkar etmemiş olmaları, protokolün mahkemece onaylandığı, dikkate alındığında, boşanma dava dosyasındaki bu belge ve beyanların mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğu, böylece görülmekte olan davada kesin delil niteliğini taşıdığı ve ayrıca davacının bu ikrarına rağmen eldeki davayı açarak tamamen aksini ileri sürmekle dürüstlük kuralına aykırı davrandığının ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kabulü gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, aynı hususlara dayanan ve usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Davacının temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,**

24.02.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Türk Medeni Kanunu'nun 184/5.maddesine göre, "Boşanma veya ayrılığın fer`i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz." Bu hükme göre hakimin iradesinin varlığı sözleşmenin geçerlilik şartıdır.

Boşanma dava dilekçesine 17.04.2006 tarihli "Anlaşmalı Boşanma için Protokol" başlıklı belge eklenmiştir. Ancak, duruşma sırasında protokol okunmamış, bu protokol hakkında tarafların beyanları alınmamış, davacı ve davalı da protokole atıfta bulunmamışlardır. Daha açık bir ifade ile ne mahkeme önünde ne de gerekçeli kararda protokolden hiç söz edilmemiştir. Protokol boşanma hükmüne esas alınmamış, anlaşmalı boşanma tarafların duruşma sırasındaki beyan ve kabulleri nazara alınarak gerçekleşmiştir. Bu beyan ve kabullerde de mal rejiminin tasfiyesinden hiç bahsedilmemiştir. Protokolün 7. maddesinde aynen "tarafların evlilik birliği içinde edinmiş oldukları herhangi bir malları yoktur. Bu nedenle bu yönde de talepleri yoktur" denilmektedir. Oysa ki davalı 2003 yılında 3. kişiden dava konusu taşınmazı satın almıştır. Şu halde protokolün 7.maddesi gerçek durumu yansıtmamaktadır. Hakim tarafından onaylanmayan bu protokol hukuki sonuç doğurmaz. Aksi halde taşınır ve taşınmaz mal varlığını evlilik hayatı boyunca diğerinden gizleyen kötü niyetli eşe hukuki himaye sağlanmış olur.

Hakim tarafından onaylanmayan ve boşanma kararı hüküm fıkrasında yer verilmeyen 17.04.2006 tarihli protokol taraflar arasında hukuki sonuç sağlayan bir sözleşme değildir. Bu sebeple sayın çoğunluğun onama düşüncesine iştirak edilmemiştir.

ÜÇÜNCÜ KİŞİYE AİT TAŞINMAZ • AİLE KONUTU KAVRAMI*

ÖZET: Oğlunu ve gelinini bedelsiz olarak kendi evinde barındıran kişinin bu noktadaki muvafakatini geri alması mümkündür.

Bu durumda söz konusu taşınmazın "Aile konutu" olabileceğinden de söz edilemez.

Zira üçüncü kişiye ait taşınmazın karı koca arasında "Aile konutu" olarak kabul edilmesi taşınmaz maliki üçüncü kişiyi bağlamaz.

Y.HGK.E.2010/1-218 K.2010/251 T.05.05.2010

Taraflar arasındaki "elatmanın önlenmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda:

Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 04.03.2008 gün ve 2008/17 E., 2008/57 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2009 gün ve 2009/64 E.,2009/1387 K. Sayılı ilamı ile,

("…. Dava, bağımsız bölüme elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir.

Noksanın tamamlanması yoluyla getirtilen kayıttan, çekişme konusu 81 nolu bağımsız bölümün davacı adına kayıtlı bulunduğu, davalının taşınmazda kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı olmadığı gibi, taşınmazda "aile konutu" yönünde bir şerh de olmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı, maliki bulunduğu taşınmazı oğlu ile aralarında boşanma davası görülen davalı gelininin haksız kullandığını ileri sürerek eldeki davayı açmış, davalı ise taşınmazı "aile konutu" olarak kullandığını savunmuştur.

Mahkemece, çekişme konusu taşınmazın aile konutu olarak belirlendiği, davalının boşanma davası sonuçlanıncaya kadar yeri kullanma hakkı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; davacının çekişmeli taşınmazı öğrenci olan oğlu A'ya oturması için tahsis ettiği 14.02.2004 tarihinde davalı ile davacının oğlunun evlenmeleri üzerine bedelsiz olarak anılan taşınmazda davacının muvafakatı ile oturmaya devam ettikleri sonradan aralarında geçimsizlik baş göstermesi üzerine Kadıköy 4. Aile Mahkemesi'nin 2007/740 esas sayılı dosyası ile boşanma davası açıldığı, davanın, derdest bulunduğu, anılan davanın devamı sırasında 14.12.2007 tarihinde davacının dava-

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan Yargıtay 14. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

lıya gönderdiği ihtarname ile muvafakatını geri aldığı ve fuzuli şagil olduğu taşınmazı üç gün içinde boşalmasını istediği görülmektedir.

Yukarıda açıklanan olgular birlikte değerlendirildiğinde; TMK'nın 683. maddesi gözetildiğinde, davacının mülkiyet hakkına dayalı olarak her türlü elatmanın önlenmesini isteyebileceğinden eldeki davayı açma hakkı bulunduğu ve kayıttan kaynaklanan mülkiyet hakkına üstünlük tanınması gerektiği kuşkusuzdur. Öte yandan davacının muvafakati dışında davacının mülkiyet hakkının kısıtlanmasını gerektirir hukuken geçerli bir nedenin bulunmadığı açıktır.

Dava açılmakla muvafakatın geri alındığı gözetildiğinde davalının taşınmazı kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez. Ayrıca karı koca arasında 3. kişiye ait taşınmazın "aile konutu" olarak kabul edilmesinin kayıt maliki yönünden bağlayıcılığı düşünülemez.

Hal böyle olunca; davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir. Davacının temyiz itirazları yerindedir...")

Gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, haksız işgal nedeniyle çaplı taşınmazdaki bağımsız bölüme elatmanın önlenmesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, dava konusu taşınmazın aile konutu olarak tahsis edildiği, aile konutu şerhinin tapuya tescilden önce de sonuç doğuracağı ve evlilik devam ettiği sürece aile konutu vasfı taşıyan yer için TMK 683. maddesine göre dava açma hakkı bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, yukarıda belirtilen gerekçe ile bozulmuş, Yerel Mahkemece önceki gerekçeler tekrarlanarak ilk kararda direnilmesine karar verilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacıya ait çaplı taşınmaza davalının haksız elatması bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki mülkiyet, toplum yararı ile sınırlı, sahibine gerek yetki ve gerekse ödevler yükleyen kamu ve özel hukuk karakterli, kendine özgü bir haktır.

1982 Anayasası, mülkiyet hakkını 1961 Anayasası'na göre daha da güçlendirerek, temel hak ve ödevler kısmına almıştır. 1982 Anayasası'nın 35. mad-

desinde, "herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz" düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı ve kamu düzeni amacı ile sınırlandırılabilecektir.

Malik, mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde dilediği gibi kullanabilir. Eşya üzerindeki egemenliğin üçüncü kişilere karşı korunması için malike verilen bu yetkilerin yaptırımı olan davalar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde belirlenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Mülkiyet Hakkının İçeriği" başlıklı 683. maddesi (Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 618. madde);

"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir." Hükmünü içermektedir.

Mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin malik tarafından gereği gibi kullanılmasını önleyen ve üçüncü kişilerden gelen etkilere karşı korunma aracı olarak haksız elatmanın önlenmesi, taşkınlığın giderilmesi, durdurulması için elatmanın önlenmesi davası hakkı tanınmıştır.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki, Yasa hükmünde "haksız elatmadan" söz edilmiş olması karşısında bütün bu davranışların haksız olması, davalının bir hakka dayanmaması gerekli ve yeterlidir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde; davacı taşınmazın kayıt maliki olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Davacı maliki olduğu konutu kullanması için dava dışı oğlu ve davalı gelinine tahsis etmiştir. Davalı ile birlikte davacının oğlu taşınmazı davacı malikin onayına dayalı olarak tasarruf etmişlerdir. Bu durumda davacı tarafından verilen onay devam ettiği sürece konutun davacının oğlu ve davalı tarafından kullanımının haksız olmadığı açıktır.

Bilindiği üzere elatmanın önlenmesi davasında husumetin taşınmazı haksız kullanana yöneltilmesi gereklidir. Eldeki davada her ne kadar davacı anne, taşınmazı bedelsiz olarak kullanmaları için dava dışı oğlu ve davalı gelinine vermişse de, dava dışı oğlunun; davalı karısı ile arasında görülmekte olan boşanma davası sırasında çekişmeli konutu terk etmiş olması ve halen ortak konutta oturan davalı geline karşı da ihtar çekerek eldeki davayı açması karşısında, artık davacının taşınmazın kullanımına dair verdiği muvafakatini geri aldığının kabulü gereklidir.

Öte yandan, taşınmaz malikinin üçüncü kişi olması nedeniyle taşınmazın aile konutu olarak kabulü mümkün olmadığı gibi taraflar arasında bir kira ilişkisi de bulunmamaktadır. Ayrıca, davacının oğlu ile davalının ayrı yaşamakla birlikte evliliklerinin devam etmekte olması davacının mülkiyet hakkı karşısında taşınmazı davalının kullanmasının haklı ve geçerli nedeni olarak kabul edilemez.

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 04.11.2009 gün ve 2009/1-401 E. 2009/473 K. Sayılı ilamında da vurgulanmıştır.

O halde, davacı malik tarafından konutun kullanımı için onayın geri alınması karşısında davalının konutu kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez.

Bu durumda, 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 Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **(BOZULMASINA)** yapılan ikinci görüşmede 05.05.2010 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı mülkiyet hakkı sahibi olup davalının kayınvalidesidir. Davacının dava dışı olan oğluna niza konusu taşınmazı kullanması için onay vermiştir. Davalı ve eşi bu taşınmazı birlikte kullanırken aralarında çıkan olaylar nedeni ile boşanma davası açılmış ve dava dışı koca ortak konuttan ayrılmıştır. Mülkiyet hakkı sahibi davacı davalıya çektiği uyarıda davalı ile eşi arasındaki boşanma davası nedeni ile davalının fuzuli şagil durumuna düştüğünü bu nedenle evi terk etmesini istemiş, ev boşaltılmayınca da eldeki davayı açmıştır.

Hukuki olarak çözümlenmesi gereken davalının taşınmazı kullanmada haksız olup olmadığının saptanmasıdır. Öncelikle şu hususun belirlenmesinde yarar vardır; bir taşınmazın kullanımı ile ilgili olarak kendisine onay verilen kişiye tebaan o taşınmazı onay verilen kişi ile birlikte kullananın bu kullanımının haksız olduğunu söylemek mümkün değildir. Tebaan kullanma olgusunu belirlerken de eldeki davada esas olan davalı kadın ile dava dışı kocanın birlikte kullanımında davalının haksız olup olmadığının belirlenmesidir. Türk Medeni Yasasına göre karı koca aynı evde birlikte yaşarlar. Bu hem bir hak hem de yükümlülüktür. Bu nedenle eşlerden birisine evin kullanımı için izin verilmesi halinde diğer eşin de kullanımına onay verilmiş sayılır. Davacının dava dışı oğluna onay verdiği konusunda bir niza bulunmamaktadır, bu onay devam ettiği sürece davalının kullanımının haksız olduğunu söylemek mümkün değildir. Aksi düşünce aile birliğinin bozulması sonucunu doğurur ki yasanın bunu kabul etmesi mümkün değildir. Eşine tebaan kullanan davalının kullanımının haksız olması için dava dışı eşine verilen onayın davacı mülk sahibi tarafından geri alınmış olması gerekir. Onay verilen kişiye verilen bu kullanım hakkı geri alınmadan ona tebaan kullanan kişi hakkında el atmanın önlenmesi davası açılması mümkün değildir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında davacının mülkiyet hakkı sahibi olduğu, mülkiyet hakkının sınırlandırılamayacağı, bu nedenle eldeki davayı açabileceği belirtilmiştir. Ancak olayın T.M.Y. 683 ve devamı maddelerindeki mülkiyet hakkının geçerli bir neden olmaksızın sınırlandırılması olarak kabul edilemez. Çünkü davacı kendi serbest iradesi ile taşınmazın kullanımını oğluna ve ona tebaan de davalıya bırakmıştır. Bu onay usulüne uygun olarak kaldırılmadıkça yani oğluna verilen onay alınmadıkça davalının kullanımının haksız olduğunu söylemek mümkün değildir. Onay kime verildi ise ondan geri alınması gerekir, bu nedenle davacının davalıya çektiği uyarıda kendisinin oturmasına karşı çıktığı yolundaki beyanı davalı yönünden hukuki sonuç doğurmaz.

Bu durumda boşanma davasının açılması sonucu dava dışı eşin ortak haneyi terk etmesinin birlikte oturulan evi ortak hane olmaktan çıkartıp çıkartmadığı, bunun sonucu olarak davalının eşine tebaan kullanımının devam edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Bilindiği gibi boşanma davasının açılması ile ortak ev olmaktan çıkmaz. Taraflar isterlerse aynı evi birlikte kullanabilirler, ancak taraflardan birisi isterse bu evi kullanmayabilir. Ancak bu durumda da boşanma kararı kabul ile sonuçlanıp kesinleşinceye kadar yine ortak ev olma niteliğini korur. Olayımızda kesinleşmiş ve boşanma ile sonuçlanmış bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. Öyle ise davaya konu konut ortak konuttur ve davacının dava dışı kullanımı devam etmektedir ve kullanımın haksız olduğunu söylemek mümkün değildir. Davalı ile dava dışı kocası arasındaki boşanma davasının bulunması ve kocanın bir süre için evi fiilen terk etmesi sonuca etkili değildir. Koca her zaman için gelip bu ortak konutu boşanma davasının devam ettiği sürece kullanabilir. Bu davanın açılmasındaki amaç davalının kullanımının engellenmesi ve dava dışı oğlun kullanımının sağlanmasıdır. Bu nitelemeye göre de en azından davanın açılması hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Sonuç olarak davacı dava dışı davalının kocası olan oğluna verdiği onayı kaldırmadığından ve davalının kullanımı da bu kişiye tebaan olup haksız fiil sayılamayacağından davanın reddi yolunda oluşturulan yerel mahkeme kararının onanması gerekirken bozma yolunda oluşturulan Hukuk Genel Kurulu kararına katılamıyorum.

KARŞI OY YAZISI

Dava, 4721 sayılı TMK'nın 194. maddesi kapsamında "aile konutu" olarak kabul edilen evin tahliyesi isteğine ilişkindir.

Davanın reddine yönelik direnme kararının davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yüksek Hukuk Genel Kurulu'nun Sayın çoğunluğunca bozulmasına karar verilmiştir.

Uyuşmazlık konusu ve davalının oturduğu bağımsız bölüm davacı adına tapuda kayıtlıdır. Davacı bu bağımsız bölümü dava dışı oğlunun evlenmesinden 4 ay önce oğluna bedelsiz (kira alınmadan) olarak oturması için özgülemektedir. Davacının oğlu evlenince davalı eşi ile aynı bağımsız bölümde oturmaya devam etmiştir. Davacının oğlu davalı eşine karşı boşanma davası açtıktan sonra evi terk etmiştir. Bunun üzerine davacı, davalıya Noter ihtarname çekerek evi boşaltmasını aksi halde haksız işgalden dolayı dava açacağını bildirmiş ve sonuçta eldeki dava açılmıştır.

Davalı, evin aile konutu olduğunu bildirmiş ve davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, bağımsız bölümün aile konutu olduğu, açılan boşanma davasının derdest bulunduğu, boşanma davası kesinleşinceye kadar aile konutunun varlığını sürdüreceği, bu nedenle davacının TMK'nın 683. maddesi gereğince dava açma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yüksek Özel Daire, "….. Davacının, davalıya çektiği ihtarname ile oğlunun evde bedelsiz oturması için verdiği olurun (iznin) geri alındığı, davalının haksız işgalci durumuna düştüğü, davacının TMK'nın 683. maddesi gereğince mülkiyet hakkına dayanarak dava açma hakkının bulunduğu, mülkiyet hakkına üstünlük tanınması gerektiği, mülkiyet hakkının kısıtlanmasını gerektirir hukuken geçerli bir nedenin bulunmadığı ayrıca karı koca arasında 3. kişiye ait taşınmazın aile konutu olarak kabul edilmesinin kayıt maliki yönünden bağlayıcılığı düşünülemeyeceği…" görüşüyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Görüldüğü gibi Özel Dairece, TMK'nın 683. maddesinden hareketle hükmün bozulmasına karar verildiği halde, Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında hiç söz edilmemesine karşın adeta TMK'nın 683. maddesi bir yana bırakılarak, oturulan evin aile konutu olduğu ve ariyet yoluyla bedelsiz olarak oturması için oğluna verdiği kabul edilerek BK.nun 299 ve devamı maddeleri gereğince ariyet akti esas alınarak savunma yönünü yeğlemiştir.

Esasen Özel Daire ile yerel mahkeme arasında bağımsız bölümün "Aile konutu" olduğu konusunda bir uyuşmazlık söz konusu değildir. O halde, somut olayda TMK'nın 683.maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır.

Bu bakımdan, uyuşmazlığın TMK'nın 194. maddesi çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Eşler birlikte anlaşarak ve hareket ederek, beirledikleri bir evde oturmayı kabul etmişlerse, buna "Ortak Konut" denir. (TMK m.164,186) Eşlerden yalnızca biri tarafından oturacakları yer seçilip belirlenmiş ise, (somut olguda olduğu gibi) bu takdirde buna "Aile Konutu" denir. (TMK m.194)

Aile konutu aynı hakka (mülkiyetin eşlerden birine veya her ikisine ait olması gibi) dayalı olabileceği gibi, şahsi hakka (kira sözleşmesi, intifa hakkı, üst hakkı, ariyet sözleşmesi gibi şahsi haklardan kaynaklanabilir.) da dayanabilir. Doktrindeki baskın görüşe göre, kamu konutları ve lojmanlar aile konutu sayılmaktadır.

TMK'nın 683.maddesinde; "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip" olduğu hükmüne yer verilmiştir. Demek ki mülkiyet hakkı sahibinin yetkisi "hukuk düzeni sınırları" ile sınırlandırılmıştır. Şu halde aile konutu ile ilgili TMK'nın 194. maddesi, açıklanan hukuk düzeni sınırları çerçevesinde devreye girmesi gerekmektedir.

Davacı anne ile dava dışı ve davalının eşi oğlu arasındaki ilişkiyi ariyet akti olarak kabul etsek dahi davalının oturduğu evin aile konutu olduğu yönünde Özel Daire ile yerel mahkeme arasında bir uyuşmazlık bulunmadığına ve görüşmeler sırasında ağırlıklı olarak Genel Kurulca da kabul gördüğüne göre ariyet aktini düzenleyen BK.nun 299 ve devamı maddelerinden önce ailenin bütünlüğü ve korunması da gözetilerek somut olayda TMK'nın 194. madddesinin uygulanması gerekir. Çünkü dava dışı davacının oğlu tarafından açılan ve halen derdest bulunan boşanma davası bulunmaktadır.. Boşanma hükmü kesinleşinceye kadar da aile konutu hukuki varlığını sürdürmektedir. Bu konuda doktrin ile uygulama (yargısal kararlar) arasında bir görüş ayrılığı da yoktur.

Aile konutu başlığını taşıyan TMK'nın 194. maddesinde; "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz… Tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir…" denilmektedir. Görüldüğü gibi 194. madde de bir sınırlama getirmiştir. Burada açıklanan şerhin hukuki niteliği; TMK'nın 1010. maddesi anlamında tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin şerhdir. Madde 194`te açıklanan sınırlamanın hukuki niteliği ise, TMK'nın 168. maddesi anlamında bir "fiil ehliyeti" sınırlamasıdır. Tapu kütüğüne verilecek şerh de kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.

Davacı, evlilik hazırlığı içinde bulunan dava dışı oğluna kira almadan oturması için evi vermekle mülkiyet hakkını zaten kendi iradesi ile sınırlandırmıştır. Davalı da TMK'nın 186. maddesi uyarınca eşi tarafından belirlenen bağımsız konuta yerleşmeyi kabul etmiş ve duyduğu güven ile gelip yerleşmiştir. Artık davacının mülkiyet hakkından kaynaklanan üstün hakkının ön plana çıkartılması olabilir mi? Davacının bu davranışı açıkça mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasıdır (TMK.m.2/1-2) Böyle bir durum hukuk düzeni tarafından elbetteki korunamaz.

Kaldı ki, davalı iyi niyetli olup, aile konutu olarak seçilen evde oturmaktadır. Haksız işgalci olarak nitelendirilemez. Üçüncü kişi adına tapuda kayıtlı bulunduğundan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı "Aile konutunun şerhine" ilişkin Genelgesi'nin 4. maddesi uyarınca davalı tapu kütüğüne şerh verme olanağına da sahip değildir. Esasen şerh verme olanağı olsa bile, tapu kütüğüne bu yönde şerh verilmeden önce de aile konutu hakkı doğmuş kabul edilir.

Öte yandan, davacı oğluna evde oturması için olur vermiştir. İhtarnameyi oğluna çekmesi gerekirdi. Ancak, bu halde verdiği oluru geri almış olabilirdi. Davalıya gönderilen ihtarname ile olurun geri aldığının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Zira oturulan yer aile konutudur. TMK.m.194 devreye girer. Davacı ihtarnameyi oğluna göndermiş olsaydı, dava dışı oğlu haksız işgalci durumuna düşerdi. Bu durumda dahi evin aile konutu olması ve boşanma kesinleşinceye kadar hukuki varlığını sürdürmesi gerektiğinden tahliyeden önce kira yerine geçecek haksız işgal tazminatı isteyebilirdi.

"Oturmak üzere ücretsiz olarak verilen evin teslimi için gönderilen ihtarnamede gösterilen sürenin sonunda teslim yapılmadığı takdirde, o tarihten başlamak üzere haksız işgal tazminatı istenebilir." (S.Olgaç c.3,1977 baskı, s.754. Ariyet Akti bölümü) Demek ki tahliyeden önce var olan başka yollara başvurulması düşünülmelidir. TMK'nın 169. maddesinin uygulamada, uygulandığına rastlanıldğı söylenemez.

Sonuç olarak, somut olayda, TMK'nın 683 ve BK'nın 299 ve devamı maddelerinden önce taşınmazın aile konutu olarak seçilmiş bulunması nedeniyle TMK'nın 194.maddesi çerçevesinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması görüşünde bulunduğundan usul ve kanuna uygun bulunan **DİRENME KARARININ ONANMASI** gerekirken **BOZULMASI** biçiminde gerçekleşen Sayın çoğunluğun değerli görüşlerine açıklanan nedenlerle katılmıyorum.

TENKİS DAVASI • MAHKEMECE UYGULANACAK YÖNTEM*

ÖZET: Miras bırakanın mirasçıların saklı paylarını zedeleyen tasarrufları tenkis davasının konusudur.

Tenkis iddiası defi yoluyla da ileri sürülebilir.

Terekenin tasarruf edilebilir kısmı; net terekeden mirasçıların saklı paylarının çıkartılmasından sonra geriye kalan değerdir.

Net tereke; terekenin aktifinden pasifleri çıktıktan sonra kalan kısımdır.

Net tereke miras bırakanın ölümü tarihindeki değerlere göre hesaplanır.

Y.HGK E:2010/1-360 K:2010/372 T:07.07.2010

".....Dava, tenkis isteğine ilişkindir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacıların miras bırakanı N'nin maliki olduğu çekişme konusu 9 parça taşınmazın intifa hakkını üzerinde bırakarak çıplak mülkiyetini davalı kuruma, 02.12.1987 tarihinde bağış suretiyle temlik ettiği anlaşılmaktadır. Davacılar, miras bırakanın bağış şeklinde yapmış olduğu temliklerin saklı paylarını aşma kastı ile gerçekleşitirlidiğini ileri sürerek tenkis isteği ile eldeki davayı açmışlar ve mahkemece bilirkişi tetkikatı yaptırılarak davanın kabulü cihetine gidilmiştir.

Oysa, davalı tarafın dosyaya ibraz ettiği deliller arasında yer alan ve miras bırakanın imzaladığı, 24 Eylül 1998 tarihli belgede, davacılardan G.'e bedelini ödemek suretiyle bağımsız bölüm, damadına da taksi aldığı belirtilmekte, ayrıca 11.06.1999 tarihli vasiyetname olarak düzenlenmiş belgede ise İş Bankası Bandırma Şubesi'ndeki mevduat hesaplarından söz edilmektedir. Ne var ki mahkemece bu konuda bir araştırma ve değerlendirme yapılmamıştır. Bilindiği üzere, tenkis (indirim) davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağlı veya sağlar arası kazandırmaların (teberru) yasal sınıra çekilmesini amaçlayan öncesine koşul, miras bırakanın ölüme bağlı veya sağlar arası bir kazandırma işlemi ile saklı pay kazandırma konusu tereke ile kazandırma (temlik) dışı terekenin tümü ile bilinmesiyle iadeye ve tenkise tabi olarak yaptığı kazandırmalardır. Bunlar terekenin aktifini oluşturur. Miras bırakanın borçları, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bir aylık nafakası, terekenin belirtilen borçların indirilmesi net terekeyi oluşturur. Tereke bu şekilde tesbit edildikten sonra mirasın açıldığı tarihteki fiyatlara göre değerlendirilmesi yapılarak parasal olarak

* Gönderen: Av. Talih UYAR

miktarının tesbiti gerekir. (MK.565) Miras bırakanın Medeni Kanun'un 564. maddesinde belirlenen saklı paya tecavüz edip etmediği bulunan bu rakam üzerinden heaplanır. Tasarruf oranı aşılmış ise tasarrufun niteliğine göre icap ederse kazandırma işleminde, saklı payları zedele kastının bulunup bulunmadığı objektif (nesnel) ve subjektif (öznel) unsurlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira tasarruf oranını aşan her kazandırmada saklı payları zedelenen kastının varlığından söz edilemez.

Mutlak olarak tenkise tabi tasarruflarda (ölüme bağlı tasarruflar veya Medeni Kanun'un 565. maddesinin 1, 2 ve 3. bentlerinde gösterilenler) veya saklı payın ihlal kastının varlığı kesin olarak anlaşılan diğerlerinde özellikle muayyen mal hakkında tenkis uygulanırken Medeni Kanun'un 570. maddesindeki sıralamaya dikkat etmek davalı mahfuz hisseli mirascılardan ise aynı kanunun 561. maddesinde yer alan mahfuz hisseden fazla olarak alınanla sorumluluk ilkesini gözetmek, dava konusu olup olmadığına bakılmayarak önce ölüme bağlı tasarruflarla işlem sırasında dava edilmeyen kişi veya tasarrufların tenkisi gerekeceği ve birden çok kişiye yapılan teberru tenkise tabi olursa 563.maddede yer alan, alınanla mütenasip sorumluluk kuralı gözetilmelidir. Davalıya yapılan tasarrufun tenkisine sıra geldiği takdirde tasarrufun tümünün değeri ile davalıya yapılan fazla teberru arasında kurulan oranda (SABİT TENKİS ORANI) tasarrufa konu malın paylaşılmasının mümkün olup olamayacağı (MK.564) araştırılmalıdır. Bu araştırma sonunda tasarrufa konu mal sabit tenkis oranında bölünebilirse bu kısımların bağımsız bölüm halinde taraflar adına tesciline karar verilmelidir.

Tasarrufa konu malın sabit tenkis oranında bölünmezliği ortaya çıktığı takdirde sözü geçen 564.maddedeki tercih hakkı gündeme gelecektir. Böyle bir durum ortaya çıkmadan davalının tercih hakkı doğmadan davalının tercihinin kullanması söz konusu olamaz. Daha önce bir tercihten söz edilmişse sonuç doğurmaz. O zaman davalıdan tercihi sorulmak ve 11.11.1994 günlü 4/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı uyarınca süratle dava konusu olup sabit tenkis oranına göre bölünemeyen malın, tercih hakkının kullanıldığı gündeki fiatlara göre değeğri belirlenmeli ve bu değerin sabit tenkis oranıyla çarpımından bulunacak naktin ödetilmesine karar verilmelidir.

Somut olaya gelince; yukarıda değinilen olgular belirtilen ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde mahkemece yapılan araştırma ve incelemenin hüküm kurmaya elverişli olduğu söylenemez.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir…"

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, tenkis isteğine ilişkindir.

Davacılar vekili, müvekkillerinin murisi N'nin 1987 yılında 9 parça taşınmazını davalıya bağışladığını, murisin yaptığı temliki tasarrufları vekil edenleri miras hakkından mahrum etme kastı ile yaptığını, murisin başkaca mal varlığının bulunmadığını, murisin Bandırma Karaçalılık Köyü 82,83,385,108,125,146,168,432 ve (391 nolu parselin ifrazı sonucu oluşan) 608 nolu parsellerde davalıya yaptığı temliki tasarrufların vekil edenlerin mahfuz hisseleri oranlarında tenkisi ile tenkis edilen miktarların yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, her ne kadar tapuda şartsız ibaresi var ise de aslında bağışın ölünceye kadar bakma karşılığında yapıldığını, davalının bağışçı N.'nın evine 4 yıl boyunca her gün huzurevinden 2 kişilik yemek gönderdiğini, ev ve elbiselerinin temizlendiğin, giyimlerinin temin edildiğini, romatizma hastası ve yatalak olan eşinin, doktor ve hastaneye götürülerek tedavi ettirildiğini, davacıların mahfuz hisselerine tecavüz bulunmadığını, müteveffa bağışçının sağlığında davacılardan kızı G'ye apartman dairesi, damadına taksi aldığını, murisin davacılardan mal kaçırma kastı bulunmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, murisin bağışlamasının altında yatan sebebin ailesine ve çocuklarına kızgınlık olduğu, bu itibarla onlara miras bırakmamak için bu şekilde hareket ettiği, küçük ve nispeten değersiz bir taşınmaz dışında tüm mal varlığını bir seferde ivazsız olarak bağışlanmasının normal olmadığı, murisin kastının mirasçıların mahfuz hissesini bertaraf maksadı taşıdığı sonucuna varıldığından, tenkis davasının kısmen kabulüne dair verilen karar; Özel Dairece, yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş, mahkemece önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; görülmekte olan davada mahkemece yapılan araştırma ve incelemenin hüküm kurmaya elverişli olup olmadığı, başkaca araştırma yapılmasının gerekip gerekmediği; burada varılacak sonuca göre eksik soruşturma ile hüküm kurulup kurulmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konuya ilişkin genel açıklamalar yapılmasında ve yasal düzenlemenin irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Tenkis davasının konusu, miras bırakanın saklı payı zedeleyen bir veya birden fazla kazandırmalarıdır.

Bir kimsenin karşılık almaksızın kendi malvarlığı hak ve alacaklarından, diğer bir kimse yararına temin ettiği hukuki işlemlere kazandırma (tasarruf) denir.

Hukuki bir işlemin kazandırma, bağış sayılabilmesi için tamamen karşılıksız olması da koşul değildir.

Miras bırakanın yapmış olduğu kazandırma veya kazandırmalara karşılık lehine kazandırma yapılan kimse de bir karşılık vermiş, bir edimde bulunmuş olabilir. Bu halde de karşılıklı edimlerin bedelleri arasında önemli bir fark bulunuyor ve bu farkın kazandırma amacıyla yapıldığı açıksa, gerçek karşılıkla olan farklılık da karşılıksız kazandırma sayılır. Buna karma kazandırma da denilir.

Miras bırakan tasarruf edilebilir kısmı aşan karşılıksız veya karma kazandırmalarını ölüme bağlı kazandırma, sağlar arası kazandırma veya kazandırmalar şeklinde yapabilir.

Tenkisin sözlük anlamı indirme, azaltma ve eksiltmedir. Kanun koyucu, kanuni mirasçıların bazılarına, miras bırakanın iradesiyle ortadan kaldırılamayan, dokunulamayan bir miras hakkı tanımıştır. İşte, tanınan bu hakka saklı pay, bu hakkın tanındığı kimselere de saklı paylı mirasçı denilmektedir.

Saklı paylı mirasçının hakkı, miras bırakanın iradesinden bağımsız olarak güçlendirilmiş olup, miras bırakanın bu hak üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmıştır.

Sağlar arası veya ölüme bağlı bir tasarruf ile saklı pay sahibi mirasçının saklı payına el atıldığı takdirde, yapılan o tasarruf, tenkis davası yolu ile saklı paylı mirasçının saklı payı sağlanıncaya kadar indirime tabi tutulacaktır.

Başka bir anlatımla, saklı paylı mirasçılar, miras bırakanın saklı paylarına el atması halinde onun, ölümünden sonra bu el atmanın ortadan kaldırılmasını, saklı paylarının tamamlanmasını talep ve dava edebileceklerdir.

İşte, bu tür davalara da tenkis davası denilmektedir. O halde tenkis davası, miras bırakanın sağlar arası veya ölüme bağlı tasarruf veya tasarruflarıyla, tasarruf edilebilir kısmı aşması halinde, bu tasarrufların, tasarruf edilebilir kısım oranına indirilmesini temin eden hukuki bir olgudur. (TMK md. 560-son)

Saklı pay sahibi mirasçı, tenkis davası açabileceği gibi, tenkis isteme hakkı, henüz yerine getirilmemiş tasarrufların, yerine getirilmesini istemesi halinde defi yolu ile de kullanılabilecektir. (TMK md.571/son)

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın, 560. ve devamı maddelerinde tenkis davalarını düzenlemiştir. Hangi tasarrufların tenkis edilebileceği, saklı

paya el atma olup, olmadığının belirlenmesi yöntemi, tecavüz halinde hangi tasarrufların, hangi sıra ile tenkise tabi tutulacağı bu bölümde açıklanmıştır.

Tenkis davaları, yenilik doğuran (inşai) nitelikte davalar olup, mirasın açıldığı güne kadar geriye doğru etkilidir.

Bu dava ile, miras bırakanın yaptığı tasarrufların iptali değil, değiştirilmesi, tasarrufların, tasarruf edilebilir kısma çekilmesi amaçlanmıştır. Bu niteliğiyle tenkis davası bir eda davası olarak kabul edilemez.

Miras bırakanın tasarrufu önceden yerine getirilmişse, davalının elinde bulunan malların iadesinin sağlanabilmesi için ayrıca eda isteminin de bulunması gerekmektedir.

İndirme ve bu indirmenin iadesi istemi ayrı ayrı dava konusu yapılabileceği gibi, her iki istek aynı davada da ileri sürülebilir.

Tenkis davası, tasarrufa konu malın lehtarın eline geçmiş olması halinde, eda istemini de kapsar.

Tenkis kararı bu hali ile iki bölümde değerlendirilmelidir.

Birinci bölüm, miras bırakanın tasarruflarının saklı payı ihlali ve saklı pay sınırına çekilmesini, indirilmesini belirleyen o tasarrufları değiştiren, (inşa) yenilik doğurucu bölümdür.

İkinci bölüm ise, lüzumu halinde saklı payı tamamlamayı, mal varlığında meydana gelen eksikliğin giderilmesini amaçlayan eda bölümünü kapsamaktadır.

Saklı paylı mirasçılara ölüme bağlı tasarrufla yapılan ve tasarruf edilebilir kısmı aşan tasarrufların, kazandırmaların, onların saklı paylarını aşan kısmı, orantılı olarak tenkise tabi olacaktır. Tenkise tabi birden fazla ölüme bağlı tasarrufun bulunması halinde, saklı paylı mirasçıya yapılan kazandırmanın saklı payı aşan kısmı ile, saklı pay sahibi olmayan kimselere yapılan kazandırmalar, orantılı olarak tenkis edilecektir.

Tenkis, miras bırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça mirasçı atanması yoluyla veya diğer bir ölüme bağlı tasarrufla elde edilen kazandırmaların tamamında orantılı olarak yapılacaktır.

Kendisine tenkise tabi bir kazandırma yapılmış olan kimse iyi niyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür; iyi niyetli değilse, iyi niyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır. Tenkis, saklı pay tamamlanıncaya kadar, önce ölüme bağlı tasarruflardan, bu yetmezse en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere sağlar arası kazandırmalardan yapılacaktır. Kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflara yapılan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlar arası kazandırmalar en son sırada tenkis edilecektir.

(TMK.Md.570) Ölüme bağlı kazandırmaların aksine, miras bırakanın yaptığı sağlar arası kazandırıcı hukuki işlemler kayıtsız, koşulsuz tenkise tabi tutulmamıştır. Burada işlemin tenkise tabi tutulabilmesi için ön koşul; saklı paya el atma, tasarruf edilebilirlik sınırının aşılmasıdır. Ancak bu da yeterli değildir. Sağlar arası kazandırmaların tenkise tabi tutulabilmesi için saklı paya el atma yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 565 ve 567. maddelerinde açıklanan koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

Tereke, ölen bir kimsenin mal, hak, alacak ve borçlarının tümünü ifade eder. Yani miras bırakanın ölüm tarihine göre bırakmış olduğu, maddi veya maddi olmayan, genellikle para ile ölçülmesi mümkün aktif ve pasif değerlerin karşılığıdır. Miras ise, terekeden daha geniş kapsamlıdır. Miras bırakanın hak ve borçları da mirasçılara ve terekeye intikal edecektir. O halde, tereke; miras bırakanın ölüm tarihine göre bırakmış olduğu tüm kıymetler ile mirasta denkleştirmeye konu iadeye tabi olarak yaptığı sağlar arası, mirasıların terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlü oldukları kazandırmalar terekenin aktifini, miras bırakanın borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, miras bırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri, muvazaalı (danışıklı) ödemelerde alınan karşılıklar, yine eğitim ve öğrenimini tamamlamamış olan veya sakatlıkları bulunan çocuklara yapılacak hakkaniyete uygun ödemeler vb. gibi terekenin pasifini oluşturur.

Terekenin tasarruf edilebilir kısmı, net terekeden, yani terekenin aktifinden, pasifleri çıktıktan sonra kalan kısmından saklı payların toplamının çıkarılması sonucu geriye kalan değerlerdir. Miras bırakanın saklı paylı mirasçısı yok ise, miras bırakan net tereke üzerinde ve tamamında dilediği gibi tasarruf edebilecektir. (TMK md.505-506)

Net terekenin hesaplanmasında, terekeyi oluşturan tüm unsurların mirasın açıldığı tarihteki, başka bir anlatımla miras bırakanın ölümü tarihindeki rayiç değerlerinin, gerçek sürüm değerlerinin nazara alınması gerekir.

Tenkis davasında ispat yükü TMK'nın 6. maddesine göre davacıya aittir.

Tenkis davası saklı paylı mirasçılar tarafından açılacağından davacı, öncelikle saklı paylı mirasçı olduğunu, mirasa hak ehliyetini (mirasçılık belgesi, nüfus kayıtları veya bunların olmaması halinde tanık beyanlarıyla) miras bırakanın ölümünü, saklı payına el atıldığını kanıtlamak zorundadır.

Saklı payı zedeleme kastı tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilecektir. Bu bağlamda, saklı payı zedeleme kastı yemin delili ile de kanıtlanabilecektir. (tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, s.5-142)

Somut olay bu ilkeler çerçevesinde incelendiğinde davacıların murisi N'nin dava konusu 9 adet taşınmazını 02.12.1987 tarihinde bağışlamak suretiyle,

davalıya devir ettiği, davalı vekilinin 12.05.2006 tarihli delil listesi ekinde sunduğu dosyadan, murisin davalı Kurum`a verdiği – Yargıtay bozma ilamında da işaret edilen – 24.09.1998 tarihli dilekçede, davacı kızı G'ye daire, damadına taksi aldığını beyan ettiği, 11.06.1999 tarihli vasiyetnamede ise, İ.B. Bandırma Şubesinde bulunan vadeli, vadesiz hesaplarındaki ve USD Hesabındaki paraları davalı Kuruma bağışladığını söylediği, ancak bu hususlarda mahkemece hiçbir araştırma yapılmadığı gibi, bu savunmalara ilişkin olarak delillerin sunulmasına yönelik olarak taraf vekillerine ayrıca ve açıkça süre verilmediği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Kural olarak, saklı paya el atıldığından, zedelendiğinden söz edilebilmesi için, kazandırma konusu tereke ile kazandırma (temlik) dışı terekenin tümü ile bilinmesi gerekmektedir.

Dosyaya delil olarak yansıyan hususlarda taraflara delillerini sunmaları için ayrıca ve açıkça süre verilmesi, sonucuna göre terekenin tasarruf edilebilen kısmının belirlenerek, saklı paya tecavüzün bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmekte ise de, somut olayda mahkemece, düzenlenen "Tenkis Hesap Tutanağı"nın taraf vekillerine tebliği üzerine, taraf vekillerince, tutanağın içeriğine ve hesaplama yöntemine ilişkin herhangi bir itirazda bulunulmadığı gibi, 03.04.2007 tarihli duruşmada, taraf vekillerince, dava konusu taşınmazlar dışında murise ait her hangi bir taşınmaz ve mal varlığı bulunmadığı, terekenin pasifi olarak bildirilecek değerler de olmadığı beyan edilmiştir.

Hal böyle olunca, artık mahkemece terekenin aktif ve pasifinin belirlenmesi yönünde yeni araştırmalar yapılmasına ve bozma ilamında geçen delillerin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,** davalı Kurum harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına, 07.07.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

REKABET YASAĞI • CEZAİ ŞART • İŞ MAHKEMESİ

•

EVLİLİK SEBEBİYLE FESİH • İHBAR TAZMİNAT

ÖZET: İş sözleşmesine rekabet yasağının yaptırımı olarak cezai şart yazılmış ise, sözleşmenin ihlali halinde işveren şirketin ayrıca uğradığının tespitine gerek bulunmamaktadır.

İşçi ile işveren arasındaki rekabet yasağından doğan davaya iş mahkemesinde bakılacaktır.

Evlilik sebebiyle iş akdinin fesheden kadının işverene ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü yoktur.

Y.HGK E:2011/9-508 K:2011/545 T:21.09.2011

(...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı şirket davalı işçinin "satış temsilcisi" olarak çalışırken bildirimsiz ayrıldığı, aynı konuda faaliyet gösteren bir başka şirkette çalışması nedeniyle ihbar tazminatı ile cezai şart tazminatı isteminde bulunmuştur.

Davalı işçi, evlendiğini bu nedenle ihbar tazminatına hak kazanamayacağını ifade ettikten sonra, güç durumda bulunmamdan dolayı dayatılmış bir koşulun hüküm doğurmayacağını ifade etmiştir.

Mahkemece dava reddolunmuş, karar davacı tarafça temyiz olunmuştur.

Kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini kendi arzusuyla feshetmesi halinde kıdem tazminatı alacağından (4857 s.K.m.120 ile yürürlükte bırakılan 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesi) davacı ihbar tazminatına hükmolunamaz. Karar bu yönü ile doğrudur.

Rekabet yasağına bağlanan cezai şart ayrı bir hukuki kavramdır. Rekabet yasağına bağlı cezai şartta zarar olmasa dahi sözleşmenin ihlali halinde anılan tazminatın istenebileceği söz konusudur.

Normatif dayanağı BK. M.159/II dir. Keza BK. M.351/II ile işçi cezai şartı ödeyerek rekabet yasağı sözleşmesinden kurtulabilmektedir. Ancak burada BK. M. 161/III deki indirim kuralları göz önünde tutulur. Karşılık aranmaz.

Somut olayda, davalı işçi davacı şirketle aynı konuda iş yapan şirkette çalışmaya başlamıştır. Satış temsilcisi olarak "iş sırrına" vakıf olması kaçınılmazdır. İş sözleşmesinde ayrılıştan itibaren altı aylık süre aynı konuda bir işte çalışamayacaktır. Sözleşmeye aykırılık tartışmasızdır.

Mahkemece yapılacak iş cezai şartın BK M161 açısından değerlendirilip sonucuna göre karar vermektir.

Yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, Borçlar Kanunu 348 ve devamı maddelerinde düzenlenen rekabet yasağına aykırı davranış iddiasına dayalı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tahsili istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, metni yukarıya aynen alınan ilamla cezai şart yönüyle bozulmuş, Mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hükmü davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, belirli süreli iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydına bağlı cezai şart tazminatına hükmedilmesi gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında, işin esasına geçilmeden önce, davanın yasal dayanağını oluşturan Borçlar Kanunu'nun 348 ve devamı maddelerinden kaynaklanan davaların, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan mutlak ticari dava niteliğinde bulunmasına göre aynı Kanunun 5. maddesi uyarınca eldeki davaya bakma görevinin ticaret mahkemesine ait olup olmadığı hususu ön sorun olarak ele alınıp, tartışılmıştır. Bu ön sorunun değerlendirilmesine gelince;

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Hizmet Akdi" başlıklı 10. Babında "Rekabet Memnuiyeti" başlığı altında düzenlenen 348 ve devamı maddelerinde rekabete ilişkin hükümler yer almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde ise; "....Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın....3. Borçlar Kanunu'nun, ...rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352,.... Maddelerinde...tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır." Hükmü bulunmakta; aynı Kanun'un 5. maddesinde de, ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğu ifade edilmektedir.

Öte yandan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 1. maddesinde; İş Kanununa göre işçi sayılan kişilerle işverenler arasında iş akdinden ya da iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk davalarına iş mahkemelerinde bakılacağı belirtilmiştir.

Anılan Kanun hükümleri gözetildiğinde öncelikle, Borçlar Kanunu'nun 348 ve devamı maddelerinden kaynaklanan davalara bakmakla görevli mahkemenin belirlenmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda iş ve çalışma hayatı ilk olarak 1924 yılında yürürlüğe giren ve hafta tatiline ilişkin Kanun ile düzenlenmiş, bu Kanun sonrasında ise 1926 yılında yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu ile ayrıntılı düzenleme getirilmiştir.

Çalışma hayatında meydana gelen değişiklikler ve işçilerin özel ihtiyaçları nedeniyle, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, kanun koyucunun gittikçe artan oranda bu alana düzenleyici olarak müdahalesi gereğinin doğması ile birlikte ilk olarak 1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu çıkartılmış, bu Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine de 1971 yılında 1475 sayılı Kanun ve son olarak da 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Özel nitelikteki bu Kanunların hiçbiri Borçlar Kanunu'nun iş ve çalışma hayatına ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırmamış, aksine İş Kanunu hükümlerine aykırı olmamak üzere iş akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ve İş Kanunları kapsamı dışında kalan hizmet akitlerine uygulanacağı hususu kanun koyucu tarafından açıkça vurgulanmıştır.

İş akdinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Rekabet etmeme borcu ise, iş akdinin sonuçlarından olan; işçinin, işverene sadakat borcunun olumsuz yönünü ifade eder.

Hemen belirtmelidir ki, iş akdinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır. (Sarper, Süzek: İş Hukuku, Beta Yayınları, 2005, s.277)

Hizmet Sözleşmesinde işçi, diğer tarafa (iş sahibine) nazaran zayıf durumda bulunduğu için, kanun, iş sahibinin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacıyla hizmet sözleşmesine eklenecek rekabet yasağı hakkındaki hükümleri özel bir şekilde düzenleme gereğini duymuştur. Borçlar Kanunu 348-352 düzenlemesinin getirdiği hükümler, sadece hizmet sözleşmesi zımnında yapılan rekabet yapmama sözleşmelerine uygulanabilirler (Cevdet, Yavuz: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler, Beta Yayınları, 2006, s.276)

İşçiyi korumaya yönelik olan bu maddede yazılı olan sınırlamalar, bu durumda öteki sözleşmelere uygulanamazlar (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları 1987,s.561)

Her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalinden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılması anlamsızdır. Bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık "öz ticaret hayatına" ilişkin olmadığı gibi çözümü de ayrı bir uzmanlığı gerektirmez. (Sabih, Arkan: Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2005,s.94-95)

Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme olmayıp; iş akdine bağlı olarak fer`i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir.

Devletin, iş ilişkilerini düzenlerken nasıl işçiyi koruma amacıyla özel mahiyette maddi hukuk kuralları vazetmesi gerekiyorsa, bir hukuk uyuşmazlığı olarak iş uyuşmazlıklarının çözümünde de genel yargıdan ayrılarak, İş Hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan uzman özel (spesifik) bir yargıya bırakması gerekmektedir. İşte bu gerek, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye`de de iş davalarının, bu alanda uzman, özel mahkemelerde, iş mahkemelerinde ve genel yargılama usullerinden farklı bir usule göre görülmesini yani bir iş yargısının varlığını, zorunluluğunu ifade eder. (Hamdi, Mollamahmutoğlu: İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004 s.103)

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 29.06.1960/13 ve 1960/15 sayılı kararına göre: "….İş mahkemeleri iş akdinden doğan münasebetlerden çıkan davaların bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla…" kurulmuş olup; işçi sayılan kimselerle (Kanunla değiştirilen 2. maddesinin C,D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıklar bu mahkemelerde çözümlenecektir.

Bu kapsamda çıkarılan ve 1950 yılında yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca, bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işeren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlığın bulunması gerekir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.02.2003 gün ve 2003/82-65 sayılı kararı)

Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup, hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir.

Öte yandan, iş uyuşmazlıkları, özel nitelikte hukuk uyuşmazlıklarıdır. 5521 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde iş mahkemelerinin görev alanına giren iş uyuşmazlıkları, "iş kanununa göre işçi sayılan kimselerle… işveren veya vekilleri arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları…" olarak belirtilmektedir. Şu halde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, tarafları ve konusu kanunla belirlenmiş, yani belirli nitelikte uyuşmazlıklar olup, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğunda, içeriği keyfi surette doldurulamayacak uyuşmazlıklardır. Bu nedenle bir hukuk mahkemesi olarak iş mahkemeleri, iş sözleşmesi veya İş kanunundan doğmuş olsa dahi idari ve cezai uyuşmazlıklara doğal olarak bakamayacağı gibi İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerle onları çalıştıran işverenler arasındaki uyuşmazlıklara da, iş sözleşmesinden kaynaklanmış olsalar dahi, bakamayacaktır. Bu sonuncu türden uyuşmazlıklar, tarafları işçi ve işveren, kaynağı iş sözleşmesi olduğu halde iş uyuşmazlığı olarak nitelenemez ve bu itibarla da bu uyuşmazlıkları konu edinen davalar iş davası olarak değerlendirilemez; genel olarak hukuk uyuşmazlıkları ve hukuk davaları içinde yer alırlar. (Hamdi, Mollamahmutoğlu: İş Hukuku, Turhan Yayınları 2004,s.104-105)

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 3008 sayılı İş Kanunu yürürlükteyken çıkarılmış olduğundan 1.maddesinde "O kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) olmak üzere işçi sayılan kimseler işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur" hükmü bugün 4857 sayılı İş Kanunu'na göre tanımlanan ve 4. maddede sayılanlar dışında kalan işçiler olarak anlaşılmalıdır. 5521 Sayılı Kanun'da yer alan "işçi sayılan" ifadesi iş kanunu kapsamında bulunan işçi olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 4. maddesinde sayılan kişiler ile belirtilen işlerde çalışanlar tarafından açılacak davalarda iş mahkemeleri değil, genel mahkemeler görevlidir.

Nitekim, yukarıda görevli mahkeme ilgili olarak yapılan açıklamalar ve ortaya konulan ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 22.09.2008 gün ve E.2008/9-517 K.566 sayılı ilamında da, aynen benimsenmiştir.

Sonuçta; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ön sorun oyçokluğu ile aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasının incelenmesinde;

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 ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **(BOZULMASINA)** oybirliği ile 21.09.2011 tarihinde karar verildi.

AİLE KONUTU KAVRAMI

ÖZET: Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu alandır.

Sürekli olarak yurt dışında yaşayan eşlerin izin dönemlerinde Türkiye`ye gelip 10-15 gün kaldıkları ve aslında başkalarının yaşadığı konutun "Aile Konutu" olduğu kabul edilemez.

Y.HGK E:2011/2-447 K:2011/556 T:28.09.2011

("…. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Toplanan delillerden, tarafların yurdışında yaşadıkları, senede bir ay izne geldiklerinde 10-15 gün dava konusu taşınmazda kaldıkları, bunun haricinde taşınmazda davalının ailesinin oturduğu belirlenmiştir.

Dava konusu taşınmazın açıklanan ilkeler çerçevesinde aile konutu olmadığı anlaşılmaktadır. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır…")

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Davacı vekili, tarafların ortak çalışmaları sonucu alınan ancak davalı üzerine kayıtlı bulunan taşınmazın davalı tarafından satılma veya başkasına devredilme ihtimaline binaen tapu kaydı üzerine aile konutu şerhi konulmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu taşınmazın aile konutu olmadığını, tarafların yıllardır yurt dışında yaşadıklarını, sadece izne geldiklerinde on günlüğüne davaya konu olan evde oturduklarını hatta davacının vatandaşlıktan çıktığını, davacının amacının dava konusu evde yaşayan davalının anne babasını tahliye temek ve davalıyı ailesinin gözünde küçük düşürmek olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu kanaatine varılarak davanın kabulüne ilişkin olarak verilen karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, tapu siciline "aile konutu" şerhi konulması istenen taşınmazın "aile konutu" niteliğinde olup olmadığı noktasındadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle "aile konutu" kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

"Aile konutu" bir hukuki kurum ve kavram olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ile hukuk hayatımıza girmiştir.

4721 sayılı TMK'nın 194. maddesi, 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin son fıkrası gereğince, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerlidir. Bu sebeple 194. madde Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle derhal uygulanma niteliğini kazanmıştır.

4721 sayılı TMK'nın "Aile Konutu" başlıklı 194. maddesinde: 4

"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir

ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur." Denilmekte; aile konutunun tanımı ise madde metninde yer almamaktadır.

Bu tanıma anılan maddenin gerekçesinde yer verilmiş;

Aile konutu **"eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu alan"** olarak tanımlanmıştır.

Şu hale göre, aile konutu kavramı, aile ve konut olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır.

Aile kavramı, mahiyeti ve yapısı zamanla değişen, çevresi genişleyip daralan bir hukuki kurumdur. Çeşitli zamanlarda ve değişik toplumlarda "aile" terimi ile ifade edilmek istenilen şey, daima birbirinden farklı olmuştur. Çünkü ailenin çeşitli tipleri ve her çağın, her milletin kendine özgü bir aile kavramı vardır.

Ailenin temelini evlenme teşkil eder. TMK'nın 186 maddesinin 1.fıkrasına göre "Evlenme ile eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur." Türk Medeni Kanunu evliliği resmi şekil şartına (nikah) bağlamıştır. (TMK.141,142.maddeleri)

Konut, insanların kötü hava şartlarından, düşmanlarından, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, özel hayatını sürdürdüğü az veya çok kapalı ve güvenlikli barınaklardır.

Kişinin barınmasına elverişli olan sürekli olmasa da, yerleşme amacıyla kullanılan taşınır veya taşınmaz bölümler de konut olarak nitelendirilebilir. Örneğin bir evin odası, otel odası, karavan, kulübe, gemi kamarası ve bunun gibi yerler de konut kavramı içinde değerlendirilebilir.

Öğretide aile konutu, "Resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşadıkları konut", "Eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocukları ile birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut", "Ailenin yaşam merkezi sayılan mekan", "Eşlerin iradelerine uygun olarak birlikte yaşamalarına hizmet eden oturma yeri" şeklinde tanımlanmaktadır.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından 01.06.2002 tarihinde ç ıkartılan 2002/7 No'lu Genelgede aile konutu, "eşlerin bütün yaşam faaliyetleri gerçkeleştirdikleri mesken" olarak tanımlanmıştır.

Bir yerin aile konutu sayılabilmesi için eşlerin aile konutunu beraberce seçmeleri ve burada ortak bir yaşam merkezi oluşturmaları, aile konutunun aile hayatı için merkezileştirilmesi, aile konutunun kullanımının hukuka uygun olması ve nihayet eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik iradelerinin üçüncü kişiler tarafından da anlaşılabilir olmasıdır, yani konutun üçüncü kişilerce de ailenin yaşadığı konut sayılmasıdır. Aile konutu tek bir konuttur. Eşlerden birinin mesleki faaliyeti veya çocukların sağlık veya eğitim

durumu sebebiyle ailenin yaşam faaliyetli yılın belirli dönemlerinde farklı konutlarda odaklanıyorsa ailenin yaşam faaliyetinin yoğunlaştığı konut aile konutu sayılmalıdır.

Aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını karşılayan ve eşlerin yaşam merkezi olan konuttur. Aile konutu ailenin barınma ihtiyacını karşılamasının yanı sıra, aile hayatının önemli bir bölümünün geçirildiği alan olarak aile fertleri bakımından manevi bir değere de sahiptir. Aile, acı ve tatlı günlerini bu konutta yaşar, komşularla, çevreyle ilişkiler kurar, eşler uzun yıllar birlikte yaşadıkları bu konutu yerleşim yeri ve haberleşme adresi olarak gösterirler. Aile konutu anılarla dolu fiziki bir mekan olmanın ötesinde aile için önemli bir mal varlığı değeridir. Ailelerin sosyal ve ekonomik hayatı için son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutlulukları ve çocukların geleceği için adeta bir güvence olarak görülmektedir. Türk aile yapısının sosyal ekonomik ve eğitim durumu incelendiğinde aile içinde kadınların ekonomik açıdan kocalarına bağımlı oldukları, hiçbir maddi güvencelerinin bulunmadığı, bu sebeple evlilik birliği herhangi bir şekilde sona erdiğinde ekonomik değerlerini kaybetme tehlikesi içinde bulundukları, kocanın, kendi üstüne kayıtlı olan konutu başkalarına devrederek veya kira sözleşmesi ile edindiği konutta kiralayana sözleşmeyi feshettiğini bildirerek eşinin ve çocuklarının barınma hakkını ortadan kaldırdığı sıklıkla karşılaşıldığından 4721 sayılı TMK`da aile konutuna özel bir koruma getirilmiştir. Aile hayatı için bu denli öneme sahip olan aile konutunu, mülkiyet hakkına sahip olan eşin diğer eşin rızası olmadan devretmesi veya bir hakla sınırlandırması, kira sözleşmesi ile sağlanmış bir aile konutu söz konusuysa, sözleşmenin tarafı olan eşin diğer eşin rızası olmadan bu sözleşmeyi feshetmesi ailenin mutluluğu ve geleceğine önemli ölçüde zarar verir. Bu sebeple aile konutu ile ilgili olarak özel koruma hükümleri getirilmiş, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarrufları diğer eşin rızasına bağlanmış veya evliliğin ölüm sebebiyle son bulması halinde diğer eşe kanuni alım (iştira) hakkı veya intifa hakkı tanınmıştır.

Türkiye'nin de taraf olduğu "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde kadınların ikametgah seçme konusunda erkekler ile eşit haklara sahip oldukları hükme bağlanmıştır. (Convention on Elimination of all Forms of Discirimination against Women – C.E.D.A.W. 15/4 maddesi) Bu anlayışa uygun olarak 4721 sayılı TMK'nın 186. maddesinde "eşler oturacakları konutu birlikte seçerler." Düzenlemesi yapılmış, ailenin fiilen yaşayacağı maddi alanı oluşturan konutun seçimi eşlerin ortak iradesine bırakılmıştır.

Aile konutu seçimi her iki eşin katılımıyla yapılabileceği gibi, eşlerin anlaşarak bu yetkiyi içlerinden birine vermeleriyle ya da eşlerden birinin seçtiği konutu diğer eşin kabul etmesiyle de gerçekleşebilir. Eşler konutun seçiminde anlaşamazlarsa, TMK'nın 195/1. maddesi uyarınca ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini talep edebilirler.

Evlilik, eşlere birlikte yaşama yükümlülüğü getirmektedir. TMK'nın 186/1. Maddesinde "eşlerin oturacakları konut" TMK'nın 194. maddesinde ise "aile konutu" düzenlenmektedir. Çoğu olayda, eşlerin birlikte seçtikleri konut aile konutudur. Bunun yanı sıra eşlerin ikametgahlarını aynı yerde seçmeleri o yerin aile konutu olduğu yönünde emare teşkil eder. Ancak eşlerin iradeleri ile belirledikleri konutlar her zaman aile konutu değildir. Eşlerin birlikte oturdukları birden fazla konut olsa bile, bunlardan sadece biri aile konutu sayılır ve TMK'nın 194. maddesindeki korumadan faydalanabilir. Çünkü TMK'nın 194. maddesi ile, ailenin oturduğu veya kullandığı herhangi bir konutun değil aile için yaşam merkezi olan, kaybedildiğinde aile birliğinin maddi ve manevi yönden sarsılacağı, ailenin ve diğer eşin barınma hakkını kaybedeceği konutun korunması amaçlanmıştır.

TMK'nın 193. maddesi ile, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her birinin diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabileceği hükme bağlanmıştır. TMK'nın 194. maddesi, bu hükmün en önemli istisnalarındandır.

TMK'nın 194. maddesine göre,

"Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Bu emredici bir hüküm olup eşler, aralarında yapacakları sözleşmelerle bu hükmü değiştiremez veya ortadan kaldıramazlar.

TMK'nın 1009. maddesinde kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin talebi üzerine tapu kaydına aile konutu şerhinin verilmesi de TMK'nın 1009. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Aile konutuyla ilgili şerh verilmesini talep etme hakkı aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eşe tanınmıştır. Ancak, konut üzerinde hak sahibi olan eşle, hak sahibi olmayan eşin şerh verilmesini birlikte talep etmelerine de kanuni bir engel yoktur.

Tapu kaydına aile konutu şerhinin verilmesi Tapu Sicil Müdürlüğü'nden istenir. Taşınmazın maliki olmayan eşin şerhin verilmesini talep edebilmesi için bir mahkeme kararına veya hak sahibi eşin söz konusu işleme izin vermesine gerek yoktur. Zira TMK'nın 194/3. maddesinin açık hükmü ile taşınmazın maliki olmayan eşe bu hak tanınmıştır.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün Tapu Sicil Müdürlükleri'ne gönderdiği 1.6.2002 tarih ve 2002/7 nolu genelgesine göre malik olmayan eşin talebi ile aile konutu şerhi işlenebilmesi için evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile eşlerin bu konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibraz edilmesi zorunlu-

dur. Taşınmaz malın maliki olmayan eşin veya eşlerden her ikisinin talebi ile aile konutu şerhinin işlenebilmesi için evlilik cüzdanının ve nüfus kayıt örneğinin ibrazı eterlidir. Bu genelgeye göre aile konutu şerhi eşlerden birinin tek taraflı talebi ile işlenmişse TMK'nın 1019. maddesi gereğince diğer eşe işlemin sonucunun bildirilmesi gerekmektedir.

Konutun aile konutu olup olmadığı hususunda taraflar arasında çekişmeli ise, şerhin verilmesi hakimden istenebilir.

Eldeki davada da davacı eş, dava konusu taşınmazın aile konutu olarak tapuya şerhini istemiştir.

Kural olarak, bir konutun aile konutu olarak kabulü için devamlı kullanılması koşulu bulunmamaktadır. Yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde konutun tarafların bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alan olması yeterlidir. Bu bağlamda yurt dışında yaşayan bir ailenin Türkiye ye geldiğinde kullandığı tek bir ev var ve bu yukarıda açıklanan niteliklere sahipse aile konutu olarak kabulü olanaklıdır.

Ne var ki, somut olayın özelliği itibariyle dava konusu taşınmaz bu özelliği taşımamaktadır.

Dosya kapsamından tarafların evlendikleri günden bu yana ve halen yurt dışında yaşadıkları, yapıldığı ilk günden itibaren bu konutta anne ve babasının oturduğu, faturaların davalının babası tarafından ödendiği, davanın tarafların bu konutta sadece izne geldikleri dönemde ve burada oturmakta olan ailelerini ziyaret amacıyla 10-15 gün kaldıkları, anlaşılmakla, başkasının kullanımına özgülenmiş bir konutun, aile konutu olarak, kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Bu nedenle aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, yanılgılı gerekçe ile önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, kararın bozulması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 28.09.2011 tarihinde **(BOZULMASINA)** yapılan ikinci görüşmede, oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Taşınmaz kat mülkiyeti kütüğünde "konut" olarak davalı koca adına kayıtlıdır. Taraflar yurtdışında çalışmakla birlikte her yıl Türkiye'ye izinli olarak geldiklerinde çocuklarıyla birlikte bu konutu kullanmaktadırlar ve konut, ortak yaşamı sürdürme ve oturma ihtiyacı için edinilmiştir. Tarafların Türkiye'de kalabilecekleri başka bir konutları bulunmamaktadır. Bu haliyle konut, tarafların Türkiyede'ki yaşam faaliyetlerinin merkezi durumundadır. Davalının anne ve babasının köyde kendilerine ait kurulu bir evlerinin olduğu, taraflar yurtdışın-

dayken eve bakmak amacıyla bu konutta kaldıkları tanıklarca ifade edilmiştir. Bu durumda dava konusu konutun, taraflarca ortak yaşam için "aile konutu" olarak kullanılmak üzere özgülendiği kabul edilmelidir. Mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 194/3.maddesi gereğince tapu kütüğüne konutla ilgili şerh verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı kanısındayım. Bu sebeple direnme kararının onanması gerektiği düşüncesiyle değerli çoğunluğun bozma görüşüne katılmıyorum.

KARŞI OY

Dava hakkındaki bilgi ve belgelere bakıldığında, tarafların yurtdışında yaşamakta oldukları, bazı yasal haklara kavuşmak anlamında vatandaşlıktan çıkmalarına izin verildiği, ancak ülkeye gidip geldikleri, geldiklerinde kalacak bir konut hazırladıkları ve eşyanın eşlere ait olduğu, tatillerde burada kaldıkları, bu konutun eşlerden davalı adına tescilli olduğu, tatilin bir kısmını da sayfiye yerlerinde geçirdikleri, taraflar yurtdışında iken evde davalının anne ve babasının kalmakta olduğu ve elektrik ve doğalgaz aboneliğinin baba adına olduğu ve davalının konutu satma girişimlerinde bulunduğu ve buna dayanarak da davacının "aile konutu"şerhi verilmesini talep ettiği anlaşılmaktadır.

Yasal anlamda aile konutu verilebilmesi için tarafların evli olmaları, konutun eşlerden biri adına kayıtlı olması ve o konutta eşlerin yaşam faaliyetlerinin paylaşılıyor olması (eş ve aile anlamında) gerekli ve yeterlidir. Tarafların ülkeye gelmelerinde yaşam faaliyetlerinin burada geçiyor olduğu açıktır. Tatil beldelerine gitmeleri aile konutu vasıflarını bertaraf edemez. Davalının babasının konutta taraflar yokken kalıyor olması da aile konutu özelliğini kaldırmaz. Zira herkesçe bilinmektedir ki, baba-atanın o konutta kalması salt ahlaki nedenlere dayalıdır. Aksi düşünce halinde taraflar konutta yokken davacının annesi ahlaki nedenlere dayalı olarak orada kalıyor olsa idi davalı buranın aile konutu olduğunu iddia edemeyecekmiydi? Dolayısıyla örften kaynaklanan kullanımlar eşin aile konutu şerh hakkını ortadan kaldıramaz.

Diğer yandan eşlerin yaşam faaliyetlerinin geçtiği birden fazla aile konutlarının olabileceği unutulmamalıdır. Özellikle ekonomik ve kültürel gelişmeler karşısında birden fazla aile konutu olabilir.Bu anlamda yurt dışında oturan tarafların Türkiyede aile konutları olmuştur. Bu nedenle davalı vekilinin tarafların Türkiyeye dönmeyecekleri yönlü savunması esas alınamaz.

Nitelik itibariyla "aile konutu" şerhi kayıt lehtarı olmayan eşe mülkiyet hakkı vermemektedir. Şerhin amacı eşlerin birliği devam ettikçe konut üzerinde gerçekleşecek tasarrufun diğer eşin muvafakatına tabi kılmaktır. Bu aile ve eş olmanın getirdiği en doğal haklardan sayılmalıdır.

Nitekim Kadınların İnsan Haklarının Korunması Hakkındaki Sözleşme (CEDAW) gereği ülkemizde bu haklar tartışılmış ve aile konutu düzenlemesi Medeni Kanunda yerini almıştır. Kanunun amacı gözetilmelidir. Böyle olmadığı takdirde bu konutun aile konutu kabul edilmeyerek davalı tarafından satışına yol açılması kuşkusuz kadın aleyhine bir durumdur. Bu hukuk düzeninin amacı olmadığına göre davacının davası kabul edilmelidir.

SİGORTALI İŞÇİNİN SİGORTAYA BAŞLANGIÇ TARİHİNİN TESPİTİ

ÖZET: Mahkemece yapılacak iş, davacının çalıştığını ileri sürdüğü, işe giriş bildirgesini kuruma veren iş yerinin kurum dosyasından bildirilen adresinin sağlıklı biçimde araştırılması, iş yerinde tutulması gerekli dosyalardan belge ve kanıtlardan yararlanılması, davalı Kuruum nezdindeki çalışma dönemine ilişkin kayıtlar celp edilemediğinden işe giriş bildirgesindeki kimlik bilgilerinin ve imzanın davacıya ait olup olmadığı, müfettiş raporlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, işe giriş bildirgesi üzerinde yaptırılacak grafolojik inceleme sonucuna göre bildirgedeki imza ve varsa fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı, davacıya verilen sigorta sicil numarasının hangi yılın serilerinden olduğunun belirlenmesi, ücret brodrolarının sağlıklı biçimde temin edilmesi, sigortalının hangi işte hangi süre ile çalıştığının ve aynı dönemde iş yerinde çalışanların bulunup bulunmadığının saptanması, gerektiğinde komşu işyerlerinden o tarihte faaliyette bulunanlar ile bunların çalışanlarının, davacının birlikte çalıştığı kişilerin tanık sıfatıyla bilgilerine başvurulması, böylece gerçek çalışma olgusunun somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde ortaya konulması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi; olmalıdır.

Y.HGK E:2011/21-575 K:2011/697 T:23.11.2011

Taraflar arasındaki "tespit" davasında yapılan yargılama sonunda; Kayseri 3. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 26.05.2009 gün ve 2008/35 E. 2009/124 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı Kurum vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 04.10.2010 gün ve 2009/11413 E. 2010/9323 K. Sayılı ilamı ile;

(....1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava sigortalılık başlangıcının 01.11.1980 tarihi olarak tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, davacının A.G. adına tescilli Narenciye iş yerinde 01.11.1980 tarihinde işe girdiğini gösterir giriş bildirgesinin usulüne uygun olarak Kurum`a intikal ettirildiği, işyerinin 01.11.1979-31.12.1982 tarihleri arasında yasa kapsamında bulunduğu, işyerine ait 1980/1 dönem bordrosunun verildiği 1980/3 dönem bordrosunun Kurum`a verilmediği, Jandarma aracılığı ile yapılan araştırma sonucu davacıyı ve işvereni tanıyan kimsenin tespit edelimediği anlaşılmaktadır.

Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin Yasa'nın belirlediği biçimde (506 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi ve 5510 Sayılı Yasa'nın 4/a maddesi) eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön 506 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile 5510 Sayılı Yasa'nın 7/a maddesinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1999/21-549-555, 2005/21-437-448 ve 2007/21-306-320 Sayılı Kararları'nda da vurgulanmıştır. Bu bakımdan davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması gerektiği ortadadır.

Bu tür davalar yalnızca bir günlük çalışmanın tespitinden ibaret olarak görülmemeli, bir günlük çalışmanın kabulü ile saptanacak sigortalılık başlangıcının sigortalıya sağlayacağı sigortalılık süresi ile birlikte kazandıracağı haklar dikkate alınmalı ve giriş bildirgesi ile birlikte eylemli çalışmanın bulunup bulunmadığı özellikle belirlenmeli, buna göre dönem bordrosunda yer alan ve davacının talep ettiği tarihte çalışması mevcut tanıklar ile gerektiğinde komşu işyerleri çalışanları olduğu kayıtlarla ya da emniyet yolu ile yaptırılacak araştırma ile belirlenen kimselerin beyanlarına başvurulmalı, sonucuna göre karar verilmelidir.

Somut olayda, iş yerinden Kurum`a 1980/3 dönem bordroları verilmediği, zabıta aracılığı ile yapılan araştırma sonucu davacıyı ve işvereni tanıyan kimsenin bulunamaması nedeni ile resmi kayıtlara göre bordro tanığı yada komşu iş yeri tanığı olmayan tanıkların anlatımına göre sonuca gidildiği görülmüştür.

Yapılacak iş, davacının çalıştığını iddia ettiği narenciye iş yerine o tarihte komşu olan, kayıtlı narenciye bahçesi iş yeri sahiplerini ve adreslerini açık ve net olarak belirleyip, sonrasında bu işyerlerinde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu işyeri çalışanlarının kayıtları SGK`dan getirtilerek çalışmanın niteliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yönetimce beyanlarını almak, bunlara ulaşılamadığı takdirde iş yerinden 1980/1 dönem bordrosunun Kurum'a verilmiş olması nedeni ile bu dönem bordrosunda geçen bordro çalışanlarının adreslerinin SGK'dan sorularak adresleri tespit edilen çalışanların davacının çalışması ile ilgili yönetimce beyanlarına başvurmak giriş bildirgesinin çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde 506 Sayılı Yasa'nın 2, 6, 9 ve 79/8. maddeleri gereğince kanıtladıktan sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, sigortalılığın başlangıç tarihinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin Kayseri Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlüğü'nün sigortalısı olduğu, 01.11.1980 tarihinde ilk defa fiilen sigortalı işçi olarak çalışmaya başladığı, işveren tarafından sigorta başlangıç bildirgesi verilmek suretiyle sigortalı olarak kayıt ve tescil edildiği ve uzun yıllar sigortalılığının devam ettiği, ancak kuruma müracaatında sigorta başlangıç tarihin kabul edilmediği, bunun iyi niyet ve sosyal güvenlik ilkelerine aykırı olduğu, iddiasıyla belirtilen tarihte fiilen çalışan ve başlangıcı kuruma bildirilen ve kurumca tescil edilen müvekkilinin sigortalılık başlangıç tarihinin 01.11.1980 olarak tespitini, kurum tarafından çıkarılan muarazanın men`ini istemiştir.

Davalı Kurum vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının 01.11.1980 tarihinde fiilen Ş.A.G'a ait iş yerinde fiilen çalıştığı ve çalışmasına ilişkin iş yeri tarafından 20.11.1980 tarihi itibariyle işe başladığına dair işe giriş bildirgesinin verildiği ve kurumca kayıt ve tescil edildiği, bu itibarla davacının iş yerinde bir gün de olsa çalıştığına karine teşkil ettiği, Yargıtay içtihatlarının da bu yönde olduğu, sigortalının primlerinin ve diğer belgelerinin sonrasında takibinin kuruma ait olduğu gerekçesiyle salt işe giriş bildirgesinin verilmesi yeterli bulunarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı Kurum vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde belirtilen nedenlerle bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü davalı kurum vekili temyize getirmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, davacının 21.11.1980 tarihli işe giriş bildirgesinin Kurum'a yasal süresi içerisinde verildiği, ancak bu döneme ait bordroların kurumda bulunmadığı uyuşmazlık konusu değildir.

Uyuşmazlık, salt işe giriş bildirgesinin verilmiş olmasının sigortalılık başlangıcı yönünden yeterli olup olmadığı, ayrıca fiili çalışma olgusunun da aranmasının ve ispatının gerekip gerekmediği noktasındadır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasanın geçici 7/1.maddesinde "Bu Kanun'un yürürlük tarihine kadar 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı 02.09.1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanun'la mülga 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı, 08.06.1949 tarihli ve 5434 Sayılı Kanun'lar ile 17.07.1964 tarihli ve 506 Sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine göre sandıklara tabi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiili hizmet süresi zammı, itibari hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları Kanun hükümlerine göre değerlendirilirler" düzenlemesinin yer alması ve genel olarak Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralı karşısında, davanın yasal dayanağının 506 Sayılı Kanun'un 79 ve 108. maddeleri olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan, çalıştırılanlar 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun (506 Sayılı Kanun) 2. ve 6. maddelerinde öngörülen koşulların oluşmasıyla birlikte keniliğinden sigortalı sayılırlar. Ancak, bu kimselerin aynı Kanunun 3. maddesinde sayılan istisnalara girmemesi gerekir. Çalıştırılanların, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sigortalı niteliğini kazanmaları Kanun'un 6/1 maddesinde yer alan açık hüküm gereğidir.

Sigortalıların bazı haklardan yararlanmaları ise, öncelikle kuruma bildirilmeleri, belirli süre prim ödemiş olmaları ve kanunun gerektirdiği bilgilerin açık bir şekilde bilinmesi, koşullarına bağlıdır.

Nitekim 506 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde, sigortalı sayılanlar, 3. maddesinde ise sigortalı sayılmayanlar, düzenlenmiştir. Buna göre; bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar.

Aynı Kanun'un sigortalılığın başlangıcı ve mecburi oluşunu düzenleyen 6. maddesine göre de, çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden "Sigortalı" olurlar. Sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümleri sigortalının işe alındığı tarihten başlar. Bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Sözleşmelere, sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamaz.

506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 108. maddesi ise "sigortalılık süresini" düzenlemektedir. Anılan maddenin birinci fıkrasında "Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten kaldırılmış 5417 e 6900 Sayılı Kanun'lara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihtir."

İkinci fıkrasında ise "Tahsis işlerinde nazara alınan sigortalılık süreleri, bu sürenin başlangıç tarihi ile, sigortalının tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, tahsis için istekte bulunmuş olmayan sigortalılar için de ölüm tarihi arasında geçen süredir." Hükmü yer almaktadır.

Şu hale göre, sigortalı niteliği taşımayan bir kimsenin sigortalılık süresinden de söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Sigortalılık niteliği ise hizmet akdinin kurulması ve fiilen çalışmaya başlanılması ile edinilir. 506 Sayılı Kanun'un 2 ve 6. maddelerinde açıkça belirtildiği üzere, sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zorunludur. Eylemi (fiili) veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça, hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemez.

Yeri gelmişken, fiili çalışmanın varlığının hangi kanıt ve olgularla saptanabileceği üzerinde durulmalıdır.

Fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte, 506 Sayılı Kanun'un 79. maddesinde belirtilen ve sigortalının çalışma gün sayısını, kazanç durumunu, çalışma tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık sigorta gün bildirgeleri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 17. maddesinde belirtilen dört aylık dönem bordroları gibi kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir. Yönetimce düzenlenip süresi içerisinde kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe girdiğini göstermekte ise de, bunun fiili çalışmanın varlığının ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilmesi olanaklı değildir.

Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışmanın varlığı, Yargıtay uygulamasında 506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir. Zira sigortalılığın başlangıcına yönelik her dava sigortalılığın tespiti istemini de içerir. Aksine düşünce, özellikle yaşlılık aylığının kabulü için öngörülen sigortalılık süresi yönünden gerçekten çalışanlar ile çalışmayanlar arasında adaletsiz ve haksız bir durum yaratır.

Bu nedenle, işe giriş bildirgesinin verildiği ancak yasal diğer belgelerin bulunmadığı durumlarda çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı, kamu düzenine dayalı bu tür davalarda hakim, görevi gereği doğrudan soruşturmayı genişleterek sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemeli, bu cümleden olmak üzere, işyerinde tutulması gerekli puantaj kayıtları, ücret bordroları ve gerekli dosyalar ile, kurumdaki belge ve kağıtlardan yararlanmalı, ücret bordroları ile puantaj kayıtlarını getirtmeli, müfettiş raporlarının olup olmadığını araştırmalı, işyeri çalışanlarını saptamalı ve sigortalının bu işte ne kadar süre ile çalıştığını açıklamalı, gerektiğinde komşu işyeri çalışanlarının bilgilerine de başvurarak gerçek çalışma olgusunu, somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde ortaya koymalıdır.

Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün ve E.1999/21-510, K.527, 30.06.1999 gün ve E.2003/21-710, K.714, 03.11.2004 gün ve E.2004/21-480, K.579, 03.11.2004 gün ve E.2004/21-479, K.578, 10.11.2004 gün ve E.2004/21-538, K.621, 01.12.2004 gün ve E.2004/21-629, K.641, 29.06.2005 gün ve E. 2005/21-409, K.413, 22.03.2006 gün ve E.2006/21-43, K.98, 12.03.2008 gün ve E.2008/21-242, K.251, 23.12.2009 gün ve E.2009/10-581, K.619, 10.02.2010 gün ve E.2010/10-72, K.72, 21.09.2011 gün ve E.2011/10-527, K.552 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Az yukarıda belirtilen araştırmalar yanında, davacının işe giriş bildirgesi üzerinde yaptırılacak grafolojik inceleme sonucuna göre bildirgedeki imza ve varsa fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı, davacıya verilen sigorta sicil numarasının hangi yılın serilerinden olduğu ve daha sonraki yıllarda gerçekleşen hizmetlerinde kullanılıp kullanılmadığının da belirlenmesi gerekir. (Hukuk Genel Kurulunun 21.09.2011 gün ve E.2011/10-527, K.552 sayılı kararı)

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde:

Mahkemenin davacının işe giriş bildirgesinin kuruma verilmiş olmasının işe başlama tarihinin tespiti açısından yeterli olduğu ve bu belgenin davacının işyerinde bir gün de olsa çalıştığına karine teşkil ettiği yönündeki gerekçesi yasal ve yerinde olmadığı gibi, yapılan araştırma da hükme varmaya yeterli değildir.

Mahkemece yapılacak iş, davacının çalıştığını ileri sürdüğü, işe giriş bildirgesini kuruma veren iş yerinin kurum dosyasından bildirilen adresinin sağlıklı biçimde araştırılması, iş yerinde tutulması gerekli dosyalardan belge ve kanıtlardan yararlanılması, davalı Kurum nezdindeki çalışma dönemine ilişkin kayıtlar celp edilemediğinden işe giriş bildirgesindeki kimlik bilgilerinin ve imzanın davacıya ait olup olmadığı, müfettiş raporlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, işe giriş bildirgesi üzerinde yaptırılacak grafolojik inceleme sonucuna göre bildirgedeki imza ve varsa fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı, davacıya verilen sigorta sicil numarasının hangi yılın serilerinden olduğunun belirlenmesi, ücret brodrolarının sağlıklı biçimde temin edilmesi, sigortalının hangi işte hangi süre ile çalıştığının ve aynı dönemde iş yerinde çalışanların bulunup bulunmadığının saptanması, gerektiğinde komşu işyerlerinden o tarihte faaliyette bulunanlar ile bunların çalışanlarının, davacının birlikte çalıştığı kişilerin tanık sıfatıyla bilgilerine başvurulması, böylece gerçek çalışma olgusunun somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde ortaya konulması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi olmalıdır.

O halde, yerel mahkemece aynı yöne işaret eden ve yukarıdaki ilave gerekçelerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararının bozulması gerekir.

SONUÇ

Davalı Kurum vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen ilave nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 23.11.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YURT DIŞINDA GEÇEN ÇALIŞMA • SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİ • BORÇLANMA • BORÇLANMADAN SONRA EMEKLİLİK

ÖZET: Yerel Mahkemenin, davacı sigortalının, Almanya`da ilk defa sosyal sigorta giriş tarihinin 506 Sayılı Kanun'un 108. maddesine koşut olarak Türk Sosyal Sigortalarına giriş tarihi olarak kabulü yerindedir.

Yerel Mahkemenin, davacının yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresinin hesabında, daha önce sigortalı olarak Türkiye`de tescili olmayanların 506 Sayılı Kanun'un geçici 81. maddesinin yürürlük tarihinden sonra, yürürlük tarihinden öncesine ait devreye ilişkin olarak yapacakları borçlanmaların, Geçici 81. madde uygulamasında gözetilmesi gerektiğini kabulle ve bu yolla 3201 Sayılı Kanun uyarınca borçlanarak kazandığı sigortalılık süresini de dikkate alarak, davacının yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığının 506 Sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesindeki koşullara göre belirlemesi ve bu değerlendirme ile ilk kararda direnmesi usul ve yasaya uygundur.

Y.HGK E:2011/10-684 K:2011/742 T:07.12.2011

Taraflar arasındaki "Kurum işleminin iptali ve tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Ankara 3. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 25.02.2009 gün ve 2008/511 E. 2009/62 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı Kurum vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2009 gün ve 2009/5210 E. 2009/17973 K.sayılı ilamı ile;

(...Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden; 04.04.1954 doğumlu olan davacının SSK`lı olarak sigortalı çalışmalarının bulunmadığı, 07.04.1974

– 07.12.1976 tarihleri arasında 430 gün askerlikte geçen süreyi borçlanarak borçlanma bedelini 06.02.2008 tarihinde ödediği, Almanya`da geçen 04.04.1972-30.11.1986 tarihleri arasında geçen çalışmalarını 3201 Sayılı Kanun'u uyarınca borçlanma isteminde bulunarak, 1800 gün karşılığı olan borçlanma bedelini 03.05.2006, 2775 gün karşılığı olan borçlanma bedelini 06.02.2008 tarihinde yatırdığı, 06.02.2008 tarihinde tahsis başvurusunda bulunduğu, Mahkemece; yurtdışında çalışmaya başladığı 04.04.1972 tarihinin sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilmesi halinde tahsis talep tarihi itibariyle 35 yıl sigortalılık süresi ve 5000 günden fazla prim ödemesi olan davacının 506 Sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinin A bendi gereğince yaşlılık aylığı almaya hak kazandığına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 4447 Sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenen ve 4759 Sayılı Kanun'un 3. maddesi ile (B ve C) bentlerinde yeniden düzenleme yapılan Geçici 81. maddesi yaşlılık aylığına hak kazanma yönünden saklı tutulan haklar ile bu koşullara sahip olmayanlar için kademeli bir geçiş öngörmektedir.

Uyuşmazlık, sigortalılık bilgileri ile 506 Sayılı Kanun'un 60 ve Geçici 81. maddesinde belirtilen yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları dikkate alındığında, davacının 01.03.2008 tarihinden geçerli olarak tahsise hak kazanıp kazanmadığı, yaşlılık aylığında kademeli geçişi öngören 4447 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun uyarınca yapılan borçlanma ile askerlik borçlanmasının kademeli geçişte aranan sigortalılık süresinin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Sigortalılara yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilme olanağı veren 3201 Sayılı Kanun'un 6. maddesi hükmü uyarınca değerlendirilen sürelere ve 506 Sayılı Kanun'un 60/F maddesi uyarınca askerlikte geçen sürelere istinaden aylık tahsisi yapılabilmesi için tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmiş olması aranmaktadır. Borçlanılan sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirilebilmesi, yasada belirtilen süre içerisinde olmak üzere borçlanma primlerinin Kuruma ödenmiş olması koşuluna bağlı bulunmaktadır. Yasada belirtilen borçlanma koşulları gerçekleşmeden, yurtdışında ve askerlikte geçen sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesine yasaca olanak bulunmamaktadır.

Davacının, 4447 Sayılı Kanun'un 17.maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenen Geçici 81. maddesinin A bendinin yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihi itibariyle davacının tahsis kapsamında değerlendirilecek her hangi bir sigortalılık süresi bulunmamaktadır. Askerlik ve yurt dışı borçlanma talebi ile borçlanma bedellerinin ödenmesinin ise anılan maddenin yürürlüğünden sonraki tarihlerde yapıldığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Geçici 81. maddede öngörülen geçiş dönemi yaşlılık aylığı koşullarının belirlenmesinde sigortalının maddenin A bendi uyarınca 08.09.1999 tarihinde B ve C bentleri uyarınca 23.05.2002 tarihinde mevcut ve geçerli sigortalılık sürelerinin dikkate alınması yasa gereğidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.03.2005 gün 2005/10-138 Esas, 2005/221 Karar, 15.03.2006 gün 2006/21-36 Esas 2006/80 Karar 08.07.2009 gün 2009/21-309 Esas 2009/322 Karar sayılı kararlarında da açıklanan bu maddi ve hukuki ilkeler gözetildiğinde, davacının yaşlılık aylığından yararlanma koşullarının, 3201 Sayılı Yasa uyarınca ve b maddesine göre değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, Geçici 81/A maddesinin yürürlük tarihinden sonra, askerlik ve yurt dışı çalışmaların borçlanılması yoluyla elde edilen sigortalılık süresi dikkate alınarak, Geçici 81/A maddesindeki değerlendirmeden hareketle sonuca varılmış olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, yaşlılık aylığına hak kazanıldığının ve aylık bağlanması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının askerlik borçlanması ve 3201 Sayılı Kanun uyarınca borçlanma ile kazanılan sigortalılık süreleri dikkate alınarak, sigortalılık başlangıç tarihinin yurtdışında ilk defa işe girdiği tarih olduğu ve buna göre belirlenecek sigortalılık süresi ile 506 Sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesi uyarınca yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Kurum vekili davacının 3201 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca davacının sigortalılık başlangıç tarihinin borçlanılan gün sayısı kadar geriye gidilerek belirlenmesi gerektiğini, bu nedenle yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için gerekli sigortalılık süresi ve yaş şartını yerine getirmediğini, ayrıca Türkiye de çalışması olmayan davacı hakkında Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uygulanmasının mümkün olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4.maddesinde yer alan, bir kimsenin Türk sigortasına girişten önce bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edileceği hükmüne göre yurt dışında çalışma başlangıç tarihinin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulü ile davacının 506 Sayılı Kanun'un 4759 Sayılı Kanun ile değişik Geçici 81. maddesinin (B) fıkrası uyarınca tahsis talep tarihi itibariyle sigortalılık süresinin yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarih dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğinden bahisle davacının tahsis talep tarihi itibariyle yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti ile yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire, yukarıda başlık bölümünde belirtilen gerekçelerle hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçeler tekrarlanmak suretiyle ilk kararda direnilmiş, hükmü davalı Kurum vekili temyiz etmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen iki uyuşmazlık gelmektedir.

Bunlardan ilki, davacının sigortalılık başlangıç tarihinin 3201 Sayılı Kanun'a göre mi yoksa Türk-Alman Sosyal Güvenlik Ek Sözleşmesine göre mi belirleneceği noktasında toplanmaktadır.

İlk uyuşmazlığın çözümünden sonra varılacak sonuca göre çözümü gereken ikinci uyuşmazlık ise, 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'a dayalı olarak, 4759 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra borçlanma yapılması halinde, yaşlılık aylığı tahsis koşullarının 506 Sayılı Kanun'un Geçici 81.maddedeki kademeli geçiş şartlarına göre mi, yoksa 506 Sayılı Kanun'un 4759 Sayılı Kanun'la değişik 60. maddesi hükümlerine göre mi belirleneceği noktasında toplanmaktadır.

1-İlk uyuşmazlık yönünden, diğer bir anlatımla davacının sigortalılık başlangıç tarihinin 3201 Sayılı Kanun'a göre mi yoksa Türk-Alman Sosyal Güvenlik Ek Sözleşmesine göre mi belirleneceğine ilişkin uyuşmazlık yönünden,

Konuyla ilgisi bakımından öncelikle sigortalılık süresinin başlangıcı kavramına açıklık getirilmelidir.

506 Sayılı Kanun'un 108. maddesi uyarınca malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 Sayılı Kanun'lara veya bu Kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihtir.

Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıcı yönünden, bulundukları ülke ile yapılan ikili uluslar arası sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu 3201 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan madde uyarınca borçlanma konusu hizmetlerinden sonra Türkiye`de tescili bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacak, hiç tescili olmayanlar için de, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarih öte yandan davacının çalışmalarının geçtiği Almanya ile 02.11.1984 tarihinde imzalanan Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşme'nin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Şu duruma göre, karşımıza, aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir yasa kuralı diğer tarafta uluslar arası sözleşmede yer alan farklı bir düzenleme çıkmaktadır. Bu sorun kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesinde kuşku bulunmamaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, Anayasamızın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere, yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslar arası sözleşmeler kanun hükmündedir. Öyle ki bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne dahi başvurulamaz. Anayasa, böylece uluslar arası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından "Yasa" gücünde görmüş "normlar hiyerarşisi" yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslar arası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından yasal güç tanımak Anayasal bir zorunluluktur.

Somut uyuşmazlığın açıklanan bu ilke kapsamında değerlendirilmesi sonucunda, 02.11.1984 tarihinde imzalanan ve 05.12.1984 tarihli 3241 Sayılı Kanun'la onaylanıp 01.04.1987 tarihinde yürürlüğe giren ve yöntemine göre yürürlüğe girmiş uluslar arası sözleşme olarak 3201 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinden önce uygulanma önceliğine sahip bulunan 30 Nisan 1964 tarihli Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşme'nin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan hukuksal nedenler karşısında; Yerel Mahkemenin, davacı sigortalının, Almanya`da ilk defa sosyal sigorta giriş tarihinin 506 Sayılı Kanun'un 108. maddesine koşut olarak Türk Sosyal Sigortalarına giriş tarihi olarak kabulü yerindedir.

2- İkinci uyuşmazlık konusunu teşkil eden, 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'a dayalı olarak, 4759 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra borçlanma yapılması halinde, yaşlılık aylığı tahsis koşullarının 506 Sayılı Kanun'un Geçici 81. maddedeki kademeli geçiş şartlarına göre belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin uyuşmazlık yönünden yapılan değerlendirmede:

Uyuşmazlığın kaynağını, 506 Sayılı Kanun'na 4447 Sayılı Kanun ile eklenen, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve sonrasında 4759 Sayılı Kanun ile bir bölümü değişikliğe uğrayan Geçici 81.madde oluşturulmaktadır.

Anılan madde uyarınca, yaşlılık aylığı bağlama koşulları, 4447 Sayılı Kanun yürürlüğe girdiği 08.09.1999 ve 4759 sayılı Kanunun kabul edildiği 23.05.2002 tarihindeki "sigortalılık süresi" nin "kaç yıl" olduğu dikkate alınarak kademeli şekilde belirlenmektedir.

Yaşlılık aylığı tahsisi için aranan koşullardan biri olan sigortalılık süresi, sigortalının sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak ilk defa çalışılmaya başladığı sigortalılık başlangıç tarihi ile aylık talep tarihi arasındaki süredir.

Burada, 4759 Sayılı Kanun'un kabul edildiği 23.05.2002 tarihinde geçerli sigortalılık süresinin hesabında, 4759 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra yapılacak borçlanma ile kazanılan sürenin dikkate alınıp alınamayacağı hususu önem taşımaktadır.

Bu hususun çözümü için yurt dışındaki vatandaşların sosyal güvenliklerinin sağlanması bakımından getirilen "yurt dışı hizmet borçlanması" mevzuatının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yurt dışındaki vatandaşların sosyal güvenliklerinin sağlanmasına yönelik ilk düzenleme, 1978 yılında çıkarılan 2147 sayılı "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunu" olup, bilahare halen yürürlükte bulunan ve önceki Kanundan yararlananların kazanılmış haklarını saklı tutan 3201 sayılı "Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiştir.

3201 Sayılı Kanun uyarınca yurt dışı hizmet borçlanması, yurt dışında geçmiş sürelerin Türkiyede geçmiş gibi değerlendirilmesi imkanını tanımaktadır. Bu Kanun hükümlerine göre borçlanılan yurt dışı çalışma süresi, bedelinin ödenmesi halinde, ait olduğu devrede dikkate alınarak, tahsis istemi yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır.

İkili uluslar arası sosyal güvenlik sözleşmelerinde özel hüküm bulunmayan veya sözleşme imzalanmayan ülkelerdeki çalışmalarını borçlananlar yönünden sigortalılık başlangıcının ve dolayısıyla sigortalılık süresinin nasıl hesaplanacağı ise 3201 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan maddeye göre Türkiye de tescili bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarih, tescili olmayanlar yönünden ise borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarihtir.

Ancak bu kabule göre, Türkiyede sigortalı olarak tescili bulunanlar 506 Sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinin sigortalının lehine olan kademeli geçiş hükmünden yararlanırken, tescili bulunmayanların ise daha sonra yurt dışı hizmet borçlanması yolu ile kazanılan sigortalılık süresinden yararlanamaması şeklinde bir adaletsizlik ortaya çıkmaktadır. 4956 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra borçlananların, borçlandığı sürelerin Geçici 81. maddenin 4956 Sayılı Kanun ile değişikliğe uğradığı 23.05.2002 tarihindeki sigortalılık süresinin hesabında dikkate alınmayarak, Geçici 81. maddeden yararlandırılmaması, 3201 Sayılı Kanun ile sigortalılara tanınmış olan hakların ortadan kaldırılmasını sonucu da doğurmaktadır.

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 29.09.2010 gün ve 2010/10-471 E.2010/439 K., 29.09.2010 gün ve 2010/10-472 E. 2010/440 K., 20.10.2010 gün ve 2010/10-499 E.2010/532 K.29.09.2010 gün ve 2010/21-302 E., 2010/438 K. 06.04.2011 gün ve 2010/10-692 E. 2011/71 K. 20.04.2011 gün ve 2011/10-159 E. 2011/201 K. 20.04.2011 gün ve 2011/10-169 E. 2011/209 k. 20.04.2011 gün ve 2011/228 K. 29.04.2011 gün ve 2011/10-172 E. 2011/248 K. 06.07.2011 gün ve 2011/21-318 E. 2011/466 sayılı ilamlarında da vurgulanmıştır.

Açıklanan hukuksal nedenler karşısında;

Ne var ki, Yüksek Özel Daire bozma nedenine göre, somut uyuşmazlıkta yaşlılık aylığı tahsis koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini ve diğer temyiz itirazlarını incelemediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, davalı Kurum vekilinin yaşlılık aylığı tahsis koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ve diğer hususlara yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **10. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE,** 07.12.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

BOŞANMA KARARI • HÜKMÜN KISMEN TEMYİZİ

•

KESİN DELİL

ÖZET: Boşanma kararında kadının hafif, kocanın ağır kusurlu olduğu belirlenmiş ve tarafların temyizinde boşanma kararı yönünden temyiz yapılmamış, sadece manevi tazminat yönünden temyiz yapılmıştır. Bu durum karşısında kesinleştiği kabul edilen boşanma hükmündeki kusur durumu kesin değildir.

Kesin delil itirazı davanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Y.HGK E:2011/2-890 K:2012/239 T:28.03.2012

("....1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Toplanan delillerden, boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu oldukları anlaşılmaktadır. Eşit kusurlu taraflar lehine manevi tazminata hükmedilemeyeceği nazara alınmadan, hem kadın hem de koca yararına manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir...")

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava ve karşı dava, boşanma ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, evlilik birliğinin sarsılmasında davacı-karşı davalı kadının hafif, davalı-karşı davacı kocanın ise ağır kusurlu oldukları kabul edilerek tarafların boşanmalarına ve davacı karşı davalı kadın yararına 10.000 ₺ davalı karşı davacı koca yararına 1.000 ₺ manevi tazminata hükmedilmiştir.

Boşanmaya ilişkin hüküm taraflarca temyiz edilmediğinden kesinleşmiş, hükmü manevi tazminat ve buna esas alınan kusur noktasından olmak üzere taraflar vekili temyiz etmiştir.

Özel Daire'ce, boşanmaya ilişkin hükme yönelik temyiz olmadığı için, sair temyiz itirazlarının da reddi ile, tazminata ilişkin karar, yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle, tazminat noktasında bozulmuştur.

Mahkemece, önceki kararda direnilmiş, hükmü davalı karşı davacı vekili temyize getirmiştir.

Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, kararın boşanma ve boşanmada esas alınan davalının daha ağır kusurlu olduğuna ilişkin belirleme yönünden temyiz edilmemiş olması karşısında, hükmedilecek manevi tazminata esas olmak üzere boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu kabul edilip edilemeyecekleri, noktasında toplanmaktadır.

İlkin, kadının hafif, kocanın ağır kusurlu kabul edilerek verilen boşanma kararının her iki tarafça temyize konu edilmemesi, bu haliyle kesinleşmiş olması karşısında boşanma yönünden kabul edilen kusurun manevi tazminatın belirlenmesinde kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı, ön sorun olarak incelenmiştir.

Ön soruna yönelik olarak yapılan değerlendirmede öncelikle dava şartı, kesin hüküm, gerekçe ile hüküm fıkrası arasındaki bağın üzerinde durulmasında yarar vardır.

Dava şartları, mahkemece davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi için gerekli olan şartlardır.

Diğer bir anlatımla, dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan "Kamu Düzeni" ile ilgili zorunlu koşullardır.

Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, incelemek durumunda olup, bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir.

Dava şartları, dava açılmasından hüküm verilmesine kadar var olmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığının öğrenilmesi durumunda, mahkemenin davayı mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekir.

Dava şartlarından bazıları olumlu (davanın açılması sırasında var olması gerekli) bazıları ise olumsuz (davanın açılması sırasında bulunmaması gereken) şartlardır.

Dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) madde 237, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 114/1-i çözümlenmemiş olması da dava şartıdır. Bu şart olumsuz dava şartı olarak adlandırılır.

Keza hak düşürücü süre de olumsuz dava şartlarından olup davanın esastan görülmesine engel olup, yanlışlıkla işin esası incelenmiş ve herhangi bir nedenle (davanın ispatı, kabul, feragat vs.) esastan karar verilmiş olsa bile, hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşıldığı takdirde, davanın bu nedenle reddi gerekir.

Kesin hüküm ise, hem bireyler için hem de devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenlilik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.

Hemen belirtilmelidir ki, kesin hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir biçimde çözümlenmesidir. Bu amacın gerçekleşmesinde, hem kişilerin hem de Devletin yararı vardır. Çünkü kişiler, arasındaki uyuşmazlığın kesin bir biçimde sonuçlanması için dava sırasında bütün olanaklarını kullanırlar ve dava sonucunda verilecek kararla artık, bu uyuşmazlığın sona ermesini isterler. Bu açıdan, Devletin de menfaati söz konusudur. Çünkü Devlet, mahkemenin sınırsız bir biçimde aynı uyuşmazlık (dava) ile sürekli ve yinelenerek meşgul edilmesini istemez.

Dava konusu uyuşmazlık hakkında bir kesin hüküm bulunuyorsa, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanılarak yeni bir dava açılamaz.

Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemenin de; (Yargıtayında) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtayda (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) ve dahası bozmadan sonra da ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O nedenle kesin hükmün varlığının, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez. (Hukuk Genel Kurulunun 05.06.1991 gün ve 1991/5-215-342 E., K. Sayılı ilamı, Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V. 6.Baskı, yıl 2001,s.4980 vd.)

Bu bağlamda kesin delil ise, yanları ve hakimi bağlayan, bu tip delillerle kanıtlanan olayın hukuksal doğru olarak kabul edilmesi gereken delillerdir. Hakimin kesin delilleri takdir yetkisi yoktur. Bu biçimde ispatlanan hususu doğru kabul etmek zorundadır.

Hukukumuzda kesin deliller sınırlı olup bunlar ikrar (HUMK. Madde 236, HMK. Madde 188) senet (HUMK.Madde 287, HMK. Madde 193), yemin (HUMK.Madde 337, HMK. Madde 228) ve kesin hükümdür (HUMK. Madde 237, HMK. Madde 303)

Kesin hüküm de aynı konuda daha sonra açılan davada kesin delil oluşturur. (Baki Kuru, age.,C.II, s. 2034 vd).

Kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm, olmak üzere ikiye ayrılır.

Şekli anlamda kesin hüküm, sözü edilen karar karşı artık bütün olağan yasa yollarının kapadığı anlamına gelir. Bazı son kararlar verildikleri anda kesindirler (Örneğin HUMK. M.427, HMK. M.361)

Yasa yolu açık olan bir karar, yasa yoluna başvurma süresi geçmekle de kesinleşir. Öte yandan, temyiz yolu açık olan bir karar temyiz edilip sonuçta onanmış ve karar düzeltme süresi geçirilmişse ya da karar düzeltme yoluna gidilip de bu istem reddedilmişse veyahut yasa yoluna başvurmaktan feragit edilmişse verilen hüküm şekli anlamda kesinleşir.

Bir hüküm bir kere şekli anlamda kesinleşirse, artık bu hükme karşı, olağan yasa yollarına başvurulamaz. Bir kararın maddi anlamda kesinleşmesi için öncelikle şekli anlamda kesinleşmesi gerekir.

Maddi anlamda kesin hükmün koşulları 1086 sayılı HUMK'un 237. maddesinde açıklanmıştır. Birinci dava ile ikinci davanın müddeabihlerinin (konusunun) dava sebeplerinin (vakıaların) ve taraflarının aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur.

6100 sayılı HMK'nın 303/1.maddesi de "Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir." Şeklinde benzer bir tanımı içermektedir.

Kesin hükmün ilk koşulu, her iki davanın taraflarının aynı kişiler olması, ikinci koşulu, müddeabihin aynılığı, üçüncü koşulu ise, dava sebebinin aynı olmasıdır.

Kesin hükmün ikinci koşulu olan müddeabih, dava konusu yapılmış olan hak, yani dava ile elde edilmek istenilen sonuçtur. Önceki dava ile yeni davanın müddeabihlerinin (konularının) aynı olup olmadığını anlamak için hakimin, eski davada verilen kararın hüküm fıkrası ile yeni davada ileri sürülen talep sonucunu karşılaştırması gerekir. Eski ve yeni davanın konusu olan maddi şeyler fiziki bakımdan aynı olsa bile, bu şeyler üzerinde talep olunan haklar değişikse, müddeabihler aynı değil demektir.

Kesin hükmün üçüncü koşulu ise dava sebebinin aynı olmasıdır. Dava sebebi, hukuki sebep olmayıp, davacının davasını dayandırdığı vakıalardır. Öyle ise, her iki davanın da dayandığı maddi vakıalar (olaylar) aynı ise, diğer iki koşulun da bulunması halinde kesin hükmün bulunduğundan söz edilebilir.

Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 05.02.2003 gün ve 2003/21-30 E. 2003/57 k. 08.12.2010 gün ve 2010/1-602 E. 2010/643 K. Sayılı ilamlarında da vurgulanmıştır.

Kesin hüküm, ilk önce (hüküm veren mahkeme de dahil diğer bütün) mahkemeleri bağlar. Yani mahkemeler aynı konuda, aynı dava sebebine dayanarak aynı taraflar hakkında verilmiş olan bir kesin hüküm ile bağlıdırlar, aynı davayı bir daha (yeniden) inceleyemezler (kesin hüküm itirazı) ve aynı konuya ilişkin yeni bir davada, önceki davada verilmiş olan kesin hüküm ile bağlıdırlar (Baki Kuru, a.g.e., C.V., s.5051-5053)

Diğer taraftan hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçe kesin hüküm teşkil eder. Hangi gerekçenin hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olduğu, her olayın özelliğine göre belirlenir. Kesin hüküm kural olarak hüküm fıkrasına münhasırdır ve gerekçeye sirayet etmez. Ancak gerekçe, hükme ulaşmak için mahkemece yapılan hukuki ve mantıki tahlil ve istidlallerden (deliller) ibaret kalmayıp, hüküm fıkrası ile ayrılması imkansız bir bağlılık içinde bulunuyor ise istisnaen bu kısmın da kesin hükme dahil olduğunu kabul etmek gerekir.

Nitekim uygulamada da benzer nitelikte kararların verildiği görülmektedir.

Bunlardan birisi, boşanma ile birlikte görülen yoksulluk nafakasına ilişkin uygulamadır. Buna göre, yoksulluk nafakası boşanmanın eki niteliğinde bir istek olduğundan boşanma kararı ve onun gerekçesiyle sıkı sıkıya bağlıdır. Kusur unsurunu tespit edecek olan hüküm, boşanmaya ilişkin karardır. Boşanmada kusur unsuru tespit edilmiş ise bu husus sonradan istenecek yoksulluk nafakası için kesin hüküm ve bunun sonucu olarak kesin delil oluşturur. Boşanma davası ile yoksulluk nafakası davası arasında hukuki sebep birliği yoksa da biri diğerinin eki olması itibariyle, aralarında sıkı sıkıya bağlı, biri olmadan diğerinin varlık kazanamayacağı sebep ve sonuç ilişkisi vardır. Onun için, boşanma davasıyla belirlenen kusurluluk unsuru nafaka davası için dahi kesin hüküm ve kesin delil oluşturur. Kesinlik sadece hüküm fıkrası için söz konusu ise de, hüküm fıkrası ile gerekçesi arasında zorunlu bir bağ varsa hükmün gerekçesi de kesinlik kazanır. Davacı, boşanmada tam kusurlu bulunmuş ve verilen boşanma kararı şekli ve maddi yönden kesinleşmişse, kesinlik kazanan bir hükmün gerekçesi de kesinlik kazanır. Davacı, boşanmada tam kusurlu bulunmuş ve verilen boşanma kararı şekli ve maddi yönden kesinleşmişse, kesinlik kazanan bir hükmün sonuçlarının ortadan kaldırılması yargılamanın iadesi ile mümkündür. Bunun dışında hükmün sonuçlarını ortadan kaldırmak mümkün değildir. Boşanma davasıyla kesinleşen kusurluluk olayı, yoksulluk davası için de kesin hüküm ve kesin delil oluşturur (2.HD. 10.02.1993 gün, 668/1096 E., K. Sayılı kararı; Esat Şener, Nafaka, 1994, s.130/131)

Benzer şekilde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 11.02.1982 gün ve 8582/1186 sayılı kararında hakimi hüküm vermeye hukuken zorlayan gerekçenin kesin hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. (YKD. Yıl:1982, Sayı: 6, s.784-786)

Somut olayın açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesine gelince:

Davacı-karşı davalı kadın tarafından davalı – karşı davacı koca aleyhine Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine göre boşanma davası açılmış, taraflar karşılıklı olarak manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Mahkemece boşanmaya neden olan olaylarda kadının hafif, kocanın ağır kusurlu olduğu kabul edilerek tarafların boşanmasına ve manevi tazminat isteminin karşılıklı olarak kısmen kabulüne karar verilmiştir. Taraflar temyizinde boşanma kararını temyiz etmemiş, ancak kararı manevi tazminat ve buna esas alınan kusur yönünden temyiz etmişlerdir.

Görüldüğü gibi, tarafların boşanma kararını temyizi söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak boşanma kararı kusur durumu ile birlikte kesinleşmiştir. Taraflar, boşanma kararını temyiz etmemekle bu husus gerekçe ve hüküm sonucu itibariyle kesinleşir. Durum bu olunca, boşanmaya neden olan olaylarda kocanın ağır kusurlu kadının ise hafif kusurlu olduğu yolunda kesin hüküm oluştuğunun kabulü gerekir.

Bu nedenle, boşanmaya neden olan aynı zamanda tazminata da konu olan olaylarda artık ne mahkemenin, ne de Yargıtayın kusuru incelemesi mümkün değildir. Aksinin kabulü ile kusur incelemesi yapılarak boşanmaya ve tazminata esas olan olaylarda davalı kocanın eşit kusurlu olduğunu söylemek kesin hüküm kuralına aykırıdır.

Her ne kadar, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında, davalının boşanma davasında ayrıca tazminat talebinde bulunmaması halinde ve boşanma kararı kesinleştikten sonra tazminatla ilgili olarak açılacak bir davada kusur oranı boşanma kararı ile kesinleştiğinden yeniden kusur araştırılmasına girilemeyeceği ancak, burada boşanma ve tazminat birlikte talep edildiğinden ve temyizde kusura da itiraz edildiğinden durumun farklı olduğu ve tazminat yönünden kusurun incelenebileceği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de, boşanma davası ile birlikte tazminat istenmesi halinde boşanma kararındaki kusur oranının kesinleşmesini engelleyen bir hüküm bulunmadığı, boşanma ile birlikte açılan tazminat davasında kesin hüküm sayılmamasının hukuki bir dayanağı da olmadığı, boşanmadaki kusuru temyiz etmeyen tarafın, bu davranışı ile oluşan kesin hüküm halini alan kusura rağmen, tazminatı kusur yönünden temyizinin dikkate alınmaması gerektiği, gerekçesiyle, çoğunlukça bu görüşe itibar edilmemiştir.

Ayrıca belirtmekte yarar vardır ki, bir an için, boşanma kararını temyiz etmeyen tarafların kusura itirazının aynı zamanda boşanma kararının gerekçesinin de temyizi olduğu kabul edilse dahi, Özel Daire'ce sair temyiz itirazları reddilmeyerek, boşanma kararının gerekçesi yönü ile kesinleştirilmemesi ve mahkemece boşanmaya neden olan olayda kocayı ağır, kadını hafif kusurlu sayılarak boşanmaya karar verilmiş ise de dosya kapsamına göre olaylarda

tarafların eşit kusurlu olduğu, ancak tarafların boşanma hükmünü temyiz etmediğinden sonuç olarak boşanmaları yönünde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmadığından sonucu itibarı ile doğru olan boşanma kararının onanmasına karar verilmesi ve böylelikle tarafların boşanmaya neden olan olayda kocanın ağır, kadının hafif kusurlu olduğu yönünde kesin hüküm oluşmasının önlenmesi, bundan sonra tazminatın irdelenmesi gerekirdi. Oysa Özel Daire tarafların kusur durumuna ilişkin temyizini, boşanmanın gerekçesini temyiz olarak kabul etmemiş, aksine boşanmayı temyiz bulunmadığı gerekçesiyle bozma nedeni yapmaksızın kesinleştirmiştir. Böylece, kocanın boşanmadaki ağır, kadının hafif kusuru kesinleşmiştir.

Diğer taraftan, azınlık görüşünün kabulü halinde, Hukuk Genel Kurulu kararına uymak zorunda olan mahkemenin, kesinleşen boşanma hükmüne rağmen, bu hükmü yeniden ele alarak, yeni kusur durumunu tespitle yeniden boşanma hükmü kurması gerekecektir ki, bu durum hükümle ilgili yukarıda açıklanan tüm ilkelere aykırı olacaktır.

Kaldı ki, aynı konuda iki ayrı kusur oranı esas alınarak sonuca varılması, hukuken mümkün olmadığından, boşanma kararının kesinleşmesi ile tarafların kusuru kesinleşmiş olmakla; davalı – karşı davacı kocanın tazminat isteminde kusura itirazının hukuki anlamda sonuç doğurması da olanaklı değildir.

Sonuç olarak, boşanma kararının temyiz edilmemesi nedeniyle kusur oranı kesinleştiğinden, taraflardan birinin tazminat yönünden kusura itiraz etmesi, sonuca etkili değildir. Kesinleşmiş mahkeme kararı ile tarafların kusurları belirlendiğinden bundan sonra bu konuda kesin hükmün bağlayıcılığı kuralı gereği, yeniden inceleme yapılamaz, boşanma davasındaki kusur belirlemesi tarafları bağlar.

Açıklanan tüm bu nedenler karşısında boşanma yönünden kabul edilip, kesinleşen, davalı-karşı davacı kocanın ağır kusurlu, davacı-karşı davalı kadının hafif kusurlu olduğu olgusunun manevi tazminatın belirlenmesinde kesin hüküm oluşturacağı Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede oyçokluğu ile kabul edilmiş, bu yönden direnme kararı yerinde bulunmuştur.

Ne var ki, kesinleşen kusur oranları dikkate alındığında TMK'nın 174/2 maddesine göre hükmedilen manevi tazminata yönelik diğer temyiz itirazları Dairesince incelenmediğinden, bu temyiz itirazlarının incelemesi için dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle **DİRENME UYGUN OLUP**, davalı/karşı davacı A. Vekilinin manevi tazminata yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **2. HUKUK DAİRESİ'NE (GÖNDERİLMESİNE)** yapılan ikinci görüşmede 28.03.2012 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNAT • SİGORTA ŞİRKETİ ÖDEMESİ • GÜNCELLEŞTİRME • ARAÇ İŞLETEN • ADAM ÇALIŞTIRAN • SORUMLULUKLAR*

ÖZET: Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında sigorta şirketinin kaza mağdurlarına ödediği bedeli hesaplanacak tazminattan düşülecektir.

Bu iş yapılırken, sigorta şirketinin ödediği bedele bilirkişi raporunun verildiği tarihe kadar işlemiş olan yasal faiz ilave edilmek suretiyle güncelleşme yapılmalıdır.

Trafik kazasında meydana gelen zarardan aracı işleten de sorumludur.

Söz konusu zarardan adam çalıştıran pozisyonundaki şirket de çalıştırdığı adamın kusurundan sorumludur.

Y.HGK E:2011/4-824 K:2012/134 T:14.03.2012

Dava: Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 30.07.2009 gün ve 2006/198 E.-2009/260 K. Sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili ve davalılardan S.D. vekili ile A.İ.İ. San. ve Tic. A.Ş. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.12.2010 gün ve 2009/13017 E. 2010/12991 K. Sayımı ilamı ile,

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacıların diğer temyiz itirazlarına gelince:

a) Davacılar, davalılardan sürücü S.D'nin eşi, kendilerinin kızı ve kardeşi olan S.D'nin, S.D'nin tam kusuru ile yol açtığı trafik kazası nedeniyle yaşamını yitirdiğini belirterek uğradıkları maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemişlerdir.

Davalılardan araç sahibi D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. aracı uzun süreli kiralama sözleşmesi ile diğer davalı A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.ne kiraladığını, Diğer davalı A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş. ise, diğer davalı sürücünün şirket çalışanı olmadığını, kazaya karışan aracın sahibi de olmadığından kusur ve sorumluluğu bulunmadığını;

* Gönderen: Av. Ayhan TOKAT

Öteki davalı SD. Da kazada eşini kaybettiğini ve büyük bir acı yaşadığını, ileri sürerek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Yerel Mahkemece, davalı sürücü SD.nun desteğin ölümüne neden olan kazada tam kusurlu olduğu benimsenmiş; D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin aracı uzun süreli kiralama sözleşmesi ile telsi ettiği A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin araç işleteni olduğu sonucuna varılarak, davalılardan D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. ne yönelik istemin husumet yönünden reddine, diğer davalılar hakkındaki istemin ise bir bölümünün kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, kazaya neden olan 34... Plakalı aracın davalılardan D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. adına kayıtlı olduğu, diğer davalı A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile aralarında imzaladıkları 01.10.2004 başlangıç tarihli kira sözleşmesi uyarınca aracın 36 aylığına kiralandığına ilişkin kira sözleşmesi sunulduğu, kiralama sözleşmesinin taraflarca hazırlandığı, noter onayı bulunmadığı, 243 adet otomobilden söz edilen kira sözleşmesinde kiralanan araçların plakalarının yer almadığı, araçların üçüncü kişilere verecekleri zararlardan A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin sorumlu tutulacağı, mahkeme kararı ile D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin tazminat ödemesi durumunda A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.ne rücu edeceği gibi koşulları içerdiği anlaşılmaktadır.

Davacılar, zarara yol açan aracın trafik kaydını esas alarak davayı, işleten D...Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.sıfatıyla yöneltmişlerdir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 3 ve 19. maddelerine göre trafik kaydı "işleteni" kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak trafik kaydına rağmen işletenliğin üçüncü kişi üzerinde bulunmasını engelleyen bir yasal düzenleme de yoktur. İşletenlik, trafik kaydı adına olan kişiden mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süre ile kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişiye geçmiş olur. Bu bakımdan işletenliğin kayda rağmen başkasına geçmiş bulunduğu her zaman kanıtlanabilir. Fakat bu konuda getirilecek kanıtların üçüncü kişiler yönünden bağlayıcı nitelikte ve güçte olması, özellikle zarara uğrayanların haklarını ortadan kaldıracak (halele uğratacak) bir sonuç yaratmaması gerekir.

Öte yandan Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 299. maddesinde yer alan düzenlemeler, birbiriyle hiç bağlantısı bulunmayan, birbirine karşı tam anlamıyla üçüncü kişi durumunda bulunan kişiler hakkında uygulama alanı bulamaz. Çünkü haksız eylem nedeniyle zarar gören kişi üzerinde işletenlik niteliği bulunmayan kişinin hukuki ardılı değildir. Ancak, özellikle trafik olaylarına karışan araçların oluşturdukları zararların ödetilmesini olanaksız bırakmak için olaydan sonra danışıklı (muvazaalı) olarak eski

tarihle düzenlenen sözleşmelerde, üçüncü kişi durumunda bulunan zarar görenlerin, zarara uğramasını önlemek amacıyla bu gibi belgelerin onlara karşı sonuç doğurabilmesi için sözü edilen maddede öngörülen koşulların benzetme yolu ile (kıyasen) aranması hak ve adalete uygun düşmektedir. Yargıtayın uzun yıllardan beri uygulaması bu doğrultudadır. Dava konusu olayda davalı; aracını, başka bir kişinin kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiğini ve araç üzerinde eylemli kullanımı (tasarrufu) bulunduğunu geçerli kanıtlarla kanıtlamış değildir.

Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, araç sahibi olan davalılardan D. Turizm Otomotive Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin de sorumlu tutulması gerekirken, onun hakkındaki istemin husumet yönünden reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

b) Davacıların desteği, davalılardan S.D. nun eşi olup bu sıfatla olay günü araç içinde bulunmaktadır. Araç sürücüsü ile ölenin karı koca oldukları gözetildiğinde, ölenin davalı yan tarafından hatır için taşındığı iddia olunduğuna göre, kaza sırasında desteğin emniyet kemerinin takılı olup olmadığı, meydana gelen sonuç ile emniyet kemerinin takılı olmaması arasında uygun nedensellik bağı bulunup bulunmadığı belirlenerek, Borçlar Yasası'nın 43. maddesinin uygulanmasına olanak bulunup bulunulmadığı tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmadığından karar bu nedenle de bozulmalıdır.

3- Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince,

a) Kaza yapan aracın sigorta ettireni olan davalılardan D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. sigorta şirketince davacılara tazminat ödendiği, sigorta poliçesi kapsamında manevi tazminat klozu da bulunduğu ileri sürülmüş olup yerel mahkemece, davacıların kaza yapan aracın hem ihtiyari mali sorumluluk hem de zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan Güneş Sigorta A.Ş. den 27.03.2006 ve 28.03.2006 günlerinde ₺ 5.923.56 ve ₺ 36.785.56 tazminat aldıkları belirlenmiş, ödenen tazminat tutarlarının hangi zarar kalemine karşılık olduğu belirlenmediğinden, tümü destekten yoksun kalma zararından indirilmiştir.

Yerel mahkemece, davalının itirazı da gözetilerek, davacılara ödenen tazminat tutarının hangi zarar kalemlerine ilişkin olduğu, özellikle manevi tazminat karşılığı bir ödeme yapılıp yapılmadığı sorularak, sigorta şirketine açıklattırılmadan yazılı biçimde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

b) Yerel mahkemece benimsenen 03.08.2007 günlü destekten yoksun kalma nedeni ile uğranılan maddi zararı hesaplayan bilirkişi raporunda, tazminat tutarları hesap günündeki verilere göre hesaplanmış ve yerel

mahkemece de davacıların sigorta şirketinden 27.03.2006-28.03.2006 günlerinde aldıkları tazminat, herhangi bir güncelleştirme yapılmadan indirilerek zarar tutarları bulunmuştur.

Sigorta şirketi tarafından yapılan ödemeyi tazminat hesabının yapıldığı günden önce alan davacılar, bu paranın tazminat hesabının yapıldığı güne kadar işleyen yasal faizi kadar kazanım sağlamış olacaklarından, zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin tazminat hesabının yapıldığı güne kadar geçen süreye ilişkin getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenerek hesaplanan tazminattan indirilmesi gerekir.

Yerel mahkemece, sigorta şirketi tarafından davacılara ödemelerin yapıldığı günler ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunun düzenlendiği gün arasında geçen sürede sigorta şirketinden alınan paranın getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenmesi ve sigorta şirketi tarafından yapılan ödeme ile birlikte, hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmemiş olması da ayrı bir bozma nedenidir...)

Gerekçesiyle (2/a ve b) sayılı bentte gösterilen nedenlerle davacılar yararına, (3/a ve b) sayılı bentte gösterilen nedenlerle davalılar yararına bozularak, tarafların diğer temyiz itirazları ilk bentteki nedenlerle reddedilerek, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR

Dava, trafik kazası nedeniyle desteğin ölümünden dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, "07.03.2005 günü davalı sürücü SD. Yönetimindeki davalı D. Tur.Oto.San.Ltd. Şti. ne ait, davalı *A.İ.İ.* San.A.Ş. ne uzun süreli kiralanan 34.... Plakalı otomobil ile Bolu-Ankara otoyolunda aracı sağdaki oto korkuluklarına çarptıktan sonra karayolu dışına çıkması ile araçta yolcu olarak bulunan eşi Seldanın ölümüne neden olduğu, olayda davalı sürücü S.D.nun %100 oranında kusurlu bulunduğu, S. ölümü nedeniyle G.S. A.Ş. tarafından babası K.E.na 36.785.56 ₺ Annesi H.E.ye 5.923.56 ₺ Ödeme yapıldığı, davacı baba K.E. için 8.601.00 ₺, davacı anne H.E. için 10.030.00 ₺ Destekten yoksun kalma tazminatı talep hakları olduğu, sigorta tarafından ödenen bedel düşüldüğünde davacı babanın karşılanmamış zararının bulunmadığı, davacı annenin 4.106.56 ₺ Destekten yoksunluk tazminatını talepte haklı olduğu kazaya

karışan 34…plaka sayılı aracın trafik kaydında davalı D. Tur. Oto.San. A.Ş. ne 01.10.2004-30.09.2007 tarihlerini kapsayan 36 aylık kira sözleşmesi ile uzun süreli olarak kiralandığı, kazanın meydana geldiği 07.03.2005 tarihinde diğer davalı A.İ.İ. San.ve Tic. AŞ. Tarafından işletildiği her ne kadar davalı S.D'nin B. İ..San. .AŞ.nin çalışanı ise de, kazaya neden olan aracın davalı A.İ.İ. San. ve Tic. A.Ş. tarafından uzun süreli kiralanması ve şifai olarak dava dışı B.İ. San. A.Ş.ye teslim edilmesinin davalı A.İ.İ. San.Tic.A.Ş.nin işleten sıfatını kaldırmayacağı" gerekçesi ile davacı K.E. tarafından açılan maddi tazminat davasının reddine, davacı H.E. tarafından aılan maddi tazminat davasının S.D. ve A.İ.İ. San. A.Ş. yönünden ölen Seldanın hatır taşıması ile taşındığı da dikkate alınarak BK'nın 43. maddesi hak ve nesafet kuralları değerlendirilerek kısmen kabulüne, davalı D…Tur.Oto.San. Tic. A.Ş. nin Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi gereğince işleten sıfatının bulunmadığı ve zarardan sorumlu olmadığı dikkate alınarak bu davacı yönünden açılan davanın reddine, tarafların maddi ve sosyal durumu, davalı S.D. nun kazanın meydana gelmesine %100 oranında kusurlu bulunması, davacıların S. ölümü nedeniyle duymuş oldukları elem ve ıstırabın derecesi dikkate alınarak davalılar SD. ve A.İ.İ. San. A.Ş.hakkında açılan manevi tazminat davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı vekili ve davalı A.İ.İ. San. ve Tic. A.Ş. vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece, yukarıda başlıkbölümünde metni aynen yazılı gerekçeler ile bozulmuştur. Yerel mahkemece, önceki kararda direnilmekle, hükmü davacılar vekili ile davalı A.İ.İ. San. ve Tic.A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık:

1- Davalı D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin kaza yapan aracı, başka bir kişinin kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiğini ve araç üzerinde eylemli kullanımı (tasarrufu) bulunduğunu kanıtlayıp kanıtlayamadığı; burada varılacak sonuca göre aracın işleteninin kim olduğu;

2- Davacıların desteği/ölen ile araç sürücüsü/davalının karı koca oldukları gözetildiğinde, ölenin davalı tarafından hatır için taşındığının kabul edilip edilmeyeceği;

3- Davacılara, kaza yapan aracın hem ihtiyari mali sorumluluk, hem de zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan G.S. A.Ş. tarafından 27.03.2006 ve 28.03.2006 tarihlerinde 5.923.56 ₺ ve 36.785.56 ₺ ödenen tazminat tutarlarının tümünün destekten yoksun kalma tazminatından indirilip indirilemeyeceği;

4- Davacıların sigorta şirketinden 27.03.2006-28.03.2006 günlerinde aldıkları tazminatın, bilirkişi tarafından hesabın yapıldığı güne kadar geçen süreye ilişkin getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip hesaplanan tazminattan indirilmesinin gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmede her bir uyuşmazlık ayrı ayrı ele alınıp değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

I- Davacıların temyizi yönünden;

1- Bozma ilamının 2/a bendinde yer alan bozma nedenine karşı direnme kararına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

a) D. Turizm Otomotiv San. ve Tic. A.Ş. nin sorumluluğuna yönelik temyiz itirazları açısından yapılan değerlendirme:

Somut uyuşmazlıkta öncelikle davalı D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin eldeki davada işleten sıfatının olup olmadığının ve burada varılacak sonuca göre de sorumluluğunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

İlkin, işleten kavramı ve buna ilişkin hukuki düzenleme üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır.

Sorumluluğu belirleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) nun 85/I.maddesinde "araç işleten" kavramına yer verilmiş, anılan Kanunun 3. maddesi ile Karayolları Trafik Yönetmeliği (KTY) nin 3. maddesinde işletenin tanımı yapılmıştır.

Burada işleten:

"Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışla alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görünen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır."

Şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide, işleteni belirleyebilmek için, "şekli sistem" ve "maddi sistem" şeklinde başlıca iki sistem geliştirilmiştir.

"Şekli sistem" deki ölçülere göre,işleten, trafik ruhsatnamesinde ve sigorta poliçesinde adı yazılı bulunan kimsedir. Bu sistemde "kişi" ile "araç" arasındaki eylemli ilişkiye önem verilmemiştir. Trafik sicilinde ve yasa uyarınca işleten adına bulunması gereken diğer yerlerde, bu kayıtlar kimin adına yapılmışsa, o kişiye işleten gözüyle bakılmaktadır.

"Maddi sistem"de, bir araç üzerindeki belirli bir "fiili ve iktisadi hakimiyet" ilişkisi göz önüne alınır. Böylece, araç üzerinde eylemsel (fiili) tasarruf gücü olan ve araçtan doğan tehlikeleri üstlenen ve aracı kendi hesabına işleten kişi, işleten olarak kabul edilir. Araç üzerindeki eylemsel tasarruf gücü, bir aracın ne zaman trafiğe sokulup çekileceği, aracın kimin tarafından nasıl ve hangi amaçlarla kullanılacağı, donanımı, bakım ve gözetim nerede, nasıl ve ne biçim-

de yapılacağı yönünden karar verme yetkisini içerir. Aracın işleten hesabına ve tehlikesi işletene ait olmak üzere işletilmesi ise, aracın donanım, bakım ve işletme giderlerinin işleten tarafından üstlenilmesi araç vergisi ve zorunlu sigorta primlerinin işleten tarafından ödenmesi ve aracın işletilmesi sonunda sağlanan yararların da işletene ait olması anlamına gelir.

Şu var ki, bir kimsenin "şekli" anlamda işleten olduğu halde, "maddi" anlamda işleten niteliğine sahip bulunmaması olanaklıdır. İşte bu durumda, işleten ve zarardan sorumlu olan kişinin "Şekli Sistem" de ki ölçülere göre belirlenmesi gerekir.

Kökleşen yargısal inançlarla da "Maddi Sistem" şöylece benimsenmiştir. "Motorlu aracın işletilmesinden devamlı maddi ya da manevi çıkarı olan, aracın giderlerini ve araçtan doğan tehlikeleri üstlenen ve araç üzerinde eylemsel tasarruf gücü bulunan kimse, işleten niteliği ile sorumludur."

2918 sayılı Kanun'un 3.maddesinde işleten tanımlanırken hem "şekli" hem de "maddi" ölçü birlikte benimsenmiştir.

Bu tanımda öncelikle araç sahibi olan kişi, işleten diye nitelendirilmiştir. Araç sahibinin kim olduğunu belirleyen tanımda "şekli ölçü" nün esas alındığı görülmektedir. O nedenle araç sahibini saptarken öncelikle "tescil belgesi veya sahiplik ya da satış belgesi" göz önünde tutulacaktır. Böylece işleten niteliği ile araç sahibinin belirlenmesinde trafik siciline kanıt gücü tanınmış olmaktadır.

Araç sahibi olmayan işletenleri belirleyen KTK. Md.3`e göre ise, "mülkiyet muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görünen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişi" de işleten olarak sayılmıştır.

Bu tanımlamadan, motorlu aracı "uzun süreli kiralaması" halinde kiracının işleten sayılacağı" kabul edilmelidir.

Kiracının işleten sayılabilmesi için, taşıtın kendisine uzunca bir süre için verilmiş olması ve bakım ödevinin de kendisine yükletilmiş olması gerekir. (Deschenaux-Tercier, Sorumluluk Hukuku, S.Özdemir çevirisi, sh.120)

Şimdiye değin yapılan açıklamaların ışığında belirtelim ki, KTK.md.85/I uyarınca sorumlu tutulan motorlu araç işleteni olarak araç sahibinin saptanması için önce trafik siciline başvurmak gerekir. Şu da var ki, araç işleteninin belirlenmesinde "trafik kayıtları" kesin bir ölçü değildir. Trafik sicilinde araç sahibi görünen kişinin, işleten niteliğinden yoksun olması olasıdır.

Zira, KTK. Md. 85/I de bu "resmi kayıtların" tersinin ispat edilebileceği hükmünü içermektedir; "ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır."

Öyleyse, trafik sicilinin, işleten olarak araç sahibi için bir karine oluşturduğunun kabulü gerekir. O nedenle zarar gören, her türlü kanıtla, "maddi ölçü" çerçevesinde işleten niteliğinin, trafik sicilinde araç sahibi olarak tescilli kişide değil de başka bir kimsede olduğunu ispat edebilir. Eş deyişle zarar gören, trafik kazası sonucu zarara yol açan motorlu aracın işletilmesinde yarar sağlama, aracın giderlerine katlanma, sigorta primlerini ödeme, aracın şoförünü belirleme ve ücretini ödeme, aracın kimin tarafından trafiğe sokulup çekileceği, nasıl ve hangi amaçlarla kullanılacağı, donanım, bakım ve gözetimin nerede, nasıl ve ne biçimde yapılacağı konularında karar verme yetkisinin kimde olduğu ölçülerine başvurarak trafik sicilindeki kaydın tersini kanıtlayabilir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda kural olarak araç işleteninin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmiştir.

Anılan Kanun'un 85/I. maddesine göre;

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

Bu fıkradan çıkan sonuç şudur ki; motorlu araç işleten, motorlu aracın işletilmesinden doğan zarardan kusuru olmasa bile sorumludur. Buradaki sorumluluk kusura dayanmayan ağırlaştırılmış objektif sorumluluktur. (tehlike sorumluluğu)

Bu sorumluluktan kurtuluş beyyinesi ise aynı Kanun'un 86/I.maddesinde şöyle belirlenmiştir. "İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur."

Yine aynı Kanun'un 85/son fıkrasında, "işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur." Denilmiştir. Bu fıkrada eylemlerinden sorumlu kişiler, "araç sürücüsü" ve de "aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişiler" ortaya çıkmış bulunmaktadır. Şu var ki, "araç sürücüsü" ve "aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin", "işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin" kapsamında yer aldığı su götürmez. İşte araç işleteninin sorumluluktan kurtulması için, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, yasanın deyimi ile kusurları bulunmadığını da kanıtlaması gerekecektir.

İşletenin bu bağlamda sorumlu tutulabilmesi için, aracı o kişiye rızasıyla bırakmış olması gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde:

Kazaya neden olan 34.... Plakalı aracın davalılardan D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. adına kayıtlı olduğu dosya kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. Davacılar zarara yol açan aracın trafik kaydını esas alarak davayı, işleten sıfatıyla D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.ye yöneltmişlerdir.

Her ne kadar araç adına kayıtlı olan davalı D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. vekili, diğer davalı A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.ile aralarında imzaladıkları 01.10.2004 başlangıç tarihli kira sözleşmesi uyarınca aracın 36 aylığına kiralandığına ilişkin dosyaya kira sözleşmesi ve bu kira sözleşmesi gereğince de kira bedellerinin dava dışı B.İ. San.ve Tic.A.Ş. tarafından ödendiğine dair faturalar sunmuş ise de, kiralama sözleşmesinin taraflarca hazırlandığı, noter onayı bulunmadığı, 243 adet otomobilden söz edilen kira sözleşmesinde kiralanan araçların plakalarının yer almadığı sabittir.

İşletenliğin kayda rağmen başkasına geçmiş bulunduğu her zaman kanıtlanabilir ise de, bu konuda getirilecek kanıtların üçüncü kişiler yönünden bağlayıcı nitelikte ve güçte olması özellikle zarara uğrayanların haklarını ortadan kaldıracak (halele uğratacak) bir sonuç yaratmaması gerekir.

Dava konusu olayda davalı D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. aracını, başka bir kişinin kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiğini ve araç üzerinde bu kişinin eylemli kullanımı (tasarrufu) bulunduğunu geçerli delillerle kanıtlamış değildir.

Kazaya karışan aracın da, davalı Serkana davalı D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından teslim edildiği taraflar arasında düzenlenmiş 07.10.2004 tarihli "Araç teslim belgesi" başlıklı belgeden açıkça anlaşılmaktadır. Öteki deyişle D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. aracı kendi rızası ile davalı Serkana teslim etmiştir.

Esasen araç sahibi davalı aracın kendi rızası hilafına elinden çıktığını da iddia etmemiştir. Hal böyle olunca, yerel mahkemece, araç sahibi olan davalılardan D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. nin de olayda işleten sıfatı ile sorumlu tutulması gerekirken, onun hakkındaki istemin husumet yönünden reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Öte yandan, olayda iki ayrı işleten olamayacağından, davalılardan A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin de sorumluluğunun dayandığı hukuki ilkeler üzerinde durulması gerekmektedir.

b) Davalılardan A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin de sorumluluğuna yönelik temyiz itirazları açısından yapılan değerlendirme:

Bilindiği üzere, kişilerin sözleşme dışı sorumluluğunda kural olarak kusur sorumluluğu esastır. (BK.M.41); ne var ki, yasa koyucu değişik sebeplerle kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerini de kabul etmiştir.

Bu nedenle sözleşme dışı sorumluluktan söz edebilmek için, kişinin kusura dayanan bir sorumluluğunun veya kusuru olmasa dahi yasadan doğma bir sorumluluğunun bulunması zorunludur.

818 sayılı Borçlar Kanunu (BK.) nun "İstihdam edenlerin mesùliyeti" başlığı altında düzenlenen 55. maddesinde, "Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes`uldür" hükmü öngörülmüştür.

Anılan madde de deyimini bulan, istihdam edenlerin, müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. İstihdam edenlerin sorumluluğu hakkında gerek doktrinde gerek içtihatlardaki (27.03.1957 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları) baskın görüş bunların kusursuz bir sorumluluğa tabi tutulmaları doğrultusundadır. İş gördürenin sorumluluğunun kaynağı, göstermekle yükümlü olduğu özenle iş görme (ihtimam) ödevinin ihlalidir. Sorumluluğun kökü, bizzat sorumlu şahsın ya da şahısların durumundadır. İstihdam eden, müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarına zarar vermemelerini sağlamakla ve buna dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür. Esasen istihdam edenin sorumluluğunun dayanağı, onun müstahdeme nezaret ve özen hususundaki objektif vazifesinin ihlali teşkil eder.

İstihdam edenin bu özen ödevi doktrin ve uygulamada genellikle dört esasta mütalaa edilmektedir. Adam kullanan, müstahdem veya işçisini seçmede, talimat vermede, denetim ve gözetimde, işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakta, özen göstermelidir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, istihdam edenin göstermekle mükellef olduğu bütün bu dikkat ve özen önlemleri (tedbirleri) almaması – 27.03.1957 gün ve 1/3; 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları göz önüne alınırsa-bunlara uyulmamasının objektif olarak tavsif edilebilecek karşılığının ihmal ve kusur olduğu görülür.

Çünkü burada söz konusu olan, gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasıdır. Bu özen ödevi ve buna riayet edilmemesi olgusu, objektif olarak takdir olunur. Sübjektif bakımdan mazur görülebilecek bir neden iş gördüreni sorumluluktan kurtaramaz.(Haluk Tandoğan, Türk Mes`uliyet Hukuku, Ankara 1961, sf.108 vd.)

Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada benimsenen görüşe göre, Borçlar Kanunu madde 55`te düzenlenen iş gördürenlerin sorumluluğu, bir kusur karinesine dayanmamaktadır. İsviçre Hukuku gibi Türk Hukukunda da kabul edilen hal tarzına göre, burada ne istihdam edenin ve ne de müstahdemin kusuru aranmamaktadır. Sorumluluk her ikisinin kusurundan bağımsız olarak teessüs etmektedir. Bunun için istihdam edenin sorumluluğu, bir "Sebep Sorumluluğu" olarak kabul edilmektedir.

Nitekim 27.03.1957 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının 4. paragrafında da belirtildiği gibi, Kanun'un 55. maddesinin istihdam edene verdiği kurtuluş beyyinesi imkanı, kusursuzluğun ispatı değildir. Nitekim tedbir alınmasının örneğin, adam kullananın ani bir akıl hastalığına veya ani bir kazaya uğrama durumları mücbir sebep niteliğinde olduklarından tedbir alınmamasının sonuçlarından dolayı onun hiçbir şekilde sorumlu tutulmaması gerekirdi.

Oysa durum böyle değildir.

Sorumluluktan kurtulma nedenlerinin yasaya konuluşu ile güdülen tek amaç, iş sahiplerini sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirleri almaya teşvik etmek, sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir, yoksa yasa metnine kusur unsurunu sokma düşüncesi değildir. O halde özetlenecek olursa, kusur öğesi hariç haksız eylemin diğer üç unsuru bir zararlandırıcı olayda birleşince adam kullanan sorumlu tutulacaktır.

Olayımızda, zararlandırıcı kazanın gerçekleştiği anda kaza yapan aracı davalılardan S.D'nin kullandığı araçta bulunan davacıların kızı ve kardeşi S.D'nin öldüğü, kazının oluşumunda sürücü-davalı S. %100 (tam) kusurlu olduğu dosya kapsamından ve 24.04.2009 tarihli bilirkişi raporundan açıkça anlaşılmaktadır.

Esasen olayın oluşumunda ve davalının kusur oranında yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık da bulunmamaktadır.

Davalı-sürücü S.D, hakkında başlatılan ceza soruşturmasındaki ifadesinde davalılardan A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.de ilaç satış mümessili olarak çalıştığını söylemiş, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iddianamesinde de davalının adı geçen şirketin çalışanı olduğu belirtilmiş ve Bolu 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.06.2009 gün ve 2009/56-361 sayılı kararında da bu husus vurgulanmıştır.

Olay günü de davalı-sürücünün diğer davalı A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin emir ve talimatlarını yerine getirmek için aracı kullandığı tüm dosya kapsamı ve ceza dosyası ile sabittir.

Bu durumda, davalı-sürücü S.D. Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde belirtildiği şekliyle davalı şirketin hizmeti altındadır ve davalı şirketin müstahdemidir.

Öteki deyişle, aracı kullanan şoför ile davalı A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret .AŞ. arasında bir tabiiyet ilişkisi bulunduğu ve zararın da şoför tarafından işin ifası sırasında meydana gelmesi itibariyle, işin yapılmasıyla zarar arasında illiyet bağı bulunduğu ihtilafsızdır. Davalı şirketin davalı S. istihdam edeni olduğu çok açıktır.

O halde, davacıların zarara uğraması ile sonuçlanan olayda adam kullanan durumundaki konusu üzerinde durulmasında yarar vardır.

Yukarıda sayılan ölçülerden hareket edildiğinde, öncelikle, davalı şirketin aracı kullanan müstahdemini seçmede dikkatli davrandığı söylenemez. Çünkü davacıların da ifade ettiği gibi aracı kullanan davalı daha önceden de bir çok kez kazaya karışmış ve olayın gerçekleştiği kazada da %100 (tam) kusurlu olduğu bilirkişi raporu ile sabit olmuştur.

Öte yandan, davalı, istihdam eden sıfatıyla çalıştırdıkları adamlarına daimi bir nezaretle yükümlüdür. Kural olarak adam çalıştıran tarafından verilmiş talimata, müstahdemin uymamasından ötürü iş sahibi sorumludur.

Davalı istihdam edenin ise, müstahdemine nezaret etmediği ve emir ve talimatları ile de yönlendirmediği olayın oluş şeklinden açıkça anlaşılmaktadır.

Bütün bu nedenlerden ötürü davalı adam kullanan müstahdem ve işçisini seçmede, talimatta, denetim ve gözetimde gerekli dikkat ve özeni göstermediği, yeteri kadar denetlemediği ve böylece davacıların zarara uğramasına neden olduğu sonucuna varılmaktadır.

O halde, davalı A.İ.İ. Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin de adam çalıştıran olarak zarardan sorumlu tutulması gerekmektedir.

2- Mahkemenin, bozma ilamının 2-b bendindeki bozma nedeni olan hatır taşımasına ilişkin direnmesine yönelik tamyizin değerlendirilmesine gelince;

Hatır için ücretsiz taşıma ya da kullandırma durumlarıyla ilgili olarak yasalarda özel ve ayrık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yargısal inançlar, öğretideki görüşler doğrultusunda yasalardaki boşluğun genel hükümlere göre doldurulması ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nın md.43/I`in uygulanması yolu ile bir çözüme ulaşılması gerektiği kabul edilmiştir ki, 2918 sayılı KTK md.87/I ile de genel hükümlerin uygulanmasını öngören bir düzenlemeye gidilmiştir.

Anılan maddede:

Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir."

Hükmü yer almaktadır.

Böylece, hatır için taşıma ya da vermenin söz konusu olabilmesi için, işletenin taşımak üzere araca aldığı yolcudan veya aracını verdiği kişiden ya hiç karşı edim almamış yada alsa bile bunun önemsiz olması gerekir. Araçta hatır için taşıma veya aracın hatır için verilmesi, başkasına kolaylık gösterme, iyilik etme düşüncesine dayanır.

Her olayda, hakim, hatır işinin özelliğini göz önünde tutarak işleteni tüm sorumluluktan kurtarabileceği gibi bunu bir indirim nedeni sayarak bölümsel bir giderimin (kısmi bir tazminatın) ödetilmesine de karar verebilir.

Somut olaya gelince:

Davalılardan S.D'nin kullandığı araçta bulunan eşi Seldanın öldüğü, S. ile S. resmi nikahlı karı-koca oldukları, olay günü de S. kişisel bir işi nedeniyle kaza yapan araçta bulunduğu dosya kapsamı ve nüfus kayıtlarından anlaşılmaktadır.

Yukarıda da bahsedildiği gibi hatır için taşımanın söz konusu olabilmesi için, işletenin taşımak üzere araca aldığı yolcudan karşı edim alabilecekken yolcunun hatırı için veya iyilik yapma düşüncesi ile karşı edimi almayıp yolcuyu bedelsiz taşıması gerekmektedir. Ancak ölen ile davalı – şoför zaten karı-koca olduklarından, eşlerin birbirlerinden herhangi bir karşı edim almak gibi bir durumları söz konusu olamayacağı gibi, tersine eşlerin birbirlerine yardım ve muavenet görevleri bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, eşler arasındaki zararlandırıcı olayda Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, hükmedilen tazminat miktarından hatır taşıması nedeniyle de yapılacak bir indirim bulunmamaktadır. Buna göre tazminat miktarından "hakkaniyet indirimi yapılmaması gerektiği" gözetilmeden karar verilmiş olması da bozmayı gerektirmiştir.

II- Davalıların temyizi yönünden:

a) Sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin manevi tazminat karşılığı yapılıp yapılmadığına (Bozma ilamının 3/a bendindeki bozma nedenine) ilişkin direnme nedenine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Kaza yapan aracın sigorta ettireni olan davalılardan D. Turizm Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. sigorta şirketince davacılara tazminat ödendiğini, sigorta poliçesi kapsamında manevi tazminat klozuda bulunduğunu ileri sürülmüştür.

"Kara Taşıtları Bileşik Sigorta Poliçesi" başlıklı kaza yapan araç için Güneş Sigorta tarafından düzenlinmiş, bileşik sigorta poliçesinden de "bedeni ve maddi ayrımı yapılmaksızın manevi tazminat talepleri dahil olay başına azami ₺ 80.000" Yazdığı, böylece manevi tazminatın da aynı sigorta şirketi tarafından poliçe kapsamına alındığı dosyada bulunan poliçe örneğinden açıkça anlaşılmaktadır.

Davacıların kaza yapan aracın hem ihtiyari mali sorumluluk hem de zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan G.S. A.Ş.den 27.03.2006 ve 28.03.2006 tarihlerinde 5.923.56 ₺ ve 36.785.56 ₺ tazminat aldıkları hususu taraflar arasında çekişmesizdir.

Ne var ki, sigorta şirketinin anılan ödemelerinin ne mahsuben yapıldığı ne tarafların beyanlarından ne de dosya kapsamından anlaşılamamaktadır.

Öyleyse mahkemece yapılacak iş; sigorta şirketi tarafından davacılara yapılan bu ödemelerin hangi zarar kalemine ilişkin olduğu, özellikle manevi tazminat karşılığı bir ödeme yapılıp yapılmadığının sorulması, anılan husus aydınlığa kavuşturulduktan sonra hasıl olacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi olmalıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

b) Bozma ilamının 3/b bendinde yer alan "Güncellemeye ilişkin" direnmeye yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince:

Zararlandırıcı olayın 07.03.2005 tarihinde gerçekleştiği, 27.03.2006 ve 28.03.2006 tarihlerinde 5.923.56 ₺ ve 36.785.56 ₺ tazminatın kaza yapan aracın sigortacısı G.S. şirketi tarafından davacılara ödendiği, davanın 30.01.2006 tarihinde açıldığı, tazminat hesabının yapıldığı bilirkişi raporunun ise 03.08.2007 tarihinde düzenlendiği hususlarında çekişme bulunmamaktadır.

Kural olarak, haksız fiil nedeniyle zarar görenin mal varlığındaki azalma haksız fiilin işlendiği anda meydana geldiğine göre haksız fiili işleyenin sorumluluğu da bu tarihten başlar. Olay tarihi itibariyle tazminatın tamamını ödemekle yükümlü bulunan tazminat yükümlüsünün ödeme yapmaması halinde temerrüde düşeceğinde duraksama bulunmamaktadır.

Dava, davacıların desteğinin (çocuklarının ve kardeşinin) ölümüyle sonuçlanan trafik kazası nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Bu tür davalarda destek tazminatı hesabı özellikli bir yöntemle yapılmakta ve faraziyeye dayanan bu hesaplama, sürekli tartışmalara yol açmaktadır.

Bu tartışmaların bir bölümünü de olay sonrası mağdurlara yapılan ödemeler ve anlaşmalar oluşturmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK)'nın 3. maddesi hükmüyle bu sorun çözümlenmiştir.

Anılan madde hükmüne göre:

"Bu kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir."

Bu yolda düzenlenen ibranameler ve sözleşmeler, hukuki sorumluluk ve tazminat miktarı bakımından istenilen sonuçları doğurma özellik ve niteliğinden yoksunsa da, hemen ödenen paraların akıbeti önem kazanmaktadır.

Özellikle destek tazminatı saptamalarında ödemelerin konumunun ne olacağı, bir başka anlatımla da genellikle birkaç yıl süren yargılama sürecinin sonlarına doğru yapılan destek tazminatı miktarlarının belirlenmesinden sonra, yıllar önce gerçekleşen ödemelerin aynen mi düşüleceği, yoksa uyarla yoluna mı gidileceği sorularının cevaplandırılması gerekmektedir.

Yerel mahkemenin kararı, olay sonrası ne miktar para ödendi ise çok sonraları yapılan hesaplamada çıkan miktardan güncelleme yapılmaksızın düşülebileceği yönündedir. Bu gerekçe zarar haksız eylemden kaynaklandığından tazminat haksız eylemin vuku bulduğu tarihte muaccel hale gelmektedir. O halde, davalı tarafından ödenen miktarın zarardan mahsubunun olay tarihine göre yapılması yani faizin düşülmemesi gerekir." Şeklindeki düşüncenin yansımasıdır.

Bu yöntem, adalet ve hakkaniyet duygularını incittiği gibi borcunu hemen ödemeye çalışanların üzerinde de olumsuz etki yapmaktadır.

Bunu bir örnekle anlatmak gerekirse; 1995 yılında meydana gelen trafik kazasından dolayı, fail mağdurlara beş milyar lira destek tazminatı ödemiş; daha sonra, mağdurlar bir dava ile destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat istemişlerse, yargılama sırasında 1999 yılı içinde yapılan tazminat hesaplamasında tazminat miktarı yirmi milyar lirayı bulur ki, ileri tarihlerde yapılan hesaplama mutlaka yüksek miktarlara ulaşmaktadır. Oysa 1995 yılı içinde hesaplama yapılabilseydi, mağdurların hak edebilecekleri para belki de beş milyar veya biraz fazla olacaktır. Şimdi, tazminat sorumlusu ya da sorumlularının 1995 yılında beş milyar lira ödemekle tazminat yükümlülüğünden kurtulup kurtulmadıkları ve yerel mahkemenin düşünecesi gibi (20-5=15) hesabıyla onbeş milyar lira borçlu mu olduklarına bakmak gerekir.

Elbette zarar, haksız eylem tarihinde gerçekleşmiştir. Kural olarak da o tarihe göre tazminat hesap edilir ve buna faiz de yürütülür.

Ne var ki, yapılan ödeme varsa bu ödemenin hangi tarihe göre mahsup edileceğinin, mahsubun, ödeme tarihine mi, yoksa yıllar sonra faraziyeye dayanan bir hesaplama ile karar tarihine göre mi yapılacağının tespiti büyük önem taşımaktadır.

Yıllar önce yapılan ödemenin, daha sonraki bir tarihte yine aynı miktarda düşülecek olması, toplumda uzlaşmaları yok eder, dava aç-al paranı savunmasına pirim vermiş olur. Hukuk, borcunu kısmen ya da tümüyle ödeyenleri, iyi niyetlileri pişman etme aracı olamaz. Kaldı ki, yukarıdaki örnekteki gibi, tazminat yükümlüsünce ödenmesi gereken paralar ödenmeyip dava sonuçları beklenseydi; ödenen miktarlar en azından kendisi kadar faiz getirir, tazminat sorumlusu da karlı çıkardı.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki tartışmalarda bu gerekçeler ile olayda, sigorta şirketinin yaptığı ödemelerin, daha sonra alınan bilirkişi raporunda dikkate alınarak güncelleme yapılması gerektiği görüşü çoğunluk tarafından kabul edilmiş;güncellemenin nasıl ve hangi yöntemle yapılması gerektiği konusu tartışılmış, ancak azınlıkta kalan bazı üyeler tarafından, bu husus yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık konusu yapılmadığından, Hukuk Genel Kurulu önüne uyuşmazlık konusu olarak gelmediği, dolayısı ile Hukuk Genel Kurulunda güncellemenin nasıl formüle edilmesi gerektiği hususunun tartışılamayacağı görüşü ileri sürülmüş, bu husus Hukuk Genel Kurulunca usulü bir ön sorun olarak tartışılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nun bir görevinin de mahkemelere yol göstermek ve uygulama birliği sağlamak olduğu, azınlık görüşünün kabul edilmesi durumunda uyuşmazlık tam olarak çözümlenmemiş olup müphem kalan hususların belirsizliklere sebebiyet vereceği gerekçeleri ile, güncellemenin şekli ve formülünün de Hukuk Genel Kurulu'nda tartışılarak, karar bağlanması gerektiği çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.

Usule ilişkin bu ön sorun aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince:

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında, iki türlü güncelleme yöntemi ileri sürülmüş ve bu iki görüş tartışılarak karara bağlanmıştır.

Birinci güncelleme yöntemi, Özel Daire bozma kararında da belirtildiği gibi, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemelere bilirkişi rapor tarihine kadar yasal faiz işletilmek suretiyle bulunacak tazminat miktarından sigorta şirketi tarafından yapılan bu ödeme ile birlikte işletilen yasal faiz tutarının da düşülmesi suretiyle bulunacak miktar üzerinden destekten yoksun kalma tazminatı verilmesi şeklinde formüle edilmiştir.

Tartışılan ikinci güncelleme yöntemi ise, sigorta şirketinin yapmış olduğu ödeme tarihi itibari ile ayrıca zararın miktarının da hesaplanması, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemelerin toplam zarar miktarına yüzde olarak oranının bulunması eğer ödeme zararın tamamını karşılıyor ise davanın reddedilmesi, ödeme zararın tamamını karşılamıyor ise, mahkeme kararına en yakın tarihte alınan bilirkişi rapor tarihi itibari ile de toplam zarar miktarı hesaplanmak suretiyle, bulunacak toplam tazminat miktarından, sigortanın ödediği miktarın oran olarak (yüzde olarak) düşüldükten sonra bakiye kalan miktar üzerinden destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi gerektiği şeklinde formüle edilmiştir.

Bahsedilen bu iki güncelleme formülü üzerinde yapılan tartışmalar sonucunda birinci güncelleme yönteminin uygulanması gerektiği, çoğunluk tarafından kabul edilmiştir. Öyleyse yerel mahkemece yapılacak iş; sigorta şirketi

tarafından davacılara ödemelerin yapıldığı günler ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunun düzenlendiği gün arasında geçen sürede, sigorta şirketinden alınan paranın getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenmesi ve sigorta şirketi tarafından yapılan ödeme ile birlikte, hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmek suretiyle bulunacak miktar üzerinden destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesinden ibarettir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenmemesi ve sigorta şirketi tarafından yapılan ödeme ile birlikte hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından bu miktarın indirilmemiş olması da ayrı bir bozma nedenidir.

O halde, yukarıda açıklanan gerekçelerle usul ve yasaya aykırı bulunan direnme kararının bozulması gerekir.

SONUÇ

1- Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının (I) bölümde açıklanan nedenlerle kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda (I)bölümün (1/a ve 1/b) bentleri ile (2) bendinde yer alan ilave nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, I.bölümün (2) bendi yönünden 07.03.2012 tarihinde yapılan birinci görüşmede oyçokluğu (1/a ve 1/b) bentleri yönünden ise 14.03.2012 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile,

2- Davalı A.İ.İ.San.ve Tic. A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının (II) bölümde açıklanan nedenlerle kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda (II) bölümde yer alan (1), (2) nolu bentlerde gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, II.bölümünün (1) bendinde yer alan neden yönünden 07.03.2012 tarihinde yapılan birinci görüşmede oybirliği ile, II. bölümün (2) bendinde yer alan neden yönünden ise, 14.03.2012 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

TEMYİZ HARCI • NİSBİ HARCA TABİ DAVA

•

MAKTU HARCA TABİ DAVA

ÖZET: Nisbi harca tabi davanın kabulüne ilişkin kararı temyiz eden davalıdan, hükmedilen miktar üzerinden hesaplanan nisbi harcın dörtte biri peşin olarak alınır.

Nisbi harca tabi dava kısmen reddedilmiş ise, ret kararını temyiz eden davacıdan alınacak olan temyiz harcı maktu harçtır.

Maktu harca tabi davaların kabul ve reddine ilişkin kararların temyizi ile nisbi harca tabi davaların reddine ilişkin kararların temyizi ile nisbi harca tabi davaların reddine ilişkin kararların temyiz edilmesi halinde ödenecek olan temyiz harcı maktu harçtır.

Y.HGK. E:2012/9-265 K:2012/294 T:11.04.2012

Taraflar arasındaki "fazla mesai alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Muratlı Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 16.09.2010 gün ve 2009/61 E., 2010/224 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine,

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2011 gün ve 2011/16496-10184 sayılı ilamı ile,

(Davacı, davalıya ait İnanlı işletmesinde 1986-15.01.2005 tarihleri arasında çalıştığını, fazla çalışma yaptığını ancak ücretlerinin ödenmediğini belirterek 27.02.2004 – 31.01.2005 dönemi için fazla çalışma alacağı talep etmiştir.

Davalı, davacının daha önce Karacabey Asliye Hukuk Mahkemesi'nde fazla çalışma alacağı için dava açtığını, bu alacağının hüküm altına alındığını ve karar kesinleştiğinden kesin hüküm nedeniyle davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının daha önce açtığı davada fazlaya ilişkin hakkı saklı tutmadığı, bu davaların kesinleştiği ve davacı yönünden kesin hüküm oluşturduğu belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı Karacabey Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/857 esas sayılı dosyasında Karacabeydeki fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak fazla çalışma alacağı talep etmiştir. Mahkemece bu dosyada hükme esas alınan bilir-

kişi raporunda dosya içinde davacının 15.12.2004-31.08.2006 döneminde Karacabey harasındaki fazla çalışmasına ilişkin bilgi ve belge bulunduğu, daha önceki çalıştığı yere ilişkin bilgi ve belge bulunmadığı belirtilerek bu döneme ilişkin hesaplama yapılmıştır. Mahkemece bilirkişi tarafından hesaplanan miktardan %30 hakkaniyet indirimi yapılarak davacının 3.992.14 ₺ için dava açmış, mahkemece bu miktar hüküm altına alınmış ve Dairemizce onanarak karar kesinleşmiştir.

Davacı bu dosyada ise inanlı işletmesinde geçen çalışması için fazla çalışma talep etmektedir. Karacabey Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/857 esas sayılı dosyasında sadece Karacabey işyerindeki çalışmaya yönelik olarak talepte bulunduğundan bu mahkemece 2006/857 ve 2007/657 esas sayılı dosyalarda verilen karar İmranlıdaki çalışma açısından kesin hüküm oluşturmaz. Tarafların delilleri değerlendirmeye tabi tutularak davacının 27.02.2004-15.12.2004 tarihleri arasında İmranlı işletmesinde geçen çalışma dönemi için fazla çalışma alacağı talebi hususunda bir karar verilmelidir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, fazla mesai alacağı istemine ilişkindir.

Mahkemece, kesin hüküm nedeniyle davanın reddine dair verilen hüküm; özel dairece, yukarıda başlık bölümünde metni aynen yazılı gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiş; kararı davacı vekili temyize getirmiştir.

İşin esasına geçilmeden önce davacı vekilinin temyiz dilekçesinin yasal süresinde verilip verilmediği hususu ön sorun olarak tartışılmıştır:

Bilindiği üzere, İş Mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi kararın yüze karşı verilmesi halinde bu tarihten, aksi halde tebliğ tarihinden itibaren (8) gündür.

Öte yandan, karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde alınacak karar ve ilam harcının belirlenmesinde davaların maktu harca veya nispi harca bağlı olup olmaması önem taşır.

Maktu karar ve ilam harcına bağlı davaların kabul ve reddine ilişkin kararların temyizi ile nispi karar ve ilam harcına bağlı davaların reddine ilişkin kararların temyizi hallerinde, temyiz harcının tümü temyiz tarihindeki tarifeye göre maktu ve peşin olarak alınır.

Nispi harca tabi davaların kabulüne ilişkin kararların temyizi halinde ise, mahkemece hükmedilen miktar üzerinden hesaplanan nispi karar ve ilam harcının dörtte biri peşin olarak alınır.

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 8. maddesi hükmünden hareketle, bir hükmün bozulmasını takiben yeniden yapılan yargılama sonunda verilecek hükümlerden, karar ve ilam harcı alınır; bozulan hüküm dolayısıyla önceden alınan karar ve ilam harcı, yeni alınacak bu harçtan mahsup edilir. İlk hüküm bozularak ortadan kalkmakla yeni verilen bu karar temyiz edildiği takdirde harca tabi temyiz isteklerinde yeniden temyiz başvuru harcı ile temyiz peşin harcı temyiz edenden tahsil edilir.

Temyize başvururken karar ve ilam harcının eksik ödendiği, temyiz dilekçesi mahkemece kayda alındıktan sonra anlaşılırsa, kararı ermiş olan mahkeme tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususu temyiz edene bildirilir. (1086 sayılı HUMK.m.434/3, 6100 sayılı HMK.m.344) Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlandığı takdirde, ihtarda yer aldığı üzere temyiz eden bu isteminden vazgeçmiş sayılarak, dilekçe reddedilir.

Yargıtay temyiz incelemesine geçmeden evvel, harcın yatırılmadığını tespit ederse, yukarıda açıklanan hallere göre ya temyiz dilekçesinin reddi ile esas hakkında temyiz incelemesi yapılmamasına ya da harçların yatırılması için yine yukarıda izah olunan prosedür tamamlanmak üzere dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine karar verebilir.

Yukarıda ortaya konulan ilkeler çerçevesinde somut olay yönüyle yapılan incelemede; Mahkemenin 28.06.2011 tarihli direnme kararı yüze karşı verilmiş; davacı vekili süresi içinde verdiği 28.06.2011 havale tarihli dilekçesiyle, kararı temyiz ettiklerini bildirerek gerekçeli kararın tebliğini istemiştir. Ne var ki, dilekçe temyiz defterine kayıt edilmeksizin ve temyiz harcı alınmaksızın, dosya temyiz incelemesine gönderilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.12.2011 gün ve 2011/9-831 E. 2011/770 K. Sayılı kararı ile temyiz dilekçesinin temyiz defterine kayıt tarihinin belirtilmesi ve temyiz harç makbuzunun evrak içerisine konulması gereğine işaretle dosya mahalline geri çevrilmiştir.

Dilekçe temyiz defterine 19.09.2011 tarihinde 2011/95 sıra numarasına kaydedilmiş, aynı tarihte harç alınmış ve dosya gönderme formuna ekli olarak dosya temyiz incelemesine gönderilmiştir.

Karar iş mahkemesince 28.06.2011 tarihinde verilmiş olmakla davacı vekilinin aynı tarihli temyiz dilekçesinin yine aynı tarihte hakim tarafından havale edilmesi sekiz (8) günlük yasal temyiz süresi içindedir.

Ne var ki, havaleyi takiben dilekçe, mahkemece kayda alınmamış, harcı da tahsil edilmemiştir. Dilekçenin temyiz defterine kaydı ise 28.06.2011 havale tarihinden çok sonra 19.09.2011 tarihinde gerçekleşmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, temyiz isteği harca tabi işlemlerde temyiz dilekçesinin hakim tarafından havale edilmesiyle birlikte mahkeme kalemince harcının hesaplanıp, ilgilisine bildirilmesi ve harç tahsil edilip belgesi dosyaya alınmakla temyiz defterine kaydı gerekir.

Hakimce havale edilen dilekçe kaleme geç tevdii edilmişse bu husus mahkeme kalemince tutanağa bağlanmalı ve dilekçenin yeniden hakime havalesi istenmelidir.

Şayet dilekçe havale edilip, harç alınmaksızın temyiz defterine kaydedilmişse ve mahkeme kalemince, harcın hesaplanıp, temyiz edenden istendiği halde yatırılmadığı ve dilekçenin kaleme geç tevdi edildiği belgelendirilmemişse, dilekçenin hakim havalesinden sonra dosyaya alındığı, ancak takip eden işlemlerin mahkeme kalemince yerine getirilmediği kabul edilir ve harç alınmadan temyiz defterine kayıt edilen temyiz dilekçesi hakkında 25.01.1985 günlü 1984/5 Esas ve 1985/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 434. maddesi uyarınca işlem yapılır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aynı hususlara işaret eden geri çevirme kararı üzerine mahkemece verilen 07.02.2012 tarihli ek karar ile 28.06.2011 tarihli süre tutum dilekçesinin davacı vekilince mahkeme kalemine aynı gün verildiği ancak mahkeme zabıt katibince hemen temyiz defterine kayıt edilmeden ve harcı alınmadan dosyanın temyiz incelemesine gönderildiği, geri çevirme kararı üzerine yapılan incelemede anlaşıldığından temyiz harcının alındığı ve temyiz dilekçesinin deftere kaydı yapılarak, temyizin yasal süresinde yapıldığı karara bağlanmıştır.

Açıklanan tüm bu maddi vakıalar karşısında Hukuk Genel Kurulu'nca da davacının temyizinin yasal süresinde olduğuna ve ön sorun bulunmadığına oybirliği ile karar verilerek işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince:

Uyuşmazlık, Karacabey İş Mahkemesi'nin 2006/887 Esas ve aynı mahkemenin 2007/657 Esas sayılı dava dosyalarının eldeki dava yönünden kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle anılan ilamlara konu çalışmaların farklı işyerlerinde geçen çalışmalara ilişkin bulunmakla

kesin hükmün koşullarının gerçekleşmemesine yerel mahkemenin de çalışmaların farklı yerlere ait olup, bu davada dava konusu edilen İnanlı işletmesindeki çalışmanın, önceki kararın kapsamı dışında kaldığı kabul edildiğine 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 ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 11.04.2012 tarihinde **(BOZULMASINA)** oybirliği ile karar verildi.

YAŞAMA HAKKI • BAZ İSTASYONU

ÖZET: "Yaşama hakkı", "haberleşme özgürlüğü" ve "mülkiyet hakkı" gibi temel haklar arasında çatışma meydana gelmesi halinde bu durumun özenle değerlendirilmesi gerekir.

Baz istasyonunun cep telefonları için zorunlu olduğu geniş bir kitleyi ilgilendirmesi nedeniyle kamuya hizmet vermeyi amaçladığı tartışmasız ise de insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına ve sağlığına üstünlük tanınması gerekir.

Komşuluk hukuku bakımından da komşulara zarar verecek taşkın davranışlar yasaklanmıştır.

Bu nedenle baz istasyonunun kaldırılmasına yönelik yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygundur.

Y.HGK E:2012/4-147 K:2012/327 T:30.05.2012

Taraflar arasındaki "Baz İstasyonu'nun Kaldırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara I. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 30.09.2010 gün ve 2009/274 E. 2010/235 K. Sayılı Karar'ın incelenmesi davalılardan A. İletişim Hizmetleri AŞ. Vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2011 gün ve 2011/2930 E. 2011/3058 K. Sayılı ilamıyla onanmış, A. İletişim Hizmetleri A.Ş. vekilinin karar düzeltme istemi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2011 gün ve 2011/7887 E. 2011/8096 K. Sayılı ilamı ile;

(...Dava, sağlığa zarar verdiği iddiası ile davalı şirkete ait baz istasyonunun kaldırılması talebine ilişkindir. Mahkemece dava kabul edilmiş; karar Dairemizce onanmış, dalı karar düzeltme istemiştir.

Baz istasyonları temel olarak, alıcı/verici antenler sayesinde elektromanyetik dalgayı (sinyali) alma ve gönderme işlemi yapan cihazlardır. Baz istasyonları konuşma trafiğinin az olduğu kırsal alanlarda 35 km.lik bir mesafe içinde hizmet verebilen (macro) konuşma trafiğinin daha yoğun olduğu şehir içlerinde 1-2 km.lik bir mesafe içinde hizmet verebilen (mikro) ve bina içleri ve alış veriş merkezleri gibi yerlere kurulan çıkış güçleri oldukça düşük olan (piko) çeşilerinden oluşur.

Cep telefonlarının sağlıklı çalışabilmesi için; baz istasyonlarının bal peteği benzeri şeklinde bir yapıda ve her bir peteğin içinde de en az bir baz istasyonunun kurulu bulunması gereklidir. Her baz istasyonu belirli sayıda abone konuşturabilir. Bu nedenle insanların yoğun yaşadığı yerlerde konuşma trafiğinin bir kesintiye uğramaksızın karşılanabilmesi için daha çok sayıda baz istasyonunun kurulması gerekmektedir.

Baz istasyonunun şehir dışına çıkartılması halinde, hücresel yapı oluşturulamaması nedeni ile, sinyallerin abonenin cep telefonuna ulaşabilmesi için çok yüksek elektromanyetik dalgalar oluşturması gerekecektir. Aynı zamanda kullanıcı cep telefonu da baz istasyonuna sinyali yeteri seviyede ulaştırabilmek için daha fazla güç kullanacağından daha fazla insanın daha fazla elektromanyetik alana maruz kalması kaçınılmaz olacaktır.

Baz istasyonlarının insan sağlığına etkileri konusunda başta Dünya Sağlık Örgütü olmak üzere Uluslar arası İyonlaştırmayan Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP), Elektrik Elektronik Mühendisleri Enstitüsü (IEEE),... vb.birçok ulusal ve uluslar arası kuruluş çalışmalar yapmakta ve bu çalışmaların neticesinde bir takım sınır değerler belirlenmiş bulunmaktadır.

Mevzuat gereğince baz istasyonlarının sağlığa ve çevreye zarar vermeyecek şekilde, nerede, nasıl, hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulacağını belirlemek ve kurallarını koymak işlemleri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığının (BTK) görev ve yetkisindedir.

Baz istasyonları, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 37. maddesine dayanılarak BTK tarafından bu konuyu düzenleyen Yönetmelikdeki yer, ölçü ve limit değerlere göre verilen güvenlik sertifikası gereğince kurulmaktadır.

BTK tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikte, Türkiye`de geçerli olacak sınır değerleri; İngiltere, Amerika, Kanada, ICNIRP ve Avrupa Birliği'nin kabul ettiği değerin yaklaşık ¼ ü olarak belirlenmiştir.

Sağlığa zarar veriyor iddiası haricinde baz istasyonlarının sertifikada belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olarak kurulmadığı, başlangıçta uygun kurulsa dahi sonradan sertifikadaki limit değer ve güvenlik mesafelerine aykırı davranıldığı gerekçesi ile kaldırılmasına ilişkin talep ve itirazların mevzuat gereğince BTK'ya yapılması gerekmektedir. Bu kurumun uygulama ve verdiği kararın uygun bulunmaması halinde idari yargıda dava açılması gerekir. Keza davacı, baz istasyonunun limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olmasına rağmen zararlı olduğunu iddia ediyorsa, idari yargıda idareye karşı yönetmeliğin iptali davası açması gerekir.

Sağlığa zarar veriyor iddiasi ile baz istasyonunun kaldırılması, MK'nın 737. maddesinde düzenlenen komşuluk hukukuna göre adli yargıda açılacak dava ile istenebilir. Bu davada davacının baz istasyonunun sağlığına zarar verdiğini ve baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığını ispatlaması gerekir. Kanıtlanmayan mücerret (soyut) "uzun vadede zarar verir, baz istasyonu yakın mesafede görünce moralim bozuluyor…vs. gibi nedenlerle dava açılması ve kabulü hukuka ve yasalara uygun değildir.

Bu şekilde adli yargıda açılan davalarda mahkemece, tarafların delil ve belgeleri toplandıktan sonra dava konusu baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olup olmadığı, davacının sağlığına zarar verip vermediği konusunda uzman bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak, alınacak bilirkişi raporu ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Dosya kapsamı ve yukarıda belirtilen ilke ve bilgiler göz önüne alındığında davaya konu baz istasyonunun limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca baz istasyonunun soyut değerlendirmeler dıında davacının sağlığına zarar verdiği teknik, ilmi ve inandırıcı delillerle kanıtlanamamıştır. Şu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden davanın kabul edilmiş olması bozmayı gerektirmiştir. Ne var ki, Dairemizce karar onandığından karar düzeltme istemi kabul edilerek Dairemizin onama kararının kaldırılıp, kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir…)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, davalı B ait elektrik direğine diğer davalı tarafından montajlanmış GSM Baz istasyonunun sağlık yönünden endişe yarattığından bahisle kaldırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin evinin 25 metre kadar yakınındaki boş arsada bulunan elektrik direğine baz istasyonunun kurulduğunu, uzmanlarca baz istasyonunun faaliyet halindeyken radyasyon yaydığının belirtildiğini, müvekkilinin kızının lenf kanserine yakalandığını, bu durumun aile açısından yıkıma neden olduğunu, baz istasyonunu faaliyetine devam ediyor olmasının müvekkili ve diğer aile bireylerinin sağlığı için de endişeye yol açtığını belirterek maddi ve manevi zararları yönünden talep hakları saklı kalmak kaydı ile müvekkilinin evinin yakınında faaliyet gösteren baz istasyonunun sökülmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı B. Vekili, dava konusu baz istasyonunun ölçüm yöntemleri ve denetlenmesi hakkındaki yönetmeliğin resmi gazetede yayınlanan tebliğdeki kriterlerine uygun bulunarak verdiği güven sertifikası çerçevesinde müvekkili şirket ile diğer davalı şirket arasında imzalanan sözleşme gereği kurulduğunu, müvekkili şirketin dava konusu işlemde herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını belirterek haksız ve yersiz davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı A. A.Ş. Vekili baz istasyonlarının, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından verilen güvenlik sertifikasına istinaden ve dolayısıyla yönetmelikte belirlenen limit değerler ve kıstaslar çerçevesinde çalıştırıldığını ve denetlendiğini, baz istasyonlarının insan ve çevre sağlığına olumsuz etki yaptığı konusunda herhangi bir bilimsel dayanak olmadığı gibi, müvekkili şirkete ait baz istasyonunun ithali montajı ve işletilmesi yasal mevzuat çerçevesinde yapıldığını, davacıların iddiasının varsayıma dayandığı belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkeme, "…söz konusu baz istasyonunun getirdiği yararın haberleşmeyi amaçladığı görülmekteyse da zararın ise insan sağlığı ve yaşamı ile ilgili olduğu gözetildiğinde ikinci değere önem verilmesi gerekir. Bu itibarla yapılan belirlemelerin dar anlamda parayla ölçülebilen bir zarar yok ise de çevre binalarda e bu bağlamda davacının oturduğu konutta yaşayanlar için sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, psikolojik olarak yaşamlarını olumsuz bir biçimde etkilediği ve bunun da psikolojik yapıda tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı ve bu haliyle de yaşamdaki sağlık değerleri düşünüldüğünde burada oturmanın olumsuz hale geleceği nazara alınarak davacının zarar gördüğü kabul edilmiş, baz istasyonunun kurulması için iki davanın kabulüne karar verimş, davalılardan A. A.Ş. vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece önce onanmış, aynı davalının karar düzeltme istemi üzerine yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkeme, aynı gerekçeyle önceki kararında direnmiş, hükmü davalılar vekilleri temyiz etmişlerdir.

Hukuk Genel Kurulu'nca işin esasının görüşülmesine geçilmeden önce, ilk kararı temyiz etmeyen davalılardan B. direnme kararını temyiz etmekte hukuki yararı olup olmadığı hususu ön sorun olarak ele alınmış yapılan tartışmalar sonucu direnme kararı verilirken B. hakkında da hüküm kurulduğundan ve ayrıca verilecek karar sonucu itibariyle her iki davalıyı da etkileyeceğinden direnme kararını temyiz etmekte hukuki yararı olduğu sonucuna varılarak ön sorunun oyçokluğu ile reddine karar verilmiştir.

İşin esasına gelince:

Kaldırılması istenen baz istasyonunun davalı B. ile diğer davalı A. A.Ş. arasında 04.03.2008 tarihinde yapılan protokol sonucu B..ait elektrik direğine ve davacılara ait taşınmaza 15-31 metre uzaklıkta yönetmeliğe uygun olarak kurulduğu davacının 1994 doğumlu kızının da kanser hastası olduğu noktasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 17. maddesinde "Yaşama hakkı" 22. maddesinde "Haberleşme Hürriyeti" 35. maddesinde "Mülkiyet Hakkı" düzenlenmiştir.

Yine Anayasa'nın, Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlıklı 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşın ödevi olduğu hükmüne yer verilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. maddesi de aynı yöndedir.

Anayasa tarafından korumaya alınan "yaşama hakkı", "haberleşme hürriyeti" ve "mülkiyet hakkı" gibi temel haklar arasında bir çatışma meydana gelmesi halinde bu durumun, yargılama makamları tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi ve çatışan yararlar arasında öncelik düşüncesine dayalı bir denge kurulması gerekir.

Dava konusu tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi nedeniyle kamuya hizmet vermeyi amaçladığı tartışmasız ise de insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerekir.

Başka bir deyişle, "Yaşama hakkı" en kutsal ve birincil hak olup tehdit altında olma şüphesi dahi diğer Anayasal haklardan önce gözetilmesi gereğini doğurur. Aksi halde yaşam hakkının tehlikede olduğu bir yerde diğer tüm temel hak ve hürriyetlerin hiçbir değeri kalmayacaktır.

Türk Medeni Kanun'un 737.vd. maddesinde ise komşuluk hukuku düzenlenmiş bu maddede herkese taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir.

Baz istasyonu yönetmeliğe uygun olarak çalıştırılsa dahi zararın veya zarar ihtimalinin bulunması halinde yönetmeliğe uygun olduğundan söz edilerek zarar verenin sorumluluktan kurtulması, kullanıma devam edilmesi sonucunu doğurmaz. Yönetmeliğe uygun değilse, zaten hukuka aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. Hukuk kurallarındaki norm düzenlemesi itibariyle yönetmelik ve yönetmeliğe uygun bir işlem yapılsa bile buna karşın çevreye verilen zarardan eylemi gerçekleştirenin sorumlu olmayacağı sonucu doğmaz. Ayrıca yargıç uyuşmazlığın çözümünde yönetmeliğe değil, yasaya genel hukuk kurallarına ve bu bağlamda sorumluluk ilkelerine göre karar vermek zorundadır. Bu bakımdan yönetmeliğe göre verilen sertifikayı bağlayıcı olarak kabul etmek mümkün değildir.

Dosya arasında bulunan Nükleer Tıp uzmanı öğretim üyesi bilirkişi raporunda, baz istasyonların genel performans ve sağlığa olan etkilere konusunda günümüze kadar yayınlanmış çeşitli çalışmaların olduğunu, bu çalışmalarda uzun süre baz istasyonlarının yakınında yaşayanların genel vücut sağlıklarının etkilendiğinin gösterildiğini, baz istasyonların yaydığı radyofrekans elektromanyetik dalgalarına maruz kalanlarda en sık rastalan semptomların, baş ağrısı, konsantrasyon bozuklukları, huzursuzluk, uykusuzluk ve el titremesi olarak saptandığını ne var ki kontrollü ve sistematik yapılmış baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisini araştıran bir çalışmanın günümüze kadar gerçekleştirilemediğini belirtmiş ve sonuç olarak baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisine yönelik şüphenin şu anda tam olarak ortaya konmamış olmasının ileride yapılacak çalışmalarda da bu etkinin gösterilemeyeceği anlamına gelmediğini, bu nedenle geçmişe yönelik telafisi mümkün olmayan kanser gibi hastalıkların önlenmesi açısından toplumumuzu baz istasyonların yaydığı elektromanyetik radyasyondan en makul düzeyde korumak gerektiğini, ayrıca söz konusu davada davacının kızı BDA'nın 1994 yılından beri bir lenf kanseri çeşidi olan malign lenfoma tanısı ile izlendiği Ankara Üniversitesi tarafından düzenlenen epikrizden anlaşıldığını, bu kanser ile baz istasyonlarını ilişkilendirmenin bilimsel açıdan doğru olmadığını ancak bir hekim sıfatıyla, keşif sırasında davacı ve kızı ile yaptığı görüşmede, zaten ailede yaşanan kanser hastalığı nedeniyle entdişeli olan ailenin yaşadıkları evin karşısında boş arsada bulunan baz istasyonu nedeniyle sağlık açısından ek endişeler taşıdığını, söz konusu baz istasyonunun psikolojik olarak yaşamlarını olumsuz biçimde etkilediğini ve tedirginlik yarattığını gözlemlediğini belirterek dava konusunu teşkil eden baz istasyonunun yapılan ölçümler sonucunda fımit değerleri aşmadığı tesbit edilmiş olsa bile yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı mevcut yerinden alınarak başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağı saptamasında bulunmuştur.

Yine dosyada bulunan Kanserle Savaş Dairesi Başkanlığı'nın 17.06.2010 havale tarihli yazısından baz istasyonlarının insan sağlığına zararlı olup olmadığını söyleyebilmenin bilimin bugünkü geldiği noktada mümkün olmadığı ancak bu konudaki çalışmaların devam ettiği anlaşılmaktadır.

Davacının dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zararı kanıtlanmamış ise de, baz istasyonunun yukarıda açıklanan zarar verme ihtimali ile birlikte davacının evine olan mesafesi, kanser hastası bir kızının bulunması, içinde bulunduğu psikolojik ortamın kendisinde tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı ve bu konudaki doktor bilirkişi raporu ile davacının yaşamdaki sağlık değerleri, Anayasaca teminat altına alınan yaşam hakkı, mülkiyet hakkı birlikte değerlendirildiğinde dava açmakta haklı olduğu ve davasının kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kaldı ki, bu hizmetin davacıya ait konutun bulunduğu yerde verilmesinde zorunluluk bulunmadığı gibi, davacıya ve çevreye zarar verme ihtimali olmayan bir başka yerde de verilmesi olanak dahilindedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA,** gerekli ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına maha olmadığına, hükmün tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 30.05.2012 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

MURİS MUVAZAASI • SONUÇLARI • ARAŞTIRMA YÖNTEMİ*

ÖZET: Mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek gerçekte bağışlamak istediği taşınmazını tapuda yaptığı resmi sözleşmeyle satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle üçüncü kişiye devreden kişinin yaptığı bu işleme Muris Muvazaası denilmektedir.

Bu durumda görünürdeki sözleşme gerçek iradeyi göstermediğinden, gizli sözleşme de şekil kuralına aykırı olduğundan geçersizdir.

Muris muvazaası davalarında miras bırakanın gerçek iradesinin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması gerekir.

Y.1.HD E:2006/13028 K:2007/2256 T:07.03.2007

Davacı olan miras bırakanın eşi ve iki çocuğu, temliklerin kendilerinden mal kaçırmak amacıyla gerçekleştirildiğini ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih ½ sayılı inançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere, görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunu'nun 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

---

* Gönderen: Erdoğan Gökçe Fatih Emekli Hukuk Hakimi

Hemen belirtmek gerekir ki; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olayda, dosya içeriği ve toplanan delillerden ve yukarıdaki ilkeler çerçevesinde yapılan değerlendirmeden, miras bırakanın, kendisinin yaşam tarzına uygun hareket etmeyen eşi ve çocuklarıyla arasının açıldığı ve bu yüzden ayrı yaşamaya başladıkları, ekonomik durumunun taşınmaz satmasını gerektirmediği, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla taşınmazlarını bedelsiz olarak yeğenleri ile yeğeni A'nın kocası B. ve emanetçi konumundaki H.Ç'ye temlik ettiği,onlardan devralan F.A.S. dışındaki davalıların da muvazaayı bildikleri F.A.S. ise iyi niyetli 3. kişi konumunun aksinin kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanında davalı yeğenlerin inşaatın yapımına katkı sağladıkları biçimindeki savunmalarının ancak ayrı bir dava konusu yapılabileceği de açıktır.

Hal böyle olunca, davalı Vakıf hakkındaki davanın kabul edilmesinde ve davalı F.. bakımından davanın reddedilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Davalı Vakfın tüm, davacıların ise değinilen yönlere ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Ne var ki, diğer davalılar bakımından davanın kabul edilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme sonucu reddedilmesi doğru değildir. Davacıların bu yöne değinen temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 07.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ

•

MURİS MUVAZAASI • ARAŞTIRMA YÖNTEMİ*

ÖZET: Kural olarak ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muris muvazaası bulunduğunun iddia edilmesi her zaman mümkündür.

Böyle bir durumda murisin gerçek iradesinin ne olduğu araştırılacaktır.

Bu iş yapılırken, murisin sözleşme tarihindeki yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile şartları ve elindeki mal varlığı dikkate alınacaktır.

Y.1.HD E:2008/6629 K:2008/8538 T:07.07.2008

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal tescil ve tenkis isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; tarafların miras bırakanı V.nin 1918 parsel sayılı taşınmazda maliki olduğu ½ payı 16.04.1998 tarihli ölünceye kadar bakmak akti ile davalı oğluna temlik ettiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi, taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen bir bağıttır. (B.K.m.511) Başka bir anlatımla ivazlı sözleşme türlerindendir. Bu sözleşme ile bakım alacaklısı, sözleşme konusu malın mülkiyetini bakım borçlusuna geçirme, bakım borçlu suda bakım alacaklısına yasanın öngördüğü anlamda ölünceye kadar bakıp gözetme yükümlülüğü altına girer. (BK.m.514) Hemen belirtmek gerekir ki, bakıp gözetme koşulu ile yapılan temliki işlemin geçerliliğ için sözleşmenin düzenlendiği tarihte bakım alacaklısının özel bakım gereksinimi içerisinde bulunması zorunlu değildir. Bu gereksinmenin sözleşmeden sonra doğması, ya da alacaklının ölümüne kadar çok kısa bir süre sürmüş bulunması da sözleşmenin geçerliliğine etkili olamaz.

Kural olarak bu tür sözleşmeye dayalı bir temlikinde muvazaa ile illetli olduğunun ileri sürülmesi her zaman mümkündür. En sade anlatımla muvazaa, irade ile beyan arasında kasten yaratılan aykırılık olarak tanımlanabilir. Böyle bir iddia karşısında, aslolan tarafların akitteki gerçek ve müşterek amaçlarının saptanmasıdır. (BK.m.18) Şayet bakım alacaklısının temliki işlemde bakıp

* Gönderen: Erdoğan Gökçe Fatih Emekli Hukuk Hakimi

gözetilme koşulunun değil de bir başka amacı gerçekleştirme iradesini taşıdığı belirlenirse (örneğin mirasçılarından mal kaçırma düşüncesinde ise) bu takdirde akdin ivazlı (bedel karşılığı) olduğundan söz edilemez, akitte bağış amacının üstün tutulduğu sonucuna varılır. Bu haldede Yargıtay İçtihadi Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararı olayda, uygulama yeri bulur.

Miras bırakanın, ölünceye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığının belirlenebilmesi içinde, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fizik ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırda kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir.

Yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde, mahkemece murisin başka mal varlığı bulunup bulunmadığı, temlike konu taşınmazın tüm varlığına göre makul bir oranda olup olmadığı, taşınmazın niteliği gözetildiğinde yarı payı değil, daha cüzi payını temlik etmek suretiyle aynı amacı elde edip etmeyeceği hususları üzerinde yeterince durulmamış eksik tahkikatla yetinilmek suretiyle sonuca gidilmiştir.

O halde davacının temyiz itirazı yerindedir. Kabulü iye oyçokluğu ile hükmü HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 07.07.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali tescil olmadığı takdirde tenkis isteğine ilişkindir.

Miras bırakan 1331 doğumlu V.K'nın 09.07.2003 tarihinde vefat ettiği davacı oğlu Ali Erkut ile davalı oğlu Ekremden başka mirasçının bulunmadığı, murisin 88.70m^2 miktarlı 1918 parsel sayılı taşınmazdaki ½ payı bakımından 16.04.1998 tarihinde noterde ölünceye kadar bakma sözleşme düzenlendiği, davalının da bu sözleşme uyarınca anılan payı 22.04.1998 tarihinde adına tescil ettirdiği kayden sabittir.

Bireylerin yaşlanma ve yaşlılıkta yalnız kalma korkuları ölünceye kadar bakma sözleşmesinin doğumuna yol açmıştır. Ölünceye kadar bakma sözleşmeleri ivazlı sözleşme türlerinden olup, nitelik itibariyla güvence sağlayan akitlerdendir.

Bu tür akitlerin hedefi maddi bir destek elde etmek değil bakım alacaklısının sosyal durumuna uygun bir bakım elde etmektedir.

Borçlar Yasasının 511. maddesi bakımından alacaklıları yönünden gerçek kişi olması dışında özel bir nitelik öngörmemiştir. Bakım alacaklılarının akit sırasında özel bakıma muhtaç olmasını aramak yasada yer almayan bir unsuru ilave etmek olur. Bu ihtiyacın akitten sonra doğması ya da alacaklının ölümüne kadar çok kısa bir süre sürmüş olması da akdin geçerliliğine etkili olmaz.

Öte yandan her ne kadar evladın gücünün elverdiğince ebeveynine yardımcı olması özel bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda yasal bir görev olabileceği düşünülebilirse de, bu yardım ve bakım genelde yasal zorunluluk olmaksızın daha çok insancıl yönü ağır basan, belki de evrensel bir ahlak kuralıdır.

Tüm bu açıklamalara karşın, kural olarak bu tür sözleşmeye dayalı temliklerin de muvazaa ile iletli olduğunun ileri sürülmesi mümkündür.

Somut olaya yukarıdaki ilkeler uyarınca baktığımızda, ölünceye kadar bakma akdinin yapıldığı, 16.04.1998 tarihinde miras bırakanın 83 yaşında olduğu, ileriki yıllarda yüksek tansiyon ve romatizma hastalıklarının ortaya çıktığı, yardımsız ve bastonsuz yürüyemediği hatta tuvalete yetişemediği için davalı oğlu tarafından sandalyeye monte edilen ve yatağının yakınına konulan oturakta tuvalet ihtiyacını giderdiği, bakım görevinin davalı tarafından yerine getirildiği murisin akitten sonra beş yıl daha davalı oğlu ile birlikte yaşadığı çekişmeli ½ payı davalıya temlikinin makul sınırlar içinde kaldığı kuşkusuzdur.

Tüm bu nedenlerle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin davacıdan mal kaçırma amacı ile yapılmadığı sözleşmenin saklı pay kurallarını bertaraf etmeye de yönelik olmadığı, davanın reddine ilişkin hükmün onanması düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne katılamıyorum.

MURİS MUVAZAASI

•

MURİS MUVAZAASINDA DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR*

ÖZET: Miras bırakanın alım gücü bulunmayan ve birlikte yaşadığı erkek evladı olan davalıya yapmış olduğu pay temlikinin mirasçıdan mal kaçırma amacıyla gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

Y.1.HD E:2012/5462 K:2012/5712 T:16.05.2012

Davacılar, ortak miras bırakanları anneleri L.Ç'nin maliki olduğu 1828 ada 4 parsel sayılı taşınmazını muvazaalı olarak bedelsiz ve satış göstererek davalı oğlu A. ile dava dışı oğlu M'ye temlik ettiğini, davalı ile dava dışı M'nin taşınmazı müteahhide vererek üçer daire aldıklarını, davalının dairelerden ikisini 3. kişilere sattığını ileri sürüp 11 no'lu dairenin tapu kaydının iptali ile miras payları oranında adlarına tescilini, üçüncü kişilere satılan dairelerin miras payları oranında bedelinin tahsilini istemişler, yargılama sırasında davalarını ıslah ederek 11 no'lu dairenin de üçüncü kişiye satılması nedeniyle bedelinin davalıdan tahsilini talep etmişlerdir.

Davalı, satışın gerçek olduğunu bildirip davanın reddini savunmuştur.

---

* Gönderen: Mustafa Ay – Gaziosmanpaşa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Mahkemece, davalının dava konusu taşınmazın ½ payını bedelini ödeyerek satın aldığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal-tescil ve bedelin tahsili davası iken ıslah ile yalnız bedel isteğine dönüştürülmüş olup mahkemece, kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden, tarafların annesi olan murisin, maliki olduğu 407 ada 19 parsel (uygulamadan sonra 1828 ada 4 parsel) sayılı taşınmazı ½ şer paylarla dava dışı oğlu M. ile davalı A. 08.01.1981 tarihinde satış suretiyle temlik ettiği ve temellük edenlerin kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile dava dışı M'nin üç bağımsız bölüm ve davalı A'nın ise 5,8 ve 11 nolu bağımsız bölümlerin maliki oldukları, davacıların mirasbırakanın yapmış olduğu temliklerin kendilerinden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açtıkları anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu Muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda, yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 01.04.1974 tarih ½ sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunu'nun 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve

yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olaya gelince, davalı A. 1959 doğumlu olup temlik tarihinde 22 yaşında olduğu, düzenli bir gelirinin bulunmadığı gibi, tanık ifadelerinden muris Lütfiyenin mali yardımları ile hayatını idame ettirdiği ve taşınmazdaki payı satın alacak düzeyde ekonomik gücünün bulunmadığı, olaylara dayalı tanık ifadeleri ve dosya kapsamı ile sabittir.

Öte yandan, davacıların davalıyla pek görüşmedikleri ve davalının annesiyle birlikte yaşadığı bildirilmiştir.

Anılan bu olgular yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde, Miras bırakanın alım gücü bulunmayan ve birlikte yaşadığı erkek evladı olan davalıya yapmış olduğu pay temlikinin mirasçıdan mal kaçırma amacıyla gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerle (6100 Sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 16.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

EŞLERİN GÖREVLERİ • BOŞANMA KOŞULLARI*

ÖZET: Davalı kocanın evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği anlaşıldığından, boşanma kararı verilmelidir.

Y.2.HD E:2010/8557 K:2011/9516 T:31.05.2011

Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı kocanın evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre boşanmaya (TMK md.166/1) karar verilecek yerde yetersiz gerekçeyle davanın reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA** hükmün bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin yukarıda 1.bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

BOŞANMANIN SONUÇLARI • MADDİ TAZMİNAT KOŞULU*

ÖZET: Boşanma sonucunda maddi destek kaybına uğrayan ve diğer eşe oranla daha az kusurlu olan eş lehine uygun bir maddi tazminata hükmedilmelidir.

Y.2.HD E:2011/5933 K:2012/4365 T:01.03.2012

1-Davalı kocanın temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, yerinde bulun-

* Gönderen: Av. Reşit Halis

mayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

2- Davacı kadının temyiz itirazının incelenmesine gelince;

Türk Medeni Kanunu'nun 174/1.maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, eşlerin evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade ve eşit kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (TMK.md.4, BK. Md.42 ve 44) dikkate alınarak davacı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2.bentte gösterilen sebeple davacı kadın yararına **BOZULMASINA** bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin ise yukarıda 1.bentte açıklanan sebeple **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden davalıya yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna ve 79.50 ₺ temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatıran davacıya geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

MİRASIN REDDİ • TASFİYE*

ÖZET: Mirasçıların tamamı tarafından reddedilen miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. (TMK.md. 612/1,636) Burada tasfiye süreye tabi değildir.

Y.2.HD E:2011/5013 K:2012/12826 T:14.05.2012

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Miras bırakan A. 26.02.2008 tarihinde ölmüş, en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından miras reddolunmuştur. Mirasçıların tamamı tara-

* Gönderen: Av. Tolga ALKAN

fından reddedilen miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. (TMK md. 612/1,636) Burada tasfiye süreye tabi değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 633. madde hükmünün uygulanma yeri yoktur. Ayrıca Sulh Hukuk Mahkemesi'nce en yakın mirasçıların mirası reddettiklerinin belirlenmesi halinde, herhangi bir başvuruya gerek olmadan kendiliğinden resmi tasfiye yoluna gidilmesi gerekir. (HGK.29.03.2006 gün, 2006/2-65-18 sayılı kararı) O halde, iflas hükümlerine göre, tasfiyenin gerçekleştirilmesi gerekirken yazılı şekilde hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle ret hükmü kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

PAYDAŞLAR ARASINDA ECR-İ MİSİL

●

İNTİFADAN MEN KOŞULU*

ÖZET: Paydaşlar kural olarak intifadan men edilmedikçe ecrimisil isteyemezler.

İntifadan men koşulunun gerçekleştiği iddiası tanık dahil her türlü delil ile ispatlanabilir.

Bağ, bahçe gibi kendiliğinden ürün veren ya da kiraya verilebilen yerde intifadan men koşulunun gerçekleştiği kabul edilir.

Ancak, taşınmazın sadece kira getirebilecek durumda olmasında intifadan men koşulunun gerçekleştiği kabul edilemez.

Y.3.HD E:2006/11941 K:2007/846 T:30.01.2007

Davacı vekili dilekçesinde; davacının, davalılarla birlikte müşterek bulunduğu mesken niteliğindeki bağımsız bölümün, davalıların kullanımında olduğunu, müvekkilinin, bir çok kez paydaş olduğu taşınmazdan kendisininde yararlanmak istediğini bildirmesine rağmen, davalıların buna engel olduklarını iddia ederek, 3/16 hisseye karşılık olmak üzere 5 yıllık birikmiş ecrimisil bedeli olarak 120.000.00 ₺'nin faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar, çekişmeli taşınmazda fiili bir kullanım (taksim) şekli oluştuğunu savunarak, davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, "davalılar İ.T. ve A.K.T. müşterek taşınmazın tamamını ellerinde bulundurdukları ve taşınmaz gelir getirebilecek bir konumda olduğundan kullanıcının herhangi bir şekilde intifatan men edilmesi gerekmemektedir, gerekçesiyle" davanın kısmen kabulü ile, bilirkişi raporunda 14.06.2000-14.06.2005 tarihleri arasında hesaplanan 86.032.36. ₺ Ecrimisilin tahakkuk tarihlerinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalılardan tapu payları oranında tahsiline, davalılardan A.K.T. tarafından 11 no'lu daire kira bedeli olarak yapılan (3000 ABD Doları) ödemenin kararın infazı sırasında infaz tarihindeki döviz kuru üzerinden mahsubuna karar verilmiş, hüküm her iki davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

---

* Gönderen: Av. Güner AŞKIN

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak, ecrimisile konu edilen taşınmazda taraflar paydaştır. Paydaşlar kural olarak intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. İntifadan men koşulunun gerçekleştiği iddiası, tanık dahil her türlü delille ispatlanabilir. Bu koşul dava şartı niteliğinde olduğundan gerçekleşip gerçekleşmediğinin mahkemece resen araştırılarak saptanması gerekir.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, ecrimisil istenen taşınmazın (bağ, bahçe gibi) emek sarfedilmeden, kendiliğinden (tabi olarak) ürün veren ya da kiraya verilerek hukuksal semere elde edilen yer olması durumunda, intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Ancak, taşınmazın sadece gelir getirebilecek bir konumda olması, kiraya verilip gelir elde edilmediği müddetçe, (davalı paydaşların kendilerinin kullanımında olması durumunda) intifadan men olgusunun gerçekleştiği anlamına gelmez.

Mahkemece, intifadan men olgusu araştırılıp, tartışılmadan, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bundan ayrı, davalı A. kira karşılığı olarak yaptığını iddia ettiği ödemelerin tamamının mahsupta dikkate alınmamış olması da doğru değildir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı taraf için duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre takdir edilen 500 ₺'er vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalı tarafa verilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 30.01.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ ÜZERİNDE YAPILAN İŞLER

•

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME

ÖZET: İnşaatın fenni sorumlusunun talebi üzerine, taşınmaz sahibinin de onayı ile taşınmazda onarım ve tadilat yapan davacının, aralarında yazılı bir sözleşme olmasa da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre taşınmaz sahibinden alacağı doğmuştur.

Y.3.HD E:2011/4988 K:2011/9536 T:02.06.2011

Davacı, davalı ile aralarında sözleşme bulunamamasına rağmen inşaatın fenni mesulü olan dava dışı M.B. talebi üzerine taşınmazın maliki olan davalının dairelerinde bir kısım imalatlar yaptığını, fenni mesul aleyhine açtığı davanın husumet nedeniyle reddedilerek kesinleştiğini, yaptığı bu imalatlar sebebiyle bina sahibinin mal varlığında artış olduğunu ileri sürerek, alacağın tahsili için başlattığı icra takibine itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacı ile aralarında yazılı veya sözlü anlaşma bulunmadığını, işin taşeronlar marifetiyle yaptırıldığını bildirerek, yersiz olan davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece taraflara arasındaki akdi ilişki kanıtlanamadığından davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu taşınmaz davalıya aittir. Toplam 9 dairelidir. Davacı tüm dairelerin kapı, pencere vs. doğramalarının ikmali ve montajı işini yaptığını iddia etmektedir.

Binanın fenni mesulü (taşeronu) dava dışı ve davalının yeğeni M.B. işlerin yapılması konusundaki görüşmeleri M.B. yapmış, bedeli ödenmeyince M.B. hakkında (12.887 Euro) icra takibi yapılmış, itirazın üzerine açılan itirazın iptali davası açılmış, o davada tapu maliki S.D. dava ihbar edilmiştir. M.B. aleyhine açılan itirazın iptali davası, taraflar arasında yazılı bir eser sözleşmesi bulunmaması ve malik de olmadığından reddine karar verilmiş; taraflarca temyiz edilmeyerek 27.07.2010 tarihinde kesinleşmiştir. Dava dışı M.B. yaptığı işlemlere davalı S.D. tarafından onay verilip, kapı, pencere ve doğramaların davalının dairelerine davacı tarafından yapılıp takıldığı, kesinleşen dosyadan anlaşılmaktadır. Vekaletsiz iş görme hükümlerine göre davacı, davalının dairelerinde yaptığı bu işlerin bedelini isteyebilir. Gerek dava dışı M.B. hakkındaki davada, gerekse eldeki davada bedellerin ödendiği de ileri sürülüp delil ibraz edilmemiştir. Davalı yararına sebepsiz zenginleşme oluşmuştur.

Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak davacı alacağının saptanması ve ortaya çıkacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, delillerin değerlendirilmesinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 02.06.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VASİYET ALACAKLI BELGESİ

●

VASİYETNAME İLE MUAYYEN MAL VASİYETİ

ÖZET: Dava konusu vasiyetname ile mirasçı nasbı değil muayyen mal vasiyetinde bulunulmuştur. Ayrıca tenkis davası da derdesttir. Bu durumda henüz vasiyet alacaklılığı gerçekleşmemiş olup, mahkemece yalnızca TMK'nın 596. maddesi gereği vasiyetnamenin açılıp okunduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken TMK 598. maddesi gereği vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine de hüküm verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Y.3.HD E:2011/21707 K:2012/1 T:09.01.2012

Asıl dava dilekçesinde vasiyetnamenin açılması ve TMK 598. maddesi gereği vasiyet alacaklı belgesi verilmesi, birleşen dava dilekçelerinde ise, vasiyetnamenin açılması istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı – mirasçı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Asıl davada vasiyetnamenin açılıp okunması ve TMK 598/2. maddesine göre davacı Türk Eğitim Vakfı'nın vasiyet alacaklısı olduğuna dair belge verilmesi, birleşen davalarda ise, vasiyetnamenin açılıp okunması istenilmiştir.

Mahkemece, vasiyetnamenin açılıp okunması, asıl davacı Türk Eğitim Vakfı'nın TMK'nın 598/2. maddesi gereğince vasiyet alacaklısı olduğunun tesbitine karar verilmiş, hüküm mirasçı E. tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu vasiyetçi S.P.A'nın noterlikçe düzenlenen vasiyetnamesinde; "Kazım .... Sokak .... Apt. .. Blok No... Yeşilköy/İstanbul adresindeki evimin içerisinde bulunan tüm eşyalarımı Türk Silahlı Kuvvetleri Mehmetçik Vakfı'na bırakıyorum." "T.C. Dahilindeki bilcümle resmi ve özel bankaların merkez ve şubelerinde vefatım halinde adıma kayıtlı bulunan vadeli, vadesiz, ₺, döviz her çeşit hesaplarımda mevcut paraların yarısını Türk Silahlı Kuvvetleri Mehmetçik Vakfı'na, yarısına Türk Eğitim Vakfı'na terk ve vasiyet ediyorum," şeklindedir.

Dava konusu vasiyetname ile ilgili davalının (miraçının) açmış olduğu Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/167 E. Sayılı dosyasıyla tenkis davasının derdest olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Somut olayda; dava konusu vasiyetname ile mirasçı nasbı değil muayyen mal vasiyetinde bulunulmuştur. Ayrıca tenkis davası da derdesttir. Bu durumda henüz vasiyet alacaklılığı gerçekleşmemiş olup, mahkemece yalnızca TMK'nın 596. maddesi gereği vasiyetnamenin açılıp okunduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken TMK 598. maddesi gereği vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine de hüküm verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 09.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

NAFAKA ALACAĞI • DAVADA VE İCRA TAKİBİNDE YETKİ

ÖZET: Nafaka davası davacının bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir.

Burada davacıya genel yetki kuralı yanında yasadan doğan bir seçim hakkı tanınmıştır.

Nafaka alacağının tahsiline yönelik icra takibi de alacaklının bulunduğu yer İcra Dairesinde yapılabilir.

Y.3.HD E:2011/19435 K:2012/1797 T:26.01.2012

Davacı vekili, Edirne Aile Mahkemesi'nin 2007/117 Esas sayılı dosyasında görülen boşanma davasının 20.02.2008 tarihinde karara çıktığını, kararın temyiz edilmesi nedeniyle kesinleşmediğini, mahkemenin 26.12.2007 tarihli ara kararıyla davacı eş için aylık 100.00 ₺ tedbir nafakasına hükmettiğini,

birikmiş 4.320.00 ₺ tedbir nafakası alacağı için ilamsız takip yaptıklarını, davalının yapılan takibe yerleşim yerinin İstanbul ili Kadıköy ilçesi olduğundan ve aynı alacak için mükerrer takip yapıldığından bahisle icra dairesinin yetkisine ve borca itiraz ettiğini, nafaka alacaklarının tahsili için açılan davaların Türkiye'nin her yerinde açılabileceğinden davalının yetkiye ve borca itirazlarının iptali ile %40 icra inkar tazminatının davalı taraftan tahsilini istemiştir.

Davalı, mahkeme ilamının icraya konu edilemediği için ilamsız takibe konu edildiğini İİK'in 50. maddesi uyarınca yerleşim yeri icra dairesi olan Kadıköy İcra Daireleri'nin yetkili olduğunu, yapılan takibe yetki itirazının bulunduğunu, borca ve miktara itirazının söz konusu olmadığını, davacı tarafın icra inkar tazminatı talebinde haklı olmadığından bahisle davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, ilamsız icrada yetki konusunun ilamlı icradakinin aksine HUMK'daki yetki kurallarının esas alınarak kıyasen belirleneceği, İİK'in 50. maddesi uyarınca genel yetkili icra dairesinin borçlunun yerleşim yeri icra dairesi olduğu, nafaka alacaklısının mutlaka nafaka borçlusunun yerleşim yeri icra dairesinde takip yapmak zorunda olduğu ancak bu yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı ve icra dairesi yetkisizliğini mahkemenin kendiliğinden gözetemeyeceği, borçlunun takip yapılan icra dairesinin yetkisine süresinde yetki itirazında bulunduğu gerekçesiyle yetkili icra dairesinin Kadıköy İcra Dairesi olması ve Edirne İcra Dairesi'nin yetkisizliği nedeniyle davanın reddine karar vermiştir.

Uyuşmazlık konusu takibe konu edilen alacak Edirne Aile Mahkemesi'nin 26.12.2007 tarihli ara kararıyla davacı eş için aylık 100.00 ₺ olarak hükmedilen, birikmiş 4.320.00 ₺ tedbir nafakasına ilişkindir. Davacı taraf, Edirne İcra Müdürlüğü'nün 2010/1203 Esas sayılı dosyasıyla ilamsız takip yaparak davalı borçluya ödeme emri tebliğ ettirmiştir. Davalı borçlu ise süresinde yetki itirazında bulunmaktadır.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 177. maddesinde "Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir." Düzenlemesi ile zayıf durumda bulunan davacıyı korumak amacı güden genel yetki kuralı getirilmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu genel yetki hükmü getirmekle davacıya seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre, davacı (nafaka alacaklısı) isterse kendi yerleşim yeri mahkemesinde, isterse HUMK'un 9. maddesi gereğince davalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilecektir.

Davacı tarafça mahkemenin ara kararıyla hükmettiği tedbir nafakasının tahsili için ilamsız takip yapılmışsa da; mahkemenin ara kararıyla hükmettiği nafaka ilam niteliğindedir.

Nafakaya dayalı olarak açılacak davalar Türkiyede'ki her yerde Asliye Hukuk –Aile Mahkemelerinde açılabileceği gibi dava sonucu hükmedilen nafaka-

nın da tahsili için aynı şekilde Türkiyede ki tüm icra müdürlüklerinden birinde takip konusu edilebilir. Nafaka alacaklarında, İİK'in 50. maddesi hükmü yani genel yetkili icra dairesinin borçlunun yerleşim yeri icra dairesi olduğu hükmü uygulanmaz.

Somut olayda, davacının yerleşim yeri Edirne ili olduğuna göre, yetkili icra dairesi Edirne İcra Daireleridir. Mahkemece, yetki itirazının reddine karar verilerek işin esasına girilip hüküm tesisi gerekirken icra dairesinin yetkisizliği nedeniyle davanın reddine ilişkin hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 26.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK KAZASINDA ÖLÜM

•

KARDEŞİN MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİ*

ÖZET: Trafik Kazasında ölen kişinin kardeşlerine manevi tazminat verilmelidir. Burada davacı kardeşlerin yaşlarının küçük olması sonucu değiştirmez.

Y.4.HD E:2009/8529 K:2010/5122 T:29.04.2010

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- Diğer temyiz itirazına gelince; dava, trafik kazası nedeniyle desteğin ölümünden dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemlerine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davacılardan F. ile B. ağabeyleri R'nin davalı M. sürücüsü olduğu aracın çarpması nedeniyle ölümünden dolayı manevi tazminat istemişlerdir. Yerel mahkemece davacı kardeşlerin yaşlarının küçük olması nedeniyle elem ve ızdırap duymalarına olanak bulunmadığı gerekçesiyle istemleri reddedilmiştir.

Borçlar Yasası'nın 47. maddesi gereğince yargıç, adam öldüğü takdirde ölenin aile bireylerine hak ve adalete uygun bir tutarda manevi tazminat ödenmesine karar verebilir.

Davacılardan F. ve B. ölenin kardeşleri olup aile bireyleri arasında yer almaktadırlar. Yasada aile bireylerinin yaşı tazminat takdiri için bir koşul olarak belirtilmediğinde, adı geçen davacıların da ölüm olayından dolayı elem ve ızdırap duymaları kaçınılmazdır. Onların yaşlarının küçük olması, kardeşlerinin ölümünden dolayı manevi yönden etkilenmedikleri anlamına gelmez.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacılar F. ve B. yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olma-

---

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

yan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın 2 no'lu bentte gösterilen nedenle davacılardan F. ve B. yararına **BOZULMASINA**, öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 29.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İZİNSİZ ÇIKARILAN MADEN BEDELİNDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI

ÖZET: 3213 Sayılı Yasa'nın o tarihte yürürlükte bulunan 12/son maddesi ile 5177 Sayılı Yasa ile değiştirilen halinde de "Maden hakkı olmayan kişiler tarafından çıkarılan cevherlere geçici olarak el konularak bunlar hakkında 1. fıkra hükümleri uygulanır. Bu şekilde maden çıkarılması Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır." Bu yasal düzenleme karşısında maden hakkı olmayan kişi tarafından cevherin çıkarılması devlete karşı işlenmiş fiil sayılacağından çıkarılan cevherin bedelini isteme konusunda dava açma hakkının da hazinede bulunduğunun kabulü gerekir.

Y.4.HD E:2011/13869 K:2012/1301 T:02.02.2012

Taraflar arasındaki izinsiz çıkarılan maden bedelinden kaynaklanan tazminat davasından dolayı yerel mahkemece verilen gün ve sayısı yukarıda yazılı kararın; Dairemizin 14.06.2011 gün ve 2011/6890-2011/6886 sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmiştir. Süresi içinde davacı vekili tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, izinsiz çıkarılan maden bedelinin ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar davacının temyizi üzerine dairece onanmıştır. Bu defa davacının karar düzeltme istemi üzerine dosya yeniden incelenmiştir.

Davacı hazine dava dilekçesinde, Gaziosmanpaşa Cebeci Köyü sınırları dahilindeki dava dışı şirketin ruhsatlı mermer (kalker) sahasından davalının hiçbir yasal dayanağı olmadan kaçak faaliyette bulunduğunun ruhsat sahibi şirket tarafından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na şikayet edilmesi üzerine görevlendirilen heyetin yaptığı inceleme üzerine 21.04.2002-21.08.2003 ta-

rihleri arasında çıkarılan kaçak malzeme miktarının 68.100 metreküp olarak belirlendiğini bildirerek çıkarılan malzeme bedelinin ödetilmesini istemiştir.

Davalı cevabında, söz konusu alanı 1998 yılında terk ettiğini, kaldıki çıkarılan malzemenin mermer olmayıp taşocağı (grovak) olduğunu, ruhsat sahibinin de buradan maden ruhsatı ile grovak çıkarıldğını, dava konusu imalatla ilgili herhangi bir el koyma ve tutanak bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, maden hakkının ruhsat sahibi Ö.M. Paz. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne ait olduğundan bu hakkın ihlali halinde dava açma hakkının da bu şirkete ait olduğu gerekçesiyle davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir.

Maden Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca "Madenler, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır." Madenin mülkiyet hakkına devlet sahip olup, özel ve tüzel kişilere işletme ruhsatı veren de devlettir. Bu nedenle, hakkın asıl sahibinin haktan oluşan hak ve yetkileri kullanması, haktan tasarruf etmesi asıldır.

Nitekim, 3213 Sayılı Yasa'nın o tarihte yürürlükte bulunan 12/son maddesi ile 5177 Sayılı Yasa ile değiştirilen halinde de "Maden hakkı olmayan kişiler tarafından çıkarılan cevherlere geçici olarak el konularak bunlar hakkında 1.fıkra hükümleri uygulanır. Bu şekilde maden çıkarılması Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır." Bu yasal düzenleme karşısında maden hakkı olmayan kişi tarafından cevherin çıkarılması devlete karşı işlenmiş fiil sayılacağından çıkarılan cevherin bedelini isteme konusunda dava açma hakkının da hazinede bulunduğunun kabulü gerekir.Mahkemenin bu yönü ve işin esasının incelenmesi gözetmeden verdiği kararın bozulması gerekirse de karar onanmış bulunduğundan davacının karar düzeltme isteği 1086 sayılı HUMK'un 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama kararı kaldırılmalı ve karar gösterilen nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacının karar düzeltme isteğinin kabulüne, onama ilamının kaldırılmasına ve kararın yukarıda yazılı olan nedenlerle **BOZULMASINA** 02.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

KAMULAŞTIRMA BEDELİNİN İADESİ

ÖZET: Bedelin davalıya ödendiği, davalı tarafından da ferağ verilerek tapunun İSKİ adına oluştuğu ve kamulaştırma kararının halen geçerliliğini koruduğu anlaşılmaktadır.

Y.5.HD E:2012/4874 K:2012/10276 T:21.05.2012

Taraflar arasındaki kamulaştırma bedelinin iadesi davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava konusu taşınmazın İkitelli-Sefaköy isale hattı kapsamında kaldığından 07.07.2000 tarihinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi gereğince kamulaştırıldığı, bedelin ödendiği, davalı tarafından da ferağ verilerek tapunun İSKİ adına oluştuğu ve kamulaştırma kararının halen geçerliliğini koruduğu anlaşılmaktadır.

6831 Sayılı Yasa'nın 2/B maddesi gereğince Maliye Hazinesi adına tapu oluşması, kamulaştırma bedelinin iadesini gerektirmez. Bu nedenle davanın reddi yerine yazılı düşüncelerle kabulüne karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davalının temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine, temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 21.05.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA • FİİLİ EL ATMA*

ÖZET: Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri, görüşleri esas alınmak üzere meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar," şeklinde düzenlenen hüküm nazara alındığında, imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıllık süre içinde, idarelere kendilerine tahsis edilen yerleri kamulaştırma yetkisi verildiğine göre, bu süre içinde taşınmaza fiilen el atılmadığı takdirde, hukuki el atmadan bahsedilmez.

Y.5.HD E:2012/6265 K:2012/12430 T:11.06.2012

Taraflar arasındaki kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Davanın İstanbul İl Özel İdaresi yönünden husumetten reddine, Milli Eğitim Bakanlığı yönünden kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtayca incelenmesi davalılardan Milli Eğitim Bakanlığı vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, İstanbul İl Özel İdaresi hakkındaki davanın husumetten reddine, Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine açılan davanın kabulüne karar verilmiş hüküm, davalı Milli Eğitim Bakanlığı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu taşınmazın 15.02.2008-29.07.2008-13.09.2009-18.12.2009 tasdik tarihinde onanan 1/1000 ölçekli Uygulama İmar Planı kapsamında "Ortaöğretim tesis alanında" kaldığı ancak fiilen el atılmadığı anlaşılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 gün ve 2010/5-662/651 sayılı kararında, imar planında yol, park, okul alanı vs. gibi kamu hizmetine ayrılmış bulunan yerlere el atılmamış olsa dahi bedeline hükmedileceği ka-

* Gönderen: Av. Mehmet BAYRAKTAR

bul edilmiş ise de; 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. Maddesinde "Belediyeler, imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri, görüşleri esas alınmak üzere meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar." Şeklinde düzenlenen hüküm nazara alındığında, imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıllık süre içinde, idarelere kendilerine tahsis edilen yerleri kamulaştırma yetkisi verildiğine göre, bu süre içinde taşınmaza fiilen el atılmadığı takdirde, hukuki el atmadan bahsedilmez.

Yine aynı maddenin son fıkrasındaki "İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılıncaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder." Hükmü karşısında bu süre içinde hukuki el atmadan bahsetme olanağı yoktur.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması,

Doğru görülmemiştir.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

TAŞINMAZ SATIŞI • ŞEKİL KURALI • TRAMPA

•

HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

ÖZET: Tapuda kayıtlı taşınmazın satışı resmi şekilde yapılmadıkça hukuken geçerli sonuç doğurmaz. Taşınmazlara ilişkin trampa sözleşmelerinde de aynı hüküm geçerlidir.

Ortada kanunun emredici hükmüne aykırı düşen şeklen batıl bir sözleşme varken hakkın kötüye kullanıldığından söz edilemez.

Y.8.HD. E.2011/3020 K.2011/3784 T.28.06.2011

Davacı vekili, taraflar arasında düzenlenen 18.03.2008 tarihli harici sözleşme ile vekil edeni ile davalıya ait taşınmazların karşılıklı takas edildiğini, vekil edeninin edimini yerine getirerek taşınmazının davalıya tapuda devrettiği halde davalının vekil edenine devretmesi gereken taşınmazın 2/3 payını tapuda devrettiğini açıklayarak 639 ada (..) parseldeki (.) nolu dubleks meskenin davalı adına, diğer 1/3 paya ait tapu kaydının iptali ile vekil edeni adına tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, sözleşmenin trampa niteliğinde olduğunu, resmi şekle tabi olup geçersiz bulunduğunu, dayanılan sözleşmenin daha sonra iki ayrı sözleşme ile tadil yapıldığını açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacının dayandığı 18.03.2008 tarihli trampa niteliğindeki sözleşmenin şekil şartından yoksun olması sebebiyle geçersiz ise de, davalının edimini yerine getirmemek için şekil noksanlığı savunmasının hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu, davalının irade fesadı hallerinden birine tutunarak dava açması gerekirken bu şekilde savunmasına değer verilemeyeceği gerekçesi ile davanın kabulüne, 639 ada (..) parselde (.) nolu dubleks meskenin davalı adına bulunan 1/3 payına ait tapu kaydının iptali ile davacı adına tapuya tesciline karar verilmesi üzerine, hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı taraf dosya arasında bulunan 18.03.2008 tarihli sözleşmeye dayanmış, davalı taraf ise bu sözleşmenin tadiline ilişkin olduğunu iddia ettiği

24.03.2008 ve 14.04.2008 tarihli sözleşmelere göre karşılıklı edimlerin yerine getirildiğini savunmuştur. Mahkemece, davacının dayandığı 18.03.2008 tarihli sözleşmenin trampa niteliğinde olduğunu kabul ederek yazılı şekilde hüküm kurmuştur. Adi yazılı şekilde düzenlenen 18.03.2008 tarihli sözleşmede, davacıya ait Ankarada bulunan 26347 ada (..) parseldeki (.) nolu meskenin, davalıya ait Üsküdar da 639 ada (..) parseldeki (.) nolu dubleks mesken ile karşılıklı takas edileceği yazılıdır. Tadile ilişkin olduğu ileri sürülen sözleşmelerin ise davalının dubleks meskenin tapusunu devrinde davacının ödeyeceği bir miktar bedel ve senetlerden sözedilmekte olup, incelendiğinde Ankara 26347 ada (..) parseldeki (.) nolu meskenin 22.2.2001 tarihinde davacı S.A. adına tapuda kayıtlı iken 19.03.2008 tarihinde davalı E.M'ye satıldığı, yine Üsküdar 639 ada (..) parseldeki (.) nolu dubleks meskenin E.M. adına tapuda kayıtlı iken 24.04.2008 tarihinde 2/3 payının davacı S.A. satıldığı, 1/3 payın ise davalı E.M. üzerinde bırakıldığı görülmektedir.

13.08.2008 tarihli sözleşme tarihinde dava konusu 639 ada (..) parseldeki (..) nolu meskenin davalı E.M. adına tapuda kayıtlı olduğu açıktır. TMK.nun 706, Borçlar Kanunu'nun 213, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60 ve 89. maddeleri gereğince tapuda kayıtlı taşınmazın satışı resmi şekilde yapılmadıkça hukuken geçerli bir sonuç doğurmaz ve alıcıya herhangi bir hak bahsetmez. TMK.nun 706/1.fıkrasında açıklanan şekil bir kanıtlanma şekli olmayıp bir geçerlilik koşuludur. Eldeki davada dayanılan sözleşme mahkemenin de kabulünde olduğu gibi trampa sözleşmesi niteliğinde olup Borçlar Kanunu 232. maddesine göre satım sözleşmesi hükümleri trampa sözleşmeleri hakkında da uygulanır. Bu sebeple trampa sözleşmeleri de resmi şekle tabidir. Resmi şekilde yapılmayan trampa sözleşmesi geçersiz olup geçersiz sözleşmeye dayanılarak tapu iptali ve tescile karar verilmesi mümkün değildir. Geçersiz sözleşmelerde ancak taraflar verdiklerini geri isteyebilirler. Somut olayda verilenlerin geri iadesine ilişkin bir istek de bulunmamaktadır.

Diğer yandan 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında ifade edildiği üzere Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde hüküm verme imkanını sağlamaktadır. Bu istisnai durum, adalete uygun düşecek hüküm kurmanın zorunlu olduğu durumlarda kendini gösterir ve talidir. Orta yerde şekle aykırı bir akit varken ve bu akit Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre batıl iken, yasanın emredici ve hakimin resen gözetmesi zorunlu hükmünü bertaraf edecek şekilde hakkın kötüye kullanılması kuralından söz etmek hukuka uygun olmaz. Aksi halde bu sonuç emredici kuralları tali, hakkın kötüye kullanılması kuralını da öncelikli hale getirir. Kaldı ki, taraflarca sunulan sözleşme içerikleri gözetilerek karşılıklı edimler tapuda resmi şekilde yerine getirilmiş olup, bunun dışında dava konusu 1/3 payın devredilmesini gerektiren hukuki sebep

olmadığı gibi davacı tarafından tapuda yapılan devirlerde irade fesadı halleri bulunduğu iddiası ileri sürülmediği gibi bu konuda bir dava da açılmamıştır. Yapılan bütün bu açıklamalardan sonra, tarafların hür irade ve arzuları ile tapuda yerine getirdikleri edimlere değer verilerek davacının geçersiz sözleşmeye dayalı isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken biçim koşuluna uygun yapılamayan sözleşmeye dayanılamayacağı göz ardı edilerek hakkın kötüye kullanılması kuralından söz edilmek suretiyle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

Yukarıda açıklanan nedenle davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden kabulü ile usul ve yasaya aykırı bulunan hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve 1130,75 ₺ peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 28.06.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

İŞÇİYE VERİLEN İKRAMİYE • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: Hizmet akdinde işçiye ikramiye ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yoktur.

Bu konuya ilişkin tanık beyanları da çelişkilidir. Bu durumda uzman bir bilirkişi vasıtasıyla işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak sonuca gidilmelidir.

Y.9.HD E:2009/2296 K:2011/966 T:27.01.2011

Davacı davalı işyerinden emeklilik nedeniyle ayrıldığını, işverenin kıdem tazminatını eksik ödediğini, zira işyerinde 3 öğün yemek verildiğini ve 3 maaş da ikramiye ödendiğini ancak bunların tazminata esas ücrete yansıtılmadığını ileri sürerek fark kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı ise, kıdem tazminatının eksiksiz ödendiğini, işyerinde ikramiye uygulamasının bulunmadığını savunmuştur.

Mahkemece istek hüküm altına alınmıştır.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık kıdem tazminatına esas alınacak giydirilmiş ücretin miktarı noktasındadır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda brüt 1.392 ₺ ücrete ikramiyeden 348.4 ₺ ve yemek yardımından 130 ₺ ilave edilerek toplam 1.871.20'ye ulaşılmış ancak giydirilmiş ücretin tavanı aşması üzerine kıdem tazminatı hesabı tavandan yapılmış, ve işverence ödenen miktar mahsup edilerek neticeten 7.179 ₺ fark kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan hizmet akdinde ikramiye ödemesi ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Davacı tanıkları 4 ayda bir bir maaş ikramiye ödendiğini söylerken davalı tanıkları ise işyerinde ikramiye ödenmediğini ifade etmişlerdir. Tanık beyanları birbiriyle çelişkili olup bu şekilde sonuca gidilemez. Bu sebeple uzman bir bilirkişi vasıtasıyla işyeri kayıtları ve yazılı belgeler üzerinde inceleme yapılıp davalı işyerinde ikramiye uygulaması bulunup bulunmadığı tespit edilerek sonucuna göre kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Dosyadaki delillerle bu şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır.

Mahkemece hüküm altına alınan fark kıdem tazminatı, fazla çalışma ve genel tatil alacaklarının en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte davalıdan

tahsiline karar verilmiştir. Deniz İş Kanunu'nda kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte ödeneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Mahkemece faiz türünün bu şekilde belirlenmesi hatalı ise de davalı vekili sadece kıdem tazminatı dışındaki alacaklara en yüksek mevduat faizi uygulanmasını temyiz sebebi yapmıştır. Bu sebeple fazla çalışma ve genel tatil alacaklarına yasal faiz yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde en yüksek banka mevduat faizi ile tahsiline karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.01.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA • ÜCRET • KAPICI ÜCRETİ
•
GİYDİRİLMİŞ ÜCRET

ÖZET: Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti tam süre olan kırkbeş saatlik süreye orantılı olarak ödenir.

Kırk beş saatlik sürenin üçte ikisine kadar olan çalışma kısmi süreli çalışmadır.

Dava konusu apartman dışında başka binalara da hizmet veren davacının dava konusu binada kısmi süreyle çalıştığı kabul edilmelidir.

Davacının oturduğu daireden sağladığı "konut, ısınma, su ve elektrik" gibi yararlandığı menfaatlerin değeri de ilave edilmek suretiyle kıdem ve ihbar tazminatına esas olan giydirilmiş ücret belirlenmelidir.

Y.9.HD E:2009/34 K:2010/38606 T:17.02.2011

Davacı davalı işyerinde kapıcı ve kaloriferci olarak 22.10.2003 tarihinde sigortasız olarak çalışmaya başladığını, 08.01.2004 tarihinde SSK.ya bildirildiğini, eksik ücret ödenmesine karşın imzalatılmak istenen bordroları imzalamadığı için haksız olarak iş sözleşmesinin feshedildiği belirterek davacının davalıdan alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, davacının kat malikleri ile kavga ettiğini, komşular arasında laf getirip götürdüğünü kapıcının yapması gereken görevleri söylendiği halde

yapılmadığını, temizlik yapmadığını, bu nedenle 4857 Sayılı İş Yasası'nın 25/II-h bendi uyarınca haklı nedenle son verildiğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

A- Davacının temyizi yönünden;

Uyuşmazlık, giydirilmiş ücrete eklenecek hak ve menfaatlerden doğmaktadır.

Mahkemece, davacının talebi kısmen kabul edilmiş, kapıcı dairesinden sağlanan menfaatlerin giydirilmiş ücrette nazara alınamayacağı gerekçesiyle bu istek dışlanarak yapılan hesaba itibar edilerek hüküm kurulmuştur.

1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde "....13. maddesinde sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26. maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur..." denilmektedir. Buna göre, davacının kıdem ve ihbar tazminatına esas giydirilmiş ücretinin hesabında hizmet akdi süresince oturduğu kaloriferli kapıcı dairesinden sağladığı konut, su, elektrik, yakıt gibi davacıya işveren tarafından menfaatler de nazara alınmalıdır. Bu husus göz önüne alınmadan yapılan hesaplamaya itibarla hüküm kurulması hatalıdır.

B- Davalının temyizi yönünden;

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, kısmi süreli iş ilişkisinin varlığı ve sonuçları noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmi süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanun'un 63. maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamidir. Buna göre o işkolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi, haftalık 45 saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılmış olup olmadığına bakılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi kapsamında çıkarılan İş Kanunu'na ilişkin Çalışma süreleri yönetmeliğinin 6. maddesinde, "İş yerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır." Gerekçede "üçte ikisinden az" olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki oranına kadar yapılan çalışmalar kısmi çalışma sayılmıştır. Bu durumda emsal işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir.

Kısmi süreli hizmet aktiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde bu yönde ayrım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayrımın sonuçları para ve para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi söz konusu olur.

Kısmi çalışma kanunda yer almasına rağmen, kıdemin nasıl belirleneceği, ihbar, izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, Yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir. (Yargıtay 9.HD. 12.02.2008 gün 2007/31462 E.2008/108 K.) Hesaplamada esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

Yıllık Ücretli izin Yönetmeliği'nin 13. maddesinde kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmi süreli çalışan işçinin izin hakkı vardır.

Kısmi süreli çalışan işçiler, sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu Kanun'un 18. ve 29. maddesinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler.

Somut olayda 17 daireli apartmanda kapıcı olarak çalışan davacı temizlik yapıp çöpleri dökmekte ve servise çıkmaktadır. Dosyadaki kayıtlardan ve tanık beyanlarından davacının çalışma süresi içinde çok sayıda apartmana hizmet verdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı işçinin gün içerisindeki çalışma süresinin tamamını davalı apartmana haretmediği yaptığı işin mahiyeti dikkate alındığında haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olduğu, çalışmanın kısmi süreli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. (Dairemizin 30.04.2009 gün, 2007/40595 E., 2009/12255 K. 20.11.2008 gün, 2007/31344 E. 2008/31565 K. 02.06.2008 gün 2007/21791 E.i.2008/13455 K.) Yapılan işin niteliği itibariyle tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmadığı açıktır. Davacının ücretinin ve diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenmeli dava konusu istekler tespit edilerek bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde davacının çalışma süresinin kısmi süreli olduğu dikkate alınmadan tam süreli olduğunun kabulü hatalıdır.

Kısmi süreli çalışan davacı işçinin çalışma şekline göre fazla çalışma ve hafta tatili çalışması olamayacağından söz konusu ücret isteklerinin reddi yerine yazılı şekilde kabulü de hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TANIK DİNLETİLMESİNDE ENGEL • YENİ TANIK LİSTESİ

ÖZET: Dinletilmek istenen tanığın taraf temsilcisi olmasından dolayı dinlenmemesi halinde, davalıya yeni tanık listesi verme olanağı tanınmalıdır.

Y.9.HD E:2009/17766 K:2011/17315 T:09.06.2011

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, davalıya bağlı olarak semt pazarlarında 01.01.1998 tarihinden beri gece bekçisi olarak çalıştığını, sigortasının yapılmasını talep etmesi üzerine iş akdinin haksız olarak feshedildiğini, haftada 7 gün çalıştığını, kışın 16-07, yaz mevsiminde 20-07 arası kesintisiz gece bekçiliği yaptığını ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ve genel tatil ücreti isteklerinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının Odada çalışmadığını, geçmiş dönemde Pazar üyelerinin odanın onay ve tasarrufu dışında kendi aralarında gündelikli olarak davacıyı bir süre görevlendirdiğini, parasını kendi aralarında toplayarak ödediklerini, Oda ile ilgisinin olmadığını savunmuş, tanık olarak Oda Başkanı O.nu dinletme istediklerini beyan etmiştir.

Mahkemece, davalının dinletmek istediği tanığın kanuni temsilci konumunda olması nedeni ile dinlenmemiş, tanığını bu kişi olarak hasrettiğinden ikinci kez tanık bildirme isteği kabul edilmeyerek, bilirkişi raporundaki miktarlara göre, (Fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücreti %30 indirimli olarak) isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı taraf temyiz etmiştir.

Davalının bildirdiği tanığın dinlenmesine yasal engel bulunması durumunda yerine başka tanık bildirilip bildirilemeyeceği hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davalının dinletmek istediği tanık davalı temsilcisi olması nedeni ile engel olduğu ileri sürülerek mahkemece dinlenmekten vazgeçilmiştir. Davalı taraf dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış olup tanık dinletme isteğinden de vazgeçmemiştir. Bildirmiş olduğu tanık davalının kendi isteği dışında bir nedenle dinlenmemiştir. Bu durumda davalıya yeni bir tanık listesi verme imkanı tanınması yasal zorunluluktur. Savunma hakkını kısıtlayacak şekilde bu talebin reddi hatalı olup, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.06.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA ALACAĞI • AVUKATLIK ÜCRETİ*

ÖZET: Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Y.9.HD E:2009/35748 K:2011/48645 T:19.12.2011

Dava, davacı fazla mesai ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de, HUMK'un 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, davalıya ait kargo şirketinde şube müdürü olarak çalıştığı 10.10.2003-15.07.2005 arasındaki süreye ait fazla mesai ücretinin ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının işyerinde işveren vekili olarak çalışıp fazla mesai ücreti isteyemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davayı kabul etmiştir.

Temyiz Eden: Kararı davalı temyiz etmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

* Gönderen: Av.Abdülaziz Orhan

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Fazla çalışmanın konusunda işyeri kayıtları özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ilere sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.İşyerinde üst düzey yönetici konumda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir. Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış piriminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücret-

leri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir. İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yıllık iki yüz yetmiş saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Günlük çalışma süresinin on bir saati aşamayacağı kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir. Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md.69/3) Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırk beş saat olan yasal çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir. (Yargıtay 9.HD. 23.06.2009 gün 2007/40862 E. 2009/17766 K.) Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak yedi buçuk saat veya daha az çalışılması gereken işler hakkında yönetmelikin 4. maddesine göre, günde yedi buçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedi buçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedi buçuk saatten az çalışılması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5. maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırk beş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur. Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu'nun 41. maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E. 2008/31210 K.) Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 Sayılı Yasa'nın 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınması gerekir. Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E. 2010/3192 K; Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/25857 E. 2008/20636K.) Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir. Dairemiz önceki kararlarında, fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E. 2010/3192 K.) Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilinemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibariyle maktu ve nispi vekalet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol

açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekalet ücretine hükmedilmekle birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son, 325/son, 43 ve 44. maddelerine göre, yine 5953 sayılı yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda, davacının davalı kargo şirketinin şubesinde 10.10.2003-15.07.2005 arasında şube müdürü olarak çalıştığı her iki tarafın beyanından anlaşılmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının 15.10.2003-15.07.2007 arasında çalıştığı kabul edilerek ortalama günde 3 saat üzerinden fazla mesai alacağı hesaplanmış ve talep aşılmıştır. Ayrıca davacı tanığı günde 30 dakika, davalı tanığı ise 1 saat yemek molası olduğunu beyan etmesine rağmen ara dinlenmesi de düşülmemiştir.

Davacının 10.10.2003-15.07.2005 arasındaki çalışma süresine göre ara dinlenmesi düşülerek yapılacak hesaplama sonucu bulunan tutardan 818 sayılı Borçlar Kanunu 43, 44. maddelerine göre yapılacak hakkaniyet indirimi söz konusu alacağın hüküm altına alınması gerekirken hatalı bilirkişi raporuna göre karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.12.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI • SENDİKALAR • MESLEK KURULUŞLARI*

ÖZET: İşçinin ücretinin tartışmalı olması halinde; meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücret araştırması yapılmalıdır.

Y.9.HD E:2011/50102 K:2012/8123 T:12.03.2012

4857 sayılı İş Kanunu'ndan 32.maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir.

Kanun'un kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine, dönemlere uyularak ödenmelidir. Yukarıda değinilen Yasa maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.

İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemesi, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin ikinci fıkrasına göre tespit edilmelidir. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 Sayılı Yasa'nın 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını, temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur.

Aynı Yasa'nın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde, ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri

* Dergimizin 2012/4. sayısında yayımlanan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusu mahkemece resen araştırılmalıdır. (Yargıtay 9.HD.23.09.2008 gün 2007/27217 E. 2008/24515 K)

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 Sayılı Kanun'un 8. ve 37. maddelerinin bu konuda işveren açısından bazı yükümlülükler getirdiği de göz ardı edilmemelidir.

Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümlülüğüne yardımcı olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmemesi ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemesi, işçinin ücret, sigorta pirimi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır.

Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmesi, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında delillerin değerlendirilmesi sırasında, işverence bu konuda belge düzenlenip, düzenlenmediğinin de araştırılması gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir.

Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır.

İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiile yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda, davacı 800 ₺ net ücret aldığını iddia etmiştir. Davalı taraf ise davacının ücretinin davacı tarafından imzalanan bordrolarda yazıldığı gibi asgari ücret olduğunu savunmuştur. Davacı tanıklarının davacıyı doğruladıkları anlaşılmakla beraber mahkemece ücret araştırması yaptırılmamıştır.

Mahkemece işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmaksızın eksik araştırma ile ücretin 800 ₺ olarak kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • AVUKATLIK ÜCRETİ*

ÖZET: Resmi ücret tarifesinde kurala yer verilmediğinden fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından davalı yararına vekalet ücreti kararlaştırılamaz.

Y.9.HD E:2010/27336 K:2012/13587 T:18.04.2012

Dava, davacı kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, izin ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı Balıkesir Valiliği İl Özel İdaresi avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla çalışma ücreti, izin ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti, ücret alacağı ve iş arama izni verilmediği için fazla çalışma ücreti alacaklarını istemiştir.

Davalı Balıkesir Valiliği İl Özel İdaresi, davanın husumet yönünden reddedilmesi gerektiğini, diğer davalı ile aralarında asıl işveren ilişkisinin bulunmadığını savunmuştur.

Diğer davalı, davalı Balıkesir Valiliği İl Özel İdaresinin asıl işveren olduğunu, davacının iş akdinin, yeni ihale yapılmaması nedeniyle kendileri tarafından feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu, davalı Balıkesir Valiliği İl Özel İdaresi'nin asıl işveren diğer davalının ise alt işveren olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

* Gönderen: Av. Ayhan COŞKUN

Kararı davalı Balıkesir Valiliği İl Özel İdaresi temyiz etmiştir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı Balıkesir Valiliği İl Özel İdaresi'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, fazla çalışma ücretinden hakkaniyet indirimi yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E. 2010/3192 K, Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/25857 E. 2008/20636 K.) Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Dairemizin önceki kararlarında; fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim,kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla,davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi kabul edilmekteydi. (Yargıtay9. HD.11.02.2010 gün 2008/17222 E,2010/3192 K.)

Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilinemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibariyle maktu ve nispi vekalet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekalet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanunu'nun 161/son, 325/son, 43 ve 44. maddelerine göre, yine 5953 Sayılı Yasa'da öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda, fazla çalışma yapıldığı taktiri delil niteliğindeki tanık beyanlarına göre tespit edildiğinden hakkaniyet indirimi yapılmaması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 18.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ DAVASI • BEKLETİCİ MESELE

ÖZET: İşçilik haklarının tahsili davasından ayrı olarak hizmet tespiti davası açılmış ise hizmet tespiti davasının sonucu beklendikten sonra işçilik haklarına ilişkin davaya devam edilmelidir.

Y.9.HD E:2009/46263 K:2012/17972 T:22.05.2012

Taraflar arasında hizmet süresi ve ücret tartışmalı olup davacı işçinin hizmet tespiti davası açtığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Sözü edilen hizmet tespiti davası, temyize konu davayı bütün yönleri ile etkileyeceğinden bekletici mesele yapılmalıdır.

Mahkemece hizmet tespiti davasının sonucu beklenmeden karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 9.000 ₺ duruşma avukatlı parasının davalılardan Metin Bala yükletilmesine, bozma nedenine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: Salt işe giriş bildirgesinin verilmiş olmasından hareketle sigortalılığın başlangıcına karar verilemez.

Aynen hizmet tespiti davalarında uygulanan yöntem izlenerek, işçinin söz konusu işyerinde fiilen çalışıp çalışmadığı araştırılmalıdır.

Y.10.HD E:2011/3053 K:2011/11354 T:14.07.2011

Davacı, sigortalılık başlangıç tarihinin 01.06.1985 tarihi olduğunun ve işe giriş tarihinde bir gün süreyle hizmet akdiyle çalıştığının tespitini talep etmiştir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum 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.

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı Kanun'un geçici 7/1. maddesi hükmünde yer alan düzenleme ile genel olarak Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralı karşısında, davanın yasal dayanağının 506 Sayılı Kanun ve giderek 79. maddesi olduğu kabul edilmelidir.

506 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde ifade edildiği üzere "sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılmaz ve feragat edilemez" olması, sosyal güvenliğin Anayasal haklardan bulunması itibariyle, bu tür davaların "kamu düzeni" ile ilgili olması nedeniyle özel bir duyarlılıkla yürütülmesi ve kanıtların resen toplanması gereği vardır.

Dava, sigortalılık başlangıcının tespiti istemini içerir nitelikte olup, davacının 01.06.1985 tarihli işe giriş bildirgesi Kuruma verilmiş ise de, 506 Sayılı Kanun'un 108. maddesi uyarınca sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti yönünde, salt işe giriş bildirgesinin verilmiş olması yeterli olmayıp, ayrıca aynı Kanunun 2 ve 6. maddelerinde öngörüldüğü şekilde hizmet akdine dayalı olarak eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın da varlığı gerekir. Başka bir anlatımla; yöntemince düzenlenip süresi içerisinde Kuruma verilen işe giriş bildirgesi kişinin işe girdiğini gösteren yazılı delil niteliğinde ise de, fiili çalışmanın ortaya konması açısından tek başına yeterli kabul edilemez.

Somut olayda, ihtilaflı döneme ilişkin dönem bordrolarının Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan getirtilmediğinden dinlenen tanıkların bordro tanığı olup olmadığı denetlenememektedir.

Mahkemece bu durumda yapılacak iş öncelikle davalı Kurumdan varsa dönem bordolarını getirterek dinlenen tanıkların bordro tanığı olup olmadığı denetlenmeli gerektiğinde yeniden bordro tanıkları veya komşu iş yeri tanıkları dinlenerek çalışma olgusu hiçbir tereddüt ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde tesbit edilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 14.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BOŞANAN EŞLER • KIZ ÇOCUĞUNA BAĞLANAN ÖLÜM AYLIĞI • FİİLEN BİRLİKTE YAŞAM

ÖZET: Boşanmış olan eşlerin fiilen birlikte yaşadıklarının tespiti halinde, boşanmış eşe kız çocuğu sıfatıyla bağlanmış olan ölüm aylığının kesilmesi gerekir.

Bu durumda boşanmanın hangi maksatla yapıldığının araştırılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Y.10.HD E:2011/4060 K:2011/15309 T:03.11.2011

Dava, hak sahibi konumunda yer alan davacıya bağlanan ölüm aylığının 5510 Sayılı Kanun hükümleri gereğince kesilmesi yönündeki davalı SGK Başkanlığı işleminin iptali ile aylığın, kesilme tarihi itibarıyla yeniden bağlanması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum 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.

Hakkında verilen boşanma kararı 25.10.2002 tarihinde kesinleşen davacıya, yaşamını yitiren sigortalı babası üzerinden 506 Sayılı Kanun hükümlerine göre hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla bağlanan ölüm aylığının, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığının belirlendiği gerekçesiyle davalı Kurumca 2009 yılının Temmuz ayında gerçekleştirilen işlemle 01.10.2008 tarihi itibarıyla kesilerek, 22.10.2008/21.08.2009 döneminde yersiz ödendiği ileri sürülen aylıklar yönünden borç tahakkuku işlemi tesis edildiği anlaşılmakta olup, mahkemece yapılan yargılama sonunda istem aynen hüküm altına alınmıştır.

Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrası olup, uyuşmazlığın çözümünde sosyal güvenlik sosyal güvenliğin amaç ve yöntemleri, sosyal sigortalar, sosyal güvenlik sistemi gibi kavram ve olguların değerlendirilmesine gereksinim bulunmaktadır.

Sosyal güvenlik, toplumda yaşayan her kesimi hiçbir ayrım gözetmeksizin hayatın çeşitli sosyal risklerine karşı ekonomik güvence altına alarak yarın endişesinden kurtarmaya, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara yardım ederek onlara insan onuruna yaraşır en az yaşam düzeyi sağlamaya çalışır. Böylelikle bir ülkede, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Sosyal edimler (yardımlar) sağlayan tüm alanlarda olduğu gibi, sosyal sigortalar da sosyal adalet sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmeye ve insana, insan onuruna layık bir yaşam düzeyi sağlamaya yöneliktir. Sosyal güvenlik sadece insanların geleceğini güvence altına almaya yönelik bir kurallar bütünü olmayıp, her şeyden önce bir sosyal program ya da politikadır. Bu politikada asıl hedef, insanların belirli sosyal risklere karşı ekonomik güvenliklerinin ve sosyal adaletin sağlanması ise de, bunun içinde durmadan değişen kural ve ilkeler, türlü yöntemler ve önlemler yer almaktadır. Bu niteliği itibarıyla sosyal güvenlik bir hukuk dalı olmaktan çok bir sistemdir. (Prof.Dr. A.Can Tuncay/Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları 2.Bası, İstanbul 2009, s.3,5,115) Bununla birlikte sosyal güvenliği oluşturan birtakım hukuk kuralları bulunmaktadır ve söz konusu kurallar yönünden incelendiğinde sosyal güvenliğin bir hukuk dalı olduğu kuşkusuzdur. Yalnızca sosyal yardım ve hizmetler ile sosyal sigortaları içeren, üniversitelerin ilgili fakülte ve bölümlerinde ders olarak öğrenimi sürdürülen dar anlamda Sosyal Hukuk söz konusu olduğu gibi, Sosyal Güvenlik Hukuku ile beraber konut hakkı, eğitim hakkı, işsizleri koruma ve kendilerine iş bulma, sağlığın, çocukların, tüketicinin, analığın korunması ve benzeri sosyal konuları barındıran geniş anlamda Sosyal Hukuktan da söz edilmekte, ülkemizde ise yerleşik olmayan anılan kavramlar yerine Sosyal Güvenlik Hukuku terimi kullanılmaktadır.

Tüm ülkelerin pozitif hukuklarında yer alan ve gelişen sosyal güvenlik kavramı genel ilkeler düzeyinde, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kabul edilen

birçok anayasada yerine aldıktan sonra, uluslar arası düzeyde ilk defa 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde temel bir hak olarak düzenlenmiştir. (Prof.Dr. Ali Güzel/Prof. Dr.Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku Yenilenmiş 9.Bası, İstanbul 2003, s.37) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Bildirgenin 22. maddesinde herkesin, toplumun bir bireyi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, sosyal güvenliğin, bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların doyurulması temeline dayandığı belirtilmiştir. Ulusal normlar yönünden bakıldığında, anılan belgeden esinlenilerek ülkemizde de 1961 tarihli Anayasa'da sosyal güvenlik, herkes için anayasal hak olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmanın devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğu bildirilmiş, "Sosyal güvenlik hakkı" başlığını taşıyan 60. maddesinde, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alıp teşkilatı kuracağı, "Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" başlıklı 61. maddesinde, devletin savaş ve görev şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlayacağı, sakatların korunmalarını ve toplum yaşamına intibaklarını sağlayıcı önlemleri alacağı, yaşlıların devletçe korunacağı ve kendilerine yapılacak yardım ile sağlanacak diğer hak ve kolaylıklara ilişkin düzenlemeler yapılacağı, devletin, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü önlemi alacağı, bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kuracağı veya kurduracağı, "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlığını taşıyan 65.maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıklanmıştır. Tüm ulusal hukuklar için temel model oluşturan Uluslar arası Çalışma Örgütü (İLO) tarafından 28 Haziran 1952 günü benimsenen Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 sayılı Sözleşmede ise dokuz adet temel sosyal sigorta kolu, hastalık durumunda gelir kaybını karşılayan ödenekler, hastalık halinde sağlık yardımları, iş kazası ve meslek hastalığı, sakatlık, analık, yaşlılık, ölüm, aile yardımları (ödenekler) ve işsizlik olarak sıralanmış olup, anılan Sözleşmeye taraf olan ülkemizde de bu sigorta türlerinden aile yardımları (ödenekleri) dışında kalanların tümü, tarihsel süreç içerisinde aşamalı olarak kabul edilerek ilgili sosyal güvenlik kanunlarında düzenlenmiştir.

Sosyal sigorta sistemlerinde sigortalılar veya hak sahipleri belli şartların yerine getirilmesi halinde sosyal edime (yardıma) hak kazanırlar. Sosyal edim

ya da sosyal yardım hakkı kişilerin belli bir yardım ya da edim üzerinde yargısal yönden icrası mümkün kamusal talep hakkını ifade eder (Prof. Dr. A.Can Tuncay/Prof.Dr. Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.Bası, İstanbul 2009 s.128) Sosyal Sigortalar, sosyal koruma, dayanışma, sosyal denkleştirme, zorunluluk ilkelerine dayanmakta olup, özellikle inceleme konusu 5510 Sayılı Kanun'un 56. maddesi yönünden önem arz eden sosyal koruma ilkesiyle, toplumun ekonomik güvenceye kavuşturma ve onlara hizmet amaçlanmakta, yaşamlarını sürdürebilmeleri için bu kişilerin sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması hedefi öne çıkmaktadır. Devletler tarafından amaç olarak benimsenen sosyal güvenlik genellikle, sosyal sigortalar ile sosyal yardım ve hizmetler olarak adlandırılan iki temel yöntem uygulanmak suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. İki ana rejimden meydana gelen Türk Sosyal Güvenlik Sistemi'nde yardımların genellikle devlet bütçesinden veya gönüllü özel yapılanmalardan karşılandığı, katılmasız veya pirimsiz rejim olarak adlandırılan sosyal yardım ve hizmetlerin yanı sıra, sistemin temel dayanağını oluşturan ve ilgililerin herhangi bir maddi katkısının söz konusu olmadığı katılmalı veya primli rejim de bulunmaktadır.

Devletin Anayasa'da güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarının yaşama geçirilmesi için gerekli teşkilatı kurması ve diğer önlemleri alması, sosyal güvenlik politikalarını bilimsel verilere göre belirlemesi ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Sosyal sigorta programlarının sigortacılık ilkeleri ve çağdaş standartlarla uyumu ve mali açıdan sürdürülebilirliği, sosyal sigorta kuruluşlarının idari ve mali etkinliklerinin arttırılması için gerekli rejimin oluşturulmasını zorunlu kılar. Nesnel ve sürekli kurallarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilir olması düşünülemez. Bu düzenin korunması Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunludur. (Anayasa Mahkemesi'nin 26.01.2011 gün ve 2008/109 E. 2011/25 K. Sayılı kararı)

Ülkemizde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu olmak üzere beş ana sosyal güvenlik yasası bulunmakta olup, bu mevzuatlarda düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, Sosyal Sigortalar Kurumu, kısaca Bağ-Kur olarak adlandırılan Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı tarafından yerine getirilmekte iken, öncelikle 20.05.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, örgütlenme yasası niteliğindeki 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kurularak, anılan üç kurum tek çatı altında bu kurumda birleştirilmiş, sonrasında mevzuat birliğini sağlamaya yönelik olarak, istisnaları dışında 01.10.2008 günü yürürlüğe giren 5510 Sayılı Kanun kabul edilmiştir. Tüm modern sosyal güvenlik sis-

temlerinde yer alan ve hak sahibi olarak nitelendirilen (tanımlanan) kişilerin geleceklerini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Söz konusu kanunlarda iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortası veya ölüm sigortası kollarından hak sahiplerine ölüm geliri, ölüm aylığı, dul ve yetim aylığı bağlanabilmesi için bazı koşullar öngörülmüş, bunlar arasında anne/baba üzerinden hayattaki kız çocuğuna veya eş üzerinden sağ kalan diğer eşe tahsis yapılabilmesi evli olmama şartına bağlanmıştır. 506 Sayılı Kanun'un 99. ve 1479 Sayılı Kanun'un 43. maddelerinde "hakkı doğuran olay tarihi" ibarelerine yer verilmiş, 5510 Sayılı Kanun'un 35. maddesinde "hak sahibi olma niteliğinin kazanıldığı tarih" 97. maddesinde "hakkın kazanıldığı tarih" ve "hakkın doğduğu tarih" sözcükleri kullanılmıştır. Kız çocuğuna anne/baba üzerinden ölüm geliri/aylığı veya yetim aylığı bağlanabilmesi için yalnızca ölümün gerçekleşmesi veya evli olunmaması yeterli bulunmayıp, tahsis için her iki olgunun bir arada varlığı gerekmektedir. Evli kız çocuğu kimi zaman boşanmayla, bazen de ölümle hak sahibi sıfatını kazanmakta, başka bir anlatımla, sigortalı anne-baba yaşamını yitirmesine karşın kız çocuğu evli ise hak sahibi olmamakta, evli olmayan kız çocukları ise sigortalı anne-baba hayatta olduğu sürece bu sıfatla anılmamakta ve her iki durumda da gelire-aylığa hak kazanılamamaktadır. Şu durumda, evli kız çocuğu bazen boşanmayla, kimi zaman da ölümle ve hangisi daha sonra ise o tarihte hak sahibi olmaktadır. Dolayısıyla hak sahibi olma niteliğinin kazanıldığı tarih (=Hakkın kazanıldığı tarih=Hakkın doğduğu tarih=Hakkı doğuran olay tarihi) değişkenlik arz etmektedir.

Anılan beş temel kanunda yer almayan inceleme konusu norm, ilk kez 5510 Sayılı Kanun'un "Gelir ve aylık bağlanmayacak haller" başlığını taşıyan 56. maddesinin ikinci(son) fıkrasında düzenlenerek 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fıkrada ''Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir.Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96. madde hükümlerine göre geri alınır.''düzenlemesine yer verilmiştir.Öncelikle belirtilmelidir ki, inceleme konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan 2009/86 Esas numaralı başvurunun, 28.04.2011 tarihinde verilen karar ile reddedildiği, dolayısıyla iptal edilmeyen fıkranın yürürlükte olduğu belirgindir. Kamuoyunda uzun yıllardır varlığı konuşulan, yaşamını yitirmiş sigortalı/iştirakçi annesi/babası üzerinden ölüm aylık veya gelirine/yetim aylığına hak kazanabilmek için evlilik bağına son verip boşandığı eşiyle birlikte yaşamayı sürdüren kız çocuklarının veya hayatta bulunmayan sigortalı/iştirakçi eski eşi üzerinden ölüm aylık veya geliri/dul aylığı tahsisi için mevcit evlilik birliğini sonlandırmasına karşın sonraki eşiyle beraberliğini devam ettiren kişilerin durumu etik değerler, ahlaki algı ve kurallar yönünden ele alınabilir, uzun bir sürece yayılmış bu türden birlikteliklerin toplum nezdinde oluşturduğu rahatsızlıklar varsa tarafların ortak çocuklarının ruhsal dünyasında meydana getirdiği olumsuz etkiler dile getirilebilir ise de, kuşku-

suz bu yönde yapılacak herhangi bir irdeleme, yargının görev, hak ve yetki alanı içerisinde bulunmadığı gibi yargısal metinlerde bu tür değerlendirmelere yer verilmesinin sakıncaları da ortadadır. İlgili hak sahibinin seçimini, her ne sebeple olursa olsun boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşama yönünde kullanılması, mutlak surette bireysel özgürlük çerçevesinde ele alınmalı, bununla beraber, Anayasa'nın 65. maddesinde de ifade edildiği üzere, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile saptanan görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri göz önünde bulundurarak mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirme görevi olan devletin sosyal güvenliğin yaşama geçirilip ülkede yaşayan diğer fertlere de bu hakkın dağıtılmasında sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarını düzenleme yetkisine sahip olduğu gözden uzak tutulmamalı, daha açık anlatımla, boşanılan eşle fiilen beraber yaşama durum ve olgusuna müdahale edemeyecek olan devletin, yöntemince kabul edeceği yasal düzenlemeyle bu tür ilişkiyi sürdürenleri sosyal sigorta yardımından yararlandırmama (yoksun bırakma) yetkisi olduğu benimsenmeli, özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal başvurusunun reddedilmesi karşısında yürürlükteki kanunları uygulamakla yükümlü olan yargı organlarınca görev sınırları içerisinde, sosyal güvenlik hukuku ve onun ilkeleri kapsamında madde hükmü ele alınmalıdır. Anlaşılacağı üzere, söz konusu madde yönünden kanun koyucu tarafından, hak sahibi konumundaki eş veya çocuğun boşandığı eşiyle eylemli olarak birlikte yaşaması yasaklanmamakta bu tür ve nitelikte yaşam sürdüren kişinin bir anlamda hak sahipliği sıfatının ortadan kalktığı kabul edilip, gelir ve/veya aylıktan yararlandırılmaması benimsenmektedir. Konuyla ilgisi bakımından aşağıya alınan kararın, Anayasa Mahkemesi'nin sosyal güvenliğe bakış açısını anlamamız açısından faydalı olduğu düşünülmektedir. 5434 Sayılı Kanun'un 71. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ve ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır." İbaresinin, Anayasa'nın 2.,5.ve 10.maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemini görüşen Mahkeme, 28.04.2011 gün ve 2009/93 Esas, 2011/73 Karar sayılı kararında "..Devletin sosyal olması, aktüeryal denge ile sosyal devlet ilkesi arasında uyum olmasını,sosyal güvenlikten kaynaklanan yüklerin gerektiğinde Devlet tarafından karşılanmasın zorunlu kılmaktadır."Ancak sosyal güvenlik sisteminin sağlıklı olarak çalışması için aktüeryal dengelerin korunması zorunludur. İtiraz konusu kuralda, Türkiyenin sosyal gerekleri de dikkate alınarak iştirakçinin dul eşine sosyal güvenlik hakkından yoksun kalmaması için yarı nispetinde aylık bağlanmıştır.Kamu yararı amacıyla kabul edilen bu düzenlemede iştirakçinin dul eşine ekonomik bir güvence sağlanarak sosyal devlet ilkesine de bağlı kalınmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ayrım

yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Yasa koyucunun aktüeryal dengeleri gözeterek takdir yetkisini kullanmak suretiyle kuralda tespit etmiş olduğu yaş farkı eşitlik karşılaştırılmasında esas alınamaz, görüşünü belirtip, söz konusu ibareyi Anayasa'ya aykırı bulmayarak iptal başvurusunu oyçokluğuyla reddetmiştir.

5510 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası, oldukça sade biçimde kaleme alınmış,madde başlığında "bağlanmayacak" sözcüğüne yer verildikten sonra fıkra metninde "bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir" ibareleri kullanılmış, böylelikle, daha önceki sosyal güvenlik kanunlarında yer almayan, boşanılan eşle fiilen (eylemli olarak) birlikte yaşama olgusu, gelir/aylık kesme nedeni olarak düzenlendiği gibi eylemli olarak birlikte yaşama, aynı zamanda gelir/aylık bağlama engeli olarak da benimsenmiştir. Burada eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun/durumunun tanımlanması, hukuki sınır ve çerçevesinin çizilip ortaya konulması önem arz etmektedir. Taraflar arasında hangi hukuki sebep ve maddi vakıaya dayanmış olursa olsun sona ermiş evlilik birliğinin hak ve yükümlülüklerinin sürdürüldüğü beraberlikler veya kesinleşmiş yargı kararına bağlı olarak gerçekleşmiş boşanmanın var olan/olası sonuçlarını ortadan kaldırıcı/giderici nitelikteki birliktelikler madde kapsamında değerlendirilmeli, ortak çocuk/çocuklar yönünden, boşanma kararına bağlanan veya bağlanmayan kişisel ilişkilerin yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak, eşlerin belirli aralıklarda ve günlerde zorunlu şekilde bir araya gelmeleri durumunda ise kanun koyucunun bu türden ilişkinin varlığının gelir/aylık bağlanmaması veya kesilmesi nedeni olarak öngörmediği kabul edilmeli, boşanılan eşle kurulan/yürütülen ilişkinin, eylemli olarak birlikte yaşama kavramı kapsamında yer alıp almadığı dikkatlice irdelenereksaptama yapılmalıdır. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce 3976/05 numaralı davada verilen 02.11.2010 tarihli karar konuya bir nebze olsun ışık tutabilecek niteliktedir. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın nedeni, Şerife Yiğit (başvuran) adlı Türk vatandaşının, 06.12.2004 tarihinde yaptığı başvurudur. Türk Medeni Kanunu'nun hükümleri kapsamında geçerli evlilik (resmi nikah) ilişkisi kurulmaksızın yıllardır birlikte yaşadığı kişinin yaşamını yitirmesi üzerine sosyal güvenlik kurumuna başvurarak ölen kişi üzerinden kendisine sosyal sigorta yardımı yapılmasını isteyen başvuranın bu talebinin Kurum ve mahkemelerce reddedilmesi üzerine gerçekleştirilen başvuruda Mahkeme; AİHM'in yerleşik içtihadına göre, ayrımcılık, tarafsız ve makul bir gerekçe olmaksızın nispeten benzer koşullardaki kişilere farklı davranmak anlamına gelir. Farklı

muamelenin, meşru bir amaç güdülmüyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ilgi yoksa tarafsız olarak değerlendirmesine dayanan veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ilgi yoksa tarafsız ve makul bir gerekçesi yoktur. 14. madde, farklı olgusal koşulların tarafsız olarak değerlendirmesine dayanan, kamu çıkarına dayalı olarak toplumun çıkarlarını koruyan ve Sözleşmenin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil denge sağlayan muamele farklılıklarının önüne geçmez. Yüksek Sözleşmeci Devletler, kanunda benzer durumdaki farklılıkların farklı bir muameleyi haklı gösterip göstermeyeceği veya ne dereceye kadar haklı göstereceğinin belirlenmesinde belirli bir takdir payını kullanmaktadırlar. Bu pay devletin, mali kaynaklarıyla yakından ilintili olan genel mali, ekonomik ve sosyal tedbirlerinin uygulanmasında daha geniştir. 8. madde, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının güvencesini vererek, ailenin varlığını gerektirir. Aile hayatının var olup olmadığı aslında, yakın kişiler bağların uygulamada da gerçekten var olmasına bağlı olan bir bilinmezdir... 8. madde meşru ailenin olduğu gibi, gayrimeşru ailenin, aile hayatı için de geçerlidir. ....Aile kavramı, yalnızca evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmayıp, tarafların evlilik dışı biçimde beraber yaşadığı aile bağlarını da kapsayabilir. ....Aile hayatı, örneğin çocukların eğitimi çerçevesinde yalnızca sosyal, ahlaki ya da kültürel ilişkileri kapsamaz; ...maddi türden menfaatleri de kasar..... Ek olarak, bir ilikinin aile hayatı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar verirken, çiftin beraber yaşaması,ilişkilerinin süresi ve çocukları olup olmadığı gibi birkaç etken önemlidir. ....Her iki bağlamda da, bireyin ve bütün olarak toplumun rekabet halindeki çıkarlarıyla arasındaki adil denge dikkate alınmalıdır, ayrıca her iki bağlamda da Devletin belirli bir takdir yetkisi olduğu kabul ediri..... Ayrıca, Devletin planladığı ve demokratik bir toplumda görüşlerin makul biçimde büyük ölçüde farklılışabildiği ekonomik, mali ve sosyal politikalar çerçevesinde, bu takdir yetkisi ister istemez daha geniştir....” Yönündeki görüş ve yaklaşımıyla Sözleşmeye Ek 1 Nolu Protokol`ün 1.maddesiyle birlikte alındığında AİHS'in 14. maddesinin ve ayrıca 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Anılan 56. maddede oldukça yalın olarak “eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen” ibareleri yer almakta olup, kanun koyucu tarafından örneği; sosyal güvenlik kanunları kapsamında ölüm aylığına hak kazanmak amacıyla eşinden boşanan, hak sahibi sıfatını haksız yere elde etme amacıyla eşinden boşanan gerçek boşanma iradesi söz konusu olmaksızın (muvazaalı olarak) işinden boşanan veya bunlara benzer ifadelere yer verilmemiş, sade olarak kaleme alınan metinle uygulama alanı genişletilmiştir. Maddede boşanma amacına / saikine yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden, gerek Kurumca, gerekse yargı organlarınca uygulama yapılırken, eşlerin boşanma iradelerinin gerçekliğinin / samimiliğinin araştırılıp yapılırken, eşlerin boşanma iradelerinin gerçekliğinin / samimiliğinin araş-

tırılıp ortaya konulması söz konusu olmamalı, boşanmanın muvazaalı olup olmadığına ilişkin herhangi bir araştırma/irdeleme ve boşanma yönündeki kesinleşmiş yargı kararının geçerliliğinin sorgulaması yapılmamalı, özellikle, kesinleşmiş yargı organının verdiği karara dayanan (boşanma) hukuki durum ve sonucunun eşlerin gerçek iradelerine dayanıp dayanmadığının araştırılmasının bir başka organın yetki ve görevi içerisinde yer almadığı, kaldı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda "anlaşmalı boşanma" adı altında hukuki bir düzenlemenin de bulunduğu dikkate alınmalıdır. Şu durumda sonuç olarak vurgulanmalıdır ki, boşanma tarihi itibariyle gerçek/samimi boşanma iradelerine sahip olan (evlilik birliği temelinden sarsılan) veya olmayan tüm eşlerin, maddenin yürürlük tarihinden itibaren her ne sebeple olursa olsun eylemli olarak birlikte yaşadıklarının saptanması durumunda gelirin/aylığın kesilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Maddede belirlenen sözcüğü dikkati çekmekte olup, belirlenen nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği belirleme yapılırken hangi yöntemin izleneceği, yrgı makamları önünde ispat hak ve yükünün kime ait olduğu, boşanılan eşle eylemli birlikte yaşama/yaşamama olgusunun nasıl kanıtlanması gerektiği önem taşımaktadır. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlığını taşıyan 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş, 5510 Sayılı Kanun'un "Kurum'un denetleme ve kontrol yetkisi" başlıklı 59. maddesinde bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetiminin, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında belirledikleri kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin, yemin dışında her türlü kanıta dayandırabileceği bunlar tarafından düzenlenen tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu, Kurum'un denetim ve kontrol yetkisine de sahip oldukları, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleyeceği "Bilgi ve belge isteme hakkı, bilgi ve belgelerin Kurum'a verilme usulü başlığını taşıyan 100. maddesinde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşların, döner sermayeli kuruluşlar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin doğrudan, münferit olarak bilgi ve belge istenmesi hariç olmak üzere kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşların ise Kurallarına karşı ağır sonuçlar doğuracak durumlar ile özel hayat ve aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa Kurum tarafından kişilerin sosyal güvenliğinin sağlanması 6183 sayılı Kanuna göre Kurum alacaklarının takip ve tahsili ile bu Kanun kapsamında sürekli ve /veya belli aralıklarla vermeye, bilgilerin elektronik ortamda görüntülenmesini sağlamaya, görüntülenen bu bilgilerin güvenliğini sağlamaya,korumak zorunda oldukları her türlü belge ile vermekle zorunda oldukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu

kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifreleri incelemek için sunmak zorunda oldukları bu madde kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşların Kurumun belirleyeceği süre içerisinde söz konusu isteme cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlü oldukları, elektronik ortamda hazırlanacak bilgi ve belgelerin adli ve idari makamlar nezdinde resmi belge olara geçerli olduğu açıklanmıştır.

Ayrıca, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinde, bu Yasaya göre seçmen olan vatandaşları tek olarak tanımlayan ve seçmenin oturduğu yeri belirleyen bilgileri kapsayan bilgisayar ortamına "Seçmen Kütüğü" denildiği, seçmenin devamlı oturduğu konutun bulunduğu ilçe, muhtarlık, sokak isimleri ile binanın kapı ve varsa daire numarasının "Seçmenin Adresi" olduğu, 45. maddesinde, seçmen kütüğünde yazılı seçmenlere ait bilgilerin her yıl seçmenlerin oturdukları il ve ilçeye göre ayrılmış listeler halinde, il ve ilçe seçim kurulu başkanlıklarına gönderileceği bildirilmiştir. Türk vatandaşları ile Türkiye de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve usul hükümlerini kapsayan 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 3. maddesinde bu Kanunda geçen "adres" in herhangi bir toprak parçası veya binanın coğrafi konumu ve işlevi açısından tanımlanmasını, "Adres Paylaşımı Sisteminin" ulusal adres veri tabanında tutulan bilgilerin kurumlar ile diğer kişilerce paylaşılması işlemi, "diğer adresi"nin sürekli kalma niyetiyle oturulan yeri ifade ettiği belirtilmiş, özellikle, 45 ila 53. maddelerinde konu açısından yararlanılabilecek hükümlere yer verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde de çalıştırılan işçilerin, ücret, prim ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına yatırılmak suretiyle ödeneceği yönünde düzenleme yapılmıştır.

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "İspat yükü" başlıklı 6. maddesinde kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlü olduğu, 19. maddesinde yerleşim yerinin bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olduğu bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yerinin olamayacağı, 20. maddesinde, bir yerleşim yerinin değiştirilmesinin, yenisinin edinilmesine bağlı olduğu, önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yerin yerleşim yeri sayılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesinde, yerleşim yerinin 4721 Sayılı Kanun'un hükümlerine göre belirleneceği belirtildikten sonra 24,33.maddelerinde yargılamaya hakim olan ilkeler açıklanmış olup, Anayasa'nın 36. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ön önemli unsuru niteliğindeki hukuki dinlenilme hakkının düzenlendiği 27.

maddede, davanın taraflarının kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları, bu hakkın açıklama ve ispat hakkını mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerdiği bildirilmiştir. Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü içeren 29. maddede 4721 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı yinelenerek, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda oldukları, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlü olduklarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.Hakimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 31. maddede hakimin uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda maddi veya hukuki açıdan belirsiz yada çelişkili gördüğü konular hakkında taraflara açıklama yaptırabileceği soru sorabileceği, kanıt gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca ispatın, taraflar bakımından yalnızca bir yük olmasının ötesinde aynı zamanda yasal bir hak olarak düzenlendiği 189. maddede, tarafların kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahip oldukları, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı, 4721 Sayılı Kanun'un 6. maddesine koşut niteliğindeki 190. maddede, ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya ilişkin ispat yükü altında olduğu kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı tarafın yasal karinenin aksini ispat edebileceği, 191. maddede diğer tarafın, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabileceği, karşı ispat faaliyeti için kanıt sunan tarafın, ispat yükünü üzerine almış sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Önemle vurgulanmalıdır ki, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde, hukuk mahkemesi hakimin kusur belirlemesi yaparken ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ve ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile bağlı olmadığı, ceza mahkemesi kararının kusurun takdiri ve zararın miktarının belirlenmesi konusunda dahi hukuk hakimini bağlamayacağı yönünde düzenleme yapılmış olup, anılan maddede hukuk hakiminin ceza kararında kesinleşen maddi olgularla bağlı olduğuna ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamasına karşın, öğreti tarafından ve uygulayıcı konumundaki yargı makamlarınca “maddi olgularla bağlılık” ilkesi benimsenmiştir. Bunun temelinde hiç kuşkusuz mahkemelere güven duygusu bulunmaktadır. Bu bakımdan ceza mahkemesince görülüp kesinleşen dava dosyasındaki boşanan eşlerin eylemli birlikteliklerine ilişkin saptamalar da anılan ilke gereğince değerlendirmeye alınmalıdır.

Gelirin/aylığın kesilme tarihi ve Kurumun geri alım (istirdat) hakkının kapsamına ilişkin olarak, eylemli birlikte yaşama olgusunun gerçekleşme / başlama tarihi esas alınarak bu tarih itibarıyla gelir/aylık kesme veya iptal işlemi tesis edilip ilgiliye anılan tarihten itibaren yapılan ödemeler yasal dayanaktan yoksun/yersiz kabul edilmeli ancak söz konusu madde 01.10.2008 günü yü-

rürlüğe girdiğinden, eylemli birliktelik daha önce başlamış olsa dahi maddenin yürürlüğe girdiğinden eylemli birliktelik daha önce başlamış olsa dahi maddenin yürürlük günü öncesine gidilmemeli, başka bir anlatımla 01.10.2008 tarihi öncesine ilişkin borç tahakkuku söz konusu olmamalı, böylelikle açıklığa kavuşturulacak yersiz ödeme dönemine ilişkin olarak 5510 Sayılı Kanun'un 96. maddesine göre uygulama yapılmalıdır. İnceleme konusu 56. maddede eşinden boşandığı halde boşandığı eşiyle" ibareleri yer aldığından birden fazla evlilik ve doğal olarak birden fazla boşanmanın gerçekleşmiş olması durumunda boşanılan herhangi bir eşle eylemli olarak birlikte yaşama durumunda madde hükmünün uygulanacağı gözetilmelidir.

Kanun kapsamında öldürdüğü eşi üzerinden ölüm aylığı bağlanıp bağlanamayacağı bir başka anlatımla eşin, miras bırakan sigortalı kocasını kasten öldürdüğü için mirastan yoksun bırakılmasının 506 Sayılı Kanun'da düzenlenen sosyal sigortalar hakları kapsamında ölüm sigortasından eş olarak hak sahipliği sıfatını kazanmasında önleyici nitelik taşıyıp taşımadığı konusunun irdelendiği 15.06.2005 gün ve 2005/10-364 Esas, 2005/390 Karar sayılı kararında, Türk Medeni Kanunu'nun 578. maddesinde sayılan mirastan yoksunluk nedenleri ve bu düzenlemeye koşut bulunan 5434 Sayılı Kanun'un 77. maddesinin sosyal güvenlik hukuku alanında da evrensel hukuk ilkeleri arasında yer alan "hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ilkesinin gözetilmesini zorunlu kıldığı, sigortalının kasten öldürülmesi durumunda, 506 Sayılı Kanun'un 67. maddesinde öncelikle aranan "ölüm aylığına hak kazanma" olgusunun gerçekleşmediği sonucunu ortaya koyduğu aksine düşüncenin yasa koyucunun tem kavramlar yönünden sosyal güvenlik kurumları arasında farklılık yaratmak istediği sonucunu oraya koyacağı ve bu durumda buna ilişkin düzenlemeye yasa metninde açıkça yer verilmiş olması gerektiği belirtilmiş, sonuç olarak, sigortalı eşini kasten öldüren kadının öldürdüğü kocası üzerinden ölüm aylığına hak kazanamayacağı görüş ve yaklaşımı benimsenerek ilk derece mahkemesinin direnme kararı oyçokluğuyla onanmıştır. Bu bakımdan 56.madde açısından 01.10.2008 tarihinden önce hakkın kazanıldığı durumlarda söz konusu yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne şekilde/amaçla/saikle boşanmış olursa olsun veya olmasın eylemli birlikteliklerini 5510 Sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenleme sonrasında da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren anılan tür ve nitelikte bir beraberliğe başladıklarının kanıtlanması durumunda başka bir anlatımla eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun saptandığı durumlarda anılan 2. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımının varlığı kabul edilerek ilgililere gelir/aylık tahsisi yapılmaması bağlanan gelirin/aylığın sona erdiği tarihten itibaren, diğer koşullarında varlığı durumunda gelir/aylık bağlanabileceği kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasına dayalı açılan bu tür davalarda eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun tüm açıklığıyla ve özellikle taraflar ara-

sındaki uyuşmazlık konusu dönem yönünden ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu aşamada, ayrıntıları yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın 20. maddesi ile 5510 Sayılı Kanun, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun 4857 sayılı İş Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'u, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle yöntemince araştırma yapılmalı, tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplanmalı, bildirilen ve dinlenilmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı, davacı ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak muhtarlıktan ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğünden adres hareketleri tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirtilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, boşanan eşler 4857 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta iseler adlarına ödeme yapılabilecek özel olarak açılan banka hesabı bulunup bulunmadığı belirlenmeli, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden kapsamlı Emniyet Müdürlüğü/Jandarma Komutanlığı araştırması yapılmalı, anılan mahalle/köy muhtar ve azalarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylelikle "boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşam" olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 03.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATLIK ÜCRETİ • BİRDEN FAZLA DAVACI*

ÖZET: Anılan yasal düzenlemeler ışığı altında yapılan değerlendirmede aynı işyerinde gerçekleşen çalışmalar için 163 adet sigortalı yönünden, aynı istemi içeren, aynı davalı işveren ve Kurum'a karşı bir anlamda toplu (seri) dava açılmış olması, davacıların aynı avukat tarafından temsil edilmiş bulunmaları, davaların türü, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği, yargılamaların süresi, davaların görülmesi sırasında avukatın harcadığı emek ve çaba göz önünde bulundurulduğunda, yargılamada vekil ile temsil olgusu gerekçesiyle her bir dava yönünden 1.100.00 ₺ maktu avukatlık ücreti belirlenerek, davalıların adalet ve hakkaniyet ilke ve ölçüleri içerisinde yer almayacak suret ve şekilde avukatlık ücreti ile sorumluluklarının benimsenmesi özellikle 4721 Sayılı Kanun'un 2 ve 3 ile 6100 Sayılı Kanun'un 29. maddeleri olmak üzere yukarıda sıralanan düzenlemelere aykırılık oluşturduğu gibi, seri denebilecek bu tür davalarda harcanan emek ve çabanın oldukça üstünde avukatlık ücretine hükmedilecek davalılara ölçüsüz bir yükümlülük getirilmesinin hukuk düzenince korunmayacağı da belirgindir.

Y.10.HD E:2012/1795 K:2012/10684 T:07.06.2012

Dava, her kampanya dönemi için beş günlük kampanya tatil ücreti ödendiğinden fiilen çalışılmayan söz konusu sürelerde de sigortalı sayılması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından ayrı ayrı temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davalı işverene ait işyerinde çalışan davacı ile birlikte toplam 163 sigortalı yönünden aynı avukat tarafından davalar açıldığı anlaşılmakta olup, Mahkemece, hizmet süreleri tespit edilerek her bir dava yönünden ayrı vekalet ücretinin davalı işverenden tahsilline hükmedildiği belirgindir.

Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında, davaların en az giderle ve olanaklı olan çabuklukla sonuçlandırılmasının, yargının görevi olduğu belir-

* Gönderen: Av. Mehmet Bayraktar

tilmiş, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlığın Amacı" başlığını taşıyan 2. maddesinde avukatlığın amacının, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğu, "Avukatlık Ücreti" başlıklı 164.maddesinde avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan tutarı veya değeri ifade ettiği bildirilmiş, karar tarihinde yürürlükte olan ve 03.12.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasında da yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin belirlenmesinde, avukatın emeği ve çabasının işin önemi ve niteliğinin ve davanın süresinin göz önünde tutulacağı açıklanmıştır.

Diğer taraftan, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesinde davanın önemine göre yasal olarak belirlenecek avukatlık ücretine, yargılama giderleri arasında yer verildiği gibi 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girerek 1086 Sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü" başlığını taşıyan 29. maddesinin birinci fıkrasında, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda oldukları, "Usul ekonomisi ilkesi" başlıklı 30.maddesinde, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücretinin yargılama giderlerinden olduğu, 332. maddesinde, yargılama giderlerine, mahkemece kendiliğinden hükmedileceği yönünde düzenleme yapılmış, 29.05.1957 gün ve 4/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da avukatlık ücretinin, diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi mahkemece kendiliğinden hükme bağlanacağı belirtilmiştir.

Ayrıca, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi "Dürüst davranma" başlığını taşımakta olup, dürüstlük (=objektif iyi niyet) kuralının yer aldığı maddede herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı açıklandıktan sonra "iyi niyet" başlıklı 3. maddesinde ise, kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağlandığı durumlarda, asıl olanın iyi niyetin varlığı olduğu, ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı bildirilmiştir.

Anılan yasal düzenlemeler ışığı altında yapılan değerlendirmede aynı işyerinde gerçekleşen çalışmalar için 163 adet sigortalı yönünden, aynı istemi içeren, aynı davalı işveren ve Kuruma karşı bir anlamda toplu (seri) dava açılmış olması, davacıların aynı avukat tarafından temsil edilmiş bulunmaları, davaların türü, taraflar arasındaki uyuşmalığın niteliği, yargılamaların süresi, davaların görülmesi sırasında avukatın harcadığı emek ve çaba göz önünde bulundurulduğunda, yargılamada vekil ile temsil olgusu gerekçesiyle her bir dava

yönünden 1.100.00 ₺ maktu avukatlık ücreti belirlenerek, davalıların adalet ve hakkaniyet ilke ve ölçüleri içerisinde yer almayacak suret ve şekilde avukatlık ücreti ile sorumluluklarının benimsenmesi özellikle 4721 Sayılı Kanun'un 2 ve 3 ile 6100 Sayılı Kanun'un 29. maddeleri olmak üzere yukarıda sıralanan düzenlemelere aykırılık oluşturduğu gibi, seri denebilecek bu tür davalarda harcanan emek ve çabanın oldukça üstünde avukatlık ücretine hükmedilecek davalılara ölçüsüz bir yükümlülük getirilmesinin hukuk düzenince korunmayacağı da belirgindir.

Bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın, Mahkemece, eksik inceleme sonucu, her bir dava yönünden dilekçe yazım ücreti yerine avukatlık ücretinin hüküm altına alınması isabetsiz olduğu gibi, davacı yararına belirlenen avukatlık ücretinin hüküm altına alınması isabetsiz olduğu gibi, davacı yararına belirlenen avukatlık ücretinden davalı işverenle birlikte davalı Kurumun da teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğu göz ardı edilerek, Mahkemece, yanılgılı değerlendirme sonucu anılan ücretin yalnızca işverene yüklenmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir.

Ne var ki, bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen geçici 3. madde atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ

Hüküm fıkrasının dördüncü ve beşinci bentleri silinerek, yerine, "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi Hükümlerin göre belirlenen 200.00 ₺ dilekçe yazım ücretinin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine" cümlesinin yazılmasına, ve hükmün bu şekilde **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz harcının davalılardan alınmasına, 07.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

DAVADAN ÖNCE GERÇEKLEŞEN ÖLÜM

•

DAVADAN SONRAKİ ÖLÜM • DAVA AÇILMASI*

ÖZET: Davadan önce ölmüş kişi adına dava açılamaz. Kişinin ölümü davadan sonra olmuşsa, mirasçılardan alınacak vekaletname ve mirasçıların onayı ile mevcut davaya devam edilebilecektir.

Y.11.HD E:2010/6541 K:2011/17197 T:16.12.2011

Davacılar vekili, müvekkillerinin, Almanya Ulm Ayelet Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin 23 Kasım 2007 tarih ve 2 O 30/06 Sayılı Karar'ın tenfiz şartlarının oluştuğunu ileri sürerek söz konusu yabancı mahkeme kararının tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, Almanya Mahkemesi'nin tenfizi istenilen kararının, henüz kesinleşmediğini ve davanın görüldüğü Almanya Mahkemesi'nde müvekkilinin davadan haberdar edilmediğini savunarak açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, Almanya Ulm Ayelet Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin 23 Kasım 2007 tarih ve 2 O 30/06 Sayılı Kararı'nın 28.04.2008 tarihinde kesinleştiği, davalının kararın verildiği Almanya Mahkemesi'nde vekili vasıtasıyla temsil edilmiş olduğu, Almanya ile Türkiye arasında kararların tenfizi konusunda karşılıklı uygulamaların bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekili kararı temyiz etmiştir.

1- Dava tenfiz istemine ilişkin olup, davalı davada tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararının usulünce kesinleştirilmediğini ve davada savunma hakkı verilmediğini savunduğuna göre, mahkemece davalının bu savunması üzerinde durulup yabancı mahkemede davalı tarafa usulüne uygun tebligat yapılıp yapılmadığı, kararın usulünce kesinleştirilip kesinleştirilmediği incelenip neticesine göre karar verilmesi gerekirken bu savunma üzerinde durulmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

2- Öte yandan, dosyada davacılar vekilinin davacılardan İ.G'den aldığı bir vekaletnameye rastlanılmamış ayrıca davacılar vekilide Ü.G'den alınmış bir vekaleti olmadığını ve Ü.G'nin öldüğünü belirtmiştir.

---

* Gönderen: Doç.Dr. Mustafa Serdar Özbek

Bu durumda, mahkemece davacı Ü.G'nin hangi tarihte öldüğü, davadan önce ölmüşse ölü kişi adına dava açılamayacağı, davadan sonra ölmüşse 6100 sayılı HMK'nın 77.(1086 sayılı HUMK'un 67) maddesi hükümleri nazara alınarak davacı vekilinin vekaleti olmadan bu davacı adına dava açamayacağı ancak mirasçılardan vekaletname sunabileceği veya mirasçıların davaya icazet verip davayı takip edebilecekleri gözetilip buna göre hüküm verilmesi için kararın bu nedenle de bozulmasına karar vermek gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 ve 2 no'lu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 16.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

BONODA ZAMANAŞIMI • CEZA DAVASI

ÖZET: Bonoda zamanaşımı süresi üç yıl olup, açığa atılan imzanın kötüye kullanılması ve tehdit sebebiyle Asliye Ceza Mahkemesinde açılan dava zamanaşımını kesmez.
Y.12.HD E:2011/27366 K:2012/11262 T:05.04.2012

Borçlu hakkında bonoya dayalı olarak başlatılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, adı geçene ödeme emrinin 30.05.2007 tarihinde tebliğ edildiği ve takibin kesinleştiği ancak 13.12.2007 tarihinden itibaren 30.03.2011 tarihine kadar zamanaşımını kesen herhangi bir işlem yapılmadığından bonolara ilişkin TTK'nın 690. maddesi yollamasıyla 661. maddesindeki 3 yıllık zamanaşımı süresinin gerçekleştiği görülmektedir. Aynı yasanın 662. maddesinde yazılı zamanaşımını kesen sebepler oluşmadığı gibi, açığa imzanın kötüye kullanılması ve tehdit suçlarından dolayı asliye ceza mahkemesinde açılan ceza davasının TTK'nın 662. maddesinde belirtilen zamanaşımını kesen davalardan olmadığı gözetilerek mahkemece şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** 05.04.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HACZE KABİL MAL • HASTANE RUHSATI*

ÖZET: Mahkemece şikayetin mahiyeti dikkate alınarak öncelikle duruşma açılıp taraf teşkili sağlandıktan sonra tarafların iddia ve delilleri toplanmalı, özellikle de Sağlık Bakanlığı'na yazı yazılarak, hastane işletme ruhsatının hukuki niteliği, hastane binasından ayrı olarak tek başına ekonomik değere sahip olup olmadığı, yine tek olarak ve hastaneden ayrı devrinin mümkün bulunup bulunmadığı sorulmalı ve ayrıca özel hastane mevzuatı tartışılmalıdır.

Y.12.HD E:2012/3805 K:2012/19556 T:06.06.2012

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklının talebi üzerine, icra müdürlüğünce 03.06.2010 tarihinde borçlu şirkete ait hastane ruhsatının haczine karar verildiği borçlunun ise haczin kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurduğu anlaşılmıştır.

İİK'in 85. maddesi uyarınca, borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmazlarından ve alacak ve haklarından borcu karşılayacak kadarı haczolunur. Kural olarak borçlunun her türlü mal ve hakkı haczedilebilir. Hangi malların kısmen veya tamamen haczedilemeyeceği, İcra ve İflas Kanununda tahdidi olarak sayılmış olup, bu sayılanların dışında olup da herhangi bir özel kanunla haczedilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmayan borçluya ait bütün mal ve hakların haczi kabildir.

Ancak İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlememekle birlikte maddi hukuk kurallarına göre bir kısım mal ve hakların da haczi mümkün değildir. Bu durumda, maddi hukuka göre başkasına devri yasak olan mal ve haklarda haczedilemez. Yine bir mal veya hakkın haczedilebilmesi için tek başına ekonomik bir değer ifade etmesi ve bu değerin hukuksal dayanağının bulunması zorunludur. (Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.2006 tarih, 2006/12-765 E. 2006/765 K. Sayılı kararı)

27.03.2002 tarih ve 24708 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin ruhsatlandırma başlıklı 15. maddesinde, özel hastanelerin ruhsatlandırma işlemleri düzenlenmiş olup, özel hastaneye ruhsat verilmesinden sonra konsültan hizmet verilecek dallarda çalışarak tabipler dışındaki diğer personelini tamamladığı tespit edilen özel hastanelere

* Gönderen: Av. Mehmet TUNA

Bakanlıkça Faaliyet İzin Belgesi verilmesi ile özel hastanenin hasta kabul ve tedavisine başlayacağı düzenlenmiştir.

Özel hastanenin devri ise aynı yönetmeliğin 69. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre özel hastanelerin ancak bu yönetmelik kapsamındaki kişilere devri mümkün olup, devir işlemi, taraflar arasında yapılan hastane işletmesinin devrine ilişkin sözleşme ile mümkündür. Devir tarihinden itibaren en geç bir ay içerisinde başvurulması zorunludur. Devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi tanzim edilinceye kadar hastanenin faaliyeti devreden sorumluluğunda devam eder. Şayet devredenin sorumluluğunda faaliyet gösterilmesi istenmiyor ise, devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi tanzim edilinceye kadar hastanenin faaliyetine ara verilir.

Bu durumda, mahkemece şikayetin mahiyeti dikkate alınarak öncelikle duruşma açılıp,taraf teşkili sağlandıktan sonra tarafların iddia ve delilleri toplanmalı, özellikle de Sağlık Bakanlığı'na yazı yazılarak, hastane işletme ruhsatının hukuki niteliği, hastane binasından ayrı devrinin mümkün bulunup bulunmadığı sorulmalı ve ayrıca özel hastane mevzuatı tartışılmalıdır. Bu araştırma ve yukarıda yapılan açıklamalar ve yönetmelik hükümleri doğrultusunda yapılacak değerlendirme sonucunda, hastane işletme ruhsatının, bir ticari işletme olan özel hastaneden ayrı ve müstakil bir ekonomik değere sahip olduğu ve tek başına devrinin mümkün bulunduğu sonucuna varılırsa haczedilebileceği, aksi halde haczinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 36 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 06.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İHALENİN FESHİ • PARA CEZASI • TOPLU KONUT İDARESİ*

ÖZET: İhalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde Mahkeme davacıyı feshi istenen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder.

Konut finansmanından doğan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş olan alacakların takibinde söz konusu para cezasının oranı yüzde yirmi olmalıdır.

Y.12.HD E:2012/7609 K:2012/22731 T:27.06.2012

İİK'in 134/2.maddesi uyarınca ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde mahkeme davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, ikinci fıkrada yer alan oran yüzde yirmi olarak uygulanacağı düzenlemesi yer almaktadır. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece resen uygulanmalıdır. Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2004 tarih ve 2004/1-433 esas sayılı kararında da benimsendiği üzere kamu düzenine aykırılıkta aleyhe bozma ilkesi nazara alınamayacağından, takibe konu alacağın konut finansmanından kaynaklandığı da dikkate alınarak, mahkemece ihalenin feshi istemi reddedilen davacı aleyhine %20 para cezasına hükmedilmesi gerekirken, para cezasının %10 olarak tayini yasaya aykırı bulunmuştur.

SONUÇ

Mahkeme kararının yukarıda (2)maddede yazılı nedenlerle para cezasına hasren İİK'in 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Zuhal Ayhan ALDEMİR Üsküdar 2. İcra Mahkemesi Yargıcı

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

BELEDİYE İLE YAPILAN KİRA SÖZLEŞMESİ

•

DAVADA GÖREV*

ÖZET: Davacı davalı belediye ile kira sözleşmesi yaptığını belediyenin sözleşmeye aykırı davrandığını açıklayarak tazminat talep etmiştir. Buradaki uyuşmazlık özel hukuk ilişkisinden doğduğundan davaya Adli Yargıda bakılmalıdır.

Y.13.HD E:2008/7100 K:2008/14441 T:02.12.2008

Davacı, Kazanlı Sahil Bölgesinde tapunun 16 pafta (..) parsel (ifrazla değişik (..) parsel) üzerinde bulunan motel-gazino-lokanta tesislerini 1998 yılında 40 yıllığına kiraladığını, sözleşme gereği binaların üzerinde tadilat yapıldığını, tesise ihracat belgesi, 1999 yılında Turizm İşletme Belgesi alındığını, yapılan tüm işlemlerin ruhsatlı ve ilgili makamlardan izinli olduğunu, ancak İçel Valiliği'nin kıyı yasasına aykırı tüm yapıların yıkılması kararına dayanarak davalılardan Kazanlı Belediyesi encümeninin aldığı kararla tesislerin 15.11.2001 tarihinde yıkıldığı, yıkımın yasal olmadığını, yıkım sonucunda davacıya ödenmesi gereken tazminatın ödenmediğini fazlaya ait hakları saklı kalmak şartıyla tazminatın tespiti ile tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ve İç işleri Bakanlığı, davada asıl muhatabın Kazanlı Belediyesi olduğunu, bu nedenle davanın husumet nedeniyle reddini savunmuştur.

Davalı Kazanlı Belediyesi vekili cevap dilekçesi ile 3621 sayılı Kıyı Kanunu Hükümleri'ne göre kıyı kenar çizgisi içerisinde Kıyı Kanununa aykırı olan tesislerin yıkımının 21.07.2000 tarih ve 3265 sayı, 23.01.2001 tarih ve 1259 sayılı Valilik kararıyla Belediye'den istenildiğini, Kıyı Kanunu'nda bu kanuna göre işlem yapmayan veya geciktiren kamu görevlileri hakkında kanuni takibat yapılacağının belirtildiğini bu nedenle kanun hükümlerinin uygulandığını herhangi bir sorumluluğun söz konusu olamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, Davalılara karşı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerektiğinden yargı

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

yolu bakımından mahkememizin **GÖREVSİZLİĞİNE**, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş hüküm, davacı ile davalılar Bayındırlık ve İskan Bakanlığ ve İçişleri Bakanlığı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delilerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalılar davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, davalı belediye ile aralarında kira sözleşmesi bulunduğunu, davalı Belediyenin sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek tazminat talebinde bulunduğuna göre taraflar arasındaki uyuşmazlık özel hukuk ilişkisinden doğmaktadır. Bu durumda, davanın çözüm yeri adli yargıdır. Mahkemece işin esasına girilerek taraf delilleri toplandıktan sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, olayı yanlış nitelendirerek yazılı şekilde davanın görev yönünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda bir nolu bentte açıklanan nedenlerle davalılar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ve İç İşleri Bakanlığı tüm, davacının sair temyiz itirazlarının reddine, iki nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davacının yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 02.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİF HİSSESİNİN DEVRİ • ADİ YAZILI SÖZLEŞME*

ÖZET: Kooperatif hissesinin devri resmi şekle tabi değildir. Adi yazılı sözleşmeyle de kooperatif hissesinin devri mümkündür.

Y.13.HD. E.2009/5856 K.2009/11524 T.13.10.2009

Davacı, D.İ. Yapı Kooperatifi 10. kat 20 no'lu bağımsız bölümünü, Mersin 7. Noterliği'nin 28.10.2004 tarih ve 13502 yevmiye nolu satış senedi ve ayrıca 28.10.2004 tarihli adi yazılı kooperatif üyelik hakkı devir sözleşmesi ile davalıya devrettiğini, sözleşmeye göre davalının edimlerini yerine getirmediğinden taraflar arasında düzenlenen Mersin 7. Noterliği'nin 28.10.2004 ve 13502 yevmiye nolu sözleşmesinin iptaline, adi yazılı sözleşme gereğince 5.000.00 ₺ cezai şartın, 2.000.00 ₺ kira bedeli olmak üzere 7.000.00 ₺ alacağından dava-

* Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

lının ödediği 5.000.00 ₺'nin mahsubu ile bakiye 2.000.00 ₺'nin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, dava konusu yapılan taşınmazın boş olarak davacıya teslimine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen Mersin 7. Noterliği'nin 28.10.2004 tarih ve (..) yevmiye nolu kooperatif üyelik hakkı devir sözleşmesine değer verilerek davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dışı D.İ. Yapı Kooperatifi hissesini davalıya devrettiğini, bunun için aynı tarihli bir adi yazılı harici sözleşme bir de noterde düzenleme şeklinde sözleşme imzaladıklarını, noterde düzenlenen sözleşmede bedelin 1.000.000.000 ₺ gösterildiğini, buna karşılık haricen adi yazılı yapılan sözleşmede satış bedeli 10.000.000.00 ₺ olup 2 taksitte ödeneceği kararlaştırılmıştır. Davacı, davalının haricen 25.01.2007 tarihinde yapmış olduğu 5.000₺ Ödemeyi mahsup etmekle 2.000 ₺ Kira bedeli ve sözleşmenin iptalini talep etmiştir. Her iki sözleşme konusu aynı olup hayatın olağan akışı içinde harç ve vergiden kaçınmak amacıyla noterde değerin düşük gösterildiği bir vakıadır. Kooperatifler Yasası'nın 2. maddesi mahkeme kabulünün aksine hisse devrini resmi şekle tabi tutmamıştır. Taraflar arasında imzalanan aynı tarihli harici adi yazılı sözleşme de geçerlidir. Hal böyle olunca, harici sözleşmeye de değer verilerek taraf delilleri toplanıp sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı tarafından temyiz olunan kararın **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 13.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ ÇEK • ÇEK NEDENİYLE AKDİ İLİŞKİ

ÖZET: Davaya konu çekte davacı ciro yoluyla hamil, davalı ise cirantadır. Çekler zamanında bankaya ibraz edilemediğinden gerçekten davacının keşideciye başvuru hakkı düşmüş bulunmaktadır.Bu durum karşısında davacı çek hamilinin sadece TTK'nın 730/14 bendi yollamasıyla çeklerde de uygulanması gereken ve aynı yasanın 644. maddesinde düzenlenmiş bulunan sebepsiz iktisaba dayalı olarak çekin zamanaşımı süresinin dolmasından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde yalnızca keşideciye karşı ayrı bir talep ve dava hakkı bulunmaktadır.

Y13.HD E:2010/18346 K:2011/9184 T:13.06.2011

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, GATA askeri hastanesinin temizlik ihalesini kazandığını, daha sonra aynı yerin ihalesinin davalıya verildiğini, kendisinin kullandığı malzemeleri, bedeli kendisine 10.06.1998 vadeli, 14.500 DM bedelli, çek verdiğini, bakiye bedel 6.500 ₺ için aralarında sözleşme yapıldığını, davalının çek bedelini ve bakiye bedeli ödememek için aleyhinde suçlamalarda bulunduğunu, ağır cezada yargılandığını ve beraat ettiğini, zaman geçtiği için ve çek adli emanete alındığı için tahsil edilemediği gibi kambiyo senedi özelliğini de kaybettiğini belirterek, çek bedeli olan 14.500 DM ve haksız yargılanmasına neden olunduğu için de 3.000 ₺ manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, Alacak davasının kabulüne, 14.500 DM`ın Euroya çevrilerek dava tarihinden itibaren devlet bankalarının Euro ile açılmış 1 yıl vadeli hesabına uyguladığı, en yüksek faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, Manevi tazminat davasının kısmen kabulü ile 1.000 ₺ tazminatın davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Davacı eleki dava ile, davalının kendisine verdiği 10.06.1998 vadeli, 14.500 DM bedelli, zamanaşımına uğramış çek nedeni ile çek bedeli ile manevi tazminat talebinde bulunmuş olup, davalı ise çekin zamanaşımına uğradığını,

davacı ile aralarında akti bir ilişki bulunmadığını, çekin zorla elinden alındığını belirterek davanın reddini dilemiştir.

Davaya konu çek fotokopisinin incelenmesinde; 10.06.1998 vadeli, 14.500 DM bedelli, hamiline keşide edilmiş, keşidecisi dava dışı E. Ltd. Şti.olan çekin, Davalı İ.K. tarafından dava dışı K. Ltd. Şti.ne ciro edilmiş olduğu, çekin bankaya ibraz edilmediği gibi, Çek aslının 16.05.1998 tarihinde Şişli Adli Emanetine alındığı ve fakat daha sonra İstanbul 1. Ağur Ceza Mahkemesi'ne ait 1998/316 Esas sayılı dava dosyası içinde iken kaybolduğu anlaşılmaktadır.

Davaya konu çekte davacı ciro yoluyla hamil, davalı ise cirantadır. Çekler zamanında bankaya ibraz edilemediğinden gerçekten davacının keşideciye başvuru hakkı düşmüş bulunmaktadır. Bu durum karşısında davacı çek hamilinin sadece TTK'nın 730/14 bendi yollamasıyla çeklerde de uygulanması gereken ve aynı yasanın 644. maddesinde düzenlenmiş bulunan sebepsiz iktisaba dayalı olarak çekin zamanaşımı süresinin dolmasından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde yalnızca keşideciye karşı ayrı bir talep ve dava hakkı bulunmaktadır. Dava konusu çek üzerinde son ciranta olarak dava dışı K. Ltd. Şti. gözükmekte olup, son cirantadan evvelki ciranta olan davalıya karşı, dava tarihi itibariyle zamanaşımına uğramış çek nedeni ile dava açılması mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte davaya konu çek nedeni ile akti ilişkinin davalı ile değil, davacı ile dava dışı K. Ltd. Şti. arasında kurulduğu da anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davacının gerek çeke dayalı alacak isteminede gerekse şartları oluşmadığından manevi tazminat isteminde bulunamayacağına göre davasının reddi gerekirken, yazılı şekilde çek bedelinin davalıdan tahsili ve manevi tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, **BOZMA** nedenidir.

2- Bozma nedenine göre sair teyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenler ile temyiz olunan hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, 2. bentte açıklanan nedenle sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına peşin alınan 75.00 ₺ temyiz harcının istek halinde iadesine, 13.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ SATIŞI • TELLALLIK SÖZLEŞMESİ

•

TELLALIN HAKLARI

ÖZET: Davacı ile davalı arasında tellallık sözleşmesi yapıldığı, taşınmazın davacı tarafından verilen hizmet sonucu görüldüğü ve bundan sonra davalının taşınmazı sahibinden satın aldığı sabit olup, bu durumda davacıya tellallık ücreti ödenmelidir.

Y.13.HD E:2011/4554 K:2011/11163 T:06.07.2011

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılama sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, C.A. Gayrimenkul ünvanı ile emlakçılık yaptığını, davalının ofisine gelerek gayrimenkul aradığını beyan etmesi üzerine dava konusu taşınmazı gezdirdiğini, davalının taşınmazı gördüğüne dair 10.08.2007 tarihli gayrimenkul görme formu imzaladığını, buna rağmen komisyon bedelini ödememek için hileli yollarla taşınmazı satın aldığını, 15.000 USD tellallık ücreti alacağı için davalı hakkında icra takibi başlattığını ileri sürerek, davalının icra dosyasına yaptığı itirazın iptali ile takibin devamını, haksız itiraz nedeni ile %40 icra inkar tazminatının tahsilini istemiştir.

Davalı, gayrimenkul görme formuna sadece isim ve adres kısmını yazarak imza attığını, formdaki diğer kısımların boş olduğunu, emlak komisyoncusunun satış ya da kiralama işleminde taraf olabilmesi için öncelikle gayrimenkulün sahibinden yetki alması gerektiğini, taşınmazı sahibinin gazeteye verdiği ilan üzerine satın aldığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, taşınmazın satımında davacının bir katkısı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine, davacının asıl alacak miktarı olan 19.000.00 üzerinden %40 icra inkar tazminatı ile yükümlü tutulmasına karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı ile davalı arasında 10.08.2007 tarihli tellallık sözleşmesi yapıldığı ve taşınmazın davacı tarafından verilen hizmet sonucu görüldüğü mahkemenin kabulündedir. Davacı tellalın sözleşmede yazılı taşınmazı göstermesinden sonra davacının, dava konusu taşınmazı 29.02.2008 de taşınmazın malikinden tapuda satın aldığı ihtilafsızdır. Davalı taraf, davacı ile olan akdi ilişkiyi

sonlandırmadan taşınmazı satın almıştır. Tellallık sözleşmesinde alıcının gördüğü gayrimenkulleri şahsı, ortağı veya idarecisi bulunduğu şirket, kan ve sıhri hısımları vs. sözleşme tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde satın alması halinde satış bedeli üzerinden %3 komisyon + KDV komisyon bedeli ödeyeceğinin kararlaştırıldığı da anlaşılmakla, sözleşmenin bu hükmü tarafları bağlar. Davacının dayandığı 10.08.2007 tarihli sözleşme BK 404.maddesindeki şartlara uygun geçerli bir tellallık sözleşmesi olup, tellal BK 405/1.maddesi hükmüne göre ücrete hak kazanmıştır. Tellallık sözleşmesi, tellal ile bu sözleşmeyi imzalayan kişi arasında hak ve borç doğuran bir sözleşmedir. Öyle olunca davalı davacıya karşı sözleşme ile yükümlendiği ücretten sorumludur. Mahkemenin, sözleşmenin açık hükmünü göz ardı ederek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde davacıya iadesine, 06.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HARİCİ TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ
•
TÜKETİCİ YASASINA AYKIRI SÖZLEŞME

ÖZET: Davacı, davalı ile yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekle uygun olarak yapılmaması nedeniyle geçersiz olduğunu ve sözleşme içeriğinin 4077 Sayılı Yasa hükümlerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkemece taraflar arasındaki sözleşmenin davalı yüklenici ile dava dışı arsa sahibi TOKİ arasında arsa paylı olarak yapılan ve davalıya bırakılması kararlaştırılan bölümün davacıya şahsi hakkın temliki suretiyle devri işlemine dayanması nedeniyle geçerli olduğu yönündeki kabulü yerinde ise de, davacının sözleşme içeriğinin 4077 sayılı yasa hükümlerine aykırı düzenlendiğine ilişkin iddiası yönünden mahkemece herhangi bir inceleme ve değerlendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Y.13.HD E:2011/10242 K:2011/16564 T:14.11.2011

Taraflar arasındaki ayıplı mal davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile yapılan harici taşınmaz satış sözleşmesi ile davaya konu yeri satın aldığını, sözleşmeye göre belirlenen ödeme takvimine göre 39.500 ₺ öeme yaptığını, sözleşmenin harici olarak yapılması nedeniyle geçersiz olduğunu, sözleşmede belirlenen ödeme planına göre taksit ödemeleri yapmasına rağmen ana para borcunun azalmadığını aksine çoğaldığını bu durumun 4077 Sayılı Yasa'nın taksitli satış hükümleri ile 6. maddesindeki haksız şarta ilişkin hükümlerine aykırı olduğunu ayrıca sözleşmede tapu devrinin ne zaman yapılacağı hususunun belirsiz olması nedeniyle feshine, geçersiz sözleşmeye istinaden davalıya ödenen 39.500 ₺'den 12 ay süre ile oturmuş olduğu daire için emsal kira bedeli düşülerek kalan alacağın ödeme tarihlerinden başlayacak en yüksek faizi ile davalıdan tahsilini, satış bedeline karşılık davalıya verilen 97 adet senedin kendisine iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacı ile yapılan sözleşmeyle satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan şahsi bir hakkın devredildiğini, her hangi bir mal ve hizmet satışına ilişkin olmadığını, serbest iradeye dayalı olarak sözleşmenin yapıldığını, belirterek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davalı yüklenici ile dava dışı arsa sahibi TOKİ arasında arsa paylı olarak yapılan ve davalıya bırakılması kararlaştırılan bölümü davacıya şahsi hakkın temliki suretiyle devrettiği, satışın geçerli olduğu ve davacının satışın hukuken geçerli olmadığına ilişkin iddiasının sabit olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, davalı ile yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekle uygun olarak yapılmaması nedeniyle geçersiz olduğunu ve sözleşme içeriğinin 4077 Sayılı Yasa hükümlerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkemece taraflar arasındaki sözleşmenin davalı yüklenici ile dava dışı arsa sahibi TOKİ arasında arsa paylı olarak yapılan ve davalıya bırakılması kararlaştırılan bölümün davacıya şahsi hakkın temliki suretiyle devri dayanması nedeniyle geçerli olduğu yönündeki kabulü yerinde ise de, davacının sözleşme içeriğinin 4077 Sayılı Yasa hükümlerine aykırı düzenlendiğine ilişkin iddiası yönünden mahkemece herhangi bir inceleme ve değerlendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, davacının tüm iddiaları üzerinde durularak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda (1) bentte yazılı nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenle hükmün davacı yararına da **BOZULMASINA,** 14.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMESİ

•

KREDİ BORCUNUN VADESİ GELEN BÖLÜMÜNÜN İSTENEBİLECEĞİ

ÖZET: Her ne kadar bankanın çektiği bu ihtarname 4077 Sayılı Kanun'un 10/3 maddesine uymadığı için vadesi gelmeyen taksitler için davacı banka talepte bulunamaz ise de davacı vadesi gelmiş alacaklar için talepte bulunmasına engel yasal bir düzenleme yoktur. Bu durumda takip tarihi itibariyle davacının vadesi gelmiş alacak miktarı saptanıp sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Y.13.HD E:2011/9062 K:2011/17083 T:23.11.2011

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, tüketici kredi sözleşmesi borçlusu olan davalının ihtara rağmen borçlarını ödemediğini, yapılan icra takibine de itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptali ile icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, yargılamaya katılmadığı gibi herhangi bir cevapta vermemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı banka, tüketici kredisi borçlusu olan davalının borcunu ödemediğini ileri sürerek muaccel olan alacağın tamamı için icra takibinde bulunmuştur. 4822 Sayılı Kanun'la değişik, 4077 Sayılı Kanun'un 10. maddesi gereği, muacceliyet şartının gerçekleşmesi için bunun sözleşmede kararlaştırılmış olması

tüketicinin birbirini izleyen en az 2 taksidi ödememesi ve en az 1 hafta süre verilerek muacceliyet uyarısında bulunulması gerekmektedir. Davalının taksit bedellerini ödemediği belirlenmiş ise de 13.05.2009 tarihli ihtarla hesabın kat edilerek borcun tamamının istendiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar bankanın çektiği bu ihtarname 4077 Sayılı Kanun'un 10/3 maddesine uymadığı için vadesi gelmeyen taksitler için davacı banka talepte bulunamaz ise de davacı vadesi gelmiş alacaklar için talepte bulunmasına engel yasal bir düzenleme yoktur. Bu durumda takip tarihi itibariyle davacının vadesi gelmiş alacak miktarı saptanıp sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 23.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AMATÖR - PROFESYONEL GÜREŞÇİ • YETKİLİ MAHKEME • TAHKİM KURULUNUN GÖREVLİ OLMADIĞI • HİZMET AKDİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI GEREKTİĞİ*

ÖZET: Profesyonel güreşçinin işvereniyle çıkan anlaşmazlıklarına Adli Yargıda bakılmalıdır.

Y.13.HD E:2012/5555 K:2012/14356 T:04.06.2012

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı derneğin profesyonel güreşçisi olduğunu, 09.09.2003 tarihinden bu yana hizmet akdi ile çalıştığını, sebep gösterilmeksizin haksız olarak dernekle ilişiğinin kesildiğini, bu nedenle 7.000 ₺ şampiyonluk priminin ödemediğini, fazlaya dair haklarının saklı kalmak kaydıyla 1.000 ₺ tazminatın davalıdan tahsilini dava etmiştir.

* Gönderen: Mustafa Ay, Gaziosmapaşa 2. Asliye Hukuk Mah. Yargıcı

Davalı, davacının amatör sporcu olduğunu, ayrıca 5674 Sayılı Yasa uyarınca ihtilafın Tahkim Kurulunca çözümlenmesi gerektiğini beyanla davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 5674 Sayılı Yasa'nın 2.maddesi uyarınca davaya konu ihtilafı çözüm yerinin Tahkim Kuruluna ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, yanlar arasındaki ihtilafın Adli Yargıda mı yoksa Tahkim Kurulunda mı çözüleceği konusunda toplanmaktadır. Davacı güreşçi, davalı ise Büyükşehir Belediyesine ait spor derneğidir. Konuyla ilgili olarak öncelikle davacının davalı kulüple olan ilişkisinin saptanması gerekmektedir. Davacı, dava dilekçesinde, 01.07.1999 tarihinde 12 yaşında iken davalı Dernekte güreşçi olarak spora başladığını, daha sonra yıldızlar ve gençlerde başarılar kazanması üzerine bu kez davalı dernekte ücretli olarak çalıştırılmasına karar verildiğini, 09.09.2003 tarihinde de adına bankada hesap açılarak hizmet akdiyle çalıştırılmaya başlandığını Sosyal Güvenlik Kurumu'na ise 10.08.2006 tarihinde bildirimde bulunulduğunu, açıklamıştır. Davalı ise, Davacının amatör sporcu olduğunu savunmuştur. Dosyada mevcut bulunan SGK Fatih Sosyal Güvenlik Merkezi'nin 03.03.2011 günlü yazısından davacı A.A.nın 10.08.2006 tarihinde işe giriş bildirgesi verildiği anlaşılmaktadır. Bu aşamada profesyonel sporcu ile amatör sporcu arasında bir ayırım yapılmalı ve sigortalılığın göreve etkisi tartışılmalıdır. Profesyonel sporcular, işverenleri durumundaki kulüplerinin gösterdiği yer ve belirlediği saatlerde işveren veya vekilinin emir ve talimatı halinde antrenman ve karşılaşma yapmaları, önceden yapılan sözleşme gereğince ücret almaları nedeniyle bu sporcular ile kulüplerin arasındaki ilişki iş sözleşmesi sayılmaktadır. Amatör sporcular ise, bir kulübe bağlı olmadıklarından en başta bir işverenleri bulunmamakta, iş sözleşmesi söz konusu olmamaktadır. Amatör sporcular spor faaliyetlerini meslek edinme ve para kazanma amacı gütmeden yürüten kişiler olduklarından sigortalı sayılmamaktadırlar. Dosyadaki tüm belgelerden davacının profesyonel olarak bu sporu yaptığı anlaşılmaktadır. Davacı Hizmet akdi ile Davalı Kulübe bağlı olmakla birlikte İş Kanununa tabi olduğunu göstermez. Zira, 4857 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği, anılan Yasa'nın 4./g maddesi uyarınca tartışmasızdır. Zira Sporcular bu yasa kapsamında sayılmamaktadır. SSK'ya işe giriş bildirgesi verilmesi de 4857 Sayılı Yasa'ya tabi olduğunu göstermez. Öyle olunca aralarındaki ilişkinin 818 Yasa'nın Hizmet akdine ilişkin hükümleri (BK'nın 313-354) uygulanmalıdır. Bu durumda davaya bakmaya hangi mahkemenin görevli olduğu tartışılmalıdır. Mahkeme Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Tahkim Kurulu'nun davada görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Gençlik Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri hakkında 3289 Sayılı Kanun 29.05.1986 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmişse de bu yasada muhtelif tarihlerde değişiklikler yapılmıştır.

Anılan Yasa'nın 07.06.2007 tarihli resmi gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren 5674 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikler uyarınca Takim Kurulu'nun yapısında değişiklikler yapılmış, ancak 2. madde ile ek 9. maddenin 8. fıkradan sonra gelmek üzere fıkralar ilave edilmiştir. Buna göre, 9. fıkrada, "Tahkim Kurulu, Özerk Federasyon Başkanı ile yönetim kurulu üyelerinin spor ahlakına ve disiplinine aykırı davranışları nedeniyle yapılan başvuruları inceleyerek karar verir," şeklinde düzenleme getirilmiş, son fıkrasında ise Tahkim Kurulu'nun görev, yetki ve sorumlulukları çalışma usul ve esasları ile üyelere verilecek huzur ücretinin miktarı Genel Müdürlük'çe hazırlanan yönetmelikle belirlenir." Düzenlemesi getirilmiştir. Görüldüğü üzere Tahkim Kurulu'nun sporcu ile kulüp arasında çıkacak alacaklarla ilgili ihtilaflarda görevli olduğuna dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 3289 Sayılı Yasa'da 5674 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile yapılan değişiklikte Tahkim Kurulu'nun "federasyon ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktörler ve antrenörler, kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular, kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflarla, federasyonlarca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek sonuçlandırır. Tahkim kurulu, itiraz üzerine Genel Müdürlük ile federasyonlar ve federasyonların birbirleri arasında çıkacak ihtilafları inceleyerek sonuçlandıracağı düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenlemede Tahkim Kurulu'nun federasyonlarca verilecek kararları itirazen inceleyeceği hükme bağlanmıştır. Para alacaklarına ilişkin uyuşmazlığın çözümünde federasyon bünyesinde oluşturulacak hangi kurulda çözümleneceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim Güreş Federasyonunun ana statüsünde bu tür uyuşmazlıklarda hangi merciin görevli olduğuna dair bir düzenleme mevcut değildir. (Örneğin Futbol Federasyonu ana statüsünde bu tür uyuşmazlıkların "Futbol Federasyonu bünyesinde oluşturulan "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nda çözümleneceği yönünde iki görevi bulunmakta olup, para alacaklarında ihtiyari tahkim yöntemi benimsenmiştir.) oysa Güreş Federasyonu bünyesinde böyle bir kurul bulunmamaktadır. Dolayısıyla para, ücret vs. alacaklarına ilişkin olarak Tahkim Kurulu'nun itirazen inceleyeceği bir düzenleme mevcut değildir. Bu duruda uyuşmazlığın genel hükümlere göre ve adli yargı mahkemelerinde çözümlenmesi benimsenmelidir ve uyuşmazlıkta da görevli mahkeme davanın açıldığı tarih itibariyle asliye hukuk mahkemesidir. Öyle olunca, Mahkemece, esasa girilerek tarafların delilleri toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Aksine düşüncelerle, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan 21.15 ₺ temyiz harcının istek halinde iadesine, 04.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

EŞLERİN KOCANIN BABASINA AİT KONUTTA OTURMASI
•
AİLE KONUTU KAVRAMI*

ÖZET: Kendisine ait taşınmazda muvafakat vererek oğlunu ve gelinini barındıran kişinin muvafakatini geri alması her zaman mümkündür.

Böyle bir durumda gelin tarafından "Aile konutu" iddiası ileri sürülemez.

Y.14.HD E:2009/11637 K:2009/12588 T:10.11.2009

Dava, intifa hakkına dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının dava konusu dubleks meskende 28.09.1995 tarihinden bu yana intifa hakkı sahibi olduğunu, davalının davacının oğlu Y. ile evli iken aralarında İstanbul 1. Aile Mahkemesi'nde 2007/17 esasında devam eden boşanma davası bulunduğunu, davacının üzerinde intifa hakkı bulunan evde davalı gelininin oturmasına evlilik birliğinin devamı süresince rıza gösterdiğini ancak davalı ile oğlu arasındaki anlaşmazlık üzerine davalının evi terk ettiğini, bir süre sonra davalının eve geri dönmesi üzerine oğlunun evden ayrıldığı o tarihten itibaren davalının evi kullanmasına rızası bulunmadığını bu konuda kendisine noterden ihtarname gönderdiğini belirterek elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talep etmiştir.

Davalı cevabında, dava konusu evde davacının zımni muvafakati ile bedelsiz oturduğunu, evin aile konutu olduğunu davacının oğlu tarafından bu evin aile konutu olarak kullanıldığı sırada boşanma davası açıldığını, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş,davacının hükmü temyiz etmesi üzerine karar Dairemizce onanmıştır.

Davacı vekilince, kayınpeder konumunda olan intifa hakkı sahibi davacının ne oğluna ne de gelinine aile konutu tahsisi gibi bir hukuki yükümlülüğü bulunmadığı, davacının bedelsiz kullanıma ilişkin muvafakatini istediği anda kaldırabileceği, mağduriyetine sebep verildiği belirtilerek karar düzeltme talebinde bulunulmuştur.

---

* Gönderen: Erdoğan GÖKÇE Fatih Emekli Hukuk Hakimi
Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarına bakınız.

Dosya içerisindeki tapu kaydına göre, davacının dava konusu 1300 ada 86 parsel sayılı parseldeki 1 bağımsız bölüm numaralı dubleks meskenin tapuda davacının oğlu Y. adına kayıtlı olduğu ancak davacının 28.09.1995 tarihinden bu yana intifa hakkı sahi olduğu anlaşılmıştır.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, çekişme konusu üzerinde kağır ev niteliğinde bina bulunan 437 ada 16 parsel sayılı taşınmazın kayden davacıya ait olduğu, davalının kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı bulunmamakla beraber binadaki bir bölümü kullandığı anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, davacı intifa hakkı sahibi olup, Türk Medeni Kanunu'nun 794. ve devamı maddelerinde düzenlenen intifa hakkına dayanmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 803/1 maddesi gereğince de intifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahiptir. Taraflar arasında bir kira ilişkisi de bulunmamaktadır. Esasen davalı ile birlikte davacının oğlunun taşınmazı muvafakata dayalı olarak tasarruf ettikleri dosya kapsamı ile sabittir.

Dava açılmış olmakla muvafakatin geri alındığının kabulü gerekir. Kaldı ki, davacının davalıya ihtar çekerek taşınmazı boşaltmasını istediği de sabittir. Öte yandan davalı tarafından taşınmazın aile konutu olduğu savunulmuş ise de intifa hakkı sahibi davacı ile davalı (ve eşi) arasında hukuki bir ilişki kurulmadığına göre aile konutu iddiasının davacıyı bağlamayacağı tartışmasızdır. Bir başka ifade ile somut olayda 6570 Sayılı Yasa'nın 12. maddesi hükmünün uygulama yeri yoktur. O halde,davalının taşınmazı kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez. Diğer taraftan, davacının oğlu ile davalının ayrı yaşamakla birlikte evliliklerinin devam etmekte olmasının davacının intifa hakkı karşısında taşınmazı davalının kullanmasının haklı ve geçerli nedeni olarak kabul edilmez.

Hal böyle olunca, elatmanın önlenmesi isteğiyle birlikte davacının davalıya çektiği ihtarname de gözetilmek suretiyle belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirmeyle davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun benzer nitelikteki bir olaya ilişkin 04.11.2009 tarihli, 2009/1-401 Esas, 2009/473 Karar sayılı ilamı da aynı doğrultudadır.

Mahkemece, davanın reddine dair verilen kararın bozulması gerekirken sehven onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin onama kararının kaldırılarak hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Davacı vekilin karar düzeltme isteminin **KABULÜNE**, Dairemizin İstanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 17.02.2009 tarihli, 2008/156 Esas, 2009/10 karar sayılı kararının onanmasına ilişkin 09.07.2009 tarihli, 2009/7808-8757 sayılı kararının **KALDIRILMASINA,** hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 10.11.2009 günü oybirliği ile karar verildi.

İNANÇLI İŞLEM • İYİ NİYETLİ ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI*

ÖZET: İnançlı işlemler, inananın teminat oluşturmak veya yönetilmek üzere mal varlığında bulunan bir hakkını inanılana devretmesi ve inanılanın da inanç anlaşmasındaki koşullara uygun olarak inanç konusu şeyi kullanmasını amaç gerçekleştiğinde ise belirlenen şekilde inanana iade etmesini içeren işlemdir.

Öte yandan; inançlı işleme konu olan şeyi iyiniyetle kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı geçerlidir.

Y.14.HD E:2009/11391 K:2010/1223 T:09.02.2010

Dava, inanç ilişkisine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Karşı davada, haksız şikayet nedeniyle manevi tazminat istenmiştir. Hükmü temyiz eden davalılar A. ve M.R iyiniyetli kayıt maliki olduklarını, davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalılar davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece asıl dava kabul edilmiş, davalılar A.E. ve M.N.U. hakkında açılan davanın husumet noktasından reddine, karşı davanın da reddine karar verilmiştir.

Hükmü davacı İ., davalılar A., M. ve K. temyiz etmiştir.

1- Davalı K. 01.07.2009 tarihli dilekçesi ile temyizden feragat etmiş olduğundan temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir.

2- Yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve tüm dosya içeriğine göre davacının bütün temyiz itirazları yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

3- Davalılar M. ile A'nın temyiz itirazlarına gelince;

---

* Gönderen: Erdoğan Gökçe Emekli Fatih Hukuk Hakimi

Burada öncelikle davada dayanılan 23.10.1997 ve 23.02.2004 tarihli davalı K. imzası bulunan senetler üzerinde durulması gerekecektir.

Adli Tıp Kurumu'nun 05.12.2008 tarihli raporunda "söz konusu belgelerin imzadan faydalanmak suretiyle düzenlenmiş" başka bir anlatımla açığa verilen imzalı belgenin sonradan doldurulması suretiyle yapıldığı vurgulanmıştır. Bir kimsenin bu şekilde açığa imza atarak aleyhine sonuç meydana getirecek senet düzenlemesi mümkündür. Zira senet altındaki imzanın davalı K.A'ya ait olduğu saptanmış, HUMK'un 290. maddesi uyarınca yazılı şekilde kanıtlayamamıştır. O halde, her iki senet de davacı ile davalılardan K.A'ya arasında inanç ilişkisinin bulunduğunu göstermektedir.

İnançlı işlemler, inananın teminat oluşturmak veya yönetilmek üzere mal varlığı kapsamındaki bir şey veya hakkını, inanılana devretmesi ve inanılanın da inanç anlaşmasındaki koşullara uygun olarak inanç konusu şeyi kullanmasını amaç gerçekleştiğinde ise belirlenen şekilde inanana iade etmesini içeren işlemlerdir.

İnançlı bir işlem ile inanan, sahibi olduğu bir mülkiyet veya alacak hakkını inanılana kazandırıcı bir işlemle devretmekte ancak borçlandırıcı bir sözleşme ile de onu bazı yükümlülükler altına sokmaktadır.

İnançlı işlemin taraflarını, inanan ve inanılan oluşturur. Bir hakkı ya da neneyi, güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye "inanan" adı verilir. Devredilen hak veya nesneyi kendisine ait bir hak olarak kendi yararına, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kullanan kişiye de "inanılan" denir. İnananın, inanılana inançlı olarak kazandırdığı hak ya da nesne ise "inanç konusu şey" olarak nitelenir. İnançlı bir işlemde kazandırıcı işlemin tarafları ile borç doğuran anlaşmanın tarafları aynıdır.

İnançlı işlemde inanılan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inanana (...gösterdiği üçüncü kişiye) devretmeyi yüklenmektedir. İnançlı yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir.

Ne var ki, somut uyuşmazlıkta 1470 ada (..) sayılı parsel üzerindeki (A) Blok 1. kattaki 4 numaralı bağımsız bölümün mülkiyeti inançlı işlemle 23.10.1997 tarihinde K.e temlik edilmiş, bu kişi taşınmazı 20.07.2001 tarihinde davalılardan A'ya, bu kişi de 03.03.2003 tarihinde diğer davalı M'ye tapuda intikal ettirmiştir. Bu davalıların durumunun da Türk Medeni Kanunu'nun 1023 ve 1024. maddelerine göre incelenmesi gerekecektir.

Hukukumuzda kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak

gerekirse iyiniyetten maksat "hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir." Belirtilen ilke Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur," şeklinde yer almış, aynı ilkeye tamamlayıcı nitelikteki 1024. maddede "bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde vurgulanmıştır. Eldeki davada yapılan temliklerde yasanın 1024. maddesine göre kötüniyetli kabul edilebilecek kişi davalılardan A. bundan sonraki temliklerde başka bir deyişle davalı M'ye yapılan temlik işleminde bu davalının 1024. maddesi uyarınca ayni hakkın yolsuz tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken kişi durumunda olduğu kabul edilemez.

Mahkemece yapılan bu saptamalara göre davacının mülkiyet aktarımına ilişkin isteğinin reddi yerine hüküm altına alınması yanlıştır.

Karar açıklanan nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenle davalı K. temyiz dilekçesinin reddine, 2. bent uyarınca davacının bütün temyiz itirazının reddine, hükmün 3. bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** 750 ₺ duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak hükmü temyiz eden davalılara verilmesine, peşin harcın istek halinde davalılar M. ve A'ya verilmesine 09.02.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YAPILAN İMAR UYGULAMASI
●
PARSELLERİN ESKİ HALE GETİRİLMESİ*

ÖZET: Dava konusu edilen 348 ve 404 parsellerin imar ile revizyon gördüğü anlaşılmakta ise de hukukumuzda tahvil nazariyesi ile bilinen ve hiç şüphesiz bilirkişiler görüşü ile tespit edilecek bu parsellerin gittileri üzerinden davacı kooperatifin dayanak tahsis ve sözleşmesi değişen durumlara uyarlanarak işin esası hakkında inceleme ve araştırma yapılıp sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken imar uygulamasının iptalini gerektirir bir istem ve durum olmadığı halde yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

Y.14.HD E:2011/14626 K:2012/2842 T:28.02.2012

Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine 12.06.2006 gününde verilen dilekçe ile tapu iptali ve tescil istenmesi üzerine yapılan muhakeme sonunda; davanın reddine dair verilen 23.02.2011 günlü hükmün Yargıtay'ca, duruşmalı olarak incelenmesi davacı Kooperatif vekili tarafından istenilmekle, tayin olunan 28.02.2012 günü için yapılan tebliğat üzerine temyiz eden davacı Kooperatif temsilcisi H. ile karşı taraf davalı Belediye vekili Av. S. ile davalı K. Konut Yapı Kooperatifi vekili Av. N. geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelenlerin sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. İş karar bırakıldı. Bilahare dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı kooperatif davalı Taşoluk Belediyesi'nin (sonrasında Arnavutköy Belediyesi) 25.06.2011 tarih ve 2/68 nolu Meclis Kararı uyarınca, dava konusu 17.400 m^2 miktarlı 404 parselin tamamı ile 387.000 m^2 miktarlı 348 parselin 2.600 m^2'sinin adına tahsis edilen taşınmazların bedellerinin de ödendiğini belirterek, 404 parselin tamamı ile 348 parselin 2.600 m^2'sinin tapu kaydının iptali ile davacı kooperatif adına tescilini istemiş, dava konusu 404 ve 348 parselden oluşan imar parsellerinin yargılama sırasında bir kısmının S.S. T. Konut Yapı Kooperatifi ne S.S. K. Konut Yapı Kooperatifine ve S.S. K. Konut Yapı Kooperatifine devredildiği belirtilerek yapılan satışların muvazaalı olduğu iddiası ile bu kooperatiflere karşı da tapu iptali ve tescil isteminde bulunulmuştur.

* Gönderen: Mustafa Ay, Gaziosmanpaşa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Mahkemece, yapılan imar uygulamasının idare mahkemesinde açılacak dava ile iptalinde ve (..) ile (..) parsellerin eski hale getirilmesi sonrasında davanın incelenebileceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü davacı kooperatif vekili temyiz etmiştir.

Kısaca ifade etmek gerekirse davacı kooperatifin dayanağı olan tahsis kararı ve protokolün konusu (..) ve (..) parsellerdir. Bu parsellerin daha sonra yapılan imar uygulaması sonucunda oluşan imar parsellerinden bir kısmının davalı belediyece husumet yöneltilen kooperatiflere yaptığı devirlerin muvazaalı olduğu iddia edilmiştir.

Dava konusu edilen (..) ve (..) parsellerin imar ile revizyon gördüğü anlaşılmakta ise de hukukumuzda tahvil nazariyesi ile bilinen ve hiç şüphesiz bilirkişiler görüşü ile tespit edilecek bu parsellerin gittileri üzerinden davacı kooperatifin dayanak tahsis ve sözleşmesi değişen durumlara uyarlanarak işin esası hakkında inceleme ve araştırma yapılıp sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken imar uygulamasının iptalini gerektirir bir istem ve durum olmadığı halde yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 28.02.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

SÖZLEŞMEDE BELİRLENEN BEDEL • KDV HESABI*

ÖZET: Taraflar arasındaki sözleşmede bedel götürü olarak kararlaştırılmış olup, KDV'nin bu bedel içinde olduğu kabul edilmelidir.

Y.15.HD E:2004/6445 K:2005/4062 T:06.07.2005

Dava, Hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davacı K. davalı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı K. davalı vekili Av. M.T. ile davalı K. Davacı vekili Av. M.S. geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

Karar, Dava cezai şartın, karşı dava fazla iş bedelinin ve KDV'nin tahsili istemiyle açılmış, mahkemece asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüne karar verilmiş karar davacı karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı karşı davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Taraflar arasındaki 13.06.2001 tarihli sözleşmede bedel götürü olarak kararlaştırılmıştır. Bedelin götürü olarak kararlaştırılması durumunda kural olarak kararlaştırılan bedel içerisinde KDV'nin bulunduğu kabul edilir. Sözleşmede yükleniciye götürü bedel dışında KDV ödeneceğine ilişkin herhangi bir düzenleme de yer almamaktadır. Bu durumda sözleşme kapsamındaki işler için ayrıca KDV'nin karar altına alınması mümkün değildir. Ancak sözleşme dışı işlerin KDV'sine hükmedilmesi gerekir. Mahkemece fazla iş bedeline KDV eklenerek fazla işlerin bedeli 2.417.348.000 ₺ olarak bulunmuş ve karar altına alınmış olduğundan, bu miktarın dışında ayrıca KDV olarak karar altına alınan 7.649.748.000 ₺ yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, karşı davanın tamamının kabulüne karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı karşı davalının sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bent uyarınca hükmün temyiz eden davacı

* Gönderen: Erdoğan GÖKÇE, Emekli Fatih Hukuk Hakimi

karşı davalı yararına **BOZULMASINA,** 400.00 ₺ duruşma vekalet ücretinin davalı karşı davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davacı karşı davalıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacı karşı davalıya geri verilmesine, 06.07.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

SÖZLEŞMEDEN DÖNME • CEZAİ ŞART*

ÖZET: Taraflarca imzalanan sözleşmede, sözleşmeden dönme halinde ödenecek cezai şart belirlenmiş olup,somut olayda sözleşmeden dönme olmadıkça söz konusu cezai şarta hükmedilemez.

Y.15.HD E:2007/715 K:2007/2476 T:16.04.2007

Dava, eser sözleşmesine dayalı itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı arsa sahibinin icra takibine koyduğu 15.000 DM.taraflar arasındaki 11.05.2001 tarihli düzenleme şeklinde yapılan ek sözleşmenin 14. maddesinde belirtilen TBK'nın 158/son maddesine uygun dönme cezasıdır.

Davalı yükleniciler sözleşmeden dönmediklerinden, başka bir anlatımla, sözleşme henüz yürürlükte bulunduğundan bu ceza talep edilemez.

Bu durumda, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü doğru olmamış hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle kararın temyiz eden davalılar yararına **BOZULMASINA,** 450.00 ₺ Duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak kendilerini Yargıtay duruşmasında vekil ile temsil ettiren davalılara verilmesine, ödedikleri temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalılara geri verilmesine, 16.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

SÖZLEŞMEDEN DÖNME • DAVA AÇMA ZORUNLULUĞU*

ÖZET: Eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, sözleşmeden dönmek isteyen taraf dava açmalıdır.

Y.15.HD E:2008/752 K:2008/3518 T:30.05.2008

Asıl dava kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davalıların murileri olan arsa sahiplerine ait 2 arsa üzerine yüklenici tarafından yapılan inşaat bedeli, ruhsat harç ve masrafları ile plan ve proje masraflarının tahsili, karşı dava ise süresinde teslim edilmeyen dört dükkan için karşı dava tarihine kadar oluşan kira tazminatının yükleniciden tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece yüklenici tarafından sözleşmenin feshedildiği kabul edilerek, "davacı yüklenicinin inşaata zamanında başlamadığı, ruhsat almadığı, inşaatı da yapmadığı bu şekilde feshi de haksız bulunduğu, sözleşmenin 11. maddesine göre de her hangi bir tazminat talep edemeyeceği" gerekçesiyle asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, kararı davacı ve karşı davalı yüklenici temyiz etmiştir.

1- Davacı yüklenici şirket ile davalıların murisleri arsa sahipleri M. ve M. arasındaki 03.05.2001 tarihli sözleşme gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi olup noterde "düzenleme" biçiminde tanzim olunmuştur. Dolayısıyla bu sözleşmeden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Davacı yüklenici, davadan önce arsa sahiplerine keşide ettiği Konya 9. Noterliği'nin 16.06.2003 tarihli ihtarnamesi ile neden göstererek sözleşmeyi feshettiğini (sözleşmeden döndüğünü) açıklamıştır. Davalı arsa sahipleri ise yüklenicinin gönderdiği bu ihtarnameden sonra yüklenici gönderdikleri 15.08.2003 tarihli ihtarnamede "derhal inşaatın yapılıp yasal ve mukaveledeki sürede teslim edilmesini" istemişlerdir. Eldeki temyize konu davada da sözleşme uyarınca kendilerine verilecek 4 adet dükkanın teslim edilmemesi nedeniyle kira tazminatı talebinde bulunmuşlardır. Görüldüğü gibi fesih konusunda tarafların iradeleri birleşmemiştir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla dönme iradelerinin birleşmesi veya mahkemeye açılacak fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir. Somut olayda sözleşmeden neden göstererek dönmek isteyen yüklenicinin mahkeme kararına ihtiyacı vardır. Zira arsa sahipleri dönme iradesine karşı çıkmışlardır. Bu durumda yüklenicinin feshe ilişkin tek taraflı irade beyanı sonuç doğurmaz.

---

* Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

Davacı yüklenici bu davada "parseller üzerinde yapılan inşaat bedeli, ruhsat, harç,plan ve proje masraflarını istediğinden aynı zamanda mahkemeden sözleşmeden dönmeyi de talep etmiş sayılır. Bu durumda ise sözleşmeden dönmek isteyen davacı yüklenicinin haklı olup olmadığının saptanması gerekir. Dosya kapsamı, bilirkişi raporundaki açıklamalar, özellikle Mezitli Belediyesi'nce yükleniciye hitaben yazılan 23.05.2003 tarihli yazıda arsa terkinin sadece 2 nolu parseldeki inşaatlardaki yoğunluk fazlalığı için gerekli olduğunun yazılı olması, yüklenicinin ruhsatın geçerlilik süresinin dolduğu 02.08.2002 tarihine kadar sadece %1 oranında imalat yapması, Mezitli Belediyesi'nin 4 sayılı tarihsiz yazısı üzeine fiilen inşaatların mühürlenip durdurulmamış olması dikkate alındığında yüklenicinin fesih isteminin haklı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yüklenicinin fesih isteminin reddi gerekir. Fesih isteminin reddi halinde ise, sözleşme yürürlükte olacağından , davaya konu olan ve ancak fesih halinde istenebilecek inşaat bedeli, ruhsat harç ve masrafları ile plan ve proje masraflarına ilişkin istemin de reddi gerekecektir. Dava bu nedenle reddedilmelidir. Mahkemenin asıl davanın reddine ilişkin kararı sonuç itibariyle doğru bulunduğundan HUMK'un 438/son maddesi uyarınca gerekçesi değiştirilmek suretiyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,**

2- Davacı yüklenici şirketin karşı davadaki hükme yönelik temyiz istemine gelince, Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delilerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı bakiye 56.60 ₺ temyiz ilam harcının temyiz eden davacı-davalı A. İnş.Mal.Taah.Tic. San. Ltd.Şti.nden alınmasına, 30.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİF • YASAYA AYKIRI İNŞAAT • PAYDAŞLARIN HAKLARI

ÖZET: Ortak bir taşınmaz üzerinde önemli bir tasarrufta bulunabilmesi için tüm hissedarların oybirliğiyle katılımı gereklidir. Eğer böyle bir katılım gerçekleştirilemiyorsa bir hissedarın açtığı davada diğer hissedarlar da davalı gösterilmelidir.

Yıkımı istenen inşaatın yasal hale getirilip getirilmeyeceği araştırılmalı gerekirse bu konuda davalıya uygun bir mehil verilmeli ve inşaat yasal hale getirilemiyorsa yıkım kararı verilmelidir.

Y.15.HD E:2010/2073 K:2011/2079 T:05.04.2011

Dava konusu 3 nolu parsel davacı ile K. ve Ç'de hissedarı olduğu yapının kal`ine ilişkindir. M'nin 692. maddesi uyarınca ortak taşınmazın üzerinde önemli bir tasarrufta bulunabilmesi tüm hissedarların oybirliği ile verecekleri karara bağlı olup mahkemece hissedarlara çıkartılan tebliğat üzerine adı geçenler yargılamaya katılmamışlar ve davaya muvafakat ettiklerini de açıklamamışlardır. Bu haliyle muvafakat istemine karşı çıktıklarının kabulü gerekmektedir. Davacı hissedarın tek başına açtığı bu davanın kural olarak dinlenilmesi mümkün bulunmamaktadır. O halde, öncelikle dava şartının yerine getirilmesi bakımından kal`e karşı çıkan diğer hissedarlar aleyhine dava açılarak bu dava ile birleştirilmesi gerekir. Dava açıldığı takdirde ise ilgili belediyeden inşaatın durumu sorulup, yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalı, inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması halinde diğer hissedarların davaya karşı çıkmaları haklı kabul edilemeyeceğinden men`i müdahale ve kal istemi kabul edilmelidir. İnşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olduğunun anlaşılması halinde ise asal hale getirilmesi için talebi var ise davalı kooperatife gerekli yasal ve inşai işlemleri yapmak bakımından yetki ve uygun bir mehil verilmeli, bu mehil sonunda inşaat yasal hale getirilmediği takdirde men`i müdahale ve kal kararı verilmeli, inşaat yasal hale getirildiği takdirde ise davanın reddine karar verilmelidir. Ancak herhalükarda yasal olmayan bir inşaat yapmakla davanın açılmasına davalı sebebiyet verdiğinden mahkeme masraf ve vekalet ücretinden davacı sorumlu tutulmamalıdır.

Mahkemenin kabul şekline göre ise müdahalenin önlenmesi kararının ne şekilde infaz edileceğine dair hüküm yetersiz olup, infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Kararda bilirkişi raporuna ekli sarı boya ile çevrili olarak gösterilen

243.33 m²lik kısımdan men kararı verilmiş ise de bu parselin alanı belirtilen miktardan çok fazla olduğu gibi alan içinde birden fazla yapının mevcut olduğu ve bu haliyle hangi bölümlerde men kararı verildiği, hangi yapıların kalìne karar verildiği anlaşılamamaktadır. HUMK'un 388.vd. maddeleri gereğince verilen kararın hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde ve infaz kabiliyetine haiz olması gerekir. Verilen kararın infaz kabiliyetine haiz olmadığı ortadadır. Belirtilen sebeplerle usul ve yasaya uygun düşmeyen karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 05.04.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIM SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ
•
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HÜKÜMLERİ

ÖZET: Arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi kararı geriye etkili fesih niteliğinde olduğundan mahkemece davacılar ile davalılar ve dahili davalıların dava konusu payları gerçekte kimden satın aldıkları konusunda beyanları alınıp, bu hususta taraflara delilleri ibraz ettirilip toplandıktan ve sunulacak delillerin geçerliliği ile bağlayıcılığı denetlenip değerlendirildikten sonra, arsa sahiplerinin hissesini devralanlarla ilgili davanın tapuda pay devri arsa sahiplerince yapılmış olsa dahi kabulüne karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

Y.15.HD E:2011/6559 K:2012/3377 T:14.05.2012

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacılar vekili ile davalı Y. vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshedilmiş olması sebebiyle tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Mahkemece Y. hakkındaki davanın kabulüne diğer davalılar ve dahili davalılar aleyhine açılan davanın reddine dair verilen karar davacılar ile davalı Yakup Peker vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı arsa sahiplerine ait Gaziosmanpaşa, Küçükköy 4/1 pafta (..) ada (.) parsel sayılı taşınmaz üzerinde arsa payı karşılığı inşaat yapımı konusunda dava dışı Ş. ile Gaziosmanpaşa 3. Noterliği'nde 02.11.1994 gün, (..) yevmiye numaralı Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi imzalanmış, söz konusu sözleşme dava dışı yüklenicinin temerrüdü nedeniyle Gaziosmanpaşa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1997/977 esas, 2000/941 karar sayılı ilamıyla feshedilerek verilen karar kesinleşmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde sözleşmenin tarafları ve onların halefleri sözleşme gereği verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre diğer taraftan talep edebilirler. Buna göre fesih halinde arsa sahipleri yükleniciye veya onun talimatıyla bağımsız bölüm ya da hisse sattığı sözleşme dışı üçüncü kişilere devrettikleri tapu paylarının iptalini isteyebilirler. Davacıların talebi de bu doğrultuda bulunmasına ve davalı ile dahili davalıların dava dışı yükleniciden pay satın aldıkları ve yüklenicinin talebiyle bu şahıslara kendilerinin tapuda pay devrettiklerini ileri aldıkları ve yüklenicinin talebiyle bu şahıslara kendilerinin tapuda pay devrettiklerini ileri sürmelerine rağmen mahkemece bu husus üzerinde durulmamış ve gerekli inceleme yapılmamıştır. Yükleniciden pay satın alınması ve sözleşmenin geriye etkili feshi halinde yapılan devirler avans niteliğinde olduğundan devralan kişilerin ya da onların devrettiği diğer şahısların iyiniyet savunmalarının dinlenmesi mümkün değildir.

Bu durumda, arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi kararı geriye etkili fesih niteliğinde olduğundan mahkemece davacılar ile davalılar ve dahili davalıların dava konusu payları gerçekte kimden satın aldıkları konusunda beyanları alınıp, bu hususta taraflara delilleri ibraz ettirilip toplandıktan ve sunulacak delillerin geçerliliği ile bağlayıcılığı denetlenip değerlendirildikten sonra, arsa sahiplerinin hissesini devralanlarla ilgili davanın tapuda pay devri arsa sahiplerince yapılmış olsa dahi kabulüne karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacılar ile davalı Yakup Peker yararına **BOZULMASINA**, fazla alınan temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz eden davacılar ile davalı Y. geri verilmesine, 14.05.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TASARRUFUN İPTALİ DAVASI

•

GEREKÇELİ KARARIN ANLAŞILIR OLMASI

ÖZET: Somut olayda mahkeme hükmünde gerekçe olarak "toplanan deliller, taraf beyanları, tapu kaydı, takip dosyası, keşif tatbikatı, bilirkişi raporu ve tüm dosya münderecatı" yazılmıştır. Böyle bir karar, davanın hangi iptal nedenine dayalı olarak karara bağlandığı hususunu da içermediğinden Anayasa'nın 141/3, 388/3-5 maddelerine aykırı olduğu gibi HUMK'un 428. maddesi gereğince Yargıtay denetimi olanağını da ortadan kaldırdığından davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü gerekmiştir.

Y.17.HD E:2011/4907 K:2011/9381 T:17.10.2011

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda, kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı B. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı borçlu A. aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunamadığını ileri sürerek borçlunun, dava konusu taşınmazını davalı B.a satışına ve davalı B. tarafından satış sırasında taşınmaz üzerine davalı banka lehine ipotek konulmasına ilişkin tasarrufların iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı A. vekili ile davalı B. vekili davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalı banka usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmalara gelmemiş ve davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, dosya münderecatına göre davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm, davalı B. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

HUMK'un 388. maddesinin 3/5 bentleri hükümlerine göre mahkeme kararlarının asgari olarak iki tarafın iddia ve savunmalarının özetlerini, mahkemece incelenen maddi ve hukuki olay ve meselelerin özüne mahkemeyi sonuca götüren gerçeklerin ne olduğu hususlarını içermesi zorunludur. Yine Anayasa'nın

141/3 maddesi hükmü de tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması gereğini düzenlemektedir. Kararlara konulması gereken gerekçeler sayesinde taraflar hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığı anlayabilecekleri gibi karar aleyhine kanun yoluna başvurulduğunda da HUMK'un 428. maddesi uyarınca Yargıtay incelemesi sırasında ancak bu gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı saptanır. Diğer bir ifadeyle Yargıtay denetimi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. Somut olayda mahkeme hükmünde gerekçe olarak "toplanan deliller, taraf beyanları, tapu kaydı, takip dosyası, keşif tatbikatı, bilirkişi raporu ve tüm dosya münderecatı" yazılmıştır. Böyle bir karar, davanın hangi iptal nedenine dayalı olarak karara bağlandığı hususunu da içermediğinden Anayasa'nın 141/3, 388/3-5 maddelerine aykırı olduğu gibi HUMK'un 428. maddesi gereğince Yargıtay denetimi olanağını da ortadan kaldırdığından davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı B. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı B.ya geri verilmesine 17.10.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SOYBAĞININ DÜZELTİLMESİ • DAVADA GÖREV*

ÖZET: Anne ve babanın birlikte değiştirilmesine yönelik olan dava soybağının düzeltilmesine ilişkindir. Bu durumda uyuşmazlığa Aile Mahkemesinde bakılmalıdır.

Y.17.HD E:2011/8807 K:2011/12048 T:09.12.2011

Dava, nüfusta anne ve baba adının değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce, dava kayıt iptali olarak açılmışsa da öncelikle evlenmenin iptal edilmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Mersin 2. Aile Mahkemesi ise, taraflar arasındaki sorunun evliliğin iptali ile değil nüfus kaydının düzeltilmesi ile giderilmesi gerektiğini bildirerek görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur.

Somut olayda, dava evli oldukları halde nüfusta amca ve yeğen olarak gösterilen davalılardan, davalı N. gerçekte dedesi ve büyükannesi olan Ş. ve H. üzerindeki hatalı kaydının iptali ile gerçekte babası olan A. nüfus kaydına tesciline karar verilmesi istemine ilişkindir.

* Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

Dava, evlilik kaydının iptaline ilişkin olmayıp, anne ve babanın birlikte değiştirilmesine yöneliktir. Anne ve babanın birlikte değiştirilmesine yönelik dava Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca soybağının düzeltilmesi istemine ilişkindir. (Y.18.HD. 2011/1605 E.4230 K.) Bu durumda uyuşmazlığın Mersin 2. Aile Mahkemesi'nde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 6100 sayılı HMK'nın 21. ve 22. (1086 sayılı HUMK'un 25. ve 26.) maddeleri gereğince Mersin 2. Aile Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE**, 09.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TASARRUFUN İPTALİ*

ÖZET: 3. kişi tarafından taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce belirlenen gerçek değerlerin ödendiğinin yasal ve inandırıcı delillerle kanıtlanamaması ve edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde 3. kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenmez.

Y.17.HD E:2011/10906 K:2012/3592 T:26.03.2012

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda, kararda yazılı nedenlerden dolayı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü

KARAR

Davacılar vekili, davalı borçlular M.O. aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak mallarının bulunamadığını ileri sürerek borçlulardan M. İstanbul Bahçelievler Kartaltepe bağımsız bölümü davalı T. Petrolcülük San. ve Tic.A.Ş.ye diğer borçlu O da İstanbul Bağcılar Kirazlı Köyünde bulunan taşınmazını diğer bir davalı M.ye satışına ilişkin tasarrufların iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan M. ve T. Petrolcülük San. ve Tic. A.Ş. vekili davanın reddini istemiştir.

Davalılar O ile M. vekili davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, satışlar ile gerçek taşınmaz değerleri arasında bedel farkı bulunduğu ve davalı T. İle M.ye sattığı taşınmaz üzerindeki ipotek alacaklısı olan Petrol Ürünleri Ltd.Şti. nin ortakları, adresleri ve telefon numaralarının aynı

* Gönderen: Av. Bayram ARSLAN

olduğunun belirlendiği, buna göre satışların muvazaalı şekilde yapıldığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, Bağcılar Kirazlı Köyü taşınmazın satışında bedel farkı bulunmasına, İİY'nin 278/III-2 maddesinde, edimler arasındaki aşırı farkın bağışlama hükmünde sayılıp yapılan tasarrufun iptali tabi olduğunun öngörülmesine, 3. kişi tarafından taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce belirlenen gerçek değerlerin ödendiğinin yasal ve inandırıcı delillerle kanıtlanamamasına, edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde 3. kişilerin iyiniyet iddialarının dinlenemeyeceğine diğer taraftan Bahçelievler, Kartaltepe Mh. Bağımsız bölüm üzerinde dava dışı Petrol Ürünleri Ltd. Şti. lehine verilmiş 04.07.2008 tarihli 300.000 ₺ bedelli iptal davasına konu edilmemiş ipotek yükünün bulunması nedeniyle bu satış bakımından fahiş bedel farkının oluşmamasına, ancak davalılardan T.Petrolcülük San.ve Tic. A.Ş. nin yöneticisi ve ortağı olan aynı zamanda ipotek lehdarı Y.Petrol Ltd. Şti.nin müdürü olduğunun taraf beyanları ile dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlışılmasına, buna göre T. Petrolcülük San.ve Tic. A.Ş.nin borçlu M. Alacaklılarından mal kaçırmak yada alacaklılarını ızrar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle de tasarrufun iptal edilebileceğine (İİY.280/I) ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 4.328.55 ₺ kalan onama harcının temyiz eden davalılardan alınmasına 26.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

KAT MALİKİNİN BORÇLARI • TEMERRÜT FAİZİ • GECİKME TAZMİNATI*

ÖZET: Kat malikinin ortak gider borcuna aylık %10 hesabıyla gecikme tazminatı hesaplanmalıdır. Ortak gider borcuna gecikme tazminatından ayrı olarak faiz de istenebilir.

Ancak geçmiş günler faizi istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekir.

Kat mülkiyeti borcunda temerrüt oluşması için, yönetim planında belirtilen ödeme günü veya işletme projesinde veya kat malikleri kurulu kararında belirlenen ödeme günü ya da icra takibinde ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiği gün temerrüt başlangıcı kabul edilmelidir.

Y.18.HD E:2006/2580 K:2006/5351 T:27.06.2006

1- Borçlu mütemerrit olmadıkça, geçmiş günler için gecikme tazminatından sorumlu tutulamaz. Borcun ödeneceği gün, yönetim planında açıkça gösterilmiş ise o günün dolmasıyla borçlu mütemerrit olur. Yönetim planında böyle bir hüküm yer almamakla birlikte borcun dayanağını oluşturan işletme projesinde veya kat malikleri kurulu kararında ödeme günü belirtilmiş ve bu nitelikteki belgeler borçluya tebliğ edilmiş ise o günden itibaren, bunlar da yoksa, hakkında icra takibi yapılmışsa ödeme emrinin, doğrudan alacak davası açılmışsa dava dilekçesinin tebliği ile mütemerrit duruma düşer. Belirtilen biçimde ortak gider borcunun tediyesinden temerrüt eden borçlu, geçmiş günler için gecikme tazminatını ancak temerrüde düştüğü günden başlayarak ödemek zorundadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davaya konu edilen anayapının boya-badana ve onarım giderleri ile ilgili ortak gider alacağından dolayı davalı şirkete 10.06.2003 tarihinden önce herhangi bir tebliğat yapılmadığı, belirtilen tarihte davalının 6.000.000.000 ₺ borcunun bulunduğunun kendisine ihtarname ile bildirildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda değinilen Yargıtay uygulaması doğrultusunda gerekli incelemenin yapılıp davalı şirkete dava konusu borçtan dolayı 10.06.2003 tarihinden önce bu borcu ödemesi konusunda (borcun ni-

* Gönderen: Erdoğan GÖKÇE Emekli Fatih Hukuk Hakimi

teliği ve miktarı da belirtilmek suretiyle) herhangi bir bildirimde bulunulup bulunulmadığının yöntemince araştırılması –bu bağlamda İstanbul 8. İcra Müdürlüğü'nün 2000/21672 esas sayılı takip dosyasının da dikkate alınması- sonucunda davalının temerrüde düştüğü tarihin açıkca belirlenip gecikme tazminatının buna göre hesaplanması gerekirken, böyle bir inceleme ve araştırma yapılmadan 15.07.2000 tarihinden itibaren gecikme tazminatının işletilmiş olması,

2- Kabule göre de,

a) Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü göz önünde bulundurularak davalının dava konusu edilen ortak gider borcunu ödemede geciktiği günlerin açıkça belirlenmesinden sonra bu günler için aylık %10 hesabı ile gecikme tazminatının hesaplanması gerekirken, gecikilen ay için belirlenen gecikme tazminatının asıl borca eklenip izleyen aylar için gecikme tazminatının asıl borca eklenip izleyen aylar için gecikme tazminatının asıl borç ve işleyen gecikme tazminatı toplamı üzerinden saptanmış olması,

b) İtirazın iptaline konu edilen icra takibi dosyasında asıl alacak için gecikme tazminatından başka 10.251.806.100 ₺ işlemiş %30 yasal faiz de istenilmiştir. Borçlar Yasası'nın 103 ve 104. maddelerine göre geçmiş günler için faize hükmedilebilmesi için borçlunun bu konuda temerrüde düşmüş olması gerekir. Borçlu mütemerrit olmadıkça geçmiş günler faizinden sorumlu tutulamaz. Öyle ise mahkemece davalının dava konusu edilen ortak gider borcundan dolayı temerrüde düştüğü tarihin (yukarıda gecikme tazminatı ile ilgili 1 nolu bentte açıklandığı şekilde) saptanıp takip gününe kadar gecikilen günler varsa o günler için yasal faize hükmedilmesi gerekirken, böyle bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın bu konudaki istemin de kabulü ile doğrudan icra takip talebindeki yasal faize hükmedilmiş bulunması,

Doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı yararına takdir edilen 450.00 ₺ vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı tarafa verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 27.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • PROJEYE AYKIRILIK • YENİ MALİKİN HAKLARI*

ÖZET: Onaylı mimari projeye aykırılıkların eski hale getirilmesine karar verilmelidir.

Bu konuda eski maliklerin muvafakat vermiş olmaları bağımsız bölümü satın alan yeni maliki bağlamaz.

Y.18.HD E:2007/1384 K:2007/1828 T:05.03.2007

Davada, apartmanın ana giriş kapısı ile giriş koridorunun onaylı mimari projeye aykırı olarak değiştirildiği ve zemin katta bulunması gereken giriş koridorunun davalının dairesine katıldığı, giriş kapısının bodrum kata yapıldığı ileri sürülerek projeye aykırılıkların eski haline getirilmesi istenilmiş, mahkemece; dava konusu değişikliğe 03.09.1979 tarihli muvafakatname ile o tarihteki malikler tarafından onay verilmiş olduğu ve mevcut değişikliğin bu muvafakat kapsamında bulunduğu, bu muvafakatın sonradan bağımsız bölüm satın almış olan davacıya da bağlayacağı, projeye aykırı hususların eski hale getirilmesinde kat maliklerinin hukuki yararlarının bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Kat mülkiyeti yasasının 19. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kat malikleri, ana taşınmazın mimari durumunu korumakla yükümlü olup, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre kat maliklerinden biri bütün kat maliklerinin rızası olmadıkça ortak yerlerde inşaat, onarım, tesisler ve değişiklik yapamazlar. Sözü edilen maddede kat malikleri tarafından korunması gerektiği hükme bağlanmış olan mimari durumun, imar müdürlüğü tarafından onaylanmış olan mimari projedeki durum olduğu kuşkusuzdur. Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden ana taşınmazda imar müdürlüğü tarafından 979/3333 sayı ile onaylanan projeye göre 14.12.1979 tarihinde kurulan kat irtifakının 24.07.1980 tarihinde terkin edildiği ve aynı merci tarafından 980/44 sayı ile onaylanan mimari projeye dayalı olarak yeniden kat irtifakı kurulduğu, anayapının korunması gerekli kültür varlığı olduğu ileri sürülerek düzenlenmiş olan restorasyon projesinin Kültür Bakanlığı tarafından 09.05.1986 tarihinde onaylanmış olmakla birlikte bu projenin imar müdürlüğü tarafından onaylanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davaya konu anayapının Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesi uygulamasına esas alınması gereken geçerli mimari projesinin 24.07.1980 tarih 980/44 sayı ile onaylanmış olan proje olduğu sonucuna varılmaktadır.

---

* Gönderen: Erdoğan Gökçe Emekli Fatih Hukuk Hakimi

14.12.1979 tarihinde kurulan kat irtifakının 24.07.1980 tarihinde terkin edilip 980/44 sayı ile onaylanan mimari projeye dayalı olarak yeniden kat irtifakı kurulmuş olması karşısında 03.09.1979 tarihli belgenin herhangi bir geçerliliği kalmamıştır.

Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemeleri sonucunda alınan raporlarda isabetli olarak 980/44 sayı ile onaylı mimari proje esas alınarak mahalline uygulanmış ve bu projeye göre zemin katta olması gereken ana giriş kapısı ile giriş koridorunun bodrum kata alındığı ve giriş kattaki yerlerinin davalının bağımsız bölümüne katılmış olduğu, yapılanların onaylı mimari projeye aykırılık oluşturduğu ve eski haline getirilmeleri gerektiği saptanmıştır. Bir projenin (asıl, tadilat vs. proje olması durumu değiştirmez) tüm kat maliklerinin onayını taşımadıkça ister Belediye İmar Müdürlüğü'nden, isterse Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları'ndan veyahut da yasa ile belirlenmiş diğer makam ve merciler tarafından onanmış olsun bu onamanın hiçbir hukuki değeri yoktur. Kat veya bağımsız bölüm malikleri bu şekilde yapılmış bir proje tasdikine dayanarak herhangi bir hak iddiasında bulunamazlar.

Açıklanan bu nedenlerle, davanın kabulü ile onaylı mimari projeye aykırılıkların eski haline getirilmesine karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Ayrıca davacı dava konusu taşınmazını, karardan sonra dava dışı A'e sattığı davalılar vekili tarafından verilen dilekçede ileri sürüldüğünden HUMK'un 186. maddesi uyarınca bu konuda gereken işlemlerin yapılması hususu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 05.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİK • GENEL KURUL KARARI

ÖZET: Vakfın yetkili genel kurulundan usulüne uygun olarak karar alınmadan senette değişiklik yapılması mümkün değildir.

Y.18.HD E:2011/7361 K:2011/9427 T:29.09.2011

Dava dilekçesinde, vakıf senedinde yapılan değişikliklerin tescili istenilmiş, mahkemece de davanın kabulü ile Üsküdar 9. Noterliği'nin 09.04.2008 tarih 8874 ve 08.09.2008 tarih 21960 yevmiye nolu değişiklik senetlerinin

tesciline karar verilmiş, hüküm Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu Voleybol Vakfı'nın senedinin değiştirilmesi için Vakfın yetkili genel kurulundan yöntemince herhangi bir karar alınmadan Üsküdar 9. Noterliği'nce düzenlenen 08.09.2008 gün ve 21960 yevmiye numaralı değişiklik senedinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelemeksizin hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 29.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VAKIF YÖNETİCİLERİNİN GÖREVDEN ALINMASI
•
UYGULAMA YÖNTEMİ

ÖZET: Vakıf yöneticilerinin görevden alınmasına ilişkin davada, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen prosedür uygulanmalıdır.

Y.18.HD E:2011/8007 K:2011/10048 T:13.10.2011

Dava dilekçesinde, vakıf yöneticilerinin görevden alınmaları istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar ve vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz istemlerinin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dava, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük`ün 23. maddesine göre vakıf senedinde yazılı şartlarla yürürlükteki kanun ve nizamlara uymayan ve genel olarak basiretli bir idareci gibi hareket etmeyen, vakfın mallarını vakıf senedinde belirlenen gayesine uygun olarak kullanmayan, vakfın gelirlerini vakıf senedinde yazılı şartlara aykırı olarak sarf eden ve kusurlu hareketleriyle vakfa zarar verdiği iddia edilen vakıf yöneticilerinin görevden alınmaları istemine ilişkindir. Dava açıldıktan sonra 27.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 10. maddesi, vakıf yöneticilerinin belirtilen sebeplerden dolayı ancak Vakıflar Meclisi'nin vereceği karara dayalı olarak Denetim makamının başvurusu üzerine vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesince görevlerinden alınabileceğini düzenlemektedir.

Mahkemece, yukarıda sözü edilen ve davanın devamı sırasında yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Yasası'nın 10. maddesi gereğince öncelikle görevden alınması istenilen vakıf yöneticileri hakkında bir ön şart olarak gerekli görülen Vakıflar Meclisi'nce verilmiş bir karar olmadığı dikkate alınarak, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulü doğru bulunmamıştır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelemeksizin hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz eden davalılara iadesine, 13.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİK • İZLENECEK YOL

ÖZET: Vakfa ait senedin değiştirilmesinde senette belirlenen usul ve kural uygulanmalıdır.

Y.18.HD E:2011/10901 K:2011/12245 T:29.11.2011

Davacı B. Vakfına ait yürürlükteki senedin 12/e maddesine göre, senet değişikliği vakfın kurucular kurulu üye sayısının en az 4/5'inin iştiraki ve iştirak edenlerin en az 4/5'inin oyu ile yapılabilir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden, vakfın kurucular kurulu üye sayısının senedin 10. maddesine göre 34 kişi olduğu ve senet değişikliği kararının alındığı 13.02.2010 tarihli kurucular kurulu toplantısına asaleten ve vekaleten toplam 25 kişinin katıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı vakfa ait senedin 10. ve 12/e maddelerine göre, senet değişikliğinin kurucular kurulu üye tam sayısının en az 4/5'inin (28 üye) katıldığı ve katılanların en az 4/5'inin olumlu oyu ile yapılabileceğinden, mahkemece bu şart gerçekleşmeden alınan karar ve bu karar doğrultusunda hazırlanan senet değişikliğinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 29.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SOĞUTUCU • KAT MÜLKİYETİ • ORTAK YER

ÖZET: Projede yer olmasa da, komşuları rahatsız etmemek koşuluyla klima cihazının bağımsız bölümün pencere veya balkonuna konulabileceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Y.18.HD E:2012/610 K:2012/1284 T:13.02.2012

Dava ve Karar: Dava dilekçesinde, ortak yere takılan klimanın kaldırılması istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde, dava konusu ana taşınmazın ortak alanı olan balkon demirlerinin dışına davalı tarafça monte edilmiş olan bir adet klimanın kaldırılarak eski hale getirilmesini istemiş, mahkemece klimanın duvarda değil balkonda olduğu ve rahatsızlık vermediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, ana taşınmazın projesinde yer almamış olsa bile kat maliklerinin klima cihazını kendi bağımsız bölümünün pencere ve balkonuna konulmasına komşularını rahatsız etmemek koşuluyla izin verilmekte ise de, somut olayda dava konusu edilen klimanın ortak yer niteliğindeki balkon demirinin dışına monte edilmiş olduğu anlaşıldığından bu eylemin Yargıtayın yukarıda sözü edilen yerleşik uygulamasına ve Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık oluşturduğu gözetilerek dava konusu cihazın bulunduğu yerden kaldırılmasına hükmedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine 13.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

ÇEKTE ŞEKİL KOŞULU • KEŞİDE TARİHİ • KAMBİYO SENEDİ • FAİZ BAŞLANGICI*

ÖZET: Keşide tarihi çekte zorunlu şekil unsurudur.

Çekin ibraz süresi keşide tarihinden itibaren başlar.

Kanuni süresi içinde bankaya ibraz edilmeyen çek kambiyo senedi vasfını kaybeder. Bu durumda keşide tarihinden itibaren faiz işletilmez.

Y.19.HD E:2010/3119 K:2010/12046 T:27.10.2010

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilada yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davalının 28.07.2007 keşide tarihli 20.000 ₺ bedelli hamiline çeki tanzim edip, dava dışı lehtar M. verdiğini, müvekkilinin çeki anılan kişiden ciro yoluyla aldığını, çekin süresinde bankaya ibraz edilmediğini TTK'nın 730/14. maddesi yollamasıyla TTK'nın 644. maddesi gereğince müvekkilinin keşideci olan davacıya sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak başvurabileceğini, çek bedelinin tahsili iççin yapılan icra takibinin davalının haksız itirazı nedeniyle durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının yetkili hamil olmadığını, süresinde davaya konu çeki muhatap bankaya ibraz etmediğini, çekin davacıya beyaz ciro ile ve ibraz süresinden sonra ciro edildiğini, ibraz süresinin geçmesinden sonra yapılan cironun alacağın temliki hükümlerini doğuracağını beyan ederek davanın reddini savunmuş, %40 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece TTK'nın 644. maddesine göre, gerekli işlemleri yapmayarak poliçeden kaynaklanan hakları düşmüş olan hamilin zararına karşı poliçeyi kabul eden muhatabın sebepsiz iktisap kurallarına göre sorumlu olduğu, TTK'nın 730. maddesi gereğince bu hükmün çekler hakkında da uygulandığı, davacı hamilin çek vasfını kaybeden belgeden dolayı sebepsiz zenginleşme hü-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

kümlerine göre alacağını davacı keşideciden talep edebileceği, davalının çekteki imzasını inkar etmediği, davalının davacının yasal hamil olmadığını kanıtlayamadığı bilirkişinin talep tarihi itibariyle davacının 7.055.55 ₺ birikmiş faiz alacağının bulunduğunu belirlediği, ancak davacının 2.124.25 ₺ talep ettiği ve bununla bağlı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalının icra dosyasına vaki itirazının toplam 22.214.22 ₺ yönünden iptaline, asıl alacak 20.000.00 ₺'ye takip tarihinden itibaren işleyecek değişen oranlarda ticari reeskont faizi yürütülerek takibin devamına fazlaya ilişkin talebin reddine, asıl alacağın %40`ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- TTK'nın 692. maddesi uyarınca keşide tarihi, çekin zorunlu unsurlarındandır. Çekin ibraz süresi çekteki keşide tarihinden itibaren işlemeye başlar (TTK 707.md) Kanuni süresi zarfından muhatap bankaya ibraz edilmeyen çek kambiyo senedin vasfını yitirir. Takibe konu çek süresinde muhatap bankaya ibraz edilmediğinden, keşide tarihinden itibaren faiz yürütülemez. Öte yandan davalının takipten önce temerrüde düşürüldüğü hususu da kanıtlanamadığından işlemiş faiz talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 sayılı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 sayılı bentte açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 27.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖLÜYE KARŞI AÇILAN DAVA • MİRASÇILARIN KATILIMI*

ÖZET: Davanın açılmasından önce ölmüş olan kişiye karşı dava açılması mümkün olmadığı gibi, ölü kişiye karşı açılmış olan davaya mirasçıların katılımıyla da devam edilmesi mümkün değildir.

Y.19.HD E:2011/3442 K:2011/12407 T:12.10.2011

1- Mahkeme hükmü davalı B.e 21.01.2011 tarihinde tebliğ edilmiş, temyiz dilekçesi, HUMK'un 432. maddesinde öngörülen 15 günlük yasal süre geçirildikten sonra 11.02.2011 tarihinde temyiz defterine kaydedilmiştir. Süresin-

* Gönderen: Doç.Dr. Mustafa Serdar Özbek

den sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01.06.1990 gün ve ¾ sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, Yargıtay tarafından da karar verilebileceğinden, süresinden sonra yapılan temyiz isteminin reddi gerekmiştir. Öte yandan bir kısım davalılar vekilinin temyiz dilekçesine cevap adı altında yapılan katılma yoluyla temyiz talebi de katılma yoluyla temyizin ancak davanın karşı tarafının temyiz talebine karşı başvurulabilecek bir kanun yolu olması nedeniyle temyiz süresinin geçmesinden kaynaklanan hak kaybını gidermeye elverişli değildir.

2- Davalı D.Ö. davadan önce ölmüş olup, onun hakkındaki dava tefrik edilerek 2009/529-237 sayılı dosyadan davanın reddine karar verildiği halde, asıl dosyada da bu davalı hakkındaki davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, bu konudaki gerekçe ile davanın reddine dair hüküm fıkrasının 1.bendi arasında çelişki bulunması nedeniyle de hüküm usul ve yasaya aykırıdır. Ayrıca daha önce hakkındaki dava tefrik edilen D.Ö. karar başlığında adının yazılı olması da doğru değildir.

3- Davalının dava açılmadan önce ölmesi halinde davanın reddi gerektiğine, mirasçıların bu davada yer alamayacağına dava dilekçesinde kanuni noksan bulunduğundan söz edilerek, mirasçıların davaya katılmasıyla davanın yürütülemeyeceğine ve ıslah yoluyla bunun gerçekleştirilmesine olanak bulunmadığına dair İçtihadı Birleştirme Kararı (04.05.1978, 4/5, RG 01.06.1978, S.16303) uyarınca, ölü kişinin taraf ehliyeti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.50, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.38) bulunmamaktadır.

Buna rağmen, hüküm fıkrasının 2. bendinde birleşen davanın davalısı olduğu belirtilerek M.G.hakkındaki davanın kabulüne karar verilmiş ise de hem asıl hem de birleşen 2010/36 E.Sayılı dosyada M.G. hakkında açılmış bir dava bulunmamaktadır. Ayrıca M.G. nüfus kaydına göre, 13.08.1980 tarihinde öldüğü ve bu nedenle hakkında dava açılması da mümkün olmayan M.G. hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenle davalı B.G. vekilinin temyiz isteminin süre yönünden reddine, 2 ve 3 numaralı bentlerde gösterilen nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenlerine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, vekilleri Yargıtay duruşmasında hazır bulunan B.G. dışındaki diğer davalılar yararına hükmedilen 825₺ duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak anılan davalılara verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 12.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DAVADA İSPAT • YAZILI DELİL KOŞULU*

ÖZET: Davaya katılmayan taraf davayı inkar etmiş sayılır. Bu durum karşısında, dava değeri de gözetildiğinde davacının iddiasını yazılı delil ile ispatlaması gerekir.

Y.19.HD E:2011/4135 K:2011/15184 T:05.12.2011

Davacı vekili, müvekkilinin kendisine ait kamyonu davalıya satarak dava dışı Ö. aracılığıyla teslim ettiğini, aracın davalı tarafından kullanıldığını ancak devrinin yapılmadı gibi kamyon üzerinde bulunan su tankerinin dava dışı M. satıldığını, kamyonun takoğraf noksanlığı sonucu otoparka bağlandığını ve 5.601.45 ₺ otopark ücreti oluştuğunu, ayrıca davalının kamyonu çalıştırdığı süreye ait vergilerin de ödenmediğini bildirerek, otopark ücreti, vergiler ve su tankı bedeli olarak 24.775 ₺'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, duruşmalara katılmamış, cevap da vermemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, harici satış sözleşmesi geçersiz olduğundan taraflar birbirlerine verdikleri iade ile mükellef oldukları, aracın otoparka bağlanmasında davalının kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak koşulu ile kabulüne, 24.775₺ bakiye alacağın dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, müvekkili adına trafikte kayıtlı kamyonun üzerindeki su tankı ile birlikte galerici olan davalıya satılmak üzere noter dışı işlemle teslim edildiğini iddia ederek dava dilekçesinde yeralan taleplerde bulunmuştur. Davalı yargılamaya katılmadığından iddiayı inkar etmiş sayılır. Nitekim davalı, temyiz dilekçesinde de davacı ile aralarında herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığını açıkça bildirmiştir. Bu durumda, dava değeri de gözetildiğinde davacının iddiasını 6100 sayılı HMK'un 200. (HUMK'nın 288) maddesi uyarınca yazılı delille kanıtlaması gerekmekte olup, davalının açık muvafakatı olmadıkça tanık dinlenmesi mümkün değildir. O halde mahkemece açıklanan ilkeler çerçevesinde davacıya iddiasını kanıtlama olanağı sağlanması gerekirken bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 05.1.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

SENETTE BEDELSİZLİK İDDİASI • İSPAT YÖNTEMİ*

ÖZET: Dava konusu bonoların bedelsiz kaldığını ispatlamak yükümlülüğü davacıya ait olup, davacı bu görevini yazılı delil ibraz etmek suretiyle yerine getirmek zorundadır.

Y.19.HD E:2011/5644 K:2011/15422 T:07.12.2011

Davacı vekili, davalı yanca bonoya dayalı olarak müvekkili aleyhine icra takibine girişildiğini, cebri icra tehdidi altında takip dosya borcunun ödendiğini, bonoların müvekkili tarafından imzalandığı halde üzerlerinin doldurulmadığını, müvekkilinin davalıdan mal alış verişi olmadığı gibi davalıdan herhangi bir nakit para da almadığını belirterek cebri icra tehdidi altında ödenen 4.127.00₺'nin davalıdan ödeme tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının iddiasını yazılı deliller doğrultusunda, dava konusu senetlerin teminat senedi olarak dava dışı M. Ltd. Şti.ne verildiği, dava dışı şirket ortağı olan davalı tarafından senetlerin üzerinin doldurularak olmayan bir ticari ilişkinin sebebi olarak takibe konu yapıldığı, davalı tarafından mal tesliminin kanıtlanamadığı gerekçeleriyle davanın kabulüne, 4.127.00 ₺'nin ödeme tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, bedelsiz kalan bonolar nedeniyle cebri icra tehdidi altında ödenen paranın istirdatı istemine ilişkindir. Davaya konu bonoların bedelsiz kaldığının ispat yükü davacıya ait olup bu iddianın 6100 sayılı HMK'nın 201. (HUMK'un 290) maddesi uyarınca yazılı delillerle ispatı gerekmektedir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçelerle davanın kabulünde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 07.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Doç.Dr. Mustafa Serdar Özbek

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

%41.2 İŞ GÖRME GÜCÜ KAYBINDA EL VE ÇOCUKLARA MANEVİ TAZMİNAT TAKDİRİ GEREKMEZ

ÖZET: Öyleyse bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda onun (ana, baba, eş, çocuk gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi %100 iş göremez duruma gelmişse) onların manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur.

Y.21.HD E:2010/6121 K:2012/1133 T:06.02.2012

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetten doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan M.İ. San.Tic. Ltd. Şti. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Uyuşmazlık, davacı F.nin geçirdiği iş kazası sonucu %41.20 işgöremez duruma gelmesi nedeniyle davacının, eşinin ve çocuklarının maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacının eşi ve çocukları adına davacı F. tarafından ve vekile usulune uygun düzenlenmiş vekaletname bulunmadan dava açıldığının anlaşılmasına göre, davacının eşi ve çocukları yönünden manevi tazminata hükmetmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Kabule göre,

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Ancak cismani zarar kavramına (BK. 46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal ve sinirsel bütünlüğünde korunduğu öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda onun (ana,baba,eş, çocuk gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi %100 iş göremez duruma gelmişse) onların manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda onların zararları ile haksiz eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.04.1995 gün ve 1995/11-122, 1995/430 23.09.1987 gün ve E. 1987/9-183 K.1987/655 sayılı kararıda aynı esaslara dayanmaktadır.

Somut olayda, 11.07.2003 tarihinde 34 yaşında olan davacının geçirdiği iş kazası sonucu %41.20 oranında işgöremezliğe uğradığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı eş ve çocukların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir

Açıklanan maddi ve hukuki olgular nedeniyle olayda uygun illiyet ve hukuka aykırılık bağı koşulları oluşmadığından davacılar M. S. Ş ve S'nin manevi tazminat isteminin reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır.

Mahkemenin, belirtilen maddi ve hukuksal olgular dikkate almadan hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmaldır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlerden ilgiliye iadesine, 06.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİT DAVASI • İŞÇİLİK HAKLARI DAVASI • DAVALARIN TEFRİKİ*

ÖZET: Hizmet tespiti davası ile işçilik hakların tahsiline yönelik eda davasının birlikte açılması mümkün değildir; bu nedenle davaların tefrikine karar verilmelidir.

Y.21.HD E:2010/9821 K:2012/1730 T:15.02.2012

Sigortalılığa ilişkin "hizmet tespiti" davaları, Sosyal Güvenlik hakkına ilişkin olarak ortaya çıkan davalardır. Yasal dayanağını 506 Sayılı Yasa'nın 6. ve 79/10. (5510 Sayılı Yasa açısından ise 86/9) maddelerinden almaktadır. Sözü edilen 6. madde de, çalıştırılanların, işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olacakları, sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir. Anılan Yasa'nın 79/10. maddesinde ise, sigortalıların, çalışmalarının tespiti ile ilgili dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, hizmet tespitine ilişkin davalar sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni ile ilgili olup, kişi iradesi belirleyici etkiye sahip değildir. İçerisinde bulunduğu yasal statüsünün belirlediği durum doğrudan dikkate alınır. Bu nedenle hakim, kendiliğinden araştırma yapma yetkisine sahiptir. Bu yetki kapsamında gerektiğinde tanık ve diğer deliller yoluyla doğrudan gerçeği bulma yükümü bulunmaktadır.

İşçilik haklarına ilişkin davalar ise, 4857 Sayılı Yasa'dan kaynaklanmaktadır. Bu tür davalar, kişi iradesine önemli rol verilip, taraf anlaşmalarına geçerlilik tanınan, alacak ve tazminat türünde olan davalardır. Taraflar bu tür haklarından her zaman vazgeçebilir. Bu nedenle hakim, kendiliğinden araştırma yapmaz. Tarafların bildirdiği deliller dışında delil toplanması da olanaklı değildir. Kaldı ki, SGK'nın bu davalarda davalı sıfatı bulunmamaktadır.

Bu durumda, her iki dava türünün, taraflarının statüsü, hakimin delil araştırma bakımından kendiliğinden hareket etmesi, taraf iradelerine atfedilen rol, dava konusu edilen haktan vazgeçilip vazgeçilememesi gibi yönlerden yasal konumları birbirinden tamamen farklıdır. Her iki dava türünün birlikte görülmesi durumunda, davanın birinde birkısım delillerin kendiliğinden dikkate alınması, diğerinde alınmaması gerekecektir ki, aynı dava dosyasında birbiri ile çelişkili kararlar yer alabilecektir. Kaldı ki, işçilik haklarına ilişkin olarak dairemiz kararları ile işçilik alacaklarına ilişkin davalar yönünden asıl görevli Yargıtay ilgili dairelerinin kararları arasında farklı uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

* Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

Öte yandan, temyiz aşamasında inceleme mercileri farklı olan bu davaların birbiriniden bağımsız sonuçlandırılmalarında hukuki istikrar ve kararlara olan güven bakımından da yarar bulunmaktadır. İşçilik haklarına ilişkin olarak kesinleşen hüküm hizmet tesbiti davasında sadece kuvvetli delil olarak değerlendirilmekte, davada taraf sıfatı bulunmayan SGK yönünden bağlayıcı olmamaktadır.

Mahkemenin bu maddi ve hukuksal olguları gözetmeksizin, birbirinden tamamen farklı iki davayı ayrı ayrı başvurma ve nisbi harca tabi olduğunu da göz ardı ederek bir arada görmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş, her iki davayı ayırmak ve eksik yargı harçlarını tamamlattıktan sonra yargılamayı birbirinden bağımsız olarak sonuçlandırmaktan ibarettir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itiazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılardan İ. Radyo TV Yayıncılık A.Ş.ne iadesine 15.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ DAVASI

●

HALK EĞİTİM MERKEZİNDE GEÇEN ÇALIŞMA

ÖZET: Sigortalı çalışmaların tespiti davası İş Mahkemesi'nde görülür. İdare Mahkemesi bu konuda görevli değildir.

Y.21.HD E:2010/7600 K:2012/2773 T:01.03.2012

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde geçen çalışmaların tespitine, aksi yöndeki Kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı, davalı Milli Eğitim Bakanlığı bünyesindeki Halk Eğitim Merkezi'nde 506 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalı ''Usta Öğretici'' olarak 1994-2004 yılları arasında hizmet cetvelindeki giriş-çıkış tarihleri arasında ayda 30 gün çalıştığını ancak hizmetlerinin davalı SGK Başkanlığı'na ders saatleri esas alınarak eksik bildirildiğini ileri sürerek eksik bildirilen hizmet süresinin tespitini talep etmiştir.

Mahkemece davaya bakmaya adli yargı yeri değil, idari yargı yeri görevli olduğundan mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.

5521 Sayılı Yasa'nın 1/2-B maddesinde İşçi Sigortaları Kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara İş Mahkemelerinde bakılacağı bildirilmiştir.

Davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasa'nın 2. ve 79. maddeleridir.

506 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinde bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların bu kanuna göre sigortalı sayılacağı, 79. maddesinde yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlamaları halinde, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarının nazara alınacağı 134. maddesinde ise bu Kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıkların yetkili İş Mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görüleceği bildirilmiş, paralel düzenlemeye 5510 Sayılı Yasa'nın 201. Maddesinde de yer verilmiştir.

4587 sayılı İş Kanunu kapsamında ''işçi'' olmak kavramı ile 506 Sayılı Yasa kapsamında ''sigortalı'' olmak kavramı birbirinden farklı kavramlar olup bir kişinin tabi olacağı Sosyal Güvenlik Kuruluşu'nun yasal koşullara göre belirlenmesi gerektiği, kişinin çalışma ilişkisinin kimi kurumlarda Kamu Hukuku ilişkisi olmasına karşın 506 Sayılı Yasa kapsamında sigortalı olması mümkündür. Daha açık bir anlatımla bir çalışanın 4857 Sayılı Yasa kapsamında "işçi" olması 506 Sayılı Yasa kapsamında "sigortalı" sayılacağı anlamını taşımadığı gibi, bir çalışanın 506 Sayılı Yasa kapsamında "sigortalı" olması da 4857 Sayılı Yasa kapsamında "işçi" olacağı anlamına gelmemektedir.

Somut olayda dosyadaki bilgi ve belgelerden davacı yönünden hizmet akdinin tüm koşullarının oluştuğu, davacı ile ilgili olarak 506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesi gereğince açılmış bir tespit davasının söz konusu olduğu görülmektedir.

506 Sayılı Yasa'nın 2., 79., 134. maddeleri ile 5510 Sayılı Yasa'nın 101. ve 5521 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi bir arada değerlendirildiğinde davaya bakmaya

İş Mahkemeleri'nin görevli olduğunun kabulü gerekir. Dairemizin 2004/13061 Esas, 2005/4433 Karar sayılı 28.04.2005 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2006/201 Esas, 2007/26 Karar sayılı 05.03.2007 tarihli kararı da bu yöndedir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek işin esasının incelenerek çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, somut olayda uygulanma olanağı bulunmayan bir başka Yargıtay Dairesi'nin işçilik alacakları ile ilgili olarak açılan bir davada "usta öğreticilerin" 657 Sayılı Yasa kapsamında "işçi" sayılamayacakları gerekçesiyle davaya bakmaya İş Mahkemelerinin değil, İdari yargı yerinin görevli olduğu şeklindeki içtihadı esas alınarak dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 01/03/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TARIM BAĞ-KUR SİGORTASI

●

BORCUN YAPILANDIRILMASI BORÇ MİKTARININ SİGORTALIYA BİLDİRİLMESİ

ÖZET: Davacının 5797 Sayılı Kanun'a göre prim borçlarının yeniden yapılandırılması için yasal süre içinde Kuruma başvurduğu, ancak davalı Kurumun borcu hesaplayıp davacıya bildirmediği anlaşılmıştır.

Y.21.HD E:2010/8330 K:2012/2871 T:05.03.2012

Kararın bozulmasına karar verildi.

Davacı, 5510 Sayılı Kanun'a eklenen 25. maddeye göre borçlarını yapılandırılmasına ve aksi yöndeki kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava davacının 23.08.2008 tarihinde Kuruma yapmış olduğu müracaatın geçerli sayılarak, 5797 Sayılı Kanun'la 5510 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 25.maddeye göre, prim borcu nedeniyle yapılandırmadan yararlandırılmasına karar verilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

19.08.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5797 Sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 5510 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 25. madde gereğince "5510 Sayılı Kanun'un geçici 24. maddesi kapsamına giren borçları anılan madde hükümlerine göre yapılandırılmamış olan işveren ve sigortalıların, bu maddenin yürürlüğe girdiği 19.08.2008 tarihinden itibaren yirmi gün içinde yani 08.09.2008 tarihine kadar yazılı olarak Kuruma başvurmaları kaydıyla söz konusu madde kapsamına giren borçları bu maddede belirtilen şartlarla yeniden yapılandırılabileceği bilertilerek yeniden yapılandırmadan yararlanma süresi 08.09.2008 tarihi olarak belirlenmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 23.08.2008 tarihinde davalı Kuruma müracaat ederek prim kesintilerinden dolayı Tarım Bağ-Kurlu sayılması ve prim borçları yönünden 5510 Sayılı Kanun ile getirilen yapılandırmadan yararlandırılmasını talep ettiği, Kurumun davacıyı 01.05.1994 tarihinden itibaren Tarım Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil ettiği ancak bu geriye dönük tescil nedeniyle davacının prim borcunu hesaplayıp davacıya bildirmediği, davalı Kurum vekilinin cevap dilekçesinde "davacının 5510 Sayılı Kanun'un geçici 25. maddesi uyarınca imzalaması gereken Talep Formu ve Taahhütnameyi imzalamadığını" belirttiği görülmüştür.

Buna göre, davacının 5797 Sayılı Kanun'a göre prim borçlarının yeniden yapılandırılması için yasal süre içinde Kuruma başvurduğu, ancak davalı Kurumun borcu hesaplayıp davacıya bildirmediği anlaşılmıştır.

Mahkemece yapılacak iş, davacının dava konusu yaptığı 01.05.1994 tarihinden sonraki prim borçlarının yeniden yapılandırılması istemi ile ilgili talebinin süresinde olduğu gözetilerek bu talep ile ilgili olarak davalı Kurumca "5797 Sayılı Kanun'a uygun şekilde davacının borcunun hesaplanıp hesaplanmadığı, davacıya tebliğ edilip edilmediği" hususunu araştırıp sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın eksik araştırma ve inceleme sonucunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönlere amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz davacıya iadesine, 05.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN KISMİ ÇALIŞMALARI • KESİNTİLİ ÇALIŞMA KARİNESİ

ÖZET: Giriş bildirgesine ve bordrolara dayanılarak Kurum'a kısmi olarak bildirilen çalışmalar, işçinin işyerinde kesintili çalıştığının karinesidir.

Bu karinenin aksi eşdeğerde delillerle ispatlanabilir.

İddia edilmesi halinde işverenin sunduğu bordrolar üzerinde imza incelemesi yaptırılmalıdır.

Y.21.HD E:2010/7637 K:2012/3214 T:08.03.2012

Davacı, 1992-1995 ve 1997 Mayıs- 04.10.2000 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak sürekli çalıştığını, hizmetlerinin eksik gösterildiğini, tazminat ve alacaklarının ödenmediğini iddia ile hizmet süresinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece istemin kabulü ile davacının 08.10.2002-11.02.2004 tarihleri arasında davalı işyerinde çalıştığının tespitine karar verilmiştir.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kurum'a kısmi olarak bildirilmiş ve bildirime uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle tanık sözlerine itibar edilemez. Dairemizin, giderek Yargıtayın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının 08.10.2002-31.12.2003 tarihleri arasında davalıya ait 54966 işyeri sicil numaralı işyerinden çalışmalarının kısmi olarak bildirildiği, bildirimi yapılan sürelere ait ücret bordrolarının imzalı olduğu anlaşılmaktadır. Somut olayda imzalı ücret bordroları üzerinde imza incelemesi yapılmadan sonuca gidilmesi isabetsiz olmuştur.

Yapılacak iş, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak davalı işverenin ücret bordrolarında sigortalının imzası üzerinde uzman bilirkişilere imza incelemesi yaptırmak, imzanın sigortalıya ait olduğunun anlaşılması halinde imzasını içeren bordrolara geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan bordrolardaki süreler yönünden de işverence SSK'ya verilen dönem bordroları yok ise işverenin komşu işyerlerinin kayıtlara geçmiş kişileri veya benzer işi yapanların kayıtlara geçmiş kimseleri tespit edilip dinlenmek, işyerine ilişkin Kurum şubesinde bulunan işyeri dosyası ile davacıya ait işyerindeki şahsi dosyalarını celbetmek, muhtasar vergi beyannamelerini incelemek ve tüm deliller toplandıktan sonra delilleri takdir edip sonucuna göre karar vermektir.

Kabule göre de, davanın kısmen kabulüne karar verildiğine göre davalı işveren yararına avukatlık ücretine hükmolunmaması hatalı olmuştur.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlerden ilgiliye iadesine, 08.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

İŞE İADE DAVASI

●

TAZMİNATI ÖDENEREK SONA ERDİRİLEN HİZMET DÖNEMİ

ÖZET: İşe iade davasında işçinin hizmet süresi belirlenirken, işçinin aynı işyerinde daha önce çalışıp da tazminatları ödenerek sona erdirilen hizmet dönemi dikkate alınmamalıdır.

Y.22.HD E:2011/1014 K:2011/3133 T:20.10.2011

Davacı vekili, davacının 10.09.2007 tarihinde bir aylık deneme süreli şoför olarak davalı işverenlikte işe başladığını, süre sonunda işten çıkarıldığını 26.10.2007 tarihinde kadrolu şoför olarak tekrar çalışmaya başladığını, 31.03.2009 tarihinde iş akdinin sona erdirildiğini, boşta geçen 2.5 aydan sonra davalı işverenliğin teklifi üzerine yeniden aynı işyerinde işe başladığını, 18.08.2009 tarihinde işten çıkartıldığını beyanla, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir. Beyanla feshin geçersizliğine, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının şirketin Tuzla Şantiyesinde işe alındığını, şantiyede işlerin sona ermesi üzerine işine son verildiğini, daha sonra Üsküdar şantiyesinde ihtiyaca binaen şoför olarak deneme süreli hizmet akdi ile tekrar işe alındığını ve sözleşme şartlarına uygun olarak 18.08.2009 tarihinde iş akdinin sona erdirildiğini beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının davalı işverenlikte 10.09.2007 – 31.03.2009 tarihleri arasında şoför olarak çalıştığı, iş akdinin davalı işverenlikçe sona erdirildiği, davalı işverenliğin çağırması üzerine 19.06.2009 tarihinde yeniden şoför olarak işe başlatıldığı ve 18.09.2009 tarihinde iş akdinin davalı işverenlikçe sona erdirildiği, davacının davalı işverenlikte toplam kıdeminin yaklaşık 2 yıl olduğu, davacının yaklaşık 18 ay şoför olarak çalıştıktan sonra yeniden işe başlatılması durumunda deneme süreli sözleşme yapılmasını gerektirir objektif neden bulunmadığı, davacının iş akdinin davalı işverenlikçe feshedildiği, haklı ve geçerli fesih iddiasının ispat külfeti kendisine ait olan davalı işverenliğin bu hususu usulünce ispat edemediği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında davacının altı aylık kıdeminin bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla iş güvencesi hükümleri kapsamına girip girmediği uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek için en az altı aylık kıdeme sahip olmak gerekir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre altı aylık süre aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süre birleştirilerek hesaplanır. Sözü edilen maddenin ikinci fıkrasına göre altı aylık kıdemin hesaplanmasında aynı Kanunun 66. maddesindeki süreler dikkate alınır. Altı aylık kıdem şartını öngören hüküm nispi emredici olduğundan, daha az kıdem şartını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir.

Altı aylık kıdem işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarih ile fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih arasında geçen süreye göre belirlenir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının 10.09.2007-30.09.2007, 26.10.2007-31.03.2009, 19.06.2009-18.08.2009 tarihleri arasında şoför olarak davalı şirkete ait işyerinde çalıştığı, iş akdinin iki aylık deneme süresi içinde sözlü olarak 18.08.2009 tarihinde feshedildiği, davacıya 26.10.2007 – 31.03.2009 tarihleri arasına yönelik alacak ve tazminatlarının ödendiği, bu döneme ilişkin iş akdinin 4857 Sayılı Yasa'nın 17. maddesine feshedildiği, 19.06.2009-18.08.2009 tarihleri arasına yönelik tazminat ve alacakların ödenmediği, davacının başka bir işverenin işçisi olduğuna yönelik husumet itirazının ve muvazaa iddiasının bulunmadığı anlaşılmıştır.

Mahkemece, kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği ilkesi dikkate alınarak hüküm kurulmuş ise de davacının davalı işverene ait işyerindeki 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasındaki çalışma döneminin 4857 Sayılı Yasa'nın 17.maddesince sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, 19.06.2009 tarihinde yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Davanın **REDDİNE,**

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40.00 ₺ yargılama giderinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.100.00 ₺ vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 20.10.2011 tarihinde oybrliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • İŞVEREN VEKİLİ

ÖZET: İşletmenin tümünü sevk ve idare eden işveren vekilleri ve yardımcıları işe iade davası açamaz.

Buna göre işletmenin tümünü idare eden genel müdür ve yardımcısı işe iade davası açamaz.

Bunun yanında, işletmenin değil de işletme içindeki bir işyerini idare eden ve işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan yöneticiler de işe iade davası açamazlar.

Y.22.HD E:2011/2040 K:2011/3480 T:27.10.2011

Davacı işi, iş sözleşmesinin davalı işverence geçerli bir neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini, buna bağlı işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen dört aylık ücret ve diğer haklarının belirlenmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, işyerinde yapılan iç denetimde, davacının şirketin davranış kurallarına ve genel iş ilkelerine aykırı olarak müşterilerin hesaplarında oynamalar yaptığını savunması ile bunu kabul ettiği bu nedene sözleşmesinin feshedilmediğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, sonuç olarak, eyleme katılan muhasebe elemanı hakkında bir işlem yapılmamış olmasının eşitliğe aykırı olduğu ve eylem ile ceza arasında oransızlık bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulüne, davacının işe iadesine karar verilmiştir.

4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi işinin işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma

ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce, işletmenin bütün sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, işyerinden genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütünü yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütünü yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütünü sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken, işletmenin değil de işyerinin bütünü sevk ve idare edenlerin 18. madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. Bu işyeri işletmeye bağlı bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak işletmeye bağlı bir işyerinde, bu işyerinin tümünü sevk ve idare eden, ayrıca işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Dairemizin uygulaması da bu yöndedir.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta Genel Müdürün hemen altında Finans Müdürü olarak çalışan ve emri altında Finans Departmanı, IT Koordinatör, Kredi Süpervizörü birimleri bulunan davacının işveren vekili yardımcısı olduğu anlaşıldığından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağından işe iade davası açamaz.

Belirtilen nedenlerle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Davanın **REDDİNE,**

3- Harç peşin alındığında yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre ₺ 1.100.00 ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine kesin olarak 27.10.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

GEÇERSİZ FESİH • İŞÇİNİN TEKRAR İŞE BAŞLATILMAMASI • İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: Geçersiz olduğuna karar verilen fesihten önce işçiye usulüne uygun olarak ihbar öneli verilmiş ya da ihbar tazminatı ödenmiş ise tekrar işe başlatılmama halinde işçinin ihbar tazminatı alacağının bulunduğundan söz edilemez.

Y.22.HD E:2011/10824 K:2011/6789 T:06.12.2011

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, (Toplu İş Sözleşmesi) ve Devlet İkramiyesi TSİ'den kaynaklanan kötü niyet tazminatı izin ücreti, hafta tatili alacağı ile tazminat alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasının lehine sonuçlandığını, davalı işverene süresinde başvurduğu halde işe başlatılmadığını belirterek ihbar tazminatının davalıdan alınmasına karar verilmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin usulüne uygun önel verilerek feshedildiğini, işe başlatmama tazminatının ödendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece feshin geçersizliğine ilişkin verilen kararın kesinleşmesinden sonra davacının süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığını, davacıya daha önce ihbar öneli kullandırılmış ise de, işe iade kararı ile yapılan feshin geçersiz sayılması nedeni ile ihbar önelinin hükümsüz kaldığı gerekçesi ile ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı işveren tarafından temyiz edilmiştir.

İhbar öneli verilerek iş sözleşmesi feshedilen ve fesih bildirimine itiraz davası lehine sonuçlandığı halde işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatının ödenmesinin gerekip gerekmediği uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz Feshin Sonuçları" başlığını taşıyan 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat belirtilmiş, ücüncü fıkrasında ise kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıtırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklar düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında işçinin işe başlatılması halinde varsa peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatının işçiye yapılması gereken ödemelerden mahsup edileceği belirtildikten sonra devamında "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelere ait ücret tutarı ayrıca ödenir." Hükmüne yer verilmiştir. Buna göre işçiye geçersiz sayılan fesih bildirimi ile bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir. Bir başka anlatımla, ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesi gerekmeyecektir.

Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimi ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanununun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeliği kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp, işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanımasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.

Somut olayda, davalı işverence daha önce davacıya usulüne uygun olarak ihbar öneli verilmiş olup, feshin geçersizliğine karar verildikten snra işe başlatılmayan davacıya İş Kanununun 21.maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.12.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA YAPMAYAN İŞÇİ • GEÇERSİZ FESİH

ÖZET: Fazla mesai yapılması konusunda işçiden önceden onay alınmamıştır. Mesai saati içerisinde görevini yerine getirmiş olan işçinin fazla mesai yapmadığı ileri sürülerek gerçekleştirilen feshin geçerli fesih olduğundan söz edilemez. İşe iade kararı verilmelidir.

Y.22.HD E:2012/2142 K:2012/7045 T:12.04.2012

Davacı vekili, davacıyı işveren vekilinin odasına çağırdığını, bir takım kağıtlar önüne konularak imzalamasının istendiğini, imzalamayınca mesaiye kalmadın senin çıkışını verdik, tazminatın yok, iş kıyafetlerini çıkar, evine git, kağıt evine gelir diyerek iş sözleşmesini feshettiğini, işverenin dayanılmaz saatlerde fazla çalışma yaptırdığını, fazla çalışma ücreti ödemediğini, harcırahları fazla çalışma ücreti olarak gösterildiğini, eski şoförlerin tasfiye edilmeye çalışıldığını, bu sebeple bazı işçilerin Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne şikayette bulunduğunu, işverenin şikayette bulunduğunu öğrendiği işçileri taciz ederek çıkmaya zorladığını, ayrılmayanların çeşitli gerekçelerle çıkarıldığını, feshin haklı ve geçerli sebebe dayanmadığını belirterek müvekkilinin işe iadesine ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, sözleşmenin haklı sebeple feshedildiğini, davacının işverenin işi düzenleme kurallarına uymadığını, izinsiz devamsızlık yaptığını, verilen görevleri yerine getirmediğini, işyerinde huzursuzluğa sebep olduğu, işverenden bu şekilde iş sözleşmesini devam ettirmesinin beklenemeyeceği, feshin geçerli sebebe dayandığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Dosya içeriğine göre, işyerinde şoför olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, gönderildiği işleri mesaim bitti diyerek yerine getirmemesi ve mazeretsiz devamsızlığı sebebiyle feshedilmiştir. Davacı vekili, işçilerin fazla mesai ile çalıştırıldığını, ücretlerinin ödenmediğini, bu sebeple işçilerin ilgili merciye şikayette bulunduklarını iddia etmiştir.

Dosya arasında fazla mesai uygulaması için işçiden önceden onay alındığına dair bir belge bulunmamaktadır. İşyerinde fazla mesai yapıldığı ve ücretinin tam olarak ödenmediği araçların takograf kayıtlarına göre tespit yapan Bölge Çalışma Müdürlüğü raporu ile sabittir. İşçi, fazla çalışma yapmaktan kaçınmakta haklıdır. Verilen işleri yerine getirmiş bu kez fazla mesai yapması istendiğinde aracı garajda bırakarak çalışmaktan kaçınmıştır. İşverenin aracını güvenlik sorunu yaratacak şekilde herhangi bir yerde bırakması söz konusu değildir.

İşverence yargılama sırasında sunulan tutanak ve ihtarlar ile iç yazışmalar, taraflar arasında fazla mesai ücreti konusunda uyuşmazlık yaşanan tarihlere rastlamaktadır.Fesih geçerli sebebe dayanmadığından işe iade talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Belirtilen sebeplerle, 4857 Sayılı Kanun',un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda belirtilen sebeplerle;

1- Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE,**

3- Davacının kanuni sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih sebebi ve kıdemi dikkate alınarak dört aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 1.200.00 ₺ vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yapılan 111.25 ₺ yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 12.04.2012 tarihinde karar verildi.

İŞE İADE DAVASINDA FESHİN GEÇERLİ NEDENE DAYANDIĞININ ARAŞTIRILMASI ZORUNLULUĞU

ÖZET: Davalı işveren banka bünyesinde gerçekleştirilen yapılanma çerçevesinde Kozyatağı ve İstanbul Takas Merkezinin birleştirildiği bundan dolayı oluşan personel fazlalığı sebebiyle davacının iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğini ileri sürdüğüne göre, öncelikle işverence alınan işletmesel karar sonucu personel fazlalığı meydana gelip gelmediği, gelmiş ise bu fazlalığın bankanın başka birimlerinde değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı, böyle bir olanak mevcut değil ise davacının hizmet sözleşmesinin feshinde objektif davranılıp davranılmadığı hususlarında üçlü bilirkişi marifetiyle, bilirkişilere işyeri kayıtlarında inceleme yapma yetkisi de verilmek suretiyle araştırılıp tespit edilmeli bundan sonra deliller yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak oluşacak sonuç uyarınca karar verilmelidir.

Y.22.HD E:2011/17602 K:2012/10200 T:17.05.2012

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü:

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin geçerli ve haklı sebep olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca haklı ve geçerli sebeple 30.09.2010 tarihinde feshedildiğini, davacının çalıştığı takas merkez müdürlüğünün organizasyon yapısında değişiklikler yapıldığını, hedeflenen iş yükünün %50'lerde kalmış olması sebebiyle bir kısım personele yapacak iş kalmadığından kadro fazlalığı olduğunu, feshin kaçınılmaz hale geldiğini, davacının seçilmesinde önceki performans ve beceri yetersizliğinin de etkili olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacıya bir başka görev ve pozisyon teklif edildiğine dair delil belge sunulmadığı, soyut beyanlardan başka işten çıkarılanların seçiminde hangi objektif kriterlerin uygulandığının belli olmadığı, davacının çalıştığı bölümün kapatılmadığı ve işin yürütülmeye devam ettiği, sunulan belgeler ve

tanık beyanlarının feshin geçerli olduğunu kanıtlamaya yeterli görülmediği, feshin geçerli olduğu ve son çare olarak uygulandığı hususlarının kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddeleridir.

4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İşletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, sürüm ve satış imkanlarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış Pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini olanaksız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihten önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltmak ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihten kaçınma olanaklarını kullanması, kısaca feshe son çare olarak bakması gerekir.

4857 Sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre feshin geçerli sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dosya içeriğine göre, davalı işveren banka bünyesinde gerçekleştirilen yapılanma çerçevesinde Kozyatağı ve İstanbul Takas Merkezinin birleştirildiği bundan dolayı oluşan personel fazlalığı sebebiyle davacının iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğnii ileri sürdüğüne göre, öncelikle işverence alınan işletmesel karar sonucu personel fazlalığı meydana gelip gelmediği, gelmiş ise bu fazlalığın bankanın başka birimlerinde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığı, böyle bir imkan mevcut değil ise davacının hizmet sözleşmesinin feshinde objektif davranılıp davranılmadığı hususlarında üçlü bilirkişi marifetiyle, bilirkişilere işyeri kayıtlarında inceleme yapma yetkisi de verilmek suretiyle araştırılıp tespit edilmeli bundan sonra deliller yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak oluşacak sonuç uyarınca karar verilmelidir.

Mahkemece, bilirkişi incelemesi yaptırılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı gerekçeler doğrultusunda **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının 17.05.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI*

ÖZET: Tüm bu açıklamalar çerçevesinde Ceza Genel Kurulu'nca varılan sonuçları şu şekilde özetlemek olanaklıdır

1- 5728 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi hükmü, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairelerin istikrar kazanmış kararları ile kurumun karma niteliği nazara alındığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kesinleşmiş infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunması koşuluyla infaz edilmiş hükümlere de uygulanabileceği,

2- Kesinleşmiş hükümlerde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, hükmü veren mahkemece, objektif koşulların değerlendirilmesiyle sınırlı bir inceleme yapılacak ahvalde evrak üzerinde, subjektif koşulların değerlendirilmesi gereken hallerde ise duruşma açılarak yapılması gerektiği,

3- Birden fazla suçtan mahkumiyet halinde hüküm açıklanmasının geri bırakılması koşullarının her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesinin zorunlu olduğu,

4- Kesinleşmiş hükümlerde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya reddine ilişkin kararlara karşı başvurulabilecek yasa yolunun 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1,5275 Sayılı Yasa'nın 101 ve 5271 Sayılı Yasa'nın 231/12. maddesi uyarınca itiraz olduğu,

5- Kesinleşmiş hükümlerde, yasa yolu merciince incelemenin evrak üzerinde ve 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesinin koşullarının belirlenmesi ile sınırlı bir şekilde yapılacağı, hükümdeki hukuka aykırılıkların, bu aşamada denetlenemeyeceği,

6- Kesinleşmiş hükümlerde, 647 Sayılı Yasa'nın 4 ve 6 veya 5271 Sayılı Yasa'nın 50 ya da 51. maddelerinin uygulanıp uygulanmamasının hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya engel oluşturmayacağı,

---

* Gönderen: Av. Tugay Aydeniz

7- Eski yasa döneminde işlenip, adli sicilden silinme koşulları oluşmuş olan mahkumiyetler ile ertelenmiş ve vaki olmamış sayılmasına karar verilen mahkumiyetlerin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayacağı, yeni dönemde işlenen suçlar açısından ise infazdan sonra 5237 Sayılı Yasa'nın 58. maddesinde belirtilen tekerrür sürelerinin esas alınmasının hakkaniyete uygun bir çözüm olacağı,

8- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanaat verici bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği; yönündedir.

Y.1.CD E:2008/11-250 K:2009/13 T:03.02.2009

Sanık O.D'nin resmi evrakta sahtecilik suçundan 765 sayılı TCY'nın 342/1, 80,59/2 maddeleri uyarınca 1 yıl 11 ay 10 gün ağır hapis, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan ise 765 sayılı TCY.nın 510,522 ve 59/2. Maddeleri uyarınca 11 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 03.02.1999 gün ve 208-22 sayılı hüküm, Yargıtay 6.Ceza Dairesi'nce 19.12.2000 gün ve 9381-9936 sayı ile onanarak kesinleşmiştir.

5237 sayılı TCY'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle hükümlünün hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinin talep edilmesi üzerine, İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nce dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 03.02.2006 gün ve 208-22 sayı ile;

"1-....Hükümlü hakkında kesinleşmiş ilamın 2 numaralı bendinde tespit edilen ceza sanık lehine olduğundan 5237 Sayılı Yasa'nın 7/2 maddesi uyarınca 1 yıl 11 ay 10 gün ağır hapis cezasının, hapis olarak değiştirilmek suretiyle aynen korunmasına, infazın kesinleşmiş ilam uyarınca 1 yıl 11 ay 10 gün hapis cezası üzerinden yerine getirilmesine devam edilmesine,

2- Sanık A.D'nin hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçundan eylemine uyan 5237 Sayılı Yasa'nın 155/2 maddesi uyarınca takdiren 1 sene hapis ve 5 gün karşılığı adli para cezası ile cezalandırılmasına,

Takdiri indirici sebep nedeniyle cezası 5237 Sayılı Yasa'nın 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirilerek 10 ay hapis ve 4 gün karşılığı adli para cezası ile cezalandırılmasına adli para cezasının beher günü 20.00 ₺ hesabıyla 80.00₺ Adli para cezası olarak belirlenmesine,

..... Hükümlü hakkında bu suçla ilgili olarak yeniden belirlenen cezalar sonuç olarak sanık lehine olduğundan 5237 sayılı infazın yerine getirilmesine" karar verilmiş ve bu kararda yasa yollarına başvurulmaksızın kesinleşmiştir.

İstanbul C.Başsavcılığı ve hükümlü müdafiinin, 5728 Sayılı Yasa ile 5271 sayılı CYY'nin 231. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle hükümlünün durumunun yeniden değerlendirilmesi istemiyle başvurmaları üzerine, bu kez İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nce 25.02.2008 tarihinde dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda;

"Sanık hakkında işlediği suçlardan ötürü verilen özgürlüğü bağlayıcı cezanın toplam süresinin 2 yıl hapis cezasından fazla olması nedeniyle uygulanması koşulları bulunmadığından ve takdiren sanık hakkında 5728 Sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231/5-14 madde ve fıkraları ile aynı Yasa'nın geçici 1-2.maddelerinin uygulanmasına ve hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına ve infazın durdurulmasına yer olmadığına, hükmün aynen infazına" itirazı kabil olarak karar verilmiştir.

Hükümlü müdafiinin itiraz başvurusu üzerine dosyayı inceleyen İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nce 17.03.2008 gün ve 2008/390 D.iş sayı ile, verilen kararın usul ve yasaya uygun olduğundan bahisle itirazın reddine karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nca 26.06.2008 gün ve 36552 sayı ile yargılamanın duruşma açılarak yapılması gerektiğinden bahisle yasa yararına bozma isteminde bulunulması üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nce 26.09.2008 gün ve 13068-9869 sayı ve özetle;

"Gerek evrak üzerinde gerekse duruşma yapılarak bu yönde verilen kararlar hüküm niteliğinde olup temyize tabi bulunduğundan İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.02.2008 gün ve 1996/208 sayılı kararına karşı itiraz üzerine İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen itirazın reddine ilişkin 17.03.2008 gün ve 2008/390-390 değişik iş sayılı kararı hukuken geçersiz olup yok hükmündedir. 5271 sayılı CMK'nın 264. maddesi uyarınca "yasa yolunun belirlenmesindeki yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağı" cihetle, hükümlü müdafiinin 11.03.2008 günlü temyiz mahiyetindeki başvurusunun süresinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğundan, dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi gerekmekte olup İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.02.2008 gün ve 1996/208 sayılı hükmü henüz kesinleşmemiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.02.2008 gün ve 1996/208 sayılı kararı temyize tabi olup, yasal yollara başvurulması nedeniyle henü kesinleşmediğinden yasa yararına bozma isteminin CMK'nın 309. maddesi uyarınca reddine, temyiz incelemesi yapılmak üzere tebliğname düzenlenmesi için dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine" karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 17.11.2008 gün ve 142569 sayı ile;

"5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1.maddesinin 2. fıkrasında, "Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkumiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 98 ila 101. maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir." Hükmü öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere; Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında uyarlama yargılamasının ne şekilde gerçekleştirileceği ve verilecek kararın hangi yasa yoluna tabi olduğu hususunda genel düzenleme içeren 5275 Sayılı Yasa'nın 98 ila 101. maddelerine atıf yapılmaktadır.Buna göre, uyarlama yargılamasının atıf yapılan maddeler uyarınca duruşmasız, evrak üzerinde inceleme ili gerçekleştirilmesi gerekmekte olup, verilen kararlar da itiraza tabidir.

5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında, 5275 Sayılı Yasa'nın 101. maddesinde yer alan uyarlama yargılamasının duruşmasız olarak yapılması gerektiğine ilişkin genel düzenlemeye istisna hüküm getirdiği halde, yasa yolu bakımından bir istisnaya yer vermemesi, genel kuralın geçerliliğini istediği anlamındadır.

Dolayısıyla uyarlama yargılamasının evrak üzerinde yapılması gereken hallerde dosya üzerinde inceleme yapılarak verilen kararların Geçici 1. maddenin 1. cümlesindeki atıf karşısında itiraza tabi bulunduğunda hiçbir kuşku bulunmamaktadır. Maddede, uyarlama yargılamasının duruşmalı yapılmasının zorunlu tutulmaması ve duruşmalı olarak yapılan yargılama sonucu verilen kararlar bakımından da yasa yolu bakımından bir istisnaya yer verilmemesi nazara alındığında, duruşmalı olarak yapılan uyarlama yargılaması sonucu verilen kararların da itiraza tabi olması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Bu itibarla, söz konusu kararın kesinleşmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi incelenerek bir karar verilmesi gerekir iken, yazılı şekilde karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır." Görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve Adalet Bakanlığının yasa yararına bozma istemi konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Resmi evrakta sahtecilik ve hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçlarından hükümlü O.hakkında, 5728 Sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değiştirilen 5271 sayılı CYYnin 231. maddesi uyarınca yapılan kesinleşmiş hükümde

değişiklik (uyarlama) yargılaması sonucunda, koşulları bulunmadığından bahisle hükmün açıklanmasının geri bırakılması isteminin reddine karar verilmiş ve bu karara karşı yapılan itiraz başvurusu da merciince ret edilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nca mercii kararına karşı yasa yararına bozma isteminde bulunulması üzerine, Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında, kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılması isteminin reddine ilişkin kararlara karşı başvurulabilecek yasa yolunun belirlenmesi konusunda uyuşmazlık doğmuştur.

Ancak, 20.01.2009 tarihinde yapılan birinci müzakerede, uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir karar verilebilmesi için "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" kurumunun niteliğinin belirlenmesi gerektiği ve bu bağlamda;

1- Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilemeyeceği,

2- Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin dosya üzerinde yapılacak inceleme ile mi, yoksa duruşma açılarak mı gerçekleştirileceği,

3- Birden fazla suçtan mahkumiyet hallerinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde, toplam ceza miktarı mı, yoksa her bir suçu için verilen ceza miktarının mı nazara alınacağı,

4- Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi veya istemin reddine ilişkin karara karşı başvurabilecek yasa yolunun, itiraz mı, yoksa temyiz mi olacağı,

5- Yasa yolu merciince yapılacak incelemenin yöntemi (duruşmalı mı, yoksa evrak üzerinde mi) ve kapsamının ne olacağı, merciince, suçun sübutu ve nitelendirilmesi konusunda (esasa ilişkin) değerlendirme yapılıp yapılamayacağı, hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıkların merciince denetlenebilip denetlenemeyeceği,

6- Kesinleşen hükümde 647 Sayılı Yasa'nın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCY'nın 50 ve 51. maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olmasının hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya veya uygulamaya engel oluşturulup, oluşturmayacağı,

7- Kasıtlı bir suçtan mahkumiyetten ne anlaşılması gerektiği,

8- Zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesinden, anlaşılması gereken hususlar neler olduğu, manevi zararların bu kapsama dahil edilip edilemeyeceği, zarar konusunda mahkemece herhangi bir araştırma yapılmasına gerek bulunup bulunmadığı, bulunmakta ise bu araştırmanın kapsamı nasıl belirleneceği,

Korunalırının da ele alınması gerektiği ileri sürülerek, bu hususlara müzakereye dahil edilip edilemeyeceği Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 27. maddesi uyarınca ön sorun olarak ele alınmış, ancak anılan konuların müzakereye dahil edilmesi hususunda yasal oy çokluğu sağlanamadığından işin görüşülmesi ikinci müzakereye kalmıştır.

03.02.2009 tarihinde yapılan ikinci müzakerede ise, hukuki uyuşmazlığın doğru bir şekilde çözüme bağlanabilmesi için belirtilen tüm konuların tartışılarak bir sonuca bağlanması gerektiği yasal oyçokluğuyla kararlaştırılarak müzakereye başlanmıştır.

Uyuşmazlık konularında sağlıklı bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun niteliği ve uygulanma koşullarının incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda ilk kez 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasası'nın 23. maddesi ile çocuklar hakkında, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 Sayılı Yasa'nın 23.maddesiyle 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesine eklenen 5-14. Fıkralar ile de büyükler için kabul edilmiş, aynı Yasa'nın 40. maddesiyle 5395 Sayılı Yasa'nın 23.maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılık hariç olmak koşuluyla, çocuk suçlular ile yetişkin suçlular hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı koşullara tabi kılınmıştır.

Yetişkin sanıklar yönünden başlangıçta şikayete bağlı suçlarla sınırlı olarak, hükmolunan bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası için kabul edilen bu müessese, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 23.01.2008 gün ve 5728 Sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklik ile hükmolunan iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları için uygulanabilir hale getirilmiş, böylece başlangıçta yetişkin sanıklar hakkında şikayete bağlı suçlarla sınırlı olarak uygulanan bu kurum Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılap Yasalarında yer alan suçlar ayrık olmak üzere, tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Ancak, 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 26.02.2008 gün ve 5739 Sayılı Yasa ile 3713 Sayılı Yasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklik ve 1632 sayılı Askeri Ceza Yasası'na eklenen Ek 10. madde ile 15 yaşından büyüklerin işledikleri terör suçları ile 1632 sayılı Yasada yer alan suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği hüküm altına alınmakla hükmün uygulanma koşulları daraltılmıştır.

Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip olup, bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 346-25 sayılı kararında "Sanık

hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 Sayılı CYY'nın 223.maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Müessesenin yargılama yasasında düzenlenmiş bulunması da onun karma niteliğini değiştirmez." Şeklinde açıkça vurgulanmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşulları;

a) Suça ilişkin koşullar

1- Yapılan yargılama sonucunda, sanık hakkında mahkumiyet hükmü tesis edilmeli ve hükmolunan ceza ise iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasından ibaret olmalıdır.

2- Suç, Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılap Yasaları'nda yer alan suçlardan bulunmamalıdır.

3- 01.03.2008 tarihinden itibaren işlenen suçlarda ise, suçun ayrıca 3713 Sayılı Yasa ile 1632 Sayılı Yasa kapsamında yer alan suçlardan olmaması gerekmektedir.

b) Sanığa ilişkin koşullar,

1- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması,

2- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi,

3- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılması, gerekmektedir.

Tüm bu koşulların bulunması halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve sanık beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konularının incelenmesinde;

1- Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün müdür?

Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip olup, bu husus Yargıtay

Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 346/25 sayılı kararında da açıkça vurgulanmıştır.

Karma bir niteliği bulunan bu kurumun, maddi ceza hukukuna ilişkin yönü nazara alındığında, 5237 Sayılı Yasa'nın 7. maddesinde tanımlanan lehe yasanın geçmişe yürümesi ilkesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun önceki hükümlere de uygulanması doğaldır. Kaldı ki, Yasa koyucu da olası tartışmaları engellemek için 23.01.2008 gün ve 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında bu hususu; "Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkumiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 ila 101. maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir" hükmü ile yasal bir çözüme kavuşturmuştur.

Gerek yasal düzenleme gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve Özel Dairelerin yerleşmiş yargısal kararları, gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliği nazara alındığında, bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur.

2- Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi dosya üzerinde yapılacak inceleme ile mi, yoksa duruşma açılarak mı gerçekleştirilmelidir?

Konuya ilişkin 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında, "Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkumiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 ila 101. maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir" hükmü getirilmiştir.

Kaynağını, uyarlama yargılamasının yöntemi ile buna ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Daire kararlarının oluşturduğu 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin açık hükmü uyarınca, bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş, infaz edilmekte ve hatta koşulları bulunmakta ise infaz edilmiş olan mahkumiyet kararları hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin uyarlama, hükmü veren mahkemece, objektif koşulların değerlendirilmesiyle sınırlı bir inceleme yapılması halinde evrak üzerinde,

subjektif koşulların değerlendirilmesi gereken hallerde ise duruşma açılarak yapılmalıdır.

3- Birden fazla suçtan mahkumiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde, toplam ceza miktarı mı, yoksa her bir suç için verilen ceza miktarı mı nazara alınmalıdır?

Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY.nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, düşme nedenlerinin her bir suç yönünden ayrı ayrı nazara alınması gerekmektedir. Bu nedenle birden fazla suçtan mahkumiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususu her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

4- Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi veya istemin reddine ilişkin karara karşı başvurulabilecek yasa yolu, itiraz mıdır, yoksa temyiz midir?

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara karşı başvurulacak yasa yolu, 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesinin 12. fıkrasında açıkça itiraz olarak belirlendiğinden, geri bırakılma kararına yönelik yasa yolu itirazdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının reddine ilişkin kararlara karşı başvurulacak yasa yolunun belirlenebilmesi için ise öncelikle, 5252 Sayılı Yasa'nın 9, 5275 Sayılı Yasa'nın 98 ila 101 ve 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1.maddelerinin kapsamının belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.2005 gün ve 162-173 ile 24.01.2006 gün ve 136-3 sayılı kararlarında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 5252 sayılı Yasanın "Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul" başlıklı 9. maddesinin 1.fıkrası;

a) Sadece 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş mahrumiyet hükümlerinde ve

b) Münhasıran, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle hükümde bir değişiklik yargılaması yapılması gerektiğinde uygulanabilecektir.

Görüldüğü gibi bu düzenleme, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası dışında başka herhangi bir yasanın yürürlüğe girmesi ve lehe hüküm içermesi halinde yapılacak incelemeyi kapsamamaktadır.

Buna göre, 5237 sayılı TCY'nin yürürlüğe girmesi nedeniyle lehe yasanın değerlendirilmesi amacıyla yapılacak uyarlama yargılaması 5275 Sayılı Yasa'nın 98. maddesine göre daha özel nitelikteki 5252 Sayılı Yasa'nın 9. maddesinde öngörülen usule göre gerçekleştirilmeli, bu iki koşulun birden oluşmadığı hallerde ise, genel düzenleme getiren 5275 Sayılı Yasa'nın 98 ve devamı maddelerindeki yöntem uygulanmalıdır.

Anılan kararlarda vurgulandığı üzere, 1 Haziran 2005 tarihinden sonra gerçekleştirilen yasa değişiklikleri nedeniyle uyarlama yargılamasının tabi olacağı ilkeler 5252 Sayılı Yasa'nın 9. maddesine göre değil, 5275 Sayılı Yasa'nın 98 ila 101. madelerine göre belirlenmelidir. Kaldı ki, aynı husus 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinde de açıkça belirtilmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının reddine ilişkin kararlar, 5271 Sayılı Yasa'nın 223. maddesi anlamında hüküm sayılmadığından ve salt bu nedene dayalı uyarlama yargılamasında da 5252 Sayılı Yasa'nın 9. maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığından, 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1 ve 5275 Sayılı Yasa'nın 101/3. fıkrası uyarınca bu kararlara karşı başvurulabilecek yasayolu itirazdır.

5- Yasa yolu merciince yapılacak incelemenin yöntemi (duruşmalı mı, yoksa evrak üzerinde mi) ve kapsamı nedir, merciince, suçun sübutu, nitelendirilmesi konusunda (esasa ilişkin) değerlendirme yapılabilir mi, hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıklar denetlenebilir mi?

Kural olarak itiraz merciince yapılacak inceleme evrak üzerinde olmalıdır. Kesinleşmiş hükümlerde, suçun sübutu, nitelendirilmesi veya kanıt değerlendirilmesi konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmayacağından, itiraz Sayılı Yasa'nın 231. maddesinin koşulları ile sınırlı bir inceleme yapabilecek, hükmün içeriğinde yer alan hukuka aykırılıklar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının objektif koşullarını etkilemediği sürece bu aşamada herhangi bir yasayolu denetimine tabi olmayacağı gibi itiraz merciince de denetlenemeyecektir.

6- Kesinleşen hükümde 647 Sayılı Yasa'nın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCY'nin 50 ve 51. maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya veya uygulamaya engel midir?

Koşullu bir düşme nedeni oluşturan "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" müessesesi, (mahkumiyet, suç niteliği ve ceza miktarına ilişkin) objektif koşulların varlığı halinde mahkemece, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve resen değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir isteme bağlı olmaksızın öncelikle uygulanmalıdır.

Ceza Genel Kurulu'nun yerleşmiş kararlarında vurgulandığı üzere kesinleşen hükümlerde 647 Sayılı Yasa'nın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCY'nin 50 yada 51.maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya engel oluşturmayacaktır. Zira,anılan kişiselleştirme kurumlarının uygulanması, istisnalar dışında mahkemenin takdirine bağlı olduğu halde buna karşın koşullu düşme nedenlerinden birini oluşturan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı resen değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle sanık hakkında, ilk hükümde 647 Sayılı Yasa'nın 4 ve 6 veya 5237 Sayılı Yasa'nın 50 ya da 51. maddelerinin uygulanmış veya uygulanmamış olması da hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararının cezanın kişiselleştirilmesi normlarından önce ve resen uygulanması zorunluluğu karşısında, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.

7- Kasıtlı bir suçtan mahkumiyetten gereken hususlar nelerdir?

5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesinin 6. fıkrasının (a) bendinde olumsuz koşul olarak öngörülen daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamaktan anlaşılması gereken husus, mahkumiyetin kasıtlı bir suçtan doğmasıdır. Anılan bende hükmolunan ceza yönünden herhangi bir ayrım gözetilmediğinden, hükmolunan cezanın hapis veya adli para cezası olmasının, bu koşul açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Ancak yasa koyucu, mahkumiyetle ilgili olarak başkaca bir ölçü getirmediğinden, adli sicilden silinen mahkumiyetler, ertelenmiş ve vaki olmamış sayılan mahkumiyetler, üzerinden çok uzun sürelerin geçmesi nedeniyle tekerrüre esas oluşturmayan mahkumiyetler de hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararına engel oluşturacak mıdır? Bu konularda gerek yasa metninde gerekse gerekçede herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

Yasa koyucu herhangi bir düzenleme getirmediğine göre, bu hükmü mutlak şekilde yorumlamanın, adalet ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı ya da yasa koyucunun gerçek muradının bu olup olmadığı da göz önüne alınmalıdır.

Bu soruna çözüm bulabilmek için yasa koyucunun mahkumiyetin sonuçlarını bertaraf etmek için öngördüğü diğer kurumların da değerlendirilmesi gerekmektedir.

647 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi uyarınca ertelenmiş mahkumiyetlerde, sanığın deneme süresinde kasıtlı bir suç işlememesi halinde önceki mahkumiyet 765 sayılı TCY nın 95/2. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağından bu nitelikteki bir mahkumiyetin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal bir engel oluşturabileceğini kabul etmek olası değildir.

Yine aynı şekilde 3682 sayılı Adli Sicil Yasası'nın 8 ve 5352 sayılı yeni Adli Sicil Yasası'nın Geçici 2. maddesi hükümleri uyarınca silinme koşulları oluşan

adli sicil kayıtlarının, adli sicilden silinmiş olup olmadığına bakılmaksızın bu kayıtların da, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal bir engel oluşturabileceğini kabul etmek hukuk ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.

Buna karşın, 5237 sayılı TCY nın 51. maddesi uyarınca ertelenmiş mahkumiyetlerde ceza infaz edilmiş sayılacağından ve 5352 sayılı Adli Sicil Yasası'nın 9.maddesi uyarınca oluşturulan adli sicil kayıtları ceza veya güvenlik tedbirlerinin infazının tamamlanması ile Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce silinerek bu kayıtlar arşiv kaydına alınacağından, bu tür mahkumiyetlerin varlığı halinde sanık hiçbir şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından yararlanamayacak mıdır? Soruları gündeme gelebilecektir.

Hak yoksunluklarını kural olarak 5237 Sayılı Yasa'nın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandıran doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Yasası'na eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi müessesini kabul eden ve 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören yasa koyucunun, bir kez mahkum olan bir kişinin ömür boyu bu mahkumiyetinin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul ettiği düşünülemez. Bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkumiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkumiyetlerin 231. maddenin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkum edilen sanıklar yönünden, 5237 sayılı TCY'nin tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin nazara alınması ve bu sürelerin geçmiş olduğu hallerde önceki mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşularının değerlendirilmesi yönünden engel oluşturmayacağının kabulü adalet ve hakkiniyete uygun olacaktır.

O halde, 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden, önceki mahkumiyetin 765 sayılı TCY'nin 95/2. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağı haller veya 3682 sayılı Adli Sicil Yasası'nın 8 ve 5352 sayılı Adli Sicil Yasası'nın geçici 2. maddesi hükümleri uyarınca silinme koşulları oluşan önceki mahkumiyetler, adli sicilden silinmiş olup olmadığına bakılmaksızın, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkum edilen sanıklar yönünden ise 5237 sayılı TCK'da tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin geçmiş olduğu haller, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesinde olumsuz koşul olarak belirtilen engel bir neden olarak kabul edilemeyecektir.

Ancak, yasal engel oluşturmayan bu mahkumiyetlerin yargılama mercilerince, subjektif koşulun ele alınmasında sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmamaktadır.

8- Zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesinden, anlaşılması gereken hususlar nelerdir, manevi zararlar bu kapsama dahil midir, zarar konusunda mahkemece herhangi bir araştırma yapılmasına gerek bulunmakta mı, bulunmamakta ise bu araştırmanın kapsamı nasıl belirlenmelidir?

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır. Ancak, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır. Örneğin, 6136 Sayılı Yasa'nın 13. maddesine aykırılık halinde, herhangi bir zarar bulunmadığından zararın giderimi koşulu aranmaz.

Zararın belirlenmesinde hakim, ceza yargılamasında şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurmak koşuluyla, kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hakimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira, 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde Ceza Genel Kurulunca varılan sonuçları şu şekilde özetlemek olanaklıdır

1- 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi hükmü, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairelerin istikrar kazanmış kararları ile kurumun karma niteliği nazara alındığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kesinleşmiş infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunması koşuluyla infaz edilmiş hükümlere de uygulanabileceği,

2- Kesinleşmiş hükümlerde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, hükmü veren mahkemece, objektif koşulların değerlendirilmesiyle sınırlı bir inceleme yapılacak ahvalde evrak üzerinde, subjektif koşulların değerlendirilmesi gereken hallerde ise duruşma açılarak yapılması gerektiği,

3- Birden fazla suçtan mahkumiyet halinde hüküm açıklanmasının geri bırakılması koşullarının her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesinin zorunlu olduğu,

4- Kesinleşmiş hükümlerde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya reddine ilişkin kararlara karşı başvurulabilecek yasa yolunun 5728 Sayılı Yasa'nın Geçici 1, 5275 Sayılı Yasa'nın 101 ve 5271 Sayılı Yasa'nın 231/12. maddesi uyarınca itiraz olduğu,

5- Kesinleşmiş hükümlerde, yasa yolu merciince incelemenin evrak üzerinde ve 5271 Sayılı Yasa'nın 231. maddesinin koşullarının belirlenmesi ile sınırlı bir şekilde yapılacağı, hükümdeki hukuka aykırılıkların, bu aşamada denetlenemeyeceği,

6- Kesinleşmiş hükümlerde, 647 Sayılı Yasa'nın 4 ve 6 veya 5271 Sayılı Yasa'nın 50 ya da 51. maddelerinin uygulanıp uygulanmamasının hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya engel oluşturmayacağı,

7- Eski yasa döneminde işlenip, adli sicilden silinme koşulları oluşmuş olan mahkumiyetler ile ertelenmiş ve vaki olmamış sayılmasına karar verilen mahkumiyetlerin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayacağı, yeni dönemde işlenen suçlar açısından ise infazdan sonra 5237 Sayılı Yasa'nın 58. maddesinde belirtilen tekerrür sürelerinin esas alınmasının hakkaniyete uygun bir çözüm olacağı,

8- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanat verici bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği;

Sonucuna ulaşılmakla, haklı nedenlere dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde Adalet Bakanlığı'nın yasa yararına bozma istemi konusunda bir karar vermek üzere dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE,**

2- Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 26.09.2008 gün ve 13068-9869 Sayılı Kararı'nın **KALDIRILMASINA,**

3- Kararda belirlenen ilkeler çerçevesinde, Adalet Bakanlığının yasa yararına bozma istemi konusunda bir karar verilmesi için dosyanın Yargıtay 11. Ceza Dairesi'ne gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığı'na **TEVDİİNE**, ön sorun yönünden 20.01.2009 tarihinde yapılan birinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 03.02.2009 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla, esasa ilişkin incelemede ise 03.02.2009 günü yapılan ilk müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

KASTEN İNSAN ÖLDÜRME • HAKSIZ TAHRİK • TEKERRÜR

ÖZET: Sanıkların müşterek fail olarak cezalandırılmaları ve maktulden kaynaklı bir tahrik eylemi olmadığı halde cezalarında indirime gidilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Y.1.CD E:2008/10577 K:2009/7790 T:17.12.2009

Sanık M.hakkında mağdur D.yi kasten yaralama, sanık A. hakkında 6136 Sayılı Yasa'ya aykırılık suçlarından açılan kamu davaları ile ilgili her hangi bir karar verilmemiş ise de, zamanaşımı süresi içerisinde karar verilmesi mümkün görülmüştür.

Sanıklardan şikayetçi olduğunu belirten mağdur D. 5271 sayılı CMK'un 234, 237 ve 238. maddeleri uyarınca davaya katılmak isteyip istemediği sorularak, davaya katılmak istediği takdirde bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerektiği gözetilmemiş ise de, gerekçeli karar kendisine tebliğ edildiği halde temyiz isteminde bulunmadığı anlaşıldığından, bu husus, bozma nedeni yapılmamış, bozma öneren tebliğnamedeki düşünce benimsenmemiştir.

Sanıklar M. ve A. hakkında kasten insan öldürme, sanık M. hakkında kasten insan öldürmeye yardım suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde,

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıkların suçlarının sübutu kabul oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde sanıklar M. ve A. suçlarının niteliği tayin, takdire ilişen cezayı azaltıcı sebebinin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık M. ve müdafiinin temyiz dilekçesinde ve duruşmalı incelemede eksik incelemeye ve sübuta sanık A. müdafiinin temyiz dilekçesinde ve duruşmalı incelemede sübuta, meşru savunma ve meşru savunmada sınırın aşılmasına dair hükümlerin uygulanması gerektiğine vesaireye, sanık M. müdafiinin usule, meşru savunma hükümlerinin uygulanması gerektiğine ve sübuta yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak

a) Oluşa, toplanan kanıtlara, dosya içeriğine göre, olay günü saat 23.30 sıralarında maktulün de içinde bulunduğu gruptaki kişilerin kendi aralarında tartıştıklarını gören sanıkların, bu kişilere bakmaları üzerine, maktulün arkadaşı tanık İ. yüksek sesle sanıklara bağırarak neden baktıklarını sorduğu ve onlara yönelik sinkaflı küfürler ettiği, sanıkların geri dönerek küfreden şahsın yanına gelmek istemeleri üzerine, maktul ile arkadaşı R. ve daha sonra tanık D. gruptan ayrılarak sanıkların yanına giderek onları yatıştırmaya çalıştıkla-

rı sırada, sanık A. aniden maktul ve arkadaşlarına sinkaflı şekilde küfredip bıçağını çıkartarak maktule vurduğu, yere düşen maktulün tekrar kalkarak kaçmaya başladığını gören sanık M. maktulü yakalayarak kaçmasını engellediği ve bu sırada sanıklar A. ve M. ellerindeki bıçaklarla maktule vurarak öldürdükleri olayda;

aa) Sanık M. suçun icrasındaki rolü ve katkısının taşıdığı önem dikkate alındığında, tam bir dayanışma ve fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle diğer faillerle birlikte fiili işledikleri ve netice aldıkları anlaşılmakla TCK. nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak cezalandırılmasına karar vermek gerekirken, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde suça yardım eden sıfatıyla cezalandırılmasına karar verilmesi

bb) Maktulden kaynaklanan ve tahrik oluşturacak herhangi bir haksız fiil bulunmadığı halde, haksız tahrik hükmü uygulanarak yazılı şekilde eksik ceza tayini;

b) Sanık M. hırsızlık suçundan Eyüp 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 19.10.2004 tarih ve 1633/1362 sayılı kararı ile verilip 17.03.2005 tarihinde kesinleşen, Gaziosmanpaşa 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 08.12.2004 tarih ve 80/1141 sayılı kararı ile verilip 22.06.2005 tarihinde kesinleşen hapisten çevrilen para cezalarına dair erteli mahkumiyetleri nedeniyle sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş, Cumhuriyet Savcısı'nın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA**, hükmolunan ceza miktarına ve tutuklulukta geçirdiği süreye göre sanık M.nin tahliye isteminin reddine, 16.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

HER SUÇTAN AYRI CEZA TAYİNİ

ÖZET: Yağma amacıyla insan öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarından ayrı ayrı ceza tayini gerekir.

Y.I.CD. E. 2008/4090 K.2010/977 T.22.02.2010

1- Sanık H. müdafiinin yasal süreden sonraki duruşmalı inceleme isteminin CMUK'un 318. maddesi uyarınca reddine karar verilmiştir.

2- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıklar Ö. ve H. adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs ve yağmaya teşebbüs, sanık C. yağmaya teşebbüs suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç nitelikleri tayin, cezayı azaltıcı takdire ilişen sebeplerin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, sanık C. hakkında

adam öldürme ve adam öldürmeye teşebbüs suçlarından elde edilen delillerin hükümlülüğe yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış ve beraatine karar verilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık Ö. müdafiinin sübuta, delillerin hatalı takdir edildiğine, TCK'nın 463 ve 59. maddelerinin uygulanması gerektiğine sanık C. müdafiinin sübuta, suç vasfına vesaireye, Cumhuriyet Savcısı'nın sanık C. adam öldürme ve adam öldürmeye teşebbüs suçlarının sübutuna, katılan R. Vekilinin bir sebebe dayanmayan ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle,

a) Sanık C. yağmaya teşebbüs suçundan kurulan mahkumiyet hükmünün tebliğnamedeki düşünce gibi **ONANMASINA**,

b) Sanıklar Ö. ve H. adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs ve yağmaya teşebbüs suçlarından kurulan hükümler yönünden;

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 17.04.2007 gün ve 2007/1-32-97 sayılı kararı uyarınca Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarda, her suç yönünden ayrı ayrı yapılan değerlendirme sonucu, her suçla ilgili lehe yasa belirlendikten ve buna göre her suçun sonuç cezası belirlendikten sonra, cezaların toplanmasına 765 sayılı TCK'nın 68 ila 77. maddelerindeki ilkelere göre karar verilmesi gerektiğinden;

Sanıkların yağma amacıyla maktul Y. öldürüp, mağdur B. de öldürmeye teşebbüs ettiği anlaşılmakla; maktulü öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nın 82/1-h maddesi, mağduru öldürmeye teşebbüs suçundan 5237 sayılı TCK'nın 82/1-h, 35 maddeleri, yağmaya teşebbüs suçundan 5237 sayılı TCK'nın149/1-a-c,35 maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 765 sayılı TCK hükümlerine göre karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanıklar Ö ve H. müdafiilerinin temyiz itiazları bu itibarla yerinde görülmekle, kısmen resen de temyize tabi hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA**, 22.02.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

OLASI KAST • KALABALIKTA ATEŞ ETME

ÖZET: Kalabalık yerde ateş açan ve çocuğun ölümüne sebep olan kişinin eyleminde olası kast kavramı irdelenmelidir.

Y.1.CD E:2009/3375 K:2011/181 T:26.01.2011

1- Olay sırasında maktulden kaynaklanan ve sanığa yönelen haksız herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı halde sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

2- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde 6136 Sayılı Yasa'ya aykırılık suçunun niteliği tayin, takdire ilişen cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafiinin suç vasfına, tahrikin derecesine vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle;

A) 6136 Sayılı Yasa'ya aykırılık suçundan verilen hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi **ONANMASINA,**

B) Kasten İnsan Öldürme Suçu yönünden;

Oluşa ve dosya içeriğine göre, olay günü sanık M. ile tanık Y. diğer sanık A. ile konuşmak amacıyla işyerine giderek sanık A. minibüse aldıkları, tanık Y. aracı kullandığı, sanıklar A. ve M. arka koltukta oturduğu, minibüs yolda seyir halinde iken sanıklar arasında çıkan tartışmada sanık A. tabancayı çıkartarak mağdur-sanık M. ateş ettiği ancak M. isabet etmeyen merminin caddede park halinde duran taksi içerisindeki çocuk olan maktulün başına isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda;

Sanığın ateş ettiği sırada insanların yoğun olarak bunduğu cadde üzerinde bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesi gerektiği bu nedenle sanığın olası kasıtla hareket ettiğinin kabulü ile maktulün yaşının da küçük olduğu gözetilerek eylemine uyan TCK'nın 82/1-e,21/2,62 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiğinin düşünülmemesi,

Yasaya aykırı olup sanık müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA,** Hükmolunan ceza miktarı ve tutuklulukta geçen süreye göre tahliye talebinin reddine, karşı temyiz bulunmadığından CMUK.326/son maddesi uyarınca kazanılmış hakkının göz önüne alınmasına, 26.01.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ

NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN SUÇ

•

ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI

ÖZET: Netice sebebiyle ağırlaşan suçların cezasında teşebbüs olmaz; bu nedenle inidirim yapılamaz.

Y.5.CD E:2008/3349 K:2008/4695 T:20.05.2008

Mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun cinsel istismarı suçundan sanık B. yapılan yargılanması sonunda; atılı suçtan mahkumiyetine dair Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 10.09.2007 gün ve 2006/119 Esas, 2007/222 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi sanık müdafii, katılan Y. vekili ve katılan N. tarafından istenilmiş olduğundan dava evraki C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine;

Ancak

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.12.1989 gün ve 1989/314 Esas, 1989/399 sayılı Kararı içeriğine göre de, bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden sanığa verilen cezadan TCK'nın 35. maddesi ile indirim yapılması,

Kanuna aykırı sanık müdafii, katılan Y. vekili ve katılan N. temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** 20.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. CEZA DAİRESİ

GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Cezanın üst sınırına göre görevli yer, Asliye Ceza Mahkemesidir.

Y.7.CD E:2009/3281 K:2011/2725 T:22.03.2011

5271 Sayılı CMK'nın 5560, 5728 ve 6008 Sayılı Yasa'lar ile değişik 231. maddesinin 5. 6. ve 14. fıkralarında yapılan değişiklikler uyarınca hükmün açıklanmasının geri uygulaması olanaklı hale geldiğinden, 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi gözetilerek, yasal koşullarının oluşup oluşmadığının saptanarak sonucuna göre uygulama yapma görevinin de yerel mahkemeye ait bulunması zorunluluğu ile hükümden sonra, 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 23.01.2008 gün ve 5728 Sayılı Yasa'nın 578. maddesiyle sulh ceza mahkemesinin görevli olduğunu belirten 1072 Sayılı Yasa'nın 4. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı, 1072 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinde öngörülen hapis cezasının üst sınırının ise 5 yıl olduğu, öngörülen hapis cezasının üst sınırı itibariyle davaya bakma görevinin 5235 Sayılı Yasa'nın 11. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesine ait bulunduğundan, 5728 Sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi uyarınca görevsizlik kararı verilmesinin gerekmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün sair yönleri incelenmeksizin **BOZULMASINA,** 22.03.2011 günü oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ

LEHE OLAN HÜKÜM • RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK

ÖZET: Lehe hükümler gözetilmeden fazla ceza tayini bozmayı gerektirir.

Y.11.CD E:2010/8878 K:2011/640 T:09.02.2011

Sanıklar müdafiinin vaki duruşmalı inceleme isteminin hükmolunan cezaların sürelerine göre koşulları bulunmadığından 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK 318. maddesi uyarınca reddine oybirliğiyle karar verilerek yapılan incelemede gereği görüşüldü;

Hükmolunan ceza miktarları itibariyle haklarında 5728 Sayılı Yasa ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231.maddesinin uygulanma olanağı bulunmayan sanıklarla ilgili olarak, bozmaya uyulmak suretiyle yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma ve kovuşturma neticelerine uyun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre, sanıklar müdafiinin suçun sübuta ermediğine, sübutu halinde eylemin 765 sayılı TCK'nın 347. maddesinde öngörülen suçu oluşturacağına ve fazla ceza verildiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine; ancak,

Sanıkların eylemine uygun bulunan "resmi belgede sahtecilik" suçunun yaptırımının, 765 sayılı TCK.nun 342. maddesinin 1. fıkrasında 2 yıldan 8 yıla kadar ağır hapis olup, 5237 sayılı TCK'nın 204. maddesinin 1. fıkrasında 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası şeklinde sanıklar lehine düzenleme yapıldığı, 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde yer alan ölçütlerin 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde bu suçla ilgili olarak değişmediği, mahkemece karşılaştırma sırasında 765 Sayılı Yasa uygulanırken 2 yıldan 8 yıla kadar olan ceza içinden 2 yıl 6 ayın tercih edildiği, 5237 Sayılı Yasa ile üst sınırın aşağı çekilmesi nedeniyle yasa koyucunun lehe yaptığı düzenleme de göz önüne alınarak, temel cezanın takdir ve tayin olunması gerektiği gözetilmeden 765 Sayılı Yasa'nın sanıklar lehine olduğu kabul edilip yazılı şekilde fazla cezalar tayin olunması,

Yasaya aykırı, sanıklar müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan sanıklar hakkındaki hükümlerin bu sebepten dolayı 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 09.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARI

DANIŞTAY 4. DAİRE

ÖZET: Avukatlık ücreti Serbest Meslek Faaliyeti Çerçevesinde Yapılan Teslim ve Hizmetler'den olduğundan Katma Değer Vergisi'ne Tabidir.

DNŞ.4.D E:2010/1971 K:2011/5825 T:29.6.2011

İstemin Özeti: Avukatlık faaliyetinde bulunan davacının 2006 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporunda; muhtelif icra müdürlüklerinden müvekkilleri adına yapmış olduğu icra takipleri sonucunda tahsil ettiği ve serbest meslek kazanç defterine gelir olarak kaydettiği vekalet ücretleri için serbest meslek makbuzu düzenlemediği ve katma değer vergisini iç yüzde yöntemiyle ayrıştırmadığı ileri sürülerek adına resen tarh edilen 2006/1-12 dönemi katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Ankara 4.Vergi Mahkemesi 15.10.2009 günlü ve E:2008/1345, K:2009/1916 sayılı kararıyla; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu hükmüne yer verildiği, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu, 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işler ile bedelin biletle tahsil edildiği hallerde tarife ve bilet bedelinin katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunacağı ve verginin müşteriye ayrıca intikal ettirilmeyeceğinin hükme bağlandığı, anılan Kanun maddelerinden, avukatlık mesleğinin, serbest meslek faaliyeti ve bu meslekten elde edilen kazancın da serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin ise katma değer vergisine tabi bulunduğunun anlaşıldığı, bu bakımdan, serbest meslek erbabı olan avukatların gerek icra dairelerinde borçludan adlarına tahsil edilen gerekse mahkemelerce karşı tarafa hükmedilen vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu ve belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işlerde tarifenin katma değer vergisi dahil edilerek belirlendiğinin dikkate alınmasıyla söz konusu tahsilatlar nedeniyle davacı adına tarh edilen vergi ve cezada yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesi uyarınca vekalet ücretinin yargılama gideri olduğunu, karşı tarafa hizmet sunulmadığından vergiyi doğuran olayın gerçekleşmediğini, bu nedenle, katma değer vergisine tabi olmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

KARAR: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

SONUÇ: Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, Ankara 4. Vergi Mahkemesi 15.10.2009 günlü ve E:2008/1345, K:2009/1916 Sayılı Karar'ının **ONANMASINA**, 29.06.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA - I

AVUKATLIK ÜCRETİNDE VERGİ*

ÖZET: Avukatlık kanununa göre haklı çıkan tarafın avukatına ait olan bu vekalet ücretinin, elde eden avukat için Gelir Vergisi Kanunu açısından serbest meslek kazancı niteliğinde olmasına rağmen, hem bir bedel olmaması sebebiyle, katma değer vergisinin konusuna girmemektedir.

Bu durumda karşı taraf vekalet ücretinin katma değer vergisinin konusuna girmemesi nedeniyle, yapılan tahakkuk işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.**

İST.II.VM E:2011/1275 K:2012/1046 T:14.05.2012

Karar veren İstanbul 11. Vergi Mahkemesi'nce önceden belirlenen gün ve saatte açık olarak yapılan duruşmaya davacı ve vekilleri davalı idareyi temsilen geldikleri görüldü. Taraflara usulüne uygun olarak söz hakkı verilip, açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilip, dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

Dava, 2011/5. Dönemine ilişkin olarak ihtirazi kayıtla verilen katma değer vergisi beyannamesine istinaden yapılan katma değer vergisi tahakkukunun iptali istemiyle açılmıştır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasının 1.bendinde, Türkiye'de, ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu, 4. maddesinde, Hizmetin, teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemler olduğu, bu işlemlerin, bir şeyi yapmak ve işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi şekillerde gerçekleşebileceği hükümlerine yer verilmiştir.

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesinde, her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançların serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyetinin, sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması olduğu belirtilmiştir.

---

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan Danıştay Kararına bakınız.

** Gönderen: Av. N. Dursun Kırbaş

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde, avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu, 163. maddesinde, avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceği, avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsaması gerektiği, 164. maddesinde, Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği, maddenin devamında, ücretin tespitine ilişkin esaslar belirlenmiş olup, bu maddenin son fıkrasında 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle değişmeden önceki halinde, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça, tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu hükmüne yer verilmişken, 4667 Sayılı Kanun'la bu son fıkra, "dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." Şekilde değiştirilmiştir.

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesinde, mahkemece tayin edilen vekalet ücretlerinin yargılama giderleri arasında yer aldığı düzenlenmiş, benzer düzenleme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde de bulunmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, avukat olan davacının elde ettiği karşı taraf vekalet ücretlerine isabet eden katma değer vergisini ihtirazi kayıtla beyan ederek, karşı taraf vekalet ücretlerinin katma değer vergisine tabi olmadığı gerekçesiyle tahakkukun iptali istemiyle iş bu davayı açtığı görülmüştür.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemelere göre, avukatlık mesleğinin, serbest meslek faaliyeti bu meslekten elde edilen kazancın da serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerinde ise katma değer vergisine tabi bulunduğu anlaşılmaktadır.

Avukatın gerek vekalet sözleşmesine dayalı olarak müvekkilinden elde ettiği ücret, gerekse mahkeme kararıyla karşı taraftan elde ettiği ücret serbest meslek kazancı olup, serbest meslek kazancının katma değer vergisine tabi olabilmesi için bir hizmet sunumuna dayalı olması zorunludur. Hizmetin ise, tarafların karşılıklı iradeleriyle akdettikleri sözleşmeye dayalı olması ve bu hizmetin doğrudan doğruya ve münhasıran, muhatap için yapılmış olması gerekmektedir.

Mahkeme kararı uyarınca karşı taraf avukatına ödenen vekalet ücreti, ödeyen tarafın karşı taraf avukatından aldığı bir hizmetin karşılığı değildir. Tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanuna göre mahkeme kararı uyarınca ödenmektedir. Zaten belirtilen şekilde vekalet ücretine hak kazanan avukatların, karşı/borçlu tarafa serbest meslek faaliyeti kapsamında bir hizmet sunması hukuken mümkün olamaz. Dolayısıyla, Avukatlık kanununa göre haklı çıkan tarafın avukatına ait olan bu vekalet ücretinin, elde eden avukat için Gelir Vergisi Kanunu açısından serbest meslek kazancı niteliğinde

olmasına rağmen, hem bir bedel olmaması sebebiyle, katma değer vergisinin konusuna girmemektedir.

Bu durumda karşı taraf vekalet ücretinin katma değer vergisinin konusuna girmemesi nedeniyle, yapılan tahakkuk işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın kabulüne, dava konusu tahakkuk işleminin iptaline, aşağıda dökümü yapılan yargılama giderinin ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hesaplanan 90.0 ₺ vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine, müdahil harç giderleri ile 56 ₺ müdahil posta giderlerinin müdahale talebinde bulunanlar üzerinde bırakılmasına, artan posta avansının kararın kesinleşmesi halinde davacıya ve müdahale isteminde bulunanlara iadesine, kararın tebliğ tarihini takip eden günden itibaren 30 gün içinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 14.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYA - II

VİZE BAŞVURUSU • DAVALI ÜLKENİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Davacı şirket davalının sergilediği ve haksız eylem oluşturan davranışını dava konusu yapmıştır. Davalı makul süre içinde davacı şirketin vize işlemini reddetmiş olsaydı; davacı bu nedenle maruz kaldığı zarar ziyan sebebi ile Türk Mahkemelerinde dava açamayacaktı. Ancak davalı makul sürede davacının istemine hiçbir gerekçe göstermeksizin yanıt vermemiş olup, Türkiye-Almanya arasındaki ikili anlaşma ve gerekse AB vize kodu davalıya makul sürede (yaklaşık 1 ay içinde) vize istemine olumlu veya olumsuz yanıtlama sorumluluğu yüklemekte olup, davalının, davacı şirketin vize istemini kabul veya reddetmesi değil fakat vize istemi üzerine hiçbir yanıt vermeme şeklinde ortaya koymuş olduğu davranış haksız eylemdir ve davalının bu eylemi yargı muafiyeti kapsamına dahil değildir.*

İzmir 6. AHM. E:2010/296 K:2012/88 T:20.03.2012

Mahkememizde görülen ödence davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

İDDİA

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; M.Müh.İnş. ve Tic. Ltd. Şti. Firmasının 1991 yılından beri faaliyet gösteren, İzmir Ticaret Odasına kayıtlı Uluslar arası projeler de gerçekleştirdiğinden, Federal Almanya da Essen kentinde kurulu Envirotherm G. firması ile bir istisna akdi yaparak Federal Almanya Spremberg kentindeki sinai bir tesisin sökülüp, Hindistana nakledilmesi konusunda sözleşme yapmış olduğunu,

M. Firmasının bu sözleşmeyi yaparken, Federal Almanya İzmir Başkonsolosluğu'na da e-posta yolu ile başvurmuş ve vize için gerekli belgeleri de sormuş olduğunu, aldığı cevap da "internet sitesinde yayınlanan ve belirtilen evrakların dışında başkaca bir evrak gerekmediği" ifade edildiğini,

M.Firmasının, başkonsolosluktan aldığı cevap doğrultusunda ve cevaba da güvenerek, Envirotherm G. firması ile akit imzalamış, gerekli teminat mektuplarını vermiş, masraflarını ödemiş ve çalıştırılacağı personelin ve de kişilerin tüm Evraklarını hazırlayarak 23 Aralık 2009 tarihinde Federal Almanya İzmir Başkonsolosluğu'na prosedürlere uygun olarak (randevulu ve de ücret ödeyerek) başvuruda bulunmuş olduğunu,

---

* Gönderen: Av. Hüseyin CİMŞİT

Başvurusu yapılan tüm personelin sigorta (SGK) girişlerinin yapılmış ve yurt dışında geçici çalışacakları için, işçilerin SGK yönetmelikleri doğrultusunda SGK ya Euro bazında teminat mektubu da hazırlanmış ve masraflarının da ödenmiş olduğunu, işçilerin tüm seyahat ve başvuru masraflarının da ödenmiş olduğunu,

Aradan 5 ayı aşan süre geçmiş olduğunu, Federal Almanya İzmir Başkonsolosluğu'ndan vize verilmediği gibi, başvurularına da cevap dahi verilmemiştir.

M. Firmasının E. Firması ile sözleşmesinin vize verilmemesi nedeniyle iptal edilmiş olduğunu,

İptal edilen işin sözleşme bedelinin 3.300.000 (üç milyon üçyüz bin) Euro olduğunu bildirmiştir.

İşin iptal edilmesi dolayısıyla

Kar mahrumiyeti olduğunu, başka projelerde de E. Firması ile beraber çalışma olanağının ortadan kalkmış olduğunu, bunun manevi zararı, maddi zararından daha agır olduğunu,

Federal Almanya İzmir Başkonsolosluğu'nun uluslararası anlaşmalar gereği M. Firmasının personeline, kendi internet sayfasında istediği ve de başvuru dosyalarını kabul ettiği şekilde, uluslar arası sözleşmelere ve Türkiye – Federal Almanya arasındaki ikili anlaşmalara uygun olarak talep edilen, 90 günlük geçici vizeleri vermek veya veremeyecekse en başından "vize veremeyeceğini" gerekçeleri ile belirlemek zorunda olduğunu, hem vize başvurularını kabul edeceğini beyan edip, hem başvuruları kabul edip, hem de başvuruları olumlu hukuki ve hakkaniyetli hiçbir gerekçesiz sonuçlandırmaması, müvekkili firma M.Müh.İnş. ve Tic. Ltd.Şti.ni maddi ve manevi zarara sokmuş olduğunu,

Bu nedenle Federal Almanya Cumhuriyeti'nin neden olduğu zarardan fazlaya ilişkin hakların saklı kalmak kaydı ile 50.000.00 ₺ maddi 50.000.00 ₺ manevi ödencenin tahsiline karar verilmesini istemiş, 20.07.2011 tarihli ıslah dilekçesi ile maddi ödence istemini ..... ye yükselterek bu miktarın tahsilini istemiştir.

SAVUNMA

Davalı duruşmalara katılmamış, yanıt vermemiştir.

KANITLAR VE GEREKÇE

Davacı M. Müh. İnş. ve Tic. Ltd. Şti. Almanya'nın Essen kentinde kurulu E. Alman firması ile 20.11.2009 tarihli istisna sözleşmesi yaptığı, bu sözleşmeye göre davacı yüklenici şirket Federal Almanya'nın Spremberg şehrindeki sınai bir tesisin sökülüp Hindistana nakledilerek burada monte edilmesi işini yükümlenmiştir.

Davacı sözleşmeyi yaparken Federal Almanya'nın İzmir Başkonsolosluğu'na da e-posta yolu ile başvurarak vize için gerekli belgelerin neler olduğunu sorduğu "internet sitesinde yayınlanan ve belirtilen evrakların dışında başka bir evrak gerekmediği" belirtilmesi üzerine davacının gerekli güvence mektubunu vermiş, giderleri ödemiş, çalıştıracağı kişilerin sigorta girişlerini yapılmış yurt dışında çalışacakları için mevzuata uygun olarak SGK euro bazında güvence mektubu hazırlamış ve masrafları ödenmiş bu belgeler eklenerek 23.12.2009 tarihinde Federal Almanya İzmir Başkonsolosluğu'na başvurmuştur.

Vize başvurusu üzerine 01.06.2010 dava tarihinden önce davacıya olumlu veya olumsuz herhangi bir yanıt verilmemiştir. Davalı tarafından makul sürede vize verilmemesi üzerine davacının Envirotherm ile yaptığı 3.300.000 euro bedelli sözleşme Alman firması tarafından feshedilmiştir.

Davacı davalının haksız eylemi nedeni ile maddi-manevi zarara uğradığını belirterek maddi, 50.000.000 ₺ manevi ödence istemiştir.

Davacı tarafından Türkiye ile Fedaral Almanya arasında yürürlükte bulunan "Türk firmaları işçilerinin istisna akti çerçevesinde istihdamına ilişkin anlaşma" çerçevesinde davacı tarafından yapılan vize başvurusuna davalının nedensiz olarak hiç yanıt vermemesi özel hukuk alanına giren bir haksız eylemdir.

Yabancı devletlerin vize tasarrufları egemenlik tasarruflarıdır ve kural olarak yargı muafiyetinin kapsamına girer. Davacı şirket davalının sergilediği ve haksız eylem oluşturan davranışını dava konusu yapmıştır. Davalı makul süre içinde davacı şirketin vize işlemini reddetmiş olsaydı; davacı bu nedenle maruz kaldığı zarar ziyan sebebi ile Türk Mahkemeleri'nde dava açamayacaktı. Ancak davalı makul sürede davacının istemine hiçbir gerekçe göstermeksizin yanıt vermemiş olup, Türkiye-Almanya arasındaki ikili anlaşma ve gerekse AB vize kodu davalıya makul sürede (yaklaşık 1 ay içinde) vize istemine olumlu veya olumsuz yanıtlama sorumluluğu yüklemekte olup, davalının, davacı şirketin vize istemini kabul veya reddetmesi değil fakat vize istemi üzerine hiçbir yanıt vermeme şeklinde ortaya koymuş olduğu davranış haksız eylemdir ve davalının bu eylemi yargı muafiyeti kapsamına dahil değildir.

5718 Sayılı MÖHUK 49. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yabancı devlete özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklardan yargı muafiyetinin tanınamayacağı ve bu gibi uyuşmazlıklardan yabancı devletin diplomatik temsilciliğine doğrudan tebliğat yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Davalıya atfedilen ve davacı tarafından dava konusu yapılan eylem tipik bir haksız fiildir. Bu türden haksız eylem ilişkisine dayanan davalarda doğrudan davalı yabancı devletin Türkiye de ki temsilciliğine dava dilekçesi tebliğ edilebilir.

Davalının haksız eylemi nedeni ile davacının uğradığı zarar konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmış olup, hükme esas alınmaya uygun bilirkişi ku-

rulunun 10.01.2012 tarihli raporunda da görüldüğü üzere davacının yapmış olduğu sözleşmenin davalının haksız eylemi nedeni ile iptal edilmesinden dolayı kar kaybının .....

Davacı davalının haksız eylemi nedeni ile davacının yapmış olduğu sözleşmenin feshedildiği başka projelerde dava dışı İ.G. ile beraber çalışma olanağının azaldığı, davacının itibarının zedelediği bu nedenle davacı lehine manevi ödence takdiri gerektiği,

Başvuru belgeleri, sözleşme, bilirkişi raporu ve tüm dosyadan anlaşılmakla;

HÜKÜM

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1-Davanın kısmen kabulü ile, ...₺ maddi, ...₺ manevi ödencenin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, maddi ve manevi ödencenin fazlaya ilişkin isteminin reddine,

2- Peşin harcın alıkonarak ..... ₺ karar ilam harcının davalıdan alınmasına,

3- Kazanılan ve kaybedilen oranlar gözetilerek davacı tarafından yapılan 17.15₺ başvuru harcı, ...peşin harç, 2.600.00 ₺ bilirkişi ücreti, 116.75 ₺ posta pulu vs.ki toplam .....den ..... ₺'nin davalıdan alınıp davacıya verilmesine kalan bölümün davacı üzerinde bırakılmasına,

4- Davacı kendisini bir vekil ile temsil ettirdiğinden avukatlık en az ücret çizelgesine göre takdir edilen .....₺ vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

5- Tarafların kararın tebliğinden itibaren 15 günlük yasal süre içerisinde Yargıtay da temyiz yoluna başvurabileceklerine ilişkin açık karar davacı vekili yüzüne karşı açıkça okunup anlatıldı.

UYGULAMADAN DOSYA - III

T.C. GAZİOSMANPAŞA 2. SULH HUKUK MAHKEMESİ

ÖZET: Delil tespiti isteminin reddine ilişkin karar, temyiz edilemez. HUMK.101.v.d. maddeleri ile 368 v.d. maddelerinde yer alan işin esasını çözümlemeyen kararlar, temyiz yolu ile incelenemez.*

G.O.P. 2.SHM E:2012/5 D.İş K:2012/5 T:08.02.2012

Tespit isteyen dilekçesinde, C. maliki olduğu İstanbul İli Gaziosmanpaşa ilçesi Tayakadın köyü, Demircikulağı Mevkii, (..) parselde bulunan tarlaya tarım amaçlı olarak 2 fotoğrafları çekilerek kamyon sahibi olduğundan kendisine 34.189.00₺ para cezasına konu unsurun tarım toprağı olduğunun ve hukuka aykırı olmadığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Hukukumuzda genel anlamda tespit davaların varlığını düzenleyen yasa kuralları bulunmamakla birlikte, tespit davalarının da dinlenebileceği uygulamada ve yerleşmiş Yargı Kararlarında kabul edilmiştir. Davacı dilekçesinde; dökülen toprağın "Tarım Toprağı" olup olmadığının tespitini İdari yaptırım Kararına itiraz ettiğini bunun sonuçlanmadığını belirtmiştir. Ayrıca tanık deliline de dayanmıştır. Tanıkların tespit davası içinde dinlenmesi mümkün değildir. Davacının taleplerinin niteliği itibarıyla tespit davasının reddi gerekmiştir. Tespit isteyen tarafın iddialarını açılmış davada ya itirazda ileri sürmesi mümkündür. Tespitini istediği talepler yargılamayı gerektirdiğinden ve mevcut delil durumu itibariyle tespit talebinin koşulları oluşmadığından talebin reddi gerekmiştir.

KARAR

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Tespiti talebinin koşulları oluşmadığından tespit talebinin **REDDİNE**

Harç peşin alındığından başka harç tahsiline yer olmadığına

Tespit isteyen tarafından gider avansı olarak yatırılan ₺559.55'nin hüküm kesinleştikten sonra **İADESİNE,**

Dair yasal yollar açık olmak üzere evrak üzerinden karar verildi.

---

* Gönderen: Mustafa AY, G.O.P. 2.Asliye Hukuk Mah.Yargıcı

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E:2012/5736 K:2012/8184 T:27.03.2012

Dava dilekçesinde tarım amaçlı özel mülkiyete konu araziye davacı tarafından dökülen toprak nedeni ile davalının para cezası uygulamasından dolayı dökülen toprağın tarım toprağı olduğunun tespiti ile döküm işleminin hukuka aykırı olmadığının tespiti istenilmiştir. Mahkemece tespit talebinin reddi cihetine gidilmiş, hüküm tespit isteyen tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

HUMK'un 101 ve sonraki maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir kararları ile tevdi yeri tayini ve 368 ve sonraki maddelerde yer alan delil tesbiti ve bu nitelikteki işin esasını çözümlemeyen kararlar temyiz yolu ile incelenemezler.

Bu itibarla temyiz dilekçesinin **REDDİNE,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 27.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI*

ÖZET: Şikayetli avukatın, şikayetçi avukatın şikayet dilekçesine ekli belgelerden şikayetçinin avukat olduğu anlaşıldığı halde şikayetçi avukata karşı açtığı dava açılmasından önce Barosu'na bilgi vermediği, ayrıca şikayetçi avukat aleyhine açtığı manevi tazminat davasında, şikayetçi avukatın turizm şirketi yüzünden maruz kaldığı olaylar karşısındaki gösterdiği tepki ile orantılı olarak yaptığı hukuki girişimlere karşı kullandığı sözlerin, bir hasım meslektaş için kullanılmış olması Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın yukarıda açıklanan 5, 27/1 ve 27/2. maddelerine aykırılık teşkil etmekle disiplin suçunu oluşturmaktadır.**

TBB.D.K E:2012/727 K:2012/244 T:04.05.2012

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararına itiraz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

İtirazın süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Şikayetli avukat hakkında, müvekkili adına ve şikayetçi avukata karşı Kadıköy Sulh Hukuk Mahkemesi'nde açtığı manevi tazminat davasında, şikayetçinin avukat olması nedeniyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2.maddesi gereğince baroya bilgi vermediği ve dava dilekçesinde şikayetçi için küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıkça ifade ederek Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5, 6 ve 27/1. maddelerini ihlal ettiği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında özetle, şikayetçiye karşı açtığı davada, şikayetçinin çeşitli mercilere yaptığı müracaatlarda isminin önünde Avukat unvanının (Av.) şeklindeki kısaltmasını kullanmadığını, davaya cevaplarında da vekil kullandığından avukat olduğunu şikayet dilekçesi ile öğrenip bu eksikliği ayrı bir dilekçe ile yerine getirdiğini, dilekçede kullanılan ifadelerin müvekkiline ait olduğunu, kullanılan ifadelerde şikayetçinin mesleğine saldırılmadığını, yapmamış olduğu bir hususa yapmış gibi yer verilmediğini, şahsına hakaret edilmeyip küçük düşürülmediğini, bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetçi avukatın, şikayetli avukatın mü-

* Burada yer alan kararlar, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu tarafından alınan kararlara karşı yapılan itiraz sonucunda TBB Disiplin Kurulu tarafından verilen kesin kararlardır.

** Gönderen: Av. Cengiz YAKA

vekkili olan seyahat şirketi ile arasındaki ihtilafın başlangıcında şirkete elektronik posta ile gönderdiği mesajlarda "Avukat" ünvanını ve "Hukuk İşler Müdürü" sıfatını kullandığı, şirkete keşide ettiği ihtarnamenin noter tasdik şerhi kısmında keşidecinin kimlik tespiti yapılırken müstenidat olarak avukatlık kimliğine atıf yapıldığı görülmüştür.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesi "Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır." 27. maddesinde ise "Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtemez; bir avukat başka bir avukata karşı asil veya vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirir"şeklinde düzenlenmiştir.

Şikayetli avukatın, şikayetçi avukatın şikayet dilekçesine ekli belgelerden şikayetçinin avukat olduğu anlaşıldığı halde şikayetçi avukata karşı açtığı dava açılmasından önce barosuna bilgi vermediği, ayrıca şikayetçi avukat aleyhine açtığı manevi tazminat davasında, şikayetçi avukatın turizm şirketi yüzünden maruz kaldığı olaylar karşısındaki gösterdiği tepki ile orantılı olarak yaptığı hukuki girişimlere karşı kullandığı "davalı, müvekkilimin dolandırılmasını fırsat bilmiş, yaşanan olumsuzlukları kazanca çevirmenin yollarını aramaya başlamıştır…müvekkil şirketin cezalandırılmasını hatta kapatılmasını talep edeceğini tehdit anlamında ifade etmiştir… davalı amacının haksız kazanç ve müvekkile zarar vermek olduğu….davalı hukuken haksız olduğunu bildiğinden ve bu yolla bir sonuç alamayacağını bildiğinden bu hukuksuz yolu tercih ettiği açıktır. Amaç müvekkilimi bezdirmek… tek amacı haksız kazanç temin etmek… müvekkilim … bu gibi haksız kazanç peşinde koşanlara bu davanın emsal olmasını da arzu etmektedir. " şeklindeki sözlerin, bir hasım meslektaş için kullanılmış olması Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın yukarıda açıklanan 5, 27/1 ve 27/2. maddelerine aykırılık teşkil etmekle disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu kararında hukuki yönden bir isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin kararının **ONANMASINA** katılanların oybirliği ile karar verildi.

ÖZET: Şikayetli avukatın, şikayetinin Kadıköy 2.Aile Mahkemesinin "zina nedeni" verilen boşanma kararının temyiz dilekçesine karşı verdiği 25.11.2009 tarihli cevap dilekçesinde ifade ettiği konular hakaret amaçlı olmayıp, dava konusunun esasına yönelik beyanlardır. Şikayetçi hakkında geçmişte yaşananlarla ilgili beyanları ve sunduğu belgeler davasını haklı göstermek amacıyla kullanılmış belgeler niteliğinde olduğu kuşkusuzdur.
TBB.D.K E:2011/654 K:2012/149 T:24.03.2012

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararına itiraz.

İtirazın süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Şikayetçi vekilinin, şikayetli avukatın davalı – karşı davacı vekili sıfatıyla takip ettiği Kadiköy 2. Aile Mahkemesi'nin 2007/266 Esas sayılı davasının yapılan yargılaması sonucunda verilen kararın şikayetçi tarafından temyizi üzerine temyize cevap verdiği 25.11.2009 tarihli dilekçesinde, davacı karşı davalı şikayetçiye yönelik olarak "……nın bir kez daha evlilik dışı ilişkisinden hamile kaldığı ve çocuk aldırdığına muttali olunmuş ve bu hususta ilgili belgelerin celbi, taraflar arasında devam etmekte olan mal rejimi davasının görülmekte olduğu Kadıköy 1. Aile Mahkemesi'nin 2008/556 Esas sayılı dosyası ile talep edilmiştir." Şeklinde gerçeğe aykırı ifadelere yer verildiği gibi, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nde 02.12.2009 tarihinde duruşmalı olarak yapılan temyiz incelemesinde de "şikayetçinin evine sürekli erkek aldığını, bu işleri çocukların gözü önünde yaptığını, kocası evden çıkar çıkmaz eve erkeklerin girdiğini, gayrimeşru ilişkiden olan çocuğu aldırdığı" şeklinde ithamlarda bulunduğunu iddia etmes üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmeyerek, disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikayetçinin aynı konu ile ilgili olarak müvekkili hakkında Kadıköy Cumhuriyeti Başsavcılığı'na şikayette bulunduğunu, müvekkili hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, bu karara itiraz edilip, itirazın reddedilmekle kesinleştiğini, davaya sunduğu dilekçedeki ifadelerin iddia ve savunma sınırları içinde kaldığını, kendisi hakkında yapılan şikayette de kovuşturma açılmasına yer olmadığı karar verildiğini, şikayetin haksız olduğunu bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın Kadıköy 18. Noterliği'nin 08.07.2008 tarih ve yevmiye numaralı vekaletnamesi ile vekili olduğu şikayetçinin Kadıköy 2. Aile Mahkemesi'nin Esasında kayıtlı "evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni boşanma" davası açtığı, şikayetli avukatın Kadıköy 3. Aile Mahkemesi'nin Esas sayılı "Zina nedeni ile maddi ve manevi tazminat

ve çocukların velayeti" için karşı dava açtığı, davanın bu dosyada birleştirildiği, mahkemenin zina nedeni ile tarafların boşanmalarına, 100.000.00₺'si tazminat ve velayetin babaya verilmesine karar verdiği, dosyanın Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nden geçerek onandığı, şikayetli avukatın Kadıköy 1. Aile Mahkemesi'nin Esasında kayıtlı olarak "mal rejimi" davası açtığı, sözü geçen ifadeleri mal rejimi davasında ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'ndeki duruşmada beyan ettiği, şikayetli avukat hakkında Cumhuriyet Savcılığı'na yapılan başvuru nedeni ile 30.01.2011 tarihli "olur" ile kovuşturma izninin verilmediği anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukat tarafından 25.11.2009 tarihli cevap dilekçesinde ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nde yapılan duruşmada kullanılan ve içeriği yukarıda açıklanan ifadelerin savunma ile ilgili olup,olmadığı ve savunma sınırlarını aşıp, aşmadığına ilişkindir.

Anayasamızın 36. maddesi "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir", eski TCK'nın 486 yeni TCK'nın 128. "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez" maddeleri ile, iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında "Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerektiği" bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, Esas 1998/225, Karar 1998/316 sayılı kararında "….Anayasa'nın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur."

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, Esas 1974/1160, Karar 1975/5782 sayılı kararında da, "Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, Onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel

ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır." denilmektedir.

Şikayetli avukatın, şikayetinin Kadıköy 2. Aile Mahkemesi'nin "zina nedeni" verilen boşanma kararının temyiz dilekçesine karşı verdiği 25.11.2009 tarihli cevap dilekçesinde ifade ettiği konular hakaret amaçlı olmayıp, dava konusunun esasına yönelik beyanlardır. Şikayetçi hakkında geçmişte yaşananlarla ilgili beyanları ve sunduğu belgeler davasını haklı göstermek amacıyla kullanılmış belgeler niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Kovuşturmaya konu ifadeler Anayasal bir hak olan savunma hakkının sınırları içinde kaldığı da tartışmasızdır.

Böylelikle, şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı ifadeler, şikayet edilen avukatın müvekkilinden aldığı bilgi ve talimatlar doğrultusunda iddia konusu ifadelerini kullandığı davanın zina nedeni ile boşanma ve mal rejimi davası olduğu göz önünde bulundurulduğunda ve cevap dilekçesinin bütün incelendiğinde, şikayetçinin açtıkları kovuşturmaya konu sözlerin sübjektif inançla ve karşı tarafın kişiliğini hedef alan, bu sebeple onu küçük düşürmeye yönelik olmadığı ve savunma sınırları içinde kaldığı anlaşılmakla, eylem disiplin suçunu oluşturmamaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi vekilinin itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararın **ONANMASINA,** oybirliği ile karar verildi.

ÖZET: Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamakta ise de, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın altıncı kısmında bulunan 34. maddeye de aykırı olması ve Aynı Yasa'nın 136/1.maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası tayininde isabet görülmemiş, uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.
TBB.D.K E:2011/726 K:2012/243 T:04.05.2012

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine, ilişkin kararına itiraz

İtirazın süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü;

Şikayetli avukatın borçlu aleyhinde İstanbul 6. İcra Müdürlüğü'nün Esas sayılı dosyası üzerinden yapılan icra takibinde, talimat icra müdürlüğü olan Seferihisar İcra Müdürlüğü'nün Talimat sayılı dosyasında 20.01.2009 tarihinde yapılacak satışı şikayetçi icra müdür vekilinin muhtarlık ilan tutanağının eksik olması nedeniyle satışı düşürmesi üzerine şikayetçiye hitaben "sen bu satışı düşürüyor musun? Düşür o zaman düşür. Hepiniz burada çete olmuşsunuz, sakin olmayacağım. Ben buraya İstanbul'dan geliyorum. Siz hepiniz birbirinizin dediğini yapıyorsunuz. Seferihisarlısın, karşı tarafta Seferihisarlı. Karşı tarafla anlaşarak satışı düşürdün. Bu bayan burada olmasaydı ben sana daha neler söyleyecektim görürdün, daha seninle görüşeceğiz. Seni Allah'a havale ediyorum." Şeklindeki sözleri nedeniyle başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçunu oluşturduğu kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, satış günü olan 20.01.2009 tarihinde, satış tarihinden çok önce satış mahallinde olmasına rağmen, şikayetçi icra müdürü tarafından herhangi bir eksiklikten bahsedilmediğini, satış saati geldiğinde "Mahalle muhtarı tarafından mahallen ilan yapıldığına dair tutanağın dosyaya gelmediği" gerekçesi ile satışı düşürdüğünü, eğer satış mahalline geldiğinde eksiklik bildirilmiş olsa idi mahalle muhtarlığına giderek ilan tutanağını kendisine bildirilmediğini şikayetçi icra müdürünün ihale başlar başlamaz önceden hazırladığı satışın düştüğüne dair tutanağı çıkardığını,tutanağın önceden hazırlanmış olması nedeniyle bu duruma tepki gösterdiğini, söz konusu satış nedeniyle 24 kez İstanbul'dan gelip gittiğini, bu nedenle çok büyük emek ve paralar harcandığını, satışın düşürüldüğüne dair tutanağın imzalanmasından sonra icra müdürü ile aralarında tartışma çıktığını, bu sırada sesini yükselterek "Ben buraya İstanbul'dan geliyorum satışı düşürmeye hakkın yoktu

sen borçluyu tanıdığın için satışı düşürdün galiba bu bayan burada olmasa idi daha ağır konuşurdum seninle görüşeceğiz. Seni Allaha havale ediyorum." Dediğini ancak "çete olmuşsunuz" cümlesini kullanmadığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası'nın 34, 134. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4 ve 5.maddelerine aykırı olduğunu kabulle şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından "şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiğine göre şikayetli avukat hakkında kınama cezası tayini gerektiği" gerekçesi ile itiraz edilmiştir.

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak "kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret ve tehdit" suçlarından dolayı İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Esasına kayıtlı olarak açılan kamu davası sonucunda Mahkemece Karar sayılı ve 24.12.2010 tarihli kararı ile şikayetli avukatın sabit görülen hakaret eylemi nedeni ile TCK'nın 125/1-4, 62. maddeleri uyarınca 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve CMK'nın 231/5. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, şikayetli avukatın tehdit suçu sabit görülerek TCK'nın 106/1, 62. maddeleri uyarınca 625.00 ₺'sı adli para cezası ile cezalandırılmasına, CMK'nın 231/5.maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmansa karar verildiği, hükmün 22.02.2011 tarihinde kesinleştiğine dair şerh verilmiş olduğu, dosya içindeki mahkeme kararı ve ekindeki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı her ne kadar mahkumiyet açısından kesin hüküm oluşturmamakta ise de, mahkemenin yeminli dinlediği tanık anlatımları, oluşa ilişkin tespitleri ile gerek kamu davası gerek kovuşturma konusu dosya içindeki diğer tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, şikayetli avukatın şikayetçiye karşı hakaret ve tehdit eylemlerinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanınının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kuralları'na uymakla yükümlüdürler."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." 5. maddesine göre "Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukuk ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır." 25. maddeye göre de "Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur."

Şikayetli avukatın şikayetçiye karşı olan eylemi Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4, 5 ve 25. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamakta ise de, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın altıncı kısmında bulunan 34. maddeye de aykırı olması ve Aynı Yasa'nın 136/1.maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası tayininde isabet görülmemiş, uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Uyarma Ceza Verilmesine" ilişkin kararının "Kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, Şikayetli Avukat **KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA** katılanların oybirliği ile karar verildi.

AİHM KARARLARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ[1]

AİHM 228 - 29.05.2012

Başvurucu'nun tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı; Yüksek Mahkeme Hakimi'nin, Hükümet'e hizmetler sunduğu için ödeme yapılan bir hukuk firmasına üye olması sebebiyle, ihlal edilmiştir.

AİHM 3. Dairesi; bugün ki ***UTE Saur Vallnet v. Andorra davası (başvuru no: 16047 / 10)***'nda oybirliği ile, AİHS'nin 6/1 maddesi (adil yargılanma hakkı)'nin ihlal edildiğine, itirazı kabil olmak üzere karar vermiştir.

Dava; bir iş consorsiyumu tarafından yapılmış olan ve Andorra Prensliği Yüksek Adalet Mahkemesi İdari Yargılama Bölümü'nün bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiasını içeren şikayet ile ilgilidir. Şirket'in temyiz duruşmasına raportör hakim olarak katılan İdari Yargılama Hakimi, aynı zamanda; Andorra Hükümeti' nin diğer davalarının yasal takibini yapan Barcelona'daki bir hukuk firmasının ortağıydı.

Başlıca gerçekler:

Başvurucu S.V; Andorra La Vella' da tescilli ofisi bulunan, Fransız S. Şirketi ile A.V. Şirketi'ni içeren bir geçici iş konsorsiyumu (TBC)'dur. (Andorra) Çevre Bakanlığı 1998 sonunda, La Massana Belediyesi' nde bir kanalizasyon tesisi inşa edilmesi amacı ile bir ihaleye katılım çağrısı yapar ve 1999 Şubat ayında ihale yapılır.

2004 Temmuz ayında İdare; kanalizasyon arıtmasının gerekli asgari standartlarına uyum konusunda başarısız olduklarından mutsuzluğunu, TBC'ye bildirir. 13 Nisan 2005'te Hükümet; O (TBC)'na karşı idari dava açmaya karar verir. Ağustos 2007'de Bakanlık; kanalizasyon tesisini terk etmenin bir sonucu olarak ortaya çıkan onarım ve denetim maliyetleri ile ilgili olarak 241.042, 89 EURO ödeme emri ve kamu sözleşmesinin uygulanmasında sözleşmenin ihlali sebebiyle, TBC'ye, 1.587.976, 34 EUR idari para cezası yükler.

11 Eylül 2007'de TBC; Bakanlık Kararı'na karşı daha yüksek İdari Otorite'ye itiraz ederse de, ret yanıtı alır. Sonra, O (TBC)'nun, (Andorra) Asliye Mahkemesinin İdari Bölümü (Tribunal de Batlles)'ne yaptığı başvuru için, 1 Eylül 2008' de tebliğ edilen bir karar ile, talepleri ret edilir ve para cezaları onanır.

TBC; temyiz eder. 14 Eylül 2009' da Yüksek Adalet Mahkemesi'nin İdari Bölümü, ilk derece mahkemesi kararını onar. 1 Ekim 2009' da TBC; butlan

1 AİHM karar çevirileri İstanbul Barosu Avukatlarından Hasan ÖZDEMİR tarafından yapılmıştır.

gerekçesiyle kararın iptali talebini havi, 2 başvuru yapar. Yapılan 2. başvuru da; raportör hakimin, Andorra Hükümeti' ne 2002'den beri diğer davalarında yasal hizmet sağlayan Barcelona Hukuk Firması R' de, 1999' dan beri, yönetim kurulunun bir üyesi ve ortağı olduğu bilgisinin edinildiği bildirilir. Yüksek Adalet Mahkemesi 2 başvuruyu da inceleyerek; (itiraz ya da temyiz) zamanının geçirildiği gerekçesi ile (ikisini de) ret eder. TBC; Anayasa Mahkemesi'ne bir empara (anayasal) temyiz başvurusu yapar ve bu son itiraz olup, Aralık 2009'da Anayasa Mahkemesi (*súplica*) kabul edilemezlik kararını açıklar.

10 Kasım 2010' da (Andorra) Asliye Mahkemesinin İdari Bölümü; kendi kararındaki, 1.829.019, 23 EUR (para cezasını) ödemesini ya da (para cezasının) tahsil edilebileceği mülkiyetin tayini suretiyle, TBC'nin, mahkeme kararını uygulamasını emreder.

TBC ise; raportör hakim S'nin, tarafsız ve bağımsızlık eksikliği olduğunu öne sürer ve Yüksek Adalet Mahkemesinin İdari Bölümünün Tüm Üyeleri'nin çekilmesini talep ederek (kararı tekrar) temyiz eder. Aynı zamanda O; bu karar aleyhine, AİHM'ne yaptığı başvurunun incelemesinin devam ettiğini öne sürerek, kararın yürütmesinin durdurulmasını da talep eder.

15 Haziran 2011' de Yüksek Adalet Mahkemesinin Ceza İşleri Bölümü, 10 Kasım 2010 tarihli karara karşı TBC tarafından yapılmış temyiz üzerine verdiği karar ile; Yüksek Adalet Mahkemesi'nin Başkanı'nın hakim S'nin yerine, hakim C'nin atanması kararını onaylar ve (temyize konu) kararı, Yüksek Adalet Mahkemesi'nin İdari Bölümü'ne (tekrar incelenmek üzere) geri gönderir. İcra takipleri ise; halen derdesttir.

Şikayetler, Yargılama Usulü ve AİHM' nin Üyeleri:

AİHS'nin 6/1. maddesi (adil yargılanma hakkı)'ne dayanarak, TBC Saur Vallnet özellikle; Yüksek Adalet Mahkemesi'nin İdari Bölümü' nün tarafsızlık ve bağımsızlık eksikliğinden şikayet etmiştir. O (TBC); (Yüksek Adalet Mahkemesi'nin) İdari Bölümü'nün raportör hakimi S'nin, aynı zamanda, Andorra Hükümeti'nin diğer davalarının yasal takibini yapan Barcelona'daki bir hukuk firmasının ortağı olduğunu iddia etmiştir.

Dava; AİHM' ne 12 Mart 2010' da açılmıştır.

Mahkeme Kararı:

AİHS'nin 6/1. maddesi;

AİHM; söz konusu davanın devamı sırasında, Hakim S'nin, Davalı Hükümet'e ücret mukabili yasal yardım sağlayanlar içinde olduğu belgelenen İspanyol Hukuk Firması R'de bir ortak olduğunun tartışmasız olduğunu tesbit etmiştir. Yüksek Adalet Mahkemesi'nin Ceza Bölümü'nün 15 Haziran 2011 tarihli kararında; Hakim S'nin söz konusu hukuk firmasının bir ortağı olduğu dönem boyunca, Andorra Hükümeti'nin, (R Hukuk Firması'na) çeşitli hizmet-

ler nedeniyle faturalandırılmış miktarlara karşılık olan paraların toplamını ödediği, gösterilmiştir. Ceza Bölümü Kararı'nda; söz konusu anlaşmazlık sırasında ve özellikle (başvurucu konsorsiyum) ile Hükümet arasındaki, kanalizasyon tesisleri ile ilgili krizin doruğa çıktığının görüldüğü 2004 yılındaki yargılama sırasında, taraflardan biri ile Hukuk Firması R arasında bir mali ilişki olduğu ve S'nin ortak olduğu Hukuk Firması R ile Andorra Hükümeti arasındaki bazı faturalarda bunun görüldüğü, ifade edilmiştir.

AİHM; Hukuk Firması R. ile (Hakim) S arasında, TBC tarafından sunulan ve Hukuk Firması R. ile S arasındaki, öne sürülen bağlantıya ilişkin belgelerin doğruluğunu, Hükümet' in de kabul etttiğini, tesbit etmiştir. 15 Haziran 2011 tarihli kararda gösterildiği gibi; yargılama sırasında, Hukuk Firması R ve Andorra Hükümeti arasında bir mali ilişkinin varlığı, toplam olarak bu davanın parçası olmasından herhangi bir yarar sağmamasına rağmen S'nin tarafsızlığı konusu ile ilgili olarak, Başvurucu Şirket'te, belli bir dereceye kadar makul bir şüphe oluşabilirdi. İcra takibatı sırasında, TBC tarafından yapılmış temyiz üzerine, Ceza Bölümü; Hakim S'nin çekilme başvurusuna izin vermiş ve değiştirilmesini emrederek, davanın (tekrar incelenmek üzere) Yüksek Adalet Mahkemesi-nin İdari Bölümü' ne geri gönderilmesine karar vermiştir.

AİHM; İç Hukuk Mahkemeleri'nin de, Hakim S'nin Yüksek Adalet Mahkemesinin İdari Bölümü'ndeki yargılamaya katılımı sonucunda, TBC'nin tarafsızlık eksikliğinden şüphe etmekte (haklı) olduğunu onayladığını gözlemiştir. Bununla birlikte TBC, now; 14 Eylül 2009 tarihli kararın tebliğ edildiği zaman ile aynı pozisyondadır. Yüksek Adalet Mahkemesinin İdari Bölümü'nün tarafsızlık eksikliği, aynı mahkemenin Ceza Bölümü tarafından da kabul edilmiştir, fakat 14 Eylül 2009 tarihli kararın AİHS' ni ihlal potansiyeli, (henüz) hiçbir iç hukuk nihai kararı ile yok edilmemiştir.

AİHM; Ulusal Yetkililer, ya açıkça ya da esaslı biçimde, O'nun mağdur statüsünü tanıdıktan sonra, bir başvurucunun, mahrumiyet için yeterli temelde bulunmadığını olumlu biçimde ölçmemiş ya da bir karar ile daha sonra zararı tazmin etmemiş ise, AİHS'nin ihlali olduğunu tekrarlar. Bu davada TBC Saur Vallnet; Yüksek Adalet Mahkemesinin İdari Bölümü' nün kararına karşı çıkmaya başlamış ve bir yargıç olarak S'nin tarafsızlığı konusunda şüpheleri haklı bulunmuştur. Buna göre; bir mahkemenin tarafsız olmak zorunluluğu ile ilgili olarak, AİHS' nin 6/1. maddesi ihlal edilmiştir.

AİHS'nin 41. maddesi;

AİHS'nin 41. maddesi (hakkaniyete uygun tazmin) uyarınca AİHM; Andorra'nın, Başvurucu Konsorsiyum'a 8.000 EUR harç ve masraf olarak ve 12.000 EUR da manevi tazminat olarak ödemesi gerektiğine karar vermiştir.

AİHM 227 - 29.05.2012

Mozambik'in Bağımsızlığı'nda, Portekiz Konsolosluklarına depo edilen para tutarları geri ödenirken; satınalma gücünü karşılaması zorunlu değildir.

AİHM 2. Dairesi; bugün kü F.C v. Portekiz (başvuru no. 2489/09) davasında, itirazı kabil olarak,

Oybirliği ile, AİHS'nin 6/1 maddesi (makul bir zaman içinde adil yargılanma hakkı)'nin ihlal edildiğine,

Oy çokluğu ile, 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyet hakkı)'nin ise, ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Dava; 1976 yılında Mozambik'te, iç savaşın başlamasından sonra, Portekiz eski kolonisinin, (Ülke'yi) terk ederken, Başvurucular' ın Portekiz Konsolosluğu' na depo ettiği para tutarlarının, Devlet (Portekiz) tarafından geri ödenmesi hakkındadır. Görünüşe göre bu durum; 3.000 kişiyi ilgilendirmektedir. Bay F.C; parasının geri ödemesinin, enflasyon ya da paranın değerindeki aşınma (amortisman) hesaplanmadan yapıldığından şikayet etmiştir.

AİHM; 1 nolu Protokol' ün 1. maddesi kapsamındaki diğer hususlar içinde, Devletler için, güvenlik amacı ile ve özellikle konsolosluk gibi finansal olmayan kurumlara depo edilen, bu tip tutarların (geri ödenmesinde), satın alma gücünü koruması gerektiği yönünde, genel bir yükümlülük bulunmadığı hususunu tekrar ifade eder.

Başlıca gerçekler:

Başvurucular; evli bir çift olan, J.P.F.C. ve Bayan M.H.F.C, sırasıyla, 1945 ve 1941 doğumlu, Portekiz vatandaşları olup, halen Oeiras (Portekiz)'da yerleşiktir. Onlar; eski bir Portekiz Kolonisi olan Mozambik'te doğmuş ve Mozambik'in Bağımsızlık İlanı ile çıkan siyasi kargaşa ve iç savaştan sonra, 1976 yılında mülklerinin çoğunu arkada bırakarak Ülke' den ayrılmak zorunda kalmıştır.

Bay ve Bayan F.C; herşeye rağmen, Ülkenin Başkenti Maputo'daki Portekiz Konsolosluğu'na, nakit biçiminde 950.000 Mozambik Escudo (2* şu andaki kur karşılığı = yaklaşık 4.700 EUR) paralarını depo edebilirler. Paranın bırakıldığı zamanda; Mozambik Escudosu ile Portekiz Escudosu (PTE) aynı değeri temsil etmektedir. 12 Aralık 1994'te Portekiz Maliye Bakanı; Maputo ve Beira'daki Portekiz Konsoloslukları' na nakit biçiminde depo edilen tutarların sahibi olan şahısların, zararlarını tazmin amacıyla, 1,4 Milyar Escudo'nun, bir kenarda hazır olduğunu ilan etmiştir. (Ödeme'de) Portekiz Eskudosu olarak söz konusu miktarların "temsili değeri" dikkate alınacaktı. Bu hesaba göre, 19 Aralık 1994 tarihinde başvuranların (alacaklarının) toplam tutarı; 950.000 Portekiz Escudo (PTE)'dur.

19 Şubat 2001'de Onlar (başvurucular); zararlarının tazmini için, Lizbon İlk Derece Mahkemesi (Asliye)'nde, Devlet'e karşı dava açar. Onlar; şu 950.000 Portekiz Escudo (PTE)'nun, enflasyona göre güncellenmesini ve paralarını kurtarmayı bekledikleri zaman boyunca, kurlardaki aşınmanın da hesaba katılmasını talep etmiştir.

2007 Yılında Dava; ret edilir ancak Bay ve Bayan F.C'nun itirazı sonunda Lizbon İstinaf Mahkemesi; bu ret kararını bozar. Daha sonra Temyiz Mahkemesi ise; dava konusu fonların resmi bir mevduat anlaşması olmadan depo edilmesi sonucunda, Devlet' in, yasal yükümlülük altındaki bir borçlu olmaması sebebiyle, söz konusu para biriminin temsili değeri ile sınırlı şekilde, para geri ödemesi yapması gerektiğine ve Onlar'ın (gecikmeden doğan) herhangi bir zarar talep haklarının olmadığına karar vermiştir. Üstelik, (nihai kararda) Taraflar için, söz konusu toplam tutar üzerinde herhangi bir güncelleme de öngörülmemiştir.

Şikayetler, Yargılama Usulü ve AİHM 2. Dairesi' nin kompozisyonu:

Başvurucular; AİHS'in 6/1 maddesi (makul bir süre içinde adil yargılanma hakkı) ile AİHS'in 13. maddesi (etkili bir hukuk yolu bulma hakkı)'ne dayanarak, zararlarının tazmini için açtıkları davanın aşırı uzun sürdüğünden şikayet etmiştir. 1 Nolu Protocol' ün 1. maddesi (mülkiyet hakkı)'ne dayanarak da; Onlar' ın depo etmiş oldukları tutarın güncellenmesinde başarısızlıktan şikayette bulunmuştur.

Başvuru; AİHM'e 30 Aralık 2008'de yapılmıştır.

Mahkeme Kararı:

AİHS'in 6/1 maddesi;

Zararın tazmini için açılan davalar; 3 (üç) yargı düzeyi (Asliye, İstinaf, Temyiz)'nde, 7 (yedi) yıl 7 (yedi) ay sürmüştür. Portekiz Hükümeti; farklı bir sonuca yol açabilecek herhangi bir kanıt ya da argüman getirmekte başarısız olduğundan, Bay ve Bayan F.C. Davası'na benzer birçok diğer davalarda olduğu gibi, AİHM; yargılamanın aşırı uzun sürmesi sebebi ile, AİHS'in 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHS'in 13. maddesi;

Başvurucular'ın AİHS'nin 13. maddesine dayanarak yaptıkları şikayet dahi; AİHS'in 6/1 maddesi kapsamındaki şikayet-lerinden, herhangi ayrı bir olay gündeme getirmemiştir.

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi;

Başvurucular tarafından, Maputo Konsolosluğu'na Yatırılan Tutar'ın, 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin kapsamı içinde, bir "mülkiyet" olduğu şüphesizdir. Başvurucular'a paraları geri ödendiği anda, Onlar için geçerli talep mik-

tarı; enflasyon ve kurdaki aşınmanın güncellenmesi sonucunda hesaplanacak bir ayarlanmış tutar mı olacağı hususu, buradaki temel sorundur. Bankalar ya da diğer finansal kurumlar, yatırılan mevduatın satın alma gücünü, sistematik endeksleme suretiyle koruyorlarsa da, AİHM'in köklü içtihatlarına göre; Devletler için, (bu yöntemi uygulamak yönünde) genel bir yükümlülük bulunduğu anlamı,

1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinden çıkarılamaz. Bir konsolosluk gibi, mali olmayan bir kurum söz konusu ise, bu çıkarım; daha da doğrudur. Ayrıca, geri ödeme zamanındaki tutarın; enflasyon ve kurdaki aşınmanın güncellenmesi suretiyle, olası bir ayarlanmasının yapılarak hesaplanması konusunda, başvurucular ve emanetçi arasında açık bir anlaşmanın yokluğunda, sadece yatırılan toplam tutarın temsili değerinin geri ödenmesi iddia edilebilir. Daha da ötesi, şayet iç hukukta yeterli bir temeli olsaydı ve örneğin iç hukuk mahkemelerinin müstakar içtihatları desteklemiş olsaydı, bir "mülkiyet" hakkı adına sadece bir "yasal beklenti" elde etmeleri mümkün olabilirdi. Temyiz Mahkemesi; sonuçlandırdığı, başvurucularınkine benzer bir çok davada, ödeme tutarları için, asla bir ayarlama hakkı tanımamıştır. Bu sebeple AİHM;

1 Nolu Protokol'ün 1. maddesine dayanarak, konsolosluğa depo ettikleri tutarlar için, Bay ve Bayan F.C'nin herhangi bir ayarlama talep edemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak, bu hüküm (1 Nolu Protokol' ün 1. maddesi); ihlal edilmemiştir.

AİHS'in 41. maddesi;

AİHM, AİHS'in 41. maddesi (hakkaniyete uygun tazmin) gereğince; Portekiz' in, Başvurucular'a, harç ve masraf olarak, 1.000 EUR ve manevi tazminat olarak da, 2.600 EUR ödemesi gerektiğine karar vermiştir.

Muhalefet Şerhi:

Yargıçlar Popoviç ve Sajo; karara karşı ortaklaşa kısmen karşı olmuştur. Muhalefet şerhleri; karara eklenmiştir.

AİHM 246 - 12.06.2012

Norveç'teki arazi sahipleri için, (mevzuat değişikliği ile) kira yükseltmeyi imkansız kılmak, onların mülkiyet haklarını ihlal eder.

AİHM IV. Dairesi; bugünki, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç (başvuru numaraları: 13221 / 08 ve 2139 / 10)' davasında, itirazı kabil olarak, oy birliği ile,

1 No'lu Protokolün 1. Maddesi'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Dava; arazi sahiplerinin, mevzuat değişikliği yüzünden, önceden olduğu gibi, zaman sınırlaması olmaksızın ve aynı şartlarla, kira sözleşmelerini uzatırken, arazilerinin kiralarını artırma imkansızlığı hakkındadır.

AİHM; Norveç Yetkilileri' nin, kamu yararı ile (düzenleme) içindeki çeşitli çıkarlar arasında adil bir denge kuramadığını, gözlemiş ve mukayese edildiğinde, toprak sahipleri için bir orantısız mali yük ve halen kiradaki arazilerin kira artışı üzerinde de bir engel oluşturduğunu tesbit etmiştir.

Başlıca olgular

Başvuranlar; B.M, K.H, karı-kocalar olarak E. ve G.N, N.T. ve D.B'dir. Bu altı başvuranın tümü; farklı kasabalarda yaşayan Norveç vatandaşları olup, 1940 ile 1956 arasında doğmuştur.

Onlar; zamanında, çeşitli yerlerde, Norveç'teki arazilerin parsel sahiplerinden, 40 ile 99 yıllık zaman dilimleri için, tatil evleri ve daimi konutları (inşa) için, kiralama yapmıştır. 1996 Yılında çıkarılmış bir "Yeni Arazi Kirası Yasası", 2002 yılında yürürlüğe girer. 1 Kasım 2004'ten itibaren etkili olacak değişiklikler ile; bütün bu arazilerdeki kiralamalara yönelik olarak, tatil evleri ve daimi konutlardan süresi bitmiş olanlar için, önceden olduğu gibi, zaman sınırlaması olmaksızın ve aynı şartlarla, kira sözleşmelerini uzatılmasını talep etme hakkı verilir.

(AİHM'nden) önce, önderlik biçiminde, bir kiraya veren tarafından Temyiz Mahkemesi'nde dava açılmışsa da, Norveç Temyiz Mahkemesi; başvuranlar içinde olmayan kiracıları haklı bulur. Konut edinme hakkını korumayı amaçlayan, yeni Konut Kiralama ve Kiraları Düzenleyen Yasa; (Norveç) Anayasa ile uyumlu olduğundan, AİHS'e de aykırı olmadığı tesbit edilmiş.

B.M, K.H, karı-kocalar E. ve G.N ve D.B; tatil ve kalıcı konut için tarımsal mülkiyet sahipleridir. N.K. ise; kalıcı evlerin (..) parselinin malikidir. Başvuranların Tüm Kiracıları; onların kiralamalarının süresi sona erdikten sonra, başvuranlar tarafından artış önerilmeden; -yeni yasaya atıf ile - önceden olduğu gibi ve aynı şartlarla, kira sözleşmelerinin uzatılmasını talep etmiştir.

Başvuranlar; kiracıların avukatları ile tartışarak, kendi pozisyonlarını takip ve üstün kılma yolu ile karşı koymuş ya da uzlaşma ve mahkemede dava açmışlarsa da, sonuç değişmemiştir.

Şikayetler, Yargılama Usulü ve AİHM 4. Dairesi'nin Karar Veren Yargıçları:

Başvuranlar; 1 No'lu Protokolün 1. Maddesi'ne dayanarak, 1996 tarihli Arazi Kiralama Yasası' ndaki değişikliğin, 2004 yılındaki uygulamasının sonucu olarak, onların kiralama konumlarına müdahale edilerek, mülkiyet haklarının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Başvurular; AİHM'ne, sırasıyla 14 Mart 2008 ve 21 Aralık 2009 tarihlerinde kayıt edilmiştir. 21 Haziran 2011'de bir duruşma yapılmıştır.

Mahkeme Kararı:

Mülkiyetin Korunması (1 Nolu Protokolün 1.Maddesi);

Taraflar; Arazi Kiralama Yasası'nın uygulanmasının sonucu olarak, başvuranların sahiplik durumuna bir müdahale olduğunu ama bunun yasal biçimde gerçekleştiğini kabul etmiştir. AİHM; Yasa'nın uygulanmasının, başvuranların sahipliği üstünde bir kontrol etkisi yaptığını tesbit etmiştir. Bununla beraber, Taraflar; müdahale, meşru bir amaç taşıyor mu ve AİHS'nin öngördüğü amaç ile orantılı mı hususları üzerinde, farklı görüştedir. AİHM; prensip olarak, ulusal yargıçların, kendi toplumlarının kamu yararını değerlendir-mede, uluslarası yargıçlardan daha iyi konumda olduğunu tekrarlar. Buna ek olarak, ulusal yetkililer – parlamentolar da dahil – ekonomik ve sosyal politikaların uygulanmasında geniş bir takdir yetkisi (takdir hakkı) arzularlar. Bu davada, Ulusal Yetkililer; kendi kullanımlarında olan arazileri satın alma gücü olmayan kiracılara, bu arazilerin kontrolü ve kalıcı bir kullanım hakkını sağlamayı amaçlamıştır. Bu; Yasa'nın 33. bölümünde, kiracılar lehine, onlara daha önce uygulanmış olan aynı koşullara dayanarak, kira sözleşmelerini süresiz olarak uzatma hakkı verilmesi uyarınca kanunlaştırılmıştır. Yasanın 33. Bölümü; kiracının finansal niyetlerine ya da tatil ve kalıcı konutların bulunduğu alana bakılmaksızın, eski kira sözleşmelerinin yenilenmesi yönünden genel olarak geçerli olmuştur. AİHM; Norveç Parlementosu tarafından güdülen amacın, çok geniş biçimde sosyal politika düşünceleri yansıttığı bu genel ölçüde görünüyorsa da, karşı olarak, kiracılar için potansiyel mali zorluk durumları ile sınırlı olması gereği sebebiyle, mali olanaklardan yoksun kiralama sahiplerinin mali yararlarının da korunmasının, AİHS'in yasal çerçevesi içinde olduğunu gözlemlemiştir.

AİHM; yasal ölçüdeki orantısallığa döndüğünde, kiralayanın bakış açısından, arazisini kiralayan hanım ya da erkek için, 1980'lerden bu yana büyük ölçüde yükselen emlak fiyatları dikkate alındığında, emlak piyasasının gerçek

fiyatlarına uyumun dışında kalacaklarını tesbit etmiştir. Diğer yanda kiracılar, sözleşme koşullarının, kira sözleşmelerinin süresinin sona ermesinden sonra bile, aynen devam etmesinde, kuvvetli bir menfaate sahiptir. Bu çatışan çıkarları uzlaştırmak zordu ve önce Norveç Parlamentosu'nda, karmaşık olaylar yaşanmıştır. Potansiyel büyük bir kitlenin davacı olması halindeki, zaman ve masraf tüketiminden kaçınmak için, açık ve öngörülebilir çözümlere ihtiyaç vardır ve (Norveç'te böyle 300.000 kiracının bulunduğu bilindiğinde) (bu yasa) anlaşılabilir bir amaçtır.

AİHM; 2002 Yılında, Arazi Kiralama Yasası'nın uygulanmasından hemen sonrası duruma baktığında, tüketici fiyat endeksinde, arazi kiralarının kısmen uyarlanmasına izin veren hükmün sonucunda, kiracıların çoğunun, onların kendi arazi kiralarındaki ciddi bir artışa hazırlıksız yakalanmış olduğunu gözlemlemiştir. Zamanla, konut piyasası genişlemiş ve (piyasa) kira fiyatları ile, kira kontrolüne tabi kiralar arasındaki boşluk büyümüştür. 2002 Yılından sonra kira kontrolü kısmen kaldırılmasına rağmen, bir çok hane halkı, önemli biçimde etkilenmiştir. Meclis ve Hükümet tarafından tercih edilen çözüm olarak; tüketici fiyat endeksindeki değişime bağlı bir ayarlama şemasının sunumunun izlenmesi ile zemin değeri koşulları gereğince, (kira) sözleşmelerinin bir kerelik uyarlanmasına izin veren bir yasanın çıkarılması olmuştur.

AİHM; söz konusu başvuranların davasından, arazi kiralama sözleşme tiplerinin uzatılmasının düzenlendiği 33. bölümdeki değişiklikle, özel bir değerlendirme yapılmadığını ve kiracılar ve kiralayanların çıkarları arasında bir adil dengenin elde edilemediğini çıkarmıştır. Aslında, Başvuranlar; çeşitli arazi kiralama sözleşmeleri için, Arazi Kira Yasası'nın 33. bölümü uyarınca yapılan kira süresi uzatımı gereğince, parsellerin piyasa değerinin % 0,25'inden daha az miktarda ve özellikle düşük seviyede kira almışlardır.

Gerçekten de, arazi kira sözleşmeleri, belirsiz süre için uzatıldığı halde, Tüketici Fiyat Endeksi ile ilgili olmaktan başka, Başvuranlar tarafından yukarıya doğru uyarlama imkanı yoktur. Bu yüzden, bu gibi sözleşmelerde, kira seviyesi değerlendirilirken, referans olarak arazinin değerini almak, mümkün olamamıştır. Sadece kiracılar; arazinin arsasının bedelini (imtiyazlı koşullarla satın alarak) kurtarmak suretiyle ya da sözleşmeden çekilmek suretiyle, kira sözleşmesini sona erdirebilirdi. Kiracılar, kiraladıkları herhangi bir konutun kira hakkını,şahıslara satmakta özgürdü: bu gibi durumlarda, arazinin değerindeki değişimden kaynaklanan herhangi bir artış olduğunda, kiracılar yararlanacaktı. Bu seçenek; kendi kira haklarını 3. şahıslara satmaya kara veren kiralayanlar için geçerli değildi: kira seviyesindeki denetim süresiz olarak yürürlükte oluyordu. Bununla beraber AİHM; yasal mevzuatın çıkarılması ve müdahalenin bağımsızlığı üzerine tartışmalar, ilgili kira sözleşmelerinin onların koşullarına göre sona ermesinin kabulüne yönelik olarak, başvuranlarda bir yasal beklenti ile oyalayabileceğini, kabul etmiştir ..

Tüm bu değerlendirmeler ışığında AİHM; bir mali ve sosyal yükün, sadece başvuran kiracılara yüklendiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, kamu yararı ile başvuranların mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulamadığı için, 1 No'lu Protokolün 1. Maddesi'nin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararın Uygulanması (AİHS 46. madde);

AİHM; bu davada tesbit edilen ihlal probleminin altında, söz konusu mevzuatın bulunduğuna karar vermiştir. AİHM; bu mevzuatın temel eksiklerini ve Norveç'in kendi iç hukukunda, kamu yararı ile kiralayanların çıkarları arasında adil bir denge yaratmak amacını taşıyan, bir iç mekanizma oluşturması gereğini tanımlamış ve bu hedefe ulaşmak için uygun araçların seçimini, Norveç Yetkilileri'ne bırakmıştır.

Hakkaniyete uygun tazmin (AİHS 41. madde) ;

AİHM; Başvuranlar'ın gelir kaybı taleplerini ret etmiştir ancak Norveç'in adli masraflar için, iç hukuk yargılamalarındaki davalarda hasım taraflara ödenmesi gereken tazminatı ve maddi tazminat olarak ise; 4.900 EURO ile 9570 EURO arasında (değişen) tazminatı Başvuranlar'a ödemesine karar vermiştir. Ayrıca AİHM; Başvuranlar'a harç ve masraflara karşılık 200.000 EURO ödenmesine karar vermiştir.

YARARLI BİLGİLER

REESKONT VE AVANS FAİZ ORANI

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranları

YÜRÜRLÜK TARİHİ	İSKONTO FAİZ ORANI	AVANS FAİZ ORANI
1 Ocak 1990	40	45
20 Eylül 1990	43	48,25
23 Kasım 1990	45	50,75
15 Şubat 1991	48	54,50
27 Ocak 1994	56	65
21 Nisan 1994	79	98
12 Temmuz 1994	70	85
27 Temmuz 1994	63	75
1 Ekim 1994	55	64
10 Haziran 1995	52	60
1 Ağustos 1995	50	57
2 Ağustos 1997	67	80
30 Aralık 1999	60	70
17 Mayıs 2002	55	64
14 Haziran 2003	50	57
8 Ekim 2003	43	48
15 Haziran 2004	38	42
13 Ocak 2005	32	35
25 Mayıs 2005	28	30
20 Aralık 2005	23	25
20 Aralık 2006	27	29
28 Aralık 2007	25	27
9 Nisan 2009	19	20
12 Haziran 2009	18	19
22 Aralık 2009	15	16
30 Aralık 2010	14	15
29 Aralık 2011	17	17,75
19 Haziran 2012	16	16,50

HUKUKUMUZDA PARASAL SINIRLAR

	01.10.2011 den önce açılan davalarda[1]		01.10.2011 den sonra açılan davalarda (2012)
	2011	2012	
Senetle / Tanıkla İspat (HUMK 288)	590,00	590,00	2.500,00 (6100 sayılı HMK.md.200)
Görev - Sulh / Asliye (HUMK 8)	7.780,00	-	DEĞER VE MİKTARA BAKILMAKSIZIN ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ (6100 sayılı HMK.md.2)
Görev – B.Şehirlerde Tüketici İl Hakem Heyetleri için alt parasal sınır	2.693,78	-	3.032,65*
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin ÜST veya Tüketici Mahkemelerinde delil olacağına ilişkin ALT parasal sınır	1.031,87	-	1.161,67*
Temyiz / Kesinlik (HUMK 427)	1.540,00	1.690,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)[2]
Temyiz - İcra Mahkemeleri	4.420,00	4.870,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)[3]
Tashihi Karar (HUMK 440)	9.350,00	10.300,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)
Mürafaa (HUMK 427)	15.620,00	17.220,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)

* ÜFE: %12.58 - (TEBLİĞ NO: TGM-2011/ 2- R.G. 26 ARALIK 2011-28154)

** Yeniden değerleme oranı: %10.26 - (VERGİ USUL KANUNU GENEL TEBLİĞİ-SIRA NO:410-R.G.17KASIM 2011-28115)

Not: Bir önceki sayfadaki tablonun dipnotlarıdır.

1 - (HMK.) GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz.

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

2 - YARGI HİZMETLERİNİN HIZLANDIRILMASI AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6217 Kabul Tarihi: 31/3/2011

MADDE 30- 6100 Sayılı Kanun'a geçici 2. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 3

(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

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

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

3 - İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5311 Kabul Tarihi: 02/03/2005

MADDE 29.- İcra ve İflâs Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 7.- Bölge Adliye Mahkemeleri'nin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun bu kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır.

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2003 - 31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004 - 30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004 - 01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005 - 31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006 - 31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007 - 31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008 - 31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009 - 31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010 - 31.12.2010 arası için	365 gün	%9
01.01.2011 - 31.12.2011 arası için	365 gün	%9
01.01.2012 - --	----	%9

2012 SGK PRİM ORANLARI

1 Ocak 2012'den 30 Haziran 2012 tarhine kadar;

En az : **296,88 - YTL**

En çok : **1,930,35 -YTL**

1 Temmuz 2012'den 31 Aralık 2012 tarihine kadar;

En az : **315,68 - YTL**

En çok : **2,047,94 -YTL**

(Çalışanı olan Avukatlar için en az sigorta primi, işçisine ödediği en yüksek brüt maaşın % 33,5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir)

(6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra)

HUKUKUMUZDA SÜRELER

Mahkeme	Cevap+Cevaba Cevap+İkinci Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İht. Tedbir /Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	Temyiz[1]		Temyize Cevap	Karar Düzeltme	Karar Düzeltmeye Cevap	Temyiz Dilekçesinin Reddi Kararının Temyizi
				Tefhim	Tebliğ				
Asliye Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Asliye Ticaret	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Sulh	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		8 Gün	10 Gün	15 Gün[2]	15 Gün[3]	7 Gün
İş	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8 Gün	8 Gün	10 Gün			7 Gün
Tüketici	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Aile	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Fikri - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
İcra - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta		10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	7 Gün
İdare	30 Gün	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün
Vergi	30	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün

(1) Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (6100 sayılı Kanuna 6217 Sayılı Kanun'la eklenen Geçici 3'üncü Madde fıkra 1)
(2-3) Karar Düzeltme Yolu açık olanlar için (HUMK 440/III-2)

GİDER AVANSI HESAP TABLOSU

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat)	35	70	105	140	175	210	245	280	315	350	
											+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET	22	44	66	88	110	132	154	176	198	220	
(Tebligat+tanık ücreti)											+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı + ulaşım)	224										
											+
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SINAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		+
DİĞER	**TÜM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR**										
MALİYET	50								TOPLAM		50

ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ (BİR DAVACI, BİR DAVALI, 4 TANIK, KEŞİF ÖRNEK HESAPLAMA)

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat)	35	70	105	140	175	210	245	280	315	350	70
											+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET	22	44	66	88	110	132	154	176	198	220	88
(Tebligat+tanık ücreti)											+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı+ulaşım)	224										224 +
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SINAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		250
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		+
DİĞER	**TÜM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR**										
MALİYET	50										50
									TOPLAM		682

ÇEKİŞMESİZ YARGI (VERASET) TANIK YOK, KEŞİF YOK

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat)	35	70	105	140	175	210	245	280	315	350	35+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat+tanık ücreti)	22	44	66	88	110	132	154	176	198	220	+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı+ulaşım)	205										+
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SINAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		+
DİĞER	**TÜM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR**										
MALİYET	50										50
										TOPLAM	85

Gönderen: Av. Orhan YILMAZ

Yargıtay'a Göre Kira Artışlarında Uygulanacak Oranlar						
Aylar	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	9.68	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11
Şubat	10.08	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96
Mart	10.63	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79
Nisan	11.01	6.39	10.65	2.52	9.17	10.72
Mayıs	10.95	7.20	8.96	3.50	9.21	10.57
Haziran	10.09	8.39	7.34	4.30	9.42	10.24
Temmuz	9.03	9.76	5.47	5.33	9.59	9.88
Ağustos	8.29	10.68	4.19	6.18	9.76	9.33
Eylül	7.77	11.29	3.22	6.89	10.03	
Ekim	7.23	12.03	2.20	7.71	10.26	
Kasım	6.75	12.56	1.37	8.27	10.72	
Aralık	6.31	12.72	1.23	8.52	11.09	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranları										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	0.42	0.23	0.58	2.36	0.38	0.80	0.29	1.85	0.41	0.56
Şubat	2.56	1.17	1.66	1.72	-0.09	1.29	-0.34	1.45	0.73	0.56
Mart	3.17	0.29	1.94	1.22	0.36	0.96	1.10	0.58	0.42	0.41
Nisan	4.50	0.65	2.35	0.61	0.08	1.68	0.02	0.60	0.87	1.52
Mayıs	2.12	-0.05	-1.15	0.15	0.53	1.49	0.64	-0.36	2.42	-0.21
Haziran	0.32	0.94	-0.50	0.01	-1.49	-0.36	0.11	-0.56	-1.43	-0.90
Temmuz	1.25	-0.71	-0.16	-0.03	-0.31	0.58	0.25	-0.48	-0.41	-0.23
Ağustos	-2.34	0.42	1.15	1.76	0.26	-0.24	-0.30	0.40	0.73	0.56
Eylül	-0.90	0.62	0.51	1.55		0.45	0.39	1.23	0.75	
Ekim	0.57	0.28	1.21	1.60		2.60	2.41	1.83	3.27	
Kasım	-0.03	1.29	-0.31	0,65		0.83	1.27	0.03	1,73	
Aralık	-3.54	0.66	1.31	1.00		-0.41	0.53	-0.30	0.58	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Hızı										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	0.42	0.23	0.58	2.36	0.38	0.80	0.29	1.85	0.41	0.56
Şubat	3.00	1.40	2.25	4.13	0.29	2.11	-0.06	3.32	1.14	1.13
Mart	6.26	1.70	4.24	5.40	0.65	3.09	1.05	3.93	1.57	1.55
Nisan	11.04	2.35	6.69	6.04	0.73	4.82	1.07	4.55	2.45	3.09
Mayıs	13.39	2.30	5.47	6.20	1.27	6.38	1.71	4.17	4.93	2.87
Haziran	13.76	3.27	4.93	6.21	-0.24	6.00	1.83	3.59	3.43	1.95
Temmuz	15.18	2.54	4.77	6.18	-0.56	6.61	2.08	3.09	3.00	1.71
Ağustos	12.49	2.97	5.98	8.05	-0.30	6.35	1.78	3.50	3.75	2.28
Eylül	11.48	3.60	6.52	9.72		6.83	2.18	4.77	4.53	
Ekim	12.11	3.90	7.80	11.48		9.60	4.64	6.69	7.95	
Kasım	12.08	5.24	7.47	12.20		10.52	5.96	6.72	9.82	
Aralık	8.11	5.93	8.87	13.33		10.06	6.53	6.40	10.45	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	6.44	7.90	6.30	10.80	11.13	8.17	9.50	8.19	4.90	10.61
Şubat	8.15	6.43	6.82	10.87	9.15	9.10	7.73	10.13	4.16	10.43
Mart	10.50	3.46	8.58	10.08	8.22	9.15	7.89	9.56	3.99	10.43
Nisan	14.56	-0.35	10.42	8.21	7.65	9.66	6.13	10.19	4.26	11.14
Mayıs	16.53	-2.46	9.21	9.63	8.06	10.74	5.24	9.10	7.17	8.28
Haziran	17.03	-1.86	7.64	10.19	6.44	10.61	5.73	8.37	6.24	8.87
Temmuz	18.41	-3.75	8.24	10.34	6.13	12.06	5.39	7.58	6.31	9.07
Ağustos	14.67	-1.04	9.03	11.00	4.56	11.77	5.33	8.33	6.65	8.88
Eylül	12.49	0.47	8.91	12.15		11.13	5.27	9.24	6.15	
Ekim	13.29	0.19	9.92	12.58		11.99	5.08	8.62	7.66	
Kasım	12.25	1.51	8.17	13,67		10.76	5.53	7.29	9,48	
Aralık	8.11	5.93	8.87	13.33		10.06	6.53	6.40	10.45	

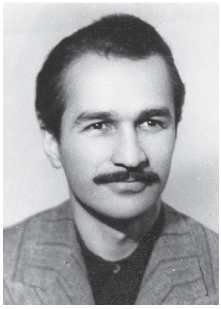
Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11	8.61	10.54	6.16	8.28	6.95
Şubat	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96	8.53	10.41	6.38	7.76	7.48
Mart	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79	8.40	10.29	6.53	7.29	8.02
Nisan	6.39	10.65	2.52	9.17	10.72	8.33	9.98	6.87	6.79	8.59
Mayıs	7.20	8.96	3.50	9.21	10.57	8.47	9.49	7.20	6.64	8.68
Haziran	8.39	7.34	4.30	9.42	10.24	8.64	9.08	7.41	6.47	8.89
Temmuz	9.76	5.47	5.33	9.59	9.88	9.07	8.52	7.59	6.37	9.11
Ağustos	10.68	4.19	6.18	9.76	9.33	9.43	7.99	7.83	6.24	9.29
Eylül	11.29	3.22	6.89	10.03		9.76	7.52	8.16	6.00	
Ekim	12.03	2.20	7.71	10.26		10.12	6.95	8.45	5.93	
Kasım	12.56	1.37	8.27	10.72		10.31	6.53	8.59	6.13	
Aralık	12.72	1.23	8.52	11.09		10.44	6.25	8.57	6.47	

KIDEM TAZMİNATI TAVAN MİKTARLARI

TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)	YÜRÜRLÜK TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)
01.01.1981 - 30.06.1984	77.500	01.10.1998 - 31.12.1998	200.625.000
01.07.1984 - 31.12.1984	81.250	01.01.1999 - 30.06.1999	286.341.250
01.01.1985 - 30.06.1985	82.820	01.07.1999 - 31.12.1999	345.200.000
01.07.1985 - 31.12.1985	140.300	01.01.2000 - 14.06.2000	506.740.000
01.01.1986 - 30.06.1986	149.450	15.06.2000 - 30.06.2000	558.440.000
01.07.1986 - 31.12.1986	201.600	01.07.2000 - 14.12.2000	587.720.000
01.01.1987 - 30.06.1987	223.200	15.12.2000 - 31.12.2000	646.560.000
01.07.1987 - 31.12.1987	310.200	01.01.2001 - 14.04.2001	646.560.000
01.01.1988 - 30.06.1988	329.00	15.04.2001 - 14.05.2001	663.000.000
01.07.1988 - 31.12.1988	394.800	15.05.2001 - 14.06.2001	730.700.000
01.01.1989 - 14.04.1989	470.000	15.06.2001 - 30.06.2001	768.100.000
15.04.1989 - 30.06.1989	601.600	01.07.2001 - 15.09.2001	807.500.000
01.07.19989 - 14.07.1989	614.400	15.09.2001 - 14.10.2001	835.950.000
15.07.1989 - 31.12.1989	1.049.250	15.10.2001 - 14.11.2001	884.830.000
01.01.1990 - 30.06.1990	1.192.750	15.11.2001 - 14.12.2001	938.330.000
01.07.1990 - 31.12.1990	1.568.000	15.12.2001 - 31.12.2001	978.020.000
01.01.1991 - 30.06.1991	1.969.500	01.01.2002 - 14.05.2002	1.076.400.000
01.07.1991 - 14.07.1991	2.489.600	15.05.2002 - 30.06.2002	1.103.540.000
15.07.1991 - 31.12.1991	3.323.500	01.07.2002 - 30.09.2002	1.160.150.000
01.01.1992 - 14.01.1992	3.385.188	01.10.2002 - 30.09.2002	1.260.150.000
15.01.1992 - 30.06.1992	4.523.225	01.01.2003 - 01.07.2003	1.323.950.000
01.07.1992 - 31.12.1992	4.663.389	01.07.2003 - 31.12.2003	1.389.950.000
01.01.1993 - 30.06.1993	5.917.293	01.01.2004 - 30.06.2004	1.485.430.000
01.07.1993 - 14.07.1993	7.701.460	01.07.2004 - 31.12.2004	1.574.740.000
15.07.1992 - 30.09.1993	8.687.965	01.01.2005 - 31.12.2005	1.648,90 YTL
01.10.1993 - 31.12.1993	8.878.345	01.07.2005 - 31.12.2005	1.727,15 YTL
01.01.1994 - 31.03.1994	9.996.580	01.01.2006 - 30.06.2006	1.770,62 YTL
01.04.1994 - 30.06.1994	11.805.500	01.07.2006 - 31.12.2006	1.857,44 YTL
01.07.1994 - 30.09.1994	13.267.500	01.01.2007 - 30.06.2007	1,960,69 YTL
01.10.1994 - 31.12.1994	13.622.500	01.07.2007 - 31.12.2007	2.030,19 YTL
01.01.1995 - 31.03.1995	14.272.500	01.01.2008 - 30.06.2008	2.087,92 YTL
01.04.1995 - 14.04.1995	16.726.300	01.07.2008 - 31.12.2008	2.173,19 YTL
15.04.1995 - 14.11.1995	18.020.125	01.01.2009 - 30.06.2009	2.260,05 YTL
15.11.1995 - 31.12.1995	19.765.750	01.07.2009 - 31.12.2009	2.365,16 TL
01.01.1996 - 30.06.1996	31.311.650	01.01.2010 - 30.06.2010	2.427,04 TL
01.07.1196 - 31.12.1996	35.176.250	01.07.2010 - 31.12.2010	2.517,01 TL
01.01.1997 - 30.06.199	53.312.500	01.01.2011 - 30.06.2011	2.623,23 TL
01.07.1997 - 31.12.1997	77.219.375	01.07.2011 - 31.12.2011	2.731,85 TL
01.01.1998 - 30.06.1998	104.734.375	01.01.2012 - 30.06.2012	2.805,04 TL
01.07.1998 - 30.09.1998	181.685.00	01.07.2012 - 31.12.2012	3.033,98 TL

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

YİTİRDİKLERİMİZ



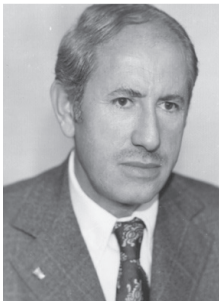
Baromuzun 3934 sicil sayısında kayıtlı

Av. ERDOĞAN AHISKALI

23/05/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Edirne'de doğmuş, 1954 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1957 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10103 sicil sayısında kayıtlı

Av. HANEFİ SAĞOCAK

30/06/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1925 yılında Kahramanmaraş'ta doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1976 yılında Kahramanmaraş Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 2702 sicil sayısında kayıtlı

Av. EFSER ERENUS

08/07/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1925 yılında İsntabul'da doğmuş, 1949 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1951 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

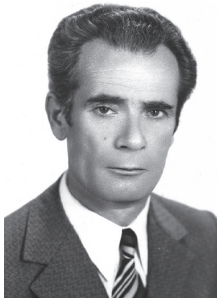
Baromuzun 2923 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA CELAL ŞİRİN

09/07/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1925 yılında Edincik'te doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1949 yılında Balıkesir Barosu'nda mesleğini ifaya başlamış, 1951 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



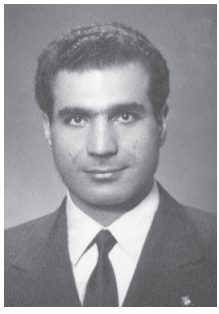
Baromuzun 8695 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET FEYYAT

18/07/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Gevaş/Van'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1973 yılında Savcılık mesleğinden Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 3708 sicil sayısında kayıtlı

Av. İSMAİL HAKKI ÖZGÜR

20/07/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Kemaliye'de doğmuş, 1954 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1955 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

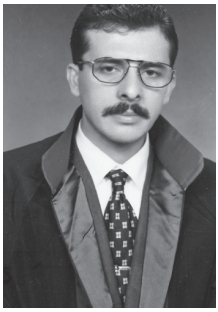
Baromuzun 3380 sicil sayısında kayıtlı

Av. CELAL KARACA

22/07/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1918 yılında Bitlis'te doğmuş, 1952 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1954 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



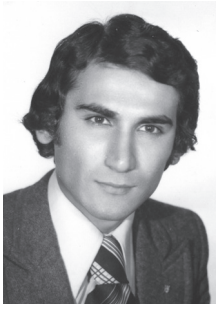
Baromuzun 21931 sicil sayısında kayıtlı

Av. OSMAN KARAHAN

04/08/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1970 yılında Afşin'de doğmuş, 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8959 sicil sayısında kayıtlı

Av. MANSUR AKIN

05/08/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1951 yılında Ceyhan'da doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

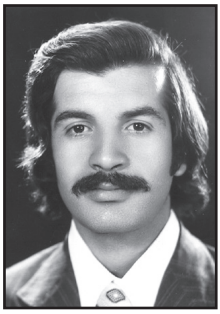
Baromuzun 4366 sicil sayısında kayıtlı

Av. NECDET ISSIYEL

19/08/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1920 yılında İstanbul'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



1990-1992 yıllarında İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği ve Genel Sekreterliği görevlerinde bulunan

Baromuzun 9970 sicil sayısında kayıtlı

Av. KEMAL IŞKIN KELEŞOĞLU

20/08/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Kozan'da doğmuş, 1974 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

1990-1994 yılları arasında iki dönem Adana Baro Başkanlığı görevinde bulunan

Baromuzun 5788 sicil sayısında kayıtlı

Av. AYDIN COŞAR

28/08/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Ceyhan'da doğmuş, 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1967 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. 1969 yılında kaydını Adana Barosu'na nakletmiştir. 2000 yılında Adana Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
1	37623	İBRAHİM	DURMAZ	KÜTAHYA	5/7/2012
2	39533	PEMBE GÖZDE	SAĞLAM	ANTALYA	5/7/2012
3	12030	S. ÇİĞDEM	HUMBARACI	MUĞLA	12/7/2012
4	33608	MEHMET	BORO	MUĞLA	12/7/2012
5	38639	E. GÖRKEM	VAROL	TEKİRDAĞ	12/7/2012
6	41811	ASLAN MURAT	ZENGİN	SAMSUN	12/7/2012
7	29861	MUAMMER	UYSAL	ANTALYA	19/7/2012
8	35446	BESTE	DİMİCİ	ÇANAKKALE	19/7/2012
9	36023	BURCU	BAL	KOCAELİ	19/7/2012
10	38738	PINAR	ERAYDIN	ESKİŞEHİR	19/7/2012
11	41838	İDRİS	GÜZEL	ŞIRNAK	19/7/2012
12	43190	İ. HALİL	KASIMOĞLU	GAZİANTEP	19/7/2012
13	35149	DİDEM	ARTIK	TEKİRDAĞ	26/7/2012
14	38041	YEŞİM	AKTÜRK ALTUN	TRABZON	26/7/2012
15	39383	SİBEL	SARMAN	DENİZLİ	26/7/2012
16	40198	FATMA	AKAR	BURSA	26/7/2012
17	41330	BAHADIR	ERASLAN	ADANA	26/7/2012
18	18621	H. KEMAL	ELBAN	ANTALYA	16/8/2012
19	22419	H. PERVİN	KARASU	SİVAS	16/8/2012
20	23846	AYŞE	ÖZKUL ERDEM	SAKARYA	16/8/2012
21	26098	DEVRİM	ÖZCÜ	İZMİR	16/8/2012
22	33604	YUNUS	ARAS	SİVAS	16/8/2012
23	34078	SAİT	AYGÜN	KARABÜK	16/8/2012
24	34228	HALİS	MÜJDECİOĞLU	BATMAN	16/8/2012
25	36372	PINAR	ÖZER	YALOVA	16/8/2012
26	37506	BENGÜ	KARDAŞ	KOCAELİ	16/8/2012
27	38151	BEKİR	AKINCI	KONYA	16/8/2012
28	38759	SEVİL	YAŞAR	BURSA	16/8/2012
29	42316	GÜRAY	SAY	MERSİN	16/8/2012

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	5945	AHMET RASİM	ÖZGÜR	5/7/2012
2	11991	REŞAT YUNUS	BARLAS	5/7/2012
3	33714	SERPİL	AYIK	5/7/2012
4	34676	SİNEM	KURAL ALBAYRAK	5/7/2012
5	43479	MERYEM	AKGÜL	12/7/2012
6	14571	BEHÇET	TANSU	19/7/2012
7	33379	NUREDDİN	DEMİR	19/7/2012
8	12699	ÖMER	CANBİLEN	26/7/2012
9	17316	SAİT	ALTAY	26/7/2012
10	31980	AYGÜN	SOĞLALI	26/7/2012
11	39600	ENDER	KUZU	26/7/2012
12	39991	SANİYE SENA	CABIOĞLU	26/7/2012
13	42107	M. ERKAM	TATOĞLU	26/7/2012
14	5456	NERMİN	BAYSAL	16/8/2012
15	22518	TANER	TÜRKPENÇESİ	16/8/2012
16	38108	ENSAR	MUSLU	16/8/2012
17	38839	SERAP	DOĞMUŞ	16/8/2012
18	41618	FATMAGÜL	KALE	16/8/2012
19	41627	H. SELÇUK	YAYLALI	16/8/2012

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

% 41.2 İŞ GÖRME GÜCÜ KAYBINDA EŞ VE ÇOCUKLARA MANEVİ TAZMİNAT TAKDİRİ GEREKMEZ *566*

- A -

ADAM ÇALIŞTIRAN *432*
ADİ YAZILI SÖZLEŞME *525*
AİLE KONUTU İDDAİSİ *378*
AİLE KONUTU KAVRAMI *386, 405, 536*
AMATÖR - PROFESYONEL GÜREŞÇİ *533*
ARAÇ İŞLETEN *432*
ARAŞTIRMA YÖNTEMİ *460, 462*
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIM SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ *548*
AVUKATLIK ÜCRETİ *492, 498, 515*

- B -

BAZ İSTASYONU *453*
BEKLETİCİ MESELE *500*
BELEDİYE İLE YAPILAN KİRA SÖZLEŞMESİ *524*
BİRDEN FAZLA DAVACI *515*
BONODA ZAMANAŞIMI *520*
BORCUN YAPILANDIRILMASI BORÇ MİKTARININ SİGORTALIYA BİLDİRİLMESİ *571*
BORÇLANMA *418*
BORÇLANMADAN SONRA EMEKLİLİK *418*
BOŞANAN EŞLER *502*
BOŞANMA KARARI *425*
BOŞANMA KOŞULLARI *467*
BOŞANMANIN SONUÇLARI *467*

- C / Ç -

CEZA DAVASI *520*
CEZAİ ŞART *400, 544*
ÇEK NEDENİYLE AKDİ İLİŞKİ *527*
ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI *604*

- D -

DAVA AÇILMASI *518*
DAVA AÇMA ZORUNLULUĞU *545*
DAVADA GÖREV *524, 551*
DAVADA İSPAT *564*
DAVADAN ÖNCE GERÇEKLEŞEN ÖLÜM *518*
DAVADAN SONRAKİ ÖLÜM *518*
DAVADA VE İCRA TAKİBİNDE YETKİ *474*
DAVALARIN TEFRİKİ *568*
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNAT *432*

- E -

ECR-İ MİSİL *375*
EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI *496*
EŞLERİN GÖREVLERİ *467*
EŞLERİN KOCANIN BABASINA AİT KONUTTA OTURMASI *536*
EŞLERİN KOCANIN BABASINA AİT YERDE OTURMASI *375*
EVLİLİK SEBEBİYLE FESİH *400*

- F -

FAZLA ÇALIŞMA *498*
FAZLA ÇALIŞMA ALACAĞI *492*

FAZLA ÇALIŞMA YAPMAYAN İŞÇİ *581*
FİİLEN BİRLİKTE YAŞAM *502*
FİİLİ EL ATMA *481*

- G -

GECİKME TAZMİNATI *554*
GEÇERSİZ FESİH *579, 581*
GENEL KURUL KARARI *557*
GEREKÇELİ KARARIN ANLAŞILIR OLMASI *550*
GİYDİRİLMİŞ ÜCRET *487*
GÖREVLİ MAHKEME *605*
GÜNCELLEŞTİRME *432*

- H -

HACZE KABİL MAL *521*
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI *483*
HAKSIZ TAHRİK *600*
HALK EĞİTİM MERKEZİNDE GEÇEN ÇALIŞMA *569*
HARİCİ TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ *530*
HASTANE RUHSATI *521*
HER SUÇTAN AYRI CEZA TAYİNİ *601*
HİZMET AKDİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI GEREKTİĞİ *533*
HİZMET TESPİT DAVASI *568*
HİZMET TESPİTİ DAVASI *500, 569*
HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI *586*
HÜKMÜN KISMEN TEMYİZİ *425*

- I / İ -

İHALENİN FESHİ *523*
İHBAR TAZMİNAT *400*

İHBAR TAZMİNATI *579*
İKRARIN BAŞKA BİR DAVADA DELİL OLMASI *380*
İNANÇLI İŞLEM *538*
İNTİFADAN MEN KOŞULU *470*
İSPAT YÖNTEMİ *486, 501, 565*
İŞÇİLİK HAKLARI DAVASI *568*
İŞÇİNİN KISMİ ÇALIŞMALARI *573*
İŞÇİNİN TEKRAR İŞE BAŞLATILMAMASI *579*
İŞÇİYE VERİLEN İKRAMİYE *486*
İŞE İADE DAVASI *575, 577*
İŞE İADE DAVASINDA FESHİN GEÇERLİ NEDENE DAYANDIĞININ ARAŞTIRILMASI ZORUNLULUĞU *583*
İŞ MAHKEMESİ *400*
İŞVEREN VEKİLİ *577*
İYİ NİYETLİ ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI *538*
İZİNSİZ ÇIKARILAN MADEN BEDELİNDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI *478*
İZLENECEK YOL *559*

- K -

KALABALIKTA ATEŞ ETME *603*
KAMULAŞTIRMA *481*
KAMULAŞTIRMA BEDELİNİN İADESİ *480*
KAPICI ÜCRETİ *487*
KARDEŞİN MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİ *477*
KASTEN İNSAN ÖLDÜRME *600*
KAT MALİKİNİN BORÇLARI *554*
KAT MÜLKİYETİ *556, 560*
KDV HESABI *543*
KESİN DELİL *425*
KESİNTİLİ ÇALIŞMA KARİNESİ *573*
KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA *487*
KIZ ÇOCUĞUNA BAĞLANAN ÖLÜM AYLIĞI *502*

KOOPERATİF *547*
KOOPERATİF HİSSESİNİN DEVRİ *525*
KREDİ BORCUNUN VADESİ GELEN BÖLÜMÜNÜN İSTENEBİLECEĞİ ... *532*

- L -

LEHE OLAN HÜKÜM *606*

- M -

MADDİ TAZMİNAT KOŞULU *467*
MAHKEMECE UYGULANACAK YÖNTEM *393*
MAHKEMEYE SUNULAN BELGELER *380*
MAKTU HARCA TABİ DAVA *449*
MESLEK KURULUŞLARI *496*
MİRASÇILARIN KATILIMI *562*
MİRASIN REDDİ *468*
MURİS MUVAZAASI *460, 462, 464*
MURİS MUVAZAASINDA DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR *464*

- N -

NAFAKA ALACAĞI *474*
NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN SUÇ *604*
NİSBİ HARCA TABİ DAVA *449*

- O / Ö -

OLASI KAST *603*
ORTAK YER *560*
ÖLÜ KİŞİYE KARŞI AÇILAN DAVA *562*
ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ *462*

- P -

PARA CEZASI *523*
PARSELLERİN ESKİ HALE GETİRİLMESİ *541*
PAYDAŞLAR ARASINDA ECRİMİSİL *470*
PAYDAŞLARIN HAKLARI *547*
PROJEYE AYKIRILIK *556*

- R -

REKABET YASAĞI *400*
RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK *606*

- S / Ş -

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME *472*
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HÜKÜMLERİ *548*
SENDİKALAR *496*
SENETTE BEDELSİZLİK İDDİASI *565*
SİGORTALI İŞÇİNİN
SİGORTAYA BAŞLANGIÇ TARİHİNİN TESPİTİ *412*
SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI *501*
SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİ *418*
SİGORTA ŞİRKETİ ÖDEMESİ *432*
SOĞUTUCU *560*
SONUÇLARI *460*
SORUMLULUKLAR *432*
SOYBAĞININ DÜZELTİLMESİ *551*
SÖZLEŞMEDE BELİRLENEN BEDEL *543*
SÖZLEŞMEDEN DÖNME *544, 545*
ŞEKİL KURALI *483*

- T -

TAHKİM KURULUNUN GÖREVLİ OLMADIĞI 533
TANIK DİNLETİLMESİNDE ENGEL 490
TARIM BAĞ-KUR SİGORTASI 571
TASARRUFUN İPTALİ 552
TASARRUFUN İPTALİ DAVASI 550
TASFİYE 468
TAŞINMAZ SATIŞI 483, 529
TAŞINMAZ ÜZERİNDE YAPILAN İŞLER 472
TAZMİNATI ÖDENEREK SONA ERDİRİLEN HİZMET DÖNEMİ 575
TEKERRÜR 600
TELLALIN HAKLARI 529
TELLALLIK SÖZLEŞMESİ 529
TEMERRÜT FAİZİ 554
TEMYİZ HARCI 449
TENKİS DAVASI 393
TOPLU KONUT İDARESİ 523
TRAFİK KAZASINDA ÖLÜM 477
TRAMPA 483
TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMESİ 532
TÜKETİCİ YASASINA AYKIRI SÖZLEŞME 530

- U / Ü -

ÜCRET 487
ÜÇÜNCÜ KİŞİYE AİT TAŞINMAZ 386
UYGULAMA YÖNTEMİ 558

- V -

VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİK 557, 559
VAKIF YÖNETİCİLERİNİN GÖREVDEN ALINMASI 558
VASİYET ALACAKLI BELGESİ 473
VASİYETNAME İLE MUAYYEN MAL VASİYETİ 473

- Y -

YAPILAN İMAR UYGULAMASI *541*
YARGILAMADA İZLENECEK YOL *378*
YASAYA AYKIRI İNŞAAT *547*
YAŞAMA HAKKI *453*
YAZILI DELİL KOŞULU *564*
YENİ MALİKİN HAKLARI *556*
YENİ TANIK LİSTESİ *490*
YETKİLİ MAHKEME *533*
YURT DIŞINDA GEÇEN ÇALIŞMA *418*

- Z -

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ ÇEK *527*

NOTLAR

NOTLAR