İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 83 • SAYI: 2009/5 • ISSN 1304-737X • EYLÜL/EKİM

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 83
SAYI: 2009/5
ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Muammer AYDIN

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyesi
Av. Cesur KILINÇ

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Celal ÜLGEN

•

Genel Yazman
Av. Coşkun ONGUN

•

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Şeref KISACIK

•

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

•

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

•

Tasarım/Uygulama
Referans Ajans
Tel: +90.212 347 32 47 / e-mail: info@referansajans.com

•

Baskı
Sanat Matbaacılık Medya ve Reklam Hizm. San. Tic. Ltd. Şti.
Hattat Halim Sokak No:13 Balmumcu-Beşiktaş / İstanbul
Tel: +90.212 267 04 23 / e-mail: as@sanatmatbaacilik.com

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

** * **

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

ABONELİK KOŞULLARI

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

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

İÇERİK DİZİNİ

• Yayın Kurulu'ndan XI

• Başkan'ın Penceresinden XIII

• ***YARARLI BİLGİLER*** *2419*

• ***YAZILAR*** *2429*

Dr. Selami DEMİRKOL

√ *İdari Yargı Kararları Gereği* *2431*

Av. Abdurrahman DURAN

√ *4857 Sayılı Yasa Üzerine İnceleme* *2439*

Av. A. Güçlü SEVİMLİ

√ *Önleyici Soruşturma ve Yeni Delil Elde Etme* *2445*

Dr. İskender TEPEBAŞILI

√ *Yeni TCK'da Cezalar ve İnfaz Rejimi* *2459*

Av. Celal ÜLGEN

√ *En Yüksek Mevduat Faizi Uygulaması ve Yanlışlıklar* *2463*

Av. Ebru EKŞİOĞLU

√ *Rekabet Hukukunda "Yıkıcı Fiyatlama"* *2473*

M. Onur BAŞAR

√ *Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmeleri* *2479*

Av. Zühal BOZOK

√ *Dernek ve Vakıfların Spor Kulüpleriyle İlişkileri* *2497*

Av. Yaren SEÇER

√ *Toplu Yapılarda Kat Malikleri Kurulu* *2507*

Yeşim AKTÜRK

√ *Özel Ceza Mahkemeleri* *2529*

Neslihan ÖZUYSAL

√ *Yıllık Ücretli İzin* *2575*

Özge İŞERİ

√ *Kısmi Çalışma* *2597*

Eda HERGÜNER

√ *Fazla Çalışma Yasakları* *2629*

Av. Işıl CANAZ YILMAZ

√ *Proje Finansmanı ve Kamu Özel Sektör Ortaklıkları 2657*

Stj. Av. Mustafa Aydın AŞIK

√ *Nişanlılık Hukuku ve Tazminat Davaları 2681*

Av. Gülseren S. Aytaş

√ *Ermenistan'a Toprak ve Tazminat Yolu mu Açılıyor? 2707*

• ***YARGITAY KARARLARI***

• *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2731*
• *Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 2767*
• *Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2775*
• *Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2785*
• *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2797*
• *Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2801*
• *Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2811*
• *Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2815*
• *Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2859*
• *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2867*
• *Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2871*
• *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2875*
• *Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 2887*
• *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2903*
• *Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2907*
• *Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2913*
• *Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2917*

• ***UYGULAMADAN DOSYALAR***

• *Uygulamadan 1. Dosya 2927*
• *Uygulamadan 2. Dosya 2947*
• *Uygulamadan 3. Dosya 2967*
• *Uygulamadan 4. Dosya 2975*

• ***MAHKİM KARARLARI***

• *Ceza Mahkemesince Yeni Delil Toplama talebinin Reddi 2985*
• *Trafik İdari Para Cezasına İtiraz 2987*

• ***AİHM KARARLARI***

• Booth Davası, Birleşik Krallık *2989*

• ***AKTARMALAR, AYRILMALAR VE YİTİRDİKLERİMİZ***

• *Aktarımlar 2999*
• *Ayrılmalar 2300*
• *Yitirdiklerimiz 2301*

• ***DİZİNLER***

• *Kavramlara Göre Arama Dizini 3009*
• *Yasa Maddelerine Göre Arama Dizini 3016*
• *Dairelere ve Kimliklere Göre Arama Dizini 3020*

YAYIN KURULU'NDAN

BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN

YAYIN KURULU'NDAN

Değerli Okurlar,

Bir sayı ile daha karşınızdayız. Yayın Kurulu'ndaki arkadaşlarımız büyük bir özveri ve görev aşkı ile her sayıyı gününde sizlere ulaştırma başarısını sürdürüyorlar. Bu sayıdan itibaren Av. Şeref Kısacık da Yayın Kurulumuza katıldı.

Bildiğiniz gibi; Av. Yörük Kabalak İle Av. İsmail Gömlekli Yargıtay Kararlarının bulunması, özetlenmesi, başlıklanması işlerini yapmakta, Av. Osman Kuntman ağabeyimiz de bu arkadaşlarımıza destek vermektedir. Kuntman ağabeyimizin birikim ve deneyimleri her zaman bize güç vermektedir.

Av. Coşkun Ongun, Derginin ve Bültenin idari işleri ile ve de yayınlanma aşaması ile ilgilenmekte ve gelen yazıların, kararların ve uygulamadan dosyaların ve de seminer, açık oturum ve panellerin kitaba dönüştürülmesinin ilk editörlüğünü sürdürmektedir.

Av. Ateş Atayakul, Dergiye belirli konularda yazı sağlanması yanında Kurul Üyeliğini sürdürmekte ve *"gündemin son maddesinin bağlanması"* ile yakından ilgilenmektedir.

Av. Başar Yaltı arkadaşımız geçen sayıdan itibaren görevden ayrılmıştı. Uzun süre birlikte olmaktan, birlikte çalışmaktan mutluluk duyduğumuzu ve Av. Başar Yaltı arkadaşımıza bundan sonraki çalışmalarında başarı dileklerimizi bildirmek isteriz.

Dergimiz iki temel ayrım ile çıkmaktadır. Birinci bölüm makale ve bilimsel, mesleki yazılar, ikinci bölüm ise Yargıtay Kararlarından oluşmaktadır. Bunun yanı sıra Danıştay Kararları, AİHM Kararları da tali bölümler olarak yayınlanmaktadır.

Zaman zaman siz okurlardan aldığımız mahkeme kararlarını ve olayları ise *"Uygulamadan Dosyalar"* başlığı altında yayınlamayı sürdürmekteyiz.

Her ay yayınladığımız Yararlı Bilgilerde ise TÜİK tarafından yayınlanan istatistik bilgilerini tablolar şeklinde son 5 yılın verileri ile vermekteyiz. Ayrıca faiz oranları, kira artış oranları da yararlı bilgilerde bulunmaktadır.

Siz okurların ve meslektaşlarımızın Dergimize gösterdikleri ilgi bizim tek mutluluk kaynağımızdır. Ayrıca Yargı faaliyeti içinde bulunan Yargıç ve Savcıların ve Akademik çalışma yapan arkadaşlarımızın da dergimize gösterdikleri ilgi yadsınamaz.

Ekonomik bunalım nedeniyle mesleki alanda kitap baskısının azaldığının farkındayız. Buna karşın Baromuz Yönetim Kurulu kitap baskısı ile ilgili tüm istemlerimizi büyük bir özveri ile kabul etmektedir. Şu anda İstanbul Barosu'nun 1 yıl içinde bastığı kitap sayısı bir yayınevinin sınırlarını zorlayacak boyuttadır.

En son Prof. Dr. Erdener Yurtcan'ın 4 kitabını yayımlamıştık. Bu kez Derginiz ile eş zamanlı olarak *"Avukatın El Kitabını"* yayımlıyoruz.

Bize verdikleri destek nedeniyle tüm okurlarımıza ve başta İstanbul Barosu Başkanı Av. Muammer Aydın olmak üzere tüm Yönetim Kurulu'na teşekkür borcumuzu ödemek isteriz.

Yeni bir Yayın'da buluşmak üzere...

Av. Celal ÜLGEN
Yayın Kurulu Başkanı

BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN

YENİ ADLİ YILA GİRERKEN...

Av. Muammer AYDIN
İstanbul Barosu Başkanı

Değerli meslektaşlarım;

Bir yeni Adli Yıla daha girmiş bulunuyoruz. Bu adli yıl açılışında da her adli yılda olduğu gibi yaşadığımız sorunları, ülkemizin içinde bulunduğu koşulları ele alan açıklamalarımızı siz meslektaşlarla ve kamuoyuyla paylaştık. Kuşkusuz ülkemizin bugün içinde bulunduğu birçok yaşamsal sorunu var. Terör, Ekonomik Bunalım, İşsizlik ve Hayat Pahalılığı bu sorunların başında geliyor. Toplum olarak ivedilikle bu sorunlarımıza çözüm bekliyoruz. Bu sorunlar kadar önemli bir sorun daha var ki; o da hem ülkedeki tüm yurttaşlarımızı hem de avukatlar olarak bizleri yakından ilgilendiren Hukukun Üstünlüğü ve Yargı Bağımsızlığı İlkesinin yeterince kurulmamış olmasıdır.

Yargı sorunlarına temelden baktığımızda karşımıza öncelikle eğitimde yaşanan niceliksel sorunlar göze çarpıyor. Bugün itibariyle hukuk alanında yaşadığımız temel sorunların başında Hukuk eğitimindeki plansızlık ve bu plansızlığın yol açtığı karmaşanın her geçen gün alabildiğine büyümesi gelmektedir. Eğitim-Öğretim etkinliğini sürdüren onlarca Hukuk Fakültesi ve 25.000 hukuk öğrencisi mevcut olup, bu fakültelere her yıl binlerce yeni öğrenci alınmaktadır. Her yıl ortalama 5000 mezun ve lisans diploması veriliyor. Ülkemizdeki hakim, savcı ve avukat gereksiniminin çok çok üstünde mezun veren Hukuk Fakülteleri yüzünden yeni mezun gençler iş alanı belirlemede ya da belirledikleri iş alanlarında verimli çalışma olanaklarından yoksun kalıyorlar. Bu aşamada gençler hukuk dünyasında iş olanakları ararken *"avukatlık ruhsatım elimde bulunsun, hiçbir şey olmazsam avukat olurum,"* mantığı ile Barolara ruhsat için başvuruyorlar. Böylece avukatlık yapmayı düşünse de düşünmese de Hukuk Fakültesi'nden mezun olan herkes ilk etapta meslek olarak *"stajı göstermelik, sınavı kalkmış"* avukatlığı seçiyor. Bu durum nereye kadar böyle devam edecek doğrusu merak ediyoruz.

Dünyada en kolay avukat olunan ülkeyiz desek, abartmış olmayız. Çünkü avukatlık için salt Hukuk Fakültesi bitirmiş olmayı yeterli bulan bir ülkeyiz. Sayısı her geçen gün artan ancak eğitimin nitelik ve niceliği değişmeyen aksine giderek gerileyen Hukuk Fakültelerinden, neredeyse her mezun olanın, avukat olduğu ülkemizde, *"Avukatlar"* çoğaldıkça büyüyen ve kendi mesleki geleceğini sıkıntıya sokan bir yapıya doğru hızla ilerliyorlar.

Dünyada avukat olmanın koşulları oldukça ağır; çoğu ülkede yargıç ya da savcı olmanın yolu belirli bir süre avukatlık yapmaktan geçiyor. Bu konuda örnek olması bakımından Baro Bültenimizin Ağustos sayısında iki yazıya yer verdik. Fransa'da ve Almanya'da avukat olmak için ne tür koşullar taşımak gerektiğini nelerin istendiğini ele alan yazılar, bu ülkelerde avukatlığa adım atan gençlerin ne denli *"güç"* süreçlerden geçmeleri gerektiğini bizlere yalın olarak anlatıyordu. Bizde ise *"göstermelik"* avukatlık aşamaları ile yetinilmesini anlamakta güçlük çekiyoruz. Hukuk eğitimini fakülte açmak olarak algılayan anlayışa tepkilerimizi ve hukuk eğitimi kalitesine yönelik eleştiri ve önerilerimizi yıllardır bıkmadan dile getiriyor ve bunu her fırsatta yineliyoruz. Bilinmelidir ki, köklü, kalıcı ve kapsamlı bir yargı reformu, öncelikle *"hukuk eğitimi"*nin nicel ve nitel değişiminden geçer.

Bildiğiniz üzere Avukatlar olarak büyük sorunlar yaşıyoruz. Daha staj aşamasında çalışma yasağı olan ve sosyal güvenceden yoksun üyelerimiz, mesleğe başladıklarında da ağır vergi yükü ve giderlerle karşı karşıya kalıyorlar. Meslektaşlarımız geçim derdine düşerken, kendi sosyal ve mesleki sorunları yanında yargının ağır ve giderilemeyen sorunları ile de boğuşmak zorunda bırakılıyor.

Mesleğin sorunlarının büyük kısmı, ülkemizdeki demokratik yapılanmanın bozuk olmasından, Hukuk Devleti olma gereğinin tam ve yeteri kadar uygulanamamasından kaynaklanıyor.

Anayasamızda devletin şekli hukuk devleti olarak tanımlanıyor ancak hukuk devletinin bir gereği olan zorunlu müdafilik kurumuna yan gözle bakılıyor. Bu yönde yapılan gider kalemleri *"devlete yük"* olarak görülüyor. 'Adalete Erişim'in kolay ve ucuz olması hatta ücretsiz olması "A*dli Yardım"*ın etkinleştirilmesi çağdaş ve gelişmiş ülkeler demokrasisinin, temel ilkeleri arasındayken bizde CMUK ile başlayan ve CMK ile gelişen bir Adalete Erişim uygulaması başlangıçta çağdaş ülkeler standardındaydı. Ancak bu da halkımıza çok görüldü ve sürekli yasa değişiklikleri yapılarak, haklar geri alındı.

Sonunda hem sistem yara aldı hem de burada görev yapan avukatlar mağdur edilerek zorunlu müdafilik *"angaryaya"* dönüştürüldü. CMK'da görev alan meslektaşlarımız zaten *"komik"* olan düşük ücretleri almak için aylarca Cumhuriyet Savcılarının imzalarını bekliyorlar. Bir anlamda Cumhuriyet Savcıları CMK'da görev yapan meslektaşlarımızın amiri konumuna geldi. Bu durum artık kabul edilemez sonuçlar doğurmaya başladı. Bu nedenle 4.000 meslektaşımız emeğinin karşılığını ve yaptığı masrafları alamadığı gibi bir de İstanbul gibi koca bir şehirde adli ve idari birimlere günlük vasıtalarla göreve gitmeye zorlandı; bu olacak iş değil! Üstüne üstlük bu meslektaşlarımız aldıkları masraflar nedeniyle geriye

yönelik haksız ve mesnetsiz vergi yükü (STOPAJ ve KDV) ile de karşı karşıya bırakıldılar. Bugüne değin yaptığımız girişimler sonuçsuz kalmış, yaşanan sorunlara çözüm üretilmemiştir. Aradan geçen bunca zamana karşın sorunların henüz çözümlenememiş olması ve bu sorunlarla yeni adli yıla başlamış olmak Hukuk Tarihimiz için bir utançtır.

Yargı ve hukuk alanında yaşadığımız bir diğer önemli sorun *'Yargı Bağımsızlığı'* konusudur. Bugün geldiğimiz noktada Yargı Bağımsızlığı sürecinde bu kavram geliştirilemediği gibi daha da geriye gidilmiş ve siyasi iktidarın olaya *'el atması'* noktasına gelmiştir. Hakim ve Savcıların yasal ve demokratik sesi ve örgütlenmesi YARSAV'ı kapatmak için uğraş veren anlayış, hakkında yüzlerce yakınma olan savcı ve hakimler hakkında hiçbir işlem yapmamaktadır. Siyasi İktidarın yargıya el atması, HSYK'daki 7 üyeden ikisinin Adalet Bakanı ve onun Müsteşarı olmasından ve bu kurumun kararlarını nitelikli çoğunlukla yani 5 üye ile almak zorunda bulunmasından kaynaklanmaktadır.

Adalet Bakanlığı'nca neye göre hazırlandığı belli olmayan Yargı Reformu Taslağı'ndan Türkiye'nin en büyük Barosu olarak bihaber olmamız, Baromuza bu konuda görüş sorulmaması ve adı geçen taslağın gönderilmemesini de siz meslektaşlarımızın takdirine bırakıyorum. Yine de öğrendiğimiz kadarıyla bu taslak metinle yargı reformu ve yargı bağımsızlığı değil Anayasa Mahkemesi ile HSYK'nın yapısının değiştirilmesi amaçlanmaktadır. Yaptığımız toplantıda açıkça belirttik. Dedik ki, Anayasa Mahkemesi üyeleri ile HSYK üyelerinin Meclis tarafından seçilmesini öngören düzenlemeler, Yargı Bağımsızlığını zedeleyici niteliktedir. Meclisin çıkardığı Yasa ve Kararları denetleyen bir yüksek mahkeme üyelerinin, Meclis tarafından seçilecek olması, bu mahkemenin bağımsızlığını ortadan kaldıracaktır. HSYK üyelerinin Meclis tarafından seçilmesi de Yargıyı Yasama'ya bağımlı kılacağından, kabul edilemez. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince Yasama, Yürütme ve Yargı'nın birbirlerinin alanlarına müdahalede bulunması düşünülemez.

Esasen Taslakta öngörülen düzenlemeler, bu anlamda demokrasinin olmazsa olmaz koşulu, *"Kuvvetler Ayrılığı"* ilkesine aykırıdır. Çünkü bir kurum, kendisini denetleyecek organın üyelerini seçerse, bu denetim hukuka uygun ve gerçek bir denetim olabilir mi? Bu kurumun verdiği kararlara itibar edilir mi? Elbette edilemez. Bu, hayatın gerçekleriyle bağdaşmayan bir tutumdur. Doğrusunu isterseniz bu söylediğimizin salt bugünkü siyasi iktidarla da bir ilgisi yoktur. Hangi siyasi iktidar yönetimde olursa olsun, biz her zaman için bu söylediklerimizin arkasındayız; her zaman için bu tür girişimlere karşı çıktık, karşı çıkıyoruz ve karşı çıkmaya da devam edeceğiz. Bundan kimsenin kuşkusu olmasın. Bizim derdimiz Hukukun üstünlüğüdür, bizim derdimiz yargı bağımsızlığının

korunmasıdır; bizim derdimiz adil yargılanma ilkesinin sağlanmasıdır; bizim derdimiz ülkemizde hukukun olanaklarıyla insanlarımızın çağdaş yaşam koşullarını sürdürebilmeleridir.

Geçmişte olduğu gibi bugün de yargının büyük sıkıntılar içinde bulunduğunu biliyor ve bir kez daha ifade ediyoruz. İcra Daireleri mevcut adliyelerin bodrum katlarında olup iş yükleri altından kalkılamayacak boyutlardadır. Buralar girilemez, görev yapılamaz durumdadır. Personel, yer ve araç yokluğu nedeniyle icra dairelerinde işler durma noktasına geldi. Adliyeler de yer yokluğu sebebiyle gereksinim duyulan mahkemeler kurulamamakta, çok uzun duruşma günleri verilmekte, takviye personel gönderilememekte, savcı ve hâkimler için oda bulunamamakta, aynı odada birden çok savcı ve hâkimin oturması zorunlu hale gelmektedir. İş çokluğu ve personel yokluğu nedeniyle işlemler zamanında yapılamamakta, kararlar süresinde yazılamamakta, sorumlu olarak da savcı ve hâkimler görülerek haklarında soruşturmalar açılmaktadır. Ceza ve Tevkif Evlerinde uygulama yanlışlıkları, yargılamanın makul sürelerde bitirilememesi ve tutuklamalarda makul sürenin aşılması, tutuklamanın tedbir yerine, peşin cezaya, infaza dönüştürülmesi nedeniyle kapasite üstünde tutuklu ve hükümlü bulunduğundan insan haklarına ve yasal düzenlemelere aykırı olarak insanlara eza ve cefa yapılmakta ve adeta bir suça ikincil cezalar çektirilmektedir. Personel ve araç yokluğu sebebiyle tutuklular mahkemelere zamanında getirilemediğinden, yasal hakları kısıtlanmakta ve uzun süre tutuklu kalmalarına neden olunmaktadır. UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) sistemi, yapılan iyileştirmelere karşın hala sorunlu ve yakınmalara neden olmaktadır. UYAP konusundaki yakınmaların bir an önce giderilmesi gerekmektedir. Keza sistemin Adalet Bakanlığı denetiminde olması nedeniyle yargının gözetlenmesinden dolayı yargı bağımsızlığı da tehdit altındadır. UYAP sisteminin Adalet Bakanlığı'ndan alınarak HSYK kontrolüne verilmesi, yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz koşuludur.

İstanbul Barosu olarak tarihsel geçmişten ve Yasamızdan aldığımız güçle sorunları dile getirmeye, bu sorunlarla mücadele etmeye ve demokratik, laik ve sosyal hukuk devletinin kurumsallaşması için çabalarımızı sürdürmeye devam edeceğiz.

Bu duygu ve düşüncelerle tüm meslektaşlarımın yeni yargı yılını kutlar, sağlık, başarı ve mutluluklar dilerim.

YARARLI BİLGİLER

YASAL FAİZ ORANLARI

01.01.2000-30.06.2002 arası için	911 gün	%60
01.07.2002-30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003-31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004-30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004-01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005-31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006-31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007-31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008-31.12.2008 arası için	366 gün	%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**
OCAK	23.61	14.55	5.45	9.68	6.08	12.81
ŞUBAT	21.49	14.70	5.04	10.08	5.94	12.63
MART	19.18	15.03	4.21	10.63	5.95	11.99
NİSAN	17.03	14.96	4.96	11.01	6.39	10.65
MAYIS	15.16	13.97	4.27	10.95	7.20	8.96
HAZİRAN	13.73	12.78	4.97	10.09	8.39	7.34
TEMMUZ	12.51	11.72	5.82	9.03	9.76	5.47
AĞUSTOS	11.62	10.65	6.49	8.29	10.68	4.19
EYLÜL	11.16	9.54	7.06	7.77	11.29	
EKİM	11.16	8.16	7.76	7.23	12.11	
KASIM	11.07	6.89	8.60	6.75	12.56	
ARALIK	11.09	5.89	9.34	6.31	12.72	

AVUKATLIK TOPLULUK SİGORTASI PRİM 2009 TUTARLARI

En az: **224.00**
En Çok: **1.450.21**

(Çalışanı olan Avukatlar için en az sigorta primi, işçilere ödenen en yüksek brüt maaşın %33.5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir.)

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ AYA GÖRE ARTIŞ ORANLARI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	-0.41	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.55	0.75	1.00	0.80	0.29
ŞUBAT	0.11	0.26	0.95	2.56	1.17	0.02	0.22	0.43	1.29	-0.34
MART	1.26	0.25	0.97	3.17	0.29	0.26	0.27	0.92	0.96	1.10
NİSAN	1.21	1.94	0.80	4.50	0.65	0.71	1.34	1.21	1.68	0.02
MAYIS	0.20	2.77	0.39	2.12	-0.05	0.92	1.88	0.50	1.49	0.64
HAZİRAN	0.10	4.02	-0.11	-0.36	0.94	0.10	0.34	-0.24	0.32	0.11
TEMMUZ	-0.57	0.86	0.06	1.25	-0.71	-0.57	0.85	-0.73	0.58	0.25
AĞUSTOS	0.85	-0.75	0.6	2.34	0.42	0.85	-0.44	0.02	0.24	-0.30
EYLÜL	1.02	-0.23	0.85	-0.90		1.02	1.29	1.03	0.45	
EKİM	1.79	0.45	-0.13	0.57		1.79	1.27	1.81	2.60	
KASIM	1.40	-0.29	0.89	-0.03		1.40	1.29	1.95	-0.83	
ARALIK	-0.04	-0.12	0.15	-3.54		0.42	0.23	0.22	-0.41	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN ARALIK AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	-0.41	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.55	0.75	1.00	0.80	0.29
ŞUBAT	0.30	2.22	0.89	3.00	1.40	0.57	2.22	1.44	2.11	-0.06
MART	0.96	2.48	1.88	6.26	1.70	0.83	1.25	2.36	3.09	1.05
NİSAN	2.18	4.46	2.69	11.04	2.35	1.55	2.60	3.60	4.82	1.07
MAYIS	2.38	7.36	3.09	13.39	2.30	2.49	7.36	4.12	4.38	1.71
HAZİRAN	1.89	11.68	2.98	13.76	3.27	2.59	11.68	3.87	6.00	1.83
TEMMUZ	1.14	12.64	3.11	15.18	2.54	2.00	5.76	3.05	6.61	2.08
AĞUSTOS	2.18	11.80	3.93	12.49	2.97	2.87	5.30	3.13	6.35	1.78
EYLÜL	2.98	11.54	4.98	11.48		3.93	6.65	4.19	6.83	
EKİM	3.69	12.04	4.84	12.11		5.79	8.01	6.08	9.60	
KASIM	2.71	11.72	5.78	12.08		7.27	9.40	8.15	10.52	
ARALIK	2.6	11.58	5.94	8.11		7.72	9.65	8.39	10.06	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN AYNI AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	10.70	5.11	9.37	6.44	9.50	9.23	7.93	9.93	8.17	7.90
ŞUBAT	10.58	5.26	10.13	9.10	6.43	8.69	8.15	10.16	8.15	7.73
MART	11.33	4.21	10.92	10.50	3.46	7.94	8.16	10.86	9.15	7.89
NİSAN	10.17	4.96	9.68	14.56	-0.35	8.18	8.83	10.72	9.66	6.13
MAYIS	5.59	7.66	7.14	16.83	-2.46	8.70	9.86	9.23	10.74	5.24
HAZİRAN	4.25	12.52	2.89	17.03	-1.86	8.95	10.12	8.60	10.61	5.73
TEMMUZ	4.26	14.34	2.08	18.41	-3.75-	7.82	11.69	6.90	12.06	5.39
AĞUSTOS	4.32	12.32	3.72	14.67	-1.04	7.91	10.26	7.39	11.77	5.33
EYLÜL	4.38	11.19	5.02	12.49		7.99	10.55	7.12	11.13	
EKİM	4.57	10.94	4.41	13.29		7.52	9.68	7.70	11.99	
KASIM	1.60	11.67	3.65	12.05		7.61	9.86	8.40	10.76	
ARALIK	2.66	11.58	5.94	8.11		7.72	9.65	8.39	10.06	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE 12 AYLIK ORTALAMALARA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	14.55	5.45	9.68	6.08	12.81	8.50	8.07	9.76	8.61	10.54
ŞUBAT	14.70	5.04	10.08	5.94	12.63	8.44	8.03	9.92	8.53	10.41
MART	15.03	4.49	10.63	5.95	11.99	8.40	8.05	10.15	8.40	10.29
NİSAN	14.96	4.09	11.01	6.39	10.65	8.42	8.11	10.30	8.33	9.98
MAYIS	13.97	4.27	10.95	7.20	8.96	8.53	8.21	10.24	8.47	9.49
HAZİRAN	12.78	4.97	10.09	8.39	7.34	8.95	8.32	10.11	8.64	9.08
TEMMUZ	11.72	5.82	9.03	9.76	5.47	8.68	8.64	9.70	9.07	8.52
AĞUSTOS	10.65	6.49	8.29	10.68	4.19	8.64	8.84	9.46	9.43	7.99
EYLÜL	9.54	7.06	7.77	11.29		8.63	9.05	9.17	9.76	
EKİM	8.16	7.76	7.23	12.11		8.47	9.25	8.98	9.60	
KASIM	6.89	8.60	6.75	12.56		8.31	9.44	8.86	10.31	
ARALIK	5.89	9.34	6.31	12.72		8.18	9.60	8.78	10.44	

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	EYLÜL 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.90	0.45
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	11.48	6.83
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12.49	11.13
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	11.29	9.76

Sıra No	EKİM 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.03	0.83
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12.08	10.52
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12.25	10.06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.11	9.60

Sıra No	KASIM 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.54	-0.41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12.08	10.52
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12.25	10.76
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.56	10.31

Sıra No	ARALIK 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.15	0.22
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	8.11	10.06
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	8.11	10.06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.72	10.44

Sıra No	OCAK 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.23	0.29
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	0.23	0.29
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	7.90	9.50
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.81	10.54

Sıra No	ŞUBAT 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.17	-0.34
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	1.14	-0.06
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	6.41	7.73
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12.63	10.41

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	MART 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.29	1.10
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	1.70	1.05
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	3.46	7.89
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	11.99	10.29

Sıra No	NİSAN 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.65	0.02
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.35	1.07
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-0.35	6.13
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10.65	9.98

Sıra No	MAYIS 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.05	0.64
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.30	1.71
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-2.46	5.24
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	8.96	9.49

Sıra No	HAZİRAN 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.94	0.11
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3.27	1.83
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-1.86	5.73
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	7.34	9.08

Sıra No	TEMMUZ 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.71	0.25
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.54	2.08
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-3.75	5.39
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	5.47	8.52

Sıra No	AĞUSTOS 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.42	-0.30
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.97	1.78
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	-1.04	5.33
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	4.19	7.99

YAZILAR

İDARİ YARGI KARARLARI GEREĞİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN ONUR KIRICI İDARİ MUAMELE OLDUĞU

Tablonun Birey İçin Manevi İşkence Hali Oluşturduğu Hakkında Bir Taslak Çalışma

Dr. Selami DEMİRKOL*

GİRİŞ

*"Hukuk Devleti İlkesi"*ne 2. maddesi ile Anayasa'da yer verilmiştir.

Bu ilkenin inşası yolunda, 125. madde ile de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu vurgulanmıştır.

Danıştay-İdari Yargı düzenlemesinin hükmolunduğu 155. maddede adli yargı-idari yargı ayrımı benimsenmiştir.

İdarenin yargısal denetiminin, idari rejim gereği olarak ihtisas mahkemeleri tarafından gerçekleştirileceği öngörülmüştür.

Yine, Anayasa'nın 36. maddesinde "*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.*" hükmü yer almıştır.

Bu hüküm doğrultusunda, idari eylem ve işlemlerden dolayı idari yargı yoluna başvurmanın bireyler için bir hak olduğu belirtilmiştir.

Anayasa ile çizilen bu ana arterlere uygun olarak 2577 sayılı Yasa ile de idarenin yargısal denetiminin usul ve esasları ayrıntılarıyla gösterilmiştir.

İdari otoriteye verilen icrai karar alma ve bunu gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme ayrıcalığı çok önemli ve güçlü bir mekanizmadır.

Hukuk içinde kalması beklenilen idarenin bu ayrıcalığa dayanarak hukuk dışına çıkma eğiliminde ve pratiğinde olduğunu idari yargı yerleri, önlerine gelen davalar ile ilgili yargılamada görmekte, hukuka aykırılık tespitleri yapmaktadırlar.

Bu tespitler uyarınca yürütmenin durdurulması, iptal veya tazminata hükmetme kararları verilmektedir.

Ancak uygulamada, bu kararların yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumlarının oluştuğuna tanıklık etmekteyiz.

(*) İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Hakimi

Hukuka duyarlı idare ve idarecileri ayrı tutarak, hukuka duyarlı bireylerin böylesi hukuk dışı tablolardan rahatsız olduklarını bilmekteyiz.

Yerine getirilmeyen veya gereği gibi yerine getirilmeyen kararlar verme yetkisi tanınan idari yargı yerlerinin bu şekilde saygınlığı ayrı bir tartışma konusudur.

Bizim bu çalışmada tartıştığımız idari yargı kararlarının yerine getirilmesinde güçlük çıkaran idarelerin, bu eğilimlerinin, bireyler için manevi işkence bağlamında onur kırıcı sonuçlar doğurduğudur.

Bu yaklaşımımızdan hareketle, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile yasaklanan işkencenin; maddi ve fiziki müdahalenin dışında kalan ve bireyin sırf dava açmış olması sonucu verilen karar sonrası aşamaların onun onurunu, hukuki mücadele direncini ve azmini kıran, adeta onun için manevi işkence boyutunda olduğu görüşümüzü aktaracağız.

1
ANAYASA İLE YAPILAN DÜZENLEMELER

2709 Kanun numaralı 1982 Anayasası'nın *''Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı''* başlıklı 17. maddesinin 3. fıkrasında, *''Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.''* hükmü öngörülmektedir.

Yine Anayasa'nın *''Mahkemelerin Bağımsızlığı''* başlıklı 138. maddesinin 4. fıkrasında *''Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.''* hükmü yer almaktadır.

Anayasa yapıcı aktarılan 17/3 madde hükmü ile işkenceyi anayasal düzende yasaklamıştır.

Bu yasaklamanın insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleleri de kapsadığını önemle belirtmiştir.

Biz insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleleri, onur kırıcı işlemler olarak alıp çalışmamızı bu eksende oluşturacağız.

Aynı şekilde Anayasa yapıcı, 138/4 madde hükmü ile de konunun önemini Anayasal düzeyde hüküm kurmak suretiyle vurgulayarak mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesini, değiştirilmemesini ve geciktirilmemesini işaret etmiştir.

Anayasa yapıcı mahkeme kararlarının yerine getirilmesi konusunda bu denli duyarlılık içerisinde iken, uygulamada idarecilerin duyarsızlıkları ve

hatta vurdumduymazlıkları çoğu zaman davacılar bakımından onur kırıcı ve manevi işkenceye varan sonuçlar oluşturmaktadır.

2
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE GETİRİLEN YASAKLAMA

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin[1] *''İşkence Yasağı''* başlıklı 3. maddesinde *''Hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.''* ilkesine yer verilmiştir.

Bu ilkeyi daha da etkin kılmak amacıyla Avrupa Konseyi tarafından *''İşkence veya Gayriinsani ya da Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"* 26.11.1987 tarihinde imzaya açılmıştır.

01.02.1988 tarihinde yürürlüğe giren ve ülkemizin de katılmış olduğu bu sözleşme önleyici ve takviye niteliğine sahiptir.[2]

İşkence Yasağı başlıklı 3. madde ile getirilen ilke aynı içerikle yukarıda da aktarıldığı üzere Anayasamızın 17/3 maddelerinde de vurgulanmış ve kabul edilmiştir.

Burada önem arz eden husus, ulusal üstü sözleşmede de onur kırıcı işlemlerin yasaklanmış olduğu ve onur kırıcı işleme maruz kalan bireyin ulusal yargı makamlarından ulusal üstü sözleşme uygulayıcısı olan ulus üstü mahkeme taşıyabileceğidir.

3
2577 SAYILI YASADAKİ DÜZENLEMELER

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun *''Kararların Sonuçları''* başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasında "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre İdare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.''* hükmü,

3. fıkrasında *''Danıştay, bölge idare mahkemeleri idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde*

---

(1) 11. Protokol ile değiştirilen metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi No:5, Avrupa Konseyi Yayınları, s. 5

(2) Türkiye Cumhuriyeti Devletimiz bu Sözleşme'ye Ek 1 ve Ek 2 nolu Protokolleri 25.09.1997 tarihinde onaylamıştır

bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açabilir.'' hükmü 4. fıkrasında *''Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili idare aleyhine dava açılabileceği gibi kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.''* hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 138/4 maddesi ile yetinmeyen yasa yapıcı adeta bir öngörüde bulunarak idarecilerin Anayasa hükmünü görmemezlikten gelebilecekleri düşüncesiyle 2577 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yaparak idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi durumunun yaptırımlarını açıklamıştır.

Ancak uygulamada bunun da fayda etmediğini, caydırıcı olmadığını görüyoruz, görmekteyiz.

4
ONUR KIRICI İŞLEM (MUAMELE) YASAĞI

Gerek Anayasa 17/3. gerekse Sözleşme'nin 3. maddesi ile getirilen yasak mutlaktır.

Bunun anlamı, istisna getirilemeyeceği ve yine Sözleşme'nin *''Olağanüstü Hallerde Askıya Alma''* başlıklı 15. maddesi kuralı ile de askıya alınamayacağıdır.[3]

Amaçlanan; bireyin beden bütünlüğü ve kişilik onurunu mutlak surette korumaktadır.[4] Şartlar ne olursa olsun...

Anayasamız ve sözleşme ile getirilen bu yasakta üç ayrı husus ifade edilmektedir.

Bunlar; işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak ayrılabilmektedir.

Çalışmamızın konusu bakımından onur kırıcı muamelenin ne olduğu ve idari yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesinin bir çeşit onur kırıcı işlem (muamele) olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile vermeye çalışalım.

---

(3) Sözleşmenin 15. maddesinin 1.fıkrasında ''Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.'' denilerek 2. fıkrasında da ''Yukarıdaki hüküm, Yüksek Sözleşmeci Taraf'ı, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.'' ilkesi yer almaktadır.

(4) Tyrer/İngiltere'ye karşı Divan kararı, 25.04.1978 A 26, ss.15-16, S.30-33.

Muamele deyimi, diğer her türlü egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirilen işlemleri ifade etmektedir.

İrlanda Cumhuriyeti'nin İngiltere aleyhine yaptığı başvuru üzerine önce Avrupa Komisyonu ve sonra da İnsan Hakları Mahkemesince işkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı işlemler yorumlanmıştır.[5]

Mahkeme bahse konu üç tür muamele arasındaki farkı, nitelikten ziyade bir yoğunluk farklılığı olarak görmektedir.

Her işkence insanlık dışı ve onur kırıcı olmakla beraber, her onur kırıcı işlem işkence yahut insanlık dışı muamele olmayabilir.[6]

Onur kırıcı işlem, bireyi, başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren tasarruflar olarak nitelendirmektedir.[7]

Nitekim bireye uygulanan teşhir yahut sürgün muameleleri 3. maddede kapsamında değerlendirilmiştir.[8]

Ayrıca, bireyi aşağılayan, küçük düşüren, kendilerinde bedensel ve manevi dirençlerini yok eder cinsten bir korku, kaygı ve aşağılık duygusu uyandırılması sonucunu doğuran işlemler de onur kırıcı tasarruflardır.[9]

Belirtmekte fayda var ki 3. madde uygulamasında muamelenin yoğunluğun göz önünde tutulmasından çıkarılan bir başka sonuç da, her kötü davranışın, bireye rahatsızlık ve sıkıntı veren her durumun, ahlak ve hukukun kınadığı cinsten de olsa, muhakkak 3. maddedeki anlamında *''insanlık dışı''* yahut *''onur kırıcı''* sayılmayabilecektir.[10]

Yeri gelmişken, Sözleşmenin 3. maddesi ile yasaklanmış olan tasarrufların mutlaka maddi zor kuvvet ve şiddet niteliğinde olması gerekmediği, bunların bireyin zihni melekeleri de dahil olmak üzere kendisine verilen her türlü manevi ızdırabı da kapsadığını belirtmek isteriz.

Kaldı ki onur kırıcı işlemlerin bir bütün ya da bir sistem oluşturur şekilde birbiriyle bağlantılı olarak tekrarlanan, bir çeşit geleneksel ve alışılmış duruma gelmiş bulunması ve üst resmi makamların da şunları

---

(5) İrlanda/İngiltere'ye karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, 18.01.1978, A 25 No: 3321/67, Ann.11 ss.691-731, ayrıca aynı içerikteki yorumlar için bkz, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan'a karşı Avrupa Komisyonu kararı,16.07.1970 No:4448/70, Ann.13, s.123

(6) GÖZÜBÜYÜK, A-Şeref – GÖLCÜKLÜ, A-Feyyaz – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4-Bası, Turhan Kitapevi, Ankara = 2003, ss.198–199

(7) Campbell et Cosans/İngiltereye karşı İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, s.13 S.28-30

(8) Albert et Le Compte/Belçika'ya karşı İ.H.M. kararı, 10.02.1983, A 58,s.13, S 22, ayrıca Weeks/İngiltere'ye karşı İ.H.M. kararı, 02.03.1987,A114, ss.25-26,S 47.

(9) GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ,Age., s.199.

(10) GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ,Age., s.200.

önlemek için hiçbir girişimde bulunmayıp, uygulamaya bile bile göz yummuş olmaları gerektiği sonucuna varmaktadır.[11]

Yine, kasıtlı olarak yapılan zalimane eylemler de insanlık dışı muamele kapsamına girmektedir. Güvenlik güçleri tarafından başvuru sahiplerinin evlerinin harap edilmesi, söz konusu kişileri sığınacak yerden mahrum, ızdırap ve acı içinde bırakarak, kişilerin emniyet ve refahı gözetilmeksizin gerçekleştirilen bir şiddet ve kasıtlı yıkım eylemi insanlık dışı eylem olarak değerlendirilmiştir.[12]

Bütün bunların sonucu olarak mağdurun fiziksel ya da manevi direncini kırmak için yapılan işlemler insanlık dışı ve onur kırıcı olarak görülmektedir.

Mağdurun, başkalarının gözünde olmasa da kendi gözünde onurunun rencide edilmesi yeterli olmaktadır.

Denilebilir ki sözleşmenin 3. maddesi ile getirilmiş olan bu ilke-garanti uyarınca Devlet her türlü kötü muameleden kaçınma yükümlülüğündedir.

Devlet, otoritesi altında bulunan kişilerin ve aynı zamanda üçüncü kişilerin işkence ve kötü muameleye başvurmalarını önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almak zorundadır.

Bu tedbirler arasına yasa çıkarma, etkili kovuşturma yapmak girmektedir.[13]

5
YARGITAY İÇTİHAT KARARI GEREKÇESİ

İdari yargı kararları gereğinin yerine getirilmemesi hususunda Anayasa ve yasa ile getirilmiş olan aktardığımız bu düzenlemelerin yanı sıra, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.10.1978 günlü ve E:1978/7, K: 1979/2 sayılı kararı'nda[14] *''Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararının yalnızca uygulanması, bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterlidir. Sorumluluk için ayrıca kin, garez, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılması gerekmez.''* gerekçesine yer verilmiştir.

---

(11) GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age. s. 200

(12) İnsan Hakları Mahkemesi'nin Asker, Selçuk, Dulaş ve Bilgin/Türkiye'ye karşı kararında bu nitelendirmenin yapıldığını görmekteyiz.

(13) TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SANCAKDAR, Oğuz; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara:2004, s.143.

(14) Danıştay Dergisi, Y.19, S.34-35, 1979, ss.118-131

Bunun anlamı, Anayasa ve yasal düzenlemelere rağmen idari yargı kararları gereğinin yerine getirilmeme durumunun var olduğudur.

Bu duruma idari yargı yerlerince tazminata hükmetme kararları verilmesi de caydırıcı olmamıştır.

Karar gereğini yerine getirmeyen ilgili kamu görevlileri hakkında Ceza Mahkemelerince ve Yargıtay Ceza Dairelerince verilmiş mahkûmiyet sonuçlu kararlar çoğunluktadır.

Nitekim konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na taşınmış ve çok belirgin gerekçe ile hüküm kurulmuştur.

Ancak bütün bu caydırıcı ve cezalandırıcı kararlara karşın halen daha da yargı kararlarının yerine getirilmediği, bu hususta sorunlar çıktığını görüyoruz.[15]

Yeri gelmişken belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi kararları gereğinin yerine getirilmesinde Parlamento'nun çok geç Yasa yapma yoluna gittiğinin ve kimi durumlarda hatta Mahkeme iptal kararları gerekçesi doğrultusunda yasa yapmadığını da bilmekteyiz.

(12) İnsan Hakları Mahkemesi'nin Asker, Selçuk, Dulaş ve Bilgin/Türkiye'ye karşı kararında bu nitelendirmenin yapıldığını görmekteyiz.

(13) TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SANCAKDAR, Oğuz; *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması"*, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara:2004, s.143.

(14) Danıştay Dergisi, Y.19, S.34-35, 1979, ss.118-131

(15) BEREKET, Zuhal-DEMİRKOL, Selami, *''İdari Yargıda İdari Savcılık Kurumu-İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri."* Danıştay Dergisi, Y.26, S.90, 1996, s.48.

Aynı şekilde, adli yargı ile ilgili olarak da; infazlarının bir türlü gerçekleştirilememesi, yakalama veya tutuklamaların yapılamaması, hatta bazen yapılmaması, hükmolunan tazminatların tahsilinin sağlanamaması durumlarını gözlemlemekteyiz.

Bu sonuçtan anlaşılacağı üzere, adli, idari veya anayasa yargısının hangisi olursa olsun verilen kararların orijini ile ilgisi yoktur oluşan bu tablo ile. Yargıyı ve hukuku özümsememek, kabul edilebilir görmemek, yargıdan öksünmekle ilgilidir.

Yargı yerlerininde verdikleri kararların niteliklerinin ve yargıçların tutumlarında etkili olduğunu söyleyebiliriz.

---

(15) BEREKET, Zuhal-DEMİRKOL, Selami, ''İdari Yargıda İdari Savcılık Kurumu-İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri.'' Danıştay Dergisi,Y.26, S.90, 1996, s.48.

Bunlarla birlikte yeri gelmişken belirtmeden edemeyeceğimiz, aleyhine karar verilen davalı idareden karar gereğini yerine getirmesini beklemenin, idari yargı için ayrı bir infaz kurumunun bulunmayışını da bu oluşumu tetiklemektedir, düşüncesindeyiz.

İdari yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi durumlarında etkin bir çözüm yolu olarak oluşturulacak idari savcılık kurumunu önerdiğimizi burada yinelemekteyiz.[16]

SONUÇ YERİNE

Tartıştığımız konu, idari yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi sonucu ile ilgili olarak, çözüm önerileri gibi konular değildir.

Bireylerin haklarını aramak için tek çare olarak Anayasa ve Yasa ile gösterilen idari yargı yerlerinden aldıkları iptal veya dava kabul kararlarının aynı davanın davalısı tarafından yerine getirilmemesinin birey için manevi varlığında doğurduğu sonuçtur tartıştığımız.

Bu onur kırıcı bir muameledir, işlemdir. İdarece uygulanan veya işlem yapılmayıp hareketsiz kalınan...

Mahkeme kararı gereği yerine getirilmeyerek bireyin mahkemeye olan güveni sarsılmakta, adeta boşuna bir uğraşı içerisine girmiş olduğu hissi oluşturmaktadır.

Birey kendisini güvencesiz, donanımsız, sahipsiz olarak görmektedir.

Dava açmasının davanın lehine sonuçlanmasının adeta hiçbir sonuç oluşturmaması, bireyi karamsarlığa sürüklemektedir.

Kendisine olan saygısı azalmakta, çevresine anlatamayacağı veya izah edemeyeceği gibi bir tablo oluşmaktadır.

İşte idarenin mahkeme kararları gereğinin yerine getirilmemesi tutumu birey için onur kırıcı muameleler, işlemler dizinidir.

Onur kırıcı işlem ise bu çerçeve içerisinde bizce manevi işkencedir.

Manevi işkence de bir çeşit işkencedir. İşkence Anayasamız madde 17/3 hükmü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. madde ilkesi ile yasaktır.

Bu yasak, tartışılmayacak şekilde de mutlaktır.

---

(16) DEMİRKOL, Selami, "İdarenin Yargısal Denetiminde Sınırlamalar-Kaideleşmiş Yargısal Değişim Bağışıklığı ile hukuka Bağlı İdare Uyuşmazlığı", İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1995. ss. 270-280.

4857 SAYILI YASA'NIN 18-19-20-21. MADDELERİNİN YASANIN YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ HAZİRAN 2003 TARİHİNDEN BUGÜNE KADAR GEÇEN SÜRE İÇİNDEKİ UYGULAMALARI VE SONUÇLARI ÜZERİNE İNCELEME

Av. Abdurrahman DURAN

4857 sayılı Yasa yeni düzenlemeler getirmiş olup bunlardan en önemlisi iş güvencesidir. İş Hukuku'nun en önemli araçlarından birisi çalışma ilişkisinin sürekliliğine ve varlığının korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle Yasa'nın 18 ila 21. maddelerinde iş güvencesi hükümleri düzenlenmiştir. İş güvencesi kavramı itibariyle, iş sözleşmesinin işveren tarafından ancak Yasada gösterilen geçerli sebeplerin varlığı halinde sona erdirilebilmesidir. Bu haliyle işverenin fesih hakkına sınırlandırma getirilmekte olup, işveren feshin geçerli bir nedenle yapıldığını kanıtlayamaması durumunda işçi aynı işine iade edilecek veya bu gerçekleşemiyorsa kendisine Yasada belirtilen özel tazminat ödenecektir

Yasa'nın 21. maddesinde geçersiz feshin sonuçları hüküm altına alınmış olup 21/l. maddesi:

İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelere ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence

---

(1) Kadıköy 1. İş Mahkemesi Hakimi

yapılmış fesih geçerli fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir surette değiştirilemez; *"aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir."* hükmünü içermektedir.

4857 sayılı Yasa'nın 21/l. maddesinin birinci cümlesinde mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır, hükmü getirilmiştir. Bu hüküm işçinin eski işine iadesini sağlamak için konulmuş emredici bir hüküm olup iş güvencesinin gereğidir. Ancak işveren mahkeme veya özel hakemin bu kararına rağmen bir ay içinde işçiyi işe başlatmama hakkına sahip bulunmaktadır. Zira 4857 sayılı Yasa'nın 21. maddesinin l. fıkrasının 2. cümlesindeki *"İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur"* hükmü ile anlaşılmaktadır.

4857 sayılı Yasa'nın 21/1. maddesinin bir ve ikinci cümleleri kanımızca çelişmektedir. Birinci cümledeki İŞÇİYİ İŞİNE BAŞLATMAK ZORUNDADIR ifadesi emredici bir hüküm iken, ikinci cümledeki ifade işverene tercih hakkı tanıyan bir ifade içermektedir. Yasakoyucu ilk cümlede işçinin işe başlatılmasını zorunlu tutmuş olup, bu zorunluluk yukarda açıklandığı gibi iş güvencesinin asıl sonucudur. Bilindiği gibi iş güvencesi işçinin işinin güvence altına alınmasıdır. Bunun sonucu olarak Yasakoyucu feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin eski işine alınmasını bu nedenle zorunlu tutmuştur. Yasanın 21/1. fıkranın 2. cümlesindeki işçinin başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaz ise işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur hükmü işe başlatmanın zorunlu olması ifadesi ile çelişmekte ve işçi aleyhine hüküm içermektedir. Yasanın 6 yıllık uygulamasında görülmüştür ki iş güvencesi, yani işçinin eski işine iadesi olarak getirilen bu hüküm Yasakoyucu'nun amacı doğrultusunda uygulanma olanağı bulamamış, feshin geçersizliği sonunda işverenler Yasanın 2. cümlesini uygulamak suretiyle tazminat ödemek yoluna gitmişlerdir.

Somut bir örnek verilmek gerekirse, 15 yıllık bir işçinin sekiz aylık tazminat ve dört aylık çalıştırılmayan süreye ait ücreti toplamı olmak üzere bir yıllık ücretini demek suretiyle ve hiçbir gerekçe göstermeden işverenin iş akdini feshetme hakkı mevcut olup, mahkemece veya özel hakem tarafından Yasada belirtilen şartlar yerine getirilmediği için feshin geçersizliğine dair verilen karar, işveren tarafından kabul edilmedikçe işçinin eski işine geri dönmesini sağlamayacaktır. İşverene mahkeme veya özel hakem kararı gereği işçinin eski işine alınmasını sağlayacak bir

hüküm ve yasal güvence bulunmamaktadır. Yasanın bu haline iş güvencesi demek kanımızca mümkün bulunmamaktadır.

Ayrıca Yasanın 21/5. fıkrasının ikinci cümlesi de maddenin 1. fıkrasındaki ilk cümle hükmü ile çelişmektedir. Maddede mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır hükmünü içermekte olup yargılama sonunda işverenin yapmış olduğu feshin geçersizliğine mahkemece karar verilmekte ve bu husus kesinleşmektedir. Maddenin 5. fıkrasının ikinci cümlesinde ise *"işçi on iş günü içinde başvuruda bulunmaz ise,işverence yapılmış olan fesih geçerli fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur."* hükmü ile kesinleşmiş olan feshin geçersizliğine dair mahkeme veya özel hakem kararı ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Mahkeme kararında gösterilmeyen bir hükmün ve bu hususta alınmış bir ek karar olmadan, işverence yapılmış olan feshin geçerli olduğunu kabul etmek kesinleşen feshin geçersizliğine dair olan mahkeme kararını ortadan kaldıran bir uygulama olup kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Kesinleşen bir mahkeme kararının ortadan kaldınlması ancak HUMY'da belirtilen belli şartların oluşması halinde mümkün olan bir hususdur. Bu nedenle bu hükmünde yasadan çıkarılması veya uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

Yasanın 6 yıllık uygulamasında görülmüştür ki, yukarda açıklanan iş güvencesi hükmü ile iş mahkemelerinin ve Yargıtay 9. HD'nin iş yükü iki misli artmış ve davaların karara bağlanma süresi uzamıştır. 4857 sayılı Yasa'nın yürürlüğünde önce işe iade hükmü bulunmadığı için işten ayrılan işçi işçilik alacakları ile ilgili davasını açıp haklarını alma yoluna gitmekte iken, 4857 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesi ile iş güvencesi hükümleri doğrultusunda işçi önce feshin geçersizliği için dava açmaktadır. Davayı kazanması durumunda işveren tarafından ise başlatılmaması durumunda söz konusu kararın tespit kararı olması ve infaz kabiliyeti olmaması nedeni ile bu defa bu davadaki boşta geçen süre ve işe başlatmama tazminatına yönelik haklarının tahsili ve ödenmemiş ise Kıdem ve İhbar Tazminatı ve işçilik alacakları için dava açmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle işten çıkarılan bir işçinin açtığı dava sayısı en az iki olmaktadır. Bu durumda haliyle İş Mahkemelerinin mevcut olan iş yükünü iki katına çıkarmaktadır. Zaten Yasanın yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinden sonraki yıllarda İş Mahkemelerinin ve Yargıtay 9. HD'nin iş yükü iki misli artmış ve artmaya devam etmektedir.

Bu açıklamalar ve gerçekler karşısında 4857 sayılı Yasa ile getirilen ve işçiler için iş güvencesi olan bu hükümler Yasakoyucunun ve Yasanın amacına göre uygulanmasını sağlamak için kanımızca Yasanın 21. maddesinde değişiklik yapılması gerekmektedir. Zira İş Mahkemelerinin iş

yükünün mahkeme için belirlenen 1000 derdest dosya sayısının çok üzerinde bulunması nedeni ile feshin geçersizliğine ilişkin davaların, Yasakoyucunun, yasanın 20/2. maddesinde belirlediği 2 aylık sürede bitirilmesi söz konusu olmadığı gibi Yargıtay 9. HD tarafından da bir ay içinde kesin olarak karara bağlanması mümkün bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak işten çıkarılan ve feshin geçersizliği için dava açan bir işçinin bu davaların sonuçlanmasının bir yıllık süreyi aşması nedeni ile kendisini ve ailesini geçindirmek için işe girip çalışması gerekmektedir.

İş akdi sona erdirilen ve feshin geçersizliği için dava açan bir işçinin iş bulup çalışmaya başlaması durumunda, davanın işçi lehine sonuçlanması halinde kendisini bekleyen ikinci bir tehlike söz konusudur. Eski işine başvurması için yeni girdiği işinden ayrılması gerekmekte olup, başvuruya rağmen işverenin kendisini işe alıp almayacağı bir aylık süre sonunda belli olmasıdır. Bu sürenin sonunda da işe alınıp alınmayacağı da kesin değildir. Bu olumsuzluklar içinde kalan işçi seçim yapma zorundadır. Yeni işinden ayrılmaması ve feshin geçersizliğine rağmen eski işine başvurmaması halinde işverenin işçiye ödemesine karar verilen dört ila sekiz aylık tazminat ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan işverenin sorumluluğu kalkmakta işveren sadece geçerli feshin sonuçlarından sorumlu bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak işçinin bu dava süreci içinde yaptığı emek ve kazandığı tazminatlar boşa gitmektedir. Bu sonuçların doğmasının nedeni ise İş Mahkemelerinin iş yükünün fazla olmasından kaynaklanmaktadır. Yasakoyucunun belirlediği iki aylık yargılama süresi ve bir aylık Yargıtay süresi nazara alındığında gerçek işe iadenin amaçlandığı açıktır.

Kanımızca 4857 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde yapılacak bir değişiklik ile bu olumsuzlukların giderilmesi mümkün görülmektedir.

4857 sayılı Yasa'nın 21/l. maddesindeki işverene tanınan seçimlik hakkın davanın başlangıcında tanınması daha uygun olacağı düşünülmektedir. Zira dava sonunda feshin geçersizliğine karar verilmesine rağmen işverenin bu kararı uygulamama ve tercih hakkı bulunduğuna göre, kendisine bu hakkı kullanmasının davanın başında verilmesi halinde davanın feshin geçersizliği veya tazminat olarak devam edip etmeyeceğinin belirlenmesini sağlayacaktır. Davanın başlangıcında işverene *"davanın işçi lehine sonuçlanması halinde davacıyı işe geri alıp almayacağının sorulması"* sonrasında işçinin işe alınacağı yönündeki kabul beyanı işvereni bağlamalı ve dava yasada belirtilen iki aylık sürede bitirilmesi ve dava sonunda işçinin eski işine dönmesi sağlanmalıdır. İşverenin işçiyi, dava işçi lehine sonuçlansa dahi Yasadaki tercih hakkı doğrultusunda işe almayacağını beyan etmesi halinde ise davanın artık iki aylık sürede bitirilmesine gerek bulunmadığından feshin geçerli olup

olmadığının tazminatlar yönünden araştınlması ve dava sonunda ise başlatmama tazminatına miktarı da belirtilmek suretiyle karar verilmeli ve hükme infaz kabiliyeti kazandırılmalı ve mahkeme kararlarının işverenin tercihine bırakılmadan verildiği gibi uygulanması sağlanmalıdır.

Bu şekilde yapılacak bir değişiklik ile iş akdi sona erdirilen ve iş akdinin geçersiz olduğunu ileri sürerek dava açan işçinin dava sonunda ise geri dönüp dönmeyeceği davanın başında belli olacağından işe iadenin kabul edilmemesi durumunda işçi yeni bir iş arayıp işe girmek suretiyle şu andaki mevcut olan olumsuzluklardan kurtulmuş olacak ve Yasaca belirlenen işe başlatmama tazminatına da hak kazanmış olacaktır.

Ayrıca Yasa'nın 21. maddesinde var olan, işçinin işe başvurusu için kendisine verilen on iş günlük süre ile işverenin işçiyi işe başlatması için kendisine tanınan bir aylık süre yönünden adaletsizlik 4857 sayılı Yasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi Anayasa'nın kanunlar önünde herkes eşittir hükmüne aykırı bulunmaktadır. Bir an önce işine başlamak isteyen işçiye başvurusundan itibaren bir ay daha beklemesini istemek adaletli bulunmamaktadır. Bu nedenle işçiye sağlanan başvuru hakkı ile işverenin başvuru üzerine işçiyi işe başlatması yönündeki sürelerin oranlı olarak yeniden belirlenmesi gerekmektedir. Bu değişiklik Yasada yapılması gerekli olan işverene davanın başında tercih hakkı tanınması yönündeki değişikliğin yapılmaması halinde düşünülmesi gerekmektedir. Zira söz konusu değişiklik yapıldığı takdirde zaten işverenin işçiyi işe başlatmama gibi bir tercih hakkı bulunmadığından işveren bu yönde bir süre verilmesi söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca bu değişiklik sonrası maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesindeki hüküm ile 5. fıkrasındaki çelişkinin de ortadan kaldırılmak suretiyle kesinleşen mahkeme kararının aynen uygulanması sağlanmış olacaktır.

Yukarıda açıklanmasına çalışılan 4857 sayılı Yasa'nın altı yıllık uygulanma aşamasında bir uygulamacı olarak Yasanın 21. maddesindeki feshin geçersizliği ve işe iadenin belirlenen olumsuzlukları değerlendirilmeye çalışılmıştır. Mahkemelerin iş yükünün fazla olması nedeni ile Yasada belirtilen sürede kesinleşmeyen feshin geçersizliğine ilişkin bu davalar nedeni ile işçiler mağdur olmakta, mahkemelerin iş yükü giderek artmakta ve mevcut haliyle verilen mahkeme kararlarına infaz kabiliyeti bulunmadığından mahkeme kararlarına infaz kabiliyeti kazandırılmalıdır.

Açıklanmasına çalışılan nedenlerle söz konusu değişikliğin yapılması bir uygulamacı görüşü olarak düşünülmektedir.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ÖNLEYİCİ SORUŞTURMA VE YENİ DELİL ELDE ETME YÖNTEMLERİ

Av. A. Güçlü SEVİMLİ

Özellikle son on yıllık süreçte Ceza Muhakemesi alanında tüm dünyada ve ülkemizde soruşturma evresinin muhtevası ile delil elde etme yöntemlerinde yeni yaklaşımlar olduğu gözlemlenmektedir. Soruşturma evresi açısından, henüz işlenmiş bir suç olmadan ceza muhakemesine özgü tedbirlerin bu aşamada uygulanabilmesi ve yeni delil kaynaklarına yönelim, bu yeni yaklaşımlar kapsamındadır.

11 Eylül 2001 tarihinden sonra başta ABD ve İngiltere olmak üzere kimi ülkeler "*teröre karşı toplu savaş*" yaklaşımı içersinde yeni müdahale doktrinleri ortaya koymuşlardır. Bu yaklaşım tarzının da Ceza Muhakemesi alanında hem yasal normlar ve hem de uygulama açısından önemli sonuçları ortaya çıkmaya başlamıştır. Henüz suç işlenmeden, ortada bir başlangıç şüphesi yokken muhakeme hukukuna ait tedbirlerin uygulanması ve bunu tamamlar mahiyetteki yeni delil elde etme yöntemleri ceza muhakemesi hukukunda son trend olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu durum, yasal formasyon ve uygulama açısından özellikle soruşturma evresini ve ispat mefhumunu tamamen yeni bir noktaya taşıyabilecektir. Yeni yaklaşımın en temel niteliği, sanık hakları ve savunma hakkını ikincil plana atmasıdır. Oysa günümüzde Ceza Muhakemesi Hukuku'nun, bireylerin hakları bağlamında değerlendirilmesi gerektiği genel kabul haline gelmiştir. Bu kabul, hemen hemen tüm ülkelerin usul yasalarının genel gerekçesine altı çizilerek yazılmıştır.

Suç Öncesi Soruşturmalar (Önleyici Soruşturma)[1]

Soruşturma evresi açısından olağan olan; bir suç işlendiğinin öğrenilmesi, başlangıç şüphesi olması, eğer belli ise şüpheli olması ve bunlara bağlı olarak soruşturma makamları tarafından soruşturmaya başlanmasıdır. İşte ancak bu haliyle artık ceza muhakemesi bakımından bir soruşturma vücut bulmuş olacaktır. Buradan da anlaşılmaktadır ki, bunların dışındaki hallerde ceza muhakemesi hukuku açısından soruşturma söz konusu değildir. Denmektedir ki, *"iki tür soruşturma yöntemi vardır. İlki, suç işlendikten sonra yapılan adli soruşturma. (burada Ceza Muhakemesi Hukuku'nun kurum ve tedbirleri gündemdedir) Fakat henüz suç*

---

(1) Önleyici" terimi teknik olarak tam karşılık gelmemektedir. Henüz suç şüphesi olmadan yapılan soruşturmayı tanımlamak adına tercih edilmiştir.

işlenmeden önce suçu önlemek için yapılan bazı araştırmalar da vardır ve bu araştırmalar yapılırken Ceza Muhakemesine özgü kurum/tedbirler uygulanır/uygulanabilir. İşte bu ikinci tür soruşturma da genelde idari nitelikte olup suçu önleyici mahiyettedir. Ancak bu soruşturma, ileride olgunlaşacak adli soruşturma için bir temel oluşturabilir."

Bazı yazarlar suç öncesi yürütülen soruşturmayı, ön alan araştırmaları kavramı ile açıklamaktadırlar.[2] Suç öncesi polis araştırmaları, yani suç fiili henüz oluşmadan önce yapılan araştırmalar bu kavrama dahil olup, gelecekteki tehlikeleri önleyebilmek için alınan polis tedbirleri ön alan araştırmaları kavramını doğurmuştur.[3] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, ön alan araştırmaları başlangıç şüphesinden önceki alanı kapsar. Bu aşamada somut olgulara dayanan, mevcut bir basit başlangıç şüphesi henüz yoktur. Sadece, yapılacak inceleme ve araştırmalar neticesinde temelleri oluşabilecek, araştırmaya değer nitelikte bir olay, şüpheli bir durum vardır. Aynı müellifler; ön alan araştırmaları sırasında belli bir kişiden şüpheleniliyorsa bu kişinin henüz "*şüpheli*" hukuki durumuna girmediğini, "*kuşkulu*" kişi konumunda olduğunu belirtmektedirler.

Suç öncesi yapılan soruşturmaları tanımlayan bir diğer kavram da pro-aktif soruşturmadır.[4] Kavramlar farklı olsa da sonuç olarak tamamen aynı konuya işaret edilmektedir. Bu anlamıyla pro-aktif soruşturmadan da kastedilen, henüz suç işlenmeden önce yapılan araştırma ve incelemelerdir.

Yazının başında da kısaca belirtildiği üzere, son yıllarda pek çok ülkede suç öncesi soruşturma evresine ve buna bağlı olarak yapılan araştırma işlemlerine ağırlık verildiği gözlemlenmektedir. ABD, İngiltere, Hollanda ve Belçika'da ceza muhakemesi soruşturma evresinin küçülmekte olduğu, daha ziyade istihbarati araştırmalara ağırlık verilerek suç öncesi soruşturma alanının gittikçe genişlediği görülmektedir. Almanya'da Trol Ağı Yöntemi[5] başta olmak üzere çeşitli özel soruşturma teknikleri gündeme gelmiştir. Hırvatistan ve Romanya'da da geniş pro-aktif yetkiler kolluk birimlerine verilmiştir. Ülkemizde de özellikle 5-6 yıldır pro-aktif soruşturmalara açıkça ağırlık verildiği bilinmektedir.

---

(2) Özbek. Önalan Soruşturmaları.

(3) Kunter/Yenisey/Nuhoğlu. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. Beta Yayınları. 16.Bası. Syf.693

(4) Önceden harakete geçmek olarak tanımlanan bu kavramın,genelde suç öncesindeki uygulamaları kapsaması nedeniyle muhtevası bakımından suç öncesi yapılan soruşturmalar ile benzer anlama geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Suç öncesi soruşturma-ön alan araştırmaları-proaktif soruşturma kavramları arasında bazı nüans farklarının olduğu çeşitli müelliflerce belirtilmektedir. Ancak bir bütün olarak bakıldığında bu kavramların işaret ettiği nokta genelde aynıdır.

(5) Bu yöntemde bilgisayara kriminal özellikler içeren bilgiler yüklenmekte ve daha sonra bu özellikler ile eşleşen kişiler tespit edilmektedir. 11 Eylül sonrasında Alman polisi bazı araştırmalar kapsamında ülkedeki müslümanlarla ilgili trol ağı araştırması yapmıştır. Bu kapsamda potansiyel suçlu olduğu düşünülen kişiler hakkında kimi tedbirler uygulanmıştır.

Suç öncesi yapılan soruşturmalar pek çok açıdan hukuka aykırı hususlara yol açacak mahiyettedir. Bunun nedeni sadece uygulayıcılardan kaynaklı oluşacak hukuka aykırılıklar değil, aynı zamanda bizatihi suç öncesi soruşturma mefhumunun kendisinden kaynaklanmaktadır. Bunları birkaç madde halinde ortaya koyabiliriz;

1- İlk önce belirtmek gerekir ki, suç öncesi soruşturma işlemleri doğrudan kolluk tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle de günümüzde ceza muhakeme hukukunda soruşturmalarda kolluğun ana etmen oluşuna müdahale etme perspektifi, suç öncesi soruşturmalarda tamamen ortadan kalkmaktadır. Suç öncesi soruşturmalarda kolluk araştırma ve inceleme çalışmalarını yapan ana aktördür.

2- Suç öncesi soruşturma evresi tabiri caiz ise, olağan şüpheliler soruşturmasıdır. Henüz ortada işlenmiş suç ve şüpheli yoktur. Hatta buna bağlı olarak ceza muhakemesi açısından bir soruşturma da yoktur. Fakat araştırılan, incelenen ve soruşturulan; olaylar, olgular, kurumlar ve kişiler vardır. Bir yazarın çok doğru tespit ettiği üzere, ortada şüphelisi olmayan bir soruşturma bulunmaktadır. Bu anlamıyla ortada hukuken şüphelisi olmayan, olağan şüpheliler soruşturması mevcuttur.

3- Suç öncesi soruşturma faaliyeti, ceza muhakemesi hukukundaki şüphe derece ve niteliklerinin dışında ve çok alt seviyedeki bir eşik ile başlayabilecektir. (en azından teorik olarak) Bu aşamada zaten bir suç şüphesinden bahsedilemeyecektir. Zira bu halde artık bir başlangıç şüphesi söz konusu olacağı için, ortada bir suç öncesi soruşturma değil ceza soruşturması var demektir. Suç öncesi soruşturmanın başlangıcı için gerekli olan bu anlamdaki kıstas tamamen muğlak ve belirsizdir. Bu yönüyle herşey uygulayıcının insafına kalmıştır.

4- Suç öncesi soruşturma asıl olarak tabiatı gereği istihbarati bir faaliyettir. İşlenme ihtimali bulunan suçlar araştırılmaktadır. Temel sıkıntı da burada baş göstermektedir. Suç öncesi soruşturmalarda Ceza Muhakemesine özgü tedbirler gündeme gelmektedir. Bu yönüyle bakıldığında ceza muhakemesi hukuku ile hiçbir ilgisi olmayan istihbarati faaliyetler, ceza muhakemesine ilişkin tedbirlerle yan yana gelebilmektedir. Son yıllarda görülmektedir ki, istihbarati faaliyetlerle suç soruşturmaları (adli soruşturmalar) epeyce birbirine yaklaşmıştır. Uygulamada suç kolluğu istihbarat memuru gibi çalışır hale gelmiştir. Organize suç soruşturması yürüten kolluk birimi öncelikle istihbarati faaliyetle soruşturmaya başlamaktadır. İstihbarat yoluyla elde edilen bilgiler ceza soruşturmasına aktarılmaktadır.[6]

---

(6) Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları. Mart 2009. 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Raporlar-Sorular-Taslak Kararlar. Syf. 242

5- Bir diğer önemli nokta da Ceza Muhakemesi Hukuku'nun amacı bakımındandır. Suç öncesi soruşturmalarda asıl faaliyet istihbarati bir çaba olduğu için, suç öncesi araştırmaların amacı maddi gerçeğin aydınlanması değil, olma ihtimali bulunduğu düşünülen fiiller için bilgi toplamadır. Bu şekilde ceza adalet sistemi giderek geçmişteki bir davranışı cezalandırmak için değil, mevcut durumu ve geleceği düzenlemek için bir araç olarak kullanılmaktadır. Cezai süreç giderek, duruşma öncesi yapılan soruşturmanın işlenen suça dair maddi gerçeği ortaya çıkarmaktan uzaklaşıp, sosyal tehlikeliliğin inşası ve yıkılmasına yöneldiği bir usule dönüşmektedir.[7]

6- Son olarak belki de en can alıcı husus; suç öncesi soruşturmalarda ceza muhakemesi hukukuna dair tedbirlerin uygulanması meselesidir. Suç öncesi soruşturmalarda soruşturma konusu kişiler hakkında, henüz şüpheli sıfatı bulunmamasına karşın kimi usul tedbirleri uygulanabilmektedir. Örneğin bu kişiler hakkında teknik takip, telefon dinleme, ortam dinlemesi, elektronik posta iletilerinin izlenmesi gibi tedbirler gündeme gelmektedir. Bazı yazarlar suçların önlenmesinin kolluğun görevleri arasında yer aldığını belirterek, yapılan uygulamaların, "*önleme*" faaliyeti olduğunu dile getirip, bunu idari alan içinde değerlendirmektedirler. Bu anlamıyla yapılanın Ceza Muhakemesi Hukuku'na değil, Polis Hukuku'na girdiği beyan edilmektedir.[8]

Ancak bunlarla beraber suç öncesi soruşturmanın yapısı ve kapsamı ceza soruşturmasının tamamen dışında olduğuna göre, Ceza Muhakemesi'ne ait tedbirlerin uygulanabilmesi imkanı olmamalıdır. Eğer suç öncesi soruşturmalar "*önleme ve idari*" mahiyette ise sonuçları itibariyle ileride açılabilecek ceza soruşturmasına daha baştan eklemlenmemesi gerekir. Suç öncesi soruşturmalara sadece "*önleme amaçlıdır-idari alana dahildir*" denerek pek çok şey görmezden gelinemez. Sorun tam da bu noktadadır. Suç öncesi soruşturmalarda ceza muhakemesi tedbirleri uygulanmakta ve devamında bu süreç ceza soruşturması ile birleşmektedir. Zaten uygulamada da özellikle organize suç soruşturmalarında "*idari-önleme*" alanındaki kolluk görevlileri ile ceza soruşturmasındaki kolluk görevlileri aynı kişilerdir. Aslında suç öncesi soruşturmalarda ceza soruşturmalarına özgü tedbirlerin uygulanabileceği/uygulanması gerektiği inancının altında, bu sayede başlangıç şüphesine ulaşılabileceği fikri yatmaktadır.

---

(7) a.g.e. Syf. 234

(8) İdari alan (önleme)-adli alan ayrımı ceza muhakemesi hukukunun belki de en temel ve üzerinde pek mutabakat sağlanamayan tartışmasıdır. Özellikle ülkemiz mevzuatı ve pratiği açısından da bakıldığında her iki alanın birbiri üzerine geçişliliği ve muğlaklığın varlığı, durumu daha da içinden çıkılmaz bir hale sokmaktadır. Ceza muhakemesinin geneline olan etkileri dikkate alındığında bir çok kavram ve konunun bu tartışma etrafında döndüğü, buna göre şekillendiği açıkça görülmektedir.

Suç öncesi soruşturmalar bakımından ülkemiz mevzuatı ve uygulamasına baktığımızda; diğer konularda olduğu gibi bu konuda da uygulamanın mevcut mevzuatın üstüne çıktığını, temel sıkıntı ve hukuka aykırılıkların daha çok pratik içersindeki uygulamalardan meydana geldiğini görmekteyiz. Suç öncesi soruşturmalara esas teşkil edebilecek yasal mevzuat CMK'da bulunmamaktadır. Bu konudaki düzenleme esas olarak, PVSK 2/A[9] ve PVSK Ek-7. maddededir. PVSK Ek-7. maddeye 2005 yılında 5397 sayılı yasa ile on bir adet yeni fıkra eklenmiştir. Eklenen bu fıkralar ile kolluğun CMK 250. maddede sayılan suçların "önlenmesi" için telekominikasyon yoluyla yapılan iletişimi dinleyebileceği ve teknik takip yapabileceği kabul edilmiştir.[10] Burada dikkat edilecek olan nokta, bu tedbirlerin henüz suç işlenmeden uygulanabilecek olmasıdır. Kanuna göre, kolluğun bu tedbirleri uygulayabilmesi için öncelikle hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü'nün veya İstihbarat Daire Başkanı'nın yazılı emri gerekmektedir. Bunun yanı sıra suç öncesi soruşturma ve bu evrede uygulanabilecek Ceza Muhakemesine özgü tedbirler bakımından PVSK 9. maddeye 2007 yılında getirilen değişiklik, PVSK Ek-7. maddeyi kelimenin tam karşılığı ile bütünlemiş olmuştur. PVSK 9. maddede 2007 yılında 5681 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile mevzuatımıza ilk kez yasa normu olarak *"önleme araması"* girmiş oluyordu.[11]

Böylece suç öncesinde, telekominikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik takip yapılabilmesine, son olarak bir ceza muhakemesi tedbiri olan arama işlemi de eklenmiş olmuştur. Bu tedbirlerin uygulanabilmesi için birçoğu açısından yasa metinlerinde "hakim kararı" öngörülmüştür. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise hakim kararı aranmayacaktır. Ancak yasa metni içinde bir güvence olarak görünen *"hakim kararı"*, uygulamada bu işlevinden çok uzaktır.

---

(9) Bu madde ile kanunlara uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce, onların önünü almak polisin görevleri arasında sayılmıştır. Ancak sadece bu ifadenin suç öncesi soruşturmalara dayanak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Suç öncesi soruşturmalar açısından esas teşkil eden yasa maddesi PVSK Ek-7. maddedir.

(10) PVSK Ek-7. Madde 2005 öncesinde tek bir fıkradan oluşmaktaydı. Bu fıkra; "Polis, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur. Bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar." şeklindeydi. 2005 yılında madde metnine eklenen on bir yeni fıkra, dayanağını bu genel ifadeden almaktadır. Diğer bir değişle on bir yeni fıkraya temel teşkil eden, madde metninin birinci fıkrasıdır.

(11) Belirtmek gerekir ki, "önleme araması" PVSK'ya 2007 yılında girmesine karşın, esas olarak 2003 yılında çıkarılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği bu konudaki ilk düzenlemedir. Yeni CMK'nın yürürlüğe girmesi ile 2003 tarihli yönetmelik kaldırılmış ve yerine 01.06.2005 tarihli 25832 sayılı Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. "Önleme araması" nın yasal formasyon alması ise PVSK 9. madde ile olmuştur.

Ülkemizdeki bir çok hakim kararı gibi burada verilen hakim kararları da genelde hukuka aykırıdır. Hakim kararlarının bir çoğu gerekçesizdir. Uygulanacak olan tedbirin gerekliliği kararda tartışılmamakta ve yeterli inandırıcılıktan çok uzak kararlar kurulmaktadır. Genelde bir-iki cümleden teşekkül, birbirinin aynı olan matbu kararlar verilmektedir. Hakimler karar verirken yeterli incelemeyi yapmamaktadırlar.

Uygulamada suç öncesi soruşturmalar açısından, hakimlerin kendilerine gelen telefon dinleme ve teknik takip yönündeki talepleri red ettiği neredeyde hiç görülmemektedir. Hakimler özellikle telefon iletişiminin tespiti taleplerinde telefon numaralarına dahi dikkat etmemektedirler.[12] Bu yönüyle süreç aslında araya C. Savcısı ve Hakim girmesine karşın, kolluğun istediği şekilde sonuçlanmaktadır. Kolluk bu anlamıyla dinlemek istediği telefon veya teknik takip yapmak istediği kişilerle ilgili hiç zorlanmamakta ve tüm süreci kendi istediği şekliyle sürdürmektedir.

Mevcut yargı pratiğimiz bakımından kolluğun artık işlenmiş suçu araştırmaktan ziyade daha çok suç tipi araştırmasına kaydığı görülmektedir. Bu kapsamda istihbarati araştırmalar ön plana çıkmakta ve ceza soruşturmalarındaki başlangıç şüphesi pro-aktif araştırmalarla birleşmektedir. Suçun faillerini bulmak gayesi, suç işlenmeden önce muhtemel faillere ulaşabilme amacına evrilmektedir.[13] Bu da doğal olarak ceza soruşturmalarındaki kolluğun soruşturmadaki inisiyatifini ve ağırlığını arttırmaktadır. Bunun yanında suç tipi araştırmalarının bugün bizzat Adalet Bakanlığı tarafında da önemsendiği görülmektedir. Adalet Bakanlığı'nın 2006 yılı içersinde C. Savcılıklarına gönderdiği bazı yazılarında, fezleke ve sanık karar takip formlarının; istatistiki, istihbari, önleyici ve caydırıcı tedbirlerin alınmasında kullanılmak üzere birer nüshalarının adli kolluk birimlerinde de bırakılmasına ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.

Suç öncesi araştırmalar asıl olarak *"önleme"* amacından hasıl olmaktadır. Ceza muhakemesine özgü bazı tedbirlerin (hali hazırda yasalarımız itibariyle iletişimin denetlenmesi, teknik takip ve arama) suç öncesinde *"önleme"* amacı kapsamında kullanılmasının uygulamada çeşitli hukuka aykırılıklara yol açtığı bugün bir gerçektir. Özellikle hukuka aykırı deliller burada gündeme gelmektedir. Önleme kavramının ceza muhakemesi ile bağlantılı yasa ve yönetmeliklere girmiş olması belki de başlı başına eleştirilmesi gereken bir durumdur. Son süreçte kolluğa verilen "durdurma yetkisi" de düşünüldüğünde "önlemenin" sınırları ve kıstasları hayati bir önem arzetmektedir. Ceza muhakemesi tedbirlerinin

(12) Yaşanmış bir vakada; kendisine telefon dinleme konusunda talep gelen bir hakim, dinlenmesi istenilen telefon numaraları arasında kendi numarasının bulunduğunu fark etmemiş(talep konusunu hiç okumadığı için) ve kendi telefonunun da dinlenmesine onay vermiştir.

(13) Geçmişi değil, olabilirliliği muhtemel görülen geleceği araştırmak.

suç öncesinde *"önleme"* gayesi çerçevesinde, ceza soruşturmaları dışında da sıklıkla kullanılabilecek hale getirilmesi iyi bir gidiş değildir. Muhakeme tedbirlerinin uygulanmasında ceza soruşturmaları kapsamında dahi çok ciddi sıkıntıların var olduğu dikkate alındığında, suç öncesinde hemen her koruma tedbirini *"önleme veya idari"* alana teşmil etme ve bunlara yasa metinlerinde yer verme düşüncesi ile pro-aktif soruşturmalara bu yönüyle başat roller biçmek doğru olmayacaktır.[14]

Kazuistik bir yaklaşım ile her konu ve kavramın yasa metinlerinde yer alması gerektiği inancı, uygulama içersinde çıkabilecek hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmayacaktır. Zira pratikte bunun tam da tersi olmaktadır. Başka bir değişle, çoğu zaman ortaya çıkan hukuka aykırılıklar doğrudan o yasal düzenlemenin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bir ceza muhakemesi hukuku normu söz konusu olduğunda önemli ve hayati olan; mevcut uygulamanın dayanağını yasadan alıyor olması değil, o yasa kapsamında kullanılan icra faaliyetinin ne şekilde yapılıyor olmasıdır. Bu anlamıyla kamu adına görev yapan kişilere yasa ile verilen geniş yetkilerin, meydana gelen hukuka aykırılıkların temel nedenini oluşturduğu asla gözardı edilmemelidir.

Yeni Delil Elde Etme Yöntemleri

Günümüzde çeşitli etmenlerin de etkisi ile ceza muhakemesinde yeni delil elde etme yöntemleri ve yeni delil kaynakları ortaya çıkmıştır. Artık ceza soruşturmaları bilinegelen yöntemlerle değil, teknoloji alt yapısının sunduğu imkanlar vasıtasıyla sürdürülür hale gelmiştir. Yeni delil elde etme yöntemlerinin oluşmasındaki teknik sebep ve alt yapı, teknolojideki hızlı gelişmelerdir. Son yıllarda teknolojideki gelişmelerin ceza muhakemesi hukukuna yansıması, daha çok yeni deliller ve yöntemler noktasında olmuştur. Yeni deliller ve yeni yöntemler de doğal olarak bir bütün halinde ceza yargılamasını etkilemektedir. Çünkü elde edilen deliller ile; soruşturma aşamasında uygulanacak her türlü koruma tedbirleri, kovuşturma aşamasında yargılama dosyasının tamamı ve son olarak da hakimin karar verme süreci doğrudan alakalıdır. Netice itibariyle hakim dosyadaki mevcut deliller ışığında hüküm kuracaktır.

Yeni deliller olarak kastettiğimiz asıl olarak teknoloji alt yapısı olan, özelde de dijital türden delillerdir. Bilgisayarla birlikte çalışmaları bakımından; hard disk, memori card, hafıza kartları, taşınabilir hafıza, bluetooth,

---

(14) Bu noktadaki gidişte en korku verici olan ihtimal, tutuklama tedbirinin de suç öncesinde uygulanabilecek bir hale gelmesidir. ("önleme tutuklaması") Örneğin ABD uzun yıllardır Guantanamo'daki cezaevlerinde, henüz hakkında suç şüphesi bulunmayan kişileri tutuklu tutmaktadır. Keza Ankara'da yürütülen bir ceza soruşturması kapsamında meslektaşımız Av. Filiz KALAYCI, 27.05.2009 tarihinde Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince "kamu düzeni ve suçun önlenmesi" gerekçesi ile tutuklanmıştır.

cd, dvd, vb. ile her türlü telekominikasyon iletişimi sağlayan materyaller, internet gibi sanal ortamda veri transferi yapılmasını sağlayan teknik alt yapılar ile görüntü veya ses kaydı yapan cihazlar bu kapsamdadır.

Yeni delil elde etme yöntemlerinin neler olduğuna girmeden önce sıkça gündeme gelen bilimsel deliller tartışmasına parantez açmak gerekir. Bilimsel delil olarak belirtilen delil kaynakları, belli bir bilimsel yöntem kullanılarak ve daha çok laboratuvar imkanları ile elde edilen delilleri ifade etmektedir. Tükrük, sperm, kan, idrar, parmak izi ve DNA üzerinde yapılan incelemeler bu kapsamdadır. Bu anlamıyla bilimsel deliller, yeni delil kaynakları olarak bahsettiğimiz dijital - teknolojik delillerden biraz daha farklıdır. Bugün bu konudaki tartışma, delillerin serbest değerlendirilmesi sisteminin *"bilimsel delil sistemine"* evrileceğidir. Tartışmanın bu yönü de konumuz ile irtibatlıdır. Belli bir zamandır, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesinin, maddi gerçeği ortaya çıkarma çabası dikkate alındığında artık ihtiyacı karşılamadığı ileri sürülmektedir. Bunun alternatifi olarak da bilimsel delil sistemi gösterilmektedir. Buna göre; laboratuvar koşullarında uygulanan bilimsel teknikler ile elde edilen bir delilin kesin ve mutlak doğruyu ortaya koyduğu, hakimin bu noktada delilleri serbest taktir edemeyeceği söylenmektedir. Bu şekilde de bilimsel deliller sisteminde bilimsel verinin sonucu olan delil, mutlak kabul edilebilecektir.

Delillerin serbest değerlendirilmesi sistemini külliyen ortadan kaldırmak pratik olarak zaten pek mümkün değilken, bunun yanı sıra bilimsel yöntemlerin uygulanması sonucu elde edilen delillerin kesin ve kati oluşuna güvenmek de doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Delil elde edilirken, hangi bilimsel yöntemin kullanıldığına göre bile sonuç değişkenlik gösterebilecektir. Bu da doğrudan o delilin güvenirliğini sarsacaktır. Her bilimsel delilin objektif olduğu fikri gerçek değildir. Bu açıdan bilimsel yöntemler kullanılarak elde edilmesine karşın o delil hukuka aykırı bir delil olabilir. Bugün bilimsel diye adlandırılan delillerin büyük çoğunluğu mesela laboratuvar deneyi yapan kimseninki gibi, bilimsel mütalaadır ve bu itibarla sübjektiftir. Ayrıca çok ciddi yanılmalar ve suistimaller de mümkündür.[15] Hukukçuların, delillerin oluşturulmasında kullanılan laboratuvar yöntemlerinin bilimselliği hakkında her zaman doğru bir kanıya varmaları beklenebilir mi? Bu nedenle olay yerinden toplanan kan, idrar, sperm, mermi çekirdeği, yangın kalıntısı gibi örneklerin ya da parmak izi, el yazısı vb. nin incelenmesine ilişkin yöntemlerin olabildiğince standardize edilmesi gerekir.[16]

---

(15) Özellikle son süreçte Adli Tıp Kurumu'nun vermiş olduğu tartışmalı raporlar hatıra getirilmelidir.

(16) Prof. Dr. Sevil ATASOY (Adli Tıp Uzmanı). İstanbul Barosu Yayınları. Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu 1995. Syf. 302

Bugün yargı pratiğimiz açısından teknolojik yeni delillere verilen kıymet, bilimsel deliller düzeyindedir. Çağımızın teknolojik imkan ve teknikleri kullanılarak elde edilen deliller, soruşturma aşamasında C. Savcıları ve kovuşturma aşamasında da mahkemelerce neredeyse kesin delil olarak dikkate alınmaktadır. Yargılama dosyalarına giren; telefon görüşme dökümleri, ortam dinlemesi dökümleri, teknik takip sonucu elde edilen görüntüler, bilgisayar, cd, dvd içerikleri bugün en revaçta olan delillerdir. Artık hemen her dosyada bu delillere rastlamak mümkündür. Özellikle organize suç soruşturmaları ve terörle mücadele yasası kapsamındaki soruşturmalarda anılan deliller başat, hatta tek delil olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevcut soruşturma ve yargılamalar genelde bu deliller çerçevesinde yürütülmektedir.

Yeni delil kaynaklarının teknik olarak neler ihtiva ettiğine baktığımızda; temel faaliyetin asıl olarak dinleme ve izleme olduğu görülmektedir. Dinleme ve izleme olayları günümüzdeki teknolojik gelişmeler de dikkate alınarak 3'e ayrılabilir;

1- Trafik takibi. (Kim, kiminle, ne zaman iletişim kuruyor?)

2- Konum belirleme. (Kim nerede bulunuyor, kiminle beraber bulunuyor?/Yer tespiti)

3- İçerik takibi. (Kim kime ne diyor?)

Trafik takibi izleme kapsamında değerlendirilecek bir uygulamadır. Temel olarak; sabit telefonla yapılan görüşmelerde, cep telefonlarıyla yapılan görüşmelerde, İnternet üzerinden yapılan elektronik haberleşmelerde (e-posta, anlık ileti, İnternet sitelerine yapılan ziyaretler) kimin kiminle, ne zaman ve ne kadar süre iletişim kurduğunun saptanması şeklinde özetlenebilir. Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı'nın (İDB) talebi üzerine Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, 25 Nisan 2007 tarih ve 2007/2084 karar sayısı ile Türkiye'deki tüm telefon, cep telefonu, internet vb. haberleşme araçlarının izlenmesi için yetki verdiğinin ortaya çıkması kamuoyunda büyük tepkiye neden olmuştur. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) 3 aylık dönem için izleme kayıtlarını anlık olarak Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı'na iletmiştir.

Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı'nın 3 ayda bir aldığı yeni kararlar ile izleme faaliyetlerini sürdürdüğü bilinmektedir. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin de benzer bir talep için MİT'e yetki verdiği ve 3'er aylık dönemlerde yeni kararlar ile MİT'in izleme faaliyetlerini sürdürdüğü ortaya çıkmıştır. Ancak Jandarma Genel Komutanlığı'nın 15 Kasım 2007 tarihinde Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nden aldığı aynı kapsamlı izleme yetkisi ise TİB'in itirazı ve Adalet Bakanlığı'nın başvurusu üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından iptal edilmiştir.

Trafik takibi, kullanılan araçlara göre de farklı yöntem ve uygulamalar içermektedir.

Cep Telefonları: Cep telefonu işletmecileri; kimin kimi, ne zaman aradığı ya da kısa mesaj gönderdiği ve kiminle ne kadar süre konuşma yapıldığına ilişkin bilgiye sahip durumda olup, bu kayıtları istenildiği zaman Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB) iletmektedirler. Bu kayıtların geriye dönük olarak en az 9 ay süreyle tutulduğu bilinmektedir. Dinleme ve izleme amaçlı olmasa bile cep telefonu işletmecileri faturalandırma yapabilmek ve fatura ayrıntısını kullanıcıya da iletmek üzere bu tür kayıtları zaten tutmaktadırlar. CD-R listeleri denilen bu kayıtlar üzerinden geriye dönük trafik takibi yapılabilmektedir. Bu uygulama, bir telefon numarasına sahip kullanıcıyı rahatsız eden aramaların tespiti gibi hukuki anlamda ve insanların iletişim özgürlüğünün korunması açısından gerekli görülmektedir. Bunun yanında cep telefonları ile trafik takibi, bazı şirketlerin çalıştırdıkları personele yönelik olarak daha kapsamlı yaptıkları dinleme ve izleme sistemleri içerisinde yer alan bir uygulamadır. Cep telefonları içindeki yazılımlarla gelen-giden aramaların tespiti yapılabilmektedir. Ayrıca dinleme ve izleme olanağı sağlayan her türlü teknik, cep telefonları ile yapılan görüşme ve yazışmalara ilişkin olarak trafik takibi olanağı da sağlamaktadır.

Cep telefonlarında olduğu gibi sabit telefonla yapılan görüşmelerde de kimin kimi, ne zaman aradığı, ne kadar süre konuştuğu gibi bilgiler tutulmakta ve istenildiğinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na iletilmektedir. Türkiye'de tek sabit telefon şebeke altyapısına sahip olan Türk Telekom'un yarı hissesinden fazlasının özelleştirilmesiyle birlikte cep telefonu ve uzak mesafe telefon işletmecilerinin de kullandığı telekomünikasyon altyapısı kamudan özel sektöre bırakılmıştır.

Bilgisayar Üzerinden İletişim Takibi: Pek çok teknik yöntem kullanılarak kişisel bilgisayarlar üzerinde yapılan İnternet gezintileri, e-posta trafiği, anlık ileti trafiği tespiti yapılabilmektedir. Bir kişinin İnternet üzerinden hangi siteyi, ne kadar süre ile ziyaret ettiği, kime e-posta gönderdiği, kimden e-posta aldığı, kiminle anlık ileti yoluyla temas kurduğunu tespit etmek üzere çeşitli yöntemlerle bilgisayarlara casus yazılımlar yüklenebilmekte ya da casus klavye, casus hafıza kartı, casus kablo gibi araçlar kullanılabilmektedir. Bu uygulama işyerlerinde de personelin bilgisi dahilinde ya da dışında olarak şirket içinde kullanılan bilgisayarlarla bağlantılı ana bilgisayar işlevi gören sunucular aracılığıyla da yapılmaktadır. Yasal izleme talebi durumunda TİB, İnternet servis sağlayıcı şirketler aracılığıyla bilgisayar üzerinden gerçekleştirilen iletişim

trafiğini İnternete çıkışı sağlayan IP (İnternet Protokol numarası) adresi üzerinden takip etmektedir.

İzleme kapsamında kimin, ne zaman, nerede bulunduğunun tespiti için ayrıca başvurulan yöntemler bulunmaktadır. Tarihsel olarak hafiyecilik, dedektiflik gibi yöntemlerle yapılan kimin nerede bulunduğuna ilişkin tespit, günümüzde elektronik cihazlara kaymıştır. Küresel konum belirleme (GPS) aletleri, baz istasyonları, İnternet'e çıkışı sağlayan numara (İnternet Protokolü-IP), uydu ve uçaklar konum belirleme amacıyla kullanılmaktadır.

Küresel Konum Belirleme (GPS): Yer tespiti konusunda temel bir yöntem olarak görülmektedir. Düzenli olarak bilgi yollayan uydulardan oluşmuş bir ağdan radyo sinyalleri aracılığıyla bilgi alınarak yer tespiti yapılmaktadır. Askeri amaçlı ortaya çıkan bu teknoloji,1980'lerden sonra sivil ve ticari olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu cihazlar, kişinin bilgisi olmadan arabasına, cep telefonuna yerleştirilebildiği gibi bilgisi dahilinde de kullanılabilmektedir. Trafik belirleme yöntemlerinde olduğu gibi GPS aletlerini şirketler çalıştırdıkları personeli takip amacıyla da kullanmaktadırlar. Özellikle kurye, nakliye işi yapan firmaların bu tür aletleri kullandığı bilinmektedir. Bu konum belirleme cihazları; bazı cep telefonlarında, saat gibi taşınabilir elektronik cihazlarda da bulunabilmektedir.

İnternet Üzerinden Yer Tespiti: Bir İnternet kullanıcısının İnternet ortamında yaptığı faaliyetler üzerinden nerede bulunduğu tespit edilebilmektedir. Örneğin e-posta ya da anlık ileti gönderimi yapan bir kişinin İnternet'e çıkışını sağlayan numara (Internet Protokol- IP) tespit edilerek kişinin bulunduğu şehir belirlenebilmektedir. IP adresleri İnternet servis sağlayıcıları tarafından kullanıcılara tahsis edilmektedir. İnternet servis sağlayıcısı şirketler hangi IP adresini hangi müşterilerinin kullandığı bilgisine sahip durumda bulunmaktadırlar. Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi, Türkiye genelinde servis sağlayıcı olarak çalışan 30 şirkete 2006 yılı içersinde *"gizli"* ibareli yazı göndererek tüm kullanıcıların bilgilerini istemiştir. Aynı yazıda teknik takibin yapılabilmesi için şirketlerden program desteği de talep edilmiştir.[17]

Havadan Dinleme: Cep telefonu görüşmelerinin dinlenmesine yönelik olarak anten aracılığıyla havadan dinlemeler yapılabilmektedir. Belli bir mesafe içerisinde yapılan cep telefonu görüşmeleri havadaki GSM

(17) Bugün Gazetesi. 16 Ekim 2006.

elektromanyetik dalgaları bir kodlama programıyla deşifre edilerek kaydedilebilmektedir. Antenlerin ciddi bir mesafede etkin olabildikleri ifade edilirken, bu cihazlarla bölge içindeki çok sayıdaki cep telefonu görüşmesi kaydı tutulabildiği gibi, görüşmelere ilişkin olarak kelime bazlı kayıt tutulması olanağı da bulunmaktadır. Yani içinde belirli kelimeler geçen görüşmeler seçilerek bunun kaydı gerçekleştirilebilmektedir.

Ortam Dinleme: Böcek, cep telefonlarına yüklenen casus yazılımlar, lazer dinleme, vakumlama, mikrofonu olan bilgisayarlara yüklenen yazılımlar, casus kulaklık ile o ortamda yapılan konuşmalar dinlenip kayıt edilebilmektedir. Minik boyutlarda görüntü alıcı ve aktarıcı kamera sistemleriyle de dinlemenin yanında görüntü kayıtları da yapılabilmektedir. Ortam dinleme amacında böcek gibi aparatların kullanımı oldukça bilindik bir yöntem olmakla birlikte cep telefonlarına yüklenen yazılımlar giderek gelişmiştir. Cep telefonlarının kapalı olması durumda bile çalışan ve ortamdaki konuşmaları aktaran sistemler geliştirilmiştir. Ortamda bilgisayar bulunması durumunda da yapılan konuşmaların dinlenme ve kaydedilme olanağı vardır. Bilgisayarlara yerleştirilecek aparatların yanı sıra bilgisayarlara yüklenen casus yazılımlarla da ortam dinlemesi yapılabilmektedir.

Vakumlama yönteminde çanağa benzer bir alet söz konusudur. Çanağın dinlenmek istenen yöne çevrilmesiyle çanaktaki mikrofonda toplanan ses dalgaları kaydedilmektedir. Açık alandaki konuşmaların dinlenmesi için kullanılabilecek bir sistemdir.

Lazer dinleme yöntemi ise çanağa benzer bir aletin yanında lazer tabancasının doğrultulduğu yerdeki sesin yaydığı titreşimlerin algılanması esasına dayanmaktadır. Bu yöntemde lazer ışığı içerdeki konuşmaların yaydığı ses dalgalarının pencere ve camdaki titreşimlerini algılayarak dinlemeyi yapana göndermektedir. Cihaz da lazerle dönen ışını ses dalgalarına dönüştürerek deşifreyi gerçekleştirmektedir. Uzak mesafeden kapalı bir alandaki konuşmayı dinlemek için uygun bir sistemdir. Telefon ve elektronik ortama yönelik iletişimde gerçekleştirilen yasal dinleme ve kayıtlardan farklı olarak ortam dinlemede TİB devre dışıdır.

Elektronik İletişimde İçerik Takibi: Elektronik ortamda gerçekleştirilen yazılı, sözlü ve görüntülü her türlü iletişim biçimine yönelik olarak içerik takibi yapılabilmektedir. Bilgisayar üzerinden elektronik ortamda gerçekleştirilen iletişimin içeriksel olarak takibi; casus yazılımlar, casus klavye, bilgisayarın kasasına veya kablosuna takılabilecek kayıt aletleri ile yapılabilmektedir. Bunların yanında anten aracılığıyla bilgisayar ya da

klavyede herhangi bir aparat olmadan uzaktan yapılan işlemleri algılayıp kaydeden sistemler geliştirilmiştir.[18]

Görüleceği üzere teknolojinin sunduğu yeni imkanlar; dinleme, izleme ve takip faaliyetlerini ucu bucağı olmayan bir deniz haline getirmiştir. Dünyada ve ülkemizde yapılan ceza soruşturmaları kapsamında, bu imkanlardan her türlü yararlanılır duruma gelinmiştir. Hemen her soruşturma dinleme veya takip faaliyeti ile başlayıp, bilgisayar ile cd ortamındaki materyallere el konması ve onların dökümlerinin alınması ile bitirilmektedir. Soruşturmanın kendisi; telefon dinleme, teknik takip veya ortam dinlemesine göre şekillenmektedir. Örneğin ülkemizde özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren soruşturmalarda uygulanan tutuklama tedbirlerinin çok büyük bir çoğunluğunun temel dayanağı dinleme, izleme veya takip faaliyetleridir.

Burada asıl önemli olan ise, yeni delil elde etme yöntemlerinin icra ediliş tarzı ve bu aşamadaki delillerin hukuka aykırılığı sorunudur. Hali hazırda mevcut sorun da buradadır. Bir ceza soruşturması söz konusu olduğunda, telekominikasyon yolu ile yapılan iletişimin dinlenmesi için yasamızda, *"başka türlü delil elde etme imkanı olmaması"* temel şart olarak düzenlenmiştir. Fakat uygulamada verilen dinleme kararlarının hemen hiçbirinde yasanın aradığı yerindelik şartı tartışılmamaktadır. Başka bir delil elde etme imkanı olup olmaması bir yana, zaten kolluk soruşturması doğrudan dinleme faaliyeti ile başlamaktadır. Böylece dinleme için yasada öngörülen temel şart, pratik içersinde işlevsiz kalmaktadır.

Benzer bir durum bilgisayar, cd, dvd vb. materyallerin içerik dökümleri bakımından da söz konusudur. El konulan bu materyallerin içeriklerinin dökümleri, bugün ceza soruşturmalarının en önemli delilleri arasındadır. Bu tür materyallerin dış müdahaleye açık olması ve üzerinde her türlü oynama yapma imkanı bulunması, anılan delillere her zaman şüphe ile yaklaşılması sonucunu doğurmaktadır. Bu delillerin ne şekilde elde edileceğine dair CMK 134. maddedeki şartların uygulamada hayata geçirilmemesi, hukuka aykırı delillerin yargılama dosyalarına girmesine yol açmaktadır.[19]

Belirtmek gerekir ki, yeni delil elde etme yöntemleri uygulamada çoğu kez hukuka aykırı delillere sebebiyet vermekte ve savunma hakkı zarar görmektedir. Bahse konu deliller ile yürütülen soruşturmaların uygulamada en karakteristik özelliği, mevcut dosyalarda sürekli *"gizlilik*

---

(18) Belirtilen teknik bilgiler, TMMOB Elektrik Mühendisleri Odasının 2009 İletişim Özgürlüğüne Müdahale Raporundan alınmıştır.

(19) CMK 134. maddenin aradığı şartlara burada değinilmeyecektir. Ancak bu konu hakkındaki en temel şart, el konulan tüm bilgisayar ve kütüklerinin birer kopyasının da şüpheli/sanığa verilmesidir. Mevcut uygulamalar içersinde genelde yapılmayan da budur.

kararlarının" bulunmasıdır. Soruşturmanın başlaması ile birlikte hakimler gizlilik kararları vermektedirler. Anılan gizlilik kararları soruşturma safhasının sonuna kadar sürmektedir. Hukuka aykırılığı konusunda ciddi şüpheler duyulan delillere böylece şüpheli ve müdafisi de temas edememektedir. Şüpheli konumundaki kişiye, hakkındaki somut verileri görmesine izin verilmeden tutuklama tedbiri uygulanabilmektedir. Herhangi bir ceza soruşturmasında dinleme, izleme veya takip faaliyeti var ise artık orada mutlaka gizlilik kararı da bulunmaktadır. Yeni delil elde etme yöntemleri ile gizlilik kararları birbirinin sebep-sonucu haline gelmiştir.

Ülkemizde son iki yıldır suç öncesi araştırmalar ve yeni delil elde etme yöntemleri, kamuoyunun ilgisi kapsamında bazı ceza soruşturmalarında somutlaşmış ve bu soruşturmalarda uygulanan yöntemler birçok hukukçu tarafından sert bir şekilde eleştirilmiştir. Ancak şu açıkça bilinmelidir ki, ülkemizde kolluk tarafından yapılan pro-aktif soruşturmalar ve yeni deliller son birkaç yıllık bir mesele değildir. Özellikle Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki soruşturmalara dayanak teşkil eden suç öncesi araştırmalar, uygulanan tedbirler ve yeni delil elde etme yöntemleri 2000 yılından beri süregelmektedir. Fakat bu soruşturmaların kendisi, mevcut hukuka aykırılıklar, bunlara konu olan kişi ve kurumlar pek çok hukukçunun o dönem itibariyle gündemine hiç girmemiştir.

Sonuç olarak bakıldığında suç öncesi soruşturmalar ve değişen delil elde etme yöntemleri, Ceza Muhakemesi açısından yeni bir konsepte işaret etmektedir. Bu yeni konsepte, *"suçun önlenmesi"* kavramı artık Ceza Muhakemesi hukukuna usulca sokulmaya başlamaktadır. Yeni delillerin niteliği de dikkate alındığında; bir yanda suçu önleme ve ne pahasına olursa olsun delillere bir an önce ulaşma yaklaşımı dururken, günümüzde ceza muhakemesi hukukunun varmış olduğu nokta olarak gösterilen, kişi özgürlüğü ve sanık hakları odaklı perspektif de diğer yanda durmaktadır.

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA CEZALAR VE İNFAZ REJİMİ

Dr. İskender TEPEBAŞILI*

Bilindigi üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Nisan 2005 yılında yürürlüğe girmiş ve dört yılı aşkın süredir uygulanmaktadır. Böylece 80 yıla yakın bir süre yürürlükte kalan 765 sayılı eski Yasa yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Ceza Kanunu evvelce yerleşmiş bazı Ceza Hukuku müesseselerini değiştirmiş yeni uygulamalar düzenlemiştir. Eski Kanun'da değişen müesseselere göz atacak olursak, haksız tahrikte ağır ve hafif tahrik tefriki, suça tesebbüste tam ve nakis teşebbüs tefriki kaldırılmıştır. Müessir fiilde işten kalma süresi tefriki (on gün-yirmi güne kadar-yirmi günden fazla, hayati tehlike v.s.) hırsızlık suçlarında çalınan eşyanın değeri (pek hafif-hafif-ağır değerde olması) tedbirsizlik ve dikkatsizlik suçlarında (8'li/1'li) kusur dağılımı kıstasları kaldırılmış yerine hakime geniş takdir yetkisi tanıyan düzenlemeler getirilmiştir. Bu yeni uygulamaların eskiye göre ne derecede başarılı ve adil olacağını zaman gösterecektir, göreceğiz.

Diğer taraftan Yeni Ceza Kanunu'nda eskiye göre bazı suçlarda ve mürüruzaman müddetlerinde cezanın ve sürenin ağırlaştırıldığını görüyoruz. Adam Öldürme suçlarında 765 sayılı Kanun'da 448. madde adiyen adam öldürmede *"24 yıl ağır hapis cezası uygulanmakta ağırlaştırıcı şartlarda adam öldürmede ise müebbet ağır hapis cezası öngörülmekte idi."* Yeni Yasa ise 81. maddesinde adiyen adam öldürmenin müebbet, ağırlaştırıcı şartlarda adam öldürmenin ise 82. maddede ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olacağını düzenliyor. Müessir fiil suçlarını düzenleyen Yeni Kanun'un 86 ve 87. maddelerinde eski TCK'ya göre cezaları artırdığını görüyoruz. Cezalar bir yıldan başlamakta, derecesine göre sekiz yıla kadar artırılmaktadır. Eski Kanun'un müessir fiili düzenleyen 456. ve müteakip maddelerini incelediğimizde işten kalma süresi on gün ise ceza iki ay, işten kalma süresi 20 güne kadar ise altı ay yirmi gün veya daha fazla ise ceza iki yıl olarak tesbit edilmiş idi. Hırsızlık suçlarında eski Ceza Kanunu'nun 522. maddesinde çalınan eşyanın değerinin pek hafif, hafif veya pek fahiş olmasına göre ceza derece derece artırılmakta idi. Yeni Ceza Kanunu'nda hırsızlık suçlarının cezası 141 ve l42. maddelerde artırılmıştır. Diğer taraftan taksirle adam öldürme ve yaralama suçlarında, sahtecilik, cinsel suçlarda da yeni Kanun'da cezaların artırıldığını görüyoruz.

(*) Emekli Ağır Ceza ve DGM Başkanı

Eskiye göre bu suçlarda cezaların artırılması bir sosyal ihtiyaçtan mı kaynaklanmış, yoksa suçların cezalarının artırılarak suçu önlemede yeni bir düzenlemeye mi gidilmiştir? Bu konu kamuoyunda yeteri kadar tartışılmadan Kanunun yürürlüğe girdiği kanısı hakimdir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki suç olgusunu önlemek için cezaları artırmak tek başına bir tedbir olmamaktadır. Suç olgusu eğitim, sosyal yaşantı, ekonomik nedenler gibi çok yönlü sebeplere bağlı sosyal bir olgudur. Bu yazımızda kaleme almak istediğimiz husus yıllarca Ağır Ceza Mahkemelerinde yargıçlık yapan bir emekli yargıç olarak ağırlaşan bu cezalar yanında yeni düzenlemelerle değişen infaz rejiminin bünyemize uyup uymayacağı hakkında fikir yürütmektir.

İnfaz Rejimi, bilindigi gibi 5237 sayılı yeni TCK yürürlüğe girdikten sonra infaz rejimi yönünden yeni bir düzenleme yapılmış, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun cezaların infazına dair eski 647 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmıştır. Biz incelememizde bu her iki kanunun hükümlerini incelemeye çalışarak yeni infaz rejimi hakkında görüş bildirmeğe çalışacağız.

5237 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında ki Kanun'u incelediğimizde eski 647 sayılı İnfaz Kanunu'na göre daha ayrıntılı hükümler taşıdığını görmekteyiz. Kanun'un başlangıç bölümünde, Kanun'un amacı ve temel ilkeler yer almaktadır. Diğer bölümlerde ise hapis cezalarında ve güvenlik tedbirlerinin infazında ilkeler, infaz kurumu türleri, cezanın infazının ertelenmesi, hükümlülerin infaz kurumuna kabulleri, hükümlülerin sınıflandırılması, hükümlülerin yükümlülükleri, disiplin cezaları ve tedbirleri, hükümlülerin nakilleri, günlük yaşam, eğitim, izinler, koşullu salıverme gibi hükümler mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Biz bu incelememizde yeni Ceza Kanunu'nda ağırlaşan cezalar karşısında infaz rejiminin en mühim safhasını oluşturan koşullu (şartlı) salıvermeyi eski Kanun'la mukayese ederek incelemeye çalışacağız. Bu incelememizi daha ziyade ağır cezalı suçlar üzerinde yapacağız. 647 sayılı Kanun ilk yürürlüğe girdiği tarihlerde şartlı salıverme için cezanın 2/3'ünü iyi halli geçirme şartı aramakta idi. Fakat uygulamalar gösterdi ki cezanın 2/3'ünü iyi halli geçirme şartı infazda uzun bir süre olmakta hükümlünün ıslahı ve yeniden uyumunda gereksiz ve zorlayıcı bir şart oluşturmak-tadır. Bunun üzerine modern infaz sistemleri doğrultusunda bazı Avrupa ülkelerinde kabul edildiği gibi (mesela Fransa-İsveç) iyi halli sürenin cezanın 1/2 süre geçirilmesi Kanun'a uygulama olarak getirildi. 647 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre koşullu (şartla) salıverme için hükümlünün cezasının 1/2'sini iyi halli olarak geçirmesi gerekiyordu. Ayrıca iyi halli geçen her ay için 6 gün indiriliyordu. Böylece hükümlünün bir an önce

adapte ve ıslah olup yeni hayatına başlaması kolaylaştırılıyor ve infaz rejiminden sonuç bekleniyordu. 1973 yılında yapılan bu değişiklik 32 yıl uygulama gösterdi. Bu infaz sistemi ve süresi yerleşmiş iken 5275 sayılı Kanun'la 2004 yılında getirilen hükümlerle eskiye dönüldüğünü görüyoruz. 5275 sayılı Kanun'un koşullu salıvermeyi öngören 107. maddesi cezaların 2/3'ünü iyi halli geçirme şartını hükme bağlamıştır. Aynca iyi halli geçirilen her ay için 6 gün ceza süresinden indirilme şartı da kaldırılmıştır. Böylece infaz ağırlaştırılmıştır.

Kanunkoyucu'nun neden böyle bir düzenlemeye gittiği, eski uygulamayı degiştirdiği Yasa kamuoyunda yeterince tartışılmadığından, bilinemediğini söyleyebiliriz. Ancak ülkemizde kamuoyunda o tarihlerde ileri sürülen bazı görüşlere göre ağır suç işleyenlerin kısa sürede salıverildikleri dolayısı ile cezaların caydırıcılığının kalmadığı ileri sürülmekte idi. Biz bu görüşe katılmıyoruz. İnfaz sistemi başka, cezaların caydırıcılığı başkadır. Yukarda belirttiğimiz gibi suç olgusu çok yönlü bir sosyal vakadır. İnsanların zamanında bilerek veya kazara ağır suçlar işlediklerinde yıllarca cezaevinde kalmaları, infaz değil işkence ve eziyet oluşturur. Yeni sistemin bu mahzurları doğurabileceğini aşağıda misaller vererek açıklamaya çalışacağız.

İncelememizde önce adam öldürme suçlarından başlıyacağız. Eski 765 sayılı TCK'da adam öldürmenin cezası 448. maddede 24 yıl ağır hapis olarak düzenlenmişti. Yeni 5275 sayılı Kanun'un 81. maddesi ise adam öldürmenin cezasını müebbet hapis cezası ile cezalandırmak olarak düzenlemiştir. Şimdi hakkında hiçbir kanuni veya takdiri indirim nedeni bulunmadığı halde eski sistemde ve yeni sistemde böyle bir hükümlünün ne kadar sürede şartlı salıverileceğini hesaplayalım. Eski 647 sayılı İnfaz Kanunu'nda iyi halli geçirme süresi 1/2 idi. 24 yıl ağır hapse mahkum olan bir hükümlünün cezasının yarısını iyi hal geçirdiği takdirde şartlı tahliye süresi 12 yıldır. Bu süreye ayrıca 12 yıl içinde her ay için 6 gün indirim yaptığımızda 12x12 =144 ay X 6 gün = 864 gün düşüldüğünde fiilen infaz süresi 9 yıl 5 ay 16 gün olup, bu süreden sonra hükümlü tahliye olabilecektir. Yeni sisteme göz attığımızda ise adam öldürmenin cezası müebbet hapis olduğuna göre 5275 sayılı Kanun'un 107/2. maddesi müebbet hapis cezasında hükümlünün 24 yılını iyi halli geçirme şartını aramakta Kanunda başkaca indirim görülmemektedir, şu halde yeni infaz sistemi eskiye göre şartlı tahliye süresini iki buçuk katından fazla bir süre uzatmıştır. Aynı madde vasıflı adam öldürme suçlarında ise ağırlaştınlmış müebbet hapis cezasında iyi hal süresinin 30 yıldan başlayarak suçun ağırlaştırıcı hallerine göre bu sürenin kırk yıla çıkabileceğini düzenlemektedir. Doğrusu bir insanın kırk yıl cezaevinde yatmasını beklemek fiilen mümkün olmadığı gibi Devlet içinde büyük bir yük teşkil eder.

Uzun yıllar Ağır Ceza Mahkemelerinde çalışmış ve birçok adam öldürme davalarına bakmış bir yargıç olarak yeni İnfaz Sistemi'nin bünyemiz açısından çok ağırlaştığını söyleyebiliriz. Hareketli bir ırk olan ülkemizde adam öldürme ve yaralama olaylarının çoğunluğu daha ziyade bir kavga sırasında işlenmekte, suçu işleyen kişi çoğu zaman olay akabinde pişmanlık göstermekte, hatta tarafların tazminat alınca davacı olmadıkları görülebilmektedir. Bu gibi durumlarda infazın uzaması şahsın ıslahı için çok zarar getiren bir sisteme bürünecektir.

Uzun süreli hapis cezalarında da infazın uzadığını görmekteyiz. Gasp veya adam öldürmeye teşebbüs gibi suçlarda da durum aynıdır. Bir örnek vermek istersek 15 yıl hürriyeti bağlayıcı bir ceza alındığında eski sistemde infaz süresi 7.5 yıl idi. Bundan her ay için 6 gün düştüğümüzde infaz fiilen 6 yıl 5 gün olmaktadır. Yeni İnfaz Sistemi'nde ise 5275 sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde iyi halin cezanın 2/3 gerektirdiği hükme bağladığına nazaran fiili infaz on yılı bulmaktadır. Görüyoruz ki burada da infaz süresi hemen hemen iki katı artmıştır.

Temennimiz odur ki, bu uzun süreli infaz sistemi yerine eski sisteme dönülsün veya infaz süresini daha kısaltan düzenlemeler getirilsin. Ceza evinde infaz yapılan bu hükümlünün en büyük arzusu *"iyi hal gösterip"* bir an evvel hüriyetine kavuşmaktır. Ancak bu süreyi uzatır ve insan gücünün dayanamıyacağı sürelerle infaza devam ederseniz, hem hükümlü zor durumda kalacak ümitleri uzaklaşacak, hem Devlete yük oluşturacak, hem de islah zorlaşacaktır. İnfaz bir yerde ucunda ışık gözüken bir tünele benzer. Siz bu ışığı uzaklaştırırsanız hükümlü karanlıklar içinde kalacaktır. Unutmayalım ki işleme tabi tutulan sonuçta insandır ve ona yaraşır bir infaz sistemi gerekir.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA KIDEM TAZMİNATLARINDA EN YÜKSEK MEVDUAT FAİZİ UYGULAMASI VE UYGULAMADA SÜREGELEN YANLIŞLIKLAR

Av. Celal ÜLGEN

GİRİŞ

1475 sayılı İş Yasası'nın 14. maddesinin 11. bendi Kıdem Tazminatı Alacaklarına Bankaların mevduata uyguladıkları en yüksek faizin ödenmesini düzenlemektedir. Madde metni şöyledir:

"*13. maddede sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26. maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır.*"

Görüldüğü gibi Kıdem Tazminatı'nın ödenmemesi nedeniyle açılacak davanın sonucunda yargıç *"gecikme süresi için"* mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağını açıkça belirtilmektedir. Buradan en yüksek mevduat faizinin *"gecikme süresi için"* uygulanacağı daha sonrasında ise yasal faize dönüleceği sonucu çıkmaktadır. Ancak gerek öğretide ve gerekse uygulamada "mevduata en yüksek faiz" uygulaması çeşitli sorunlara yol açmış ve birlik sağlanamamış; yoruma açık bu konuda birbirini doğrulamayan uygulamalar olmuştur. Bu aşamadan sonra devreye Yargıtay 9. Dairesi ve 12. Dairesi girmiş, bu tartışmalara zaman zaman da HUKUK GENEL KURULU katılmıştır.

YARGITAYIN İLK UYGULAMASI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başlangıçta en yüksez mevduat faizi olarak Merkez Bankası'nın verilerini almış daha sonra ise uzunca bir dönem Kamu Bankalarının uyguladıkları en yüksek mevduat faizini geçerli kılmıştır. Ancak bu uygulamalarda veri olarak Merkez Bankası'na ulaşan bilgilerin bankaların fiilen uyguladıkları en yüksek faiz oranları olmayıp uygulayabilecekleri alt ve üst limitler olduğu gerçeğinden hareketle buradaki en yüksek oranların dikkate alınmasının hak ve nesafet kurallarını yansıtmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Son dönemde bu

görüşünden de vazgeçerek kamu bankalarının değil özel bankaların fiilen uyguladıkları mevduat faizlerinin en yüksek oranlarına dönüş olmuştur. Burada gerek kanun koyucunun ve gerekse Yargıtay'ın sürekli arayışı ve amacının temelinde işçilerin kıdem tazminatlarının geç ödenmesinden dolayı zarara uğramamaları ve korunmaları yatmaktadır. Kıdem Tazminatları için yüksek faiz uygulaması yapılarak iş verenleri Kıdem Tazminatı'nı beklemeksizin ödemeye teşvik etmek düşüncesi de yadsınamaz. Ancak bu durum bankaların mevduatlara verdikleri en yüksek faiz ile yasal faiz arasındaki makasın yönü ve miktarı belirleyici olmaktadır. Bankaların mevduata uyguladıkları en yüksek faizin yasal faizlerin altında kaldığı ve kalacağı dönemlerde makas ters açılmaktadır. Hiç değilse bu durumlarda alt sınır olarak yasal faizlerin uygulanması gerekir. Kanun koyucunun amacına en uygun yorum tarzı da budur.

FİİLEN UYGULANAN EN YÜKSEK FAİZ ORANLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9 ve 12. Hukuk Daireleri verdikleri kararlarda artık sanal oranların değil gerçekte "fiilen uygulanan oranların" esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bunun için de öncelikle kıdem tazminatı ile ilgili en yüksek faizin tarafların bildireceği özel bankalardan sorulması ve gelen bu yazı cevapları üzerine dosyanın bilirkişiye verilerek saptanan en yüksek mevduat fazi ile 1 (bir) yıllık dönemler halinde kıdem tazminatı alacağına uygulanmalıdır. Kartal 3. İcra Mahkemesi'nin 09.06.2005 gün ve 2005/91 E ve 2005/327 K sayılı *"Merkez Bankası'nın bildirimi baz alınarak en yüksek mevduat faizlerine göre yapılan hesaplamayı kabul eden"* kararını Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 25.10.2005 gün ve E. 2005/16553 ve K. 2005/20781 sayılı Kararı ile bozmuş ve mahkemenin kararda direnmesi üzerine ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12. Hukuk Dairesi'nin bozma kararını yeniden gerekçelendirerek 20.09.2006 gün ve E. 2006/12-594 ve K. 2006/534 sayılı Karar ile direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile 9 ve 12. Daire Karar özetleri aşağıda verilmiştir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/12-594 **K:** 2006/534 **T:** 20.09.2006

"Ülkenin ekonomik gerekleri ve faize ilişkin tüm yasal düzenlemeler gözönüne alındığında; hükmedilen alacağa uygulanacak fazin belirlenmesinede kural olarak "hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarca mevduata fiilen uygulanan yasal en yüksek mevduat faiz oranlarının sorulması" yöntemi kabul edilmektedir.

Bu kurala göre Mahkeme, tarafların bildirdikleri bankalardan, hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarınca mevduata fiilen uygulanacak en yüksek faiz oranını sormalı ve oluşacak sonuca göre bir karar vermelidir.

Bu kural karşısında Özel Daire'nin 'Bir yıllık vadeli mevduata kamu bankalarınca fiilen uygulanan en yüksek mevduat faiz oranının adı geçen bankalardan tespiti'ne ilişkin bozma gerekçesi yerinde görülmemiştir. Nitekim Özel Daire'de dosyaya yansıyan emsal kararlarında açıkça belirtildiği üzere görüş değişikliğine giderek önceki uygulamasından dönmüş; yukarıda da açıklanan 'tarafların bildirdikleri bankalardan hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde mevduata bankalarınca fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının sorulması' yöntemini benimsemiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca da bu yöntem oybirliği ile usul ve yasaya uygun bulunmuştur.

Açıklanan nedenlerle direnme kararının bu değişik gerekçeyle bozulması gerekmiştir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/11393 **K:** 2004/26806 **T:** 08.12.2004

"Mahkemece anılan bilirkişi raporunda davacının kıdem tazminatı gecikme faizi, fesih tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre için aynı oran üzerinden hesaplanmıştır. Ancak gecikme süresi bir yıldan fazla olduğundan Dairemizin uygulaması gereğince her bir yıllık dönem için en yüksek mevduat faiz oranının tespit edildikten sonra birer yıllık dönemler halinde faiz alacağının hesaplanması gerekir. Yapılacak hesaplama sonucunda davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hak dikkate alınarak faiz alacağı hüküm altına alınmalıdır.

Bilirkişi hesaplamasında nazara aldığı mevduat faizinin bankalarca uygulanan en yüksek faiz olup olmadığı da belirlenmemiştir. **Bu hususta uygulamacı bankalardan sorulmalı alınan cevaba ve yukarıdaki esaslara göre kıdem tazminatı gecikme faizi hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınarak sonuca gidilmelidir**."

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2522 **K:** 2006/5088 **T:** 13.03.2006

"Takip dayanağı ilamda kıdem tazminatına fesih gününden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz üzerinden tahsiline karar

verildiği görülmüştür. İcra Mahkemesine, Merkez Bankası'ndan gelen ve fiilen uygulanan değil, uygulanması muhtemel olan en yüksek mevduat faiz oranları bildirilmiştir. Yargılama aşamasında bilirkişiden alınan faiz hesabına yönelik raporun incelenmesinde, Mahkemece, Dairemiz enflasyon geçiş dönemindeki ülke gerçekleri nazara alınarak uygulanan "kamu bankalarından sorulması" gerekeceği görüşüne değer verilerek kamu bankalarınca fiilen uygulanan en yüksek mevduat faiz oranı esas alınarak hüküm kurulmuştur. Ancak, Dairemizce bu görüş terk edilerek, Yargıtay sair Daireleriyle içtihat birliği sağlanması ve ülkenin ekonomik gerçeklerine uygun düşeceği görüşleriyle oluşturulan son içtihatlarına göre, **Mahkemece yapılması gereken iş, "hakkın doğum gününden itibaren birer senelik devreler halinde mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının" (tarafların bildirdikleri) bankalardan sorulmak üzere oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken** önceki içtihatlar doğrultusunda ve yazılı biçimde sonuca gidilmesi doğru değildir."

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5489 **K:** 2008/8277 **T:** 21/04/2008[1]

"Mahkemece yukarıda ilkelere göre mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının tarafların bildirecekleri bankalardan sorulmak suretiyle tesbitinden sonra, hakkın doğum tarihinden itibaren (11/11/2005) birer yıllık devreler halinde hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınmalı ve düzenlenecek raporda takip talebinde izlenen ve bağlayıcı olan avans faiz oranının aşılamayacağı genel ilkesi gözetilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir."

UYGULAMADAKİ YANLIŞLIKLAR

Yukarıda belirtilen Yargıtay Kararlarına karşın hâla[2] uygulamada yanlış uygulamalar sürüp gitmektedir. Özellikle yanlışlıklar faiz konusunda bilgisayar proğramı kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi proğrama hangi verileri yüklerseniz ve hangi hesap biçimini saptarsanız

---

(1) Bknz İSTANBUL BAROSU DERGİSİ Cilt 83 Sayı 2009/4 S.2226

(2) Bknz KABALAK Yörük - İSTANBUL BAROSU DERGİSİ- Dergisi 1996 /7-8-9 Sayfa 548

"Kıdem tazminatı faizinin hesaplanması meselesi, mahkeme ilamlarının icraya verilmesi aşamasında sorun oluşturmaktadır. Bazen yanılarak, bazen de kasıtlı olarak değişik ve farklı faiz hesaplamalarının icra emrine yazıldığı sık rastlanan bir durumdur. Doğaldır ki, böyle bir halde sorun icra Tetkik Mercüne intikal ettirilmekte, böylece ilamın infaz safhasında ikinci ve fazladan uyuşmazlıklar doğmaktadır."

ona göre sonuçlar alınmaktadır. Örneğin bazı proğramlar ve dolayısı ile bu proğramı kullanan Bilirkişiler hesaplamalarında Merkez Bankası'ndaki Özel Bankalara ait veriler kullanılarak hesaplama yapılmaktadır. Oysa Merkez Bankası'ndaki veriler bir bankanın uygulayacağı en yüksek faiz ile en yüksek faiz oranını göstermekte olup fiilen kullandıkları faizi göstermemektedir. Fiilen uyguladıkları faiz ancak bu bankalara yazılacak müzekkere sonucu alınacak yanıtlara göre belli olacaktır. Bu bankaların seçimi ise taraflarca belirlenecektir. Davacı ve davalının ya da ilamların icrası aşamasındaki itirazlarda ise borçlu ile alacaklının göstereceği bankaların uyguladıkları faizler incelenecek ve en yüksek olanı 1 (bir) yıllık dönemler halinde uygulanacaktır.

ÖRNEKLER

10.000.-TL tutarında bir kıdem tazminatı alacağımız bulunsun ve bu alacak 01.02.2005 tarihinden itibaren işlemeye başlasın ve icraya veriliş tarihi ise 01.08.2009 olsun. Bu durumda Yargıtayın kararları doğrultusunda Mahkemece yazılan müzekkereye fiilen en yüksek faizi veren bankalardan biri birinci dönem Zebank (%22), ikinci dönem GBanka (%17), üçüncü dönem Yine Zbank (%21) olsun ve bugüne değin Zbank fiilen en yüksek faizi uygulayadursun. Böylece faiz durumu aşağıdaki tablodaki gibi hesaplanmalıdır. Ancak dikkat edilmesi gereken bir hususta hesaplamanın takip tarihi olan 01.08.2009'a kadar yapılacak olması, ondan sonraki dönemin ise alacağa yasal faizin işletilecek olmasıdır. Yani 01.08.2009'a kadar dosyaya ibraz edilen özel bankaların mevduata uyguladıkları en yüksek faiz dönemsel olarak uygulanacak ancak takip tarihinden sonra ise %9 yasal faizi işletilecektir.

ÖZEL BANKALARDAN ALINAN VERİLERLE HAZIRLANMIŞ FAİZ TABLOSU

Başlangıç	Bitiş	%	Faiz	Gün
01.02.2005	01.02.2006	22	2200,00	360
01.02.2006	01.02.2007	17	1700,00	360
01.02.2007	01.02.2008	21	2100,00	360
01.02.2008	01.02.2009	21	2100,00	360
01.02.2009	01.08.2009	21	1400.00	210
KIDEM TAZMİNATI FAİZİ 7.400.00				

Oysa Bilgisayar Proğramını ya da hazır icra proğramlarını kullanan bir alacaklı ya da Bilirkişi Merkez Bankası'nın verilerini "Bankalarca Yeni Türk Lirası Üzerinden Açılan Mevduata Uygulanacağı Bildirilen Azami Faiz Oranlarını" baz alarak en yüksek mevduat faizi uyguladığında şöyle bir fark doğmaktadır.

KARŞILAŞTIRMALI FAİZ TABLOSU

Başlangıç	Bitiş	Fiilen Uygulanan Oranlar %	MB Kayıtlarına Göre Oranlar %	Fark %
01.02.2005	01.02.2006	22	24	2
01.02.200	01.02.2007	17	21	4
01.02.2007	01.02.2008	21	26	5
01.02.2008	01.02.2009	21	24.5	3,5
01.02.2009	01.08.2009	21	27	6
	TOPLAM	**102**	**122,5**	**20,5**

Bu oransal tabloyu parasal olarak da değerlendirdiğimiz zaman aradaki fark kolayca ortaya çıkmaktadır.

KARŞILAŞTIRMALI PARASAL TABLO

Başlangıç	Bitiş	Fiilen Uygulanan Oranlar TL	MB Kayıtlarına Göre Oranlar TL	Fark TL
01.02.2005	01.02.2006	2200,00	2.400,00	200,00
01.02.2006	01.02.2007	1700,00	2.100.00	410,00
01.02.2007	01.02.2008	2100,00	2.600.00	500,00
01.02.2008	01.02.2009	2100,00	2.450.00	350.00
01.02.2009	01.02.2009	1400.00	1.800,00	400,00
	TOPLAM	**9.500,00**	**11.350.00**	**1850.00**

Yukarıdaki yanlış uygulama gördüğümüz kadarı ile İstanbul İcra Hukuk Mahkemelerinin bir çoğunda sürkdürülmektedir. Bir çok takip itiraza uğramadığı için görmezden gelinmekte bir çok takip de de bilirkişi

raporları mahkemece yeterince denetlenmediği için İcra Dairesi uygulaması doğru kabul edilmektedir. Bu açıdan uygulamaya örnek olması ve yanlışlığın düzeltilmesi için bu makalenin yazılmasına gerek duyulmuştur.

ÖZEL BANKALARDAN GELEN FAİZ VERİLERİ

Aşağıda üç özel bankadan alınan ve fiilen uygulanan faiz oranları görülmektedir. Bu bankalara göre de faiz tablosu oluşturulabilir.

Garanti Bankası		**Akbank**		**Halk Bank**	
04/08/2003	49%	12/23/1994	90%	03/11/2003	47%
04/30/2003	47%	01/05/1995	95%	03/24/2003	48%
06/05/2003	44%	03/30/1995	90%	04/22/2003	47%
07/17/2003	43%	07/18/1995	85%	04/25/2003	42,50%
08/07/2003	41%	11/07/1995	90%	06/05/2003	40%
08/13/2003	40%	12/19/1995	95%	07/18/2003	38%
09/09/2003	38%	01/28/1997	90%	07/24/2003	37%
09/18/2003	37%	06/26/1997	95%	08/07/2003	35%
09/19/2003	36%	05/06/1998	93%	09/16/2003	34%
10/09/2003	32%	06/10/1998	90%	09/19/2003	32%
10/16/2003	29%	07/02/1998	85%	10/08/2003	30%
02.13.2003	28%	07/07/1998	75%	10/16/2003	27%
12/22/2003	26%	09/02/1998	82%	01/07/2004	25%
01/07/2004	24%	09/16/1998	85%	02/06/2004	23%
01/15/2004	23%	10/20/1999	80%	03/18/2004	21%
03/15/2004	22%	11/03/1999	75%	11/17/2004	22%
04/06/2004	21%	11/26/1999	70%	12/21/2004	21%
09/14/2004	20%	12/06/1999	67%	01/03/2005	20%
12/21/2004	19%	12/13/1999	55%	01/12/2005	19%
01/18/2005	18%	12/14/1999	45%	02/21/2005	18%
02/15/2005	17%	01/04/2000	52%	03/09/2005	17%
03/22/2005	17%	01/13/2000	42%	11/24/2005	16,50%
04/19/2005	17%	01/14/2000	37%	01/25/2006	15,50%
09/27/2005	16%	01/21/2000	34%	03/09/2006	15%
10/12/2005	15%	02/24/2000	40%	04/13/2006	14,50%
01/24/2006	14%	03/20/2000	38%	06/14/2006	15%
06/09/2006	15%	03/27/2000	36%	06/27/2006	17%
06/26/2006	16%	05/29/2000	38%	07/12/2006	18%
10/30/2006	16%	07/05/2000	36%	01/15/2007	18,50%
02/02/2007	15%	07/17/2000	34%	01/15/2007	18,50%

Garanti Bankası		Akbank		Halk Bank	
02/06/2007	16%	07/31/2000	31%	05/17/2007	18%
04/10/2007	16%	08/17/2000	29%	09/19/2007	17,50%
04/12/2007	17%	09/07/2000	32%	10/17/2007	17%
07/03/2007	17%	09/15/2000	34%	11/16/2007	16,50%
09/25/2007	16,75%	09/22/2000	35%	02/01/2008	16%
01/02/2008	16%	10/04/2000	38%	04/30/2008	16,50%
01/15/2008	15,75%	11/22/2000	42%		
02/28/2008	15,50%	12/01/2000	60%		
06/02/2008	15,50%	12/07/2000	75%		
		12/12/2000	65%		
		12/26/2000	100%		
		01/02/2001	70%		
		01/05/2001	65%		
		01/08/2001	60%		
		01/10/2001	55%		
		01/23/2001	45%		
		01/29/2001	43%		
		02/08/2001	45%		
		02/21/2001	60%		
		02/26/2001	110%		
		03/02/2001	100%		
		03/09/2001	80%		
		03/12/2001	80%		
		03/29/2001	100%		
		04/02/2001	85%		
		04/25/2001	80%		
		05/16/2001	75%		
		05/17/2001	70%		
		05/18/2001	67%		
		06/06/2001	65%		
		08/23/2001	66%		
		08/24/2001	65%		
		01/08/2001	63%		
		03/21/2002	62%		
		04/02/2002	59%		
		04/09/2002	55%		
		04/24/2002	50%		
		05/16/2002	53%		
		05/23/2002	54%		

Akbank

06/20/2002	57%
11/11/2002	52%
11/19/2002	49%
06/06/2003	46%
06/10/2003	45%
07/18/2003	41%
07/24/2003	43%
08/08/2003	41%
08/13/2003	40%
09/01/2003	38%
09/15/2003	36%
09/19/2003	34%
10/08/2003	32%
10/16/2003	29%
12/11/2003	28%
01/06/2004	26%
01/12/2004	25%
02/06/2004	23%
02/27/2004	22%
03/09/2004	23%
03/19/2004	22%
09/10/2004	21%
09/14/2004	20%
12/22/2004	19%
01/12/2005	18%
02/10/2005	17%
04/12/2005	16%
10/12/2005	15%
01/04/2006	14%
06/09/2006	15%
06/27/2006	16%
06/28/2006	17,50%
08/11/2006	18%
09/15/2006	17,50%
02/20/2007	17,25%
09/17/2007	17%
10/18/2007	16,50%
11/16/2007	16,25%
02/01/2008	16%

FAİZ HESABINDA AY YIL VE GÜN

Bir çok Mahkeme kararına dayanak oluşturan raporlarda bir sorun da yıllık faizin hesaplanması sırasında yılın 360 değil 365 gün olarak alınmasından çıkmaktadır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 27.12.1993[3] günlü bir kararında Hesaplama yöntemine göre, yılın (360) gün, ayın ise (30) gün üzerinden nazara alınıp, bakiyeye gün kalırsa bunun ilavesi suretiyle faiz tutarının belirlenmesi gerekirken, yılın (365) gün olarak kabulü ile bu suretle hesaplama yapılması doğru bulunmamış ve yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

SONUÇ OLARAK

1) Kıdem tazminatı faizinin başlangıç tarihi hizmet akdinin feshedildiği tarih olup ilamın icraya verildiği güne değin işletilmelidir. İlamın icraya verildiği tarihten sonra ise yasal faiz işletilecektir.

2) Hesaplama yapılırken, fesih tarihinde özel bankaların mevduata fiilen uyguladıkları en yüksek faiz oranı tarafların bildirecekleri bankalardan sorulmalı ve saptanan bu oran birer yıllık dönemler itibariyle ana paraya eklenmelidir. Bir yıllık zaman dilimi içinde değişen faiz oranları hesaplamayı etkilememeli ve faize faiz yürütülmemelidir.

3) Hazır proğramlara ve İcramatik gibi proğramlara dayanarak yapılan faiz hesaplamaları yüklenen verilere göre değişiklik göstereceğinden kolay yola sapılmamalı ve her olaya ilişkin faiz hesaplaması, dosyadaki verilere göre ayrı ayrı yapılmalıdır.

4) Bugünlerde (15.09.2009 tarihi itibariyle) bazı bankaların mevduata uyguladıkları faiz oranları aşağıya çıkarılmıştır. Görüldüğü gibi en yüksek faiz yasal faizin altında bulunmaktadır. Böyle durumlarda işçi alacaklarının korunması açısından yasal bu dönemler için yasal faizin baz alınması hak ve adalet ilkelerine daha uygun olacaktır.

15.09.2009 İTİBARİYLE BAZI ÖZEL BANKALAR
TARAFINDAN FİİLEN UYGULANAN EN YÜKSEK MEVDUAT FAİZLERİ

ŞEKERBANK -	6.80%
GARANTİ BANKASI -	7.44%
FORTİSBANK -	6.38%
HSBC -	7.22%
Y. KREDİ BANKASI -	7.65%

(3) YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ E.1993/15901 K.1993/20222 T.27.12.1993

"Hesaplama yöntemine göre, yılın (360) gün, ayın ise (30) gün üzerinden nazara alınıp, bakiyeye gün kalırsa bunun ilavesi suretiyle faiz tutarının belirlenmesi gerekirken, yılın (365) gün kabulü ile bu suretle hesaplama yapılması doğru kılınmamıştır. Bu durumda anılan ilkeler doğrultusunda, bilirkişiye hesaplama yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir."

REKABET HUKUKUNDA "YIKICI FİYATLAMA"

Av. Ebru EKŞİOĞLU

Amerikalı kadın gazeteci Ida Tarbell'in 1880'lerdeki araştırmacı gazeteciliği, rekabet hukukunda yıllarca tartışılan hassas bir konuyu yeniden gündeme getirmişti: *"Yıkıcı fiyatlama."* Tarbell, o yıllarda yazdığı *"Cutting to kill"* (öldüresiye indirim) adlı makalesinde; zamanında yarı deha-yarı mafya olarak nitelendirilen John D. Rockefeller'ın Standard Petrol Şirketi'ni, çok düşük fiyat uyguladığı için öldüresiye eleştirmişti. Zira bu davranış, küçük petrol şirketlerinin piyasadan dışlanmasına sebep oluyordu. Tarbell'in bahsettiği zavallı küçük petrol şirketlerinden birinin, kendi erkek kardeşine ait olması[1] bir başka yazı konusu olabilir; bu yazıda ele alınacak konu ise 1880'lerden bu yana kabul edilen yıkıcı fiyatlama teorisinin uygulama şartlarıdır.

Hakim durumdaki bir firmanın ticari çıkarını korumak amacıyla gereken tedbirleri alabilmesi hem Avrupa Birliği (AB) ve Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) hem de Türk Rekabet Hukuku'nda kabul edilmektedir. *"Meşru Rekabet"* (Competition on the merits) kapsamında değerlendirilen bu argüman, hakim durumdaki firmaların piyasada meşru oyuncular olarak kabul edilmesi ve Rekabet Hukuku'nun, rakipleri değil, piyasadaki rekabeti korumak amacının bir sonucudur. Ancak bu durum, hakim durumdaki firmalara çıkarlarını korumak amacıyla başvuracakları tüm uygulamalar için açık kart vermek anlamına gelmez. Yıkıcı fiyat uygulaması bu sınırın en somut örneğini teşkil etmektedir.

Yıkıcı fiyatlama teorisine göre; piyasada hakim durumda olan firma, fiyatlarını maliyetin altına çeker, bu davranış karşısında rakipler iki tür tepki verebilir; "kendi satış fiyatlarını maliyetin altına çekmek" ya da *"hakim durumdaki firmanın davranışını görmezden gelip aynı fiyat politikasıyla yoluna devam etmek"*. Birinci durumda, rakip şirketin iflası kaçınılmazdır. İkinci durum ise, yavaş yavaş pazar payında kayıplar vermekle sonuçlanır. Hakim durumdaki firmanın bu davranışı sonucu rakip firmalar piyasadan dışlanmış olur, böylece firma tekel şekline dönüşerek fiyatları eski zararlarını karşılayacak şekilde yükseltir.

Yıkıcı fiyatlama, Rekabet Kurumu'nun 14 Ağustos 2008 tarihli BOTAŞ kararında *"Yıkıcı fiyat uygulayan firma, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, fiyatlarını belirli bir süreyle belirli bir seviyenin altında tutması*

---

(1) www.wikipedia.org/ Ida Tarbell

nedeniyle mevcut rakip teşebbüslerin pazarda faaliyet göstermelerinin zorlaşması, hatta bu teşebbüslerin pazar dışına çıkmasına sebep olan bir uygulama" olarak tanımlanmıştır. Bir davranışın yıkıcı fiyatlama olarak kabul edilebilmesi için gereken koşullar ise yine Rekabet Kurulu'nun Goldaş[2] ve Feniks[3] kararlarında belirtilmiştir.

Anılan kararlara göre bir davranışın yıkıcı fiyat uygulaması kapsamında değerlendirilmesi için öncelikle maliyetin altında satışın[4] varlığı gerekir. Bu husus Avrupa Birliği'nde AKZO[5] kararıyla ortaya çıkan bir koşuldur. Kararda, maliyetin altında satışlar kendiliğinden (niyet araştırmasına gerek kalmadan) yıkıcı nitelikte kabul edilmiştir. Firmanın bu yönde bir davranışta bulunabilmesi için tabi ki, tek başına fiyatı arttırabilecek ya da azaltabilecek güçte olması gerekir. Firmanın diğer firmalarla dikey bütünlüğü, yüksek pazar payına sahip olması veya çapraz sübvansiyon[6] yapabilme gücü ona yıkıcı fiyat uygulaması için güvenilir bir zemin hazırlar.

AB uygulamalarına bakıldığında, Avrupa Bidayet Mahkemesi'nin Fransa'da ADSL hizmetleri veren Wanadoo'nun yıkıcı fiyat uyguladığına ilişkin Komisyon kararını onaması,[7] bu konudaki kararların ilk akla gelenidir. İlgili kararda mahkeme, France Télécom'un yıkıcı fiyat uygulaması yoluyla yüksek hızlı internet erişimi pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir. France Télécom grubuna dahil olan Wanadoo Interactive SA (WIN), ADSL hizmeti de dahil olmak üzere Fransa üzerindeki internet erişim hizmetlerinden sorumludur. Komisyon, Avrupa Birliği bünyesinde yaptığı inceleme sonucunda verdiği 16 Temmuz 2003 tarihli kararda, ilgili teşebbüsün maliyetlerini karşılamayacak derecede düşük ve pazar payını artırmaya yönelik olarak uyguladığı fiyatların yıkıcı fiyat uygulaması teşkil ettiğine ve bu suretle WIN şirketinin Fransa yüksek hızlı internet erişimi pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiş[8] ve teşebbüsün 10,35 milyon Avro tazminat ödemesine hükmetmişti.

---

(2) 29.3.2007 Tarihli ve 07-29/259-90 Sayılı Karar

(3) 23.8.2007 Tarihli ve 07-67/815-310 Sayılı Karar

(4) Yıkıcı fiyat zaman zaman maliyet altında satış (mas)'la özdeşleştirilmektedir. Oysaki mas, yalnızca yıkıcı fiyat uygulamasının bir unsuru olup, rekabet hukuku açısından yerine göre legal ya da illegal olarak değerlendirilebilir. Yıkıcı fiyat uygulaması ise tanımı gereği rekabeti bozan bir eylemi ifade eder. KARA, Alper Fevzi.,Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması, RK Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.

(5) Case 62/86 ECR 3359 (1991)

(6) Çapraz Sübvansiyon birden çok alanda iş yapan bir firmanın iş yaptığı alanlardan birinde maliyetinin altında sattığı bir ürünün ya da hizmetin zararını, iş yaptığı başka bir alandan elde ettiği aşırı karla karşılaması olarak tanımlanmaktadır.

(7) Case T-340/03 30.1.2007

(8) Case T-340/03 France Télécom v Commission

Türkiye'de ise ADSL internet erişim pazarında hakim gücü elinde bulunduran TTNet'in *"Yaz Fırtınası"* kampanyası ile tüm tarife seçeneklerinde maliyetlerinin çok altında satış yapmasının yıkıcı fiyat uygulaması kapsamında değerlendirilmesi[9] Rekabet Kurumu'nun konu bakımından örnek verilebilecek güncel kararlarındandır.

Yıkıcı fiyat uygulamasının ikinci şartı, yıkıcı fiyat niyetinin bulunmasıdır. Zira, maliyetin altında satışın amacı rakipleri piyasadan dışlamaktan ziyade, zorunluluk gereği olabilir. Piyasadaki talep daralması, kapasite fazlası, bozulabilir ürünleri elden çıkarma veya promosyon amaçlı indirimler söz konusu zorunluluk hallerine örnek olarak verilmektedir.[10]

Niyet araştırmasına ilişkin soruşturmalarda özellikle şirket içi sunum ve yazışmalar yol gösterici nitelikte kabul edilmektedir. Doğaldır ki, soruşturma evresinde ele geçirilen ifade ve yazışmalarda yıkıcı fiyat niyetinin doğrudan ve açık şekilde belirtilmesi beklenmez. Rekabet Kurumu'nun yukarıda adı geçen TTNet kararında niyet bulgusuna ilişkin yapılan savunmaya, karar gerekçesinde verdiği yanıt da aynı yöndedir. Savunmada, söz konusu yazışmalar içerisinde, rekabet karşıtı niyetin bulunması için *"rakiplerimizi piyasa dışına atalım, tekel konumuna gelip aşırı kârlar elde edelim, fiyatı daha sonra yükseltebilmek için yıkıcı fiyat uygulayalım"* gibi ifadelerin bulunması gerektiği, ancak bu yönde ifadelere rastlanmadığı öne sürülmüş,[11] Kurul ise, niyetin tespit edilmesinin ve bunun da ötesinde niyetin, tarafların savunmasında yer verdiği ifadelerle gösterilmesinin zorunlu olmadığını[12] belirtmiştir.

Rekabet Kurumu'nun belirttiği husus, teoride mantıklı kabul edilebilecek bir yaklaşım olmakla birlikte, uygulamada, firmanın rekabete aykırı davranış niyetinin tespitinde sorunlar çıkmayacağının garantisini veremiyor. Kurum'un, adı geçen karardaki[13] niyet araştırmasında TTNet yöneticileri arasında aşağıda yer verilen ifadeleri firmanın rekabete aykırı hareket niyetinin tespitinde esas alması da bu endişeyi tetikliyor;

"Bilindiği üzere şirketimiz ADSL abone sayısı olarak 2007 sonu itibariyle yaklaşık (….) üzerinde abone hedefi bulunmaktadır."[14]

"Gelecekte artacağı öngörülen rekabet koşullarında mevcut ve gelecekteki müşterilerin korunmasını sağlamak amacı ile uzun süreli abonelik taahhüdü alınarak abone sayısındaki muhtemel azalma riskinin

---

(9) 19.11.2008 Tarihli 08-65/1055-411 Sayılı Karar

(10) KORAH Valentine, (1994) An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 5. Ed. Sweet and Maxwell, London

(11) 19.11.2008 Tarihli 08-65/1055-411 Sayılı Karar Gerekçesi, sf.103.

(12) 19.11.2008 Tarihli 08-65/1055-411 Sayılı Karar Gerekçesi, sf.104.

(13) 19.11.2008 Tarihli 08-65/1055-411 Sayılı Karar

(14) 19.11.2008 Tarihli 08-65/1055-411 Sayılı Karar Gerekçesi, sf.21

azaltılması planlanmaktadır. Bu kampanyadan (.....) müşterinin yararlanacağı öngörülmüştür."[15]

Yukarıda belirtilen cümlelere firmanın yıkıcı fiyatlama konusundaki niyetini ortaya koymak açısından delil değeri hasredilmesi, ciddi bir sorun olarak algılanabilir. Zira, bir firmanın satış hedefi belirlemesi, müşteri sayısını veya pazar payını korumak ya da arttırmak için çabalaması piyasanın işleyişi için zorunludur. Oysa yukarıda belirtilen ifadeler ticari çıkarını korumak üzere tedbir alan bir firmanın uygulayacağı stratejiyi (iş planı ve geleceğe yönelik tahminler doğrultusunda) özetlemektedir ki bu husus Avrupa Birliği'nde meşru rekabet kapsamında değerlendirilir. Avrupa'daki Wanadoo kararında ise firmaya yönelik niyet araştırmasında esas alınan ve rakipleri piyasadan dışlama niyetine dair bulguya ulaştıran cümle şöyledir; *"Yüksek hızlı ADSL erişim pazarı gelecek 5 yılda hakimiyet güdümlü olmaya devam edecektir. Bu doğrultuda stratejik hedef, pazar payı açısından hakim durumu elde edip kârlılık sürecini sonraya bırakmaktır."* Wanadoo kararında firmanın niyetini ispatlamak üzere esas alınan ifade ile karşılaştırıldığında, Rekabet Kurumu'nun Türk Telekomünikasyon kararında esas aldığı *–yukarıda belirtilen-* ifadelerin firma niyetini ortaya koymak için yeterli delil düzeyinde olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Yıkıcı fiyat uygulamasının bir diğer şartı hasat'tır. Kurul'un 29.03.2007 tarih ve 07-29/259-90 sayılı Goldaş Kararı'nda sözkonusu kriter şu şekilde tanımlanmıştır. *"Yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı, fiyat kırarak rakipleri etkinsizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmektir. Buna hasat denir. Yıkıcı fiyat ancak bu şekilde uygulama döneminde girdiği zararları kapatabilmekte ve üstüne ekstra kar elde edebilmektedir."*

Yıkıcı fiyatlama için gereken hasat şartının gerçekleştiğinin kabulü için firmanın uygulama döneminde girdiği zararları kapatmış olup olmadığının tespiti gerekir. Bunun için de, görece uzun bir zamana ihtiyacı vardır. Aksi halde, *-planlanan hasatın elde edilebilmesi için gereken süreç henüz yaşanmamışsa-* piyasa koşullarının hasada imkan verip vermediğinin değerlendirilmesi gerekir. Bunun için öncelikli iş, piyasaya girişin kolay olup olmadığını tespit etmektir.[16] Zira, firma rakiplerini piyasa dışına iter ve sonrasında aşırı fiyat uygularsa bu durum potansiyel rakipler için piyasaya girmek konusunda teşvik edici rol oynar. Giriş engeli olmayan kârlı bir piyasadan, planlanan hasatı elde etmek de mümkün olmaz.

Buna karşın, yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde hasat şartının gerçekleşmemesi durumunda firmanın cezalandırılmaması gerektiğini savunan hukukçu ve iktisatçılar da vardır. Bu görüş, firmanın hasatı elde

---

(15) 19.11.2008 Tarihli 08-65/1055-411 Sayılı Karar Gerekçesi, sf.21

(16) GAL, Michal, "Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition " www.canlecon.org/submissions

etmekte başarısız olması ihtimaline dayanmaktadır. Buna göre, firmanın kâr kaybını telafi edememesi durumunda, rekabete aykırı hareket başarısız sayılacak ve bunun sonucunda rakipler zarar görmüş olmayacaktır. Böylece rakipleri piyasadan dışlamaya yönelik başarısız teşebbüsü nedeniyle firma piyasa tarafından cezalandırılmış olacaktır.[17]

& & &

Yıkıcı fiyat uygulaması, fiyatların sûni şekilde düşürülerek etkin rakipleri piyasadan dışlama amacı taşıdığından, cezalandırılması gereken bir davranıştır. Ancak cezalandırmada, Rekabet otoritelerinin, sözkonusu uygulamanın şartlarını amacı aşmayacak şekilde uygulamaları gerekmektedir. Bunun için ilk olarak, yıkıcı fiyatlama davranışına yönelik niyet araştırmasında, *"meşru rekabet"* kavramını akılda tutmak ve firmalara sıkı şekilde rekabet etme imkanını tanımak gerekir. Firmaların müşterilerini, satışlarını ve dolayısıyla pazar paylarını arttırmak için aldığı tedbirler mümkün olduğunca firmanın yarış kabiliyetini etkisizleştirmeden değerlendirilmelidir. Yıkıcı fiyatlamaya yönelik niyet testinde dayanaktan yoksun delillerin, piyasadaki etkin rekabetin korunması amacını aşan uygulamalara zemin hazırlayacağı unutulmamalıdır. Buna bağlı olarak şirket dokümanlarında ve iç yazışmalarda yer alan rakibi saf dışı etme arzusunu belirten saldırgan üslup niyet göstergesi sayılmamalıdır. İkinci olarak, yıkıcı fiyat uygulaması için hasat şartının, niyet şartına dayanak olarak aranması gerekmemektedir. Firmayı yıkıcı fiyat uygulaması için harekete geçiren güdü (niyet) gelecekte daha çok kâr elde etme amacı olmakla birlikte, bu amacın elde edilememesi halinde firmanın cezalandırılmaması, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 6. maddesinde ifadesini bulan *"(...) rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını AMAÇLAYAN eylemler"* hükmünün amacına aykırı bir uygulama olacaktır. Zira, gerek mehaz Roma Anlaşması'nın 82. maddesi, gerekse RKHK'nun 6. maddesi, tüketiciyi değil rekabetçi piyasa yapısını korumak amacındadır.

---

(17) MONTI,Georgio., "Case T-340/03 France Télécom v Commission (Judgement of 30 January 2007)" www.CompetitionLawBorad.blogspot.com

MİLLETLERARASI EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

M. Onur BAŞAR*

Giriş

Milletlerarası eşya taşımasından doğan ihtilaflar çeşitlilik arz etmektedir. Bu bağlamda, eşya taşınmasından doğan hukuki ilişkiler akdi temele dayanabileceği gibi akit dışı temele de dayanabilecektir. Bu ilişkilere uygulanacak hukukun tespit edilmesi hukuki ilişkinin dayanağını oluşturan hukuki sebebin de uygun surette vasıflandırılmasını gerektirmektedir.

Bir diğer önemli nokta ise milletlerarası eşya taşımasının daha çok milletlerarası sözleşmeler bağlamında düzenlenmiş olmasıdır. Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme milletlerarası ticarette en fazla rastlanan sözleşme tipidir.[1] Nitekim, Avrupa Birliği Hukuku'nda da milletlerarası eşya taşınmasına ilişkin olarak doğrudan ve dolaylı olarak bir takım düzenlemeler (EGV 74, EGV 84) yapılmıştır.[2] Milletlerarası eşya taşımasından doğan uyuşmazlıklara uygulanacak olan hukukun tespiti için bu sözleşmeler bağlamında daha çok maddi hukuk kuralları getirilmiştir.[3]

I- Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

A. Eşyanın Taşınması Kavramı

Eşyanın taşınması kavramı bu tür sözleşmelerin odak noktasını teşkil etmektedir. Bu bağlamda yolcunun taşınması ve yolcu bagajının taşınması değerlendirilmemektedir.[4]

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi*

(1) Ergin Nomer, Cemal Şanlı, Devletler Hususi Hukuku,Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul, Beta Yayınları,2008, s.336; Aysel Çelikel, Bahdır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, Beta Yayınları,2009, s. 371

(2) Matthias Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, §11.11

(3) Ralph de Wit, Multimodal Transport, London, Llyod's of London Press, 1995, s.7, 220; Cemal Şanlı, Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul,Kazancı,1992,s .51; Nomer, Şanlı, a.g.e., s.336

(4) Harald Koch, Ulrich Magnus, Peter Winkler von Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung, 2. Auflage, München, C.H.Beck's,1996, s.351

B. Eşyanın Bir Sözleşmesel İlişkiye Dayanılarak Taşınması

Bu noktada çalışma konumuz milletlerarası taşımacılıktan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun sözleşmeye dayalı bir ilişkiye istinaden tespit edilmesi gerektiği durumları kapsamaktadır. Bir başka deyişle akit dışı borç ilişkilerini oluşturabilecek olan haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmelerin bu bağlamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Akit dışı borç ilişkilerinin temelini teşkil edebilecek ve eşyanın taşınması sırasında cereyan edebilecek olan haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bu çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır. Konusu eşya taşıma olan sözleşmelere uygulanacak olan hukukun tespiti bu çalışmanın sınırlarını oluşturmaktadır.

C. Yabancılık Unsuru

Milletlerarası eşya taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar yabancılık unsurunun en yoğun olduğu uyuşmazlık tiplerini oluşturmaktadır.[5] Zira taşıyanın ve gönderenin farklı tabiyette olabileceği gibi, yükleme ve boşaltmanın yapılacağı yerlerde farklı olabilecektir. Bunun dışında taşıma belgesinin veya konişmentonun düzenlendiği ülkelerin de farklı olması ve tedavülünün farklı ülkelerde gerçekleşmesi de mümkün olabilecektir. Bir diğer önemli nokta ise taşımacılık faaliyetinin milletlerarası boyutunun var olmasıdır. Taşımacılık faaliyeti genellikle bir ülkenin egemenlik sahası içerisinde gerçekleştirilen bir faaliyet olmaktan ziyade yükleme ve boşaltma yerlerinin farklılık arz etmesinden ötürü farklı coğrafyalarda gerçekleştirilen bir faaliyettir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi milletlerarası taşımada akdi veya akit dışı münasebetler çerçevesinde doğan ihtilaflar, *"yabancılık"* unsurunun en yoğun olduğu ihtilaf tipleridir. Bu sebeple, söz konusu ihtilafların karara bağlanabilmesi bakımından muhtelif ülke mahkemelerinin yerel ve uluslararası yetkisi ve davanın esasına uygulanacak hukukun tespiti özel bir güçlük ve önem taşımaktadır.[6]

II- Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Bağlamında Eski ve Yeni Sistemin Karşılaştırılması ve Karşılaştırmalı Hukuk

A. Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Bu Bağlamda MÖHUK. m.29 ile Getirilen Yeni Düzenlemeler

Taşıma akidlerinde taşıyanın taahhüdü, akde hukuki özelliğini veren edim olarak uygulanacak hukuku belirler. Eşyanın taşınmasına ilişkin

---

(5) Şanlı, a.g.e., ,s .1

(6) Morris J.H.C/McClean David, The Conflict of Laws, 6. Edition, London, Sweet Maxwell Ltd, 2005, s.300

sözleşmeler de öncelikle taraflarca seçilmiş hukuka tabi olur (m.29/I). Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme milletlerarası ticarette en fazla rastlanan sözleşme tiplerinden biridir. Bu sebeple Türk Hukuku'nda bu konuda özel bir düzenleme getirilmiştir.[7] Tek seferlik charter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de bu düzenlemeye tabi tutulmuştur. (m.29/II) Ayrıca, eşya taşıma hukuku alanında, genellikle maddi hukuku birleştirmiş milletlerarası sözleşmeler de çoktur.[8]

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, çıkan uyuşmazlığa taşıyıcının sözleşmenin kuruluşu esnasındaki esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Bu işyeri, kötüniyetli değişikliklerin önlenmesi amacıyla, sabitleştirilerek sözleşmenin kuruluşu anına bağlanmıştır.[9] Ancak bu ülke hukukunun uygulanabilmesi için, bu ülkenin aynı zamanda, yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke olması gereklidir.[10] Bu durumda, bu ülke sözleşme ile en sıkı ilişki içerisinde bulunan ülke kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır (29/II). Gönderenin esas işyeri, eşyanın yükleme yeri veya boşaltma yeri olarak sayılan bu üç yerden en az birinin, taşıyıcının esas işyeri ile aynı olması halinde taşıyıcının esas işyeri sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilerek sözleşmeye uygulanacaktır.[11] Bununla beraber, mevcut hal ve şartlar, eşya taşıma sözleşmesinin, taşıyıcının esas iş yerinin bulunduğu ülke hukukundan başka bir hukuk ile daha sıkı ilişki içerisinde bulunduğunu gösteriyorsa, sözleşme bu hukuka tabi olur (29/III). Buna göre hakim, halin bütün şartlarına göre objektif bağlama kuralına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde taşıma sözleşmesine bu hukukun uygulanmasına karar verebilecektir.[12] Böylece maddenin son fıkrası ile somut olay adaletinin yerine getirilmesi imkânı sağlanmış bulunmaktadır.[13]

Yukarıda ifade olunduğu üzere yabancılık unsurunun yoğun olduğu taşımalara ilişkin birçok milletlerarası sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşmeler ile daha çok maddi hukuku birleştiren düzenlemeler yapılmıştır. Bazılarında kanunlar ihtilafı kuralları da bulunmaktadır. Bununla beraber, taşıma hukukunu tamamen kapsayacak nitelikte bağlama kuralları mevcut değildir. Sözleşmelerin açıkta bıraktığı alanlarda veya ilgili konudaki milletlerarası sözleşmelerde hiç bağlama kuralı bulunmayan taşıma akitlerinde uygulanacak hukuk MÖHUK.m. 29'a göre

---

(7) Nomer/Şanlı, a.g.e., s.336, Çelikel, Erdem, a.g.e., s.371
(8) Nomer/Şanlı, a.g.e., s.336
(9) Çelikel, Erdem, a.g.e., s.372
(10) Nomer/Şanlı, a.g.e., s.336; Çelikel, Erdem, a.g.e., s.372
(11) Çelikel, Erdem, a.g.e., s.372
(12) Çelikel, Erdem, a.g.e., s.372
(13) Çelikel, Erdem, a.g.e., s.372

belirlenir.[14] Çeşitli taşıma akitlerine ilişkin çok sayıda milletlerarası sözleşme bulunmaktadır. Mesela, Türkiye, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'ne (CMR) ve CMR'ye ait Protokole,[15] Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin 9 Mayıs 1980 Tarihli Sözleşmeye[16] (COTIF), Sözleşmeye Ait Protokollere,[17] COTIF'e ait ekler olan Demiryolu ile Uluslararası Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesiyle İlgili Birleşik Hükümler[18] (CIV), Demiryolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi ile İlgili Bileşik Hükümlere[19] taraftır. Ayrıca Türkiye, uluslararası hava taşımacılığı konusunda, Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyon,[20] bu konvansiyonu değiştiren Guatemala Protokolünü[21] ve 25 Eylül 1975'de Montreal'da imzalanarak yeni değişiklikler getiren 3 ve 4 Sayılı Protokolleri de kabul etmiştir.[22-23]

Bu bağlamda bir diğer önemli noktayı ise multi model taşımacılıklara uygulanacak olan hukukun tespiti oluşturmaktadır. Multi model taşımacılıkta en az iki farklı taşıma aracı (kara, hava, deniz) taşıyıcının yüklendiği edimi yerine getirmesi için kullanılmaktadır.[24] Bir başka deyişle, taşıyıcı edimini tek bir taşıma aracı ile değil birden fazla ve farklı türde taşıma aracı ile yerine getirmektedir.[25] Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Multi Model Taşımacılığa İlişkin Konvansiyon bulunmaktadır.[26] Türkiye henüz bu sözleşmeye taraf değildir. Dolayısıyla bu tip taşımalara ilişkin olarak uygulanacak hukukun tespitinde Türk Kanunlar İhtilafı Kuralları ve Türkiye Devleti'nin taraf olduğu sözleşmeler dikkate alınacaktır.

B. Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Bu Bağlamda Eski MÖHUK. m.24

Daha önce ifade olunduğu üzere milletlerarası düzlemde daha çok maddi hukuku birleştiren düzenlemeler yapılmıştır. Bazılarında kanunlar ihtilafı kuralları da bulunmaktadır. Bununla beraber, taşıma hukukunu tamamen kapsayacak nitelikte bağlama kuralları mevcut değildir.

---

(14) Çelikel, Erdem, a.g.e., s.373
(15) R.G 14.12.1993-21788
(16) R.G 01.06.1985-18771
(17) R.G 14.12.1993-21788
(18) R.G 01.06.1985-18771
(19) R.G 01.06.1985-18771
(20) R.G 03.12.1977-16128
(21) R.G 21.051991-20877
(22) R.G 21.051991-20877
(23) Bknz. Nuray Ekşi, Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Arıkan,2006, s.493-733
(24) Ralph de Wit, a.g.e., s.3,5
(25) Ralph de Wit, a.g.e., s.3,5
(26) Ralph de Wit, a.g.e., s.147

Sözleşmelerin açıkta bıraktığı alanlarda veya ilgili konudaki milletlerarası sözleşmelerde hiç bağlama kuralı bulunmayan taşıma sözleşmelerinde uygulanacak hukuk MÖHUK. m.24'e göre belirlenmekte idi.[27] Eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa sözleşmesel ilişkide taşıyanın edimi ağırlıklı ve rizikolu edim olduğundan, taşıyanın edimini ifa yeri uygulanacak hukuk olarak saptanmakta idi.[28] Bu yer eşya taşımacılığı bakımından eşyanın alıcıya teslim yeri olarak kabul edilmekteydi.[29] Taşıma sözleşmelerinin niteliği sebebi ile bu yerin devamlı değişmesinin, taşıyıcının ediminin ağırlıklı olmasına verilen önemi azalttığı gibi onu zor durumunda bıraktığı da doktrinde ifade olunmuştur.

Karakteristik edimin ifa yerinin değil, karakteristik edim borçlusunun ediminin akdi karakterize etmesi sebebi ile borçlunun iş ikametgâhı veya mutad meskeni hukukunun objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmesinin doğru olacağı ileri sürülmekteydi.[30] Bu konuda, daha sıkı ilişkili hukukun varlığı halinde uygulamasına ilişkin gerekçelerin burada da ileri sürülebileceği ifade olunmaktaydı.[31]

C.Karşılaştırmalı Hukuk

EGBGB. m.28/2 ve EGBGB. m.28/4'e göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler de öncelikle taraflarca seçilmiş hukuka tabi olur. Taraflar bu hukuki ilişkiye uygulancak hukuku serbestçe kararlaştırabilecektir.[32-33] Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, taşıyıcının akdin kuruluşu esnasındaki esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku çıkan uyuşmazlığa uygulanır. Ancak bu ülke hukukunun uygulanabilmesi için, bu ülkenin aynı zamanda, yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke olması gereklidir. Bu durumda, bu ülke, sözleşme ile en sıkı ilişki içerisinde bulunan ülke kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır.[34] Bununla beraber, mevcut hal ve şartlar, eşya taşıma sözleşmesinin, taşıyıcının esas iş yerinin bulunduğu ülke hukukundan başka bir hukuk ile daha sıkı ilişki içerisinde bulunduğunu gösteriyorsa, sözleşme bu hukuka tabi olur. Alman Milletlerarası Özel Hukuku'nda yer alan bu düzenleme Türk Hukuku ile

---

(27) Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Güncelleştirilmiş 9. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006, s.340

(28) Tekinalp,a.g.e., s. 340; Ergin Nomer, Cemal Şanlı, Devletler Hususi Hukuku, 15.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s.301

(29) Cemal Şanlı, Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı 1, Yıl 1989, s.53

(30) Tekinalp, a.g.e., s.340; Şanlı, Uluslarası Kara ve Demiryolu Taşıma, s.53

(31) Tekinalp, a.g.e., s.340

(32) EGBGB: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

(33) Kurt Siehr, Internationales Privatrecht, C.F.Müller Verlag, Heidelberg,2001,s.206

(34) Siehr, a.g.e., s.206

ayniyet göstermektedir. İsviçre Hukuku'nda ise IPRG'de özel bir düzenleme getirilmemiştir.[35] Dolayısıyla milletlerarası eşya taşımasından doğan ihtilaflar genel akit statüsü içerisinde çözüme kavuşturulmaktadır.

Yukarıda bahsedilen bu düzenlemelerin temelinde Roma Konvansiyonu'nun izlerini görmek mümkündür. Roma Konvansiyonu 4/2'ye göre tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, aralarındaki hukuki ilişkiye, taşıyıcının sözleşmenin kuruluşu esnasındaki esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ancak bu ülke hukukunun uygulanabilmesi için, bu ülkenin aynı zamanda, yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke olması gereklidir.[36] Bu durumda bu ülke, sözleşme ile en sıkı ilişki içerisinde bulunan ülke kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanacaktır.[37] Tek seferlik çarter sözleşmeleri ve esas amacı eşya taşıma olan diğer sözleşmelerinde bu statü içerisine dâhil olduğu ifade edilmiştir.

Roma I Tüzüğü'ne göre de Roma Konvansiyonu ve ulusal düzenlemeler ile ayniyet söz konusu olmasa da ortak noktaların varlığından söz edilmesi imkan dâhilinde görülmektedir. Roma I Tüzüğü'nde kullanılan ifadeler Roma Konvansiyonu'ndan farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda *"habitual residence" "place of receipt" "place of delivery"* gibi terminoloji Roma Konvansiyonu'nda yer almamaktadır. Bunun dışında Roma I Tüzüğü'nün getirmiş olduğu yeni düzenleme ise maddede öngörülen düzenlemelerin yerine getirilmediği taktirde ifa yeri hukukunun uygulanacağını öngörmesidir.[38] Roma I Tüzüğü yolcu taşımacılığını da ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu noktada Roma Konvansiyonu'ndan ayrılmaktadır.

D. Milletlerarası Eşya Taşıması Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kullanılan Bağlama Noktaları

Gerek maddi, gerekse kanunlar ihtilafı planında düzenlenmeyen veya bu sistemin uygulama alanı dışında kalan milletlerarası karakterli taşımacılık davalarından doğan sorunların esasına uygulanacak hukukun tespitinde doktrin ve uygulamadaki genel eğilimin, Lex Fori'nin konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yönündedir. Kanunlar ihtilafı hukuku da kaynağı itibariyle benzer özel hukuk dalları gibi bir iç ve milli hukuk olması itibariyle, bu alandaki milli devletlerin düzenlemeleri önemli ölçüde bir birinden farklılık arz etmektedir. Bununla beraber,

---

(35) IPRG: Internationales Privatrechtsgesetz

(36) John O B'Brieben, Conflict of Laws, 2. Edition,London, Cavedish Publishing, 1999, s.158;Julian Cooke, John D. Kımball; Voyage Charters, LLP, 2001, s.17

(37) O B'Brieben,a.g.e., s.158;C M V Clarkson/Jonathan Hill, Jaffey on the Conflict of Laws, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2005, s.175

(38) Morris/David, a.g.e., s.202

sözleşmesel ilişkilerde esasa uygulanacak hukukun tarafların serbest iradesi ile belirlenmesi ilkesi, yani irade serbestîsi prensibi, milletlerarası özel hukuk sistemlerinin bugün ortak bir kuralıdır. Bu itibarla milletlerarası karakterli taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde de öncelikle tarafların anlaşmaları ve seçtikleri hukukun maddi normları uygulanacaktır.

Ancak, önemle belirtelim ki, milletlerarası taşımacılık alanında irade serbestîsi prensibi pratikte pek uygulanmamaktadır. Bunun iki önemli sebebi vardır. Birincisi, dünya üzerindeki uluslararası karakterli taşımaların önemli bir kısmının taraflara irade serbestîsi tanımayan ve hukuki münasebeti doğrudan düzenleyen uluslararası sözleşmelerin alanına girmesidir. Bu bağlamda Varşova/La Haye sisteminin örnek verilmesi imkân dâhilinde bulunmaktadır. Varşova/La Haye Sözleşmesi'nin 32. maddesine göre, taraflar bu konvansiyona aykırı anlaşmalar yapamayacakları gibi, bu hükümlere aykırılık teşkil eden düzenlemeler içeren bir hukuk sisteminin uygulanmasına yönelik anlaşmalar da yapamazlar.[39] İkinci olarak ise taşıma sözleşmelerinde genellikle işin mahiyeti gereği tarafların sözleşmenin kuruluşunda tarafların fiilen sözleşme muhtevasını detaylı bir biçimde inceleme ve tartışma imkânına fazla sahip olmamasıdır.[40] Bu bağlamda tatbikatta IATA tarafından hazırlanan ve taşıyıcı ile yolcu ve yük sahipleri arasındaki taşıma işinde kullanılan *"Genel Şartlar"* Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinin tanıdığı irade serbestîsi temelleri üzerinde anlaşma hükümleri olarak uygulanmakta ve bu değerlendirmenin haklılığını ortaya koymaktadır.[41] Bu şartlar Varşova/La Haye sisteminin hükümlerine aykırı düşmeyecek biçimde hazırlanmış ve adı geçen sistemin, tarafların anlaşma hükümleri olarak boşlukları doldurmaktadır.

Milletlerarası taşımacılıktan doğan ihtilafların taraf anlaşmalarında yer alan maddi ve şekli kurallarla çözümlenemediği durumlarda milli mahkemelerin uygulanacak hukuku tespiti bakımından başvuracakları kanunlar ihtilafı kuralları, hemen hemen her ülkede farklılıklar göstermektedir. Münhasıran milletlerarası taşımacılık alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarının birleştirilmesi de önemli bir konu oluşturmaktadır. Bu bağlamda ilk adım olarak Birleşmiş Milletlerin, Milletlerarası Multi Model Taşımacılığa İlişkin Kuralların Birleştirilmesine yönelik olarak hazırladığı konvansiyon akla gelmektedir.

Milletlerarası taşımacılık sözleşmelerinden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuka dair anlaşmalarda, milli kanunlar ihtilafı

---

(39) Şanlı, Uluslarası Kara ve Demiryolu Taşıma, s.52;Şanlı,a.g.e., s.61
(40) Şanlı,a.g.e., s.61
(41) Şanlı,a.g.e., s.61

sistemlerinde ve mahkeme içtihatlarında oldukça değişik bağlama kurallarına yer verilmiştir.[42]

1. Lex Banderae (Lex Portitoris) (Bayrak veya Sicil Yeri Hukuku)

Bu bağlama kuralı esas itibariyle deniz taşımacılığı alanında sıklıkla kullanılan bir bağlama kuralıdır. Bilhare kural, hava hukukunda da kullanılmaya başlanmıştır. Bugün, uluslararası havacılık alanında ideal bir bağlama kuralıdır ve taşıyıcı veya multimodel taşıma operatörüne ait işletmenin kayıt yerini, ikametgâh ve asıl iş yerini ifade eder.[43] Söz konusu bağlama kuralının münhasıran taşıyıcı lehine olduğu, yolcu ve yük sahiplerini korumadığı ileri sürülmüştür.[44] Buna karşılık kural uluslararası taşımacılıkta karakteristik edim borçlusu olan taşıyıcının hukukuna bağlanmayı temin ettiği ve kolay tesbit edilebildiği için tercih edilmektedir.

Uluslararası karakterli hava taşıma sözleşmeleri ile ilgili olarak pek çok ülkenin milli kanunlar ihtilafı sisteminde yer alan bağlama kuralları, pratikte Lex Portitoris'in uygulanmasına yol açmaktadır. Gerçektende hava taşıma sözleşmelerinde sözleşmenin sosyal ve ekonomik karakterini belirleyen, taşıyanın edimidir. Bu itibarla, bu sözleşmelerde taşıyanın en sıkı irtibat halinde olduğu hukukun ön planda tutulması, hukuki ilişkinin niteliğine ve amacına uygundur. Taşıyan ile en sıkı irtibat halinde olan hukukun ise pek çok vakıa da sözleşmenin ifa edildiği yerden ziyade taşıyanın mutad meskeninin ya da idare veya işletme merkezinin bulunduğu ülke hukuku olmaktadır.[45] Bununla beraber, bu kuralın hava taşıma sözleşmelerinin tüm yönlerine özellikle ifa kısmına uygun düşmeyeceği ve münhasıran taşıyan durumundaki güçlü hava yolu şirketlerini himaye ettiği ileri sürülmektedir.[46] Gerçektende, Lax Portitoris hakkında ileri sürülebilecek en ciddi eleştiriler bunlardır. Mesela, hava yolu ile bir eşya taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesinde, malların ifa yeri ülkesinde boşaltılması esnasında meydana gelen zararları, taşıyanın hukukuna tabi kılmak pratik ihtiyaçlara ve sözleşmesel ilişkinin hukuki niteliğine uygun düşmeyebilir.[47] Aynı şekilde taşıma konusu eşyanın ifa yeri (teslim yeri) ülkesinde sayımı, tartılması muayene edilmesi vs. gibi hususlara Lex Portitoris'in uygulanması çok defa fiilen imkânsız olduğu gibi işin mahiyetine de uygun düşmeyebilmektedir.[48]

---

(42) Nuray Ekşi,Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul,Arıkan,2007,s.573-611

(43) Şanlı,a.g.e., s.62

(44) Şanlı,a.g.e., s.62

(45) Şanlı,a.g.e., s.68

(46) Şanlı,a.g.e., s.68

(47) Şanlı,a.g.e., s.69

(48) Şanlı,a.g.e., s.69

2. Lex Loci Contractus (Akdin Yapıldığı Yer Hukuku)

Taşımacılık alanında pek çok uluslararası sözleşmede ve milli kanunlar ihtilafı sisteminde yer alan bu bağlama kuralı, taşıma işinin kabul edildiği veya eşyanın yüklenmeye başladığı ülke ile ayniyet arz etmektedir.[49] Bu kural yolcu ve yük sahibinin sözleşmeyi yaparken doğabilecek sorunlarının bu yer hukukuna tabi olacağı yönündeki düşünce ve beklentisine uygun düşmektedir. Kuşkusuz, bu uygunluk sadece taşıma sözleşmesinin herhangi bir yerde değilde, yük sahibinin ikametgâh veya mutat meskeninde ya da taşıyanın asıl iş merkezinde yapıldığı durumlarda söz konusu olur.

3. Lex Loci Solutions- Lex Loci Executionis (Akdin İfa Yeri Hukuku)

Bu bağlama kuralına pek çok milli ve milletlerarası düzenlemde genel ve özel bağlama kuralı olarak yer verilmiştir.[50] Buna göre taşıma sözleşmesi, taşıma işinin tamamlandığı, yani sözleşmenin tarafların anlaşmasına uygun olarak ifa edildiği veya edileceği yer hukukuna tabidir. Taşıma sözleşmelerinin özellikle ifa kısmına uygulanacak hukukun tespitinde Lex Loci Executionis pratik ihtiyaçlara oldukça uygun düşecektir. Bu özellikleri itibariyle söz konusu kurala günümüzde pek çok kanunlar ihtilafı düzenlemesinde yer verilmiş olduğu ifade edilmiştir.[51] Taşıma sözleşmelerinde karakteristik edimin ifa yeri, karakteristik edim borçlusuna yabancıdır ve dolayısıyla bu tür olaylarda ifa yeri *"tesadüfi"* bir yerdir.[52] Bu sebeple herhangi bir taşıma sözleşmesinden doğan ihtilaf, sözleşmenin ağırlıklı edimini ifa ile yükümlü olan tarafın hukukuna yabancı, sözleşmesel ilişki bakımından suni ve tesadüfî bir hukuk sistemine daima tabi kılınabilecektir.[53] Bu ise ihtilaflara, en sıkı irtibat halindeki hukuku uygulanması ile gerçekleştirilmeyi amaçlanan devletler hususi hukuku hakkaniyetine aykırıdır.[54]

4. Proper Lax of a Contract (Tarafların Seçtiği veya Seçim Yoksa Akdin En Sıkı İrtibat Halinde Olduğu Hukuk)

Bu bağlama kuralına göre, şayet taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşmesel ilişki özellikleri itibariyle en sıkı irtibat halinde olduğu hukuka tabi olacaktır. Bu kuralın en önemli sakıncası "*kesinlik*" ve *"belirlilikten"* yoksun olmasıdır.[55] Çünkü tarafların hukuk seçimi

---

(49) Şanlı,a.g.e., s.63
(50) Şanlı,a.g.e., s.63
(51) Şanlı,a.g.e., s.63
(52) Şanlı,a.g.e., s.62
(53) Şanlı,a.g.e., s.62
(54) Şanlı,a.g.e., s.62
(55) Şanlı,a.g.e., s.63

yapmadıkları durumda en sıkı irtibatın neye göre ve hangi kıstaslar esas alınarak tespit edileceği belli değildir.[56] Avantajı ise hakime dava konusu olayın niteliğine en uygun hukuk sistemini uygulama imkanı vermiş olmasıdır.

5. Lex Fori (Davaya Bakan Mahkemenin Hukuku)

Lex Fori, bu kural taşımacılıkla ilgili konvansiyonlarda belirli konulara ilişkin olmak üzere özel kanunlar ihtilafı kuralı olarak öngörülmüştür. Ancak bu bağlama kuralı, demiryolu taşımacılığını düzenleyen konvansiyonlarda (COTIF,CIV,CIM Protokolü) genel bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak yer almıştır. Davaya bakan mahkemeyi, yabancı hukuku araştırma külfetinden kurtaran bu kuralın en önemli avantajı sağladığı kolaylık ve sürattir.[57] Sakıncası ise yabancılık unsuru taşıyan bir davada ihtilaf konusu ilişkinin en sıkı irtibat halinde olduğu hukuka göre çözümlenmesi imkânını ortadan kaldırmış olması ve tek taraflı olarak davacıya esasa uygulanacak hukuku belirleme imkânını vermiş olmasıdır.[58] Bu sebeple söz konusu kural genel olarak sadece muayyen konularda uygulanan özel kanunlar ihtilafı kuralı olarak uygulanmaktadır.

Yukarıda bahsettiğimiz bağlama kuralları, genel ve özel kanunlar ihtilafı kuralları olarak, muhtelif hukuk sistemlerinde ve uluslararası anlaşmalarda yer almaktadır.

E. Milletlerarası Eşya Taşımasına İlişkin Olarak Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler

1. Varşova/La Haye Sistemi

Genel olarak literatürde, Varşova Konvansiyonu ile bunda önemli değişiklikler yapan La Haye Protokolünü birlikte ifade etmek için, *"Varşova/La Haye sistemi"* tabiri kullanılmaktadır.

Varşova Konvansiyonu'nun uygulama alanı, ülke yönünden akit devletlerle, konu yönünden de sadece ücret karşılığında ve bir taşıma sözleşmesine istinaden yolcu ve eşya taşımacılığını üstlenen taşıyıcının sorumluluğu ile sınırlıdır. Bizim konumuz bakımından esas olan eşya taşıma sözleşmeleridir. Varşova/La Haye sisteminin uygulama alanı, mekan itibariyle akit devletlerin ülkesi ile konu itibariyle de ücret ihtiva eden taşıma sözleşmelerine istinaden hava araçları ile yolcu, yük, ve bagaj taşımacılığı ile sınırlıdır.[59] Bu itibarla, herhangi bir hava taşımacılığı ile ilgili ihtilafta Varşova/La Haye sisteminin uygulanabilmesi için:

(56) Şanlı,a.g.e., s.63
(57) Şanlı,a.g.e., s.64
(58) Şanlı,a.g.e., s.64
(59) Şanlı,a.g.e., s.13

a- Taşıma bir sözleşmeye dayanmalıdır.

b- Taşıma ücret karşılığında yapılmalıdır.

c- Taşıma hava araçları ile yapılmalıdır.

d- Taşıma uluslararası karakterli olmalıdır.

Taraflar arasında akdedilmiş taşıma sözleşmesine göre, ara yerde herhangi bir durak veya aktarma yapılması kararlaştırılmış olsun veya olmasın, hareket yeri ile varma yeri iki ayrı akit devletin ülkesinde bulunan taşımalar ile hareket ve varma yerleri aynı akit devletin ülkesinde bulunmakla beraber, akit olmasa dahi başka bir devletin ülkesindeki bir yere uğranılmasını öngören taşımalar uluslararası taşımalar niteliğindedir.

Herhangi bir somut taşımacılık ihtilafında, Varşova Konvansiyonu'nun hangi ek ve değişikliğinin dikkate alınacağı da yine tarafların sözleşmelerinde hareket ve varma noktası olarak seçtikleri ülkelere göre belirlenecektir.[60] Diğer bir ifade ile taşıma ilişkisinden doğan meselelere, tarafların anlaşmalarında seferin başlangıç ve bitim noktası olarak belirledikleri ülkeler arasında Varşova Konvansiyonu, La Haye Protokolü veya sair Ek ve Protokollerden hangisi yürürlükte ise o uygulanacaktır.[61] Ancak, hareket ve varma noktalarının aynı olduğu ve uğranılan ya da durak yapılan ülkenin de Varşova/La Haye sistemine taraf olmadığı durumlarda, hareket ve varma noktalarının birleştiği ülkenin taraf olduğu anlaşma veya Protokoller esas alınacaktır.[62]

Varşova/La Haye sistemi esas itibariyle, uluslararası sivil hava taşımacılığından doğan, taşıyıcının akdi temele dayanan sorumluluğunu düzenlemektedir. Oysa ki, uluslararası sivil hava taşımacılığı alanında pekçok akit-dışı sorumluluk hali de mevcuttur. Mesela hava araçlarının yer yüzündeki üçüncü kişilere verdikleri zararlar, yolculara verilen gıdadan oluşan zararlar, veya yapımcının sorumluluğu gibi konular Varşova/La Haye sisteminin gerek konu gerekse mekan itibariyle uygulama alanına girmeyen konuları oluşturmaktadır.

Varşova/LaHaye sistemi uluslararası sivil hava taşımacılığını yeknesak hale getirmek amacıyla sevk edilmiştir. Bu özelliği ile Varşova La Haye sistemi, akdi temele dayanan uluslarası sivil hava taşımacılığı alanında kanunlar ihtilafı sorunlarını asgariye indirmiştir. Bununla beraber, uluslararası sivil hava taşımacılığından doğabilecek tüm sorunlar, Varşova/La Haye sisteminin maddi kuralları ile düzenlenmiş değildir.[63] Konvansiyon, düzenlemediği bazı özel konularda yetkili hukuku göstermiştir. Bu hukuk *"Lex Fori"* olarak tespit edilmiştir.

---

(60) Şanlı,a.g.e., s.15
(61) Şanlı,a.g.e., s.15
(62) Şanlı,a.g.e., s.15
(63) Şanlı,a.g.e., s.57

Varşova/La Haye sistemi uygulama alanına giren hava taşıma sözleşmelerinden doğan davaların hukuki sebep ve çerçevesini belirleyecek ve Konvansiyonda boşluk olan hallerde uygulanacak genel bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmemiştir.[64] Bu bir eksiklik oluşturmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz amaca hizmet edecek bir genel kanunlar ihtilafı kuralına sistem içerisinde yer verilmesi, Varşova/La Haye sisteminin taraf ülkelerde yeknesak bir biçimde uygulanmasına önemli ölçüde hizmet edecektir.

Varşova/La Haye sisteminde yer alan maddi normlarla düzenlenmeyen konularda, ihtilafa uygulanacak hukuku tespit edebilmek için Lex Fori'nin konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulacaktır. Uluslararası hava taşımacılığı alanında, birkaç istisna ile milli hukuk sistemlerinin ortak kanunlar ihtilafı kuralları mevcut değildir. Bu sebeple, Varşova/La Haye sisteminde yer alan kuralların uygulama alanı dışına çıkıldığında, davalarda uygulanacak hukuk ve dolayısıyla ulaşılacak sonuç, muhtemelen her ülkede farklı olacaktır.

Varşova/La Haye olarak adı geçen sistem *"emredici kurallarla"* donatılmış bir *"uluslararası hava taşımacılığı kodu"* dur. Uygulama alanına giren ihtilaflar bakımından adı geçen kod da yeralan maddi normlar doğrudan uygulanır ve taraflar burada yer alan kuralların aksine anlaşmalar yapamazlar.

Bu sebeple, Varşova/La Haye sisteminde yer alan maddi normlarla düzenlenmeyen sorunların çözümünde, ihtilafa uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralları yardımıyla tespit edilmesi gerekmektedir.

Varşova/La Haye sisteminde sadece muayyen konularda uygulanmak üzere özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Buna göre,

1- Konvansiyonun 21. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve yerine göre taşıyanın sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldıracak olan müterafik kusurun taşıyıcının sorumluluğunu ne ölçüde etkileyeceği veya taşıyıcının sorumluluğunu tespitte böyle bir kusurun dikkate alınıp alınmayacağı Lex Fori'ye göre belirlenecektir. Varşova Konvansiyonu'nun La Haye Protokolü ile muhafaza edilen 21. maddesi 1971 tarihli Guatemala Protokolü ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile milli hukuk sistemine yapılan atıf kaldırılmıştır.

2- Taşıyıcı aleynine hüküm olunan tazminatın taksiletler halinde ödenip ödenmeyeceği Lex Fori'ye göre belirlenecektir. (m.22)

3- Varşova/La Haye sisteminde öngörülen sorumluluk limitlerine ek olarak davacı tarafından mahkeme masraflarının veya dava ile ilgili sair masrafların kısmen veya tamamen davalıya yüklenip yüklenmeyeceği Lex Fori'ye göre belirlenecektir. (m.22/4)

---

(64) Şanlı,a.g.e., s.57

4- Taşıyanın Varşova/La Haye sisteminin ön gördüğü sınırlı sorumluluktan yararlanmasını önleyen zarar verici davranışının *"ağır kusur"* teşkil edip etmediği Lex Fori'ye göre belirlenecektir. (m.25)

5- Zamanaşımı süresinin hesaplanma usulü Lex Fori'ye göre belirlenecektir.

6- Usuli konular Lex Fori'ye tabi olacaktır. (m.28/2)

Belirli konularda Lex Fori'ye yapılan bu atıflar davaya bakan mahkemenin iç maddi hukukuna yapılmış atıflardır. Lex Fori'nin kanunlar ihtilafı kuralları bu atfın kapsamında değildir.[65]

Varşova/La Haye sisteminde düzenlenmeyen konularda ihtilafa uygulanacak hukukun belirlenmesinde iki bakış açısı bulunmaktadır.

• Lex Fori'nin Uygulanması

Bu görüş, Varşova/La Haye sisteminin muayyen konularda davaya bakan mahkemenin iç maddi hukukuna atıfta bulunan *"Lex Fori"* bağlama kuralının benzer konularda da esas alınması gerektiği yönündedir.[66] Buna göre, Varşova/La Haye sisteminde yer alan maddi normlarla düzenlenmeyen belirli konuların Lex Fori'ye tabi kılınmasının bir anlamı vardır.[67] Konvansiyon, uluslararası hava taşımacılığı alanında kanunlar ihtilafı sorunlarını oratadan kaldırmak amacıyla hazırlanmıştır. Konvansiyonda düzenlenmeyen konularda tekrar -*hemen hemen her ülkede farklı olan*- milli kanunlar ihtilafı kurallarına müracaat, Konvansiyonun varlık sebebine, esas amacına aykırı olur.[68] Konvansiyonda düzenlenmeyen konularda da bazı özel konularda yetkili hukukun belirlenmesinde esas alınan Lex Fori bağlama kuralının uygulanması, sistemin yeknesaklığını sağlayacak, her yerde aynı sonuca ulaşılmasına yardımcı olacağı ifade edilmiştir.

Bu yaklaşım tarzının, Milletlerarası Özel Hukuk sistemlerinin yegâne amacı olan yabancılık unsuru taşıyan davalarda *"devletler hususi hukuku hakkaniyeti"*ni gerçekleştirme amacına uygun düşmeyeceği ve bu amaca hizmet etmeyeceği ifade olunmuştur.[69] Varşova/La Haye sisteminin kapsamına giren ihtilaflar bakımından, genel olarak uluslararası karakterli özel hukuk sorunlarının çözümüne esas alınan Lex Fori'nin kanununlar ihtilafı kurallarından uzaklaşmasının haklı bir gerekçesi yoktur.[70] Bu

---

(65) Şanlı, a.g.e., s.57
(66) Şanlı,a.g.e., s.57
(67) Şanlı,a.g.e., s.57
(68) Şanlı,a.g.e., s.57
(69) Şanlı,a.g.e., s.58
(70) Şanlı,a.g.e., s.58 dpn.166

yaklaşım tarzı, mahkemelerce sadece sağladığı kolaylık sebebiyle tercih edilmektedir.

• Lex Fori'nin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yetkili Kıldığı Hukukun Uygulanması

Varşova/La Haye sisteminde düzenlenmeyen konularda ihtilafa uygulanacak hukukun belirlenmesinde benimsenen ikinci görüş ise, bu tür meselelere uygulanacak hukukun davaya bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi yönündedir.[71]

Hemen belirtelim ki, Varşova/La Haye sisteminde belirli konularla ilgili olarak yer alan Lex Fori bağlama kuralının uygulama alanı, kapsadığı konularla sınırlıdır. Sadece belirli konulara uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla sevk edilmiş bulunan özel bir kanunlar ihtilafı kuralını, Varşova/La Haye sisteminin kapsamına giren tüm ihtilaflara yaymak doğru değildir.[72] Varşova La/Haye sisteminin uygulama alanına giren ihtilaflar, yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflardır ve bu sebeple esasa uygulanacak hukuk Lex Fori'nin konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları ile çözümlenmek gerekir. Her hukuk sistemi, dava konusu ihtilafla en sıkı irtibat halinde olan hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları ile belirtmişlerdir.

Diğer taraftan, uluslararası hava taşımacılığından doğan davalarda, Varşova/La Haye sistemindeki belirli konulara ilişkin sevk edilmiş bulunan Lex Fori kuralının mutlak ve otomatik bir biçimde uygulanması, davacı tarafa tek taraflı olarak ihtilafın esasına uygulanacak hukuku belirleme imkânını verir.[73] Bu ise, milli devletlerin kanunlar ihtilafı hukuku politikasında amaçladıkları *"devletler hususi hukuku hakkaniyetini"* gerçekleştirme amacına aykırı düşer.[74]

Varşova/La Haye sistemindeki Lex Fori özel bağlama kuralının tüm havacılık sorunlarına uygulanacak hukukun tespitinde otomatik olarak uygulanması Varşova/ La Haye sisteminin uygulanmasındaki yeksenaklığa da hizmet etmez.[75] Çünkü, bu durumlarda esasa uygulanacak maddi hukuk, davanın açıldığı ülkeye göre değişecek ve dolayısıyla Varşova/La Haye sisteminin kapsamına giren tüm uyuşmazlıklar bakımından ortak noktaya ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Varşova/La Haye sisteminde yer alan maddi ve şekli kurallarla düzenlenmeyen sorunlara uygulanacak hukukun, Lex Fori'nin kanunlar

(71) Şanlı,a.g.e., s.58
(72) Şanlı,a.g.e., s.59
(73) Şanlı,a.g.e., s.59
(74) Şanlı,a.g.e., s.59
(75) Şanlı,a.g.e., s.59

ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi anlayışı doktrinde yaygın biçimde benimsenmektedir.

2. CMR ve COTIF Eki Protokolleri

Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'ne (CMR) ve Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözlşemesine (CMR) Ait Protokol'e Türkiye taraf bulunmaktadır. Bu sözleşmeler de tıpkı Varşova/La Haye sistemi gibi kural olarak maddi hukuk normları ile düzenlemeler getirmektedir. Fakat bu metinler içerisinde bazı özel ihtilaflara hangi hukukun uygulanacağını gösteren kanunlar ihtilafı kuralları da yer almaktadır. Bu sözleşmede belirtildiği gibi yükleme yeri ve teslim için belirlenen yerin en az biri akit ülke olan iki ayrı ülkede olması halinde, tarafların ikametgâhı ve milliyetine bakılmaksızın ücret karşılığında yüklerin taşıt ile karadan taşınmasına ait her sözleşmeye uygulanacaktır. Bu sözleşme, uluslararası posta anlaşmaları gereğince yapılan taşımalarda, cenaze taşımalarında, ev eşyası taşımalarında uygulanmayacaktır. CMR anlaşması demiryolu ile taşımacılığı düzenleyen CIV ve CIM'den farklı olarak genel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer vermemiştir.[76] Bu uluslarası sözleşmede belirli konulara ilişkin olarak özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir.[77]

Demiryolu ile milletlerarası taşımacılığa ilişkin uluslararası anlaşmalar maddi hukuk hükümleri getirmişlerdir.[78] Demiryolu taşımacılığının önemli bir kısmını düzenleyen COTIF'in A ve B eklerini teşkil eden CIV ve CIM Anlaşmada; Tamamlayıcı kurallarda ve Uluslarası Tarifelerde düzenlenmeyen konuları, davaya bakan mahkemenin hukukuna tabi kılmıştır. (CIV.m.8, CIM.m.10/f.1) Davaya bakan mahkemenin hukukuna, bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da dâhildir. CIV ve CIM'ın öngördüğü genel kanunlar ihtilafı kuralı *"lex fori"* dir. Bu bağlamda taşıma sözleşmesinden kaynaklanan sorunlar, öncelikle Anlaşma ve Uluslararası Tarife hükümlerine tabi olacaktır.[79] Burada hakkında hüküm bulunmayan sorunlar, davaya bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre çözümlenecektir.[80] Bununla birlikte CIV ve CIM genel kanunlar ihtilafı kuralı yanında, belirli konularda uygulanmak üzere özel kanunlar ihtilafı kurallarına da yer vermiştir. Bu bağlamda mesela eşyanın teslim işleri ile malın yüklenmesine ilişkin sorunlar, gönderme garının bulunduğu ülke hukukuna tabidir. (CIM.m.20/1, CIM.m.20/2) veya

---

(76) Şanlı, Uluslarası Kara ve Demiryolu Taşıma, s.48,51;Herdegen, a.g.e., §11.11
(77) Şanlı, Uluslarası Kara ve Demiryolu Taşıma, s.51
(78) Şanlı, Uluslarası Kara ve Demiryolu Taşıma, s.47
(79) Şanlı, Uluslarası Kara ve Demiryolu Taşıma, s.49
(80) Şanlı, Uluslarası Kara ve Demiryolu Taşıma

gönderilen eşyadaki fazlalıklara ilişkin sorunlar *"varış yeri"* hukukuna tabidir. (CIM.m.28/6)

Sonuç

Milletlerarası eşya taşıma sözleşmelerinden doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespit edilmesi güç olan bir hukuki sorundur. Zira milletlerarası eşya taşıma sözleşmeleri yoğun bir biçimde yabancılık unsuru içermektedir. Öte taraftan bu sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümünde ülkeler yeknesak bir hukukun uygulanmasında menfaat görmüşlerdir. Nitekim bu görüş bu kuralların birleştirilmesine yönelik olarak Birleşmiş Milletler nezrinde çalışmalar yapılmasına neden olmuştur. Bu sebepten ötürü çok taraflı milletlerarası anlaşmalar akdedilmiştir. Bu anlaşma hükümleride uygulanması emredici niteliği haiz ve aksi kararlaştırılamayan, irade serbestîsinin rol oynamasına olanak tanımayan kurallardır. Bu itibarla, bu sözleşmelerde taşıyanın en sıkı irtibat halinde olduğu hukukun ön planda tutulması, hukuki ilişkinin niteliğine ve amacına uygundur. Taşıyan ile en sıkı irtibat halinde olan hukukun ise pek çok olayda sözleşmenin ifa edildiği yerden ziyade taşıyanının mutad meskeninin ya da idare veya işletme merkezinin bulunduğu ülke hukuku olduğu şüphesizdir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, uluslararası taşımacılık sözleşmelerinden doğan ihtilafların çözümünde esas alınabilecek en gerçekçi bağlama kuralı Lex Portitoris'dir.

KAYNAKÇA

Clarkson, C M V/Hill Johnathan Jaffey on the Conflict of Laws, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2005

Cooke, Julian/Kimball John Voyage Charters, 2. Edition, London, Lloyd's London Press, 2001

Çelikel, Aysel/Bahadır, Erdem Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul

Beta Yayınları ,2009, s. 371

Ekşi, Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul, Arıkan, 2007

Ekşi, Nuray Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Arıkan, 2006

Herdegen, Matthias Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, München, C.H Verlagsbuchhandlung, 1995

Koch, Harald IPR und Rechtsvergleichung, 2. Auflage, München, C.H.Beck's, 1996

Morris, J.H.C/McClean David The Conflict of Laws, 6. Edition, London Sweet&Maxwell Ltd, 2005

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2008

O B'Brien, John Conflict of Laws, 2. Edition, London, Cavendish Publishing, 1999

Öztekin Gelgel, Günseli/ Bahadır, Erdem 12.12.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2008

Siehr, Kurt Internationales Privatrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001

Şanlı Cemal Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak, Hukuk, İstanbul, Kazancı, 1992

Tekinalp, Gülören Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Güncelleştirilmiş 9. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006

Wit de, Ralph Multimodel Transport, London Lloyd's of London Press, 1995

DERNEK VE VAKIFLARIN KAMU KURUM VE KURULUŞLARI İLE İLİŞKİLERİNE DAİR KANUN'UN SPOR KULÜPLERİ HAKKINDA UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI

Av. Zühal BOZOK*

1- Spor kulüpleri, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 20. maddesi uyarınca, Dernekler Kanunu'na göre teşekkül eder ve tescil ile Gençlik ve Spor Teşkilatı'na dahil olurlar.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "*Gençlik ve spor kulüpleri*" başlıklı 14.maddesinde "*Derneklerden başvurmaları halinde; spor faaliyetine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanları değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti birlikte amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü adını alır. Bu kulüpler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nce tutulacak kütüğe kayıt ve tescil edilir.*

Kulüplerin organları, bu organların görev ve yetkileri, kulüplerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nce de denetlenmesi ve bunlara yapılacak yardımların şekil ve şartları, üst kuruluş oluşturmada uyulacak esas ve usuller, gençlik ve spor faaliyetlerini yürüteceklerin nitelikleri ve bunlara uygulanacak disiplin işlemleri, kulüplerin kayıt ve tesciline ilişkin esaslar İçişleri Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlıkça yürürlüğe konulacak yönetmelikte düzenlenir." hükmü yer almıştır.

Dernekler Kanunu'nun mezkur maddesinin 2.fıkrası uyarınca hazırlanan ve 08.07.2005 tarihli ve 25869 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği ile de; gençlik kulübü, spor kulübü, gençlik ve spor kulübü adını alan derneklerin organlarının teşkili, görev ve yetkileri, denetimleri, yapılacak yardımların şekil ve şartları, üst kuruluş oluşturmaları, gençlik ve spor faaliyetlerini yürüteceklerin nitelikleri ile kulüplerin kayıt ve tesciline ilişkin usul ve esaslara ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

(*) Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Hukuk Müşaviri

Mezkur Yönetmeliğin "*Kulüplerin statüsü ve türleri*" başlıklı 5. maddesinde "*Derneklerden başvurmaları halinde; spor faaliyetine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanları değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti birlikte amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü statüsünü kazanırlar.*

Kulüpler; 04.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile 31.03.2005 tarihli ve 25772 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Dernekler Yönetmeliği'nde belirtilen gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Mezkur Kanun ve Yönetmelik hükümleri uyarınca kurulan ve 5253 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 3289 sayılı Kanun'un 20. maddesine dayanılarak hazırlanıp 08.07.2005 tarihli ve 25869 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği hükümleri uyarınca tescil edilen derneklerin (spor kulüplerinin) amacı sportif branşlarda faaliyet göstermektir.

29.01.2004 tarihli ve 25361 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'un "*Amaç ve Kapsam*" başlıklı l.maddesinde "*Bu Kanun; kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu hizmetlerini veya personelini desteklemek üzere kurulan dernekler ve Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflar ile bunların kamu kurum ve kuruluşları ile ilişkilerini düzenler ve kapsar.*

Kanunla kurulan dernek ve vakıflar, bu kanun kapsamı dışındadır. Ancak, bu vakıfların hangi esas ve usullere göre faaliyette bulunacakları Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir." denilmek suretiyle Kanun kapsamına giren dernek ve vakıflar sınırlanmıştır.

Mezkur madde uyarınca kamu kurum ve kuruluşları ile ilişkileri düzenlenen ve müteakip maddelerdeki ilkelere ve cezalara tabi olan dernek ve vakıflar;

a) Kamu kurum ve kuruluşlarını desteklemek üzere,

b) Kamu hizmetlerini desteklemek üzere,

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının personelini desteklemek üzere, kurulan dernek ve vakıflardır.

Bu husus 5072 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi ile Madde Gerekçeleri ve TBMM Komisyon Raporları incelendiğinde de anlaşılmaktadır.

Zira Genel Gerekçe ve Komisyon Raporlarında düzenleme ile; kamu görevlilerinin kurmuş oldukları vakıfların kamu hizmetlerinin sunumunda devreye girmesinin ve kamu hizmetinden yararlanan vatandaşlardan bağış adı altında zorla yardım alınmasının, kamu dernek ve vakıflarına mevcut

uygulamada bu yolla kamu mali disiplinine uymayan kaynak aktarımının ve bu gelirlerin denetimsiz kullanılmasının, kamu hizmetinin bir gereği olan bedelsizlik ilkesine hizmetten yararlananlardan bağış vb. adlar altında alınan ödenekler nedeniyle oluşan aykırılığın ve bu sebeple toplumda oluşan tepkilerin önüne geçilmesinin amaçlandığı açıklanmıştır.

Komisyon Raporlarında yukarıda belirtilenlerin yanı sıra; özellikle vakıfların sağladıkları gelirlerin önemli bir büyüklüğe ulaştığı, kamu finansman dengeleri açısından sorunlara yol açmaması için vakıf gelirlerinin ilgili gelir kanunlarının içinde düzenlenmesi gerektiği, vakıfların bünyesinde kurulduğu kamu kurum ve kuruluşları personeline ek sosyal güvenlik hizmeti sağlanmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, vakıfların belli alanlarda tekel oluşturmalarının ve kamu hizmetlerini ikame etmelerinin de rekabet ilkesini zedelediği ve bu olumsuzlukların önlenmesi için böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu hususlarına da yer verilmiştir.

Dernekler Kanunu'na göre teşekkül eden ve Gençlik ve Spor Teşkilatı'nca tescili ile spor kulübü adını dernekler ise; Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin 5.maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarını desteklemek, kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttüğü kamu hizmetini desteklemek veya kamu kurum ve kuruluşlarının personelini desteklemek üzere değil, Anayasanın 58 ve 59. maddelerinde ifadesini bulan gençliğin korunmasını ve sporun kitlelere yayılmasını sağlamak üzere, spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurulmuştur.

Kaldı ki spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla Dernekler Kanunu'na göre teşekkül eden ve tescille spor kulübü adını alan derneklerin, 5072 sayılı Kanun'un Gerekçesinde ve Komisyon Raporlarında belirtildiği gibi; kamu kurum veya kuruluşlarının yürüttüğü kamu hizmetlerinin sunumunda devreye girmesi, bu hizmetlerden yararlanan vatandaşlardan bağış vb. adlar altında zorla yardım alması, bu yolla aldığı ödenekler sebebiyle kamu mali disiplinine uymayan kaynak aktarımı ve bu gelirlerin denetimsiz kullanılması, kamu kurum veya kuruluşlarının personeline ek sosyal güvenlik vb. hizmetler sağlaması veya belli bir alanda tekel oluşturup kamu hizmetini ikame ederek rekabet ilkesini zedelemesi, kamu hizmetinin bedelsizlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi ve toplumda tepkilere sebep olması da söz konusu değildir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle spor kulüpleri 5072 sayılı Kanun kapsamında değildir ve dolayısıyla Kanun'un kapsamında olan vakıf ve derneklerin uyacakları temel ilkeleri belirleyen 2. madde ve cezaları düzenleyen 3. madde spor kulüplerine uygulanmayacaktır.

2- Ayrıca konu ile ilgili mevzuat hükümleri de spor kulüplerinin 5072 sayılı Kanun hükümlerinin kapsamı dışında olduğunu göstermektedir.

Şöyle ki;

a) Dernekler Kanunu'nun gençlik ve spor kulüplerini düzenleyen 14. maddesinde spor kulüplerinin adı ile ilgili bir düzenleme yer almamış ve mezkur Kanun'un 29.maddesinde derneklere yasaklanmış olan adlar ile işaretler ve 28.maddesinde de dernekler açısından izne tabi adlar sayılmış olup, bu hükümlerde derneğin bünyesinde kurulduğu kamu kurum ve kuruluşunun adını alamayacağına dair bir yasaklama yer almamıştır.

3289 sayılı Kanun'un spor kulüpleri ile ilgili hususları düzenleyen 20.maddesinde de spor kulüplerinin adı ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir.

"*Dernekler Kanunu'nun 14. maddesi ile 3289 sayılı Kanun'un 20.maddesine dayanılarak hazırlanan Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin 24.maddesinde de dernekler; tüzüklerinde belirtilen amaçlar doğrultusunda gençlik kulübü, spor kulübü, gençlik ve spor kulübü adlarından birini alırlar; kulüpler, Dernekler Kanunu çerçevesinde diledikleri isimleri alabilirler.*" hükmüne yer verilmek suretiyle, spor kulüplerinin adı ile ilgili bir sınırlama getirilmemiştir.

Bu hükümler karşısında dernek ve vakıfların kamu kurum ve kuruluşlarının ismini alamayacağı ilkesinin spor kulüplerine uygulanma alanı bulunmamaktadır.

b) Anayasanın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı Üçüncü Bölümünde yer alan "*Gençliğin korunması*" başlıklı 58. maddede, "*Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.*

Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır." hükmü yer almıştır.

Aynı bölümde yer alan "*Sporun geliştirilmesi*" başlıklı 59. maddede ise "*Devlet her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.*

Devlet başarılı sporcuyu korur." hükmü yer almıştır.

Gençliğin korunması ve sporun geliştirilmesi hususları Anayasa'nın mezkur maddeleri ile Devlete ödev olarak yüklenmiş olup, esasen sporun geliştirilmesi ve kitlelere yayılmasının gençliğin Anayasa'nın 58. madde-

sinde sayılan tehlikelerden korunması hususunda başvurulacak en etkili ve yararlı yöntem olduğu da açıktır.

Sporun geliştirilmesinde esas olan ise kulüpleşmenin teşvik edilmesi ve yaygınlaştırılmasıdır. Zira mensubu veya taraftarı olduğu spor kulübünün başarıları insanların spora ilgisini ve giderek spor yapma isteğini geliştirmektedir.

Spor tesislerini, bu tesislerin bakım ve onarımını yapacak personel ile her türlü araç ve gereç ve ayrıca antrenör gibi unsurları, spor yapılması amacıyla bir araya getiren hukuki müessesenin kulüp olduğu da açıktır.

5072 sayılı Kanun'un dernekler açısından uygulamasına açıklık getirmek üzere, İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı tarafından muhtelif genelgeler çıkarılmıştır.

İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın 19/02/2004 tarihli ve B050DDB0000074/00206 sayılı (2004/2) Genelgesi'nin 2.maddesinde spor amaçlı derneklerin 5072 sayılı Kanun kapsamına girmediği belirtilmiştir.

Genelgenin 3. maddesinde de Kanun kapsamındaki derneklere, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet binaları ile müştemilatı içinde yönetim yeri, müessese ve tesis, lokal, oda, banko veya herhangi bir yer tahsis edilmeyeceği ve bu derneklerin belirtilen yerlerde faaliyette bulunamayacakları belirtilmek suretiyle, Kanun kapsamında olmayan derneklere kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet binaları ile müştemilatı içinde yer tahsis edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Mezkur Genelge'nin 12. maddesinde de, Kanun kapsamında olan ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet binaları ve müştemilatı içinde yönetim yeri veya çeşitli eklentileri bulunan derneklerin, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hizmetlerine son vermek ve belirtilen kamu kuruluşlarına ait yerlerden ayrılmak zorunda oldukları öngörülmek suretiyle de, Kanun kapsamında olmayan derneklerin kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet binaları ile müştemilatı içinde faaliyetlerine devam edebilecekleri vurgulanmıştır.

Başbakanlığın, 27.06.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/39 sayılı Genelgesi'nde ise; kamu kurum ve kuruluşlarının menkul ve gayrimenkul varlıklarından vakıf, dernek ve sandık gibi kuruluşların doğrudan veya dolaylı yoldan faydalanmasına izin verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın 13.09.2004 tarihli ve 1620 sayılı Genelgesi'nde ise; derneklerin kamu hizmeti görülen yerlerde veya bunların eklentilerinde yapacakları faaliyetlerin süreklilik arz etmeyip belirli konularda geçici faaliyetleri ifade ettiğinden, kamu kurum ve kuruluşlarına tahsis edilen yerlerin, tahsis amacı dışında 5072 sayılı

Kanun kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın dernek ikametgahı olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir.

İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın 03.06.2006 tarihli ve B050DDB000007/1675 (K.A.-10)/2006 sayılı Genelgesi'nde; yukarıda belirtilen Genelge ile 5072 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yayımlanan, kamu kurum ve kuruluşlarının giderlerinden tasarruf sağlanması ve bürokratik işlemlerin azaltılması amaçlı 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesi ilgi tutularak; kamu kurum ve kuruluşlarına tahsis edilen yerlerin tahsis amacı dışında 5072 sayılı Kanun kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın dernek ikametgahı olarak kullanılamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Ancak yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 5072 sayılı Kanun; kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu hizmetlerini veya personelini desteklemek üzere kurulan dernekler ve Türk Medenî Kanunu'na göre kurulan vakıflar ile bunların kamu kurum ve kuruluşları ile ilişkilerini düzenlemekte ve kapsamaktadır.

Spor amaçlı dernek, vakıf ve diğer kurum ve kuruluşlar ise; kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu hizmetlerini veya personelini desteklemek üzere kurulan dernek statüsünde olmayıp, İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın 2004/2 sayılı Genelgesi'nde de belirtildiği üzere Kanun kapsamı dışındadır.

Bilindiği üzere hukuk kuralları arasında da bir hiyerarşi söz konusu olup, bir hukuk kuralı ile üst hukuk kurallarına aykırı hükümler getirilemez.

Genelgeler ise düzenleyici işlem niteliğinde olup, düzenleyici işlemlerin daha üst hukuk kuralları olan ve dayanağını teşkil eden kanunların amacını, kapsamını, konusunu ve sınırlarını aşmaması gerekir.

İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın 03.06.2006 tarihli ve B050DDB000007/1675 (K.A.-10)/2006 sayılı Genelgesi ile; kamu kurum ve kuruluşlarına tahsis edilen yerlerin tahsis amacı dışında 5072 sayılı Kanun kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın dernek ikametgahı olarak kullanılamayacağı hükmüne yer verilmek suretiyle, 5072 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamı aşılmıştır.

Hukuk kuralları arasındaki hiyerarşiye de aykırı olan bu durumun düzeltilmesi için girişimlerde bulunulması sonucunda İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın 28.08.2006 tarihli ve 2006/70 (1402) sayılı Genelgesi ile; 5072 sayılı Kanun, 19.02.2004 tarihli ve B050DDB0000074/00206 sayılı (2004/2) sayılı Genelge ve 178 sayılı Maliye Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13/d maddesi hükümleri saklı kalmak üzere; derneklere, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet binaları ile müştemilatı içinde yönetim yeri, müessese ve tesis,

lokal, oda, banko veya herhangi bir yer tahsis edilmeyeceği ve bu derneklerin belirtilen yerlerde faaliyette bulunamayacaklarına dair genelgeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu hükümler de derneklerin kurum ve kuruluşun hizmet binaları ve müştemilatı içinde faaliyet gösteremeyeceği ve bu kuruluşlara ait araç ve gereci kullanamayacağı ilkesinin spor kulüplerine uygulanamayacağını göstermektedir.

c) 5253 sayılı Kanun'un 10.maddesinde kamu yararına çalışan dernek statüsü düzenlenmiştir. Diğer şartların yanı sıra, amacı ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin, üyelerinin dışında yerel veya ulusal düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretecek ve toplumsal gelişmeye katkı sağlayacak nitelikte olması, yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması gibi şartları taşıyan derneklere kamu yararına çalışan dernek statüsü verilmektedir.

Spor kulüplerinin çoğunluğu kamu yararına çalışan dernek statüsündedir.

Katma değer vergisi, veraset ve intikal vergisi, emlak vergisi, gelir vergisi, kurumlar vergisi, damga vergisi ve gümrük vergisi ile ilgili istisna, muaflık ve indirimler; milli emlak ya da vakıflardan uygun görülecek arazi ve arsaları Bakanlar Kurulu Kararı ile satın alabilme; Bakanlar Kurulu Kararı ile izin almadan yardım toplama; iktisap edecekleri taşınmaz malların tescil ve terkinleri ile ayni haklarının şerhleri için harçtan muaflık; 237 sayılı Taşıt Kanunu hükümlerine tabi olmak gibi, kanunlarla kamu yararına çalışan derneklere tanınan haklar incelendiği zaman bu derneklerin adeta bir kamu kurum veya kuruluşu gibi değerlendirildiği görülmektedir.

Ancak kamu yararına çalışan dernek statüsünde olmasa bile tescillerini yaptırmak kaydıyla Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nce kulüplere yardım yapılmasına mevzuat hükümleri cevaz vermektedir.

Zira yukarıda belirtildiği üzere 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 14.maddesinde kulüplere yapılacak yardımların şekil ve şartlarının da yönetmelik ile düzenleneceği öngörülmüş ve 3289 sayılı Kanun'un 25.maddesinde de Kanun hükümleri gereğince tescil olan kulüplere Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün ayni ve nakdi yardımda bulunabileceği hükme bağlanmış olup, Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin 3. Kısmında da bu husus düzenlenmiştir.

Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin "*Kulüplere Yardım*" başlığını taşıyan Üçüncü Kısmında yer alan 34.maddesinde yardım şekilleri düzenlenmiş olup; maddede "*Kulüplerin faaliyetlerini daha iyi bir şekilde*

yürütebilmelerini sağlamak amacıyla Genel Müdürlük bütçesinde yer alan yardım ödeneği;

a) Spor malzemesi, araç ve gereç,

b) Tesis yapımı, bakımı ve onarımı,

c) Tüzüklerindeki amaç doğrultusunda eğitim, bilim, kültür ve sanat faaliyetleri,

d) Sağlık hizmetleri,

e) Sigortalama ve sosyal güvenlik hizmetleri,

f) Kira ve benzeri zorunlu giderler,

için kullanılmak üzere il müdürlükleri aracılığıyla kulüplere ayni ve nakdi olarak aktarılabilir." düzenlemesine yer verilmek suretiyle, bir kamu kurumu olan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün mülkiyetinde veya kullanımında bulunan bina ve tesislerin spor amaçlı derneklere ikametgah olarak kullandırmanın ötesinde söz konusu kulüplere diğer yardımların yanı sıra tesis yapımı, bakımı ve onarımı hususlarında da yardım yapabileceği açıkça öngörülmüştür.

Yukarıda da belirtildiği üzere spor kulüpleri tescil ile Gençlik ve Spor Teşkilatı'na dahil olmaktadır. Bu hüküm karşısında spor kulüplerini Gençlik ve Spor Teşkilatı'ndan ve dolayısıyla Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nden ayrı ve üçüncü bir kişi olarak düşünmek hukuken mümkün olmayıp, bu sebeple kulüplere yapılacak yardımların yanı sıra 3289 sayılı Kanun'un Ek-11.maddesinde Genel Müdürlüğün mülkiyetinde veya kullanımında bulunan spor tesisleri veya taşınmazların kullanım veya intifa hakkının en az üçü olimpik olmak üzere toplam altı spor dalında faaliyet gösteren ve liglere katılan spor kulüplerine protokol ile bedelsiz devredilebileceği öngörülmüştür.

3289 sayılı Kanun'un ödül ve sponsorluğu düzenleyen Ek-3. maddesinde ise, ulusal ve uluslararası yarışmalarda üstün başarı göstermiş sporcular ve bu başarıya emeği geçen kişi, kurum ve kuruluşlar ile birlikte kulüplere de (futbol branşı dahil) ayni ve/veya nakdi ödül verileceği, bu ödüllerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bütçesinde bu amaçla kullanılmak üzere açılacak tertiplerden karşılanacağı ve bu gelirin yeterli olmaması durumunda eksik kalan miktarın da 24.03.1988 tarihli ve 3418 sayılı Kanun'da öngörülen gelirlerden karşılanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümler karşısında 5072 sayılı Kanun'da yer alan, Kanun kapsamındaki dernek ve vakıflara kurum ve kuruluşların bütçesinden ödenek, yardım veya her hangi bir kaynak aktarılamayacağı hususunun da spor kulüplerine uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

d) Spor kulüplerine kurum ve kuruluş bütçelerinden ayrılan ödenek, pay vb. kaynakların denetimsiz harcanması da söz konusu değildir.

Zira kurum veya kuruluşun kendi iç denetimi ve dış denetiminin yanı sıra, dernek statüsünde olan spor kulüpleri 3289 sayılı Kanun ve 5253 sayılı Kanun hükümlerine göre de denetime tabidir.

3289 sayılı Kanun'un "*Kulüplerin denetimi*" başlıklı 21.maddesinde "*Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, kulüpleri her yönden denetler. Gerekirse hesap, defter ve işlemlerine el koyar. Dernekler Kanunu hükümleri saklıdır.*" düzenlemesi yer almıştır.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 9.maddesinde derneklerin iç denetimi, Kanunun 19.maddesinde derneklerin (ve bu kapsamda spor kulüplerinin) tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermediklerinin, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıklarının İçişleri Bakanı veya Mülki İdare Amiri tarafından denetletilebileceği öngörülmüştür.

Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin "*Denetim*" başlıklı 22.maddesinde de; Genel Müdürlüğün veya mülki idare amirinin onayı alınmak kaydıyla İl Müdürlüklerinin, kulüpleri ve üst kuruluşları Dernekler Kanunu ve Dernekler Yönetmeliği hükümleri saklı kalmak kaydıyla her yönden denetleyeceği, kulüplerin genel kurullarına gerekli hallerde İl Müdürü veya yetki vereceği kişinin gözlemci olarak katılacağı ve hazırlayacağı raporu ilgili birimlere havalesi yapılmak üzere mülki idare amirliğine sunacağı öngörülmüştür.

3- Yukarıda belirtilen ve benzeri hükümlerin, yürürlükten kaldırıldığına dair bir hüküm 5072 sayılı Kanun'da yer almamıştır.

Danıştay Birinci Dairesi'nin 15.01.1997 tarih ve 1997/4 Esas,1997/4 Karar sayılı İstişari Kararı'nda da; daha sonraki bir tarihte yürürlüğe giren bir kanunda, daha önceki tarihlerde yürürlüğe giren kanunların hükümlerini ortadan kaldıracak açık bir hüküm bulunmaması halinde, bu kanun ve konuya ilişkin yönetmeliklerin geçerli ve yürürlükte kalacağı ve uygulanmaya devam olunacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda açıklanan ve halen yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri ile 5072 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca; spor kulüplerinin, 5072 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı düşünülmektedir.

TOPLU YAPILARDA
KAT MALİKLERİ KURULU

Av. Yaren SEÇER

I. GİRİŞ

5711 Sayılı Kanun ile 634 Sayılı Medeni Kanun'un bazı maddelerinde değişiklikler yapılmış ve yine KMK'nin dokuzuncu bölümüne toplu yapılarla ilgili yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Çalışmamızda, KMK'de Kat Malikleri Kurulu ve özellikle Toplu Yapılardaki Kat Malikleri Kurulu'nun oluşumu, 5711 Sayılı Kanun ile toplu yapılar için öngörülen yönetim organları ve bu organların yapısı, Kat Malikleri Kurulu'nun oluşumu, olağan ve olağanüstü toplantı usulleri, toplantı ve karar yeter sayıları, kararların sonuçları gibi konular genel olarak incelenmiştir.

KMK'nin 74. maddesi çerçevesinde, toplu yapılar için öngörülen özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, KMK'de yer alan bütün hükümlerin, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyas yoluyla tatbik edileceği açık bir şekilde belirtilmiş olduğundan çalışmamızda kat malikleri kuruluna ilişkin hükümler genel olarak değerlendirilmiş ve KMK'de toplu yapılar için getirilmiş yeni düzenlemeler ilgili konunun içerisinde değerlendirilmiştir. Bu nedenle, gereksiz tekrarlardan kaçınmak adına, ayrıca toplu yapılar için getirilen düzenlemeler ayrı bir başlık içerisinde belirtilmemiştir.

Çalışmamız, yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde "*Giriş*" ve "*Sonuç*"u da kapsayacak biçimde 5 kısımdan oluşmaktadır. Sonuç kısmında bu çalışmamıza ilişkin genel bir değerlendirme ve 5711 sayılı Sayılı Kanun ile KMK'ye getirilen düzenlemeler ile ilgili görüşlerimize yer verilmiştir.

II. KAT MÜLKİYETİNDE YÖNETİM

1. Kat Mülkiyeti'nde Yönetim Kavramı

Hızlı nüfus artışı ile birlikte arazilerin yetersizliği ve sınırlı alanda konut sorununa çözüm bulmak amacıyla kat mülkiyeti sistemi geliştirilmiş ve bu sistem, özel bir kanun ile düzenlenmiştir. Kat Mülkiyeti Kanunu ile düzenlenen ve sayıları bazen binleri bulan kişilerin oluşturduğu kat malikleri birliğinde yönetim kurumu özel bir öneme sahiptir.[1] Kat mülkiyetinde sağlıklı bir yönetimin gerçekleştirilmesi, kat maliklerinin ve kat malikleriyle birlikte yaşayan diğer kişilerin vb. bir arada huzurlu bir şekilde yaşamasının zorunlu şartını teşkil etmektedir. Kat mülkiyetinde iyi bir yönetim sağlanamadığı takdirde, kat maliklerinin menfaatleri çoğu zaman birbiriyle çelişebileceği için komşular arasında sürekli ihtilaf çıkması durumları gündeme gelebilir.[2]

4721 Sayılı Medeni Kanun'da ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda "*Kat Mülkiyeti*"nin yönetiminden söz edildiği halde bunun tanımı verilmemiştir. Bir şeyin yönetiminden, o şeyin özgülendiği ekonomik amaç çerçevesinde korunması, bakımı ve ondan faydalanılması için yapılması gerekli iş ve işlemleri anlamak gerekir. O şeyle ilgili tasarruf işlemlerinin yapılmasına yönelik işler bu kavramın dışında kaldığı gibi, o şeyin özgülenme amacının değiştirilmesi de "*yönetim*" kavramının dışında kalmalıdır.[3] Bu bakımdan kat mülkiyetine konu olan taşınmazın yönetimi ile ilgili seçimlerin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.[4]

Kat Mülkiyeti'nde Yönetim kavramını kısaca şu şekilde tanımlayabiliriz: Kat Mülkiyeti'nde yönetim, ana taşınmazın,[5] amacına uygun olarak kullanılması, korunması, bakım ve tamiri ve ondan faydalanılması için gereken ve taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemlerinin ve bunlara yönelik konuların dışında kalan hukuki ve fiili nitelikteki bütün iş ve işlemlerin yapılmasıdır.[6]

---

(1) BELEN, Herdem, Kat Mülkiyeti'nde Tahkim Şartı Konulması ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısı'na Armağan, İstanbul 2000, s.205.

(2) AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Konya, 2000, s. 373.

(3) HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.184.

(4) Bkz.Aynı yönde: ŞAKAR, Müjdat, Son Değişikliklerle Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı- Örnekli Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1988, s.84.; YALÇIN, Ayhan, En Son Değişiklikleri İle Atıflı- İçtihatlı- İndeksli 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 2003, s.72.

(5) Her ne kadar 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda "ana gayrımenkul" ifadesi yer almaktaysa da biz 4721 Sayılı Kanun'daki "taşınmaz" ifadesinden de hareketle "ana taşınmaz" ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

(6) ARPACI, Abdülkadir, Türk Hukuku'na Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984, s.16.

Yukarıda verilen tanımdan yola çıkacak olursak Kat Malikleri Kurulu'nu, ana taşınmazda kat maliklerinin oluşturduğu ve yukarıda belirtilen "*yönetim*" tanımı çerçevesinde gerekli iş, işlem ve idareyi gerçekleştiren kurul olarak tanımlayabiliriz.[7]

1.2. Yönetimin Etkinlik Alanı

Kat Mülkiyeti'nde yönetimin etkinlik alanı, ana taşınmazın ortak yerleridir. Bu alan, ister bağımsız bölümlerin dışında olsun, isterse bağımsız bölümlerin içinde veya onlarla irtibatlı halde olsun, bütün ortak yer ve tesisler üzerinde etki gösterecektir.[8]

2.1. Genel Olarak Kat Malikleri Kurulu

İçinde kat mülkiyeti kurulan taşınmazın yönetimine ilişkin genel kural, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 27.maddesinde şöyle ifade edilmiştir: *"Ana taşınmaz, kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır."*

Kat malikleri kurulu, kat mülkiyeti ilişkisinin en önemli ve asıl organıdır.[9] Bu kurul, sadece bir karar organı (KMK m.32/f.1) değil; fakat aynı zamanda bir yürütme organı niteliğini de taşımaktadır. Bu kurulun, yöneticinin yetki ve görev alanına giren konularda da karar verme yetkisi vardır.

Kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği yoktur ve kat malikleri kurulu yönetim organı değildir. Kat malikleri birliği niteliği taşır.[10] Kat malikleri birliğinin yönetimi için iki organ öngörülmüştür: Genel Kurul (veya Kat Malikleri Kurulu) ve Yönetici.

Kat malikleri kurulunun, ana taşınmazı yönetirken kanunun emredici hükümlerinin saklı olduğu belirtilmişse de, kat malikleri kurulu yönetim

---

(7) AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)-İkinci Kitap Mülkiyet, Ankara 1971.

(8) HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, s.184.

(9) Bkz.Aynı yönde: OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Eşya Hukuku, 11.Bası, İstanbul, 2006, s.526; HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, s.188; YILMAZ, Orhan, Kat Mülkiyeti Kanunu'na Eklenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, Sayı: 2008/2, İstanbul, 2008, s.677; ARPACI, Abdülkadir, s.80; ÖZDEMİR, Durmuş, Açıklamalı- İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Mevzuatı, Ankara 2001, s.550.

(10) ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008, s.267.; ARPACI, Abdülkadir, s. 81-82.; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Saibe Oktay, s.523; "...Kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği ve bu kurulun seçtiği yöneticinin pasif dava ehliyeti bulunmamaktadır..." Y.18.HD., T. 15.04.2002, E.2002/3737, K. 2002/4227, PULAK, Murat, Açıklamalı- İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2007, s.269.

tarzını kararlaştırırken, kat mülkiyeti veya kat irtifakı sözleşmesi ve yönetim planı ile bağlıdır (m.28). Diğer taraftan kurul, kanunda ve yönetim planında hüküm bulunmayan hallerde, dürüstlük kurallarına ve hakkaniyet esaslarına aykırı bir yönetim tarzı kararlaştıramaz. KMK'nin m.33/f.2'de geçen hakkaniyet kaideleri bu hususu vurgulamaktadır.[11] O halde, kat malikleri kurulunun yönetim görevini (ve buraya dahil olan uyuşmazlıkları çözme görevini) yerine getirirken uyacağı sıra şöyle olacaktır: KMK'nin emredici hükümleri, KMK'in m.2/e bendi uyarınca kat mülkiyetinin veya irtifakının kurulmasına ait resmi senet, yönetim planı ve diğer kanun hükümleri yani yedek hükümler sırasıyla uygulanacaktır.[12]

III. 5711 Sayılı Kanun'un Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti'nde Yönetime İlişkin Getirdiği Düzenlemeler

1.1. Genel Olarak

5711 Sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nde[13] *"...parseller üzerindeki yapıların çok sayıda bağımsız bölümü kapsayan blok inşaata dönüşmesi...sonucunu doğurduğu...", "...uygulamada özellikle yönetim ve ortak giderlere katılma açısından sorunlar ortaya çıktığı...", "...Tek parsel esası üzerinden düzenlenmiş bulunan kat mülkiyeti rejiminin, farklı parseller üzerinde inşa edilmiş, ortak yer ve tesisleriyle, birbiriyle bağlantılı birden çok yapının, sayıları yüzlerle, bazen binlerle ölçülen bağımsız bölümün uygulamada mülkiyet, yönetim, ortak gider gibi konularda ortaya çıkardığı sorunlara cevap verecek çözümleri kapsamadığı...", "....Toplu yapı uygulamasının ortaya çıkardığı çok yönlü sorunların çözümlenmesinin, bugün gelinen noktada Kat Mülkiyeti Kanunu'nda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesini zorunlu kıldığı..."* belirtilmektedir.

Yukarıda belirtilen Genel Gerekçe doğrultusunda, 5711 Sayılı Kanun ile 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 69. maddesine eklenen "*Yönetim*" başlıklı maddenin 3 ayrı fıkrası ile toplu yapılarda yönetime ilişkin esaslar belirtilmektedir. Bu maddede, toplu yapı kapsamındaki yapılara ilişkin ortak yer ve tesislerin yönetim tarzı, bu ortak yer ve tesislerle ilgili sorunları çözüp karara bağlamakla yetkili kılınan kurullar ile bunların oluşumu, ayrıntılı bir biçimde açıklanmış bulunmaktadır.[14]

---

(11) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/ 2), İstanbul, 1991, s.101.

(12) HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, s.188.

(13) GÖKALP, Şerafettin, Yöneticinin Kitabı- Açıklama ve Örnekleri İle Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2008, s.323.

(14) GERMEÇ, Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti- Kat İrtifakı-Devre Mülk ve Toplu Yapı Düzenine İlişkin Kurallar, Açıklamalar, Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, 2.Baskı, Ankara 2008, s.1279.

1.2. Toplu Yapılarda Kat Malikleri Kurulu'nun Yapısı

5711 Sayılı Kanun ile değişik 634 Sayılı KMK'nin 66.maddesinde toplu yapı kavramının, *"bir veya birden çok imar parseli üzerinde, onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetleri ile bunların yönetimi bakımından birbirleri ile bağlantılı birden çok yapıyı ifade ettiği"* belirtilmektedir.

Toplu yapılarda yönetim biçimi, KMK'nin 69. maddesinde düzenlenmektedir. Maddede, blok ve blok niteliğinde olmayan yapıların hangileri olacağı hususu açıklığa kavuşturulmaktadır. Buna göre, "*ana yapıda birden çok bağımsız bölümü kapsayan ortak yerleri bulunan yapıların, blok yapı olduğu*" belirtilmiştir. Böylelikle, bitişik olarak yapılmış ortak duvar ve çatılara sahip ikiz yapılar da blok yapı olarak adlandırılmaktadır.[15]

634 Sayılı Kanun'da 5711 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte *"Toplu Yapılar"*da beş organlı bir yönetim şekli öngörülmüştür:[16]

- Blok Kat Malikleri Kurulu
- Ada Kat Malikleri Kurulu
- Ada Temsilciler Kurulu
- Toplu Yapı Kat Malikleri Kurulu
- Toplu Yapı Temsilciler Kurulu

Çalışmamız bakımından toplu yapılar bakımından öngörülen yönetim organlarını incelememiz gerekmektedir.

i. Blok Kat Malikleri Kurulu

5711 Sayılı Kanun ile değişik 69.m./f.1 hükmü ile toplu yapı kapsamında bulunan parsel ve parsellerdeki birden çok bağımsız bölümü kapsayan ana yapıda ortak yerleri bulunan blok yapıların her biri, kendi sorunlarına ve yalnız o bloğa ait ortak yerlere ilişkin olarak, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan blok kat malikleri kurulunca yönetileceği belirtilmektedir.[17]

69. maddede iki ayrı yönetim şekli öngörülmüştür:[18]

• Birinci yönetim şekli, blokların kendi sorunları ile ilgili yönetim: Blok kat malikleri kurulu, kendi bloklarını ilgilendiren (ortak yer ve tesislerle ilgili) hususlarda gereken kararları almakla yetkili ve görevlidir.

((15) GÖKALP, Şerafettin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 18, Ankara 2008, s.189.; YILMAZ, Orhan, s. 677.

(16) http://www.ongoren.av.tr/newsletter/tr/08-02.php 30.10.2008.

(17) DÖRTGÖZ, Gürsel Öcal, Son Değişikliğe Göre Kat Mülkiyeti, Ankara 2008, s.146.

(18) YILMAZ, Orhan, s.677.

Örneğin bir bloğun asansörünün onarımı, yalnız o bloğu ilgilendiren bir durumdur. Çatının nasıl onarılacağına, giderlerin nasıl karşılanacağına o blokta bulunan bağımsız bölüm malikleri karar vermelidir.[19]

• **İkinci yönetim şekli, toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesislerin yönetimi:** Bir parselde blok niteliğinde olmayan (örneğin her biri tek bağımsız bölümden oluşan) yapılar varsa veya bu nitelikteki yapılarla blok yapılar aynı parselde yer alıyorsa, kendi sorunlarına ve o parsele ait ortak yerlere ilişkin olarak, o parselde bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunca yönetilir. Yönetim planında blokların ve blok niteliğinde olmayan yapıların idare tarzı ayrıca belirtilir. Bu kurul tarafından, ada ve toplu yapı yönetiminde kendilerini temsil etmek üzere bir temsilci seçilir.[20]

Blok kat malikleri kurulu, kendi bloklarının yönetimine ilişkin işleri görmek, ada ve toplu yapı ile ilgili konularda kendilerini seçmek üzere bir yönetici seçer; yöneticinin görevdeki tutumunu denetler ve haklı bir nedenin çıkması durumunda onu her zaman değiştirebilir. KMK'nin 34. maddesine göre; *"Kat malikleri, anagayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışardan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebileceğinden"* blok yöneticisinin kat maliki olmayan 3.bir kişi olması mümkün bulunmaktadır. Blok kat malikleri kurulu bu denetim işlerini yerine getirmek üzere bir denetçi atayabilir. Aynı şekilde ada temsilciler kurulu ve toplu yapı temsilciler kurulunun da 3. kişilerden oluşması mümkün bulunmaktadır.

Toplu yapı kapsamındaki parsellerden biri üzerinde, blok niteliğinde olmayan (örneğin her biri tek veya birbirine bitişik iki ya da üç bağımsız bölümden oluşan) yapılarla blok yapılar bulunabilir. Bunların yönetimi ve ortak giderleri ile ilgili özel hükümlere 69-72. maddelerde yer verilmiş ise de KMK'nin, meskenin özellikle işyeri olarak kullanılması ile ilgili 24. maddesinin ya da ortak yerlerde izinsiz inşaat onarım ve buralara haksız müdahaleye ilişkin 19. maddesinin uygulanmasından doğabilecek sorunların, toplu yapının tamamını mı, yoksa salt sorunun çıktığı yapı veya bloğu mu ilgilendireceği, dolayısıyla anılan madde hükümlerinin çiğnenmesi durumunda, ayrı ayrı veya bloktaki ya da başka parseldeki bağımsız bölüm maliklerinin dava hakkı bulunup bulunmadığı önem arz eder. Böyle bir durumda, 69. maddenin kabul ettiği ilkelerden yola çıkarak, toplu yapı kapsamındaki bütün yapıların dış görünümüne yansıyan her türlü değişiklik veya bu kapsamdaki tüm bağımsız bölümlerin ortak

---

(19) ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, s.272-273.; GERMEÇ, Mahir Ersin, s.1280.

(20) YILMAZ, Orhan, s.678, ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, s.272-273.; GERMEÇ, Mahir Ersin, s.1280.

kullanma ve yararlanmasına özgülenmiş bulunan ortak yer ve tesislere müdahale bağımsız bölüm maliklerinin tamamını; yalnız bir blok içinde gerçekleşen ortak yerlere müdahale yalnız o bloktaki bağımsız bölüm maliklerini ilgilendirir. Bir yapı tek bağımsız bölümden oluşuyorsa, bu yapının (bağımsız bölümün) dışına yansımayan içindeki değişikliğe, diğer bağımsız bölüm malikleri müdahale edemez. KMK'nin 19.maddesinin 3.fıkrasının son cümlesi hükmü bu konuda da örnekseme yoluyla uygulanmalıdır.[21]

ii. Ada Kat Malikleri Kurulu

Bir adada birden çok parsel yer alıyorsa, adayı oluşturan parsellere ait ortak yerler, o adada bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan *"Ada Kat Malikleri Kurulu'nca"* yönetilir (m.69/2).[22] Yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır.

Yönetim planında başka türlü düzenlenmemişse, ada temsilciler kurulu, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur. Ada Temsilciler Kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği toplu yapının özelliği dikkate alınarak yönetim planında belirtilir. Ada Temsilciler Kurulu'nda bu yöneticiler ve temsilciler yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahiptirler.

Yukarıda belirtilen ysal düzenlemeden açık bir şekilde anlaşılacağı üzere bir adada birden çok parsel yer alıyorsa o adaya ait sorunlara ve tahsis edilmiş ortak yerlere ilişkin olarak, o adada bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan ada kat malikleri kurulu karar verir.[23]

Toplu yapının tek bir parselden oluşması durumunda ada kat malikleri kurulunun oluşumundan da sözedilemeyecektir. Toplu yapının birden fazla adadan oluşması halinde ise bu adalara ait ortak yerlerin ada kat malikleri tarafından yönetilmesi sözkonusu olabilecektir. Kanaatimizce uygulamada ada kat malikleri kurulu ile toplu yapı kat malikleri kurulunun oluşum ve yönetim yapısı itibari ile bir farklılığı bulunmadığından ada kat malikleri kurulunun KMK'de ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.

---

(21) GERMEÇ, Mahir Ersin, s.1281.

(22) GÖKALP, Şerafettin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, s.190; ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, s.273.

(23) http://www.atasehirmagazin.com.tr/yucelunal.html, 30.10.2008.

iii. Ada Temsilciler Kurulu

KMK m.69/ f.2'nin 2. cümlesinde ada kat malikleri kuruluna ait yönetim yetkisinin, yönetim planında yer alan bir düzenleme ile ada temsilciler kuruluna verilebileceği belirtilmektedir.[24]

• Yönetim planında başka türlü düzenlenmemişse, ada temsilciler kurulunun, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşacağı;

• Ada temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği toplu yapının özelliği dikkate alınarak yönetim planında belirtileceği;

• Ada temsilciler kurulunda yöneticiler ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahip oldukları 69.m/ 2.f.'da açık bir şekilde düzenlenmiştir.

iv. Toplu Yapı Kat Malikleri Kurulu

Toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler, bu kapsamda yer alan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan toplu yapı kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır[25] (m.69/ f. 3/ cümle 1).

v. Toplu Yapı Temsilciler Kurulu

KMK m.69/ f.3'ün 2. cümlesinde toplu yapı kat malikleri kuruluna ait yönetim yetkisinin, yönetim planında yer alan bir düzenleme ile ada temsilciler kuruluna verilebileceği belirtilmektedir.

• Yönetim planında başka türlü düzenlenmemişse, toplu yapı temsilciler kurulunun, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşacağı;

• Toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceğinin, toplu yapının özelliği dikkate alınarak yönetim planında belirtileceği;

• Toplu yapı temsilciler kurulunda yöneticiler ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahip oldukları m.69/ 3.f.'da açık bir şekilde düzenlenmiştir.[26]

---

(24) GÖKALP, Şerafettin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, s.190.

(25) ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, s.273.

(26) DÖRTGÖZ, Gürsel Öcal, s. 147.

IV. Kat Malikleri ve Toplu Yapı Kat Malikleri Kurulu'nun Oluşumu

1.1. Genel Olarak

634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 74. maddesinde: *"Bu bölümde öngörülen özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda yer alan bütün hükümler, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyas yoluyla tatbik edilir."* düzenlemesi yer almaktadır.

Toplu yapılarda kat malikleri kurullarının ve adı geçen diğer kurulların oluşumu, yetki alanı ve görevleri belirtilmiş ise de bu kurulları nasıl toplanacağı, toplantıya çağırma yöntemi, kurula katılma ve oy hakkı konularında ayrı bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durumda 74. madde hükmü göz önünde tutularak, KMK'nin Dokuzuncu Bölümü'ndeki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu yasada yer alan hükümler, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyas yoluyla uygulanacaktır.[27]

1.2. Oluşumu

Kat malikleri kurulu, adından da anlaşılacağı üzere, o taşınmazda bulunan bütün kat maliklerinden oluşmaktadır.[28] Bu bakımdan toplu yapılarda kat malikleri kurulu:

i. Blok Kat Malikleri Kurulu'nun Oluşumu

Blok kat malikleri kurulu, yalnız o bloğu ilgilendiren ortak yerlere ilişkin olarak, blokta bulunan bağımsız bölüm kat maliklerinden oluşur.

Bir parselde blok niteliğinde olmayan yapılar varsa veya bu nitelikteki yapılarla blok yapılar aynı parselde yer alıyorsa, kendi sorunlarına ve o parsele ait ortak yerlere ilişkin olarak, o parselde bulunan bağımsız bölüm kat maliklerinden oluşur.

ii. Ada Kat Malikleri Kurulu'nun Oluşumu

Bir adada birden çok parsel yer alıyorsa, adayı oluşturan parsellere ait ortak yerler, o adada bulunan bağımsız bölüm kat malilerinden oluşan ada kat malikleri kurulunca yönetilir.

iii. Toplu Yapı Kat Malikleri Kurulu'nun Oluşumu

Toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler, bu kapsamda yer alan bağımsız bölüm kat malikleri tarafından yönetilir.

---

(27) GERMEÇ, Mahir Ersin, s.1281.

(28) ARPACI, Abdülkadir, s.84; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Saibe Oktay, s.526.

2.1. Kat Malikleri Kurulu'nun Toplantı Zamanı

i. Olağan Toplantı

KMK m.29/f.1/c.1'de "*Kat malikleri kurulu, yılda bir defadan az olmamak üzere yönetim plânında gösterilen zamanlarda, eğer böyle bir zaman gösterilmemişse, her takvim yılının ilk ayı içinde toplanır.*" düzenlemesi yer almaktadır.

Kat malikleri kurulunun, yılda bir defadan az olmamak üzere ne zaman toplanacağı yönetim planında gösterilir (Örneğin, her yıl nisan ve Ekim aylarının ilk Pazar günü saat onda vb.).[29] Bununla birlikte, toplantı zamanının yönetim planında gösterileceğine ilişkin hüküm (KMK 29/1) emredici değildir.[30] Zira, yönetim planında toplanma tarihi gösterilmemiş ise, kanuna göre kat malikleri kurulunun her takvim yılının ilk ayı olan Ocak ayı içinde toplanması zorunludur.[31] İşte, yönetim planında tespit edilen zamanlarda yapılan, eğer yönetim planında böyle bir zaman tespit edilmemişse her takvim yılının ilk ayı içinde gerçekleştirilen kurul toplantılarına olağan toplantı denmektedir.[32]

Yönetim planında toplantı zamanının tespit edilmemiş olduğu hallerde, kanun gereği takvim yılının ilk ayı içinde yapılması gerekli toplantı, bu ayın birinci gününden son gününe kadar yapılabilecektir. Sonuncu gün tatil gününe rastlasa da, kanaatimizce bu süre uzamayacaktır. Çünkü, kat malikleri kurulunun mutlaka iş günü içinde yapılmasını gerektiren bir ihtiyaç söz konusu değildir. Aksine, gerek tatil günleri, gerekse mesai saatleri dışındaki zamanlar, kurul toplantısı için daha elverişlidir.[33]

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 29. maddesinin 1. fıkra, 2. cümlesine, 14.11.2007 tarih, 5711 Sayılı Kanun ile *"Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler"* başlıklı dokuzuncu bölümdeki hükümlere paralel şekilde düzenleme getirilmiştir: *"Toplu yapılarda ise kurullar, en geç iki yılda bir defadan az olmamak üzere yönetim planlarında gösterilen zamanlarda, böyle bir zaman gösterilmemişse, ikinci takvim yılının ilk ayı içinde toplanır."*

Toplu Yapılar için KMK'nin öngördüğü kurulların, (Blok kat malikleri kurulu, ada kat malikleri kurulu ve toplu yapı kat malikleri kurulu) toplanmasındaki güçlükler dikkate aldığımızda, bu kurulların olağan

---

29) GÖKNAR, Hikmet, Kat Mülkiyeti, Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, 3.Basım, Ankara 1996, s.178.

(30) ARPACI, Abdülkadir, s.112.

(31) ODYAKMAZ, Nevzad, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1997, s.91.

(32) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, Genişletilmiş Dördüncü Bası, C.1, 1984, s.677: Tekinay, eserinde, "olağan toplantı" için "adi toplantı" terimini kullanmaktadır.

(33) ARPACI, Abdülkadir, s.113.

toplantı zamanı için daha uzun bir zaman diliminin kabul edilmiş olmasının isabetli bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.[34]

ii. Olağanüstü Toplantı

KMK m.29/f.1/c.1'de *"Önemli bir sebebin çıkması halinde, yöneticinin veya denetçinin veya kat maliklerinden üçte birinin istemi üzerine ve toplantı için istenilen tarihten en az on beş gün önce bütün kat maliklerine imzalattırılacak bir çağrı veya bir taahhütlü mektupla, toplantı sebebi de bildirilmek şartiyle, kat malikleri kurulu her zaman toplanabilir."* düzenlemesi yer almaktadır.

Yönetim planında öngörülen zamanların yahut takvim yılının ilk ayının dışında kalan toplantıya *"olağanüstü toplantı"* ismi verilmektedir.[35]

Olağanüstü toplantı, önemli bir sebebin çıkması halinde yapılır. Böyle bir ihtiyaç belirirse:

• Yöneticinin, yönetim kurulunun veya denetçinin istemi ile,

• Kat maliklerinden üçte birinin istemi gereklidir. Burada pay çoğunluğu aranmaz, kat maliklerinin üçte birinin istemi üzerine kat malikleri kurulunun toplantıya çağrılması mümkündür.[36]

Yalnız burada önemle belirtilmesi gerekli olan husus, yönetim planında aksine düzenleme bulunmuyorsa, kat maliklerini kurulunu toplantıya çağırma görev ve yetkisinin yöneticiye ait olduğudur (KMK. 35/c.1 ve k). Bu sonuç, hem olağan hem de olağanüstü toplantı için varılacak bir sonuçtur. Yönetici ise, böyle bir istem gelince, toplantıya çağrı işlemlerini yapmak zorundadır.[37] Yöneticinin çağrı görevini yerine getirmemesi durumunda veya ilgili ana taşınmazda bir yöneticinin mevcut olmaması durumunda kanun bu sorunların çözümünü getirmemiştir.[38]

---

(34) YILMAZ, Orhan, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, Sayı: 2008/1, İstanbul 2008, s.23.

(35) HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, s.188.

(36) KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ VELİOĞLU, Ahmet, Açıklamalı ve İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar, Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara 1998, s.647.

(37) KARAHASAN, Mustafa Reşit, Kat Mülkiyeti Hukuku, Öğreti- Yargıtay Kararlarıyla Kat Mülkiyeti Kanunu- İlgili Mevzuat, C.1., İstanbul 2008, s.429: Karahasan, eserinde, KMK m.35/k hükmünün yerinde bir düzenleme olduğu, böylece ortada önemli bir neden olmamasına karşın, denetçi ya da kat maliklerinden üçte birinin olağanüstü toplantı istemeleri sonuçsuz bırakılarak gereksiz yere kat malikleri kurulunun toplanmasının önlenmiş olacağını belirtmektedir.

(38) Konuya ilişkin ayrıntılı bilgiler ve mevcut mevzuat hükümleri dairesinde çözüm önerileri için bkz. ARPACI, Abdülkadir, s.116 vd.

Tüm kat maliklerine hitaben düzenlenen ve toplantının nedenini, yerini, gün ve saatini içeren bir çağrı yazısının toplantı tarihinden en az 15 gün önce kat maliklerine imzalattırılması veya bu süreden önce taahhütlü mektupla bildirilmesi şarttır.[39] Bu çağrı kağıdında ayrıca, çağrılan günde yeterli sayının sağlanamaması halinde ikinci toplantının nerede, hangi gün ve saatte yapılacağı da belirtilmelidir.

Olağanüstü toplantı koşullarına uyulmaması dava konusu edildiğinde, toplantının ve dolayısıyla bu toplantıda alınmış olan kararların iptal edilmesi söz konusu olabileceğinden, çağrıyı yapanların bu konuda dikkatli olmaları gerekir.[40]

KMK m.29/f.3'e getirilen ek bir cümle ile eklenen bir düzenleme ile *"İlk toplantı ile ikinci toplantı arasında bırakılacak zaman yedi günden az olamayacağı"* belirtilmiştir. Üçüncü fıkraya yapılan bu ilave ile, birinci toplantıda yeterli sayının sağlanamaması halinde yapılacak ikinci toplantının en az ne kadar bir zaman sonra yapılacağı hususunda düzenleme getirilmiştir. Bu ilavenin, ilk toplantıya zorunlu sebeplerle katılamamış olan kat maliklerinin herhangi bir hak kaybına uğramaları ihtimalini en az düzeye indireceğini söylemek mümkündür.[41]

2.2. Toplantıya Çağrının Usulü

Kat malikleri kurulunun olağan toplantıya çağrılması biçimi kanunda (KMK m.29/1) gösterilmiş değildir.[42] Oysa olağanüstü toplantılar için bu husus düzenlenmiştir.[43]

Eğer yönetim planında, olağan toplantının yapılacağı tarih, saat ve yer belli edilmişse, toplantı için ayrıca bir çağrıda bulunulması zorunlu değildir. Ancak yönetim planında, toplantının tarihi değil de sadece genel bir biçimde zamanı gösterilmişse, daha önceden yapılacak bir çağrı ile toplantının yapılacağı günün, toplantı saatinin ve yerinin açıklanması lazımdır.

Acaba olağan kurul toplantısına çağrı kaç gün önceden ve hangi araçla yapılmalı ve keza çağrının muhtevası ne olmalıdır? Yargıtay, on beş gün önceden bildirme şartının, sadece olağanüstü toplantılar için getirilmiş

---

(39) GÖKNAR, Hikmet, s.179.

(40) Y.18.HD, T.14.03.2005, E. 2005/1567, K.2005/129 no'lu kararında: "...Olağanüstü toplantıya çağrı KMK'in 29/2.maddesi hükmüne uygun biçimde yapılmamışsa bu toplantıda alınan kararların iptali istemli davanın kabulü gerekir", GERMEÇ, Mahir Ersin, s.862.

(41) YILMAZ, Orhan, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, s.23.

(42) KARAHASAN, Mustafa Reşit, s.429; ÖZDEMİR, Durmuş, s.551.

(43) ARPACI, Abdülkadir, s.115.

olduğunu savunmakta ve olağan toplantılar için bu şartın gerçekleşmiş olmasının aranmayacağını belirtmektedir.[44]

KMK m.29/f.2'de olağanüstü kat malikleri toplantısı için, toplantı için istenilen tarihten en az on beş gün önce bütün kat maliklerine imzalattırılacak bir çağrı veya taahhütlü mektupla toplantı gündeminin bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu usule uyulmadan yapılan olağanüstü toplantı geçersiz olacaktır. KMK'de toplantılar için çağrı şekli belirlenmemiştir. Bir kağıda kat maliklerinin ismi alt alta yazılarak, kat maliklerine imza ettirilebileceği gibi, taahhütlü mektupla veya noter aracılığı ile çağrı yapılabilir.[45]

Konumuz bakımından değinmemiz gereken bir diğer husus ise Tebligat Kanunu'na eklenen bir düzenleme ile yönetim işleriyle ilgili olarak kat malikine yapılacak tebligatın (yöneticiye başka bir adres bildirilmemişse) maliki olduğu bağımsız bölüme de yapılabileceğidir. Bu hüküm, KMK'nin 29.maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, toplantıya çağrı ve toplantıda alınan kararlar ile yöneticinin görevi gereği bildireceği diğer hususlara ilişkin tebligatın, kat malikine ait bağımsız bölümde oturanlara imza karşılığında yapılmasının yeterli olacağı hususudur.[46]

2.3. Toplantıya Çağrı Kurallarına Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Olağan kurul toplantısının KMK m.29/f.1'de belirtildiği üzere takvim yılının ilk ayı içinde yapılamaması durumunda, olağan toplantıya katılan kat maliklerinin, toplantının ve alınan kararların iptalinin, mahkeme yolu ile kullanılabileceğini kabul etmek ve bu kurala aykırılığın yaptırımının da iptal kabiliyeti olduğunu kabul etmek kanaatimizce hakkaniyet açısından yerinde bir çözümdür.[47] Ama burada iptal davası hakkının kullanılabileceği süre hakkında yasal bir düzenleme bulunmadığından, her halde, kararın iptalini isteyen kat maliki tarafından, kararların öğrenilmesinden itibaren uygun bir süre içerisinde bu hakkın kullanılması gerekecektir. Yönetim planında bu hususta bir düzenleme varsa elbette buna uyulması söz konusu olacaktır.

---

(44) "Kat Mülkiyeti Yasası'nın 29.maddesindeki kat maliklerine 15 gün önceden bildirilmesi koşulu kat malikleri kurulunun olağanüstü toplantıları için geçerli olup, olağan toplantılar için bu sürenin uygulanması uygun değildir." YHGK. T. 10.11.1973, E.1971/5-445, K. 1973/856, PULAK, Murat, s.281.

(45) ÖZDEMİR, Durmuş, ARPACI, Abdülkadir, s.125.

(46) GERMEÇ, Mahir Ersin, s.860.

(47) ARPACI, Abdülkadir, s.126.

3. Toplanma ve Karar Yetersayısı

3.1. Toplantının Sayısı Bakımından

i. İlk Toplantıda

KMK m.30'da *"Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir."* düzenlemesi yer almaktadır. Kanun'a göre kat malikleri kurulu, sayı ve arsa payı bakımından yarıdan fazlası ile toplanacaktır. Kat malikleri topluluğunun, alınacak bir karar için görüşmelere başlayabilmesi ve oylamaya geçebilmesi, nitelikli[48] bir çoğunluğun bulunmasına bağlıdır.

Örneğin 10 bağımsız bölümü bulunan ana taşınmazda, toplam arsa payı (genel payda) 100 ise, toplantıya katılan ve sayısal çoğunluğu bulunan (6 kişi) kat malikleri, ayrıca pay çoğunluğunu 51 arsa payını da temsil etmelidirler.

Toplantı yeter sayısının varlığı için, toplantıya kat maliklerinin bizzat gelmeleri şart değildir. Onların yerine kanuni veya iradi temsilcilerinin (KMK m.31/f.3) gelmesi de yetecektir. Bunun gibi, kanuni müşavir ve kayyımlar da temsil ettikleri kat malikleri adına oylamaya kendilerinin katılacakları bir toplantıda, kendilerinin katılacakları konularda toplantıya gelerek yetersayının hesabında nazara alınacaklardır.[49]

Bir bağımsız bölümün birden fazla maliki varsa, tıpkı oy vermede olduğu gibi (KMK m.31/f.3), toplantı yetersayısın hesabında da, bunların temsilcilerine itibar edileceği açıktır.

ii. İkinci Toplantı Yetersayısı

5711 Sayılı Kanun ile değişik KMK m.30/f.2 uyarınca, ister olağan ister olağanüstü toplantı olsun, ilk toplantının yapılamaması halinde, ikinci toplantı en geç on beş gün sonra yapılır.

İkinci fıkrada yapılan bu değişiklikle, ilk toplantıda toplantı yeter sayısı sağlanamadığı takdirde, ikinci toplantının en geç ne zaman yapılacağı ve ikinci toplantıdaki karar yeter sayısı hükme bağlanmıştır.

29. maddenin 3. fıkrasına 5711 Sayılı Kanun ile eklenen cümlede, ikinci toplantının en az yedi gün sonra yapılacağı belirtildikten sonra, 30.maddenin 2.fıkrasına da ikinci toplantının en geç on beş gün içinde yapılacağı hükme bağlamak suretiyle, ikinci toplantı günü için en az ve en

---

(48) GERMEÇ, Mahir Ersin, s.870: Germeç, "nitelikli çoğunluk" ifadesi yerine "çift taraflı çoğunluk" ibaresini kullanmayı tercih etmektedir.

(49) ARPACI, Abdülkadir, s.126.

çok geçmesi gereken süreler, birbirine paralel şekilde belirlenmiş bulunmaktadır.[50]

KMK m.30/f.3 hükmünde de *"Bu kanunda yeter sayı için ayrıca konulmuş olan hükümler saklıdır" hükmü yer almaktadır."* şeklindeki düzenleme yer almaktadır. Bir başka deyişle, KMK hükümlerine göre belli bir çoğunluk öngörülmüş ise (Örneğin yönetici seçimi için sayı ve arsa payı çoğunluğu aranacağından) buna uyulması gerekmektedir. Aksi halde ikinci toplantı da olsa kat malikleri kurulu toplanamaz ve örnekte olduğu gibi yönetici seçilmesine karar verilemez.

4.1. Karar İçin Yeter Sayı

Yukarıda da belirtildiği gibi, ilk toplantının açılabilmesi için nitelikli (bir başka deyişle çifte) çoğunluğun oluşması gerektiğinden, kararların da bunların çoğunluğuna dayalı olarak alınması gerekir.[51] İkinci toplantıda ise karar yetersayısı katılanların salt çoğunluğudur (KMK m.30/f.1/c.2). Genel kural bu olmakla beraber, KMK'nin ilgili maddelerinde özel çoğunluğu gerektiren durumların neler olduğu açıkça gösterilmiştir.

Burada özel olarak değinmemiz gerekli olan husus ise 5711 Sayılı Kanun ile KMK'nin 71. maddesine eklenen hüküm çerçevesinde toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi ise, toplu yapı temsilciler kuruluna katılan yönetici ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu ile atanması düzenlemesinin getirilmesidir.

4.2. KMK Çerçevesinde Özel Çoğunluğu Gerektiren Durumlar

i. Oybirliği Aranan Durumlar

• Ana taşınmazın, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalâthane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir (KMK m.24/f.2).

• Ana taşınmazın üstüne kat ilâvesi veya mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması veya zemin veya bodrum katlarında veya arsanın boş kısmında 24. maddenin ikinci fıkrasında yazılı yerlerin sonradan yapımı veya ilâvesi için kat malikleri kurulunun oybirliği ile karar vermesi gerekir

---

(50) YILMAZ, Orhan, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, s.24.

(51) KARAHASAN, Mustafa Reşit, s.439; GERMEÇ, Mahir Ersin, s.871.

(KMK m.44). 44. madde hükmü uyarınca yapılan eklemelerden sonra yeni eklemelerle birlikte tüm bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının yöntemine uygun olarak düzenlenmesi için de oybirliği aranır.

• Ana taşınmazın bir hakla kayıtlanması veya arsanın bölünmesi ve bölünen kısmın mülkiyetinin başkasına devrolunması gibi temliki tasarruflar veya ana yapının dış duvarlarının, çatı veya damının reklâm maksadıyla kiralanması gibi önemli yönetim işleri ancak bütün kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir (KMK m.45).

ii. Beşte Dört Çoğunluk Aranan Durumlar

• Yönetim planının değiştirilmesi için tüm kat maliklerinin beşte dört oyunun bulunması zorunludur (KMK m.28/f.3, m.70/f.1).

• KMK'ye 2814 Sayılı Kanun ile eklen Ek 4. madde hükmüne göre, beş veya daha fazla kişi tarafından üzerinde birden çok yapı yaptırılmak amacıyla birlikte bir arsa edinilmiş olması ve pay sahiplerinden en az beşte dördünün kat irtifakına geçiş konusunda karar alması lazımdır.

iii. Sayı ve Arsa Payı Çoğunluğu Aranan Durumlar

• KMK m.34/f.4 hükmü uyarınca, *"Yönetici, kat maliklerinin, hem sayı hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır"*. 5711 Sayılı Kanun ile KMK'ye eklenen 71. maddenin 2. fıkrasına göre ise *"Blok yöneticisi ve denetçisi, bloktaki kat maliklerinin; blok niteliğinde olmayan yapıların ortak yer ve tesisleri için yönetici ve denetçi, bu yapılardaki kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından seçilir"*.

• **Denetçi Seçimi:** KMK m.41/f.3'e göre *"Kat malikleri kurulu denetim işini, kendi aralarından sayı ve arsa payı çoğunluğuyla seçecekleri bir denetçiye veya üç kişilik bir denetim kuruluna verebilir"*. KMK m.71/f.2'ye göre blok denetçisi, bloktaki kat maliklerinin; blok niteliğinde olmayan yapıların ortak yer ve tesisleri için bu yapılardaki kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından seçilir.

• Kat malikleri, ana taşımazın ortak yerlerinde kendi başlarına bir değişiklik yapamazlar; ortak yerlerin düzgün veya bunları kullanmanın daha rahat ve kolay bir hale konulmasına veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasına yarayacak bütün yenilik ve ilâveler, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır.

Çifte çoğunluğun (sayı ve arsa payı çoğunluğunun) arandığı durumlarda, toplantıya katılanların çoğunlukla karar vermeleri yeterli değildir. Tüm kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile toplantı

yapılmalı ve karar alınmalıdır. Kararda çifte çoğunluğun oylarının birleşmesi zorunlu olup, bu aynı zamanda geçerlilik koşuludur.[52]

5. Kat Malikinin Oy Hakkı

KMK m.31/f.1'e göre *"Her kat maliki, arsa payı oranına bakılmaksızın, bir tek oy hakkına sahiptir"*. Kural olarak, her bağımsız bölüm malikinin bir tek oy hakkı vardır. Bu bağlamda bağımsız bölümün cinsi ve niteliği de bu konuda önem taşımaz. Her kat malikinin, arsa payına bakılmaksızın bir tek oy hakkına sahip olması, kat mülkiyeti düzeninde oluşan ilişkinin yapısına ve doğasına uygundur.

KMK m.31/f.2'ye göre *"Ana taşınmazda birden ziyade bağımsız bölümü olan kat maliki, her bağımsız bölüm için ayrı bir oy hakkına sahiptir; bununla beraber onun malik olduğu bağımsız bölümlerin sayısı ne olursa olsun, sahip olacağı oy sayısı bütün oyların üçte birinden fazla olamaz; oy hesabı yapılırken kesirler göz önüne alınma."*. Getirilen bu sınırlama ile, bağımsız bölüm sayısı çoğunluğuna sahip olanların ana taşınmazın yönetiminde egemenlik kurmaları engellenmek istenmiştir.

KMK m.31/f.3'e göre *"Bir bağımsız bölümün birden ziyade maliki varsa, kat malikleri kurulunda bunları içlerinden vekâlet verecekleri birisi temsil eder. Kat maliklerinden biri ehliyetsiz ise onu kanuni mümessili temsil eder."* Bu maddeye göre bir bağımsız bölümün birden çok maliki varsa, kat malikleri kurulunda bunları içlerinde vekalet verecekleri birisi temsil eder. Toplantıya katılan ve oy kullanan paydaş, diğerlerini temsil ettiğine dair vekaletnameyi verecektir. Vekalet yazısının noterlikçe düzenlenmesine veya resmi biçimde olmasına gerek bulunmayıp, vekil tayin edildiğine dair müvekkil tarafından imzalanmış adi yazılı bir vekaletname de geçerlidir. Böyle bir vekalet (temsil) yazısı olmadıkça katılan paydaşın kullandığı oy, sonradan diğer paydaşlar icazet vermediği takdirde geçersiz sayılacaktır. Onun içindir ki, kat malikleri kuruluna katılan paydaş, ileride çıkması muhtemel ihtilafların önlenmesi bakımından diğer paydaşları temsil ettiğin gösteren belgeyi toplantıda sunması yerinde olacaktır.[53]

Kat malikleri, kendilerini doğrudan ilgilendiren görüşmelere katılabilir, düşüncelerini açıklayabilir, gerekirse kendisini savunabilir ama oy veremez.[54] Bu bağlamda, oy kullanma olanağı bulunmayan bir kimse, yerine bir temsilci ya da vekil göndermek suretiyle de oy kullanamaz.

5711 Sayılı Kanun ile 634 Sayılı KMK'nin 31. maddesine eklenen son fıkrada *"Kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eliyle kullanabilir. Bir kişi,*

---

(52) KARAHASAN, Mustafa Reşit, s.441; GERMEÇ, Mahir Ersin, s.872.

(53) GERMEÇ, Mahir Ersin, s.877.

(54) ARPACI, Abdülkadir, s.128.

oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez. Ancak, kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda bir kişi, en fazla iki kişiye vekalet edebilir." düzenlemesi yer almaktadır. Yapılan değişiklikle kat maliklerinin oylarının yetkili vekil eliyle kullanmaları halinde bir kişinin, çok fazla vekaletname ile oy kullanması engellenmek istenmiştir. Eski hükme göre, aynı kişinin oy sayısının üçte birini geçmeyecek şekilde vekil sıfatı ile oy kullanması mümkün iken; yeni hükümle ve bundan böyle bir kişi oy sayısının yüzde beşinden fazla kat malikini temsil edemeyecek; kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda bu sayı ikiyi geçmeyecektir. Bu değişiklikle, bir kişinin yüksek oranda vekaletle oy kullanmasını suistimallere sebebiyet verdiği ve apartman yöneticiliğinin adeta meslek haline getirildiği belirtilmek suretiyle, bunların önlenmesinin amaçlandığı Adalet Komisyonu raporunda belirtilmiştir.[55]

6.1. Kat Malikleri Kurulu Kararlarının Dayanağı ve Hükümleri

KMK m.32/f.1'de *"Ana taşınmaz kat malikleri kurulu tarafından, sözleşme, yönetim plânı ve kanun hükümleri uyarınca verilecek kararlara göre yönetilir."* hükmü yer almaktadır. Kat malikleri kurulu kararları, kat mülkiyeti sözleşmesine, yönetim planına ve yasa hükümlerine uygun olmalıdır. Bunlara aykırı kararlar geçersizdir ve iptali her zaman istenebilir.

Karar verilirken önce sözleşmeye bakılacaktır. Bu sözleşme (Resmi Senet) taraflar için bağlayıcı nitelikte bulunduğundan kat malikleri buna uymalı ve onanmış yapı projesine muhakkak bakılmalıdır. İkinci olarak, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayan yönetim planı hükümleri alınacak kararın dayanaklarından birisidir. Uyulması gerekli kanun hükümleri ise öncelikle KMK'de yer alan hükümler, bu kanunda hüküm bulunmadığı hallerde ise genel hükümlerdir.[56]

6.2. Kat Malikleri Kurulu Kararlarına Uyma Yükümlülüğü

KMK m.32/f.2'ye göre *"Bütün kat malikleriyle külli ve cüzi halefleri, yönetici ve denetçiler, katmalikleri kurulunun kararlarına uymakla yükümlüdürler"*. Kat malikleri kurulu tarafından verilen kararlara, kat malikleri ve onların (karşı olsalar bile) külli ve cüz'i halefleri, yöneticiler ve denetçiler, gerekse kapıcı ve diğer hizmetliler bu kararlara uymakla yükümlüdürler. İkinci fıkra düzenlemesinden, kat malikleri kurulu kararlarının, yönetim planı gibi bağlayıcı etkiye sahip oldukları anlaşılmaktadır.[57]

---

(55) YILMAZ, Orhan, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, s.25.

(56) KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ VELİOĞLU, Ahmet, s.680.

(57) ŞAKAR, Müjdat, s.94.

Özellikle taşınmazın genel gideri ve avansına ve mutat yönetimine, yöneticinin ve denetçinin seçimine ilişkin olarak verilen kararlar, hakim müdahalesi sonucu iptal edilmedikçe geçerliliğini korur.

6.3. Anlaşmazlıklarda Kat Malikleri Kurulu'na Başvurma Zorunluğu

KMK m.32/f.3'e göre *"Ana taşınmazın kullanılmasından veya yönetiminden dolayı kat malikleri arasında veya bunlarla yönetici ve denetçiler arasında veya denetçilerle yöneticiler arasında çıkan anlaşmazlıklar, kat malikleri kurulunca çözülür ve karara bağlanır"*.

Ana taşınmazın kullanılmasından veya yönetiminden dolayı kat malikleri arasında ya da kat malikleri ile yönetici ve denetçiler arasında çıkan anlaşmazlıkların çözüm yeri, öncelikle kat malikleri kuruludur. Kanun koyucu, kat maliklerinin hakimin müdahalesini istemeden önce, uyuşmazlığın komşular arasında tartışılıp bir çözüme bağlanmasını aramıştır.

6.4. Kat Malikleri Kurulu'na Başvurmanın Zorunlu Olmadığı Durumlar

Uygulamada, anlaşmazlık ana taşınmazın kullanma ve yönetiminden çıkmış olsa bile kat malikinin, doğrudan yasadan doğan bir hakkını kullanması söz konusu ise uyuşmazlığı kat malikleri kuruluna götürmeden ilgilisi hakkında dava açarak hakimin müdahalesine başvurabilir. Örneğin, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bölümünü 24. maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı biçimde işyeri olarak kullanan ya da kiraya veren kat maliki hakkında diğer kat maliklerinde iri doğrudan dava açabilir ve buranın eski hale getirilmesini isteyebilir.

6.5. Kararların Defterlere Yazılması ve İmzalanması

KMK m.32/f.4'e göre *"Kat malikleri kurulu kararları (1) den başlayıp sırayla giden sayfa numaraları taşıyan her sayfası noter mühürüyle tasdikli bir deftere yazılarak, toplantıda bulunan bütün kat maliklerince imzalanır, karara aykırı oy verenler bu aykırılığın sebebini belirterek imza koyarlar."*

6.6. Aynı Konuda Alınan Önceki Kararın Geçerliliği

KMK m.32/f.4'e göre *"Bir husus hakkında ilerde çıkan anlaşmazlıklar, karar defterinde aynı hususa dair daha önce verilmiş bir karar varsa kaide olarak ona göre çözülür."*

V. SONUÇ

5711 Sayılı Kanun ile KMK'de Toplu Yapılara ilişkin 69. madde düzenlemesinin karışık bir düzenleme içerdiği düşüncesindeyiz. Kanun yapma tekniği açısından ilgili kanun maddesinde daha açık bir düzenleme getirilmesinin, ihtiyaçlara çok daha iyi cevap verebileceği kanaatindeyiz.

5711 Sayılı Kanun ile Toplu Yapı Yönetimi sadece ana hatları ile düzenlenmiştir. Toplu Yapı'nın yönetimi ile ilgili hususlar ileride çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmışsa da 16.08.2008 tarih, 26969 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *"Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı Tesisi'ne Dair Yönetmelik"*te toplu yapılarda yönetime ilişkin herhangi bir hüküm getirilmemiştir. KMK'de, bu haliyle toplu yapılara ilişkin olarak getirilen düzenlenmelerin, ihtiyaçlara ne ölçüde cevap verebileceği uygulama ile ortaya çıkabilecektir.

Bu kapsamda, KMK'nin 74. maddesi çerçevesinde, toplu yapılar için öngörülen özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, KMK'de yer alan bütün hükümlerin, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyas yoluyla tatbik edileceği açık bir şekilde belirtilmiş olduğundan KMK çerçevesindeki hükümlerin, toplu yapılara uygulanması söz konusu olduğunda, bu hükümlerin, toplu yapılarla ilgili ihtilafları çözmede gerekli hukuki düzenlemeleri içermemesi söz konusu olabilir.

KAYNAKÇA

1. AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)-İkinci Kitap Mülkiyet, Ankara 1971.

2. ARPACI, Abdülkadir, Türk Hukuku'na Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984.

3. AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Konya, 2000, s. 373.

4. BELEN, Herdem, Kat Mülkiyeti'nde Tahkim Şartı Konulması ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısı'na Armağan, İstanbul 2000, s.205-228.

5. DÖRTGÖZ, Gürsel Öcal, Son Değişikliğe Göre Kat Mülkiyeti, Ankara 2008.

6. ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008

7. GERMEÇ, Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti- Kat İrtifakı-Devre Mülk ve Toplu Yapı Düzenine İlişkin Kurallar, Açıklamalar, Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, 2.Baskı, Ankara 2008.

8. GÖKALP, Şerafettin, Yöneticinin Kitabı- Açıklama ve Örnekleri İle Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2008.

9. GÖKALP, Şerafettin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 18, Ankara 2008, s.183-192.

10. GÖKNAR, Hikmet, Kat Mülkiyeti, Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, 3.Basım, Ankara 1996

11. HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

12. http://www.atasehirmagazin.com.tr/yucelunal.html

13. http://www.ongoren.av.tr/newsletter/tr/08-02.php

14. KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ VELİOĞLU, Ahmet, Açıklamalı ve İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar, Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara 1998.

15. KARAHASAN, Mustafa Reşit, Kat Mülkiyeti Hukuku, Öğreti- Yargıtay Kararlarıyla Kat Mülkiyeti Kanunu- İlgili Mevzuat, C.1., İstanbul 2008.

16. ODYAKMAZ, Nevzad, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1997.

17. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Eşya Hukuku, 11.Bası, İstanbul, 2006.

18. ÖZDEMİR, Durmuş, Açıklamalı- İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Mevzuatı, Ankara 2001.

19. PULAK, Murat, Açıklamalı- İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2007.

20. REİSOĞLU, Safa, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara, 1976.

21. ŞAKAR, Müjdat, Son Değişikliklerle Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı- Örnekli Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1988.

22. TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, Genişletilmiş Dördüncü Bası, C.1, 1984.

23. TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2), İstanbul 1991.

24. YALÇIN, Ayhan, En Son Değişiklikleri İle Atıflı- İçtihatlı- İndeksli 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 2003.

25. YILMAZ, Orhan, Kat Mülkiyeti Kanunu'na Eklenen Toplu Yapılara Eklenen Özel Hükümler, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, Sayı:2008/2, İstanbul, 2008, s.673-684.

26. YILMAZ, Orhan, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, Sayı: 2008/1, İstanbul 2008, s.9-30.

ÖZEL
CEZA MAHKEMELERİ

Av. Yeşim AKTÜRK

GİRİŞ

Bu çalışmada genel ceza mahkemeleri olan Sulh Ceza, Asliye Ceza ve Ağır Ceza Mahkemeleri dışında yer alan, bazı konuların çözümlenmesinin özel bir uzmanlık gerektirmesi nedeni ile ihdas edilmiş olan özel ceza mahkemelerine yer verilecektir. DGM süreci içerisinde ele alındığı zaman niteliklerinin ve öneminin üzerinde ayrıca durulmasını gerekli bulduğum Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri ağırlıklı olmak üzere 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gereğince kurulan Çocuk Mahkemeleri ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde görev alanı belirtilmiş olan Trafik Mahkemeleri üzerinde durulduktan sonra ceza mahkemesi olmamalarına rağmen görev alanlarıyla ilgili olan ceza davalarına bakmakla görevlendirilen İcra Mahkemeleri ile Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemelerine de kısaca değinilecektir. Özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinden olan Kaçakçılık Mahkemeleri, Basın Mahkemeleri, Döviz Mahkemeleri ve Bankacılık Kanunundan doğan davalara bakan mahkemelerin ise görev alanlarının belirlenmesi ile yetinilecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri, organize suçluluk kavramı içerisinde ele alınıp, bu mahkemelerin görevlendirilme süreci üzerinde durulduktan sonra hukuksal niteliği ve dayanağı, hangi suçlar bakımından görevli olduğu ve yargılama yöntemi değerlendirilecektir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kaldırılma süreci içerisinde ele alınarak, bu mahkemelerin hukuksal niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

ÖZEL GÖREVLİ AĞIR CEZA MAHKEMELERİ

A) Organize Suçluluk

1) Tanım

Kaynak itibariyle daha çok emniyet güçleri tarafından kullanılmış bir terim olan organize suçun kriminalistik(polisiye), hukuki ve kriminolojik tanımları yapılmıştır. Polisiye tanımlar, organize suçu soruşturma bazında ele alan tanımlar olup, pratik bir tanımlama yapma gayesiyle oluşturulmuştur. Hukuki tanımlar, kovuşturma ve cezalandırabilme yönleriyle bu suç olgusunu açıklamaya çalışmıştır. Kriminolojik tanımlar ise, sosyal yönleri öne çıkartmak suretiyle somut olgular çerçevesinde organize suç kavramını tanımlamışlardır. Bu tanımların yanı sıra devletlerin ulusal teşkilatları tarafından yapılan tanımlar ve uluslararası alandaki tanımlar da mevcuttur.

Organize suçun tanımlanmasının hukuksal açıdan büyük önemi vardır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bu suç olgusunun bir takım kriterlerle ortaya konması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar uluslar arası düzeyde tanımlar yapılması gerekli ise de, organize suç örgütlerinin yapısal özellikleri ve faaliyet biçimleri her ülkenin sosyal, siyasal, kültürel, ekonomik ve coğrafi yapısına göre farklılık arz edeceği için ulusal düzeyde tanımların da yapılması gerekmektedir.

Organize suç örgütünden söz edebilmek için mutlaka bulunması gereken hususlar; ikiden fazla kimsenin söz konusu olması, ağır bir takım suçların işlenmesi amacı, bu suçların işlenmesi ile haksız ve yasadışı gelir elde etmenin amaçlanması, örgütün belli bir hiyerarşi ve işbölümü içinde faaliyet göstermesi, birleşmenin belli bir devamlılık göstermesi, şiddet ve yıldırmanın araç olarak kullanılmasıdır.[1] Bununla birlikte bazen bu unsurlardan bazıları değişiklik gösterebilmektedir; cebir-şiddet unsuru kullanılmamakta veya ağır suçlar işlenmeyip basit suçların organizasyon çerçevesinde işlenmesi söz konusu olabilmektedir.

Günümüzde dikkat çeken bir olgu olarak karşımıza çıkan organize suçluluk kavramı aslında yeni bir kavram değildir. Roma Hukuku'nda özellikle Ortaçağ'da yağma gibi suçları işlemek amacıyla bir araya gelmiş çetelere karşı bu kavram oluşturulmuş ve cezalandırma mümkün kılınmıştır.

---

(1) Kocasakal Ümit, '' Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri Ve Kapsamı'', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (İstanbul, Ocak 2002 yıl:1) sayı:1, syf:142

2) Türkiye'de Organize Suçluluk

Yargıtay, Eski Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinde yer alan örgütü tanımlamıştır.[2] Kendilerine haksız çıkar sağlamak amacıyla süreklilik ve eylemli ortaklık unsurlarının içerecek biçimde suç örgütü oluşturulmasından söz etmiştir. Anılan kararda haksız çıkar sağlama amacı, süreklilik, ortaklık unsurları ön plana çıkmaktadır.

Türk Hukuku'nda örgütlü suçlar çeşitli kanunlarda hüküm altına alınmıştır. Genel itibariyle suç örgütlerinin kurulması, suç haline getirilmektedir. Örgüt adına suç işlenmemiş olsa bile kişiler arasındaki anlaşma yeterli sayılarak örgütü kuran ve örgüte katılanlar cezalandırılmak istenmiştir. Bazen suç, örgütlü olarak işlendiğinde örgüte ayrıca ceza verilmeyip örgütlü işlenen suçun ağırlaştırıcı nedeni sayılmaktadır. Bazen de hem örgütün kurulması, hem de örgüt amacındaki özellik dikkate alınarak ceza artırımı yolu benimsenmektedir.

Türkiye'nin de imzaladığı bir uluslar arası sözleşme olan Palermo Sözleşmesi'nin 5. maddesinde akit devletlerin bazı fiilleri mevzuatlarında suç haline getirmeleri zorunluluğu belirtilmektedir:

1) doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali veya maddi bir yarar elde etmek üzere ciddi bir cürüm işlemek maksadıyla bir veya birden fazla kişiyle mutabık kalınarak ve milli kanun gerektirdiğinde anlaşmanın yürütülmesi veya örgütlü bir suçlu grubuna katılmayı ifade eden bir fiili icra etmek,

2) bilerek bir örgütlü suçun faaliyetlerine iştirak etmek,

3) iştirakinin, suç hedefinin gerçekleşmesine katkı sağlayacağının bilerek diğer faaliyetlerde bulunmak,

4) örgütlü bir suçu grubunu ciddi suçun icrası için teşkilatlandırmak, yönetmek, yardım etmek, kolaylaştırmak veya tavsiyelerde bulunmak.[3]

3) Örgütlü Suçlarla İlgili Yasal Düzenleme

Tartışılması gereken ilk konu örgütlü suçlar için ayrı bir kanun ve usuli tedbirlerin gerekip gerekmediğidir. Başta da belirtildiği gibi organize suç örgütlerinin yapısal özellikleri ve faaliyet biçimleri her ülkenin sosyal, siyasal, kültürel, ekonomik ve coğrafi yapısına göre farklılık arz eder, bu da ulusal mevzuatta düzenleme yapmayı gerekli kılar.

---

(2) TCK m. 313 T.C Hükümetine Karşı Silahlı İsyan

(3) Dönmezer Sulhi, "Türkiye'de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(İstanbul, Ocak 2002 yıl:1)sayı:1,syf:17

Artık sınırlar ötesi bir kavram haline gelmiş suç örgütü milli mevzuatta düzenlenmeyecek olursa böyle bir durum iki tehlikeyi ortaya çıkarır:

1) milletler arası mevzuat tıkanır, uygulanamaz hale gelir.

2) ülke, suç örgütleri için bir sığınma yeri halini alabilir.[4]

Ülkelerin sosyal yapıları göz önünde tutulduğu zaman örgütlü suçlar bakımından ayrı bir düzenlemeye gerek olup olmadığı anlaşılabilir. Türkiye özelinde bunun gerekli olduğunu söylemek güç değil çünkü Yargıtay kararlarına konu olan birçok örgütlü suç var.

İkinci konu ayrı bir mevzuatın özgürlükler bakımından yarattığı durumdur. Bu nedenle örgütlü suçlara ilişkin kanunlar kaleme alınırken toplumsal yarar ile kişi hak ve özgürlükleri arasındaki denge sağlanmalıdır. Keyfiliğe mahal vermemek için bu düzenlemeler kanunilik ve belirlilik ilkelerinin gereği olarak kanunla belirlenmeli ve muğlak ifadeler içermemelidir.

B) Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri

Terör ve mafya suçları gibi özel nitelikli suçlara bakmakla yetkili olan Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kaldırılmasıyla beraber, genel yargı teşkilatında yer alan ağır ceza mahkemelerinden bazılarının bu suçlarla ilgili olarak yetkili kılındığı görülmektedir.[5]

1) Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Kaldırılması

Hem 1961, hem de 1982 Anayasalarında Devlet Güvenlik Mahkemeleri anayasal bir kurum olarak yer almıştır. 1961 Anayasası'nın 136. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev, yetki, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilerek Devlet'in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kurulacağı belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın 143. maddesinde ise 1961 Anayasası'ndaki ibareye yer verildikten sonra Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde bir başkan ve iki asıl ve iki yedek üye ile bir savcı ve yeteri kadar savcı yardımcısı bulunacağı, başkan, bir asıl ve bir yedek üye ile savcının birinci sınıfa ayrılmış Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları arasından, bir asıl ve bir yedek üyenin birinci sınıf askeri hâkimler

---

(4) Dönmezer Sulhi, ''Organize Suçlulukla Mücadele'', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İstanbul, Ocak 2002 yıl:1) sayı:1, syf:5

(5) Hakeri Hakan, Ünver Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara, Adalet Yayınevi, Kasım 2007) syf:332

arasından, savcı yardımcılarının ise Cumhuriyet Savcıları ve askeri hâkimler arasından özel kanunlarla gösterilen usullerle atanacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 143. maddesi ile ilgili gerekçede *"Devletin varlığı ve devamlılığı ile ilgili bazı eylemler vardır ki, bunların işlenmesi halinde hem çabuk ve hem de en isabetli karara varabilmek için özel bir uzmanlık ister. Bu gibi hallerde Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin bulundurulması gerekli olur."* denilerek, bu sebeplerle, belirtilen nitelikteki suçlara bakmak üzere önceden Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulmasının Anayasamızca kabul edildiği ifade olunmaktaydı.

1982 Anayasası'nın emriyle 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelerin hangi ilde kurulacağı ve yargı çevrelerinin hangi illeri kapsayacağı açıkça belirtilmeyip, Adalet Bakanlığı'nın gelen iş durumunu göz önünde bulundurarak aynı yerde birden fazla Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kurulmasına karar vereceği hükmüne yer verilmiştir.

4388 sayılı kanunla değişiklik yapılmış ve askeri hâkimlerin Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde görev yapmalarına son verilerek bu mahkemeler sivilleştirilmiştir. Askeri hâkimlerin Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı olmaları, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin bağımsızlığının ve meşruiyetini tartışılır kılmaktaydı. Değişiklik öncesi durum, AİHM nezdinde birçok kez Türkiye'nin mahkûmiyetine neden olmuştur.

5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Kaldırılması'na Dair Kanunla bu mahkemelerin varlığı son bulmuştur. 5190 sayılı kanunla, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda azaltma yoluna da gidilmek suretiyle belirlenen suçlarla ilgili davalara, görevlendirilecek veya kurulacak Ağır Ceza Mahkemelerinde bakılması öngörülmüştür.

Türkiye'de Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulurken, Fransız Devlet Güvenlik Mahkemesinden esinlenilmiştir.[6] Benzer şekilde Alman Hukuku'nda Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi olarak görev yapacağı haller arasında ülke bütünlüğüne karşı suçlar ve terör örgütlerince işlenen suçlar yer almaktadır. İspanya Terörle Mücadele Kanunu'na göre çıkar amaçlı örgütlü suçlar, ekonomik suçlar ve etkisi şehrin dışına taşan diğer suçlarla ilgili davalara bakmak üzere Madrid'de adı Audiencia Nacional olan bir mahkeme kurularak bu mahkeme tüm İspanya topraklarında yetkili kılınmıştır.

---

(6) Yılmaz Zekeriya, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılması ve Yeni Ağır Ceza Mahkemeleri (Ankara, Seçkin Yayıncılık,2004) syf:14

Devlet Güvenlik Mahkemeleri, suçtan önce kurulan mahkemeler olduğu için olağan mahkemelerdi. Olağan olmasının yanında özel, genel adliye içi mahkemelerdi. Zira Anayasa Mahkemesi, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ni özel ve adliye içi olarak nitelendirmiştir.[7] Buna karşılık Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ni adliye dışı ihtisas mahkemeleri olarak nitelendirenler de vardır.

2) Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin Hukuksal Niteliği

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesinde ağır ceza mahkemelerinin yargılama yetkisi içindeki suçlar belirtilmiş olup, bunlar; yağma, irtikâp, resmi belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık, hileli iflas suçları ile ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlerdir. Ancak ağır ceza mahkemelerinin bu görev alanı kanunla genişletilebilir. Aynı kanunun 15. maddesi ceza mahkemelerinin yargı çevresini düzenlemektedir. Ceza mahkemelerinin yargı çevreleri il merkezleri ile ilçelerin ve bunlara adli yönden bağlı ilçelerin idari sınırlarıdır. Ağır Ceza Mahkemesi ile Büyükşehir Belediyesi sınırlarında Büyükşehir Belediyesi sınırları içindeki il ve ilçenin adı ile anılan Sulh ve Asliye Ceza Mahkemeleri'nin yargı çevresi il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir. Yine bu kanunun 8. maddesinde özel kanunlarla kurulan diğer ağır ceza mahkemelerinden de bahsedilmektedir. Bu bağlamda Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin hukuksal niteliğini tespit etmemiz gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanunu madde 250'de bir görevlendirmeden söz edilmiştir. Bu düzenleme mevcut bir ağır caza mahkemesinin bir dairesine özel yetki verilmesinin ifade eder.[8] CMK 250'de Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 9. maddesine göre Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak kurulmuş olan ağır ceza mahkemelerinin özel yetkili daireleri oluşturulmuştur.[9] 250. maddede aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verileceği ve bu halde mahkemelerin numaralandırılacağı belirtilmiştir.

---

(7) AMK 15.4.1975 E.1973/19 K-1975/87

(8) Zafer Hamide, "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Hukuki Statüsü" Hukuk Ve Adalet Dergisi (Ekim 2005, sayı: 6-7) syf: 35

(9) Zafer Hamide, "Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlarda Muhakeme Usulü" Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, (İstanbul 2006) syf: 1082

Özel kanunla genel adliye teşkilatı dışında kurulan devlet güvenlik mahkemelerinin kaldırılma sebebi düşünüldüğünde, ağır ceza mahkemesi kurulur ve numaralandırılır ifadesini, bir ilde hiç ağır ceza mahkemesi yoksa o ilde bu özel suçları yargılamak üzere ağır ceza mahkemesi kurulur ve ihtiyaç halinde daireler oluşturulur; ancak bir ilde mevcut ağır ceza mahkemesi varsa bu mahkemenin bu özel suçları yargılayan daireleri oluşturulur ve numaralandırılır şeklinde anlamak gerekir. CMK 250'ye göre görevlendirilen özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, adliye içi ihtisas dairesi olarak çalışan (daireler) mahkemelerdir. Ayrıca CMK 251'de soruşturmayı yapacak olan savcıların görevlendirileceği ifade edilmiştir. Ayrı bir savcılık teşkilatının kurulması öngörülmemiştir. Bu düzenleme de, yasa koyucunun adliye dışı ihtisas mahkemeleri koyma düşüncesinde olmadığının destekler niteliktedir.[10] Buna karşılık bazı yazarlar Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin ihtisas mahkemeleri oldukları ve ayrı kurallara göre çalışacakları tezini hukuki temelden yoksun bulurlar ve bu durumu yargı birliğine ve adil yargılanma hakkına aykırı görürler.[11]

3) Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin Görev Alanındaki Suçlar

Hangi suçların özel görevli ağır ceza mahkemelerinde yargılanacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinde tahdidi olarak belirtilmiştir. Bu maddeye göre Türk Ceza Kanunu'nda yer alan,

1) örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu

2) haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulayarak işlenen suçlar

3) Devlet güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, Milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları dolayısıyla açılan davalar özel görevli ağır ceza mahkemelerinde yargılanacaktır.[12]

Askeri Mahkemelerin görev alanına giren bir kısım suçlar ile, 5190 sayılı Kanun uyarınca görevlendirilecek veya kurulacak ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların bir kısmının kesiştiği, aynı olduğu görülmektedir. Burada, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi kapsamında değerlendirilen

---

(10) Zafer Hamide, syf:36

(11) Yurtcan Erdener, CMK Şerhi, (İstanbul, Ekim 2005,Beta Yayınları) syf.716

(12) Temel milli yararlara karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama, Halkı askerlikten soğutma, Askerleri itaatsizliğe teşvik, Seferberlikle ilgili görevin ihmali, Düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü, Askeri yasak bölgelere girme suçları hariç

suçlarla ilgili olarak da, kanunun irdelenmesinde fayda vardır. 394/a maddesinin 4. fıkrasındaki *"...askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır"* kuralı kişiler ile ilgili istisnanın sadece Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından yargılanan kişilerle sınırlı olduğu, asker kişiler yönünden bir istisnaya yer verilmediği aksine kapsama dâhil edildiği de anlaşılmaktadır.[13]

Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemezler. Sayılan suçları işleyenler sıfat ve memuriyetlerine bakılmaksızın Özel görevli ağır ceza mahkemelerinde cezalandırılır. Ayrıca söz konusu olan bu suçlar, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılabilir. Sözgelimi herhangi bir idari iznin varlığı soruşturmanın başlaması bakımından önem arz etmeyecektir.

Diğer yandan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde terör suçları ve 4. maddesinde ise terör amacı ile işlenen suçlar tanımlanmak suretiyle bu suçlara da özel görevli ağır ceza mahkemelerinin bakacağı hüküm altına alınmıştır.[14]

Sorun, anılan maddelerde belirtilmeyen suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nedeniyle örgüt üyeliği suçunun kanıtını ve alt yapısını oluşturduğu ahvalde bir araç suçun yargılanmasının da özel görevli ağır ceza mahkemesince yapılıp yapılmayacağına ilişkindir. Anılan suçlar, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan ise veya anılan suçlar örgüte üyelik veya bu mahkemelerin görev alanında bulunan suçların kanıtını ve dayanağının oluşturmakta ise, bu suçlara da aralarındaki zorunlu irtibat nedeniyle Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesince bakılması zorunludur. Ancak sabit kabul edilen eylemler örgütsel suç kapsamında değerlendirilmeyip somut olayda olduğu gibi bağımsız suçlar olarak

---

(13) Yılmaz Zekeriya, age, syf:33

(14) Bu suçlar: TCK m.302,307,309,310/1,311,312,3123,314,315,320'deki suçlar, Terörle Mücadele Kanunu madde 3'e göre terör suçlarıdır. Terörle Mücadele Kanunu madde 1'deki amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği taktirde terör suçu sayılacak suçlar ise şunlardır;

a) TCK. 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318, 319/2, 310/2

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar

c) Orman Kanunu'ndaki kasten orman yakma suçları

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndaki hapis cezası gerektiren suçlar

e) Anayasa'nın 120. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde,olağanüstü hal ilanına neden oaln olaylara ilişkin suçlar

f) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 68'deki suç

değerlendirildiği takdirde, Özel Ağır Ceza Mahkemesi'nin yargılama yönteminin kendine özgü belli suçlarla sınırlı olması gerçeği karşısında, yapılması gereken işlem 5271 sayılı CMK'nın 252/1-g bendi hükmü de dikkate alınmak suretiyle, görevsizlik kararı verilerek, dosyanın görevsizlik kararı ile görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesinden ibarettir.[15]

4) Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nde Yargılama

a) SORUŞTURMA

a.1) Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde Görev Yapan Cumhuriyet Savcıları

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde görev yapacak mahkeme başkanı ve üyeler ile bu mahkemelerin görev alanına giren suçların soruşturma ve kovuşturulmasında görevlendirilecek Cumhuriyet Savcıları için (birinci sınıfa ayrılmış olması vs. gibi) herhangi bir nitelik öngörülmemiştir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin görevine giren suçlarda soruşturma Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet Başsavcılığınca 250. madde kapsamındaki suçlarla ilgili davalara bakan ağır ceza mahkemelerinden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez. Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcıları, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi halde yetkili adli yargı hâkimlerinden isteyebilirler. Bu suçlarda soruşturmanın gerekli kıldığı hallerde suç mahalli ile delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılabilir. Suç, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer dışında işlenmiş ise Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın yapılmasını isteyebilir. Suç, askeri mahalde işlenmiş ise, Cumhuriyet savcısı ilgili askeri savcılıktan soruşturmanın yapılmasını isteyebilir. Soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen savcılık ve askeri savcılıklar, bu soruşturmayı öncelikle ve ivedilikle yapmak durumundadırlar. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 250 kapsamındaki suçların soruşturma ve kovuşturulmasında kolluk, şüpheli veya sanığı, tanığı, bilirkişiyi, suçtan zarar göreni ağır ceza mahkemesi veya

(15) Yargıtay CGK 14.02.2006-156/23 kararı

başkanının, Cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkimin emriyle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmak zorundadır. Cumhuriyet savcıları, soruşturmanın gerekli kılması halinde geçici olarak bu mahkemelerin yargı çevresindeki genel ve özel bütçeli idarelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, il özel idarelerine ve belediyelere ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler.

a.2) Yakalama ve Gözaltı

Koruma tedbirleri, CMK' da teferruatlı olarak düzenlenmiş, soruşturma ve kovuşturma makamlarının suçlulukla mücadele eli güçlendirilmiştir. Ancak bu yapılırken, özellikle uygulamadan gelen ısrarlı talepler üzerine, yakalama ve tutuklama konusunda bazı özel düzenleme yapma ihtiyacı da hissedilmiştir.[16]

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri görev alanına giren suçlardan dolayı yakalananlar için gözaltı süresi 48 saattir. Gözaltı süresi yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 48 saati geçemez. Gözaltı süreleri dışındaki hükümler, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlar bakımından uygulanabilirliğini sürdürmektedir. Yani toplu olarak işlenen suçlarda, gözaltı süresi, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı tarafından her defasında bir günü geçmemek üzere, iki gün süreyle yazılı olarak uzatılabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 250'de belirtildiği üzere Anayasa'nın 120. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında, toplu olarak işlenen suçlardan dolayı dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla 7 güne kadar uzatılabilir. Hâkim karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler.

Terör suçları ve terör amacıyla işlenen suçlar söz konusu olduğunda yakalama ve gözaltına ilişkin bildirimler, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği hallerde, Cumhuriyet savcısının emriyle yakalananın sadece bir yakınına yapılır. Buna karşılık özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yargı alanına giren diğer suçlar söz konusu olduğunda, soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmediği değerlendirilmeden söz konusu bildirimler, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uyarınca, yine Cumhuriyet savcısının emriyle şüphelinin bir yakınına veya göstereceği bir kişiye yapılır. Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev

(16) Öztürk Bahri, Erdem M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku(Ankara 2007,11. Baskı, Seçkin Yayıncılık) syf:1065

alanına giren suçların soruşturulmasında ikili bir uygulama öngörülmüştür.[17]

Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlarda şüpheli, gözaltı süresince sadece bir müdafiin hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla 24 saat kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz. Kolluk tarafından ifade alınması halinde sadece bir müdafi hazır bunabilir. Müdafiin, terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hâkiminin kararıyla şüpheli ile müdafiin görüşmelerinde bir görevli hazır bulundurulabilir. Ayrıca bu kişilerin müdafiine verdiği veya müdafii tarafından şüpheliye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verebilir.[18] Tutuklu olan sanığın avukatıyla görüşmesine, süre sınırlaması getirilmesine veya avukatı ile yazışmasının denetlenmesine veya sınırlandırılmasına adil yargılanma ilkesi engel değildir.[19]

a.3) Tutukluluk

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. maddesi gereğince CMK'nın 102. maddesinde düzenlenen tutuklulukta geçecek süre, CMK madde 250/1-c'deki[20] suçlar ve Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından 1 Nisan 2008'de yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez. Bu hüküm, özel görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren bazı suçlarda iki katı uygulanacaktır.[21] Bu durumda Özel Ağır Ceza Mahkemeleri bakımından tutukluluk 10 yıl kadar sürebilmektedir ki, böyle bir durum, AİHM'e olası bir başvuru durumunda Türkiye açısından sıkıntı yaratılabilir.[22]

---

(17) Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul, Ekim 2006,Beta Yayınları 4.bası) syf: 752

(18) Terörle Mücadele Kanunu madde 10

(19) Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok R. Murat, age. syf: 162

(20) Devlet güvenliğine karşı, Anayasal düzene karşı, Milli savunmaya karşı, Devlet sırlarına karşı suçlar

(21) Devlet güvenliğine karşı, Anayasal düzene karşı, Milli savunmaya karşı, Devlet sırlarına karşı suçlar

(22) Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, (Ankara, Eylül 2006, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi) syf: 138

a.4) Müdafiin Dosyayı İnceleme Yetkisi

Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlarda, müdafiin dosyayı inceleme yetkisi ve belgelerden örnek alması kısıtlanabilir (TMK m.10). Bunun dışında Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanındaki diğer suçlara bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki genel hükümler geçerlidir ve müdafiin dosyayı inceleme yetkisinin hâkim kararıyla kısıtlandığı hallerde dahi belli belgelerin incelenmesi ve bu belgelerden örnek alınması engellenemez.

b) KOVUŞTURMA

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar, acele işlerden sayılır ve bunlarla ilgili davalara adli tatilde de bakılır.

Sanık sayısının çok fazla olması durumunda, sanıkların bir kısmının duruşmanın bazı oturumları ile ilgileri bulunmuyor ise duruşmanın bu oturumlarının, yokluklarında yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Ancak bu sanıkların yokluklarında yapılan oturumlarda kendilerini etkileyen bir hal ortaya çıktığı takdirde buna ilişkin söz ve işlerin esaslı noktaları sonraki oturumlarda kendilerine bildirilir. Mahkeme, güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verebilir. Bu davalarda esas hakkındaki iddiasının bildirmek için Cumhuriyet savcısına, katılan veya vekiline; iddialara karşı savunmasını yapmak için makul bir süre verilir. Bu süre savunma hakkının sınırlanması anlamına geleceği durumlarda re'sen uzatılabilir. Mahkeme, duruşmanın düzen ve disiplininin bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlar ile mahkemeye, mahkeme başkanı veya üyelerinden herhangi birine, Cumhuriyet savcısına, müdafie, tutanak kâtibine yahut görevlilere tahkir veya hakaret oluşturan söz ve davranışlar hakkında yayım yasağı koyabilir. Mahkeme başkanı, duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii o günkü oturumun tamamına çıkmamak üzere, duruşma salonundan çıkartır. Bunların, daha sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlarına devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamaz ve sanığın kendisini başka bir müdafi ile temsil ettirmesine izin verilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafiin bundan sonraki oturumlarda da duruşmanın düzenini bozmakta ısrar etmeleri halinde, bir daha aynı dava ile ilgili oturumların tamamına veya bir kısmına katılmamalarına da karar verilebilir. Bu hüküm müdafi hakkında uygulandığı takdirde, durum ilgili baroya bildirilir. Bu halde de sanığın kendisini başka bir müdafi ile temsil ettirmesi için uygun bir süre verilir. Oturumların bir kısmına ya da

tamamına katılamamasına karar verilen müdafi Avukatlık Kanunu 'nun 41. maddesinin 2. fıkrası gereğince tayin edilmişse, durum, kendisini tayin eden mercie de bildirilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafi tekrar duruşmaya alındıklarında, yokluklarında yapılan ve işlemlerin esaslı noktaları kendilerine bildirilir. Sanık ya da müdafii dilerse yokluklarındaki tutanak örnekleri de kendilerine verilir. Duruşma salonundan çıkartılan veya oturumlara katılmamalarına karar verilen sanık veya müdafiler mahkemenin tayin edeceği süre içerisinde yazılı savunma verebilirler.

c) TEBLİGAT

Kendisine veya onun namına tebligat yapılacak kimselere tebligat yapılmaması hallerinde, işin ivediliğine göre basın veya diğer kitle iletişim araçlarıyla tebligat yapılabilir.

d) GÖREVSİZLİK KARARI VERİLEMEYECEK HAL

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan ve duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosyanın alt dereceli mahkemeye gönderilemeyeceğine ilişkin olan hüküm, özel görevli ağır ceza mahkemeleri hakkında uygulanmaz.

Dolayısıyla özel yetkili ağır ceza mahkemesi duruşma aşamasında dahi suçun hukuki niteliği değiştiğinde dosyayı alt dereceli mahkemeye gönderebilecektir.[23]

Üst dereceli mahkemenin daha güvenceli olduğuna ilişkin ilkenin, anılan mahkemenin özel ve belli suçlara bakmakla yetkili kılınması ve genel kuralların dışında kendisine özgü bir yargılama sistemini uyguluyor olması karşısında, görev kapsamı dışındaki suçların sanıkları yönünden geçerli sayılamaması, üst dereceli mahkemelerin görevlerine devam edeceğine ilişkin 5235 sayılı yasanın geçici 1. maddesindeki hükmün, anılan yasanın 10.,11. ve 12. maddelerinden kaynaklanan ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yasalar nedeniyle genel mahkemeler arasında doğacak görev sorunlarını çözmeye yönelik olup bu hükmün,özel görevli ağır ceza mahkemeleri yönünden geçerli bulunmaması karşısında özel yetkili ağır ceza mahkemesinin isnat olunan suç yönünden yargılamaya devam yetkisinin olmadığı, görevli mahkemenin Asliye Ceza Mahkemesi olacağı sonucuna varılmak ve sair yönleri irdelenmeksizin hükmün görevsizlik nedeniyle bozulmasına hükmedilmek gerekir.[24]

---

(23) Hakeri Hakan-Ünver Yener, syf:335

(24) CGK. 06.03.2007-179/57

İlk hüküm tarihinde DGM'nin görev alanında bulunan suç, hüküm tarihinden sonra, 5190 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile kurulan ve DGM'lerin yerine ikame olunan özel görevli ağır ceza mahkemesinin görev alanına dâhil edilmemiş, görev genel mahkemelere bırakılmıştır. Esasen bu konu, duraksamayı gerektirmeyecek açıklıktadır. Sorun, sonraki yasal değişiklikler nedeniyle bu suçtan dolayı özel görevli Ağır Ceza Mahkemesi'nce görevsizlik kararı verilip verilemeyeceğine ilişkindir.[25]

e) KANUN YOLLARI

Özel görevli ağır ceza mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlara karşı olağan ve olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir.

f) KARARLARA KARŞI İTİRAZ

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların soruşturulmasında, hâkimin vermesi gereken kararları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilmişse Ağır Ceza Mahkemesi yedek hâkimi tarafından aksi halde adli yargı hâkimi tarafından verilir. (CMK m. 251/2) CMK' da bu hâkimin kararlarına itiraz söz konusu olduğunda ve hâkim kendi kararını değiştirmediğinde bu itirazı inceleyecek merci belirtilmediği gibi özel görevli ağır ceza mahkemesinin kararlarına karşı itiraz edilip de kararı veren özel görevli ağır ceza mahkemesinin kendi kararını değiştirmediği hallerde bu itirazı inceleyecek olan merci de belirtilmemiştir.

Özel suçların muhakemesi sırasında itirazı kabil kararlar verildiği hallerde CMK m.268/3-e'ye göre, itirazı incelemeye yetkili daire veya mahkeme belirlenir. Bir ilde söz konusu özel suçları yargılamak üzere bir tek ağır ceza mahkemesi kurulmuş ise ve bu mahkemenin dairesi yok ise bu halde en yakın yerdeki ağır ceza mahkemesi itirazı inceleyecektir. En yakın yerdeki ağır ceza mahkemesinin özel yetkili dairesinin bulunup bulunmaması önemli değildir. En yakın genel yetkili Ağır Ceza Mahkemesi bu itirazı inceleyebilecektir. Bu özel suçları yargılayan mahkeme ağır ceza mahkemesinin bir dairesi olarak görev yapıyorsa bu dairenin kararlarına karşı yapılan itirazları, kararına itiraz edilen özel yetkili daireyi numara itibariyle takip eden daire, mercii sıfatıyla inceleyecektir. Özel yetkili daireyi izleyen daire diğer bir özel yetkili daire olabileceği gibi genel yetkili bir daire de olabilir. Örneğin bir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 3. dairesi özel yetkili mahkeme olarak görev yapıyorsa ve o mahkemenin başka özel yetkili

(25) Şirin Osman, Aşaner Halim, Güven Özcan, Özdemir Muzaffer, Yalvaç Gürsel, Erel Kemalettin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu (Ankara 2008, Adalet Yayınevi) syf. 1012

dairesi de yoksa 1 numaralı genel daire itirazı inceleyebilmektedir. Diğer yargı çevresindeki özel yetkili dairenin mercii olarak görev yaptığını kabul etmek, yürürlükte olmayan DGMK m.18 hükmünü uygulamaya devam etmek anlamındadır.[26] 2845 sayılı DGM Kanunu'nun 18. maddesinde *"CMUK hükümlerinin uygulanması bakımından, Devlet Güvenlik Mahkemeleri Ağır Ceza Mahkemesi derecesindedir."* hükmü getirilmiştir. Ne var ki, yedek üyenin derecesi belirtilmemiştir. Bu müessese 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu ile 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'ndaki tek hâkime benzetilmiş, sui jeneris (kendine özgü) bir müessesedir.[27] 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinde soruşturma sırasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararın varsa o yer Devlet Güvenlik Mahkemesi yedek üyesinden, aksi halde yetkili adli yargı hâkiminden istenebileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında Devlet Güvenlik Mahkemesi yedek üyesi tarafından verilen kararlara karşı yapılacak olan itirazların. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde kesin karara bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir. Hâkimlik kararları başkan veya asıl üye tarafından verilirse, buna itiraz halinde heyetçe incelemede artık başkan veya asıl üye yer alamayacaktır. Oysa aslolan heyetin başkan ve asıl üyelerden teşekkül etmesidir. İşte bunun içindir ki Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki hâkimlik kararları, buna itirazları SIRF Devlet Güvenlik Mahkemesi heyet halinde inceleyebilsin diye başkan ve asıl üyeye verilmeyerek yedek üyeye bırakılmıştır.[28]

C) SONUÇ

CMK m.250 özel görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanındaki suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde Ağır Ceza Mahkemelerinin görevlendirilmesinden söz etmiştir. Bu nedenle özel görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin bağımsız bir yapıları bulunmayıp, yargılama birliği içinde işbölümü esasına göre çalışan olağan mahkemeler olduğu tespiti yanlış olmayacaktır.

İhtisas Mahkemelerinin (veya dairelerinin) görev alanına giren suçlarda soruşturma ve kovuşturma evrelerinde genel muhakeme kurallarından ayrılınması; diğer bir söyleyişle genel muhakeme kurallarına istisnalar getirilmesi bu suçların özelliğinden kaynaklanabilir ve bu tür suçlulukla

---

(26) Zafer Hamide, syf:37

(27) Keskin O. Kadir, "Devlet Güvenlik Mahkemelerinde Hakimlik Kararlarına İtirazın İncelenmesi" Yargıtay Dergisi(Ankara, Temmuz 1985, sayı 3, cilt 11) syf:300

(28) Keskin O. Kadir, age. syf:301

mücadele için zorunlu da olabilir. Ancak bu istisnai düzenlemelerin şüpheli veya sanığın özellikle savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikte olmaması gerekir.[29]

Organize suçlulukla mücadele bakımından özel görevli ağır ceza mahkemeleri büyük öneme sahiptir. Ancak bu mahkemeler yargılama yöntemine ilişkin olarak farklı bir takım usuller belirlenmiş olması adil yargılanma ve savunma hakları bakımından ihlallere yol açıcı nitelikte olmamalıdır. CMK m.251/6' da yalnızca hâkim tarafından kullanılabilecek olan bir yetki Cumhuriyet Savcısına verilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 252. maddesinin e fıkrasındaki yayım yasağı ve aynı maddenin f fıkrasındaki sanık ve müdafiin katılmadığı bir yargılamaya imkan tanıyan hükümleri savunma hakkını ve adil yargılanma hakkını kısıtlamayacak şekilde ve ölçüde kullanılmalıdır.

Bazı yazarlarca özel görevli ağır ceza mahkemelerinin sahip olduğu yetki farkı nedeniyle Anayasa'nın eşitlik ilkesinin zedelendiği iddia edilse de kanaatimce organize suçlulukla mücadelenin sahip olduğu önem bakımından bir takım farklı usullerin uygulandığı bir ihtisas mahkemesinin varlığı eşitlik ilkesini zedelemez. Örgütlü suçlarla ilgili hukuksal düzenlemeler dikkatle meydana getirildiği sürece, toplumsal korunma ile kişi hak ve hürriyetlerini koruma arasında bir denge oluşturulabilir. Hukuksal düzenlemeler yapılırken temel hak ve hürriyetler, sanık hakları ve güvenceleri, uluslararası sözleşmelerin getirdiği ilkeler ve tabii hâkim ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

ÇOCUK MAHKEMELERİ

İlk çocuk mahkemesi 1899 yılında Amerika'nın Chicago kentinde kurulmuştur. Amerika'daki kuruluşu, İngiltere'de kurulan çocuk mahkemeleri takip etmiştir, daha sonra Belçika, Fransa, Hollanda, Almanya ve İtalya gibi Batı Avrupa ülkelerinde de çocuk mahkemeleri kabul görmüştür.

Çocuk mahkemelerinin kurulmasına ilişkin çalışmalar 1945 yılında başlamış olmakla birlikte bu düşünceden yıllar sonra yani 07.11.1979 yılında Türkiye'de Çocuk Mahkemeleri Kanunu çıkarılmıştır, kanun yürürlüğe 1 Haziran 1982'de girmiştir. İlk çocuk mahkemesi ise 1987 yılında Ankara'da kurulmuştur.

---

(29) Zafer Hamide, ''Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlarda Muhakeme Usulü'' Doç.Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, (İstanbul 2006) syf:1090

Çocuk Mahkemeleri 3.7.2005 gün ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 25. maddesine göre Çocuk Mahkemesi ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinden oluşmaktadır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun, yalnızca Çocuk Mahkemelerinin kuruluş ve yargılama usulünü düzenlerken; 5395 sayılı yeni kanun korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ve suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarını da düzenlemiş olması nedeniyle 2253 sayılı kanuna göre daha kapsamlıdır. Bu değişikliğin yeni kanunun adına da yansıdığı ve genel bir ifade ile Çocuk Koruma Kanunu adını aldığını görmekteyiz.

1) Çocuk Koruma Kanununun Getirdiği Yenilikler

Çocuk Koruma Kanunu ile çocuk; korunma ihtiyacı olan çocuk ve suça sürüklenen çocuk kavramları tanımlanarak kanun yapım tekniğine uygun bir düzenleme meydana getirilmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu burada Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak yeni bir tanım getirmiştir. Buna göre çocuk daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder.[30]

"BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme madde 1: Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."

Burada daha erken yaşta ergin olsalar bile ibaresi dikkat çekicidir. On sekiz yaşından önce ergin olma, Türk Medeni Kanunu'nun 11. ve 12. maddesinde yer alan evlenme ve kazai rüşt (mahkeme) kararıyla mümkün olmaktadır. Çocuk Koruma Kanununa göre bir kimse evlenmekle veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile onsekiz yaşını dolduruncaya kadar çocuk sayılacaktır. Dolayısıyla Çocuk Koruma Kanunu'na tabi olacaktır.[31]

Küçük olan sanık hakkında, Çocuk Koruma Kanunu'nun öngördüğü yaş suç tarihi esas alınarak dikkate alınmalıdır.[32]

5395 sayılı Kanun'la Çocuk Mahkemeleri ikili bir ayrıma tabi tutulmuş ve yetkileri arttırılmıştır. Bunlardan ilki olan Çocuk Mahkemesi tek hâkimden oluşur. Asliye Ceza Mahkemesi ile Sulh Ceza Mahkemesi'nin görev alanına giren suçlar bakımından açılan davalara bakar. Bu mahkemelerde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmaz.

---

(30) Öztürk Bahri, Erdem M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Seçkin,2007, 11. Baskı, syf:1097

(31) Artuç Mustafa, Gedikli Cemil, Yeni Yargıtay Kararları Işığında TCK-CMK-CGİK-Çocuk Koruma Kanunu ve 5560 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, Ankara: Kartal Yayınevi,2007,2. Baskı, syf:602

(32) Yargıtay 10. CD 'nin28.12.2006 tarihli, 2006/3424 sayılı kararı

"...Cumhuriyet Savcısının duruşmaya katılması yasaya aykırıdır."[33]

Kanuna göre kurulan mahkemelerden ikincisi olan Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri, çocuklar tarafından işlenen ve Ağır Ceza Mahkemeleri'nin görevi içinde yer alan suçlarla ilgili davalara bakar ve duruşmada Cumhuriyet Savcısı hazır bulunur.

Çocuk Mahkemeleri Çocuk Koruma Kanununda öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirler ile acil koruma kararı almak bakımından yetkilidirler. Bu mahkemelerin bulunmadığı yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlarda soruşturma ve kovuşturma İl Cumhuriyet Başsavcılığı görevli mahkemelerce Çocuk Koruma Kanunu hükümlerine göre yapılır. Yukarıda da bahsettiğim gibi 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu oldukça kapsamlı bir kanun olup, ayrıntılı olarak temel ilkelere ve koruyucu-destekleyici tedbirlere yer vermiştir.

Çocuk Koruma Kanununda yer alan temel ilkeler şunlardır;

1. Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,

2. Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi,

3. Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tâbi tutulmaması,

4. Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması,

5. Çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmaları,

6. İnsan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi,

7. Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi,

8. Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimini ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi,

9. Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması,

10. Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması,

---

(33) Yargıtay 4. CD'nin 21.11.2006 tarih ve 2005/11051 esas 2006/16530 sayılı kararı

11. Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları,

12. Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması

Aynı Kanunun 5. maddesinde koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler olarak tanımlandıktan sonra tedbir türleri açıklanmıştır. Buna göre;

• Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

• Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

• Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

• Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

• Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbirlerdir.

Çocuk Koruma Kanunu ile adli ve idari mercilere, kolluk görevlileri, eğitim ve sağlık kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuktan haberdar oldukları takdirde yetkili kuruluşlara haber verme yükümlülüğü getirilmiştir. Kanunla bazı genel hukuk mahkemelerinin görevlerinin de Çocuk Mahkemelerine verildiği dikkat çekicidir. Türk Medeni Kanunu uyarınca velayet, vesayet, kayyımlık, nafaka ve çocukla kişisel ilişki kurma hususlarında karar vermeye çocuk Mahkemeleri ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Çocuk hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacağı hususu aynen korunmuş olup ayrıca Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan soruşturma işlemleri ve ifade alma sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisinin de bulunacağı belirtilmiştir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği çocukların yakalanması, gözaltına alınması işlemiyle ilgili özel kurallara yer vermiştir;[34] fiili işlediği zaman 12 yaşını doldurmamış olan çocuklar ile 15 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin suç nedeni ile yakalanamayacağını ve bu kişilerin hiçbir şekilde suç tespitinde kullanılamayacağını ancak bu nitelikteki çocukların kimlik ve suç tespiti amacıyla yakalanıp, kimlik tespitinden sonra serbest bırakılacakları hüküm altına alınmıştır. Yönetmelikte fiili işlediği zaman 12 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış olan çocukların suç sebebi ile yakalanabilmeleri mümkün kılınmakla beraber bir takım koşullara yer verilmiştir. Bu çocuklar yakınları ile müdafiye haber verilerek derhal Cumhuriyet Başsavcılığına sevk edilirler; bunlarla ilgili soruşturma Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır. Çocuğun gözaltına alındığı ana baba veya vasisine bildirilmeli, çocuk talebi olmasa dahi müdafiden yararlandırılmalıdır. Müdafi hazır bulunmak şartıyla çocuğun ifadesi alınabilir ve kanuni bir engel olmadıkça çocuğun ana babası, vasisi ifadede hazır bulunabilir. Çocukların kimlikleri mutlaka gizli tutulur, çocuklar yetişkinlerden mutlaka ayrı yerde tutulur ve çocuk yetişkinlerle beraber suç işlemiş ise soruşturmalar da ayrı ayrı yürütülür. Yönetmelikte çocuklarla ilgili işlemlerin mümkün olduğunca sivil kıyafetli görevliler tarafından yerine getireceği, zorunlu haller dışında çocuklara kelepçe ve benzeri aletler takılamayacağı ve suçun mağdurunun çocuk olması halinde çocuğa karşı işlenen suçüstü hallerinde şikâyete tabi suçlar bakımından şikayet şartının aranmayacağı vurgulanmıştır.

Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'teki 5. maddenin 10. fıkrasına göre fiili işlediği sırada oniki yaşından küçük çocuklar ile onbeş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri iddia olunan suçlara dair delillerin toplanması veya başka fail ya da faillerin bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkin olarak yukarıdaki esaslar dâhilinde soruşturma yapılabilir. Yine aynı yönetmeliğe göre kolluğun çocuk birimi, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocuklar hakkında işleme başlandığında durumu, derhal çocuğun veli veya vasisine ya da çocuğun bakımını üstlenen kimseye, baroya ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna, çocuk resmî veya özel bir kurumda kalıyorsa ayrıca kurum temsilcisine bildirilecektir. Ancak, çocuğu suça azmettirdiğinden veya çocuğu istismar ettiğinden şüphelenilen yakınlarına bilgi verilmeyecektir.

Bilindiği gibi 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun zamanında bir çocuk yetişkinle

---

(34) Artuç Mustafa, Gedikli Cemil, Yeni Yargıtay Kararları Işığında TCK-CMK-CGİK-Çocuk Koruma Kanunu ve 5560 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, Ankara: Kartal Yayınevi, 2007, 2. Baskı, syf: 607

beraber suç işlediği zaman hazırlık soruşturması birlikte yapılıyor; daha sonra dava açılırken evrak tefrik edilip ayrı iddianameyle dava açılıyordu. Daha sonra mahkeme, yargılama sırasında bu evrakı tefrik ediyordu. Artık olay olduğu andan itibaren kolluk da dâhil olmak üzere çocuk hakkındaki hazırlık soruşturması yetişkinlerden ayrı olarak, farklı bir dosya üzerinde yapılacak ve davası da ayrı açılacaktır. Daha sonra birleştirme konusunda, mahkeme karar verecektir. Ancak çocuklar hakkında yargılama yapan mahkeme isterse, çocuk hakkındaki yargılamayı genel mahkemedeki yetişkinler hakkında yapılan davanın sonucuna kadar bekletebilecektir. Bu düzenlemeyle çocukla yetişkinin yargılandığı davaların birleştirilmesi, ancak zorunlu hallerde ve en son çare olarak düşünülecektir.[35]

Çocuk Koruma Kanunu, bu kanuna göre gözaltına alınan çocukların, kolluğun çocuk biriminde tutulacağını; eğer böyle bir birim yoksa mutlaka büyüklerden ayrı tutulmalarının sağlanmasını hükme bağlamıştır.

2) Adli Kontrol

Çocuk Koruma Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki adli kontrol tedbirlerine ilave yapmak suretiyle bu müesseseyi çocuklar bakımından ayrıca düzenlemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki adli kontrol tedbirleri; yurt dışına çıkamamak; hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak; hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak; Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek; özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu Maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek; şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak; silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek; Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermektir. Çocuk Koruma Kanunu'nun 20. maddesine göre suça sürüklenen çocuk için bu tedbirlerin yanı sıra,

---

(35) Artuç Mustafa, Gedikli Cemil, Yeni Yargıtay Kararları Işığında TCK-CMK-CGİK-Çocuk Koruma Kanunu ve 5560 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, Ankara: Kartal Yayınevi,2007,2. Baskı, syf:608

a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.

b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.

c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak tedbirleri getirilmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 20/2. maddesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112. maddesine paralel düzenleme yapılmış, bu tedbirlerle sonuç alınmazsa tutuklama kararı verilebileceği hususu vurgulanmıştır.[36]

3) Uzlaşma

Çocuk Koruma Kanunu ile çocuklarla ilgili uzlaşma müessesesi ayrıca düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununda uzlaşmaya tabi suçlar iki grupta toplanmıştır. Bunlardan ilk grup soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlar, ikinci grup ise şikayete tabi olup olmadığına bakılmaksızın Türk Ceza Kanunundaki kasten yaralama, taksirle yaralama, konut dokunulmazlığının ihlali, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçlarıdır. Kanun, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşmaya gidilemeyeceğini belirtmiştir. Çocuk Koruma Kanunu kapsamı genişletmiştir ancak bu düzenleme Kanunda uzlaşma başlıklı 24. maddenin 6.12.2006 tarihinde yapılan değişiklik sonucunda kaldırılmıştır. Değişiklik sonrası artık iki kanunun uzlaşmaya dair kapsamı ayniyet kazanmıştır.

Çocuk Koruma Kanunu'nda önemli olan çocuğu topluma kazandırmaktır. Uzlaşmada bu amaç yoktur; belki bazı durumlarda çok dolaylı bir biçimde söz konusu olabilir. Uzlaşma, bu biçimiyle ahlaka da pek uygun düşmez. Örneğin, cinsi münasebet kurmak suretiyle TCK madde 104'te düzenlenen ve takibi şikayete bağlı olan ve uzlaşmaya açık bulunan suçu işleyen iki çocuk uzlaşacaktır. Nasıl? Ebeveyn parayı verecek, böylece cinsi münasebet adeta satın alınmış olacaktır.[37]

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bir kararında Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan uzlaşma hükümlerinin uygulanmasına yer olup olmadığı tartışılmadan hüküm kurulmasını kanuna aykırı bulmuştur.[38]

---

(36) Artuç Mustafa, Gedikli Cemil, age. syf:616

(37) Öztürk Bahri, Erdem M. Ruhan, age syf: 1114

(38) Yargıtay 4. CD 2006/6668 esas ve 2007/442 numaralı kararı

Çocuk Koruma Kanunu ile getirilen yenilikler yalnızca muhakemeye dair yenilikler değildir. Cumhuriyet Başsavcılıklarında çocuk bürosunun kurulacağı, aynı şekilde kollukta çocuk birimlerinin oluşturulacağı ve mahkemelerde sosyal çalışma görevlilerinin bulunacağı yeni kanunda yer alan önemli değişikliklerdendir.

Çocuk Koruma Kanunu ile geçiş hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre; 2253 sayılı Kanun gereğince kurulan çocuk mahkemelerinde derdest bulunan ve bu Kanun ile kurulan çocuk mahkemesinin görevine giren dava ve işler, bu mahkemeler faaliyete geçtiğinde çocuk mahkemesine devredileceği, genel ceza mahkemelerinde görülmekte olan ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte on sekiz yaşını doldurmuş olan sanıklar hakkındaki dava ve işler çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerine devredilemeyeceği, çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturma ve kovuşturmalar Cumhuriyet Başsavcılığı ve görevli mahkemelerce bu Kanun hükümlerine göre yapılacağı, çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları görevli aile veya asliye hukuk mahkemelerince alınacağı öngörülmüştür.

4) Savunma ve mecburi müdafilik

Çocuk Koruma Kanununun 42. maddesi gereğince kanunda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümleri uygulanacaktır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 18 yaşını bitirmemiş olanlara, talepleri aranmaksızın müdafii tayin edileceğini hükme bağlamıştır. Çocuk Koruma Kanunu'ndaki eksiklik, yine bu kanundaki açık ifade ile Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hüküm uygulanarak giderilebilecektir.

Çocuk Koruma Kanunu'nda eski 2253 Sayılı Kanun'a yapılan yollamaların artık Çocuk Koruma Kanunu'na yapılmış sayılacağı belirtilerek uygulamada meydana gelebilecek olası sorunların önüne geçilmek istenmiştir.

5) Çocuklar Hakkında Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi

06.12.2006 tarihli değişiklik öncesi Çocuk Koruma Kanunu'ndaki hükmün açıklanmasının ertelenmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koşullara bir takım ek koşullar getirmekteydi. Şu an her iki kanundaki düzenleme, Çocuk Koruma Kanunu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu'na

yaptığı atıf nedeniyle aynıdır. Ancak maddenin değişiklik sonrası çocukların işledikleri suçlarda da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanacak fakat denetim süresi 3 yıl olacaktır. Kurum, erteleme kurumunun özel bir hali ve Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da maslahata uygunluk ilkesinin bir sonucu olarak görünmektedir

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması; mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulları gerçekleşmelidir.

Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya

seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler, Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.

Yargıtay, pek çok kararında 5395 sayılı kanun gereğince hükmün açıklanmasının ertelenmesi hususunun tartışılıp, takdir ve değerlendirmesinin yapılmamasını bozma nedeni olarak görmüştür.

"Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda verilen ceza, en çok 3 yıla kadar hapis(3 yıl dâhil) veya adli para cezası ise, mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebileceği göz önünde bulundurularak, bu hususun tartışılması gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 10. CD'nin 28.12.2006 tarih ve 2006/3424-15101 sayılı kararı)

"Sanığın suç tarihindeki yaşı ve sarkıntılık suçu için öngörülen ceza miktarı nazara alındığında 15.07.2005 günlü resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağının takdir ve değerlendirmesinin mahkemesince yapılması lüzumu bozmayı gerektirmiş..." (Yargıtay 4. CD'nin 24.10.2005 gün ve 2004/913 E, 2005/21643 K)

Yargıtay kararları incelendiğinde Çocuk Koruma Kanunu'ndaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair 23. madde ve uzlaşmayla ilgili 24. madde bakımından hükümden sonra yürürlüğe girmiş olsa bile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. ve 24. maddelerine göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunlu görülmüştür.

"Hükümden sonra yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasası'nın 23. ve 24. maddelerine göre, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması..." (Yargıtay 6. CD'nin 14.11.2005 gün; 2003/17153 E; 2005/10069 K)

"5230 sayılı Yasa'nın 8/1 maddesi yollamasıyla 1412 sayılı Yasa'nın 326/son maddesinin gözetilmesine oybirliğiyle karar verildi" (Yargıtay 6. CD'nin 21.11.2005 gün; 2003/17447E; 2005/10459 K)

6) Çocuklar Hakkında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

06.12.2006 tarihli değişiklik öncesi Çocuk Koruma Kanunu'ndaki hükmün açıklanmasının ertelenmesinde olduğu gibi kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından da Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koşular aranmaktaydı ve fakat bu koşullara çocuklar bakımından bazı ek hükümler getirilmişti. Yapılan değişiklik sonrasında her iki kanundaki düzenleme de aynı olmuştur. Ancak maddenin değişiklik sonrası çocukların işledikleri suçlarda da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171/2. maddesi olan kamu davasının açılmasının geri bırakılması uygulanacak fakat erteleme süresi 3 yıl olacaktır. Kurum, erteleme kurumunun özel bir hali ve ceza muhakemesi hukuku bakımından da maslahata uygunluk ilkesinin bir sonucu olarak görünmektedir

Uzlaşma hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının üç yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173. maddesi hükümlerine göre itiraz edebilir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik gereğince; kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuk hakkında mahkemece belirtilen koşullar ve süre içinde, denetim plânı doğrultusunda suça sürüklenen çocuğun toplumla bütünleşmesi açısından ihtiyaç duyduğu her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı toplum temelli bir uygulama esas alınır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin verilen kararlar, talî karar fişi düzenlenerek sisteme kaydedilmek üzere Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne gönderilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, kanunun kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine ilişkin maddelerinde belirtilen amaçlar için kullanılabilir.

7) Tutuklama Yasağı

Çocuk Koruma Kanunu çocuklar bakımından tutuklamaya ilişkin olarak farklı bir hüküm getirmiştir. Buna göre; On beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemez.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki tutuklama yasağına ilişkin hüküm sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceğine ilişkindir. Çocuk Koruma Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki süreyi arttırmıştır. Yalnız adli para cezasını gerektiren suçlardan, Çocuk Koruma Kanunu'nda bahsedilmemiş olmasına rağmen hükmün bu kanun bakımından da geçerli olduğu konusunda şüphe olmamalıdır.

8) Terörle Mücadele Kanunu Bakımından Çocuk

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinin 2. cümlesinde terör suçlarından dolayı on beş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davaların da Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca 2004 yılında yapılan bir değişiklikle usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı

hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı da Anayasa'da hükme bağlanmıştır. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde *"Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."* ifadesi yer almıştır. Anayasa'nın kanuni hâkim güvencesi başlığını taşıyan ve hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını içeren 37. maddesi ile yukarıda değinilen 90. maddesi birlikte ele alındığı zaman hem uluslar arası mevzuat, hem de ulusal mevzuat bakımından ortada bir sorun ve çelişki olduğu kanısındayım. Terörle Mücadele Kanunu'nda on beş yaşın üzerindeki çocuklar bakımından getirilen bu hüküm, uluslar arası sözleşmelere de konu alan "adil yargılanma hakkı" na aykırılık teşkil edebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanmanın gerekleri içerisinde yer alan *"hakkaniyete uygun olma"* gerekliliği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karalarında "*bir bütün olarak yargılamanın adil niteliği, gerek içeriği ve gerek kapsam ve unsurları bakımından -davanın özel koşullarına uygun olarak- farklı ve değişik şekilde ortaya çıkabilmektedir."*[39] şeklinde ifade bulmuştur. Çocuklar hakkında muhakeme faaliyet ve işlemlerinin silahların eşitliği ilkesi gereğince dengelenmesi ve ulusal mevzuatta iki farklı kanunda yer alan hükümler arasındaki uyumsuzluk, uluslar arası sözleşmeler ve hukukun genel ilkelerindeki güvencelere uygun olarak giderilmelidir.

TRAFİK MAHKEMELERİ

13.10.1983 gün ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu gereğince görevlendirilen Trafik Mahkemelerinin görev alanı ve muhakeme usulü yargı kararları ışığında irdelenecektir.

İhtisas Mahkemeleri ile ilgili Adalet Bakanlığı Genelgesi'nin Trafik Mahkemeleri konusundaki içeriği aşağıdaki şekildedir;

Mevcut durum itibariyle hiç bir adli yargı teşkilatında trafik mahkemesi kurulmamış olduğundan;

• Evvelce verilen yetki üzerine trafik davalarına bakmakta olan sulh ceza mahkemelerinin trafik davalarına bakmalarının devamına,

• Evvelce herhangi bir yetki verilmemiş bir veya birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde bütün sulh ceza mahkemelerinin trafik davalarına bakmaya yetkili kılınmasına Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile düzenlemiştir.

---

(39) Gözübüyük A. Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, syf. 290

1) Görev

Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması dışında anılan yasadaki; hafif para cezasını veya bununla birlikte hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren uçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde bakılır.

Yasada görev istisnası olarak sayılan, sürücü belgelerinin geçici olarak geri alma yetkisi mahkemelere ait iken, 12.03.2000 tarihinde yürürlüğe giren 08.03.2000 tarihli 4550 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile anılan yasanın 112/1. maddesine "*Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere*" ibaresi eklenip, anılan yasanın 3. maddesiyle de 2918 sayılı yasaya eklenen ek 13. maddesi ile "*Bu kanunda yazılı suçlardan 48. maddede gösterilen alkollü araç kullanmak*" suçunu birinci ve ikinci defasında işlemek, 51. maddenin üçüncü fıkrasında geçen *"bir yıl içinde hız sınırını 5 defa ihlal etmek*", 118. maddenin 2. ve 3. fıkralarında yazılı "*100 ceza puanını doldurmak suçlarından birinin tespiti halinde sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması işlemlerine bu kanunun 6. maddesinde sayılan trafik görevlileri yetkilidir*" hükmü getirilerek anılan yetki trafik görevlilerine devredilmiştir.[40]

Trafik zabıtası, kanunun ek 13. maddesinde sayılan hallerde sürücü belgelerini geri alma yetkisine sahip olup, kanunda ehliyetin geri alınması nedenleri olarak sayılan diğer hallerde ise, ehliyetin geçici olarak alınmasına karar verme yetkisi mahkemelere aittir.

Örneğin, yasanın 48/5 maddesi uyarınca, üçüncü kez alkollü araç kullanma ve 118/5 maddesi uyarınca ölümle sonuçlanan trafik kazalarına asli kusurlu olarak sebebiyet verme eylemleri ek 13. maddede sayılan eylemler arasında bulunmadığından, bu hallerde, ehliyetin geri alınmasına karar verme yetkisi mahkemeler aittir.[41]

2) Muhakeme

2918 sayılı kanunda düzenlenen suçları işleyenler hakkında duruşmalar, 3005 sayılı Meşhut (Suçüstü) Suçların Muhakeme Usulü Hakkında Kanun'un 1. maddesinin A bendindeki yer ve aynı kanunun 4. maddesindeki zaman kayıtlarına bakılmaksızın sözü edilen kanundaki hükümlere göre yapılacağı belirtilmiştir. Ancak 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Hakkında Kanun yürürlükten kaldırıldığı için 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 3005 sayılı kanuna yaptığı atfın hükümsüz kalmış olması gerekmektedir.

---

(40) Denizhan Hüseyin, Karayolları Trafik Kanunundaki Trafik Suçları, Ankara, Ekim 2003, Adalet Yayınevi, syf: 308

(41) Denizhan Hüseyin, age, syf 308

3) Birleştirme Yasağı

2918 sayılı kanuna göre görülen davarla, diğer kanunlara göre görülen davalarla birleştirilemez.

Anılan kanunun; hafif para cezası veya hafif para cezası ile birlikte hafif hapis cezası yanında veya tek başına belgelerin alınması. İptali veya işyerlerinin kapatılması cezası öngörülmüş olan maddelerindeki suçlarda, Türk Ceza Kanununun 119. maddesindeki "Kanun maddesinde ayrıca bir meslek veya sanatın tatili cezasının bulunması bu madde hükmünün uygulanmasına engel olmaz" hükmü uygulanmaz.(Bu madde, Yeni Türk Ceza Kanunundaki 75. maddeye tekabül etmektedir. Ancak yeni kanundaki ifade tam olarak eski anlamı kapsamamaktadır.)

4) Tekerrür ve Suçların Tekrarı

2918 sayılı kanunda, ancak maddede açıkça suçun tekrarından söz edilen hallerde tekerrür hükümleri uygulanabilir; aksi halde uygulanmaz.

Anılan kanuna göre verilen hükümler, aynı kanun uyarınca verilen hükümlerde tekerrüre esas alınabilir. Diğer kanunlara göre verilen hükümler bu kanuna göre veya bu kanuna göre verilen hükümler diğer kanunlara göre tekerrüre esas olmaz.

Kanunda yer alan "suçun tekrarından" maksat maddede aksi yönde bir düzenleme bulunmaması halinde, daha önce verilmiş hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde aynı suçun tekrar işlenmesidir.

Ancak, 08.01.2003 gün ve 4785 sayılı kanunun 3. maddesi ile; "Yönetmelik ile belirtilen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin, suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde;..." denilmek suretiyle, alkollü araç kullanma suçlarında anılan yasanın yürürlük tarihi olan 15.01.2003 tarihinden itibaren tekerrür süresi geriye doğru 5 yıl içinde aynı suçun işlenmesi olarak kabul edilecektir.[42]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, kanundaki tekerrürü önceleri Türk Ceza Kanunundaki genel hükümlere göre değerlendirmişken,[43] sonradan görüşünün değiştirerek kanundaki tekerrür halinin Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinden ayrılıp tamamen kendine özgü, özel bir düzenleme olduğu, kanunun tekerrür hükümlerinin uygulanmasını değil, eylemin tekrar edilmesinin kanunda düzenlenen suçun bir tür nitelikli hali kabul edilerek yaptırımın belirlenmesine ilişkin bir düzenleme olduğuna karar vermiştir.[44]

---

(42) Denizhan Hüseyin, age, syf 310

(43) Yargıtay CGK 30.01.2001 gün ve 7/27-169 sayılı kararı

(44) Yargıtay CGK 12.02.2002 gün ve 7/27-169 sayılı kararı

Yargıtay 7. CD'nin 17.11.2000 tarihli 2000/12743-15402 numaralı kararı şu şekildedir; "2918 sayılı yasanın 112. maddesi ve 5. ve 6. fıkraları gereğince bu kanunun uygulanmasında suçun tekrarından söz edilen maddelerin dışında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı ve bu kanunlara göre verilen hükümler diğer kanunlara göre,diğer kanunlara göre verilen hükümle bu kanuna göre verilen suçlarda tekerrüre esas olmayacağı gözetilmeden TCK'nin 81. maddesi gereğince artırım yapılması(Yeni Türk Ceza Kanununda madde 58-Suçta Tekerrür) kanuna aykırı bulunmuştur.

Yargıtay 7. CD'nin 22.04.1999 tarihli 1999/3590-3928 numaralı kararında son suçun kabahat nevinden olduğu cihetle cürüm nevinden olan ertelenmiş hükümlülüğün aynen infazına karar verilemeyeceği nazara alınmayarak TCK'nin 95/2 maddesine aykırı hüküm tesisinde de kanuna aykırılık bulunmuştur.(Yeni Türk Ceza Kanunu madde 51-Hapis cezasının ertelenmesi hükmü)

5) Önödeme

Kanun maddesinde yalnız hafif para cezası ya da hafif para cezası ile birlikte üç aya kadar hafif hapis cezası verilmesi hallerinde TCK'nın önödemeye ilişkin hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

Ancak 2918 sayılı kanunun, hafif para cezası veya hafif para cezası ile birlikte hafif hapis cezası yanında veya tek başına belgelerin geri alınması. İptali veya işyerlerinin kapatılması cezası öngörülmüş olan maddelerindeki suçlarda, Türk Ceza Kanunundaki "Kanun maddesinde ayrıca bir meslek veya sanatın tatili cezasının bulunması bu madde hükmünün uygulanmasına engel olmaz" hükmü uygulanmaz.

Hafif para cezası veya hafif para cezası ile birlikte hafif hapis cezası yanında veya tek başına belgelerin alınması, iptali veya işyerlerinin kapatılması cezaları öngörülmüş olan maddelerindeki suçlarda bir istisna 2918 sayılı kanunun 112/son maddesi ile kabul edilmiştir. Bu nedenle önödemeye ilişkin genel kural trafik suçlarında uygulanmayacaktır. Demek oluyor ki; kanun maddesinde meslek veya sanatın tatili cezaları varsa artık Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır.

6) Asker Kişilerin Muhakemesi

• Askeri araçları süren kişiler ile asker kişilerin bu kanunda yazılı suçlarla ilgili davalarına da bu mahkemelerde bakılır.

• Askeri görev ve hizmetlerin yürütülmesi sırasında askeri araca sürücülerinin asker kişilere karşı işledikleri trafik kazaları ile ilgili suçlarda

353 sayılı kanun hükümleri saklıdır.[45] (353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu)

7) Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Plakaya Düzenlenen Trafik Para Cezalarının İptali Davalarında Görev Uyuşmazlığı

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe girmesiyle plakaya düzenlenen trafik cezalarının ve bu cezaya dayanak teşkil eden tutanağın iptali davalarında adli ve idari yargı mahkemeleri arasında görev uyuşmazlıkları çıkmaya başlamış ve bu durum Uyuşmazlık Mahkemesi karlarına yansımıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararları incelendiğinde görev uyuşmazlığı çıkmasına neden olan hükümlerin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2, 3, 16, 19 ve 27. maddeleri ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddeleri olduğu görülmektedir.

Sürücü belgelerinin geri alınmasına karşı açılan davalarla birlikte açılan plakaya düzenlenen trafik cezaları ile ilgili davalarda Uyuşmazlık Mahkemesi; *"Sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin işlemlerin ayrıntılı idari kurallarla düzenlendiği, 2918 sayılı Kanun'un 112. maddesinde sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması hususunun trafik ve sulh ceza mahkemelerinin görevine dâhil edilmediği, aynı şekilde 5326 sayılı Kanun'un 19. maddesinde de ehliyetin geri alınmasına ilişkin hükümlerin geçici istisnalar arasında sayıldığı hususu da dikkate alındığında; sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin davaya bakma görevi idare mahkemesine ait olmaktadır."* diyerek iki durum arasındaki görev uyuşmazlığı farkını ortaya koymuştur.[46]

Sorun; trafik cezalarının iptaline karar verecek olan yargı yerinin görevli olduğunun tespiti noktasında kendinin göstermektedir. Kabahatler Kanununun 2. maddesinde; *"karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık" "kabahat"* olarak tanımlandığı, 3. maddesinde bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı, 16. maddesinde kabahatler hakkında uygulanacak olan idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğunu, aynı kanunun "*başvuru yolu*" başlıklı 27. maddesinde; idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı, kararın tebliğ veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulabileceği belirtildiği; diğer kanunlarda

(45) Karakaş Birsen, Karayolları Trafik Kanunundaki Ceza Hükümleri ve Uygulaması, Ankara; Seçkin. Kasım 2002,1. Baskı, syf: 162

(46) Ülgen Celal, Plakaya Düzenlenen Trafik Para Cezalarının İptali Davaları, İstanbul: Beta YayınlarıNisan, 2007, 1. baskı, syf:67 (Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 06.03.2006 tarihli 2006/7 Esas ve 2006/27 numaralı Kararı)

kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat ve ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikte veya seyir seferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin ilgili kanunlarda bu kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar saklı olduğunun belirtildiği, 5326 sayılı Kanun'un 01.06.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği belirtilen yasal düzenlemeler uyarınca, 01.06.2005 tarihinden itibaren, 5326 sayılı Kanun'da sayılan idari para cezası ve idari tedbirlerden oluşan idari yaptırımlara karşı, Kanun'un 19. maddesinde saylan istisnai durumlar haricinde Sulh Ceza Mahkemeleri nezdinde dava açılabilmekte olduğu belirtilmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinde sayılan istisnalar Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının belirleyicisi olmuştur. Aynı kanunun Geçici 2. maddesinde *"Bu kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibariyle idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz"* demek suretiyle geçiş hükümlerine yer vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Kabahatler Kanununun uygulanabilmesi için Kabahatler Kanunu'nun 1. maddesinde yazılı olan kanunun amacı dikkate alınarak, idari yaptırımın yine 1. maddede belirtilen alanların korunmasına yönelik olması, 2. maddedeki kabahat tanımına uyması, 16. maddedeki yaptırım türlerine uyması ve 19. maddedeki geçici istisnalardan olmaması unsurlarına göre bir değerlendirme yaparak görevli mahkemeyi tespit etmiştir.[47]

İCRA CEZA MAHKEMESİNDE YAPILAN MUHAKEME

İcra İflas Kanunu'nun 346,349-354 ve kısmen de 366. maddelerinde İcra Mahkemelerinde yapılacak olan ceza muhakemesi hükümlerine yer verilmiştir. İcra İflas Kanunu'nda yer alan suçlarla ilgili davalara, İcra Mahkemesinde bakılır, İcra İflas Kanunu madde 348'e göre yetkili icra mahkemesi, icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemedir. İcra Mahkemesinin görevine giren bu işler, diğer mahkemelerde görülen ceza davaları ile birleştirilemez.

1) İcra Ceza Mahkemesi'nin görevine giren icra suçları

1. Konkordatoda yetkili kimseleri hataya düşürmek (İİK 334. md.).

---

(47) Ülgen Celal, age, syf:75 (Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.11.2005 tarihli 2005/87 Esas ve 2005/107 numaralı Kararı) ile syf:81 (Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 10.07.2006 tarihli 200/41 Esas ve 2006/107 numaralı Kararı)

2. Müflisin mallarını iflas idaresine vermemek ve müflisin alacaklarını if-las dairesine bildirmemek (İİK 336. md.).

3. Mal beyanında bulunmamak (İİK 337. md.).

4. Borçlunun defteri yapılmış olan malları, aynen veya istenildiği zamanki kıymetiyle iflas dairesine vermemesi (İİK 337/2, 167. md.).

5. Müflisin mallarının defteri tutulurken hazır bulunmaması ve bu malları iflas dairesinin emrine hazır bulundurmaması (İİK 337/2, 209. md.).

6. İflasın tasfiyesi süresince, müflisin iflas dairesinin emirlerine uymaması (İİK 337/2, 216. md.).

7. Ticareti terk hükmüne aykırı davranmak (İİK 337/a md.).

8. Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak (İİK 338. md).

9. Mal beyanından sonra, mal ve kazancında meydana gelen artışı bildir-memek (İİK 339. md.).

10. Taahhüdü ihlal etmek (İİK 340. md.).

11. Çocuk tesliminden kaçınmak (İİK 341. md.).

12. Hükmen teslim edilen taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın tekrar gir-mek (İİK 342. md.).

13. Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması veyahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilam hükümlerini muhalefet etmek (İİK 343. md.).

14. Nafaka borcunu ödememek (İİK 344. md.).

15. Gerektiği halde sermaye şirketinin iflasını istememek (İİK 345/a md.).

2) Şikâyet

İcra Mahkemesince bakılacak suçlardan dolayı şikâyet, fiilin işlendiğinin öğrenildiği günden itibaren 3 ay ve her halde işlenmesinden bir yıl süre geçmekle sona erer. Suç yerine fiil terimi kullanılarak Kabahatler Kanununa uyum sağlanmak istenmiştir.[48]

Şikâyet yazılı veya sözlü olabilir. Dilekçeyi veya sözlü beyanı alan tetkik mercii duruşma için hemen bir gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alır ve sanığa celpname gönderir. Tanık gösterilmemiş ise, o da çağrılır. İki taraf tayin olunan gün ve saatte İcra Mahkemesinin huzuruna gelmeye veya vekil göndermeye mecburdur. Gerektiğinde merci, tarafların bizzat hazır bulunmasını isteyebilir. Sanık başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoluyla sorguya çekilir. Sanık şikâyeti alan veya istinabe edilen mahkeme

(48) Öztürk Bahri, Erdem M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Seçkin,2007, 11. Baskı, syf:1085

huzuruna gelmez veya müdafi göndermezse veya bizzat bulunmasına gerek görülürse zorla getirilir. Bu şekilde de hazır bulunması sağlanamazsa muhakeme gıyabında yapılır. Şikâyetçi muayyen zamanda gelmez, vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşer. Yer bakımından yetkili İcra Mahkemesi icra takibinin yapıldığı yer İcra Mahkemesidir.

3) Disiplin ve Tazyik Hapsi

İcra İflas Kanunu hükümlerine göre disiplin ve tazyik hapsine İcra Mahkemesi karar verir. İcra Mahkemesi'nin verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı, tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, yargı çevresinin bulunduğu Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İcra Mahkemesinin verdiği tazyik veya disiplin hapsine ilişkin karar, kesinleştiği tarihten itibaren iki yıl geçtikten sonra yerine getirilmez.

4) Duruşma

İcra Mahkemesinde yapılan duruşmada taraflarla, tanıklar dinlenir ve ifadeler duruşma tutanağına geçirilir. Duruşmada savcı hazır bulunmaz.

Şikâyetçi dilekçesinde veya sözlü beyanında göstermiş olduğu delillerle bağlıdır. Sanık savunması için, soruşturmanın genişletilmesini bir kere isteyebilir. Mahkeme, iki tarafın açıklamalarını, iddia ve savunmalarını dinledikten sonra 5 gün içinde kararını verir ve bu kararın özetini Cumhuriyet Savcısına bildirir. İcra Mahkemesinin görevine giren işler, diğer mahkemelerde görülen ceza davaları ile birleştirilemez.

Ancak kesinleşen cezaların infaz sırasında içtima kurallarına göre birleştirilmesi mümkündür.[49]

İcra ve İflas Kanununda yazılı suçlardan takibi şikâyete tabi olanların şikâyetçisi şikâyetten feragat eder veya borcunu itfa ettiği sabit olursa, dava tüm sonuçlarıyla beraber düşer.

5) Kanun yolları

İcra Mahkemesinin İcra İflas Kanununda yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır. İcra Mahkemelerinin verdiği bu kararlar. Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup istinaf yolu başlayıncaya kadar tefhim veya tebliğden itibaren 7 gün içinde sanık veya şikâyetçi veya savı tarafından temyiz edilebilecektir.

(49 Öztürk Bahri, Erdem M. Ruhan, age ,syf:1086

Temyiz, bir dilekçe ile veya tutanağa geçirilerek sözlü olarak beyan edilmekle de olur. Temyiz layihasının verilmesine gerek yoktur. Temyiz dilekçesi veya beyanı üzerine, dosya Yargıtay'a gönderilir. Temyiz neticesinde haksız çıkan borçlunun cezası, şikâyetçi feragat eder veya borcun itfa edildiği sabit olursa tamamen düşmez, ceza ancak yarısına kadar düşer.

FİKRİ VE SINAÎ HAKLAR CEZA MAHKEMESİ

05.12.1951 gün ve 5846 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu ile 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamelerinden kaynaklanan ceza davarlı için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Yargı çevreleri de İhtisas Mahkemesinin kuruldukları yer mülki hudutları olarak belirlenmiştir.[50]

İhtisas Mahkemeleri ile ilgili Adalet Bakanlığı Genelgesinin Trafik Mahkemeleri konusundaki içeriği aşağıdaki şekildedir;

Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemesi kurulmayan yerlerde ceza davaları için;

1. Bir Asliye Ceza Mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin,

2. İki Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı Asliye Ceza Mahkemesinin,

3. İkiden fazla Asliye Ceza Mahkemesi buluna yerlerde 3 numaralı Asliye Ceza Mahkemesinin yetkilendirilmesine, ilgili mahkemelerin yargı çevrelerinin ise adli yargı adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatları olan ilçeleri kapsayacak şekilde belirlenmesine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile düzenlemiştir.

1) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Tecavüz Halinde Açılabilecek Ceza Davaları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71. maddesinde manevi, maddi ve bağlantılı haklara tecavüz ile 72. maddesinde koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık suçlarına yer verilmiştir. 2001 değişikliği ile bir eserin, sahibinin yazılı izni olmaksızın değiştirilmesi de suç kapsamına alınmıştır. Ayrıca hukuka aykırı yollarla elde edilen kopyaları ticari amaçla kullananlar da faildir. Teknik bir aracın geçersiz kılınmasına veya izinsiz

(50) Erol Haydar, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması, Ankara:Yayın Matbaacılık, syf:25

ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı ticari amaçla elinde bulunduran veya dağıtanların da cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Hak sahibinin talebi üzerine Savcılık, hukuka aykırı kopyaların çoğaltıldığı yerin kapatılmasını, kopyalara el konulmasını ve bunların imaline yarayan teknik araçların mühürlenmesini yetkili mahkemeden isteyebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık, el koyma ve mühürleme işlemini bizzat yaparak en fazla 3 gün içinde yetkili mahkemeye sevk eder.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 71. madde olan manevi, maddi ve bağlantılı haklara tecavüz ile 72. maddesi olan koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerinden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler.

Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre elkoyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. Cumhuriyet savcısı ayrıca, gerek görmesi hâlinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir. Ancak, bu karar yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim tarafından yirmi dört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır.

Ceza davalarında görevli mahkeme, cezanın derecesine bakılmaksızın ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

2) Sınai Haklarda Ceza Davaları

Sınai mülkiyet mevzuatımızda öngörülen suçlar şöyle sıralanabilir;(Mar KHK madde 61/A, Pat KHK madde 73/A, End Tas KHK madde 48/A)

1. Gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak,

2. Markanın, patentin, tasarımın veya coğrafi işaretin koruma altında olduğunu belirten işareti, ürün veya ambalaj üzerinden izinsiz olarak kaldırmak,

3. Hakkı olmadığı halde kendisini marka, patent, tasarım veya coğrafi işaret hakkı üzerinde tasarrufta bulunmak,[51]

4. Korunan bir markası, patenti, tasarımı veya coğrafi işareti olmadığı halde, bu izlenimi uyandıracak eylemlerde bulunmak

Sayılan bu suçlar ancak kast ile işlenebilir; taksirle işlenemez. Kovuşturma şikâyete bağlıdır. Şikâyet, fiili ve faili öğrenmeden itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Şikâyet acele işlerden sayılır. Ceza davası, Şikâyet üzerine Savcı tarafından açılır. Şikâyet eden davaya müdahil olabilir. Şikâyetin geri alınmasıyla dava düşer.[52]

3) Haksız Rekabetten Doğan Ceza Davaları

Türk Ticaret Kanunu'nda kanun koyucu öneminden dolayı haksız rekabet fiilini yalnızca hukuki sorumluluk ile karşılamakla yetinmiş; ona cezai sorumluluk ve müeyyideler bağlamıştır.

Türk Ticaret Kanunu madde 64'te cezai müeyyideleri olan filer yer almaktadır;

1. Türk Ticaret Kanunu madde 57'de yer alan haksız rekabet hallerinden birinin kasten işlenmesi,

2. Bir kimsenin kendi icap ve tekliflerini rakiplerininkine göre üstün gösterme amacıyla kendi şahsi durumu, emtiası, mahsulleri, ticari faaliyeti ve ticari işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi

3. Bir kimsenin yardımcılarını o kimseye ait imalat veya ticari sırlarını açığa çıkarmak veya ele geçirerek amacıyla kandırmak

4. İstihdam edenin, işlerini gördükleri sırada bir başkasına karşı haksı rekabet fiilini gerçekleştiren yardımcılarının bu fiilini, öğrenmesine rağmen men etmemesi veya gerçeğe aykırı beyanı düzeltmemesi,

5. Haksız rekabetin meni hakkındaki kesinleşmiş ilama rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya tali şekillerle devam edilmesi (bu suç resen kovuşturulur)

---

(51) Karahan Sami, Suluk Cahit, Saraç Tahir, Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları,Ankara:Seçkin 2007, 1. Baskı, syf 308

(52) Karahan Sami, Suluk Cahit, Saraç Tahir, Nal Temel,age,syf 309

KAÇAKÇILIK MAHKEMELERİ

10.07.2003 gün ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan kaçakçılık fiilleri ile ilgili olarak aynı maddenin (i) bendinin 1 numaralı alt bendi, 13. maddenin 1. ve 2. fıkraları ile 14. maddesinde yazılı fiilleri gümrük komisyonlarınca, ağır hapis gerektiren suçlara Ağır Ceza Mahkemesince ve bunlar dışında kalan suçlara da Asliye Ceza Mahkemesince bakılacaktır. Buna göre; herhangi bir eşyayı belirlenen gümrük kapılarından geçirmeksizin Türkiye'ye ithal veya buna teşebbüs etmek, herhangi bir eşyayı gümrük işlemine tâbi tutmaksızın Türkiye'ye ithal veya buna teşebbüs etmek, transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakmak veya buna teşebbüs etmek, bu bentlerde belirtilen eşyayı bilerek; taşımak, satmak, satın almak, saklamak, satışa arz etmek ya da alınıp satılmasına aracılık etmek, kanunlara veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma veya sözleşmelere göre ithali veya ihracı yasak olan herhangi bir eşyayı ithal veya ihraç etmek veya bunlara teşebbüs etmek, ithali yasak eşyayı bulundurmak, satmak, satın almak, saklamak, satışa arz etmek, alınıp satılmasına aracılık etmek veya bilerek taşımak, gerçeğe aykırı belge ile gümrük idaresini yanıltarak, vergilerini hiç ödememek veya eksik ödemek, vergileri ödenmeksizin ödenmiş veya işlemleri yaptırılmış gibi göstermek, vergiye tâbi olduğu halde muafiyete tâbiymiş gibi göstermek suretiyle eşya ithal veya ithale teşebbüs etmek, ithali; lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tâbi olan eşyayı gerçeğe aykırı her türlü beyanname ve belge ile gümrük idaresini yanıltarak işlemini yaptırmak suretiyle ithal etmek veya bunlara teşebbüs etmek, ithali, insan sağlığı ve güvenliği, hayvan ve bitki varlığı ve sağlığı, çevrenin korunması, tüketicinin doğru bilgilendirilmesi ve ticarî kalite yönlerinden standardizasyon kontrolüne tâbi olan eşyayı, standarda uygun olmadığı halde gerçeğe aykırı her türlü beyanname ve belge ile gümrük idaresini yanıltarak standarda uygun ya da standart dışı göstermek suretiyle ithal etmek, özel kanunları gereğince belirli işler için vergiden tamamen veya kısmen muaf olarak ithal olunan eşyayı ithal amacı dışında kullanmak veya satmak veya bilerek satın almak, herhangi bir işlem veya amaç için belli şartlarla Türkiye'ye geçici olarak ithal olunan eşyayı her türlü beyanname veya belge düzenlemek suretiyle gümrük bölgesinden çıkarmadığı halde çıkarmış gibi göstermek, belirtilen şekilde geçici olarak ithal olunan eşyayı satmak veya bilerek satın almak, gümrük kontrolü altında işleme rejimi çerçevesinde ithal edilen veya bunun kullanılması sonucu elde olunan eşyayı gerçeğe aykırı her türlü beyanname veya belge düzenlemek suretiyle serbest dolaşıma sokmak veya buna teşebbüs etmek, antrepo veya geçici depolama

yerlerindeki eşyayı gümrük idaresinin izni olmadan kısmen veya tamamen çıkarmak veya değiştirmek, ihraç eşyasının yapılan beyan ve eki belgelere göre miktarı veya cinsinde yüzde ondan fazla arklılık çıkması halinde, yolcuların, gümrük mevzuatına göre zatî ve hediyelik eşya kapsamı dışında olup beyanlarına aykırı olarak üzerlerinde veya eşyası arasında çıkan ya da başkasına ait olduğu halde kendi zatî eşyasıymış gibi gösterdikleri eşyanın vergisine ek olarak bir kat para cezası uygulamak ve eşyayı sahibine teslim etmek, yolcuların yanlarında veya kaplarında bulunan ve yukarıdaki fıkra dışında kalan mahiyet ve miktarda olan eşya ile gümrükten kaçırılmak amacına yönelik olarak saklanmış veya gizlenmiş halde bulunan eşyaya ilişkin vergiler tahsil olunmakla birlikte eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar da para cezası alınarak eşyanın, sahibine teslim edilmesi, yabancı ülkelerden geldiği halde geçerli neden olmaksızın belgelerinin gösterdiği rota dışında Türkiye karasularında rastlanan gayrisafi ikiyüz tonilato hacminden aşağı taşıtların yüküne el konulması, yükü bulunmadığı halde, yükü olmadığını veya başka bir limana çıkarıldığını veya avarya olduğunu kanıtlayamayan gemi kaptan veya acentesine tonilato başına ellimilyon lira para cezası uygulamak, gümrük bölgesinde gümrük idaresi bulunmayan yerlere geçerli neden olmaksızın izinsiz yanaşan veya diğer taşıtlarla temas eden deniz taşıtları içinde bulunan yükleme veya taşıma belgelerinde kayıtlı yasak eşyaya el konularak tasfiyeye tâbi tutulması, gümrük bölgesindeki deniz taşıtlarının yükleme veya taşıma belgelerinde yazılı olmayan ve bulunduğu yerden aranarak çıkarılan eşyaya el konularak tasfiyeye tâbi tutulması ve eşyanın gümrüklenmiş değerin iki katı para cezası uygulanması cezalarına gümrük komisyonlarınca, bunlar dışındaki cezalara Ağır Ceza Mahkemeleri ve Asliye Ceza Mahkemeleri bakacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "*terör amacı ile işlenen suçlar*" başlıklı 4. maddesi, 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçların da terör suçu olarak kabul etmiştir, Terörle Mücadele Kanununun 9. maddesinde ise bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinde yer alan Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde bakılacağı belirtilmiştir. Demek ki, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda yer alan ve hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalar Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanı içerisindedir.

Bu mahkemelerin birden çok dairelere ayrılmış olması halinde kaçakçılık davalarına mahkemelerin bir numaralı olanında bakılacaktır. Bu davaların da özelliği dikkate alınarak iş sayısının o mahkemenin bakabileceği azami miktarı aşması halinde aynı derecedeki sıra sayısını takip eden mahkemede bakılır. Bu kanunu göre verilen mahkeme

kararlarının temyizi halinde, temyiz incelemesi diğer işlere göre öncelikle ve ivedilikle yapılır.

BASIN MAHKEMELERİ

09.06.2004 gün ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27. maddesine göre açılan davalardan ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülecektir. Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemelerinin birden fazla dairesinin bulunması halinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür. Bu davalar acele işlerden sayılır. Basın Kanunu'nda yer alan suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez. Bunun istisnasını düzeltme ve cevabın yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hâkim kararlarına uymama suçu ile basılmış eserleri engelleme, tahrip ve bozma suçları oluşturmaktadır.

Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur. Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz. Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar. Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar. Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar. Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi iki ayı geçemez.

1)Terörle Mücadele Kanunu Kapsamındaki Basın Suçları

Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesi ile; İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler, terör örgütlerinin

bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayınlayanlar cezalandırılacaktır. Bu fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumlularına da ceza verilebilecektir. Suça iştirak etmemiş kişilerin yüksek para cezalarına çarptırılmaları ceza adaleti ve ölçülülük ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi ceza sorumluluğunun kişiselliği bakımından da sorun teşkil etmektedir. Kanunun 6. maddesi ile "*kimlik açıklama, hedef gösterme suçu*" denilebilecek bir suç tipi yaratılmıştır.[53] Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar, hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak onbeş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmidört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırksekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır. Cumhuriyet Savcısı'na böyle bir yetki verilmesi oldukça ilgi çekicidir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde örgütle ilgili propaganda yapma suçu düzenlenmiştir. Bu kanunun basın yoluyla işlenen suçlar açısından öngördüğü ceza sistemi ise, eylemin ağırlığına göre saptanmış değildir. Ceza, suç oluşturan eyleme yabancı bir unsu olan, basılmış eserin ortalama gelirine göre belirlenmektedir. Böyle bir ceza ölçüsünün benimsenmesi, ceza sorumluluğunun temel ilkelerine, ceza müeyyidesinin nitelik ve amacına aykırı olduğu gibi, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik kuralına aykırıdır.[54]

2) Basın Suçlarında Görev Ve Yetki

Basın Kanununun 27. maddesine göre açılan davalardan ağır ceza işlerinden olanların ağır ceza mahkemelerinde, diğerlerinin asliye ceza mahkemelerinde görüleceğini daha önce belirtmiştik. Terörle Mücadele Kanunu kapsamında işlenen basın suçları bakımından, anılan kanunun 9. maddesindeki hüküm gereğince Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinde yer alan Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri görevli olacaktır. Bu hükümle Terörle Mücadele Kanunu kapsamında işlenen basın suçları bakımından, basın mahkemeleri olarak görev yapan ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerinin görevleri bertaraf edilmiş olmaktadır.

Yetki konusunda ise Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki yetki kurallarına bakılması gerekmektedir. Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir.

---

(53) Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok R. Murat, age, syf:339

(54) Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok R. Murat, age, syf:

Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir. Görsel veya işitsel yayınlarda, görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.

DÖVİZ MAHKEMELERİ

Uygulamada bu ad altında bir mahkeme yoksa da 20.02.1930 gün ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu'nun 4. maddesi, bu kanundan doğan davalar konunda Adalet Bakanlığı ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu İhtisas mahkemelerinin yargı alanlarının belirlenmesinde görevli kılmıştır. Kambiyo, paralar, hisse senedi ve tahvillerin alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan üretilmiş veya bunları içeren her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımnında kararlar almaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu davaları görecek mahkemelerle bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet ve Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıklarca müştereken tayin ve ilan olunur. Cumhuriyet savcıları, doğrudan doğruya veya Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık veya görevlendireceği mercilerin yazılı başvurusu üzerine sözü edilen bu kanun hükümlerine göre takibe geçerler. Kararlara aykırı fiilleri öğrenen Cumhuriyet savcıları hemen Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığı veya görevlendireceği mercileri haberdar ederek durumun incelenmesini talep edebilirler.

Cumhuriyet savcıları ve mahkemelerce genel hükümlere göre kovuşturması zorunlu görülen hallerde takip ve duruşmaya üç günden fazla ara verilemez.

Cumhuriyet Savcılıkları ve mahkemeler bu Kanun hükümlerine istinaden cereyan edecek takip ve duruşmalarda bilirkişi dinlenmesine gerek gördükleri takdirde münhasıran resmi bilirkişi listesinde isimleri yazılı kimselerden seçecekleri bilirkişilerin oy ve mütalaasını alırlar. Resmi bilirkişi listeleri her yargı çevresi için dokuzar kişiden aşağı olmamak üzere Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği'nin mütalaası alınmak suretiyle Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından tespit olunur.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan kaynaklanan davaların ihtisas mahkemesi olarak belirlenmesinde, aynı kanunun 24/2 maddesine göre ilgili bankanın bulunduğu ilin Ağır Ceza Mahkemelerinde numaralandırılması, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yapılacaktır. Bu Kanunda belirtilen cezalara ilişkin suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Kurumun Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurum aynı zamanda müdahil sıfatını kazanır. Cumhuriyet savcıları kovuşturmaya yer olmadığına karar verirlerse, Kurum, Ceza Muhakemesi Kanununa göre kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı itiraza yetkilidir. Bu Kanunda gösterilen para cezaları 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri gereğince vergi dairelerince tahsil edilir.

SONUÇ

Bazı uyuşmazlıkların çözümlenmesinin özel bir uzmanlık ve sürat gerektirmesi nedeniyle, ihtisaslaşma ilkesinin de bir gereği olarak özel mahkemelerin kurulması veya mevcut mahkemelerin bazı dairelerine özel görevlerin verilmesi hukuka ve hakkaniyete uygun kararlar verilebilmesi ve uyuşmazlığın makul sürede çözümlenmesi bakımından önem arz etmektedir ve bunun gerekliliği açıktır. Ancak temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının sınırlandırılması söz konusu olduğunda ihtisaslaşmanın, kişi hak ve özgürlüklerine, adil yargılanma hakkına, masumiyet karinesine ve silahların eşitliği ilkesine gölge düşürmeyecek düzenlemeler getirmesi, toplumsal korunma ile kişi hak ve hürriyetlerini koruma arasında bir denge oluşturması gerekmektedir. Özel mahkemelerin yargılama bütünlüğüne zarar verebilecek olası durumlardan kaçınılarak düzenlenmesi önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

1) Artuç Mustafa, Gedikli Cemil, Yeni Yargıtay Kararları Işığında TCK-CMK-CGİK-Çocuk Koruma Kanunu ve 5560 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, Ankara: Kartal Yayınevi,2007,2. Baskı

2) Centel Nur, Zafer Hamide. Ceza Muhakemesi Hukuku İstanbul: Beta Yayınevi, Ekim 2006

3) Denizhan Hüseyin, Karayolları Trafik Kanunundaki Trafik Suçları, Ankara, Ekim 2003, Adalet Yayınevi

4) Dönmezer Sulhi. 'Organize Suçlulukla Mücadele' İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, sayı:1

5) Dönmezer Sulhi. 'Türkiye'de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları' İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, sayı:1

6) Erol Haydar, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması, Ankara: Yayın Matbaacılık

7) Gözübüyük A. Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007,

8) Hakeri Hakan, Ünver Yener. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi, Kasım 2007.

9) Karahan Sami, Suluk Cahit, Saraç Tahir, Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları,Ankara:Seçkin 2007, 1. Baskı

10) Karakaş Birsen, Karayolları Trafik Kanunundaki Ceza Hükümleri ve Uygulaması, Ankara; Seçkin. Kasım 2002,1. Baskı

11) Keskin, O. Kadir. , "Devlet Güvenlik Mahkemelerinde Hakimlik Kararlarına İtirazın İncelenmesi" Yargıtay Dergisi, Ankara: Temmuz 1985, sayı 3, cilt 11

12) Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ankara: Seçkin Yayıncılık 2007.

13) Şen Ersan. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi Mart 1998.

14) Şirin Osman, Aşaner Halim, Güven Özcan, Özdemir Muzaffer, Yalvaç Gürsel, Erel Kemalettin. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008

15) Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok R. Murat. İnsan Hakları El Kitabı, Ankara: Seçkin Yayınevi, Eylül 2006

16) Ülgen Celal, Plakaya Düzenlenen Trafik Para Cezalarının İptali Davaları, İstanbul: Beta Yayınları, Nisan, 2007, 1. baskı

17) Yılmaz, Zekeriya. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılması ve Yeni Ağır Ceza Mahkemeleri Ankara: Seçkin Yayıncılık 2004

18) Yurtcan Erdener. CMK Şerhi İstanbul: Beta Yayınevi Kasım 2005.

19) Zafer, Hamide. "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Hukuki Statüsü", Hukuk ve Adalet Dergisi İstanbul: Ekim 2005 Sayı:6-7.

20) Zafer, Hamide. "Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlarda Muhakeme Usulü" Doç. Dr. Mehmet Somer' in Anısına Armağan, İstanbul: 2006

YILLIK ÜCRETLİ İZİN

Neslihan ÖZUYSAL

I. GİRİŞ

Yıllık ücretli izin hakkı, işçinin anayasal ve temel hakları arasında yer almaktadır. Anayasa'nın 50. maddesinde "*dinlenme hakkı*" düzenlenmiştir. Bu düzenleme sayesinde yıllık ücretli izin hakkının anayasal bir hak olduğunu rahatlıkla söylemek mümkündür.

Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi gereğince ve işverenin gözetme borcu sebebiyle, işçilere ekonomik bir hak olarak bahse konu yıllık ücretli izin hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülmüştür.

Bu çalışmamızda da öncelikle yıllık ücretli izin kavramından ve amacından bahsedilmiştir. Daha sonra, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca, yıllık ücretli izne hak kazanma koşullarına, yıllık ücretli izin sürelerine ve bunların uygulanmasına, yıllık izin ücretine ve hesaplanmasına, zamanaşımı konusuna ve yıllık ücretli izinde ispat sorununa değinilmiştir.

Bu hükümlere ilişkin Yargıtay kararları ışığında, uygulamaya dair bilgiler verilmiştir. Zaman zaman, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerine de değinilmiştir.

Çalışmanın devamında, Deniz İş Kanunu'nda ve Basın İş Kanunu'nda, yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemelerden de kısaca bahsedilmiştir.

A- 4857 SAYILI İŞ KANUN'UNDA YILLIK ÜCRETLİ İZİN

1- Yıllık Ücretli İzin Kavramı ve Amacı

Anayasa'nın 50. maddesinde, "*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır*" demek suretiyle dinlenme hakkı düzenlenmiş olup, anılan maddenin son fıkrasında ise; "*Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.*" Hükmü düzenleme alanı bulmuştur. Anayasanın bahse konu maddesine istinaden, çalışanların yıllık ücretli izin hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. ve devamı maddelerinde düzenleme alanı bulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesine göre, "*.... deneme süresi de içinde olmak üzere, en bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilmektedir.*"

Aynı maddenin üçüncü fıkrası, Anayasa 50. maddesinin özüne ve ruhuna uygun olarak, yıllık izinde çalışma yasağı koymuş ve İş Kanunu 58. madde, izinde çalışan işçiye uygulanacak yaptırımı hüküm altına almıştır.

Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi gereğince ve işverenin gözetme borcu sebebiyle, işçilere ekonomik bir hak olarak bahse konu yıllık ücretli izin hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülmüştür.[1] Anayasa'da ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile, işçinin belirli bir süre ücretinin ödenmesi suretiyle sağlının korunması ve işgücünün yenilenmesi amaç edinilmiştir.[2] Yine buna benzer bir başka düşünceye göre, yıllık ücretli izin işçiye tanınan; fakat aynı zamanda işveren lehine de olan bir haktır. Zira bu sayede işveren tazelenmiş bir iş gücüne sahip olabilmektedir.[3]

Bunun yanı sıra yıllık ücretli iznin, işverenin işçiye sağladığı bir imkan ve lütfu olduğu veya ahlaksal bir düşünceye dayandığını belirten görüşler, artık günümüzde kabul edilmemektedir.[4]

İş Kanunu'nda düzenlenen yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler emredici nitelikteki düzenlemelerdir. Zira anılan Yasanın 53. maddesinin 2. fıkrasına göre, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmek mümkün değildir. Bu tür sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır.[5] Ayrıca yukarıda da

---

(1) AKYİĞİT, ERCAN; Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s. 59-60; GÜNAY, CEVDET İLHAN; İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Yetkin Basım Evi, Ankara 2006, s. 1919.

(2) SÜZEK, SARPER; İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 649

(3) EKONOMİ, MÜNİR; İş Hukuku, C.1 Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984 s. 330

(4) ERGUN, İNCE; Yıllık Ücretli İzin Hesabı Konusundaki Yargıtay Kararına Yönelik Değerlendirme, Mess Yayınları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 7. Sayı, Eylül 2007, s. 58.

(5) SÜZEK, SARPER; s. 649.

bahsedildiği gibi, İş Kanunu'nun ilgili maddesi, yıllık izinde çalışan işçiye belirli yaptırımlar öngörmüştür. İş Kanunu'nda yer alan bu tür düzenlemeler, bahse konu hükümlerin emredici nitelikte olduğunu göstermektedir.

Bunun yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 45. maddesi, söz konusu hükümlerin "*nispi emredici*" nitelikte düzenlemeler olduğunu ortaya koymaktadır. Anılan düzenlemede, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine işçinin ücretli izinlerine ilişkin olarak bu yasayla tanınan haklarına aykırı hükümler konulamaz. Ayrıca yine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca bu hususlarda işçilere daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan Yasa, toplu iş sözleşmesi, iş akdi veya gelenekten doğan kazanılmış haklar saklıdır.[6]

2- Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanmanın Koşulları

a) Bir Yıl Çalışma Koşulu

İş Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işçiler, işyerinde fiilen işe başladığı tarihten itibaren, deneme süresi de dahil olmak üzere 1 yıl çalışması karşılığında yıllık ücretli izne hak kazanabilmektedir. 1457 sayılı Yasa'da da varolan bu hüküm, 4857 sayılı Yasa'da da düzenleme alanı bulmuştur. Yıllık ücretli izin uygulayan ülkelerin hepsinin mevzuatında, bizim mevzuatımızdakine benzer bir bekleme süresi öngörülmüştür.[7]

Anılan maddeye istinaden Yargıtay'ın da belirttiği üzere, bir takvim yılındaki kısmi çalışmalar için izin hakkı ve parası doğmayacaktır.[8] Bu maddenin devamı olarak, anılan Yasanın 54. maddesinin 4. fıkrasına göre işçi, hak kazandığı yıllık ücretli izin hakkını gelecek hizmet yılı içerisinde kullanmaktadır.[9] Bu bağlamda işçinin her yıl izne hak kazandığı tarih son izne çıkış tarihinden itibaren değil, ilk izne hak kazandığı tarihten itibaren hesaplanmaktadır. İznin kullanılmasına engel olan hastalık, grev gibi istisnai durumlar olmadığı müddetçe izninin daha sonraki yıllara ertelenmesi ya da yıllık izinlerin birleştirilerek kullanılması, işçinin dinlendirilmesi amacına ters düşmektedir.[10]

Yıllık ücretli izne hak kazanmada işçinin belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması fark etmemektedir. İş yerinde 1 yıl belirli

---

(6) SÜZEK, SARPER; s. 649.

(7) İNCE, ERGUN; s. 58.

(8) ÇELİK, NURİ; İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2007, s. 354.

(9) ÇELİK, NURİ; s. 354; SÜZEK, SARPER; s. 651.

(10) SÜZEK, SARPER; s 651.

süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi de yıllık ücretli izne hak kazanmaktadır.[11]

Yıllık izne hak kazanmanın başlıca koşullarından biri olan, en az 1 yıl süre ile çalışma koşulunun, aynı işverenin aynı işyerinde gerçekleştirilmesi gerekmemektedir.[12] Bu hususu düzenleyen, İş Kanunu'nun 54. maddesi gereği, işçinin aynı işverenin bir veya birden fazla işyerinde çalıştığı süreler birleştirilerek hesaba katılmaktadır. Bu hükümden hareketle, işçinin aynı işverenin işyerlerinde geçirilen çalışma sürelerinin kesintisiz olması da zorunlu sayılmamalıdır. İşçinin değişik zamanlarda aralıklı olarak çalışması halinde de yıllık ücretli izin sürelerinin hesaplanmasında bu sürelerin birleştirilerek dikkate alınması gerekmektedir.[13] Ayrıca, yine İş Kanununun 54. Maddesi uyarınca, aynı işverenin bu yasanın kapsamında bulunmayan işyerlerinde geçirdiği süreler de yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınacak süreler kapsamına girmektedir. Yargıtay'a göre, daha önce kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilmiş olan süreler, yıllık izin süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.[14] Bu husus, ilgili Yargıtay kararında aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

"*...davacı işçi 1986-1990 yılları arasında aynı işverenin değişik bir işyerinde çalışmış ve iş sözleşmesinin işverence feshi üzerine ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş, işçinin imzasını taşıyan ibranamede, yıllık izinlerin de ödendiği belirtilmiştir. Anılan ibraname ile işveren ibra edilmiş, bir başka anlatımla 1986-1990 yılları arasında kalan çalışmalar, işçilik hakları ödenmek suretiyle tamamen tasfiye edilmiştir... İşçilik hakları hesabında tasfiye edilen çalışmaların, bu yeni hizmet akdi çerçevesinde yeniden değerlendirmeye alınması doğru olmaz...*"

İş Kanunu 54. maddenin son fıkrasında ise, yıllık ücretli izin sürelerinin hesaplanmasında, yukarıdaki düzenlemeye benzer ancak kamu kesimini ilgilendiren bir düzenlemeye de rastlamak mümkündür. Bahse konu düzenlemeye göre; "*Aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur.*"

İşe iade davasının sonucunda, işe iadesine karar verilen işçi açısından, fesih ile işe başlama tarihi arasında çalıştırılmadığı süre, ücret ve diğer

---

(11) SÜZEK, SARPER; s. 651.

(12) Bu husus, İş Kanun'un 54. Maddesinde belirtildiği gibi, 25391 sayılı Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 4. Maddesinde de aynı husus vurgulanmıştır.

(13) SÜZEK, SARPER; s. 650; ÇELİK, NURİ; s. 354.

(14) Yarg. 9. HD. 2006/12556E., 2007/1252K. T. 31.01.2007, (www.legalbank.net, 23.07.2009)

haklara ilişkin sınırlama dikkate alınmaksızın, yıllık izin süresinin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır.[15]

İş Kanunu'nun 6. maddesi işyeri devrini düzenlemektedir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre; "*Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.*" Bahse konu açık düzenleme uyarınca, işçinin devreden işveren yanındaki çalışma süreleri de yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınacak süreler arasında yer almaktadır.[16] İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bu husus, şu şekilde ifade edilmiştir:

"*...İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır...*"

İş Kanunu'nun 53/III. maddesi mevsimlik ve kampanya işçilerinin durumunu düzenlemektedir. Bu işçilerin işleri, nitelikleri itibariyle 1 yıldan az sürmektedir. Bu sebeple söz konusu düzenleme uyarınca bu işçiler açısından yıllık ücretli izne ilişkin hükümler uygulanmaz. Yargıtay'ın verdiği son tarihli kararlarda, yapılan işin niteliğini değerlendirdikten ve mevsimlik iş olup olmadığını araştırdıktan sonra karar verdiği görülmektedir.[17] Ancak; mevsimlik işçi olarak çalışmaya başlayan bir işçinin daha sonra daimi nitelikte çalışmaya başlaması halinde, daimi nitelikte çalışmaya başladığı tarihten itibaren izin ücretinin hesaplanacağına dair vermiş olduğu kararlar eleştirilmektedir.[18]

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 13. maddesi uyarınca kısmi süreli ve çağrı üzerine iş sözleşmelerine tabi olarak çalışan işçiler, yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulmazlar. Bu işçiler, iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanırlar. (Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği, m.13/II) Böyle bir düzenleme, farklı işlem yapmama ilkesinin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısmi süreli olarak çalışan işçinin yıllık çalışma

---

(15) ÇELİK, NURİ; s. 355; SÜZEK, SARPER; s. 650.

(16) Yarg. HGK. 2003/9-278E., 2003/291K. T.16.04.2003, (www.legalbank.net, 23.07.2009); ÇELİK, NURİ; s. 354.

(17) Yarg. 9. HD. 2007/11498/E., 2008/8313K., T.14.04.2008, (www.kazanci.com , 23.07.2009)

(18) Yarg. HGK, 2007/9-148E., 2007/148K. T.14.03.2007; Yarg. 9. HD, 1990/11285E., 1991/16352K., T.23.12.1991, (www.kazanci.com. 23.07.2009); ÇELİK, NURİ; s. 355; SÜZEK, SARPER; s. 652.

süresinin hesaplanmasında, sadece fiilen çalıştığı günler değil, iş sözleşmesinin devam ettiği her gün hesaba katılmaktadır.[19]

Yıllık ücretli izin Yönetmeliği'nin 14. maddesi, geçici iş ilişkisi uyarınca çalışan işçilerin durumunu düzenlemektedir. Düzenleme uyarınca, bu işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında, geçici iş sözleşmesinde aksi belirtilmediği takdirde, bahse konu Yönetmelik hükümleri uygulanmaktadır. Geçici iş ilişkisinde kural olarak yönetim hakkı geçici işverene geçtiği halde, yıllık ücretli izin konusunda talimat verme hakkı halen işverende kalmaktadır. Ancak ifade ettiğimiz durumun aksi, geçici iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilmektedir.[20]

b) Çalışılmış Gibi Sayılan Süreler

İş Kanunu'nun 55. maddesi, yıllık ücretli izin hakkının kazanılması için yapılan süre hesabına dahil edilen ve çalışılmış gibi sayılan süreleri teker teker saymıştır. Kanun maddesi aşağıdaki gibidir:

Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır:

a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.).

b) Kadın işçilerin 74. madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler.

c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.).

d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla).

e) 66. maddede sözü geçen zamanlar.

f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri.

g) 3153 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler.

h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların

(19) SÜZEK, SARPER; s. 652.

(20) SÜZEK, SARPER; s. 652.

konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.

i) İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler.

j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65. maddedeki kısa çalışma süreleri.

k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi.

1475 sayılı eski İş Kanunu'nda, haftalık çalışma süresinin beş güne bölünmesi halinde çalışılmayan cumartesi günlerinin de çalışılan günlerden sayılacağına dair bir düzenleme yer almasına rağmen, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 55. maddesinde böyle açık bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Ancak genel hükümlerden yararlanarak, 1475 sayılı Kanun'da belirtilen sonuca varmak mümkündür.[21]

İş Kanunu 55. maddesi uyarınca, grev ve lokavtta geçirilen süreler ise, yıllık ücretli iznin kazanılmasında hesaba katılmamaktadır.[22] Yargıtay kararlarında ifade edildiği üzere, her ne kadar toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olsa dahi, fesih bildirimi süresi yıllık izin ücreti hesabında dikkate alınmayacaktır.[23]

İş Kanunu'nun 54/II. maddesi, "*Bir yıllık süre içinde 55. maddede sayılan haller dışındaki sebeplerle işçinin devamının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkını elde etmesi için gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır.*" şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu madde uyarınca, 55. maddede sayılan nedenlerin dışında, işverenin izni dâhilinde olmaksızın işçinin işe devam etmediği günler, izne hak kazanmak için dolması gereken bir yıllık süreye eklenir. Örneğin işe giriş tarihi 1 Ağustos 2009 tarihi olan işçinin, yıllık ücretli izin başlama tarihi yine 1 Ağustos 2010'dur. Ancak bu işçi, 15 gün işverenin izni olmadan devamsızlık yaptığı takdirde, yıllık ücretli izin tarihi 15 Ağustos 2010 olacaktır.

---

(21) ÇELİK, NURİ; s. 357.

(22) Yarg. 9. HD. 1999/12251E., 1999/16497K., T. 2.11.1999 "...16.12.1996-17.1.1997 tarihleri arasında da işyerinde grev uygulandığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. O halde ücret ikramiye ve sosyal haklara ilişkin fark alacaklarda bu süreler göz önüne alınmaksızın hesaplama yapılması gerekirken çalışılmış gibi kabul edilerek fark alacakların saptanması doğru değildir." (www.kazanci.com, 04.08.2009); ÇELİK, NURİ; s. 357; SÜZEK, SARPER; s. 654.

(23) Naklen, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1999/17281E., 2000/325K., T. 25.01.2000, Kamu İş Bilgi Bülteni, Kasım- Aralık, 2000; 2000/16671E., 2001/1258K., T.25.01.2001, İşv. D, Ekim 2001, s.15.

3- Yıllık Ücretli İzin Süreleri ve İznin Uygulanması

a) Yıllık Ücretli İzin Süreleri

İşçinin yıllık ücretli izin süreleri, İş Kanunu 53/IV. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, "*İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi;*

a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara on dört günden,

b) Beş yıldan fazla on beş yıldan az olanlara yirmi günden,

c) On beş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmi altı günden az olamaz. Ancak on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz." (İş Kanunu m.54/V)

4857 sayılı İş Kanunu ile, beş yıla kadar çalışmış olanlara tanınan izin süresi ile ilgili düzenleme sayesinde 1475 sayılı Kanun döneminde yapılan tartışmalar sona ermiştir. Yeni düzenlemede *"beş yıl dâhil"* ibaresine yer verilmek suretiyle, beş yılı aşan ancak altıncı yılı henüz doldurmayan işçilerin yıllık ücretli izinlerinin 14 gün olacağı hükme bağlanmıştır.[24]

Yukarıda belirtilen İş Kanunu'nun 53/V. maddesi ise, fiziki açıdan güç durumda olanların korunmaları amacıyla mevzuatımızda yer almaktadır.[25] Zira 18 yaşından küçük bir çocuk ile 50 yaşından büyük bir insanın, diğer yaşta bulunan insanlara nazaran daha fazla dinlenme ihtiyacında olduğu kanısındayız.

Bahse konu maddenin son fıkrasında ise, "*Yıllık izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir.*" düzenlemesine rastlanılmaktadır. Bunun gibi çalışma koşulu haline gelen işyeri uygulamaları ile de yıllık ücretli izin sürelerinin arttırılabilmesi mümkündür.[26]

İş Kanunu 56. maddesi uyarınca, yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz. Bu günler yukarıda belirtilen izin sürelerine eklenmektedir.

Yıllık izin süreleri belirlenirken, işçinin izne hak kazandığı tarih esas alınmaktadır. Örneğin bir işçi, 4 yıllık çalışmasının karşılığı olarak 14 günlük yıllık ücretli izne hak kazanmaktadır. Ancak; bu yıllık iznini, 2 yıl sonra kullanırsa yine yıllık ücretli izin süresi 14 gün olacaktır. Çünkü esas alınan tarih, izne hak kazandığı tarihtir.[27]

---

(24) 1475 sayılı Kanun dönemindeki tartışmaya ilişkin olarak bkz. ÇELİK, NURİ; İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul 2000, s.284; ÇELİK, NURİ; s. 357; SÜZEK, SARPER; s.655.

(25) SÜZEK, SARPER; s. 655.

(26) SÜZEK, SARPER; s. 655.

(27) SÜZEK, SARPER; s. 655.

b) Yıllık Ücretli İznin Uygulanması

Çalışmamızın başında da belirtildiği gibi yıllık ücretli izin, işçinin dinlendirilmesi amacını taşımaktadır. Bu sebeple, İş Kanunu'nun 53/II. maddesinde "*Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez.*" hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemenin devamı olarak ve yıllık ücretli iznin güttüğü amaç da dikkate alındığında, yıllık ücretli izne denk gelen ücretlerin ödenmesi suretiyle bu sürelerin çalışılarak geçirilmesi söz konusu olamayacaktır. İşçi izin kullanmadan çalışsa ve ücretinin ödenmesini kabul etse de anayasal temel hak olan yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilmesi mümkün değildir.[28] Aynı zamanda, izin sürelerinin zorunlu nedenler olmadıkça birleştirilerek sonraki yıllarda kullandırılması da yıllık ücretli iznin amacına ve kanuna aykırı olacaktır; ancak bu durumlarda işçi izin hakkını da kaybetmeyecektir.[29]

Her ne kadar Yargıtay, işyerinde çalışmakta olan ve geçmiş yıllara ait yıllık ücretli izin alacağının hüküm altına alınmasını talep eden işçinin talebini haklı bulmuş olsa da iş sözleşmesinin devamı sırasında kullandırılmayan izin karşılığının istenmesi olanağı yoktur.[30]

Yıllık izin hakkı, işçinin kişilik haklarına ilişkindir ve işçinin bu hakkını satması BK. 65'e göre geçersizdir.[31]

Yine Yargıtay'a göre işçinin iş sözleşmesi devam ederken vermiş olduğu bir dilekçe ile izin hakkını kullanmayacağına ve ileride hak talep etmeyeceğine dair bir beyan hukuken geçersiz olacaktır.[32]

İlgili Yargıtay kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

"*...Dinlenme hakkından vazgeçilemez. Yıllık ücretli izin hakkı, izin ücretine hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından feshi, ölüm yada emeklilik durumunda ücrete dönüşür. Dolayısıyla doğmamış haktan vazgeçmek hukuken geçerli olmaz. Mahkemece anılan istek hüküm altına alınmalıdır...*"

İzin ve istirahat sürelerinin aynı zamana denk gelmesi de mümkündür. Örneğin bir işçi, yıllık izninde önemli bir hastalık geçirebilir. İş Kanunumuzda, hastalık süresinin izin süresine ekleneceğine dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak buna rağmen, yıllık ücretli iznin amacı dikkate alındığında daha farklı bir sonuç ortaya çıkabilir; zira yıllık

---

(28) Yarg. 9. HD. 2001/17459E., 2002/2727K. T.13.02.2002,(www.legalbank.net, 23.07.2009); GÜNAY, CEVDET İLHAN; s. 1940.

(29) AKYİĞİT, ERCAN; s. 72; ÇELİK, NURİ; s. 358; GÜNAY, CEVDET İLHAN; s.1939.

(30) ÇELİK, NURİ; s. 358.

(31) GÜNAY, CEVDET İLHAN; s. 1940.

(32) Yarg. 9. HD. 2003/10839E., 2003/22571K. T.23.12.2003, (www.legalbank.net, 04.08.2009).

ücretli izin işçinin dinlendirilmesi amacını gütmektedir. İzin süresinin yalnızca bu amaçla geçirilmesi gerekmektedir. Esasen İK 56/IV'de belirtilen *"işveren tarafından yıl içinde başkaca nedenlerle verilen izinlerin, yıllık izne mahsup edilemeyeceği"* hükmü ile bağdaşır nitelikte bir düşüncedir. İznin bitiş tarihinde, işçinin iş yerinde bulunmasını gerektiren önemli sebeplerin varlığı halinde işçinin izinden zamanında dönmesi gerekmektedir; ancak işverence daha sonra elverişli bir zamanda hastalık süresi kadar yeniden izne çıkartılması gerekmektedir.[33]

İş Kanunu 56/son. maddesi "*yol iznini*" düzenlemektedir. Bu madde uyarınca işyerinin kurulu bulunduğu yerin dışında iznini geçirecek olan işçiye, talep halinde, gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır. Ancak işçi, bu durumu belgelemelidir. Kanunun bahse konu düzenlemesi işçi tarafından kötüye kullanılmamalıdır. İzni başka yerde geçirmemesine rağmen yol izni alan işçinin akdi, işveren tarafından haklı nedenlerle feshedilebilir; zira işçi bu davranışıyla sadakat borcuna aykırı davranmış olacaktır.[34]

İş Kanunu 56. maddede, "*Yıllık İznin Bölünmezliği*" ilkesinden bahsedilmektedir. Bu madde uyarınca, 53. maddede belirtilen yıllık ücretli izin sürelerinin işveren tarafından bölünmeksizin sürekli olarak verilmesi zorunludur. Bu hükmün amacı, işçinin diğer tatillere nazaran daha fazla dinlendirilmesidir.[35] Aynı maddenin 3. fıkrası ise bir istisnadan bahsetmektedir. Söz konusu istisna uyarınca, 53. maddede öngörülen izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir. Bu madde ile, uygulamada, yıllık iznin defalarca bölünmesinin engellenmesi amaç edinilmiştir.[36]

İşveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemez (56/IV). Anılan hüküm, işveren tarafından yıl içinde başka nedenlerle verilen izinlerin, yıllık izne mahsup edilmesinin engellenmesi amacıyla düzenleme alanı bulmuştur.[37] Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz (56/V). Cumartesi çalışılmayan ve bugüne ait sürenin diğer iş günlerine bölünerek çalışma süresinin tamamlandığı işyerlerindeki

---

(33) EKONOMİ, MÜNİR; s.346–347; ÇELİK, NURİ; s. 359;SÜZEK, SARPER; s.656-657.

(34) EKONOMİ, MÜNİR; s. 348; SÜZEK, SARPER; s. 657.

(35) SÜZEK, SARPER; s. 656 " Yasanın anılan maddeye ilişkin gerekçesinde hükmün amacı bu şekilde açıklanmıştır. İşçinin diğer tatillere nazaran daha fazla dinlendirilmesi amacıyla, işveren tarafından iznin sürekli olarak verilmesi zorunlu kılınmıştır."

(36) SÜZEK, SARPER; s. 656.

(37) SÜZEK, SARPER; s. 656.

işçilerin yıllık ücretli izin sürelerine, sadece bir günlük hafta tatili eklenir. Çalışılmayan cumartesi günleri eklenmemektedir; zira çalışılmayan iş saatlerinin diğer 5 güne dağıtılması, sadece işçinin hafta tatili olarak iki gün dinlendirilmesi amacını gütmektedir. Daha uzun bir yıllık izin amacı taşımaz.[38]

Kanundaki düzenlemeler böyle olmakla birlikte, yönetmelikte de ilgili konu hakkında ayrıntılı düzenlemelere rastlamak mümkündür. İşçi yukarıdaki maddelere göre hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir. (Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği 7/I). İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. Ancak, izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere söz konusu kurulca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanır (m.8/II).

Aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde; işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenir (m.8/III). Açıkça yer alan düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, işçinin izin tarihini belirleme yetkisi kural olarak işverene aittir. Talebe rağmen, işçinin talep ettiği tarihte iznin kullandırılmamış olması, işçi tarafından akdin haklı nedenlerle feshine girmemektedir; zira ücretli izin kullandırılması, işverenin yetkisine ve yönetim hakkına ilişkindir.[39] İlgili Yargıtay kararında bu husus aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

"*...Yıllık ücretli izin yönetmeliğinde de belirtildiği üzere yıllık izin kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. İşverenin bu hakkının iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği açıktır. Bir başka anlatımla, işçinin anayasal temeli olan dinlenme hakkının, işyerinin gereklerine uygun biçimde ve mümkün olduğunca işçinin talebi çerçevesinde kullandırılması gerekir. İşverenin bu noktada yönetim hakkını kötüye kullanmasının yasalar karşısında korunmayacağı kabul edilmelidir...*"

Yargıtay'a göre işçinin izin dilekçesi bırakmış olması, kendisine o tarihte izin verileceği anlamına gelmeyecektir. Üstelik işyerinde eskiden böyle bir uygulama olması da işçiye bir hak sağlamayacaktır.[40]

---

(38) SÜZEK, SARPER; s. 656.

(39) Yarg. 9. HD, 2006/15954E., 2006/17843K. T. 20.06.2006, (www.legalbank.net, 04.08.2009).

(40) ÇELİK, NURİ; s. 360.

4- Yıllık İzin Ücreti

a) İzin Ücretinin Hesaplanması ve Ödenmesi

İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır (İK m.57/I). Anılan maddenin 2. fıkrası, yıllık izin ücretinin tespitinde İK'nın 50. maddesine atıf yapmıştır. İK m.50 uyarınca, fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz.

Yıllık ücretli iznin tespitinde "*çıplak ücret*" dikkate alınır.[41] İK m.57/II'de bu temel esas odaklı düzenlenen bir maddedir. Yıllık izin ücreti, işçinin bir günlük temel ücretinin hesaplanması ve bunun hak edilen yıllık izin süresi ile çarpılması suretiyle ortaya çıkmaktadır. İşçiye zamana göre (saat başı, günlük, haftalık, aylık) ücret ödenmesi halinde hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin hesaplanmasına ilişkin esaslar uygulanır.[42]

Günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrete dayanmayıp da akort, komisyon ücreti, kâra katılma ve yüzde usulü ücret gibi belirli olmayan süre ve tutar üzerinden ücret alan işçinin izin süresi için verilecek ücret, son bir yıllık süre içinde kazandığı ücretin fiili olarak çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama üzerinden hesaplanır. (İK 57/III).

Ancak, son bir yıl içinde işçinin ücretine zam yapıldığı takdirde, izin ücreti işçinin izine çıktığı ayın başı ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır (İK m.57/IV).

Yüzde usulünün uygulandığı yerlerde bu ücret, yüzdelerden toplanan para dışında işveren tarafından ödenir (İK m.57/V).

Yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri de çıplak ücret üzerinden ayrıca ödenir (İK m.57/VI). Yıllık ücretli iznini kullanan işçinin, bu süre içerisinde çalışması yasaklanmıştır. İş Kanunu 58. madde uyarınca, bu süre içerisinde işçinin başka bir işte çalıştığı tespit edilirse, işveren tarafından kendisine ödenen ücret geri alınabilmektedir (İK m.58). Kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışanlara; izin dönemine rastlayan çalışması gereken sürelere ilişkin ücretleri, yıllık izin ücreti olarak ödenir (Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.21/son).

---

(41) Yarg. 9. HD 1998/15053E., 1998/16953K. T. 30.11.1998; 2003/10497E., 2003/23425K. T. 22.12.2003, (www.legalbank.net , 06.08.2009).

(42) Ayrıntılı bilgi için bknz. ÇELİK, NURİ; s. 349-353.

İşçi, izin hakkından vazgeçemeyeceği için, izin kullanmaksızın geçirildiği sürelere karşılık gelen ücretlerin, çalışmanın devamı sırasında işçi tarafından işverenden istenmesinin olanağı yoktur. Öte yandan işveren, işçinin izin talebini yerine getirmediğinde, işçi ihbar önelsiz iş sözleşmesini haklı nedenlerle (İK m.24/II) feshedebilir ise de, iş sözleşmesini feshetmeden dava yoluyla yıllık ücretli iznini talep edemez.[43] Buna karşılık, iş sözleşmesinin feshi sonrasında açılacak eda davasına *-yıllık ücretli izin talebi-* delil teşkil etmek üzere tespit davası açabilmesi mümkündür.[44]

Eski İş Kanunu'nda işyerinin devri ve işverenin ölümü, iflası gibi sebeplerle el değiştirmesi halinde, işçilerin yıllık ücretli izinlerinin ortadan kalkmayacağına dair açık bir düzenleme yer almaktaydı (1475 sayılı İK m.53). Eski düzenleme uyarınca, devir sözleşmelerinde işçilerin yıllık izin ücretlerinden kısmen de olsa sorumlu olacağına dair hükümler geçersiz olacaktır. İşçilerin, önceki işveren döneminde kullanmadığı yıllık izin ücretlerinden son işveren sorumlu olacaktır. 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda ise, bu şekilde açık bir düzenleme yer almamaktadır.[45]

b) İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde İzin Ücreti

İşçinin iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar. (İK m.59/I) İşveren, iş sözleşmesinin devamında işçiye yıllık ücretli izin hakkını tanımak zorunda olup; sözleşme sırasında kullandırılmayan izinlere ait ücretleri, sözleşmenin feshi sonrasında işçiye aynen ödemekle yükümlüdür. Kanunda yer alan bu düzenleme, sözleşme sırasında işçinin anayasal temel hakkı olarak görülen yıllık ücretli izin hakkının, sözleşmenin feshi ile birlikte parasal bir hak haline dönüştüğünü göstermektedir.[46]

Anılan yasa hükmü uyarınca, "*sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde*", kendisine veya hak sahiplerine kullandırılmayan yıllık izinlerin ücretleri ödenebilecektir. Bu ifade sayesinde, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi, tarafların anlaşması, geçersizlik ya da işçinin ölümü gibi sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde de işçi veya hak sahipleri yıllık izin ücretini talep edebileceklerdir.[47]

---

(43) GÜNAY, CEVDET İLHAN; s. 1951; SÜZEK, SARPER; s. 660.

(44) SÜZEK, SARPER; s. 660.

(45) GÜNAY, CEVDET İLHAN; s. 1951

(46) SÜZEK, SARPER; s. 659

(47) ÇELİK, NURİ; s. 362-363; SÜZEK, SARPER; s. 659

Yargıtay'a göre, işçinin kullandırılmayan yıllık izne ilişkin ücretleri "*iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki son ücreti üzerinden*" hesaplanmalıdır.[48] İzin kullandırılmadığı yıllara ait ücret dikkate alınmaz. İlgili Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

"*…işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin süresi ücretinin, akdin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden kendisine ödenmesi gerekir. Bu itibarla kullanılmayan izinlerin çalışmaların ilişkin bulunduğu yıllardaki ücreti üzerinden hesaplanması hatalıdır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş yıllık ücretli izin alacağının tamamının son ücret üzerinden hesaplanarak hüküm altına alınmasından ibarettir.*"

Buna karşılık, söz konusu izin ücreti, son çalışma döneminde hak kazanılan izin süresi üzerinden değil, her dönem için hizmet süresine göre İK m.53/4 uyarınca hak kazanılan izin süreleri ile ayrı ayrı değerlendirilerek hesaplanır.[49]

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir başka karar[50] şu şekildedir: "*… davacı, karşılığı izin parasını talep etmekte olup mahkemece izin süresine rastlayan hafta tatili günleri de dahil edilmek suretiyle 21 gün üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Bu tür hesaplama hatalıdır. Gerçekten, davacıya bir yıllık bir dönem için izin kullandırılmadığına göre bir yıl boyunca davacının çalıştığı ve bunun sonucu olarak da 18 günlük izin süresine rastlayan hafta tatili ücretini de aldığının kabulü gerekir. Aksi halde anılan hafta tatili günleri için mükerrer ödemeye yol açılmış olur ki böyle bir sonucun kabulü mümkün değildir.*" Bu kararda da açıkça belirtildiği gibi, yıllık ücretli izin süresinin tespitinde hafta tatili günleri dahil edilmemektedir.

Yıllık ücretli izin alacağına uygulanacak faiz oranı da önemli bir konudur. Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, yıllık ücretli izin alacaklarına dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmaktadır.[51] Eğer ki işveren, yıllık ücretli izin alacağı bakımından, dava açılmadan önce temerrüde düşürülmüş ise, o halde temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanacaktır.[52] Yargıtay, yıllık ücretli izin alacağına uyguladığı yasal faiz ile, normalde ücret alacaklarına uyguladığı en yüksek mevduat faizi

---

(48) Yarg. 9. HD, 1997/6005E., 1997/11922K. T.17.06.1997, (www.legalbank.net, 06.08.2009)

(49) ÇELİK, NURİ; s. 363.

(50) Yarg. 9 HD. 1998/8474E., 1998/10306K., T.15.06.1998, (www.legalbank.net, 06.08.2009).

(51) Yarg. 9 HD. 2006/7019E., 2006/9023K. T. 10.04.2006, " ... yıllık ücretli izin alacağına ise, davalının dava tarihinden önce temerrüde düşürülmediği anlaşıldığından dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına karar verilmesi gerekir" (www.kazanci.com, 23.07.2009).

(52) Yarg. 9 HD. 2006/9424E., 2006/30904K. T. 23.11.2006, " ... Davalı işveren dava konusu fazla mesai ve yıllık ücretli izin alacağı nedeniyle davadan önce temerrüde düşürülmediği halde fesih ihtar kabul edilere dava tarihi yerine bu tarihe üç gün eklenerek faiz yürütülmesi hatalıdır..." (www.kazanci.com, 23.07.2009).

uygulamasından sapmaktadır. Esasen ücret alacaklarına *"en yüksek mevduat faizi"* uygularken, yıllık izin ücretine *"yasal faiz"* uygulamaktadır. Bu hususa ilişkin Yargıtay kararları aşağıdaki gibidir:

"... Ücretlerin gününde ödenmemesi nedeniyle en yüksek mevduat faizi yürütülmesini öngören 4857 sayılı Kanun'un 34. maddesinin uygulanması bu uyuşmazlık yönünden mümkün bulunmamaktadır. Mahkemece akdin sona ermesinde ödenmesi gereken yıllık izin ücreti alacağına yasal faiz yürütülmesi gerekirken, en yüksek mevduat faizine karar verilmesi hatalıdır..."[53]

"...Yıllık ücretli izin alacağı yasadan kaynaklandığından ve bu konuda ücret alacağı gibi açık bir düzenlemeye İş Kanun'unda yer verilmediğinden yasal faiz yerine en yüksek banka mevduat faizi uygulanması hatalıdır..."[54]

Yargıtay kararları uyarınca, ıslah edilen yıllık ücretli izin alacağının faiz başlangıç tarihi, dava tarihi olmayıp; ıslah edildiği tarih olacaktır.[55] İlgili Yargıtay kararında bu husus şu şekilde belirtilmektedir:

"*...Davacı, Kıdem tazminatı dışında bir kısım alacaklarının miktarlarını arttırarak ıslah etmiştir. (ihbar, kötü niyet tazminatları, yıllık ücretli izin, ikramiye, ilave tediye...) Islah edilen alacak miktarlarına ıslah tarihinden itibaren faiz uygulaması gerekirken dava tarihinden itibaren faiz uygulanması hatalı olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...*"

Ancak Yargıtay kararında belirtildiği üzere, yıllık izin ücreti toplu iş sözleşmesinden doğduğu takdirde, 2282 sayılı Kanun'un 61. maddesi dikkate alınarak en yüksek işletme kredisi faizi uygulanmaktadır.[56]

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde, İK m.17'de belirtilen bildirim süreleri ile işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (İK m.59/II). Ancak öğretide ileri sürülen bir görüşe göre ise; sözleşmenin işçi tarafından feshedilmesi halinde, işçinin bildirim sürelerinde yıllık ücretli iznini kullanması mümkün olmalıdır.[57]

---

(53) Yarg. 9 HD. 2006/11555E., 2006/31004K. T. 23.11.2006, (www.kazanci.com, 23.07.2009).

(54) Yarg. 9 HD. 2005/25376E., 2005/29266K. T. 12.09.2005, (www.kazanci.com, 23.07.2009).

(55) Yarg. 9 HD. 2005/32023E., 2006/1324K. T. 25.01.2006, (www.kazanci.com, 23.07.2009).

(56) Yarg. 9.HD., 1997/14619E., 1997/18911K. T. 12.11.1997 " ...Fark alacaklar Toplu iş sözleşmesinden doğmuş bulunduğuna göre 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 61. maddesi dikkate alınarak hüküm altına alınan miktarlar için en yüksek işletme kredisi faizi yürütülmelidir...", (www.legalbank.net , 06.08.2009)

(57) EKONOMİ, MÜNİR; s. 356; SÜZEK, SARPER; s.660.

5- Yıllık İzin Ücretinin Talebinde Zamanaşımı

İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçinin hak kazanıp da kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin, zamanaşımı süreleri hakkında açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme uyarınca zamanaşımı süresi, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren başlamaktadır. Bu süreden itibaren 5 yıldır.[58]

1475 sayılı Kanun döneminde, zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı hüküm altına alınmamıştı. Bu sebeple, eski döneminde zamanaşımı süresinin genel kural uyarınca her ücret alacağına hak kazanıldığı andan itibaren başlayacağı konusunda görüşler de bulunmaktaydı. Aynı zamanda, şuanki düzenleme ile aynı görüşlerin de ileri sunulduğu görülmekteydi.[59] Yeni yasayla tüm bu tartışmalar ortadan kaldırılmış oldu.

6- Yıllık Ücretli İznin İspat Sorunu

Uygulamada, yıllık ücretli iznin kullandırıldığının işveren tarafından ispatı önem arz etmektedir. İzin için gerekli kayıt ve defterleri düzenlemek, iş mevzuatı uyarınca işverenin görevi olup, bu nedenle izinlerin kullanıldığının ispat yükü işverenin üzerindedir.[60] Nitekim, İş Kanunu 56/son. maddesi uyarınca, *"İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır."* Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında, işçilerin yıllık izinlerinin kullandırıldığının, ancak "*yıllık izin defteri ya da eşdeğer bir belge*" ile ispatlanabileceği kabul edilmiştir. İlgili Yargıtay kararında bu husus şu şekilde belirtilmiştir:

"...Yıllık ücretli izin kullandırılması izin defteri ile ispat edilir. Davalının ibraz ettiği izin defterinde davacının imzası yoktur. Buna göre davalı izin kullandırıldığını ispat edememiş olduğundan gerçekleşecek izin ücretine de karar vermek gerekir".[61]

Yargıtay kararlarında belirtilen bu görüş, her ne kadar öğreti tarafından benimsenmiş olsa da, bir görüşe göre *"iznin fiilen kullandırıldığının işveren tarafından bir başka belge"* ile örneğin işveren tarafından organize edilen bir seyahate katılmak suretiyle iznin kullandırıldığının seyahat

---

(58) Yarg. 9 HD. 2003/1757E., 2003/12999K. T. 09.07.2003 " ...Yıllık ücretli izin alacağı davalarında zamanaşımı, akdin feshi tarihinden başlar. Fesihten itibaren beş yıl içinde dava açılmış olduğundan zamanaşımı itirazının reddi ve davacının tüm çalışma süresi üzerinden yıllık ücretli izin alacağının hesaplanması gerekir..." (www.kazanci.com, 21.07.2009).

(59) ÇELİK, NURİ; s. 364.

(60) Naklen, M.SUR ,1999 Yılı Kararları, s. 34-35; KILIÇOĞLU,MUSTAFA; İş Kanunu Yorumu, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 462.

(61) Yarg. 9 HD. 1991/15099E., 1992/720K. T.28.01.1992, (www.kazanci.com, 06.08.2009).

belgeleri veya otel kayıtları ya da iznini yurt dışında kullanan işçinin pasaportundaki kayıtlarla belgelenmesi halinde, işveren söz konusu ücretten sorumlu tutulmamalıdır. Zira işverenin, sırf İş Kanunu'nda öngörülen kayıtların tutulmaması nedeniyle izin ücretinden sorumlu tutulması hakkaniyetle bağdaşmadığı gibi, usul hukukuna da uygun değildir.[62]

Eğer ki işveren, yıllık ücretli iznin kullandırıldığını, usulüne uygun bir kayıtla ispat edemezse, o halde yıllık izin parasından sorumlu tutulacaktır.

Yıllık izin defterinin ve çizelgesinin delil teşkil etmesi için, bunların işçi tarafından imzalanmış olmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda, Yargıtay'a göre, bu kayıtların bir diğer geçerlilik şartı, izne gidişi ve çıkış tarihlerinin usulüne uygun olarak gösterilmesidir. Akdin fesih tarihine yakın bir zamanda imzalatılmış olan yıllık izin defterine ise itibar etmek mümkün olmamalıdır.[63] İlgili Yargıtay kararında bu husus şu şekilde dile getirilmiştir:

"...hizmet akdi devam ederken alındığı anlaşılan ve ibraname niteliğinde olan protokole ve usulüne uygun şekilde düzenlenmediği ve akdin feshine yakın tarihte davacıya imzalatıldığı anlaşılan izin izleme defterine itibar etmek mümkün değildir. Zira izin izleme defterinde yalnız izne hak kazanılan tarihler ve bu tarihlerde izne hak kazanılan süreler belirtilmiş olup davacının izne ayrıldığı ve izinden döndüğü tarihler açıklanmış değildir. Bu belgenin izin defteri niteliğinde olmayıp hak kazanılan izinlerin hak kazanılma tarihleri ve hak kazanılan süreler ile ilgili olduğu sonucuna varılmalıdır..."

Ancak yıllık izin defterinin usulüne uygun olmadan, sonradan düzenlenerek imzalatıldığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatlamalıdır. Tanık beyanları bu hususta yeterli olmayacaktır.[64]

Yargıtay, yıllık ücretli iznin işveren tarafından kullandırıldığının ispatında, işçi tarafından imzalanan ücret bordrolarını da yeterli delil vasıtası olarak kabul etmektedir.[65] İlgili Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmektedir:

---

(62) Naklen, EYRENCİ, 1989 Yılı Kararları, 16.

(63) Yarg. 9 HD. 2004/13529E., 2005/3151K. T.07.02.2005,; 2007/16918E., 2008/10275K... T. 25.04.2008, (www.legalbank.net, 06.08.2009)

(64) Yarg. 9 HD. 2001/3780E., 2001/7975K., T. 08.05.2001, "...Davacı işçinin imzasını taşıyan yıllık ücretli izin defteri dosyaya sunulmuştur. Davacı, defterin sonradan düzenlendiği ve tüm işçilere imzalatıldığı, gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüşse de, mahkemece dinlenen davacı tanıkları işverene karşı aynı isteklerle dava açan işçiler olup, her yıl 15 gün izin kullandırıldığını belirtmişler, buna göre davacının iddiasını doğrulamamışlardır. Kaldı ki; aynı mahkemede seri halde yargılaması yapılan diğer dosyalarda anılan izin defterine itibar edilmiş ve izin isteklerinin reddine karar verilmiştir. Gerçekten, izin defterinde davacı işçinin izinlerini kullandığı imzasıyla bellidir. İzin defterinin kronolojik sıraya göre düzenlenmemesi sonuca etkili olamaz. Bu nedenle izin defterine değer verilerek sonuca gidilmelidir"

(65) Yarg. 9.HD. 1998/6413E., 1998/8888K. T. 14.05.1998, (www.kazanci.com, 07.08.2009)

"...Aralık 1996 bordrosunda davacının 14 gün ücretli izin kullandığı yazılı olup davacı anılan bordroyu ihtirazi kayıt koymadan imzalamış bulunmaktadır. Mahkemece bu husus değerlendirilmeden davacının tüm ücretli izin isteklerinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

Yargıtay, ibranameleri de delil vasıtası olarak kabul etmektedir. Ancak bunun için, yıllık ücretli izin alacağı miktarının ibranamede açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. İlgili Yargıtay kararında[66] bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

"İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir... Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir..."

B. DİĞER İŞ KANUNLARINDA YILLIK ÜCRETLİ İZİN

1- DENİZ İŞ KANUNU'NDA YILLIK ÜCRETLİ İZİN

Aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet akdine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemi adamı, yıllık ücretli izine hak kazanır (854 sayılı Deniz İK m.40/I). Bu düzenleme ile, 4857 sayılı İK'dan farklı bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. İK'da yıllık ücretli izne hak kazanma koşulu daha farklıdır.

İzin süresi, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemi adamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz (854 sayılı Deniz İK m.40/II). İzin işverenin uygun göreceği bir zamanda kullanılır. Bu haktan feragat edilemez (854 sayılı Deniz İK m.40/III).

Gemi adamlarına da hafta tatili (Deniz İK m.41) ve Ulusal Bayram ile Genel Tatil günlerinde (Deniz İK m.43) ücretli izin verilmesi zorunludur. Bu tatil günlerinin, gemi adamlarının kullanmakta olduğu yıllık ücretli izinlerle çakışması durumunda yıllık izin süresinden sayılıp sayılmayacağı hususunda öğretinin görüşü uyarınca, yıllık izin süresi takvim günü olarak ele alınacağı ve anılan süreler yıllık izin süresinden sayılmayacağına dair kanuni bir düzenleme olmadığından, bu süreler yıllık izin süresine dahil edilemez.[67]

---

(66) Yarg. 9 HD. 2007/22604E., 2008/15242K. T. 10.06.2008, (www.legalbank.net, 08.08.2008).

(67) AKYİĞİT, ERCAN; s. 535.

Yine konuyla ilgili bir düzenleme bulunmayan, hastalık günlerinin ve özel nedenlerle çalışılmayan günlerin, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki gibi yıllık izinden sayılacağı kabul edilmektedir.[68]

Bir aylık izin, tarafların rızasıyla aynı yıl içinde kullanılmak suretiyle ikiye bölünebilir (854 sayılı Deniz İK m.40/IV). Bu düzenleme ile de, 4857 sayılı İK'da olduğu gibi *"yıllık ücretli iznin ancak istisnai durumlarda bölünebileceği"* kararlaştırılmıştır.

Gemi adamı, yıllık ücretli iznini yabancı bir memleket limanında veya hizmet akdinin yapılmış bulunduğu mahalden gayri bir yerde kullanmaya zorlanamaz (854 sayılı Deniz İK m.40/V).

Gemi adamı, dilerse, işveren veya işveren vekilinden ücretli izne ilişkin olarak 7 güne kadar ücretsiz yol izni de isteyebilir (854 sayılı Deniz İK m.40/VI). İş Kanununda ücretli yol izni ancak 4 güne kadar istenebiliyordu.

Gemi adamının hak ettiği yıllık ücretli izni kullanmadan hizmet akdi 14. maddenin II, III ve IV. bentlerine göre bozulursa, işveren veya işveren vekili izin süresine ait ücreti, gemi adamına ödemek zorundadır (854 sayılı Deniz İK m.40/VII).

2- BASIN İŞ KANUNU'NDA YILLIK ÜCRETLİ İZİN

Günlük süreli yayınlarda (mevkutede) çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir. Gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan yukarı olan bir gazeteciye, altı hafta ücretli izin verilir. Gazetecinin kıdemi aynı gazetedeki hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır (Basın İK m.20/I).

Günlük olmayan süreli yayınlarda çalışan gazetecilere her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izinlerin hesabında bu Kanunun 1. maddesindeki "*Gazeteci*" tabirine girenlerin kıdemleri, iş akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden inikat etmiş olmasına bakılmaksızın, gazetecilik mesleğinde geçirdikleri hizmet süresi nazara alınmak suretiyle tespit edilir (Basın İK m.20/II).

Basın İş Kanunu'nda, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günleri ile hastalık izinlerinin, yıllık izin süresine ekleneceğine dair kanuni bir düzenleme bulunmamasından, bu sürelerin yıllık izin süresinden sayılacağı söylenebilmektedir.[69]

İzin hakkından feragat edilemez (Basın İK m.20/III).

((68) AKYİĞİT, ERCAN; s. 535
(69) AKYİĞİT, ERCAN; s. 578

SONUÇ

Yıllık ücretli izin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir ve bu sayede işçinin anayasal ve vazgeçilmez temel hakkı güvence altına alınmıştır. İşveren, işçinin kanun tarafından güvence altına alınan bu hakkını yerine getirme yükümlülüğü altındadır.

Yukarıda anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca işçi, *"işyerinde fiilen işe başladığı tarihten itibaren, deneme süresi de dahil olmak üzere 1 yıl çalışması karşılığında"* yıllık ücretli izne hak kazanabilmektedir. İşçinin yıllık izne hak kazanmasının en temel şartı kanunda bu şekilde düzenlenmiştir. En az 1 yıl süre ile çalışma koşulunun, aynı işverenin aynı işyerinde gerçekleştirilmesi de gerekmemektedir. İşverenin diğer işyerlerinde geçirilen süreler de dikkate alınacaktır.

Üstelik aynı işverenin işyerlerinde geçirilen çalışma sürelerinin kesintisiz olması da zorunlu sayılmamalıdır. İşçinin değişik zamanlarda aralıklı olarak çalışması halinde de yıllık ücretli izin sürelerinin hesaplanmasında bu sürelerin birleştirilerek dikkate alınması gerekmektedir.

İşçinin yıllık ücretli izin süreleri, İş Kanunu 53/IV. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, *"İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi;*

a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden,

b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden,

c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden az olamaz. Ancak on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz."

Yıllık ücretli izin, işçinin dinlendirilmesi amacını taşıdığından, İş Kanun'un 53/II. maddesinde *"Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez."* hükmünü düzenlemiştir. İlgili Yargıtay kararlarında da bu husus sık sık vurgulanmaktadır. Yine işçinin dinlendirilmesi amacıyla, "*yıllık iznin bölünemezliği ilkesi"* de Kanunda düzenleme alanı bulmuştur.

Yıllık ücretli iznin tespitinde ise, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiğinde son olarak aldığı çıplak ücret dikkate alınmaktadır.

İş Kanunu'ndaki yıllık ücretli izne dair hükümler değerlendirildiğinde, yıllık iznin amacına uygun hükümlerin düzenlenmiş olduğunu görmek mümkün olacaktır. Yargıtay da bu amaçtan sapmayan ve hatta bu amaca yönelik kararlar ortaya koymaktadır.

II. KAYNAKÇA

AKYİĞİT ERCAN; Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, Ankara 2000

ÇELİK NURİ; İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2007

ÇELİK NURİ; İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul 2000

EKONOMİ MÜNİR; İş Hukuku, C.1 Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984

ERGUN İNCE; Yıllık Ücretli İzin Hesabı Konusundaki Yargıtay Kararına Yönelik Değerlendirme, Mess Yayınları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 7. Sayı, Eylül 2007

GÜNAY CEVDET İLHAN, İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Yetkin Basım Evi, Ankara 2006

KILIÇOĞLU MUSTAFA; İş Kanunu Yorumu, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005

SÜZEK SARPER; İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2006

İNTERNET KAYNAKLARI

Yarg. 9. HD. 2006/12556E., 2007/1252K., T. 31.01.2007, (www.legalbank.net, 23.07.2009)

Yarg. 9. HD.1994/10367E., 1994//14461K. T. 20.10.1994, (www.legalbank.net, 23.07.2009

Yarg. 9. HD. 2007/11498/E., 2008/8313K., T.14.04.2008, (www.kazanci.com, 23.07.2009)

Yarg. HGK. 2007/9-148E., 2007/148K. T.14.03.2007, (www.kazanci.com, 23.07.2009)

Yarg. 9. HD. 1990/11285E., 1991/16352K., T.23.12.1991, (www.kazanci.com , 23.07.2009)

Yarg. 9. HD. 1999/12251E., 1999/16497K., T. 2.11.1999, (www.kazanci.com, 04.08.2009)

Yarg. 9. HD. 2001/17459E., 2002/2727K. T.13.02.2002, (www.legalbank.net, 23.07.2009)

Yarg. 9. HD. 2003/10839E., 2003/22571K. T.23.12.2003, (www.legalbank.net, 04.08.2009)

Yarg. 9. HD. 2006/15954E., 2006/17843K. T. 20.06.2006, (www.legalbank.net, 04.08.2009)

Yarg. 9. HD. 1998/15053E., 1998/16953K. T. 30.11.1998, (www.legalbank.net, 06.07.2009)

Yarg. 9. HD. 2003/10497E., 2003/23425K. T. 22.12.2003, (www.legalbank.net , 06.08.2009)

Yarg. 9. HD. 1997/6005E., 1997/11922K. T.17.06.1997, (www.legalbank.net, 06.08.2009)

Yarg. 9 HD. 1998/8474E., 1998/10306K., T.15.06.1998, (www.legalbank.net, 06.08.2009)

Yarg. 9 HD. 2006/7019E., 2006/9023K. T. 10.04.2006, (www.kazanci.com, 23.07.2009)

Yarg. 9 HD. 2006/9424E., 2006/30904K. T. 23.11.2006, (www.kazanci.com, 23.7.2009)

Yarg. 9 HD. 2006/11555E., 2006/31004K. T. 23.11.2006, (www.kazanci.com, 23.07.2009)

Yarg. 9 HD. 2005/25376E., 2005/29266K. T. 12.09.2005, (www.kazanci.com, 23.07.2009)

Yarg. 9 HD. 2005/32023E., 2006/1324K. T. 25.01.2006, (www.kazanci.com, 23.07.2009)

Yarg. 9.HD. 1997/14619E., 1997/18911K. T. 12.11.1997, (www.legalbank.net , 06.08.2009)

Yarg. 9. HD. 2003/1757E., 2003/12999K. T. 09.07.2003, (www.kazanci.com, 21.07.2009)

Yarg. 9 HD. 1991/15099E., 1992/720K. T.28.01.1992, (www.kazanci.com, 06.08.2009)

Yarg. 9 HD. 2004/13529E., 2005/3151K. T.07.02.2005, (www.legalbank.net, 06.08.2009)

Yarg. 9 HD. 2007/16918E., 2008/10275K.. T 25.04.2008, (www.legalbank.net, 06.08.2009)

Yarg. 9 HD. 2001/3780E., 2001/7975K., T. 08.05.2001, (www.legalbank.net, 06.08.2009)

Yarg. 9.HD. 1998/6413E., 1998/8888K. T. 14.05.1998, (www.kazanci.com, 07.08.2009)

Yarg. 9 HD. 2007/22604E., 2008/15242K. T. 10.06.2008, (www.legalbank.net, 08.08.2008)

KISMİ ÇALIŞMA

Özge İŞERİ

1. KISMİ ÇALIŞMAYA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Kısmi süreli çalışma, tam süreli iş olanağının yaratılamadığı durumlarda işsizliğe bir çözüm olarak ortaya çıkmaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmesi daha çok evli kadınlar, geçim sıkıntısı çeken emekliler ve öğrenimlerine devam eden gençler tarafından tercih edilmektedir.

Son yıllarda gelişen yeni teknolojiler, ortaya çıkan yeni yönetim anlayışları, küreselleşme olgusu ve artan rekabet ortamı, standart olarak kabul edilen katı çalışma biçimlerinden uzaklaşılmasına ve yeni çalışma biçimlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.[1] Esnek çalışma biçimleri olarak tanımlanan bu yeni çalışma biçimlerine atipik çalışma biçimi de denilmektedir.[2] Ürün piyasasında artan rekabet, hızla değişen teknoloji işverenleri tam gün çalışan işgücü istihdam etmekten çok, işgücünden tasarrufa yöneltmiştir. Böylece işverenler çekirdek işgücünün sayısını azaltırken, çevre işgücünün yani diğer bir deyişle atipik çalışanların sayısını arttırmaktır.

Kısmi süreli iş sözleşmeleri atipik iş sözleşmelerinin en yaygın ve karakteristik örneğini oluşturur. Kısmi süreli çalışma, istihdamı sağlamada ve işsizliği önlemede bir çözüm olarak ortaya çıkmakta, bu çalışma biçiminde işin bölünmesi daha çok işçi ihtiyacını doğurmakta, böylece işsizlerin iş bulma olanakları artmaktadır. Aynı zamanda uzun süre çalışmanın işgücü verimliliği üzerindeki olumsuz etkilerini ortadan kaldırarak iş gücü verimliliğinde artış söz konusu olacaktır. Kısmi sureli iş sözleşmelerinin ortaya çıkması günümüzde işçilerin iş ilişkisi dışında farklı uğraşlara yönelip bir yandan da öğrenimlerine devam ederek kendilerini geliştirebilme imkânı ve sosyal ihtiyaçlarının giderilmesini sağlamış ayrıca kadınların iş hayatına katılmasını kolaylaştırmıştır.

Uluslararası araştırmalara göre, kısmi süreli çalışmalar Avrupa Birliği (AB), Japonya ve diğer gelişmiş batı ülkeleri olmak üzere hemen her yerde artış göstermektedir.[3] Araştırmalar, son yıllara kadar *"kısmi süreli çalışma"*nın, genellikle vasıfsız kadınların hizmet sektöründeki çalışmalarıyla sınırlı olduğunu gösterirken zamanla bu durumun değiştiğini,

---

(1) Çakır,Yeni Çalışma Biçimleri ve İşe İlişkin Tutumlar, Endüstri İlişkileri ve İnsan Hakları Dergisi,C.3, S.1, 2001, s.15.

(2) Süzek, İş Hukuku, s.235.

(3) A. Can Tuncay,Hizmet Aktinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar, (Hizmet Akdinin Türleri),TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs 2001-Ağustos 2001, C.16-17. Sa:6-1, s.13.

özellikle yüksek öğretim düzeyinin artmasıyla birlikte, kadın ve erkekler arasında tam süreli çalışmanın yerine kısmi süreli çalışmanın tercih edildiğini göstermektedir. Gerçekten de kısmi çalışma, kadın gücünün ekonomiye kazandırılması ve işyerinde ortaya çıkan durgunluk ile yığılma durumlarının önüne geçilmesi, mevcut işlerin çalışan işçiler ile iş arayanlar arasında dağılımın sağlanması, tam gün çalışmanın bazı olumsuz sonuçlarının giderilmesi için ortaya çıkmıştır.

Sanayi devrimi öncesinde erkekler tarladaki güç işlerle uğraşırken, kadınlar ev işleri ve dokuma işlerinde çalışmışlar. Kadının çalışması ev ile sınırlı kalmıştır.[4] Sanayi devrimiyle ortaya çıkan süreçte, başta Batı Avrupa ülkelerinde uygulanan uzun iş süreci gerek çocukları gerekse yetişkinleri yıpratmıştır. İkinci Dünya Savaşı'yla birlikte çalışma hayatı farklı bir görünüm almıştır.[5] XIX. yy. başlarında 16 saatlik günlük iş süresi esasının geçerli olmakla birlikte bu dönemde çocukların dahi günde 16 saate kadar çalıştıkları görülmüştür. Ancak, uzun iş süresinin sağlık ve yaşam üzerinde yarattığı yıpratıcı etkiler ile bunların iktisadi düzende yol açtığı olumsuz sonuçlar, çok geçmeden anlaşılmıştır ve iş süresini sınırlamaya ilişkin yasal düzenlemelere gidilmiştir.

Kısmi Süreli Çalışma, Türk çalışma hayatında ilk defa IV. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1982 Yılı Programı'nda[6] resmi politika olarak yerini almıştır. Programda işsizlik sorununun büyümesi ve açık işsizliğin artması nedeniyle "*çalışma hayatımızda esneklik sağlanması kısmi süreli ve esnek zamanlı çalışma statülerinin çalışma mevzuatına getirilmesi için gerekli değerlendirmelerin*" yapılacağı belirtilmiştir.

2. KISMİ ÇALIŞMA DÜŞÜNCESİNİN GELİŞİMİ

1475 sayılı İş Kanunu genel olarak tam süreli çalışma sistemi üzerine kurulmuştu. Ancak iş hukuku mevzuatında kısmi süreli (part-time) çalışmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamasına karşın iş ilişkisinin kısmi süreli olarak kurulmasına da kanuni bir engel yoktu. Öğreti kısmi süreli çalışma kavramı üzerinde durmuş; Yargı da tam süreli çalışma esasında kabul edilmiş olan 1475 sayılı eski iş kanununun hükümlerini, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kısmi süreli çalışmaya uygulayan çözümler geliştirmiştir. Oysa Karşılaştırmalı Hukuka bakıldığında Avrupa ülkeleri mevzuatında 1970 ekonomik krizini takiben kısmi süreli iş sözleşmelerine

---

(4) Altan,Kadın işçiler ve Türkiye'de Kadın işçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu ile Korunması,1980,Eskişehir,S.3

(5) Aykaç, Esneklik ve Çalışma Hayatı, 1996, Sabahattin Zaim'e Armağan, İktisat Fak. Mecmuası, İstanbul. s.115

(6) R.G. 29.07.1982/17405.

yer verildiği ve Avrupa Birliği seviyesinde düzenlemelere konu olduğu görülmektedir.

21. yüzyılın son çeyreğinden itibaren ortaya çıkan teknolojik ve ekonomik değişiklikler iş hukukunda esnekleşme gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu çerçevede en fazla yaygınlık kazanan ve tipik iş sözleşme türü olan kısmi süreli iş sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.

Kısmi süreli iş ilişkisi ile işçilerin çalışmaları, uluslararası planda ilk kez Birleşmiş Milletler Örgütü'ne bağlı Kadınların Statüsü Komisyonu'nun Şubat 1953'teki 7. oturumunda ele alınmıştır.[7] Önerilen tanımlama ise, "*genel olarak mutat iş süresinin önemli ölçüde altındaki bir süreyle, günün veya haftanın bir bölümünde düzenli çalışma*"dır. Daha sonra ILO uzmanlarınca, Kasım 1965'te kadınların çalışma sorunlarına ilişkin toplantıda kısmi çalışmanın, "*işçi ile işveren arasındaki karşılıklı anlaşma ile oluşan ve normal iş süresinden daha az olan düzenli çalışma*" olarak tanımlanması onaylanmıştır.[8] AB'nin kısmi süreli çalışmaya ilişkin 15.12.1997 tarih ve 97/81/EG sayılı olan Çalışma Çerçeve Anlaşması'nın 3. maddesinde kısmi süreli çalışma düzenlenmiş olup kısmi süreli işçi, "*karşılaştırılabilir bir tam zamanlı işçinin normal çalışma saatlerinden, haftalık olarak veya bir yıla kadar süreli istihdamın ortalaması olarak hesaplandığında normal çalışma saatleri daha az olan işçi*" biçiminde tanımlanmıştır. 4. maddesinde ayrımcılığın engellenmesi yönünde hükümlere yer verilmiş, 5. maddesinde kısmi süreli çalışma olanaklarının kapsamı tayin edilmiş ve 6. maddede ise bu belgenin üye ülkeler tarafından ulusal kanunlara dönüştürülmesi esasları ve süreleri belirtilmiştir.[9] Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması'nın amacı, "*…bir yandan kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmak, diğer yandan kısmi zamanlı çalışmanın gelişmesini serbest irade temelinde teşvik etmek ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışma sürelerinin esnek bir organizasyon çerçevesinde düzenlenmesine katkıda bulunmak*" tır.[10] Alman Hukuku'nda ilk kez 1985 yılında kabul edilmiş olup Çalıştırmayı Geliştirme Kanunu'nda tanımı yapılmıştır. Tanıma göre, "*Bir işçi, işyerinde kendisi ile karşılaştırılabilir bir işte tam gün çalışan işçilerin normal haftalık çalışma süresinden daha az bir süre çalışıyorsa, bu kişinin kısmi süreli iş ilişkisi ile çalıştırılması söz konusudur*".

---

(7) Ünal, Ayşe, Avrupa'da Kısmi Çalışma ve Uygulamanın Genel Özellikleri, Kamu-İş, C.8, S.1,Ankara 2005, s.114

(8) Centel, Tankut, Kısmi Çalışma, 1992, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul, s.24

(9) Hekimler, Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya'da Esnek Çalışma Modelleri, TİSK, Ankara, Ocak 2006, s.66.

(10) Uçum, Yeni İşk. Seminer Notları, İstanbul 2003, S.38.

Benzer bir tanım da ILO'nun 1998 tarih, 175 sayılı sözleşmesinde yer almaktadır. Buna göre, "*karşılaştırılabilir tam gün işçilerine göre normal çalışma saatlerinden daha az çalıştırılan işçi*" kısmi süreli işçidir. Kısmi süreli çalışma ilişkisi birçok Kara Avrupa ülkesinin hukuk düzeni içinde yer almış ve tanımlanmıştır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda kısmi süreli iş sözleşmesi ile ilgili getirilen düzenlemeler AB'nin 1997 tarihli yönergesi ile yürürlüğe giren aynı tarihli Çerçeve Anlaşması'ndaki tanıma da uygundur.

3. KISMİ ÇALIŞMANIN KABULÜNE YOL AÇAN NEDENLER

3.1. İşçiler Açısından

İşçilerin kısmi süreli çalışmayı artan oranda tercih etmelerinin sebebi kişiye özel (ailesi veya kendisi için) nedenler olabileceği gibi yaşadıkları toplumun sosyal ve ekonomik etkileri de olabilir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile işçiler, aynı anda farklı işyerlerinde çalışarak gelirlerini arttırabilirler. Bu nedenle de bu şekilde çalışmak birçok işçiye daha cazip gelmektedir.

Kısmi süreli çalışmanın işçiye sağlayacağı en büyük yarar, çalışma sürelerini bireyselleştirmesidir. Gerçekten işi kendi çalışma saatlerini kendisine göre ayarlayabilecek ve kendi gereksinimlerini ön planda tutabilecektir.

Kısmi süreli çalışanların bu türlü bir çalışmayı seçme nedenleri aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır.

• Kısmi süreli çalışmayı tercih edenlerin büyük çoğunluğunu kadınlar oluşturmaktadır. Modernleşme nedeniyle kadınların boş zamanlarının artması, modern toplumlarda artan hizmetler nedeniyle annelik hizmetlerinin hafiflemesi, aile bütçesine katkıda bulunma ile ekonomik özgürlüğünü koruma bu türlü çalışmanın tercih edilmesinin nedenleridir. Günümüzde tek başına çalışan erkek, ailenin çok çeşitli ve artan masraflarını karşılayamamaktadır. Bu nedenle evli ve çocuk sahibi kadınlar ailelerine katkıda bulunmak, ev işleri ve çocuk bakımına da zaman ayırmak amacıyla kısmi süreli çalışmayı tercih etmektedirler.

• Kısmi süreli çalışma öğrenim gören gençler tarafından da tercih edilmektedir, bunun nedeni öğrencilerin, eğitimleri sırasında gelir elde ederek ailelerine yük olmamak ve öğrenimleri için kendilerine zaman ayırabilmektir.[11]

---

(11) Eyrenci, Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, Bs.Y., , Mozaik Basımevi, İstanbul, S.15, Ten Naklen (H.P. Marutschke, Teilzeitbeschaeftigung İn Japan, Ein Überblick Über Die Rechtliche Und Tatsaechliche Und Rechtliche Und Tatsaechliche Situation Der Teilzeitarbeiter İn Japan, Arbr 1986, S.99.

• Emekli aylıklarının yeterli gelmemesi nedeniyle hala çalışabilecek güce sahip olanlar kısmi süreli çalışmayı tercih etmektedirler.

• Tam süreli iş bulamayıp zorunlu olarak kısmi süreli çalışan erkekler dışında kimi erkekler de başka bir gelir güvencesine sahip olup ek gelir sağlamak ve artan zamanlarını kültürel ve sosyal yaşamda değerlendirmek için kısmi süreli çalışmaktadır.[12]

• Sakat ve özürlüler için en uygun çalışma biçimi kısa süreli çalışmadır. çünkü sağlık problemleri ve bedensel yetersizlikleri nedeniyle tam süreli iş sözleşmesi ile çalışabilecek durumda değillerdir.

3.2. İşverenler Açısından

İşverenler, kısmi süreli çalışmayı verimi arttırmak amacıyla tercih etmektedirler. İşçilerin verimlerinin yükselmesi de işletme verimliliğinin yükselmesini dolaylı olarak sağlamış olacaktır. Fakat kısmi süreli çalışma yerleri kurulması, işverene işçinin veriminin artması ve işgücünden tasarruf sağlaması gibi avantajlarının bulunmasının yanı sıra, bazı durumlarda ayrı bir mekân yaratma zorunluluğu, kısmi süreli çalışanlar için iş elbisesi sağlanması gibi ek masraflara yol açması, küçük işyerleri için çalışan sayısını arttırması gibi dezavantajlara da yol açmaktadır. Bazı çalışma yerleri için bu çalışma şekli çok avantajlıdır. Bunun nedeni bu tür çalışma yerleri için sadece kısmi süreli çalışan personel gereksiniminin bulunmasıdır (örneğin; temizlik personeli) çünkü işin kapsamı tam gün çalışmayı gerektirmemektedir. Bunun yanında, ihtisas ve yüksek donanım gerektiren, ancak işyerinde bulunmaları gerekli olmayan (örneğin; danışmanlar) kişilerin ülkemizde kısmi süreli çalışmaları işverenlerce tercih edilmektedir.[13]

3.3. İktisadi Açıdan

Kısmi çalışmada iktisadi açıdan güdülen amaç, kadın iş gücünün ekonomiye kazandırılması ve işyerlerinde zaman zaman ortaya çıkan aşırı durgunluk ile yığılma durumlarının önüne geçilmesidir. Ancak, son 30 yıllık zaman sürecine bakıldığında; kısmi çalışmanın, iktisadi açıdan, işlev değişimine uğradığı görülür. Nitekim, 1960'lı yıllardan 1970'li yıllara gelinceye dek kısmi çalışma, yüksek iktisadi konjonktör içinde zorunlu olarak gereksinim duyulan yedek işgücünü harekete geçirmek için tek olanak iken; 1980'li yılların ortalarından itibaren, iş piyasasında bozulan

---

(12) Ekonomi, Teknolojik Ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu Ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü Ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, Orhim Yayınları 2, İstanbul 1986, S.182; Eyrenci, A.G.E., S.15

(13) Eyrenci, Age., S.15.

istihdam durumlarını düzeltmeye yardımcı olma işlevini yüklenir. Buna göre; kısmi çalışmanın yaygınlaştırılmasıyla, artık mevcut işler, çalışan işçiler ile iş arayanlar arasında daha iyi dağılmış olmaktadır.[14]

Kısmi süreli çalışmaya iten iktisadi nedenlerin en önemlisi, açık işler yaratıp istihdamı özendirme ve böylece, işsizliği önleme isteğidir. Bu konuda, yeni işlerin yaratılması, mevcut tam gün çalışılan işlerin bölünmesi veya bunların esnek kısmi çalışma türlerine uyar durumuna getirilmesi biçiminde gelişir. İlk olarak bu istihdam projesi için Almanya'da İstihdamı Teşvik Kanunu kabul edilmiştir ve bu kanunda kısmi süreli çalışma ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Bu projeyle, iş bölünmesiyle iş sayısı artacak, bu iş bölünmesi daha çok işçi ihtiyacı doğuracak, bu sayede işsizlerin de iş bulma şansı artacaktır. Proje kapsamında hizmet sektöründe faaliyet gösteren özel işletmeler arasında anket yapılmıştır. Anket sonucunda ise yapılan düzenleme ile istihdam düzeyinin yükseltilmesi amacına ulaşılamadığı ortaya çıkmıştır. Ayrıca, araştırma hizmet sektöründeki fazla mesai yapma eğilimlerinde de bir azalma olmadığını göstermiştir.

4. KISMİ ÇALIŞMA KAVRAMI

Tanımı:

Kısmi süreli iş sözleşmesini tek ve genel bir tanımla sınırlandırmak mümkün değildir. Bazen aynı ülkede bile farklı amaçlar için farklı tanımlar uygulanabilmektedir. Birçok ülkede kısmi süreli iş sözleşmesi kanunda düzenlenmediği halde yaygın olarak kullanılmaktadır. Diğer yandan, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg, İspanya gibi bazı ülkelerde ise kanunda düzenlenip yasal tanımı yapıldığı halde tanımlar arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte Kanunda açık ve net tanımı yapılmamıştır. Söz konusu maddede, "*işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli hizmet akdi*" olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte "*önemli ölçüde daha az*" kavramından ne anlaşılması gerektiği, söz konusu maddenin düzenlendiği Kanun'un madde gerekçesinde bu kavramın örnekle açıklandığı görülmektedir. Gerekçede; Avrupa Birliği'nde Konsey tarafından 97/81 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların meydana getirdikleri "*Kısmi Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması*"na atıfta bulunulmuş ve "*işyerinde uygulanan tam süreli iş sözleşmesi için haftalık çalışma süresi 40 saat ise, kısmi süreli*

(14) Centel, Age S.2

çalışma için 2-3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az olan 30 saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi kısmi süreli iş akdine göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilmesi gerektiği" örneği verilmiştir.

Kısmi süreli çalışmanın İş Mevzuatı'nda açık ve net tanımlaması ise; "İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği"nde[15] yapılmaktadır. Yönetmeliğin 6. maddesinde, "*işyerinde tam süreli hizmet akdi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışma*" olarak tanımlanmıştır.

Yasada ve yönetmelikte kısmi süreli çalışmanın ölçütü olarak işyerindeki tam süreli emsal işçi esas alınmıştır. İşyerindeki emsal işçi haftada 45 saat çalışıyor ise en fazla 30 saate kadar yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilirken emsal işçinin haftalık çalışma süresi 42 saat ise bu defa 28 saate kadar yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilecektir. Kısmi süreli hizmet sözleşmesi de, belirli süreli kısmi hizmet sözleşmesi, belirsiz süreli kısmi hizmet sözleşmesi, deneme süreli hizmet sözleşmesi olabilir.

Hukuki Niteliği:

Günümüzde ekonomik ve teknolojik gelişmeler ve buna bağlı olarak da sosyal değişmeler, tipik iş ilişkisini meydana getiren unsurlarda da bir takım değişikliklere neden olmuştur. Tipik iş ilişkilerinin oluşumunu sağlayan temel unsur olan "*bağımlı çalışma*" yani işçinin işverene bağlı olarak çalışması, sosyal değişmeler nedeniyle zayıflamakta, çalışma yerini ve zamanını işçi ya da işçilerin belirleyebildiği ve işvereni devre dışı bıraktıkları bir takım çalışma biçimleri ve bunlara dayalı iş sözleşmeleri söz konusu olmaktadır.

Atipik iş sözleşmeleri esas ve şekil bakımından özel kurallara tabi olan ya iş sözleşmesinin süresinin kısaldığı ya da iş süresinin esnekleştirildiği sözleşmelerdir.[16] Bu iş ilişkileri, işçinin tek bir işverene bağlı olarak çalıştığı bir iş ilişkisi olmayıp esas ve şekil bakımından özel kurallara tabidir. İşçi, tercih etmesi halinde birden çok işverenle çalışmasını sürdürebilir. Ancak, işçi tek bir işverenin yanında çalışıyor olsa bile bu çalışmasını işyeri dışında hatta kendi bürosunda veya evinde bile yapabilecektir. Dolayısıyla, tipik iş ilişkisinden farklı olarak işçinin işverene ve işyerine sıkı bir bağlılığı söz konusu olmamakta, tamamen kendi iradesine bağlı olarak çalışma zamanını ve çalışma yerini belirleyebilmektedir. Bu nedenle, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi, haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre, haftanın bir veya birkaç gününde belirli bir süre

(15) 06.04.2004 tarih ve 25425 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

(16) Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku 2. Bası, Ankara 2005, s. 285.

çalışabilir. Görüldüğü üzere, kısmi süreli iş sözleşmesi, atipik iş sözleşmelerinin yaygın uygulamasıdır.

Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirme

Kısmi süreli iş sözleşmesi, 10.06.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Daha önceleri uygulamada sıkça karşılaşılmasına rağmen, kanuni bir düzenleme bulunmamakla birlikte yasaklayıcı bir hüküm de bulunmamaktaydı.

Nitekim Borçlar Kanunu m.313'e göre, "*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.*" Bu tanıma göre, iş sözleşmesi işçinin belirli ya da belirsiz bir süre için iş görmeyi yüklendiğini ve bu edimin karşılığında da iş sahibinin işçiye ücret vermeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Görüleceği üzere, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ne kadar süre ile işverene bağlı olarak çalışacağı konusunda maddede herhangi bir sınırlayıcı düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kısmi süreli iş sözleşmesinin yasal bir zemine oturmasını engelleyecek herhangi bir yasaklayıcı hüküm de yoktur.

5. MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA

Öğretide genel olarak kısmi süreli çalışma denilince "*işçinin günlük ve/veya haftalık normal çalışma süresinden daha az süreyle çalıştırıldığı iş ilişkisi*" anlaşılır. Fakat buradaki günlük ve/veya haftalık "*normal çalışma süresi*"nden sadece o işyerinde uygulanan süreyi mi, yoksa yasada genel olarak öngörülen azami normal çalışma süresinin mi anlaşılacağı tartışmalara yol açabilmekteydi.

AB'nin 97/81 sayılı Konsey Yönergesi'ne Ek Çerçeve Sözleşme'de kısmi süreli çalışma yerine, kısmi zamanlı işçi tanımlanmıştır. Buna göre kısmi zamanlı işçi, "*kararlaştırılabilir (emsal) tam süreli işçinin normal çalışma saatlerinden, haftalık olarak veya bir yıla kadar süreli istihdamın ortalaması olarak hesaplandığında, normal çalışma saatleri daha az olan işçidir.*" (3/1). Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1998 tarih ve 175 sayılı sözleşmesi de kısmi süreli çalışmayla ilgili olup, kısmi süreli işçi "*karşılaştırılabilir tam gün çalışan işçilere nazaran normal çalışma saatleri daha aşağı düzeyde tutularak çalıştırılan kimse*" biçiminde tanımlanmıştır. İşte bu düzenlemelerden de belli ölçüde etkilendiğini söylenebilecek 4857 sayılı İş Kanunu kısmi süreli iş sözleşmesini (kısmi süreli çalışmayı) biraz daha farklı biçimde düzenlemiştir. Yasaya göre, "*işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi sürelidir.*" (13/1).[17]

(17) Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, C:I, 2.Bası, Ankara, S. 526

Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı; 4857 sayılı kanunun 13. maddesinde yer almaktadır. "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir*". Kanunda belirtilen sürenin "*önemli ölçüde*" daha az olması Kanunun madde gerekçesinde 2–3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az süreli çalışma olarak belirtilmiştir. Bu oran İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği madde 6'da açıkça gösterilmiştir. Belirtilen oranı aşan çalışmalarda uygulanacak kuralların belirlenmesi çeşitli tartışmalara yol açmıştır.

Böyle bir kural yerine, ILO tarafından belirlenen şekilde normal çalışma süresinin altında çalışmanın kısmi süreli çalışma olarak kabulü daha uygun olabilirdi.[18]

Kısmi süreli iş sözleşmesi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örnek verecek olursak; haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre, haftada bir ya da birkaç gün içinde belirli bir süre olabilir. Bu tür çalışmalara İş Kanunun kapsamı dışında kalıp da Borçlar Kanunun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulandığı işlerin kapsamındaki ev hizmetlerinde rastlanılır. Ayrıca, İş Kanunu'nun kapsamı içinde olsa da ticaret işleri ve büro hizmetlerinin yapıldığı işyerlerinde ve küçük işyerlerindeki temizlik işlerinde bu tür çalışmalar yapılmaktadır. Sanayi kesimi dâhil olmak üzere çeşitli iş yerlerinde hekim, hukukçu, mühendis, vergi uzmanı şeklinde danışmanlık niteliğindeki işlerde de bu tür iş sözleşmelerinin yapıldığı görülmektedir. Bu tür çalışmalar bir ya da birden çok işveren yanında yapılabildiği için, işçi diğer işlerde de serbestçe çalışabilmektedir.[19]

5.1. Kısmi Süreli iş Sözleşmesinin Unsurları

4857 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir*". Maddeden anlaşılacağı gibi, kısmi süreli iş sözleşmesinin süresinin normal çalışma süresinden önemli ölçüde az olması, düzenli ve sürekli olması ve serbest irade ile kurulması, kısmi süreli iş sözleşmesini unsurlarını oluşturmaktadır. Bu kapsam içinde kısmi süreli iş ilişkisi

---

(18) Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17.bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s.87; Bkz.. Eyrenci age., s.21; Can Tuncay, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2. Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul, 2003.

(19) Çelik, age., s.88; Eyrenci, age., s.37; Centel, İşyeri Yönetmeliğinde Değişiklik, Münir Ekonomi 60.Yaş Günü Armağanı, s.63.

sürekli ya da süreksiz, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi biçiminde kurulabilecektir.

5.1.1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Süresinin Normal Çalışma Süresinden Önemli Ölçüde Az Olması

Kısmi süreli çalışmanın İş Hukuku bakımından göze çarpan temel özelliği, esas olarak iş süresinin kısaltılmasına dayanır. Kısmi süreli çalışmadaki iş süresinin kısalığı özelliği, Uluslararası Çalışma Örgütü'nce benimsenen tanımdan çıkarılmış ve öğretideki çoğunluk tarafından kabul edilmiştir. UÇÖ nün kabul ettiği tanıma göre "*normal çalışma sürelerinden az, sürekli ve düzenli olan ve gönüllü olarak yapılan çalışmaya*" kısmi süreli çalışma denilmektedir Ancak, aynı öğreti çoğunluğunun önemli bir bölümü, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün söz konusu tanımına bağlı kalmaz. Nitekim iş süresindeki kısalmanın neye göre gerçekleştirileceği konusunda, söz konusu tanımdan ayrılır ve "*genel normal*" iş süresi yerine "*işyerindeki normal*" iş süresi temel alınır.[20] Böylece sözleşmeyle işyerindeki normal iş süresinin altına inildiğinde; belirtilen görüşe göre, kısmi süreli çalışma söz konusudur. İş Yasası, kısmi çalışmada baz alınacak normal çalışma süresini, tam süreli çalışan emsal işçinin çalışmasını esas almıştır. Kısmi çalışmanın tespitinde öncelikle aynı işyerinde tam süreli çalışan emsal işçi baz alınırken, aynı işyerinde emsal işçi yok ise aynı işkolunda çalışan diğer işletmelerdeki tam süreli çalışan emsal işçinin çalışması baz alınacaktır.

5.1.2. Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Çalışmanın Düzenli ve Sürekli Olması

Kısmi süreli çalışmayı oluşturan iş süresinin kısalığı, sürekli olma niteliğini taşımalıdır. Buna göre, iş süresindeki kısalma, iş ilişkisinin devamı boyunca söz konusu olmalıdır. Kısa çalışma ile kısmi süreli çalışmanın ortak yanları, her iki çalışma biçiminde de işyerindeki olağan çalışma süresinden daha kısa bir sürenin mevcut olmasıdır. Kısmi süreli çalışma süreklilik özelliği sayesinde, dış görünümü itibariyle kendisini andıran "*kısa çalışma*"dan ayırt edilir. Kısa çalışmaya örnek olarak "*bir günlük çalışma*" örnek olarak verilebilir. Tek (bir) günlük iş ilişkisi kısmi çalışma olarak değerlendirilmemektedir. Günübirlik çalışan işçi günlük normal çalışma süresinin altında çalışmış olsa dahi sürekli bir hukuki ilişkinin bulunmayışı yüzünden kısmi çalışma niteliğini kazanamaz.[21]

---

(20) Centel, age, s.27.

(21) Centel, age, s.30.

5.1.3. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Serbest İrade İle Kurulması

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi açısından "*sözleşme serbestisi ilkesi*" geçerlidir. İşveren dilerse işyerinde kısmi süreli çalışmaya geçebilir, fakat işçi bunu kabul etmek zorunda değildir.[22]

Doktrinde kısmi süreli iş sözleşmesinin iradi olarak yapıldığı konusunda fikir birliği yoktur. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmanın genellikle işçi tarafından istenmekte olduğunu ve tamamen işçinin isteğiyle sözleşmeye taraf olduğunu söyleyenler olduğu gibi; işçinin çoğu zaman işverence tanzim edilen ve bazen serbest iradesi ile bazen de işsiz kalmak korkusu ile kısmi süreli iş sözleşmesinin tarafı olmayı kabul ettiğini savunanlar da vardır.[23] Ekonomik nedenler ve talep daralmasından dolayı üretim hızının azaltılması istemiyle geçici bir süre çalışma saatlerinin azaltılması dolayısıyla işçinin esasen tam gün çalışmak istemine rağmen mecburi olarak bu çalışmayı kabul etmesi kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilemez.[24] Çünkü burada isteğe bağlılık öğesi bulunmamaktadır. Örneğin, bir işletme, toplu olarak işten çıkarmayı önlemek için çalışma saatlerinde azaltma yoluna gidebilir. Çalışma saatlerinde yapılan indirimle orantılı olarak ücrette indirim kaçınılmaz olacaktır. Söz konusu durumun geçicilik arz ettiği de gözden kaçırılmamalıdır.[25]

5.2.Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Ayrımının Esası

Genel Olarak:

Kanunda belirtilen haftalık ve günlük çalışma sürelerinin tamamını bir işverene bağlı olarak geçirmek üzere yapılan iş sözleşmesine Tam Süreli İş Sözleşmesi denir. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi de işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda oluşur.

Kısmi süreli çalışma bir yan çalışma olmadığı için hukuki açıdan korunması gerekmektedir. İş kanunu madde 13/2'ye göre, "*kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.*" şeklinde düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme, her iki sözleşme ile çalışanlar arasında eşitlik sağlamak amacı gütmemektedir. İş Kanunu madde 5/2'ye göre "*işveren esaslı sebepler olmadıkça tam*

---

(22) Okur, Uluslararası Boyutlarıyla Türkiye'de Kısmi Çalışma ve Geleceği, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleri ile Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991, s.120

(23) Arıcı, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Kamu-İş, Ankara 1992, s.76.

(24) Yavuz, Esnek Çalışma, s.39.

(25) TİSK, Esneklik, 05.05.2005, Erişim.

süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye" ..."*farklı işlem yapamaz.*" Aynı düzenleme İş Kanunu madde 13/2'de de yer almış ve işverenin ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt sözleşmenin kısmi süreli olmasından dolayı farklı işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağı, mutlak bir ayrımcılık olarak anlaşılmamalı herkese eşit haklar sağlanması değil aynı konumdaki işçiler arasında eşit davranılması olarak anlaşılmalıdır. Ancak farklı işlem yasağının da elbette bir sınırı olmalıdır. Aksi takdirde, kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri işçiler arasında eşitsizlik ortaya çıkaracaktır. Bu durum, tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçi arasında şüphesiz adaletsizliğin doğmasına neden olacaktır. Kanun, sınırı "*ayrımı haklı kılan neden*" ifadesi ile açıklanmaktadır.[26] Tam süreli çalışan işçiyle aynı çalışma zamanlarında çalışmayan ve günün belli saatlerinde gelen kısmi süreli çalışan işçinin işveren tarafından aynı yardımlardan yararlandırılması beklenemez. Örneğin, öğleden sonra çalışan bir işçi, sabah çalışanlara tahsis edilen servis aracından ya da öğle yemeğinden yararlanamayacaktır. Fakat çalışma süresinin devamına bağlı olan, kıdem tazminatına veya yıllık ücretli izne hak kazanmada ya da bildirim sürelerinin hesabında kısmi süreli çalışan işçi ile tam süreli çalışan işçi arasında bir ayrım yoktur.

Ancak, İş kanunu madde 13/2'nin son cümlesinde de belirtildiği gibi, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçi karşısında çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir.

Madde gerekçesinde hüküm örneklenerek açıklanmıştır. "*Örneğin, iş yerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi, yılda 60 TL yakacak yardımı alıyorsa; haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardım, 20 TL olarak ödenecektir.*" Bölünemeyen bir haktan yararlanma şartları bulunduğunda her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Bildirim süresi, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin bakımından durum böyledir.

Emsal İşçi Kavramı:

Emsal işçinin tarifi 4857 Sayılı Kanun'un 13/3 maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "*emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir.*" şeklinde verilmektedir. Şayet işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o iş kolunda şartlara uygun işyerinde

(26) Süzek, S. 218

aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi emsal işçi olarak kabul edilir.

Emsal İşçiye Oranla Önemli Ölçüde Az Çalışma

Kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Çalışma süresinin "*önemli ölçüde*" az belirlenmiş olmasından neyin anlaşılacağı konusunda kesin bir sınır çizmek hatalı olmakla birlikte gerekçede de belirtildiği gibi kararlaştırılan çalışma süresinin, tam süreli çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresinin üçte ikisinden daha az olması gerektiği söylenebilecektir. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.6, kısmi süreli iş sözleşmelerinin belirlenmesinde İş Kanunu'nun gerekçesinde belirtilen 2/3 oranında hareket etmektedir.

Örneğin, işyerinde çalışma saatleri haftada 45 saat olarak belirlenmişse, 4-5 saat gibi daha az çalışma belirtilerek 40 saat olarak belirlenen çalışma biçimi kısmi çalışma olmayacaktır. En azından üçte ikisinden daha az olan 30 saatin altındaki çalışma kısmi süreli çalışma olacaktır.

Ayrımın Esasının İhlalinin Hukuki Sonuçları

Genel Olarak:

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulması halinde İş Kanunu m.5 ve 13'de düzenlenen hükümlere aykırı davranılmış olunacaktır.

Kısmi süreli sözleşmeler için mad.13'de özel olarak ayrım yasağı düzenlenmiş olmasına rağmen yaptırımı belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi açık şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle mad.5 de ki genel düzenlemenin uygulanması doğru olacaktır.

İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesi başlıklı 5. maddesinde "*işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye ... farklı işlem yapamaz.*" (md.5/2) hükmünü getirmiştir. Eşit davranma ilkesine aykırı davranılmasının hukuki sonuçları, aynı maddenin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir*". Ayrımcılık tazminatının hesaplanmasında çıplak ücret esas alınacaktır. Kanun, ayrımcılık yasağının ihlali halinde, ayrıma tabi tutulan işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir

tazminatını ve yoksun bırakıldığı diğer haklarını talep hakkı vermektedir. Ayrımcılığın ispatı, İş Kanunu m.5/7 gereğince işçiye aittir. Bu durum, MK. m.6'ya göre "*herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür*" ilkesine de uygundur.[27]

Zamanaşımı:

Kısmi süreli çalışanlara karşı eşitlik ilkesine uyulmaması durumunda 5. maddede belirlenen yaptırıma ilişkin herhangi bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Maddede yaptırım olarak tazminattan bahsedilmesi ve özel bir zamanaşımı süresinin de düzenlenmemiş olması nedeniyle B.K.m.126'daki genel kural gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması doğru olacaktır.

5.3. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinde Ücret ve Paraya İlişkin Bölünebilir Menfaatler

5.3.1. Ücretin Hesaplanması

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin, ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri İş Kanunu madde 13/2'ye göre "*tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak*" ödeneceği kabul edilmiştir.

Kısmi süreli çalışmalarda da işçinin ücreti ve çalışma süresi serbestçe kararlaştırılacaktır. Fakat bu belirlemenin kanuni bir sınırı vardır. İşçiye verilecek olan ücretin aynı süre için hesaplanacak asgari ücretin altına düşmemesi gerekmektedir. Yasal günlük asgari ücret, tam süreli çalışan işçi içindir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye ödenecek olan günlük asgari ücretin miktarı, normal günlük çalışma karşılığı olarak tespit edilmiş asgari ücretin saat başına düşen miktarının çalışılan saatle çarpımı kadar olabilir ve söz konusu miktarın altına düşemez. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 16.05.1994 T., 1994/7505 E., 1994/7380 K. Sayılı kararında tam gün çalışan işçi ile haftada bir veya birkaç gün çalışan işçinin asgari ücretinin aynı olmaması gerektiğini belirtmiş ve günde birkaç saat çalışan işçiye, işverenin ödemesi gereken günlük asgari ücret, normal günlük çalışma karşılığı olarak tespit edilen asgari ücretin saat başına düşen miktarının çalışılan saatle çarpımı kadar olması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay aynı görüşü destekler nitelikte olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 05.05.1975 T., 1975/7229 E., 1975/29109 K. Sayılı kararında, günlük çalışmasının tamamını aynı işyerine hasretmeyen ve özel çalışmalarından sağladığı maddi olanaklar sayesinde yaptığı işe göre bir bedel alan işçinin asgari ücret isteyemeyeceğine karar vermiştir. Nitekim İş

(27) *Eyrenci, Taşkent, Ulucan, age s.66*

kanunu madde 13'e göre kısmi süreli çalışan işçiye ödenecek ücret, tam süreli emsal işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir.

5.3.2. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti

İş Kanunu m.47 gereğince "*Bu kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayıp çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir*". İşçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerini çalışarak geçirmesi ise; ancak İş Kanunu m.44'de belirtilen durumlarda mümkündür. Maddeye göre: "*Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerinde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gerekir*".

Kısmi süreli çalışan işçinin sözleşmeye göre çalışma zamanı ulusal bayram ve genel tatil günlerinden birine rastlarsa, kısmi süreli çalışan işçi ulusal bayram ve genel tatil günlerini çalışmadan geçirirse herhangi bir karşılığı olmaksızın ücrete hak kazanacaktır. Ancak, işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerini çalışarak geçireceği hususunda sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde herhangi bir hüküm varsa ya da işçi bu duruma rıza göstermişse çalışılan her gün için bir günlük ücrete hak kazanacaktır. Bu anlamda, kısmi süreli çalışan işçi ile tam süreli çalışan işçi arasında her hangi bir fark yoktur.

5.3.3. Hafta Tatili Ücreti

İş Kanunu m.46'ya göre "*Bu kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil günlerinden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir*". Kanunun bu emredici hükmü karşısında, kısmi süreli iş sözleşmesinde hafta tatilini uygulamak zor görünmektedir. Buna bağlı olarak, İş kanunu m.13'ün gerekçesinde "*kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde, bu çalışma düzeni itibariyle hafta tatil ücretine hak kazanamayacağı*" belirtilmiştir. Bu belirlemeyi yaparken de hafta tatil ücretine kısmi süreli çalışan işçinin hak kazanamamasının tam süreli çalışan işçi ile arasında bir ayrımcılığa neden olmayacağı belirtilmiştir.

Bu düzenlemeye rağmen kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabileceği görüşünde olan yazarlar da vardır.[28]

---

(28) Şen, s.59, Özkara, s.61

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin hafta tatil ücretine hak kazanıp kazanmadığının tespitinde önemli olan husus işçinin kısmi süreli iş sözleşmesinde belirlenen sürelerde çalışıp çalışmadığıdır. Örneğin, çalışma süresine uygun olarak haftanın üç günü çalışan bir işçi, üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiği için hafta tatil ücretine hak kazanacaktır.

5.3.4. İkramiye ve Diğer Sosyal Haklardan Yararlanma

Kısmi süreli işlerde çalışan işçiler; kural olarak, tam gün çalışan işçiler gibi, ücret eklerinden yararlanır. Çünkü ücret eklerinin verilmesi, işyerinde çalışılan sürenin uzunluğuna bağlı bulunmaz. İşveren; hukuken haklı bir nedenin farklı davranmayı gerektirmediği sürece, kısmi ve tam gün çalışan işçiler arasında, ücret ekleri yönünden ayrım gözetmemesi gerekir. İş Kanunu m.13/2 gereğince kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, bölünebilir menfaatlerinden kendi çalışma zamanına orantılı olarak yararlanır.

Madde gerekçesinde açıklandığı üzere, tam süreli çalışan işçi, yılda 60 TL yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçi, 20 TL yakacak yardımı alacaktır. Yine madde gerekçesine göre, kısmi süreli iş sözleşmesine göre haftanın iki iş günü çalışan işçi, hafta tatil ücretine hak kazanamayacağı gibi öğleden sonraları gelen işçilere tahsis edilen servis aracından da yararlanamayacaktır.[29] Buna karşılık, işveren işyerine gelen işçilere yol parası ödemesi yapıyorsa her gün gelen kısmi süreli işçiye tam, ancak haftanın belli günlerinde gelen kısmi süreli çalışan işçiye, çalıştığı günlerle orantılı olarak yol parası ödemesi yapmalıdır. Dolayısıyla, kısmi süreli çalışan işçi prim, ikramiye, bayram harçlığı, yakacak ve gıda yardımı gibi menfaatlerden çalıştığı süreyle orantılı olarak faydalanacaktır ki bu durum, işverenin eşit işlem borcuna aykırılık oluşturmasın. Diğer yandan yaş, kıdem, öğrenim durumu gibi ölçütler dikkate alınarak yapılan uygulamalarda, tam gün çalışan bir işçiyle kısmi süreli çalışan işçi arasında farklılıklar ortaya çıkması da eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır.

5.3.5. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti

İşveren ile işçi kurulan iş sözleşmesi ile çalışma süresini normal çalışma süresinin altında belirleyebilirler. Ancak, tarafların çalışma süresini normal çalışma süresinin altında belirleyip belirlemediklerinin tespiti önem arz etmektedir.

---

(29) Centel, age, s.64

Kısmi süreli çalışan işçi, sözleşme ile tespit edilen çalışma süresinin üzerinde çalıştığı her saat için fazla sürelerle çalışma ücreti almalıdır. Bunun dayanağı ise İş Kanunu m.41/3 hükmüdür. İlgili maddeye göre; "*Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda, yukarıda belirtilen esaslar dâhilinde uygulanan haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesi ile ödenir*". Maddede öngörülen fazla çalışma ücretine ilişkin düzenleme "*nispi emredici nitelikte olup*" fazla sürelerle çalışma ücreti işçi lehine arttırılabilir. İş Kanunu m.41/4 ve ayrıca Fazla Çalışma Yönetmeliği m. 6/1 gereğince fazla sürelerle çalışma yapan işçi, işverene yazılı olarak başvurmak şartıyla, bu çalışmalar karşılığı fazla çalışma ücreti almak yerine fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçinin böyle bir talebi olduğu takdirde işveren zamlı ücret ödeme ödeme yoluna gidemeyecek ve işçinin talebine uymak zorunda kalacaktır.

Fazla sürelerle çalışma, sözleşme ile belirlenen haftalık çalışma süresinin üzerinde, ama kanunda belirlenen 45 saatin altında yapılan çalışmalardır. Her ne kadar Fazla Çalışma Yönetmeliği madde 8/d de kısmi süreli çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma yaptırılamayacağı hususu düzenlenmiş olsa da bu yönetmelik hükmü, Anayasa'ya ve İş kanunu m. 41'e aykırıdır. Bu nedenle haftanın belli günlerinde tam olarak çalışan işçiye, yasadaki günlük normal iş süresinin üzerindeki çalışması için, haftalık çalışması 45 saati bulmasa dahi, fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Sonra aynı işçinin çalışmak durumunda olmadığı günlerdeki çalışması diğer çalışmalarıyla birlikte haftada 45 saati bulmadığı takdirde, '*fazla saatlerle çalışma*' sayılıp BK 329 uyarınca ve 45 saati aştığında da '*fazla çalışma*' olarak kabul edilip . İş Kanunu m.41 gereğince, kendisine artışlı ücret verilmelidir.

5.3.6.Yıllık Ücretli İzin

İş Kanunu madde 53/1'de "*İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.*" hükmü yer almaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, Kanun'un aradığı şartlar gerçekleştiği durumda yıllık ücretli izine hak kazanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesinde yıllık ücretli izin, kısmi çalışan işçinin fiilen çalıştığı sürelerle çalışmış sayıldığı sürelerin toplanması suretiyle bulunmaz. Aksi takdirde, yapılacak hesaplamada işçinin bir yıllık süreye ulaşması için birkaç yıl çalışması gerekebilir ki bu kabul edilebilecek bir durum değildir.

Kısmi süreli çalışan işçilerin çalışmadıkları günler onların çalışmakla yükümlü olmadıkları günlerdir.

Tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi arasında yıllık ücretli izin konusunda bir fark yoktur. Yani, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, salt kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı için tam süreli çalışan işçinin yıllık ücretli izine hak kazanması için gerekli olan çalışma süresinden daha fazla çalışma koşuluna bağlanamaz. Yıllık ücretli izin yönetmeliğinin madde 13/1'e göre "*kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz*" hükmü yer almaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye çalışma süresine orantılı olarak yıllık ücretli izin verilecektir. Ödenecek olan yıllık izin ücreti ise yıllık izin süresince çalışmakla yükümlü olup da izinli olduğu için çalışamayacağı günlerin karşılığıdır.

I. İşçi haftanın iş günlerinin tamamında çalışıyorsa ancak bu çalışma iş yasasında belirtilen günlük çalışma süresinden aşağıda ise, bu durumda normal çalışma durumunda farklı olmayan bir uygulamaya gidilerek yıllık ücretli izin kullanabilecektir. Ancak burada yıllık izin ücretli çalışan günlerdeki kısmi zamana göre hesaplanan günlük ücret dikkate alınarak hesaplanacaktır.

II. Haftanın belli günlerinde çalışan işçi konusundan konuya bakarsak, burada haftanın içerisinde çalışılmayan günler nedeniyle oluşacak boşluğu dolduracak kadar çalışma (hizmet süresi) eklenerek işçinin yıllık ücretli izne hak kazanacağı tarih belirlenecektir. Bu şekilde bir hesaplama sonucunda yıllık ücretli iznin kullanılması açısından normal zamanlı olarak çalışanlar arasında bir farklılık oluşmayacaktır.

III. Yıllık olarak hesaplanacak yıllık ücretli izin sürelerinden daha fazla aralıklarla çalışılması halinde farklı bir durum kaşımıza çıkmaktadır. İşçinin çalıştığı 2 iş günü arasında işinin kıdemine göre hak edeceği yıllık ücretli izi süresinden fazla süre olamamalıdır. Örneğin 01.01.2000 tarihinde işe giren işçinin 31.12.2002 tarihine gelindiğinde 3 yıllık kıdemi olacaktır. Bu işçinin yıllık ücretli izin hakkı yeni 4857 sayılı Kanun'un 54. madde ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 49. maddesine göre 12 gündür. İşçi kısmi süreli olarak 2 haftada 1 gün işyerine gelerek çalışıyorsa bu durumda iki çalıma günü arasında 13 günlük süre olacağından bu işçi açısından yıllık ücretli iznin bir önemi kalmamaktadır. Çünkü işçi çalıştığı son günden başlayarak 13 gün sonra gelecek çalışma gününü beklerken zaten 13 gün geçmiş olacağından yıllık iznin bir anlamı kalmamış olacaktır.

5.3.7. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, kanunda gösterilen fesih hallerinde, en az bir yıllık çalışması olan işçiye veya işçinin vefat etmesi halinde de bu işçinin hak sahiplerine işveren tarafından ödenmesi gereken paradır. Kısmi süreli çalışan işçinin kıdem tazminatına esas olacak kıdem süresi hesabında işçinin iş sözleşmesinin başlangıcından fesih anına kadar çalışılan veya çalışılmayan günler ayrımı yapılmaksızın tüm geçen süre dikkate alınmalıdır.[30] Yani bu tür çalışmada çalışılmayan günler de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaktadır. Doktrindeki hakim görüş ve Yargıtay'ın son zamanlarda vermiş olduğu istikrarlı kararları da bu yöndedir.

Kıdem tazimatında tavanın belirlenmesinde çalışma süresi bakımından herhangi bir oranlama yapılmaksızın "*işverenin eşit davranma borcu*" nun bir gereği olarak iş kanunda düzenlenen tavan miktarı geçerli olacaktır

Kısmi süreli iş sözleşmeleri ile bir veya birden çok işverenin işinde çalışan işçiler her iş sözleşmesi bakımından ayrı ayrı kıdem tazminatına hak kazanacaklardır. Kısmi istihdama ilişkin yazılı hizmet sözleşmesi ile çalışan işçinin işyerinde fiilen çalıştığı süreler birleştirilerek kıdeminin hesaplanması yoluna gidilmesi işçinin kıdeminin hesaplanmasında işçinin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalışmaya başladığı tarih ile bu sözleşmenin sona erdiği tarih arasında geçen süre işçinin kıdeminde esas alınacaktır.

Kısmi süreli çalışan işçinin hak ettiği kıdem tazminatı hesaplanırken öncelikle günlük ücreti tespit edilir ve bu ücret, kıdemi oluşturan yıl ve kıdem tazminatına esas olan 30 gün ile çarpılarak kıdem tazminatı belirlenir.

6. ÇALIŞMA SÜRELERİ

İş sözleşmeleri, uygulamada genellikle görüldüğü gibi işyerinde sürdürülen haftalık 45 saat ve günlük 7,5 saat çalışma sürelerine uygun olarak tam süreli yapılabileceği gibi, işyerinde uygulanan çalışma sürelerinin altında kısmi bir çalışma süresini konu alabilecek biçimde de yapılabilir. Uygulamada Yargıtay'ca da kabul edildiği üzere, iş oldukça ve işveren çağırdıkça işe gelen, sair zamanlarda işyerinde veya kahvehanede bekleyen, işverenin gözetimi ve denetimi altında yükleme-boşaltma işi yapan bir hamal da bir işverene bağlı olarak çalışan işçi sayılır, onun ücretinin belirlenmesi götürü şekilde kararlaştırılabilir. Örneğin boşaltılan buğdayın tonu başına ücret ödenmesi gibi, bu şekilde kararlaştırılan çalışma ve ücret ödenmesi hizmet sözleşmesinin varlığını ortadan

(30) Centel, s.69, Demir, s.51, Süzek, (2005),s. 220

kaldırmaz. Bununla birlikte, genellikle kısmi çalışmalar haftanın belli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli süre veya haftada bir ya da iki gün için belirli bir süre olarak kararlaştırılabilir. Örneğin işyerlerinde daha çok danışmanlık hizmeti veren iş hekimleri, iş güvenliği uzmanları, hukukçu gibi vasıflı elemanlar yanında, haftanın belirli günleri temizlik hizmeti görmek üzere işçilerle yapılan sözleşmeler kısmi süreli sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler, bir ya da birden çok işverenle yapabildiği gibi işçinin bu gibi işlerden başka serbest çalışması da söz konusu olabilmektedir.[31]

7. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Kısmi süreli iş sözleşmesi, işyerinin niteliğine, yapılan işe ve işçilerin durumuna göre değişik türlerde çalışma şekilleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, haftanın belirli günlerinde tam gün veya haftanın her günü belirli bir süre olarak kararlaştırılabilir.

7.1. Çalışma Sürelerine Göre

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle işçi, belli saatlerde veya yarım gün veya vardiya usulü çalışma gibi bir, iki ya da fazla iş ilişkisini içerecek şekilde de çalışabilmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi, çalışma sürelerinde esneklik getirmiştir. İş Kanunu'na giren bu düzenleme ile önceden tek bir işverene bağlı çalışmak zorunda kalan işçiler, kısmi süreli iş sözleşmesi ile isterlerse tek bir işverenin yanında tam süreli işçiden daha az süre ile çalışabileceği gibi aynı zamanda birden fazla işverenin yanında da farklı sürelerde çalışabilecektir.[32]

7.2. Çalışma İlişkisine Göre

Çalışma ilişkisine göre kısmi süreli iş sözleşmesini, tek iş ilişkisi içinde, birden fazla iş ilişkisi içinde veya ek iş ilişkisi içinde olmak üzere inceleyebiliriz.

7.2.1 Tek İş İlişkisi İçinde Çalışmak

Bir işçi, normal işçiden daha az süreli olarak tek bir işverenin yanında çalışıyorsa, tek iş ilişkisi içinde kısmi süreli iş sözleşmesi söz konusu olacaktır. Belirli nedenlerle, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmak istemeyen işçiler kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmayı tercih etmektedirler. Tam gün süreli çalışacak yer bulamayan ve çalışmaya ihtiyacı olan işçi, çocuklarına

---

(31) Çelik, age., s. 74

(32) Yorulmaz, Çiğdem Kısmi Süreli İş Sözleşmesi s. 33 (Ankara 2008)

bakmak için tam gün süreli çalışmayı tercih etmeyen anne veya lisans eğitimine devam eden bir öğrencinin bir işverenin yanında çalışması kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin tek iş ilişkisi içinde çalışmalarına örnek olarak gösterilebilir.

7.2.2 Birden Fazla İş İlişkisi İçinde Çalışma

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, birden fazla iş ilişkisi içinde de çalışabilmektedir. Birden fazla iş ilişkisi içinde çalışma bir işçinin iki veya daha fazla işverenle iş sözleşmesi yapabilmesi demektir. Birden fazla iş ilişkisi içinde çalışmaya örnek olarak, iki firmada yarım gün çalışan işçiyi gösterebiliriz.

7.2.3 Ek İş İlişkisi Olarak Çalışma

Tam gün çalışan bir işçinin ayrıca ek iş olarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışması da mümkündür. Bu çalışma şekli özellikle işgücü arzının yetersiz olduğu durumlarda ortaya çıkmakta ve işçiler, meslek veya meslek dışı bazı ek işlerde çalışmaktadırlar. Tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin akşamları, hafta sonları veya özel günlerde müzisyen olarak çalışması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Her ne kadar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçinin yan iş ilişkisine girmesinin yasaklanabileceği ileri sürülebilirse de böyle bir sınırlayıcı hüküm olayların büyük çoğunluğunda işçinin kişilik haklarını ihlal edeceğinden (MK 23) geçersiz sayılır. Buna karşılık, işçinin yan iş yapması sadakat borcuna aykırı ise, başka işte çalışmaya ilişkin iş akdinin geçersiz sayılması gerekir.

7.3. Çalışma Biçimine Göre

Kısmi süreli çalışma, ihtiyaçlar ve uygulamalarla çeşitlenmiş ve farklı kısmi süreli çalışma şekilleri ortaya çıkmıştır. Kısmi süreli iş sözleşmesinin bir takım özel çalışma türleri vardır. Bunlar, kısmi süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşımakla birlikte her çalışma türünün kendine has, ayırt edici özelliği bulunmaktadır. Bu çalışma biçimlerine ilişkin kanunda düzenlenmiş bir hüküm varsa onlar, eğer yoksa kısmi süreli iş sözleşmesine ait hükümler uygulanacaktır. Nitekim genel anlamda hepsi birer kısmi süreli iş sözleşmesidir ve hepsi kısmi süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Çalışma biçimine göre kısmi süreli iş sözleşmesinin türleri, klasik kısmi süreli çalışma ve esnek kısmi süreli çalışmadır.

7.3.1. Klasik Kısmi Süreli Çalışma

Çalışma sürelerinin ve zamanının kesin olarak belirlendiği çalışma biçimidir. Çalışma zamanları eşit ve düzenli olarak belirlenebileceği gibi eşit ve düzenli olarak belirlenmeye de bilir. Örneğin, sadece haftanın ilk iki günü çalışma veya her hafta yalnızca sabahları çalışma gibi düzenli bir çalışma biçiminin yanı sıra bazı haftalar öğle vakti çalışacağı da kararlaştırılabilir. Önemli olan, çalışma zamanı ve süresinin iş sözleşmesi yapılırken kararlaştırılmış olup olmadığıdır.

Klasik kısmi süreli çalışma, çalışma saatlerinin miktarı ile konumunun daha önceden kesin biçimde belirlendiği bir kısmi çalışma türüdür. Klasik tipteki kısmi süreli çalışmaya esas itibariyle uygulamada "*yarım gün çalışma*" ve kısmi vardiya çalışması biçiminde rastlanır. Klasik bir kısmi çalışma olan *"kısmi vardiya çalışması*", işyerindeki günlük normal iş süresinin vardiya sayısı kadar bölünüp çalışılması veya farkı uzunluklarda ve konumlarda vardiya iş süreleri aracılığı ile günlük normal çalışma süresinin uzatılması suretiyle yapılan bir çalışmadır. Yani, kısmi vardiya çalışması, işletmenin normal çalışma süresinden daha uzun süre açık kalmasını sağlamak üzere çalışmaların değişik uzunlukta ve konumda bulunan vardiyalara bölünmesini ve işçilerin işten çıkmasını önleme ve verimliliğini artırma düşüncesine dayanır.

7.3.2. Esnek Süreli Çalışma

Esnek kısmi süreli çalışma biçimi, çalışma saatlerinin miktarı ile konumunu belirleme yetkisinin, işverene (çağrı üzerine çalışma) veya işçiye (iş paylaşımı; esnek iş süresi) bırakıldığı kısmi çalışma biçimidir. Yani çalışma saatlerinin sayısı ve zaman içindeki konumu başlangıçta değil daha sonra belirlenmektedir. Bu belirleme, işverenin ve işçinin ihtiyacına göre olabilecektir.

Esnek kısmi süreli çalışmanın tam süreli iş sözleşmesinden ayırt edici olan en önemli özelliği, çalışma zamanının içeriğinin belirlenmesinin daha sonra taraflarca yapılmasıdır.

7.3.2.1 İş Paylaşımı

İş paylaşımı (job sharing) normal bir iş ilişkisinden farklı olarak, iki veya daha fazla sayıda işçinin, bir işi veya daha çok işi, önceden belirlenmiş iş süresi planı çerçevesinde diğer çalışan veya çalışanların onayıyla işyerindeki mutad çalışma süresi boyunca faaliyette bulunmayı sözleşmeyle yüklenmek suretiyle paylaşmalarıdır. Şu halde iş paylaşımı tam gün süreli, yani standart normal bir çalışma süresinde yapılacak işin, birden fazla işçi arasında, her biri farklı iş saatlerine denk gelmek üzere

aralarında paylaşılarak yapılan bir çalışmadır. İşçiler, o iş yerindeki çalışma süresini dolduracak şekilde işi paylaşmaktadırlar. Burada iş edimi bölünmemekte; edimin yerine getirilmesi birden fazla işçi tarafından aralarında bölüşülerek üstlenilmektedir. Böylece bir iş yerinde iş, birden çok işçi tarafından iş süresi içinde paylaşılarak yapıldığından, kısmi süreli çalışma özelliği arz eden bir çalışma söz konusu olmaktadır. Hangi işçinin normal iş süresinin hangi bölümünde çalışacağına işveren değil işçiler karar vermektedir.

İş paylaşımı üç unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar, iş süresinin işçi tarafından belirlenmesi, iş paylaşımı içindeki işçilerin bir grup oluşturması ve belli durumlarda grup üyelerinin birbirinin yerini alma borcudur. Alman Hukukunda bu tür çalışmanın işçiler bakımından önemli sakıncalar yaratabileceği öngörüsüyle 1985 tarihli İstihdamı Teşvik Kanunu'na, işçileri korumak amacıyla, karşılıklı temsil yükünün, önceden sadece zorunlu işyeri gereği durumu için kararlaştırılabileceğini; temsil suretiyle yapılacak işin işyerinin çıkarları bakımından gerçekten zorunlu olması gerektiğini ve işverenin bu konudaki yetkilerini, beklenirlik çerçevesinde kullanabileceğini içeren hükümler konulmuştur.[33]

İş paylaşımının işçiye sunduğu en büyük yarar, işçinin çalışmanın şekli ve zamanı konusunda işveren karşısında bağımsız olmasıdır.

İlk defa 1960'lı yıllarda ABD'de uygulama alanı bulan ve 1970 yılların sonuna doğru başta Almanya olmak üzere Avrupa'da ilgi uyandıran bir esnek kısmi çalışma türü olarak iş paylaşımı, Amerika ve Avrupa'da birebir aynı tanıma uygun bir uygulama özelliği göstermemektedir.

İş Kanunumuzda iş paylaşımına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun emredici hükümlerine uymak koşuluyla tarafların aralarında bu sözleşmeyi yapmalarına bir engel yoktur. Çünkü İş kanunumuzun gerekçesinde de şu ifadelere yer verilmiştir: "*Kanunda ayrıca hüküm bulunmamakla beraber, taraflar, ülkemizde henüz uygulamasına geçilmemiş olan kısmi süreli iş sözleşmelerinin diğer bir özel şekli olan 'iş paylaşımı' esasına dayalı türünü de seçebilirler.*"

Bir görüşe göre, bu çalışma biçiminde taraflar yalnızca işi ve çalışma süresini paylaşmamakta bunun yanında tam gün süreli normal bir işin gerekleri olan ücret, ikramiye, emeklilik maaşı, izinler, sosyal yardımlar gibi hakları da paylaşmaktadırlar. Dolayısıyla işçiler kısmi süreli çalışmakta, fakat birden fazla kişiyle işi paylaştıkları için tam günü doldurmaktadırlar.

Doktrinde fikir birliği olmamakla birlikte işi paylaşan işçiler çalışma süresi içinde işin durmaksızın yürütülmesinden sorumlu olup herhangi bir

---

(33) Mollamahmutoğlu, Hamdi, s.267 (2004 ankara iş hukuku)

sebeple kendi çalışma süresi içinde iş gücünü tahsis imkanını kaybeden işçinin iş görme borcunun işi paylaşan diğer işçiler tarafından görülmesi gerekmektedir.

Diğer bir görüşe göre, grubu oluşturan işçilerden birinin olmaması halinde grubu oluşturan diğer işçilerden birinin yapılmayan veya eksik bir işi yapma borcu altında olması iş paylaşımı sözleşmesinin temel özelliği olan işçinin çalışma sürelerinin belirlenmesindeki serbestliliği ile bağdaşmamaktadır. Ancak eğer grubu oluşturan iş paylaşımı sözleşmesinin tarafları, genel ve sınırsız olmamak kaydıyla zaman açısından ve yalnızca belirli durumlarla *–örneğin hastalık veya kaza vs.-* sınırlı kalmak üzere bu sözleşmede yerine geçme borcunun varlığını kararlaştırabilirler.

İşi paylaşan işçilerden birinin sözleşmesinin haklı nedenle feshi diğer işi paylaşan işçilerin sözleşmesinin de otomatikman feshi anlamına gelmez. Çünkü her işi paylaşan işçi ile işveren arasında ayrı iş sözleşmeleri bulunmaktadır.

İş paylaşımında kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre hak edilen kıdem tazminatı, grubu oluşturan işçilerin sayısına bölünmelidir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü bu görüş İş kanununun işçiyi koruma düşüncesi ve ayrımcılığın önlenmesi ilkesi ile bağdaşmamaktadır. İş paylaşımı, niteliği itibariyle kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. İşi paylaşan her bir işçi kısmi çalışmakta olup kanunun öngördüğü bütün düzenlemelerden ayrı ayrı yararlanmalıdır. İşi paylaşan işçilerin işveren ile kurdukları kabul edilen iş ilişkileri, işin görülmesinin garantisini de içermesi nedeniyle birbirleriyle bağlantılıdır. Ancak bu bağlantı iş ilişkisinin bir bütün olarak düşünülmesine ve tam süreli iş ilişkisi olarak kabul edilmesine neden olamaz. Çünkü işi paylaşan işçilerin ayrı ayrı kısmi çalışma yapan kişiler olarak kabul edilmesi gerektiğinden, kısmi süreli iş sözleşmelerine uygulanan hükümler işi paylaşan her işçiye ayrı uygulanmalıdır.

7.3.2.2. Çağrı Üzerine Çalışma

Çağrı üzerine çalışmada sözleşmenin tarafları önceden belirli bir süre içinde toplam ne kadar süre çalışılacağını belirlerler ve işverene belirli bir süre önce bildirmek suretiyle işçiyi istediği zaman işe çağırma olanağını tanırlar. Genellikle otellerde, restoranlarda ve gazinolarda görülen bu tür çalışmalarda, işçilerin ücretleri 4857 sayılı İş Kanunu'na konan özel hükümle ücretleri koruma altına alınmıştır. Buna göre, yazılı olarak işçinin kendisine ihtiyaç duyuldukça iş görme edimini yerine getireceğinin kararlaştırıldığı çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmeleri hafta, ay, yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle

çalışacağını belirlemediği takdirde, haftalık çalışma süresi 20 saat olarak kararlaştırılmış sayılır. Bu süre içinde işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır (İş K.md.14/1-2). Ayrıca, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır (İş K.md14/3). Öyleyse, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmeleri, aksi kararlaştırılmadıkça, günde dört haftada yirmi saatten az olamayacak, bu süreler içinde işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete ve buna bağlı işçilik haklarına sahip olacak demektir. Yargıtay bir kararında,[34] iş oldukça ve işveren çağırdıkça işe gelen, diğer zamanlarda işyerinde veya bir başka yerde bekleyen, işverenin denetimi ve gözetimi altında iş yapan kişi de bir işverene bağlı olarak çalışan işçi saymıştır. Bu karardan da anlaşıldığı gibi, kısmi süreli iş sözleşmelerinde işin düzenli görülmesi şart değildir.[35]

7.3.2.3 Kayan İş Süresine Göre Çalışma

Kayan iş süresine göre çalışma, esnek kısmi çalışma türlerinden en eskidir. Kayan iş süresine göre çalışma, işçilerin günlük çalışma saatleri aynı kalmak kaydı ile çalışma süresinin konumu ve çalışma süresini kendi isteğine göre ayarlama olanağı veren bir çalışma biçimidir.

Basit kayan iş süresi ve vasıflı kayan iş süresi olmak üzere iki türü vardır. Bunlardan ilki çalışmaya erken veya geç paydos etme olanağı sağlarken; ikinci tipte işçi, sadece belirli temel (block) iş süresi içinde çalışmak zorunda olup, çalışma fazlasını veya eksikliğini belirli zaman parçaları içerisinde denkleştirme olanağına sahiptir. Basit kayan iş süresi, işveren tarafından önceden tespit edilen günlük çalışma saati içinde işe başlama ve işi bitirme saatlerini işçinin kendisinin ayarlamasına imkân veren bir çalışma biçimidir. İşçi, ne zaman işe geleceğini ve ne zaman gün içinde işi bırakacağına kendisi karar verir. Vasıflı kayan iş süresinde ise, tespit edilen zorunlu çalışma süresi içinde günlük çalışma saatlerini işçi kendisi ayarlamakta ve günlük çalışma eksiği veya fazlasını belirli bir zaman diliminde (örneğin hafta veya ay içinde) daha fazla çalışmak suretiyle tamamlamaktadır. Bu çalışma biçiminde işçi, belirli bir zaman dilimindeki ortalama süreyi aşmadığı için, bir gün az çalıştığı süreyi bir başka gün daha fazla çalışarak telafi ettiğinden fazla çalışma ücretine hak

---

(34) Yargıtay 10. HD. 8.6.1995, E.5048, K.5358, YKD. Ekim 1995, 1563-1565

(35) Eyrenci, Taşkent, Ulucan, age, s. 67-68

kazanamayacaktır. Yani, işçi belli bir temel süre içinde kalmak kaydıyla bu süreyi belirli zaman parçalarında denkleştirme olanağına sahiptir.

8. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMANIN BENZERLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

8.1. Kısmi Süreli Çalışmanın Kısa Çalışmadan Farkı

Kısa çalışma ile kısmi süreli çalışmanın ortak yanı; işçinin iş görme borcunun, her iki çalışma biçiminde de işyerindeki (işletmedeki) olağan iş süresinden daha kısa bir süreyi içermesidir.[36] Buna karşılık, kısa çalışma; kısmi süreli çalışmadan değişik olarak, sürekli kısaltılmış bir iş süresine dayanmaz. Nitekim iş süresindeki kısalma, kısa çalışmada geçici niteliktedir. Bu anlamda, kısa çalışmanın, "*kısmi işsizlik*" biçiminde nitelendiği görülür. İş süresindeki kısalmanın sürekli olmayışı nedeniyle ise, kısa çalışmanın kısmi süreli çalışma niteliğinde olmadığı ortaya çıkar.

Diğer yandan, kısa çalışma; kendisini doğuran nedenler ile kendisine tanınan hukuki sonuçlar bakımından da, kısmi süreli çalışmadan ayrılır. Gerçekten, kısa çalışmaya, ekonomik durumunun kötüleştiği zaman ve işyerine (işletmeye) ilişkin nedenlerle gidilirken, kısmi süreli çalışma içerisine bunlardan tamamen farklı olan etkenler yüzünden girilir. Bu anlamda kısmi süreli çalışmada iş süresinin kısaltılması, yanlar arasında başlangıçta serbestçe kararlaştırılırken; kısa çalışmada iş süresi, sonradan ortaya çıkan durumlar nedeniyle, zorunlu olarak kısaltılır. Sonra, kısa çalışma boyunca iş görme ve ücret ödeme borçlarının kısmen askıya alınması söz konusuyken; kısmi süreli çalışmada yanlara ait edimlerin, baştan itibaren bunların anlaşmasıyla sınırlandığı görülür. Nitekim kısa çalışmada, işyerine ilişkin dış nedenlerle hizmet sözleşmesinin etkilenmesi söz konusuyken; kısmi süreli çalışmada, işçinin kendi isteğiyle böyle bir iş ilişkisi içine girdiği ve iş süresindeki kısalmanın, başlangıçtan sözleşmenin ayrılmaz parçasını oluşturduğu gözlemlenir.

Bununla birlikte, kısmi süreli çalışmanın, kısa çalışmayla tamamen ilişkisiz olduğu söylenemez. Nitekim söz gelimi Alman hukukuna göre, sadece kısa süreyle, yani haftada 19 saatten az süreyle çalışmayan kişi, kısa çalışma olanağına sahip olmakta ve kısa çalışma parası alabilmektedir.

8.2. Kısmi Süreli Çalışmanın Geçici İş İlişkisinden Farkı

Geçici iş ilişkisi ile kısmi süreli çalışmanın ortak noktası; kısa çalışmada olduğu üzere, her iki çalışma biçiminin de, işyerindeki normal iş

(36) Centel, age, s.31

süresinden daha kısa bir iş süresine dayanması özelliğidir. Buna karşılık, geçici iş ilişkisi, kısmi süreli çalışmadan değişik olarak, sürekli olamayan bir iş ilişkisini içerir. Nitekim geçici çalışmada işçinin olağan iş akışına dayanmayan bir işgücü gereksiniminin ortaya çıkması sonunda ve söz konusu işgücü açığını kapatmak üzere, kural olarak belirli süreli bir hizmet akdi içerisine girdiği görülür. Bu anlamda geçici iş ilişkisinin amacı, esas itibariyle, geçici nitelikteki işçi açığının kapatılmasıdır. Buna karşılık, kısmi süreli çalışma bakımından ise, kısmi süreli hizmet ilişkisiyle izlenen amacın herhangi bir önemi yoktur.

Bununla birlikte, kısmi süreli çalışmanın, geçici iş ilişkisiyle tamamen ilişkisiz olduğu söylenemez. Nitekim kısmi süreli bir işte çalışan işçinin yeri, sözgelimi kısa süreyle hastalandığında, geçici süreyle çalışacak bir işçi tarafından doldurulabilir. Ancak böyle bir durumda dahi, geçici süreyle çalışacak işçiyi kısmi süreli işte çalışan bir işçi olarak nitelemek mümkün değildir. Çünkü anılan durumda izlenen amaç, geçici işçi açığının kapatılmasıdır. Bu nedenledir ki; kısmi süreli çalışmanın geçici çalışmayı dışladığını belirten Alman Federal İş Mahkemesi kararları, Alman hukuku öğretisi tarafından yerinde olarak, doğru bulunmaz.[37]

Öte yandan, geçici çalışacak işçilerin, tam gün çalışmak üzere işe alınmaları mümkündür. Çünkü geçici iş ilişkisi açısından önemli olan; iş yerindeki personel açığının, her ne suretle olursa olsun, kapatılmasıdır. Buna göre de, iş yerinde olağan iş akışına dayanmayan iş gücü gereksinimi sonunda ortaya çıkacak açık, ister tam ister kısmi süreyle çalışacak işçi kullanılarak kapatılsın; söz konusu olan, geçici iş ilişkisidir.[38] Tam gün çalışmak üzere işe alınan geçici işçi ise, iş süresinde herhangi bir kısalma olmadığından, kısmi süreli çalışma kavramının dışındadır.

8.3. Kısmi Süreli Çalışmanın Mevsimlik Çalışmadan Farkı

Mevsimlik çalışma, İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. İş Kanunu m.50/5 gereğince niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik ve kampanya işlerde çalışanların yıllık ücretli izne hak kazanamayacağı belirtilerek kanun, mevsimlik çalışmanın tanımını vermese dahi bir yıldan az süren bir çalışma biçimi olduğunu belirtmiştir. Mevsimlik çalışma, faaliyetin sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışmakla birlikte faaliyetin yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı iş yerlerinde yapılan işler olarak tanımlanır. Mevsimlik çalışmada iş yoğunluğu belli dönemlerde artmakta ve bu durum hemen her yılın belli dönemlerinde düzenli olarak tekrarlanmaktadır. Genellikle

---

(37) Centel, age., s.33

(38) Çelik, age., s.94 (silmek daha iyi çünkü kitapta çelik ten demiyor.)

oteller, plajlar ve eğlence yerlerinde, gıda, inşaat, tarım ve ormancılık işkolunda mevsimlik iş sözleşmeleri yapılmaktadır.[39]

Kısmi süreli çalışma ile mevsimlik çalışmanın benzer yönü, her iki çalışma biçiminin de normal çalışma süresinden daha kısa olmasıdır. Mevsimlik çalışma, yılın belli zamanlarında yani belli mevsimlerde iş yoğunluğu nedeniyle ortaya çıkan bir çalışma biçimidir. Mevsimlik çalışma, belli zamanlarla sınırlı olduğu için normal çalışma süresine oranla daha az çalışma vardır. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerden farklı olarak mevsimlik işte çalışan işçiler, işyerinde tam gün, hatta kanuni süreyi aşar şekilde çalışmaktadırlar.[40] Kısacası, kısmi süreli çalışmalar günün, haftanın bir bölümünü kapsadığı halde mevsimlik çalışma, dönemsel, başka bir ifade ile yılın belli sürelerinde yapılan yoğunlaşmış çalışmadır. Mevsimlik çalışma ile kısmi süreli çalışma iç içe olabilir. Bu durumda mevsimlik işçi olarak çalıştırılan işçi aynı zamanda diğer mevsimlik işçi olarak çalışan işçilerden daha az çalışmış olacaktır. Yani, belirli bir mevsim boyunca tam gün çalışan bir işçinin yanında yine belirli bir mevsimde tam gün çalışan işçiden daha az süreyle çalışan bir işçinin sözleşmesi mevsim süresiyle sınırlı (belirli süreli) kısmi süreli çalışma olacaktır.[41]

Kısmi süreli iş sözleşmesinin bir türü olan çağrı üzerine çalışma da mevsimlik çalışmadan farklıdır. Mevsimlik çalışmada işçinin çalışacağı dönemler belli iken çağrı üzerine çalışmada çalışacağı zaman belli değildir. Mevsimlik çalışmada yılın belli bir döneminde yapılan çalışma, tam süreli olarak yapılabilirken çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli çalışmanın bir türü olduğundan hiçbir şekilde tam süreli olarak yapılamayacaktır.

8.4. Kısmi Süreli Çalışmanın Tali Çalışmadan Farkı

Kısmi süreli çalışma gibi tali çalışma da, normal iş süresinden daha kısa olan bir iş süresini içerir. Buna karşılık, tali çalışma, işçinin esas faaliyetine (çalışmasına) bağlı olarak bir anlam taşırken; kısmi süreli çalışma açısından, işçinin tek temel mesleki faaliyeti olup olmama veya esas faaliyete yahut kısmi süreli çalışmaya ek bulunma gibi konuların herhangi bir önemi yoktur. Gerçekten kısmi süreli işte çalışan bir işçi, bunun yanı sıra bir başka iş yerinde de kısmi süreyle çalışabilir. Bu konuda, kısmi süreli çalışma kavramı açısından önemli olan birden çok sayıdaki (tam gün ve/veya kısmi süreli çalışmanın) zaman itibariyle çalışmaması yani çalışma zamanı olarak birbirinin içine girmemesidir.

---

(39) Süzek, s. 215

(40) Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi Ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2000, Ankara 2002, (Kıdem Tazminatı)

(41) Centel, s. 34

Birden çok iş ilişkisinin ortaya çıktığı durumlarda, "*kısmi süreli çalışma–tali çalışma*" kavranabilmesi için, esas itibariyle işçinin ek nitelikteki bir iş ilişkisi içerisine girip girmediği noktasının öncelikle ayırt edilmesi gerekir. Örneğin sinemada yer gösteren kişi, gazete dağıtıcısı veya tiyatronun vestiyerinde duran bayan tali çalışma içerisindedir. Çünkü, söz konusu işler, bu işlerde çalışan kişilerin esas işi değildir. Ve bunlar, genellikle anılan işleri esas işlerine ek olarak, kendilerine ayrılan serbest zaman içerisinde görmektedir.

8.5. Kısmi Süreli Çalışmanın Vardiya Çalışmasından Farkı

Vardiya usulü çalışmada işyerinde bütün işçiler aynı anda çalışmakta, bir bölüm işçi çalışırken diğerleri dinlenmektedir. Vardiya çalışma biçiminde işçiler, normal çalışma süresiyle postalar halinde vardiyalı olarak çalışmaktadırlar.

Vardiya çalışmasında işçiler katı bir çalışma süresine bağlıyken; kısmi süreli çalışmada hem esnek ve hem de işyerinde tam gün çalışan işçilerinkine göre kısa olan iş süresinin uygulanması söz konusudur. Örneğin, hastanelerde röntgen bölümünde çalışan işçiler radyasyon ışınlarının verdiği etkilerden korunmak için vardiya usulü ile çalışmaktadırlar. Diğer yandan, kısmi süreli çalışma biçimi ile vardiya usulü çalışma biçimi iç içe de olabilir.[42] Vardiya usulü çalışma tam süreli kurulabileceği gibi kısmi süreli olarak da kurulabilir.

9. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ÇALIŞANLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Sosyal sigorta haklarından yararlanma açısından tam gün çalışanlar ile kısmi çalışanlar arasında bir ayrım yoktur. İlk işe giriş tarihi ile tahsis talebinde bulunulduğu tarih arasında geçen süre sigortalılık süresi olarak kabul edilir. Yasaya göre, kişinin birden fazla işverenin işyerinde çalışmasında bir engel söz konusu değildir. Kısmi süreli çalışan sigortalının prim gün sayıları, bunların fiilen çalıştıkları günler üzerinden hesaplanmak zorundadır. Ancak, fiilen çalışılmış olunan günler belirlenirken, kısmi süreli işte çalışan sigortalının bir günde çalıştığı saatler toplamına bakılmayacaktır. Çünkü Türk hukuk sistemi, örneğin Alman Hukuk sistemi gibi bazı hukuk sistemlerinin aksine sosyal sigortalardan yararlanmayı haftalık çalışma saatlerinin belli toplamına ulaşmasına bağlı tutmaya dayanmaz.[43]

---

(42) Özkara, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışma, Ankara 1993, s.16

(43) Centel, s.81

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası madde 80/7'ya göre "*Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir. Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmi süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanunu'na göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir.*"

5510 sayılı SSGSSY bazı kısmi çalışanları sosyal güvenlik kapsamı dışında bırakmıştır. Bunlar niteliği itibariyle bir kişinin bir gün içinde yapabileceği işlerde yevmiyeli olarak çalışanlar ile ev hizmetlerinde sürekli çalışmalarına rağmen haftalık çalışma sürelerinin İş Kanunu'nda belirtilen sürelerden az olması nedeniyle aylık kazançları prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olanlardır.

Kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında sigortalı olma yönünden bir ayrım yoktur. Koşulları sağladıkları takdirde kısmi süreli çalışanlar da kısa veya uzun vadeli sigorta kollarından yararlanabilirler. Ancak sosyal güvenlik edimlerine ulaşmada genellikle kısmi süreli çalışanlar mağdur olmaktadırlar. Tam süreli çalışan bir sigortalının, fiilen çalışmadığı halde bazı hal ve durumlarda ücret hak etmesi nedeniyle, sigorta prim ödeme gün sayısı daha fazladır. Kısmi süreli çalışanlarda ise fiilen çalışma gün sayıları sigortalı gün sayısından daha fazladır.

10. KISMİ ÇALIŞMANIN ANAYASAL DAYANAĞI

10.1. Kısmi Çalışmanın Sosyal Devlet İlkesiyle İlişkisi

Sosyal Devlet ilkesi ile kısmi çalışma arasındaki ilişki, esas olarak, kısmi süreli işlerde çalışanların sosyal korumaya gereksinimi olan bir kesimi oluşturması nedeniyledir. Kısmi çalışmaya ilişkin bir yasal düzenleme; öncelikle, sosyal devlet ilkesinin, sosyal adaleti gerçekleştirmeye yönelik olduğunu ve sosyal adalet düşüncesinin temelinde de eşitlik ilkesinin yattığını göz önünde bulundurup, hukuken geçerli görülemeyecek ayrımlar içine girmemek zorundadır. Burada söz konusu olan haksız ayrım yasağının, tam gün çalışanlar ile kısmi süreli işlerde çalışanlar arasında olduğu kadar, kısmi süreli işlerde çalışanların kendi içinde de geçerli bulunacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Kısmi çalışmaya ilişkin gerçekçi bir yasal düzenleme, sosyal ve ekonomik gerekler ile kişisel gereksinimleri bağdaştıracak ve dengeleyecek hükümlerden oluşmak zorundadır. Gerçekten, böyle bir düzenlemenin

"*sosyal denge*" unsurunu hesaba katması gerektiği açıktır. Çünkü aksi takdirde, sosyal güvencenin kapsamı genişletilirken; ayrıcalıklı bir kesim yaratılmış olur ve bu da sosyal dengeyi bozar.

10.2. Kısmi Çalışmanın Eşitlik İlkesiyle İlişkisi

Eşitlik ilkesi; genel olarak, aynı olana eşit ve aynı olmayana da, özelliğine göre ayrı davranmayı gerektirir Gerek toplu iş sözleşmesinin yanları ve gerekse hizmet sözleşmesinde işveren; kısmi süreli işlerde çalışan işçilere ilişkin iş koşullarında, eşitlik ilkesinin yöneldiği keyfilik yasağını göz önünde bulundurmak zorundadır. (Ay. Md. 10/1,11/1).

Ay. Md. 10/1, herkesin yasa önünde eşit olmasının yanında herkesin dil ,ırk, renk, cinsiyet,siyasal düşünce, felsefi inanç, din, meshep ve benzer nedenlerle fark gözetilmemesini öngörür. Söz konusu anayasa hükmünün kısmi çalışmayla olan ilişkisi ise, cinsiyet nedeniyle ayrım yapılamayacağına ilişkin buyurucu bölüme dayanır. Çünkü, cinsiyet ayrımı yasağı, kısmi çalışmanın esas itibariyle kadın işçilerin çalışmasına dayanması nedeniyle, kısmi çalışmayı yakından ilgilendirir.

10.3. Kısmi Çalışmanın Kişilik Hakkıyla İlişkisi

Kişilik hakkı, kısmi çalışmaya yol açan nedenlerin irdelenmesi ve işverenin yönetim hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından, kısmi çalışmayı yakından ilgilendirir. Kısmi çalışmayı doğuran nedenlerin içerisinde yer alan "*serbest zaman ayırabilme isteği*"ni hukuken haklı kılan temel de kişinin anayasa güvencesi (Ay. m.17/1) altındaki kişilik hakkıdır.

10.4. Kısmi Çalışmanın Aileyi Koruma İlkesiyle İlişkisi

Kısmi süreli işlerde çalışanların büyük bir bölümü çocuk sahibi evli kadın işçilerin oluşturması, kısmi çalışmayla ilgili düzenlemelerde ailenin korunması ilkesinin (Ay.m.41) göz önünde bulundurulması gerektirir. Buna göre de; kısmi çalışmayı özendirici ve yaygınlaşmasını kolaylaştırıcı nitelikteki hukuki düzenlemeler, Devletin Ay. m.41/2 hükmünün gereğini yerine getirmesi anlamını taşır. Böylelikle, kısmi süreli işlerde çalışan çocuklu kadın işçilere çocuksuz kadın işçiler ile erkek işçilerden daha çok güvence sağlayacak bir düzenleme, ailenin korunması ilkesine uygun düşer.

10.5. Kısmi Çalışmanın Çalışma Hakkıyla İlişkisi

Ay. m.49/1 çalışma hakkını güvence altına almıştır. Bu nedenle işveren işçinin ikinci bir iş görmesini istisnai hallerde yasaklayabilir. Başka

işte çalışma yasağı işverenin bu yolda haklı bir çıkarı bulunduğu takdirde, öngörülebilir. Aksine bir çözüm ise anayasaya ters düşer.

10.6. Kısmi Çalışmanın Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğiyle İlişkisi

Toplu iş sözleşmesi özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın ücret ve çalışma koşullarını Anayasa ve yasaların emredici kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenlemeleri anlamına gelmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, toplu iş hukukuna ilişkin haklardan yararlanabilecektir. Kısmi süreli çalışan işçinin, hukuken gerçek bir işçi niteliği taşıması nedeniyle toplu iş hukuku bakımından tam süreli çalışanlardan herhangi bir farkı yoktur. Uygulamada toplu iş sözleşmelerine, kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin hüküm konulduğu çok nadir görülmektedir. Toplu iş sözleşmesinde hükmün yalnızca tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye uygulanacağı açıkça belirtilmediği veya hükmün niteliğinin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya uygun olduğu durumlarda toplu İş Hukuku'na ilişkin hükümler, kısmi süreli çalışan işçiye de uygulanabilecektir.

Kaynakça

AKYİĞİT Ercan / İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, 2006 Ankara

AYKAÇ Mustafa / Esneklik ve Çalışma Hayatı, Sabahattin Zaim'e Armağan, İktisat Fak. Mecmuası, 1996 İstanbul

CENTEL Tankut / Kısmi Çalışma, Kazancı Kitap Tic. A.Ş. 1992 İstanbul

CENTEL Tankut / İşyeri Yönetmeliğinde Değişiklik, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, 1993 Ankara

ÇELİK Nuri / İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 2004 İstanbul

EKONOMİ Münir / Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, Orhim Yayınları 2, 1986 İstanbul

EYRENCİ Öner / Bireysel İş Hukuku, Legal Yayıncılık, 2004 İstanbul

TAŞKENT Savaş /

ULUCAN Devrim /

EYRENCİ Öner / Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, Mozaik Basımevi, İstanbul

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / İş Hukuku, Turhan Kitapevi Yayınları, 2004 Ankara,

SÜZEK Sarper / İş Hukuku, Beta Yayınevi, 2005 İstanbul

YORULMAZ Çiğdem / Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, 2008 Ankara

ULUSAL VE DİNİ BAYRAMLARDA, HAFTASONUNDA VE GÜNLÜK ÇALIŞMADA FAZLA ÇALIŞMA, YASAKLARI VE SONUÇLARI

Eda HERGÜNER

GİRİŞ

İş Kanunu çerçevesinde kabul edilen genel kural, işçinin normal iş süreleri dahilinde çalıştırılması olup, gerek iş yaşamında meydana gelen değişiklikler gerekse işçilerin ve yapılan işin mahiyetinden kaynaklanan bazı nedenler, söz konusu normal sürelerden sayılan zaman dilimlerinde işin ifasını imkansız kılmaktadır ki bu normal süreleri aşan zamanlarda yapılan işler fazla çalışma kavramına girmektedir. Bu çalışmada üzerinde durulacak olan konu, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar olarak nitelendirilen fazla çalışma kavramının ulusal ve dini bayramlarda, hafta sonunda ve günlük çalışma kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmesi, yasakları ve sonuçlarının ele alınmasıdır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda önemli bir yere sahip olan fazla çalışma kavramı, bu yasada düzenlenen şekliyle katı düzenlemeleri içermekte ve bu sebeple, kanuna aykırı uygulamaların yaygınlaşmasına neden olmakta idi. Üretimde ve çalışma düzeninde esneklik sağlamak amacıyla köklü değişiklikler yapılarak, 10 Haziran 2003 tarihinde, 4857 sayılı İş Kanunu kabul edildi. Bu kanun hiç kuşkusuz yeni dönemin istek ve gereksinimleri karşılayacak düzeyde hazırlanmış, ILO ve AB normlarının yanı sıra, öğretide ve yargı kararlarında benimsenen esasları da bünyesinde toplamıştır.

Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümünde kısaca çalışma süresinden bahsedilerek, ulusal ve dini bayramlarda, hafta sonunda ve günlük çalışmada fazla çalışma kavramı üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde, fazla çalışma yapmanın sonuçlarına değinilerek, fazla çalışma ücreti açıklanacak, son olarak da fazla çalışmanın yasakları ve yasaklara uymamanın sonuçları, 1475 sayılı İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunları çerçevesinde karşılaştırılarak incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI VE KOŞULLARI

A. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır. Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Ancak belirtilmelidir ki, İş Kanunu fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma olmak üzere iki ayrı kavram geliştirmiştir. Fazla sürelerle çalışma, Yasa'nın 41. maddesinin 3. fıkrasına göre haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda, kırk beş saate kadar yapılan çalışmalardır.[1] Fazla çalışma kavramı, günlük çalışmada, ulusal ve dini bayramlarda ve hafta sonunda olmak üzere ayrı ayrı incelenecektir.

1. Çalışma Süresi Kavramı

Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işyerinde geçirdiği süredir (ÇSY m.3). Başka bir deyişle, çalışma süresini işçinin işverenin emri altında bulunmak zorunda olduğu süredir.[2] Çalışma süresi iki farklı kavramı barındırmaktadır. Bunlar, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süreler fiili çalışma süreleri ile fiilen çalışılmayan ancak çalışmış gibi sayılan süreler farazi çalışma süreleridir. Fiili çalışma süresi, işçinin, iş görmek amacıyla, işgücünü işverenin emrine tahsis ettiği, soyunma giyinme ve ara dinlenmeleri hesaba katılmaksızın, işin başlangıcından sona ermesine kadar geçen süredir.[3] Farazi çalışma süresini ise yasal farazi çalışma süreleri ve akdi farazi çalışma süreleri çerçevesinde incelemek mümkün olacaktır. İş Kanunu m.66/1'de sayılan süreler *-ki bunlar aşağıda sayılacaktır-* yasal farazi çalışma süreleridir. Kanunda sayılanlar dışında, taraflar, serbest iradeleri kapsamında hangi durum ve zamanların çalışma süresine dahil olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda akdi farazi çalışma süresi söz konusu olacaktır. İşçinin çalışma süresi hesaplanırken fiilen çalıştığı süreler ile yasal ve akdi farazi çalışma süreleri de hesaba katılır.

İş Kanunu'nunda sayılan farazi çalışma süreleri aşağıdaki gibidir.

• Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler

---

(1) SÜZEK , a.g.e. , s.625

(2) AKTAY A,Nizamettin / ARICI Kadir / KALAN / SENYEN E.Tuncay, İş Hukuku, 1.Baskı, Mart 2006, s.227

(3) KARACAN Hatice, 4857 Sayılı Kanun'a Göre Fazla Çalışma, 1.Baskı, Temmuz 2007, s.23

• Başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilen işçinin yolda geçirdiği süreler

• İşverenin buyruğuna hazır olarak işyerinde boş geçen süreler

• İşverenin evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde işçinin meşgul edilmesi sırasında asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler

• Emzirme izni sırasında geçen süreler

• İşçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri esnasında geçen süreler

İş Kanunu'nun 68. maddesi gereği ara dinlenmesi ve araçta geçen süreler çalışma süresinden sayılmaz. Bu noktada belirtmek isterim ki, Yargıtay, ara dinlenmesi iş yerinde geçirilse de, bu sürede fiilen çalıştığının işçi tarafından ispat edilmesi gerektiğini kararlaştırmaktadır.[4] Araçta geçen süreleri; İş Kanunu'nun 66.maddesinin son fıkrasında işin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen sürenin çalışma süresinden sayılmayacağı hükmü getirilmiştir. Aynı yönde, Yargıtay'ın da servis aracında geçen sürenin iş süresinden sayılarak fazla çalışma hesabında dikkate alınmasının hatalı olduğuna dair kararı bulunmaktadır.[5]

2. Günlük Çalışmada Fazla Çalışma ve Hukuki Niteliği

İş Kanunu'nun 41. maddesine göre fazla çalışma, *"Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır."* 1475 sayılı Kanun'da günlük çalışma süresinin dışında yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak tanımlanırken, 4857 sayılı Kanun'da haftalık çalışma süresi esas alınmıştır.[6]

4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmalardan farklı olarak fazla sürelerle çalışma kavramına da yer verilmiştir. Fazla sürelerle çalışma, normal çalışma düzeninin uygulandığı durumlarda, işçinin bir hafta içinde yaptığı çalışmaların, akdi haftalık çalışma süresini aşan, esnek sürelerle çalışma düzeninin uygulandığı durumlarda, denkleştirme esası içinde işçinin ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve her iki halde de kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışma sayılmaktadır.[7]

Avrupa Birliği'nin değişik 23 Kasım 1993 tarih ve 93/104 sayılı Direktifinde, 24 saat içinde işçiye kesintisiz 12 saatlik bir dinlenme imkanı

---

(4) Y9HD, 17.10.1991, E. 1991/13727, K. 1991/13182 ve Y9HD, 21.3.2008, E. 2008/924 K. 2008/5604

(5) AKTAY / ARICI /KAPLAN /SENYEN, a.g.e. , s.234, Y9HD, 02.04.2002, 19721/5740

(6) AKTAY / ARICI /KAPLAN /SENYEN, a.g.e. , s.241

(7) ÖZDENER Gültekin / ÖZSOY Selim, 4857 Sayılı Kanun'da Süreler (yorumlu, içtihatlı) ve İlgili Mevzuat,1.Basım, İstanbul, Haziran 2004, s.90

sağlayacak sekilde günlük çalışma süresinin bir isçi için en fazla ara dinlenmeleri hariç 11 saat olması ve ortalama haftalık çalışma süresinin de, fazla çalışmalar dahil olmak üzere, 48 saati aşamayacağı kabul edilmiştir. İş Kanunu'nun 63. maddesinde de bu direktife paralel olarak genel bakımdan çalışma süresi; 1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesinde olduğu gibi haftada en çok 45 saat olarak muhafaza edilmiştir.[8] Ancak eski düzenlemeden farklı olarak, 63. maddeye göre, haftalık çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanması zorunluluğunu kaldırmış ve bu kurala esneklik getirilerek, günde 11 saati aşmamak koşulu ile sözleşmelerle haftalık normal çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine farklı bir şekilde dağıtılabileceği kabul edilmiştir.[9]

Doktrinde, Müjdat ŞAKAR, Anayasa'nın 18.m'sinde karşılıksız çalışma yani angaryanın yasaklandığına dayanarak *"bazı haftalarda kırk beş saatin üstünde çalışılmasına rağmen, denkleştirme esasının uygulanması nedeniyle, fazla çalışma ücreti ödenmeyecektir ve fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, bu çalışmayı karşılıksız çalışmaya dönüştürmektedir"* düşüncesini ileri sürmüştür.[10]

3. Ulusal ve Dini Bayramlarda Fazla Çalışma ve Hukuki Niteliği

Hukukumuzda ulusal bayram ve genel tatiller 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda[11] özel olarak düzenlenmiştir. Bu kanunun 1. maddesine göre Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günü ulusal bayramdır. Aynı kanunun 2. maddesinde resmi ve dini bayramlar ile 1 Ocak günü yılbaşı tatili ve 1 Mayıs Emek ve dayanışma günü tatili[12] ise genel tatil olarak sayılmıştır.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerinde faaliyetin devam etmesine yasa olanak tanımakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 44. maddesinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağının toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabileceği hükmü getirilmiştir. Şayet, sözleşmelerde bu yönde bir hüküm yoksa, çalışma konusunda işçinin onayı gereklidir; işveren tek yanlı bir talimatla işçileri çalışmaya zorlayamaz.[13] Görüldüğü gibi bu hükümler karşısında, her şeyden önce yasada belirtilen ulusal bayram ve genel tatil günlerinde resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir, bu yerlerde çalışma yapılmaz. Buna karşılık özel işyerlerinin sadece 29 Ekim günü

(8) GÜNAY, Cevdat İlhan, Çalışma Sürelerinde Esneklik, Kamu-İş; C.7, S. 3/2004
(9) ERDİNER Ercan, Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, 1.Basım, Ankara, Temmuz 2004, s.162
(10) ŞAKAR Müjdat, Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Sorunları, Yaklaşım Dergisi, 168.sayı, Aralık 2006
(11) R.G. 19.03.1981, 17284
(12) Ek ibare : 5892 - 22.4.2009 / m.1
(13) AKTAY / ARICI /KAPLAN /SENYEN, a.g.e. ; s.253, EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, a.g.e. , s.190

kapanması zorunludur. Aynı zamanda, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2. maddesi uyarınca niteliği bakımından sürekliliğinde zorunluluk bulunan işlerde 29 Ekim günü de işçi çalıştırılması mümkündür. Bunun gibi, Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 2429 sayılı Kanunla 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapatılması zorunluluğunun getirilmesiyle birlikte, bu zorunluluğa uymayanlar hakkında bir ceza yaptırımı öngörülmemiş olması nedeniyle, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden hareketle sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[14]

Ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretli tatillerden sayıldığından, bu günlerde işçi çalışmasa dahi ücreti tam olarak ödenmek zorundadır. Bununla birlikte, işçi, söz konusu günleri çalışarak geçirirse çalıştığı her gün için bir günlük ücreti ayrıca ödenir (İşK m. 47/1).

Cumartesi günü tatil edilerek çalışılmayan ve bu sürenin haftanın çalışılan öteki günlerine bölünerek haftalık çalışmanın yapıldığı işyerinde, ulusal bayram veya bir genel tatil günü çalışılmayan Cumartesi gününe rastlarsa, işçiye bu gün için ayrıca bir tatil ücreti ödenmez. Çünkü Cumartesi gününün ulusal bayram veya genel tatil gününe rastlaması sadece bir takvim rastlantısıdır ve işçi Cumartesi günü çalışmayarak o gün tatil yapmakta ve kazancında azalma olmamaktadır.[15]

4. Hafta Sonunda Fazla Çalışma ve Hukuki Niteliği

Türk Hukukunda, hafta tatiline ilişkin hükümler dağınık bir şekilde, birden fazla kanunda düzenlenmiştir.

Her çalışanın dinlenme hakkına sahip olduğu 1982 Anayasasında kabul edilmiştir (A.Y.m.50). İşçilerin de 7 günlük çalışma süresi içinde, aralıksız 24 saat dinlenme hakkından yararlanmaları gerekmektedir.[16]

1924 tarih ve 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu'nun 1. maddesine göre; nüfusu on bin veya on binden çok olan şehirlerdeki tüm sınai ve ticari işyerlerinde çalışmanın, haftada bir gün durması zorunludur. Madde 2'de altı gün çalışan işçinin en az bir gün tatil yapması öngörülmüştür. Hafta tatili günü olarak Pazar günü kabul edilmiştir (Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun m.9).[17]

1475 sayılı İş Kanunu'nda işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için, tatilden önceki altı iş günüde, günlük çalışma sürelerine uygun olarak çalışmış koşulu olması aranmaktaydı. 4857 sayılı

---

(14) SÜZEK, a.g.e. , s.646; Y2CD, 17.9.1985, E. 1985/6678, K. 1985/6909.
(15) SÜZEK, a.g.e. , s.647
(16) İNCİROĞLU Lütfi, Sorulu Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması, 3.Basım, İstanbul, Nisan 2005, s.225
(17) AKTAY / ARICI /KAPLAN /SENYEN, a.g.e. , s.250

İş Kanunu getirdiği çalışma sürelerine ilişkin sistemle tutarlı olarak bu koşulu aramamıştır.[18] Bunun yanı sıra, Yargıtay kararında da belirtildiği üzere; işverenin iradesi dışında ve işin icabı olmadığı halde kendiliğinden çalışmışsa ayrıca hafta ve genel tatil çalışma ücreti alamaz. Bu nedenle işyerinin niteliği, işin kapasitesi ve sair koşulları itibariyle hafta ve genel tatillerde çalıştırmayı gerektirip gerektirmeyeceğinin araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.[19]

Hafta tatili ücretinde uygulamada sıklıkla, işçi normal haftalık çalışma süresini tamamlamasına rağmen, hak kazandığı hafta tatili gününde de çalıştırılır. İşte bu gibi durumlarda işçiye ödenecek ücret miktarı önem kazanmaktadır. İşçinin haftalık normal çalışma süresini tamamlamasından sonra hafta tatili gününde çalışması bir fazla çalışma olduğu için, o günkü çalışması nedeniyle ödenecek ücret yüzde elli artırılacaktır. Böylece, işçiye normal yevmiyesine ilave olarak yüzde elli daha fazla bir ödeme yapılacaktır.[20]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, hafta tatilinde çalışan işçiye bir hafta tatili ücreti, bir normal günlük çalışma ücreti ve yarım ücret fazla çalışma olmak üzere toplamda yüzde 2.5 günlük ücret ödenecektir.[21]

B. FAZLA ÇALIŞMANIN UYGULANMASI

Fazla çalışmanın ve fazla sürelerle çalışmaların ne şekilde uygulanacağı çıkarılacak yönetmelikte gösterilecektir (İş K. m.41. son f.). Kanun'a göre, bir işyerinde fazla çalışma yapılması gerekli görüldüğünde, bu çalışmaya katılacak işçilerin onaylarının alınması gerekir (m.41, f.7). İşçilerin onayları fazla çalışmaya başlamadan önce ayrıca alınabileceği gibi, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile önceden de alınabilir. FÇY m. 9/1'de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekeceği öngörülmüştür. Maddede fazla çalışma yaptıracak olan işverenin, bu onayı her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınarak, işçinin özlük dosyasında saklayacağı ifade edilmiştir (m. 9/2). İşçi fazla çalışmaya onay vermiş olsa bile, sağlığının uygun olmadığını doktor raporu ile belgelediği taktirde, işçi fazla çalışma yapmaya zorlanamaz.[22]

C. FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

1. Olağan Fazla Çalışma

a. Sebepleri ve Koşulları

---

18) SÜZEK, a.g.e. , s.641
(19) Y9HD 06.12.1978, E. 1978/1742, K. 1978/1842
(20) KURUCA Mustafa, İSSMO Mali Çözüm Dergisi 77 sayılı dergi, 05.12.2006
(21) ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri,Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Ağustos 2006 s.333
22) EYRENCİ /TAŞKENT / ULUCAN, a.g.e. , s.168; AKTAY / ARICI /KAPLAN /SENYEN, a.g.e. , s.242

İşin mahiyetinden kaynaklanan, milli çıkarlara yönelik olan ve üretimi arttırmaya yönelik olarak yapılan çalışmalardır. İş K.'nun 41.m.'nin 7. fıkrasına göre, fazla çalışmanın uygulanabilmesi için, işverenin işçinin onayını alması gerekir. Yargıtay kararında da belirtildiği üzere onay şartının varlığı ve fazla mesainin duyurulması sonrasında işçi söz konusu fazla mesai ile yükümlü olmaktadır. İşçinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, onun iş sözleşmesinin İş K. 25.m. 2. f. hükmüne göre tazminatsız feshi mümkün görülecektir.[23]

b. Süresi

Olağan sebeplerle yapılan fazla çalışmaların toplamı, bir yılda 270 saatten fazla olamaz (İş K.m. 41/8). Fazla çalışma süresinin hesaplanmasında , yarım saatten az süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat sayılır (FÇY. m. 2/1).[24] Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde günlük çalışma sürelerinin her ne şekilde olursa olsun 11 saati geçemeyeceği ifade edildikten sonra, işçinin bu süreleri aşan sürelerle çalıştırılmasında 4857 sayılı İş K.'nun fazla çalışmaya ilişkin 41, 42 ve 43. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı hükmü yer almıştır.

2. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışma

a. Sebepleri ve Koşulları

Bir arıza sırasında veya bir arızanın mümkün görülmesi halinde, yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında zorunlu fazla çalışmaya gidilebilir (m.42/1).

Olağan fazla çalışmadan farklı olarak, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için işçinin onayı aranmaz (FÇY. m. 9/1).

Zorunlu fazla çalışma yapması beklenen işçiler, haklı bir gerekçeleri olmadan çalışmaktan kaçınırlarsa, işveren iş sözleşmesini tazminatsız olarak derhal feshetme hakkına sahip olur (İş K.m. 25/2). Zira bu davranış sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. İşveren, ayrıca uğradığı zararın tazminini de talep edebilir. Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, davacı işçi, davalıya ait işyerinde çalışırken 17 Ağustos depremi nedeniyle enkaz kaldırma işinde çalışılmak üzere diğer işçiler ile birlikte deprem bölgesine gönderilmiş, ancak böyle olağanüstü bir çalışma sürecinde oradaki işi bırakarak geri dönmüş ve böylece oluşan devamsızlık nedeniyle hizmet akdi feshedilmiştir. Zorlayıcı bir sebep dava konusu olayda gerçekleşmiş olup, davacı işçi geçici bir süre çalışması gerekirken ve olay yerine de gittiği halde oradaki işi bırakıp izinsiz olarak hafta tatili ve bayram günü işi

---

(23) Y9HD, 05.06.1980, E. 1980/6852, K. 1980/ 6755

(24) ŞAKAR , a.g.e.

bırakarak geri dönmesi iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Feshin haklı olduğu kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmesi gereklidir.[25]

b. Süresi

Kanunun 42. m.'sinde, sayılan zorunlu nedenlerin ortaya çıkması halinde, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsine veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir. Bu durumda fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur (m.42/1).

3. Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma

Seferberlik sırasında, yurt savunmasının gereçlerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse, işçilerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir (m.43/1). Burada işçi onayı aranmamakla beraber Bakanlar Kurulu Kararı gereklidir. Bakanlar Kurulu Kararı söz konusu çalışmanın yapılacağı yer ve süreyi de belirlemektedir.[26]

4. Hazırlık ve Temizlik İşleri Sebebiyle Fazla Çalışma

Genel olarak bir işyerinde belirli çalışma saatlerinden önce veya sonra gerekli olan hazırlama veya tamamlama yahut temizleme işlerinde çalışan işçiler için işin düzenlenmesi ile ilgili hükümlerden hangilerinin uygulanmayacağı yahut ne gibi değişik şartlar ve usullerle uygulanacağının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterileceği hükmü (İş K, m.70) uyarınca, Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği[27] çıkarılmıştır.[28]

Bu tür işler sadece bu işleri yapmak üzere istihdam edilmiş işçilere yaptırılabileceği gibi, uygulamada daha çok görüldüğü üzere, asıl işte çalışan işçilere nöbetleşe (dönüşümlü) olarak da yaptırılabilir. Bu tür işlerde çalıştırılacak işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre 3 kişi ile 10 kişi arasında değişir. Toplam işçi sayısı 100'den fazlaysa, işçilerin %10'unu aşamaz (Yön. m.6). Asıl işi yapan işçiler, hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri olarak anılan bu işleri de yapıyorlarsa, günlük çalışma süresinin aşılması, yani fazla çalışma ortaya çıkacaktır.[29] İş K.'nun ara

(25) Y9HD, 31.10.2000, E. 2000/ 10380, K. 2000/15194
(26) AKYİĞİT, a.g.e. ,s .1513
27) RG 28 Nisan 2004, 25446
(28) ÇELİK, a.g.e. , s.328
(29) ŞAKAR, a.g.e.

dinlenmesine ilişkin hükümleri saklı kalmak koşuluyla, teknik bir sakınca yoksa, işyerinde yürütülen asıl işin bitmesinden sonra hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini yapacak olan işçilerin, bu işlere başlamadan önce yarım saatten az olamamak üzere dinlenmeleri zorunludur (m.10). Yönetmeliğe göre İş K.da asıl iş için belirlenmiş olan günlük çalışma sürelerine ek olarak, bu sürelerin başlama saatlerinden önce veya bitme saatlerinden sonra, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini yapacak olan işçiler, bu işlerde günde en çok iki saat daha çalıştırılabilir (m.5). Bu işler de dahil olmak üzere, günlük çalışma süresi 11 saati aşamaz.

Eğer bu işler, işyerinin asıl işlerinden ayrı olarak, görevleri yalnızca bu işleri yapmakla sınırlı olan ve sadece bu işçileri yapmak üzere işe alınmış olan işçilere yaptırıldığı taktirde, bu işçiler hakkında 4857 sayılı İş Kanununun genel hükümleri uygulanır (m.2).[30]

D. FAZLA ÇALIŞMANIN KOŞULLARI

1. Fazla Çalışma Yaptırılması İhtiyacının Söz Konusu Olması

İş K.'nun 41.m.'sine göre ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Hükümde yer alan *''gibi''* sözcüğü, fazla çalışma sebeplerinin kanunda sınırlayıcı olarak belirlenmediğini, benzer nedenlerle de fazla çalışmaya başvurabileceğini göstermektedir.[31] Örnek olarak; ülkenin enerji ihtiyacının karşılanmasını sağlayan demir, kömür gibi madenlerin ya da elektrik üretiminin artırılmasında sürekli olarak kamu yararı vardır. Salgın hastalıkların önlenmesi, doğal afetlerin zararlı sonuçlarının hafifletilmesi, sıkıntısı çekilen ilaç, yiyecek, giyecek ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla yapılan fazla çalışmalarda ülkenin genel yararı vardır.[32]

2. Tarafların Anlaşması

a. İşverenin Talebi

İşçinin fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için, kural olarak, fazla çalışmanın işveren tarafından istenmesi gerekir. İşçinin, işverenin talimatı ve bilgisi olmaksızın, kendiliğinden yaptığı fazla çalışmalar fazla çalışma ücretine hak kazandırmaz. Yargıtay'ın kararları da, kendisine fazla çalışma konusunda talimat verilmeyen işçinin, bu çalışmaları karşılığında fazla çalışma ücreti isteyemeyeceği yönündedir. Örneğin bir kararda, tır şoförü olarak çalışan işçinin, yurt içi seferde günde üç saat fazladan

---

(30) AKTAY / ARICI /KAPLAN /SENYEN , a.g.e. , s.248
(31) EYRENCİ /TAŞKENT / ULUCAN, a.g.e. , s.169
(32) KARACAN, a.g.e , s.72

çalıştığını kabul eden Yargıtay, yurt dışına sefere çıkarken fazla çalışma yapılması yolunda işverence kendisine talimat verilmediği gerekçesiyle fazla çalışma ücreti talebini reddetmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; Daha önceki fazla çalışma ücretlerini henüz ödememişken, işverenin, işçiye yeni bir fazla çalışma talimatı vermesi Yargıtay tarafından, hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır.[33]

b. İşçinin Onayı

İş Kanunu'nun 41. maddesinin 7. fıkrası gereğince fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre de; fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yılbaşında yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır.[34] Görülüyor ki İş K. da işçinin onayının şekil şartı belirtilmemişse de yönetmelikte bu onayın yazılı olacağı belirtilmiştir.

3. Fazla Çalışma Yapılacağının İşçilere Duyurulması

Fazla Çalışma yapılacağının işçilere duyurulmasından sonra işçinin fazla çalışma yükümlülüğü doğar.[35] İşçiye duyuru her türlü araçlarla yapılabilir. Toplu iş sözleşmesindeki düzenleme uyarınca, işçiye genel tatil günlerinde iş görme borcunun yüklenebilmesi için, durumun işçilere duyurulması gereği ile ilgili olarak Yargıtay, iznin, işçi topluluklarına yetkili kimse tarafından sözle duyurulması veya ilgili herkesin ve özellikle fazla çalışmaya tabi tutulacak işçilerin kolaylıkla görebileceği bir yere asılması ya da hoparlör yahut diğer araçlarla ilan edilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir.[36]

4. Fazla Çalışma Yasaklarının Bulunmaması

İşverenin işçiye fazla çalışma yaptırabilmesi için fazla çalışma yasaklarının bulunmaması gerekir. Fazla çalışma yasakları İş K.'nun 41. maddesinin 6. fıkrası ile Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 7. ve 8. maddelerinde belirtilmiştir.

---

(33) Y9HD, 23.10.1996, E. 1996/9753, K. 1996/20025; Y9HD, 11.10.2004, 25131/22821; KARACAN, a.g.e. , s. 75, 76, 78

(34) SÜZEK, a.g.e. , s.626

(35) ÇELİK, a.g.e. , s.311

(36) Y9HD, 17.01.1978, E. 1978/12530, K. 1978/531, Yasa Hukuk Dergisi, 1978; Y9HD, 30.06..1997,E. 1997/10212, K. 1997/13230, Tekstil İşv., Kasım 1997, 16, 17.

Bu çalışmanın ikinci bölümü olan *''Fazla Çalışmanın Yasakları''* adlı başlıkta bu konu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

II. FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATI VE SONUÇLARI

A. FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATI

1. İspat Yükü

Medeni Kanun'un 6. maddesi uyarınca: herkes iddiasını ispat etmekle mükellef olduğundan hareketle, 9.Yargıtay Dairesi de; fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, kural olarak, bu iddiasını ispat etmek zorunda olduğunu belirtmiştir.[37] İşyerindeki kayıtların düzgün tutulması, bordroların düzenli olarak imzalanması, fazla çalışmaların bordrolara yansıtılması, ücret hesap pusulası verilmesi gibi yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi de, işverenin lehine olacak şekilde fazla çalışmaların ispatında etkilidir.[38] Kanımca, ücret ödemelerinin belgelenmesi, işçinin korunmasında etkilidir. Çünkü, işçiye ödenecek ücret, çoğunlukla kendisinin tek geçim kaynağını oluşturmakta ve bunun, yasa dışı kesinti ve indirimler yapılmaksızın eline geçmesinin sağlanması, onun yaşamını sürdürebilmesi için zorunlu görülmektedir. Diğer taraftan, ücret borcunun ödendiğinin belgelenmesi, işveren açısından da rahatlık sağlamaktadır.

2. İspat Araçları

Fazla çalışma iddiası, Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, bordro, mesai kartları, puantaj kartları ile ispat edilebilir, bunlar mümkün değilse tanıkla ispat edilebilir.[39] Fazla çalışmada ispat araçlarının başlıcaları aşağıda sayıldığı gibidir.

a. İşyeri Giriş Çıkışlarını Gösteren Kayıtlar

İşyerinde tutulan işyeri giriş ve çıkışlarını gösteren kayıtlar fazla çalışmanın ispatında kullanılabilecek yazılı belgelerdir. Yargıtay kararlarından da işyeri giriş çıkışlarını gösteren kayıtların fazla çalışmanın kanıtlanmasında önemli bir ölçüt olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında, işyeri devam kartları ve işyerinden sicil dosyası celbedilerek dava konusu fazla mesai ücret alacaklarının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiş ve başka bir kararında da, davacıya ait ücret

---

(37) Y9HD, 20.09.1996, E. 1996/5981, K.1996/17572,

(38) ÖZDEMİR Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve İspat Araçları, İstanbul 2006, s. 238

(39) Y9HD, 23.12.1983, E. 1983/9610, K. 1983/11037

bordroları ve mesai kartları ile izin defteri getirilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulduğu hakkında karar verilmiştir.[40]

b. Bordrolar

Fazla çalışmanın saptanmasında ücret bordroları bir kanıt olabilir. Yargıtay uygulamasına göre de, ihtirazi kayıt konulmaksızın bordroların işçi tarafından imzalanması halinde, daha fazla mesai yapıldığı iddiasıyla işçinin alacak talebinde bulunması olanağı yoktur.[41] Oysa ki, gerçekte ücret bordrosunda görülenden daha fazla çalışmış olan işçinin ücret bordrosunu ihtirazi kayıt ileri sürmeden imzalaması, fazlaya ilişkin hakkından feragat ettiği anlamına gelmez. Bu durum sadece bordroda gösterilen süre kadar fazla çalışma ücretinin ödendiğinin delili olabilir.[42] Yargıtay'a göre, ücret bordrolarında fazla çalışma ya da genel tatil ücreti tahakkuku yapılmamış ve ihtirazi kayıt konulmaksızın işçi tarafından imzalanmış ise, bu miktarın üzerinde çalışma yapıldığının tanıkla ispatı mümkün değildir.[43] Kanımca, ücret bordrosu işçinin imzasını taşıdığından, güçlü bir delil olmakla beraber, ücret bordrosunda gösterilen fazla çalışma süresinden daha fazla mesai yapılmış ise, işçiye bu hususu ispat etme hakkı tanınmalıdır.

c. Bilirkişi Raporları

İşçinin fazla çalışma iddiaları ile ilgili olarak kesin bir sonuca ulaşılamadığı durumlarda, anlaşmazlıkla ilgili günlerdeki işletmenin durumu, iş imkanları, çalıştırılan işçi sayısı, nitelikleri ve görevleri dikkate alınarak; işçinin verilen işleri yapması için çalışmış olması gereken sürenin hesaplanması için bilirkişiye başvurulur. Yargıtay, bilirkişi raporlarının hakim açısından bağlayıcı olmadığından hareketle, hakimin bilirkişi raporunu yeterli görmemesi halinde, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabileceği şeklinde değerlendirmektedir.[44]

d. Tanık

Davaların fazla çalışma olgusunun gerçekleşmesinden çok sonra açılmış olması ve işverenlerin bordro ve ücret hesap pusulalarında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmaları, fazla çalışmanın ispatında tanık beyanını ön plana çıkarmaktadır. Yargıtay'ın görüşü, tanık sözleri ile diğer deliller

(40) Y9HD, 13.10.1999, E. 1999/13040, K. 1999/15810, Y9HD, 14.04.1997, E. 1997/1670, K. 1997/7411

(41) Y9HD, 15.01.2001, E. 2001/14922, K. 2001/137

(42) SÜZEK, a.g.e. , s.631

(43) Y9HD, 04.05.2004, E. 2004/3141, K. 2004/10519

(44) KARACAN, a.g.e. , s.91

arasında çelişki bulunduğunda, sadece tanık sözlerine dayanarak hüküm tesis edilmeyeceğidir. Kanımca da, tanık dinlenmesinde fayda bulunmakla beraber, tanık beyanı, kesin deliller arasında yer almadığından, güvenilir bir ispat aracı değildir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, fazla mesaiye ilişkin tanık açıklamaları tutarsız olduğundan, yerinde bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak işyerinin kapasitesi, niteliği ve davacının yaptığı işlerin çalışmayı gerektirip gerektirmediği, gerekiyorsa bunun süresinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.[45]

e. Keşif

Olayın niteliklerine göre, uyuşmazlığın çözümü için, bilirkişi aracılığıyla işyerinde inceleme ve araştırma yapılabilir.

3. Fazla Çalışmanın İspatında "Hayatın Olağan Akışına Uygunluk"

Genellikle soyut tanık beyanlarına dayanan, normalin üstünde, işyerinde beş on sene süre ile yıl boyunca herhangi bir tatil veya hastalık durumu söz konusu olmaksızın, ara dinlenmesi verilmeksizin gece ve gündüz, düzenli ve sürekli olarak fazla çalışma yapıldığı şeklinde oldukça abartılı fazla çalışma iddialarına uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu durum karşısında Yargıtay, formül şekline dönüşmüş kararlar vermektedir. Normal olmayan fazla çalışma iddialarına sınır çekmek isteyen Yargıtay'ın bu kararlarında kullandığı kriter *"hayatın olağan akışına uygunluk"* kriteridir. Bu gibi durumlarda Yargıtay, fazla çalışma iddialarını kabul etmemekte, iş mahkemelerini takdiri bir hakkaniyet indirimi yapmaya yöneltmektedir.[46] Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına göre, iki senelik süre içinde davacı işçinin Pazar günü hariç diğer günlerde ve sürekli bir şekilde her gün on-on bir saat mesai sonucu haftada düzenli şekilde on yedi saat fazla çalışma yaptığının kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmez.[47] Kanımca, Yargıtay'ın genellikle bir formül gerekçe ile reddettiği bu iddiaların somut olayın özelliğine uygun düşüp düşmediğinin araştırılması gerekir.

B. FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞININ VERİLMESİ

1. Fazla Çalışma Karşılığının Ücret Olarak Belirlenmesi

a. Fazla Çalışma Ücretinin Miktarı

---

(45) Y9HD, 22.10.1981, E. 1981/8956, K. 1981/13043, GÜNAY, a.g .e. , s.1445
(46) KARACAN, a.g.e. s.93; SÜZEK, a.g.e. , s.631
(47) Y9HD, 14.05.2001, E. 2001/3949, K. 2001/8259

Günlük çalışmada, İş Kanununun 41. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir."* Bunun gibi, fazla sürelerle çalışmalarda işçilere ödenecek ücret de aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *"Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir."* Bu hükümler nispi emredici nitelikte olduğundan fazla çalışma ücretinin sözleşmelerle işçi lehine arttırılması mümkündür.[48]

Hafta sonunda yapılan çalışmalarda, daha önce da belirtildiği gibi bu çalışmalar aslında fazla çalışma olduğu için, yüzde elli fazla ücret ödemesi yapılmalıdır. Hafta sonunda çalışma yapan işçiye 2.5 yevmiye tutarında ücret ödenmesi gerekir. Haftanın beş günü 45 saatlik çalışma tamamlanırsa Cumartesi günü çalışma yapılmaz. Eğer işçiler bu gibi durumlarda Cumartesi günü çalıştırılırsa fazla çalışma esaslarına göre ücret ödemesi yapılır.[49]

Ulusal ve dini bayramlarda fazla çalışmalarda, aynen hafta tatilinde olduğu gibi bir iş karşılığı olmaksızın işçiye ödenir. Eğer işçi bu günlerde çalışırsa çalışmadan hak kazandığı ücretine ilave olarak her çalıştığı saat için normal çalışma ücreti x1 katını alır. Eğer bu tatilin olduğu haftada 45 saatlik çalışma süresini doldurmuş ise çalışmadan hak kazandığı ücretine ilave olarak her çalıştığı saat için normal çalışma ücreti x1,5 katını alır. Bu da normal çalışma ücreti veya hafta tatili ücreti ile aynı tutara gelir.[50]

Yargıtay kararlarında belirtildiğine göre, işçinin fazla çalışma ücreti isteyebilmesi için fazla çalışmanın işverence istendiğini kanıtlaması gerekir. Gerçekten, fazla çalışmanın kabulü için işverenin bu konuda işçiye talimat vermesinin gerekli olduğu söylenmelidir. Yine de bu, mutlak olarak kabul edilemez. Fazla çalışma için işverenin açık talimatı bulunmayabilir. Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği gibi, işveren yazılı olarak fazla çalışma yapılmamasını bildirmiş olsa bile, fazla çalışma yapmak suretiyle yerine getirilebilecek bir işin işçiden istenmesi halinde de fazla çalışma durumu ve ücretini talep hakkı doğar.[51]

Nihayet belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın yerleşmiş bir görüşü de, tarafların iş sözleşmesinde belirlenen ücretin fazla çalışmaları da kapsadığını kararlaştırabileceklerine ilişkindir.[52]

---

(48) SÜZEK, a.g.e. , s.632

(49) KURUCA, a.g.e.

(50) FIÇICI Bülent, Fazla Mesai ve Ücreti, http://www.muhasebetr.com/ yazarlarimiz/bulent/019/ yazdir.php, 27.08.2007

(51) Yargıtay Hukuk Genel Kararı 03.03.1982, E. 1980/9-1702, K. 1982/932; ÇELİK, a.g.e. s.325

(52) Y9HD, 25.10.2001, E.2001/10041, K. 2001/16651

b. Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması

Zamana Göre Ücret, çalışma süresinin uzunluğuna göre, belirli bir zaman dilimi için, bir miktar paranın tespiti ile oluşur.[53] İş K.m.41'e göre *"Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir."* Saat ücreti dışındaki gündelik, haftalık, aylık olarak zamana göre belirlenen diğer ücret şekillerinde, saat ücreti hesaplandıktan sonra bulunacak miktar bu yüzdelere göre artırılır.[54]

Akort Ücret, yapılan işin sonucuna göre hesaplanan ücrettir. Bu halde, fazla çalışma ücretinin miktarı, fazla çalışılan süre içinde üretilen birim (parça, ağırlık, uzunluk v.s.) sayısı, o birim için tespit edilen ücretin yüzde elli fazlası ile çarpılarak hesaplanır (FÇY m. 4/3 c.1).

Yüzde Usulü Ücrette, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması hakkında Yönetmelik'in[55] 5. maddesi uyarınca, puan sistemi esas alındığı ve ücretler puan sistemine göre hesaplandığı için, yüzde usulüne göre çalışan bir işçinin fazla çalışma ücretinin bulunması için öncelikle, onun saat başına düşen puanı bulunur.

Puan sistemine dahil olan ücret işçinin normal saat ücretidir. Fazla çalışma için ödenmesi gereken zamlı ücret, puana dahil olmadan, işveren tarafından ayrıca ödenir. Bu işleme geçmeden önce puan başına düşen *"birim ücret"* in bulunması gerekir. Bunun için fazla çalışma (ve fazla sürelerle çalışma) yapan işçilerin, fazla çalışma saatlerine ait puanları, normal çalışma puanlarına eklenmek suretiyle (m. 5/4) toplam puanları bulunur.

Bahşiş, müşterinin, işçinin yerine getirdiği hizmetten memnun kalması nedeniyle, bir zorunluluk olmaksızın ödediği paradır. Yargıtay ücret olarak bahşişin kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir.[56] Ücretin bahşiş olarak kararlaştırıldığı durumlarda Yargıtay, işçinin günlük çalışmasında müşterilerinden aldığı bahşişler ve işverenden aldığı ücret toplamı bilirkişi aracılığı ile tespit edildikten sonra, asgari ücret ve buna göre hesap edilen fazla çalışma ücretinin toplamı ile karşılaştırmak ve arada işçi lehine fark olduğu takdirde ona hükmetmek gerektiğine karar vermiştir.[57]

Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanmasında Esas Alınacak Ücret konusunda bir açıklık yoktur. Fazla çalışma ücreti normal saat ücretinin zamlı ödenmesi şeklinde olduğundan çıplak ücrettir[58] ve bu nedenle, fazla

---

(53) KARACAN, a.g.e, , s.104
(54) ÇELİK, a.g.e. , s.325
(55) RG 28 Şubat 2004, 25387
(56) Y9HD, 26.01.2000, E. 2000/18391, K. 2000/569
(57) YHGK, 07.07.1971, E. 1971/126, K.1971/444
(58) MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, 2.Bası, 2005, Ankara, s.697

çalışma ücretinin çıplak ücret üzerinden hesaplanması gerektiği sonucuna ulaşılır. Yargıtay da fazla çalışma ücretini hesaplamada çıplak ücretin neti ele alınacağını hüküm altına almıştır.[59]

Yargıtay ayrıca, fazla çalışma ücretlerinin belirlenirken çalışmanın yapıldığı dönemin ücretinin göz önünde bulundurmak suretiyle belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.[60]

Fazla Çalışma Ücretini Ödeme Yükümlülüğü, hizmetin görülmesini sağlayan işverene aittir. Yine, işçinin işveren tarafından geçici olarak görevlendirildiği yerde yapılan fazla çalışmaların ise ödünç işveren ilişkisinin varolduğu yerdeki işveren tarafından ödeneceği Yargıtay tarafından ele alınmıştır.[61]

İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte ödenir. Bir başka deyişle, ücreti ödeme gününden itibaren *"yirmi gün içinde"* zorlayıcı bir neden dışında ödenmemesi, nasıl ki işçiye iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı veriyorsa ve gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanıyorsa, fazla çalışma ücreti de ödeme gününde ödenmezse aynı sonuçları doğuracaktır (İş Kanunu m. 34, FÇY m. 10).[62] Ayrıca fazla çalışma ücreti, ücret olarak kabul edildiği için, işçi, normal çalışma ücreti ödenmediği takdirde sahip olduğu iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinde de sahiptir.[63]

2. Fazla Çalışma Karşılığının Serbest Zaman Olarak Kullanılması

Olağan nedenlerle fazla çalışma da kabul edilen ve fakat diğer türlerde kabul görmeyen işçiye serbest zaman verilmesi kavramı, İş Kanunu 41. madde 4. fıkrada düzenlenmektedir. Buna göre işçi, fazla çalışma yerine dilerse fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikalık süreyi, fazla sürelerle çalıştığında ise bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.[64] Aynı maddenin 5. fıkrasında da işçinin bu hakkını altı ay içerisinde ve çalışma süreleri dahilinde yazılı olarak kullanacağını ve ücretinde herhangi bir kesinti yapılmayacağını hüküm altına almıştır. Yargıtay bir kararında hem serbest zaman, hem de fazla çalışma ücretinin bir arada işçiye sağlanamayacağı konusuna dikkat çekmiştir; dava konusu uyuşmazlıkta, davacı, ilk haftalarda işyerinde 7 gün yoğun çalıştırıldıktan

---

(59) Y9HD, 26.12.1995, E. 1995/34370, K. 1995/36510

(60) Y9HD, 25.10.2001, E.2001/10041, K. 2001/16651, AKTAY / ARICI /KAPLAN /S ENYEN, a.g.e. ,s.245

(61) Y9HD, 17.12.1993, E. 1993/8973, K. 1993/19001

(62) İNCİROĞLU, a.g.e. , s.217

(63) KARACAN, a.g.e. ,s.135

(64) MOLLAMAHMUTOĞLU,a.g.e. , s.698

sonra, 14 gün olarak hiç çalışılmayan ve evinde dinlenme ile geçirilen süreye kavuşturulmuştur. Bu tür çalışmada ödül olarak serbest zaman kullandırıldıktan sonra, ayrıca davada olduğu gibi, fazla çalışma ücretinin talep edilmesi ve de hüküm altına alınması hali, gerek 63. maddenin ruhuna, gerekse hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Aksi halde, bir eylem nedeniyle tarafına iki ayrı kazanç (serbest zaman ve para) sağlanmış olunacağını belirtmiştir.[65] Ayrıca; işveren re'sen fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman veremeyeceği gibi söz konusu serbest zaman yasa veya sözleşme gereğince tatil ve izin günlerinde kullandırılamaz.[66] Yasa ile işçiye tanınmış olan ve almaya hak kazandığı zamlı ücret yerine işveren tarafından serbest zaman verilmesi durumunun kabul edilmesi, kazanılmış hakkın izin yolu ile ortadan kaldırılması anlamı taşıdığından kabul edilemez.[67] İşveren, işçinin serbest zaman kullanım yönündeki yazılı talebini kabul etmeme hakkına sahip değildir.[68] Kaldı ki; işçinin bu yönde önceden toplu olarak kabul edilebilecek bir yazılı talebi geçerli olmamakta, her durum için ayrı olarak yazılı talepte bulunması gerekmektedir.

Serbest zaman işçi tarafından kullanılması da işyerinde gerçekleştirilen işi aksatmayacak şekilde kullanılmalıdır ki bu yönde yürürlükte olan FÇY 6. m fıkra 2'de işveren tarafından belirlenen tarihte ve iş günleri içerisinde kullanılacağı hüküm altına alınmıştır.[69]

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. FAZLA ÇALIŞMANIN YASAKLARI ve YASAKLARA UYMAMANIN SONUÇLARI

A. FAZLA ÇALIŞMA YASAKLARI

1. Genel Olarak

İş mevzuatında işçinin sağlığı ve sosyal yaşamı göz önünde bulundurularak fazla çalışmalar için bazı sınır ve yasaklar öngörülmüştür. Çalışmanın bu bölümünde fazla çalışma yasakları başlığı altında fazla çalışma yapılamayacak işler ve fazla çalışma yaptırılamayacak işçiler ele alınacaktır.

İlk olarak bahsetmek gerekir ki; fazla çalışma süresine ilişkin sınırlar getirilmiştir. Fazla çalışma süresi ile ilgili olarak kanundaki tek sınır yıllık üst sınırdır. Bunun haricinde kanunda, günlük, haftalık üst sınır hakkında açık bir düzenleme yoktur. Bu şekilde bir düzenlemenin yer almaması,

---

(65) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/9-150, K. 2007/160
(66) SÜZEK, a.g.e. , s. 634
(67) GÜNAY, a.g.e. , s.1431
(68) SÜZEK, a.g.e. , s.634
(69) ÇELİK, a.g.e. , s.327

elbette ki işçiye bir gün veya hafta içinde sınırsız süreyle fazla çalışma yaptırılabileceği anlamına gelmez. İş Kanunu m. 41/8'e göre, bir işçinin fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz. Fazla Çalışma Yönetmeliğinde de aynı hüküm tekrarlandıktan sonra, bu sınırın, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkin olduğu belirtilmiştir (m. 5/1).

2. Fazla Çalışma Yapılamayacak İşler

a. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler

İş Kanunu 63. maddesinin son fıkrası uyarınca sağlık kuralları bakımından günde ancak 7, 5 saat veya daha az çalışılacak işlerde, fazla çalışma yapılması yasaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken, "*Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik*"[70] hazırlanmıştır. Yönetmelikte bu işler, çalışılan madde itibariyle solunması veya dokunulması insan metabolizmasına zarar veren kurşun ve arsenik, cam, cıva, çimento, asit sanayi vb. işler ile çinko, bakır, demir ve çelik gibi ağır metallerin işlendiği sanayi işleri olarak uzun bir liste halinde sayılmıştır.

b. Gece İşleri

Gece süresi ve gece çalışmaları Kanun'un 69. maddesinde düzenlenmiştir. Burada gece süresi, *"çalışma hayatında 'gece' en geç saat 20.00'de başlayarak, en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve herhalde en fazla onbir saat süren dönemdir"* şeklinde tanımlanmıştır (İş K. m. 69/1). Bu tanıma göre gece yürütülen işlerde fazla çalışma yapılamaz (İş K.m. 41/6).[71] Çalışmanın belirli bir bölümünün gece sayılan döneme, kalan bölümünün gündüz sayılan döneme denk gelmesi halinde, işin gece çalışması mı gündüz çalışması mı sayılacağı konusu önem taşımaktadır. Böyle bir durumda, çalışma süresinin yarısından çoğu hangi gün dönemine denk geliyorsa, o döneme ait hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır. Gece ve gündüz dönemine rastlayan çalışma sürelerinin eşitliği halinde, işçinin sağlığını koruyucu hükümler göz önüne alınarak ve işçi yararına yorum ilkesi gereğince yapılan çalışmanın gece çalışması sayılması uygun olacaktır.

---

(70) RG.15.04.2004, 25426

(71) AB'nin 93/104 sayılı Yönergesinin giriş bölümünde de insan organizmasının özellikle geceleri çevre bozukluklarına ve belirli ağır çalışma koşullarına karşı çok daha fazla duyarlı olduğu gerekçesiyle, gece çalışmalarının süresi ve fazla çalışma sürelerinin sınırlanması gerektiği belirtilmiştir.

Ayrıca gece çalıştırılacak işçilerden işe başlamadan önce sağlık durumlarının gece çalışmasına uygun olduğuna dair sağlık raporunun alınması gereklidir. Gece çalıştırılan işçiler, en geç iki yılda bir defa işveren tarafından periyodik sağlık kontrolünden geçirilmektedirler. İşveren, işçinin sağlık kontrollerinin masraflarını karşılar. Gece çalışması sebebiyle sağlığının bozulduğunu raporla belgeleyen işçiye işveren, mümkünse gündüz postasında durumuna uygun bir iş verecektir. İşveren, gece postalarında çalıştırılacak işçilerin listelerini ve bu işçiler için işe başlamadan önce alınan ve periyodik sağlık raporlarının bir nüshasını ilgili bölge müdürlüğüne vermekle yükümlü bulunmaktadır. Gece ve gündüz işletilen ve nöbetleşe işçi postaları kullanılan işlerde, bir çalışma haftası gece çalıştırılan işçilerin, takip eden çalışma haftası gündüz çalıştırılmaları suretiyle postalar sıraya konur. Gece ve gündüz postalarında iki haftalık nöbetleşme esası da uygulanabilir. Postası değiştirilecek işçi kesintisiz en az onbir saat dinlendirilmeden diğer postada çalıştırılamaz.

c. Maden Ocakları, Kablo Döşemesi, Kanalizasyon, Tünel İnşaatı Gibi İşlerin Yer ve Su Altında Yapılanları

İş sağlığının söz konusu olduğu hallerde fazla çalışmanın yaptırılamaması, gerek anayasanın gerek İş Kanununun iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygundur.[72] Fazla çalışmanın yasaklandığı işlerden en sonuncusu, Fazla Çalışma Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Buna göre, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışama yapılamaz (m.71/1-c).

3. Fazla Çalışma Yaptırılamayacak İşçiler

a. 18 Yaşını Doldurmamış İşçiler

Çocuk işçi çalıştırma sorunu, özellikle gelişmekte olan ülkelerde yoğun şekilde görülmektedir. Bu bağlamda, Türkiye'de de ekonomik koşullar ve yoksulluk nedeniyle çocuk işçi çalıştırılması oldukça yaygındır. Anayasa'mızın 50. maddesinde, kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamayacağını, küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacaklarını hükme bağlanmasına rağmen, bir çok küçük işçinin ağır çalışma koşulları altında çalıştırıldığı görülmektedir. Türkiye Avrupa Birliği sürecinde, çalışma hayatındaki en önemli sorunlarından birisi olan çocuk işçiler sorunu, tüm yasal düzenlemelere karşın önlenememektedir.

---

72) SÜZEK, a.g.e. , s. 629

Fazla Çalışma Yönetmeliği m. 8/8/1-a'da onsekiz yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağının düzenlendiği Kanun'un 71. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (ÇGİÇY),[73] on sekiz yaşını doldurmamış işçileri iki gruba ayırmıştır. Buna göre onbeş yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi genç işçi; ve ondört yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi de çocuk işçidir (ÇGİÇY m.4). Her iki grubun çalışma sürelerine Kanun ve Yönetmelik tarafından getirilen sınırlamalar, bu işçilerin fazla çalışma yapmalarını fiilen imkansız hale getirmektedir.[74] Nitekim temel eğitimini tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir (İş K. m. 71/4, ÇGİÇY m. 6/f/1). Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri ise, okulun açık olduğu dönemlerde, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir (İş K. m. 71/son, ÇGİÇY m. 6/f. 3).

b. Sağlık Nedeniyle Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler

Fazla çalışma yaptırılmasının yasaklandığı ikinci grup ise, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile, sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçilerdir (FÇY m. 8/1-b). Daha önce de belirtildiği gibi, işçi önceden rıza göstermiş olsa bile, böyle bir durumda, fazla çalışma görevini yerine getirmediği gerekçesi ile iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilemez.

c. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Çocuk Emziren İşçiler

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin ilgili hükmü uyarınca gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler için fazla çalışmanın yasaktır (m. 8/1-c). İş Kanunu'nun 88. maddesine dayanılarak hazırlanan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartıyla Emzirme odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te[75] de bu durumdaki işçilerin günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamayacaklarının hüküm altına alınmış olması, bu işlerin fazla çalışma yapmasının da önüne geçecek niteliktedir (m. 10).

---

(73) RG. 06.04.2004, 25425
(74) KARACAN, a.g.e. , s. 156
(75) RG. 14.07.2004, 25522

d. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalıştırılan İşçiler

Kısmi Süreli Çalışma, uygulamada varolmakla birlikte, yasal anlamda ilk kez 4857 sayılı kanunda tanımlanmıştır. 13. maddenin ilk fıkrasındaki tanıma göre, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda, sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir. Fazla Çalışma Yönetmeliği, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla çalışmanın yanı sıra, fazla sürelerle çalışmayı da yasaklamıştır (m. 8/2). Öğretide bu konu çok tartışılmaktadır.

Doktrinde Süzek, yönetmeliğin 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan kısmi süreli çalışan işçilere fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırılamayacağına ilişkin yasağın hem anayasanın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen hükmüne (m. 48/1) hem de İş Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin 41. maddesine aykırı olduğunun ve her şeyden önce, kısmi süreli çalışan işçinin kendi onayına rağmen yasal sınırlar içinde fazla sürelerle çalışmasının engellenmesi onun anayasal çalışma özgürlüğüne ters düştüğünü belirtmiştir. Kanımca da, kısmi süreli çalışmalarda işçinin onayıyla fazla sürelerle çalışmaya olanak tanınması isabetli olacaktır.

B. FAZLA ÇALIŞMAYA İLİŞKİN SINIR VE YASAKLARA UYMAMANIN SONUÇLARI

1. Hukuki Sonuçları

Koşulları gerçekleşmeden veya günlük sınır da dahil olmak üzere, işçinin haftalık ve yıllık süre sınırına veya bazı iş ve işçiler için getirilen diğer fazla çalışma yasaklarına aykırı olarak fazla çalışma yaptırılması halinde, hukuka aykırı fazla çalışma ortaya çıkar. Bu konu ile ilgili yukarıda da belirtildiği gibi günlük üst sınırın aşılması durumu hariç, mevzuatta herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hukuka aykırı olsa bile işçiye bu çalışmaların karşılığının verilmesi gerekir. Fazla çalışma için mevzuatta düzenlenen yasaklar, işçinin korunması amacıyla getirilmiştir. Bu yasaklara aykırı olarak çalıştırılması halinde, işçinin, sosyal ve fiziksel anlamda zarar görmesi muhtemeldir. Dolayısıyla, bu çalışmanın karşılığının, normal ücrete oranla daha yüksek ücret üzerinden ödenmesi gerekir.[76]

Yargıtay[77] da kanunda belirtilen süreye ilişkin sınırların fiilen dışına çıkılarak, işçiye fazladan çalışma yaptırılması halinde, tıpkı sınır içinde yapılan fazla çalışmalar gibi, fazla çalışma karşılığının yüzde elli oranında artırımlı olarak ödenmesi gerektiğine karar vermektedir.

---

(76) KARACAN, a.g.e. , s.161

(77) Y9HD, 29.09.1986, E. 1986/7206, K. 1986/8597

Kanımca da, fazla çalışma yasaklarına aykırı davranıldığı durumda, işçiye ödenecek ücretin normal ücret değil, sanki işçi sınır içinde fazla çalışma yapmış gibi, fazla çalışma ücreti olmalıdır.

2. Cezai Sonuçları

a. Fazla Çalışmaya İlişkin Olarak Mevzuatta Öngörülen Cezai Yaptırımlar

4857 sayılı Kanun'da cezai yaptırım olarak para cezalarına yer verilmiştir. Fazla çalışmaya ilişkin hükümlere aykırılığın cezai yaptırımı esasen Kanunun 102. maddesinin (c) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun'un 41. maddesinde belirtilen fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla çalışmalarda yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için yüz milyon lira para cezası verilir (İşK m.102/1-c). Görüldüğü gibi burada, fazla çalışma ile ilgili olarak hüküm altına alınan sınır ve yasakların tamamı cezai yaptırıma bağlanmış değildir. Kanunun 41.maddesine yer alan konulardan cezai yaptırıma bağlananlar, fazla çalışmaya ilişkin ücretin ücretin ödenmemesi, işçiye hak ettiği serbest zamanın altı ay içinde kullandırılmaması ve fazla çalışma için işçinin onayının alınmamasıdır.[78]

Kanun'un 104. maddesinde, sağlık kuralları bakımından işçilerin daha kısa süre çalıştırılmasını düzenleyen yönetmelik hükümlerine aykırı davranan işçiler hakkında idari para cezası öngörüldüğü için, söz konusu yasağa aykırılık yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, yasağa aykırı davranan işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verilir (m. 104/1). Yine bu maddede, işçileri Kanunun 69. maddesine aykırı olarak geceleri yedibuçuk saatten fazla çalıştıran; gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un 105. maddesinin son fıkrasında da Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te gösterilen şartlara ve usullere uymayan işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

Fazla Çalışma Yönetmeliğinde fazla çalışma yaptırılması yasaklanan onsekiz yaşını doldurmamış işçilerle ilgili olarak da Kanunun 71. maddesinde bu işçilerin çalışma sürelerine getirilen sınırlamalar, fazla çalışma yapmalarını fiilen imkansız hale getirmektedir. Söz konusu

(78) KARACAN, a.g.e. , s.163

düzenlemeye aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verilir (İşK m.104/1).

b. Para Cezalarının Uygulanması ve İtiraz Mercii

İş Kanununda yer alan idari para cezalarının uygulanmasına ilişkin hususlar Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiştir. İfadesindeki uygunsuzluk nedeniyle maddede, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un[79] 10. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Buna göre,

"Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 ve 106. maddelerdeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü'nce verilir. 101 ve 106. maddeler kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir. 106. maddeye göre verilecek idari para cezası için, 4904 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (h) bendindeki tutar esas alınır."

(h) (Ek: 5763 - 15.5.2008 / m.23) Kurumdan izin belgesi almadan iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinin bir işyerinde veya 09.06.2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nda yazılı araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzer yayın araçlarından biri ile işlenmesi halinde bu fiili gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişilere onbin Yeni Türk Lirası; fiilin her bir tekrarında yirmibin Yeni Türk Lirası...

SONUÇ

İş Hukuku'nda esas tarafların eşitsizliği olduğundan ve bu itibarla işveren karşısında güçsüz kalan ve ezilen işçilerin, haklarının korunması ve geliştirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu nedenledir ki, iş hukukunun düzenlemelerinde tereddüt veya uyuşmazlık söz konusu olduğunda, işçi lehine yorum ilkesine uyulur. Yorum ilkesi yalnızca tereddüt olan durumlarda söz konusudur. Metinde açıklık varsa, işçi lehine yorum yöntemine başvurulmamalıdır.

Her ne kadar yasa koyucu fazla çalışmanın sınırlarını çizmiş olsa da, uygulamada, yasa hükümlerinin yerine getirilip getirilmediği ve yasa hükümlerini uymayanlara yönelik yeterince denetim yapılıp yapılmadığı tartışılır niteliktedir.

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında önemli bir yere sahip olan sosyal devlet ilkesi uyarınca, işçinin

---

(79) RG. 07.07.2005, 25868

korunmasına özel bir önem verilmiştir. Öte yandan, 1982 Anayasası'nın 50/3. maddesinde dinlenmenin çalışanların hakları olduğu vurgulandıktan sonra, ücretli hafta ve bayram tatilinin kanunla düzenlenmesi hususu belirtilmiştir. Gerçekten işin verimliliği, sürekliliği, iş gücünün sahibi işçinin maddi ve manevi ihtiyaçlarını gidermesi için belirli süre çalıştıktan sonra dinlenmesini gerektirir. Buna karşın, istisnai olarak, ülkenin genel yararları; yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle kanunda yazılı günlük çalışma süresinin dışında işçiye fazla çalışma da yaptırılabilir. İşçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması kamu düzenini yakından ilgilendirdiğinden çalışma süreleri ve dinlenme ile ilgili İş Hukuku kuralları emredici niteliktedir.

4857 sayılı Yasa'da getirilen hükümler çerçevesinde, 1475 sayılı yasada belirtilmiş olan çalışma süreleri ve bu sürelerin haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde bölünmesi prensibi korunmuştur. Mevcut yasada amaç, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesidir. Bu amaca uygun olarak, taraflara yazılı anlaşma şartı ile haftalık normal çalışma sürelerinin haftanın çalışılan günlerine değişik şekilde dağıtılabilmesi imkanı ile denkleştirme süresi içerisinde haftalık ortalama çalışma süresini aşmaksızın bazı haftalarda çalışma sürelerinin normal sürelerin üzerine çıkarılması imkanı verilmiştir.

Fazla çalışma, işçinin sosyal yaşamı ve ekonomik durumu, sağlığı; işverenin işletmesi ve ülkenin istihdam politikaları üzerinde çok önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle fazla çalışma ile ilgili düzenlemeler titizlikle düzenlenmelidir. Üretim yapılabilmesinin daha rahat koşullarda gerçekleşebilmesi için çalışma süreleri esnekleştirilerek fazla çalışmalar sınırlandırılırken, işçinin korunması ilkesi göz ardı edilmemelidir. Esnekliği sağlamak uğruna fazla çalışmaları teşvik edici aşırı önlemlerden de kaçınılmalıdır. Türkiye'de ücretlerin düşük olması, fazla çalışmayı hem işçi hem de işveren tarafından cazip hale getirmektedir.

EK 1: FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞI İZİN FORMU

FAZLA SÜRELİ ÇALIŞMA ve FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞI İZİN FORMU

İZİN İSTEĞİNDE BULUNAN PERSONEL			
ADI SOYADI	GÖREVİ	BİRİMİ	SİCİL NO

1- FAZLA SÜRELİ ÇALIŞMA		
TARİH	ÇALIŞILAN SAAT	%25 ARTIŞLI SAAT

2- FAZLA ÇALIŞMA		
TARİH	ÇALIŞILAN SAAT/GÜN	% 50 ARTIŞLI SAAT/ GÜN

3- ULUSAL VE DİNİ BAYRAMLARDA FAZLA ÇALIŞMA		
TARİH	ÇALIŞILAN SAAT	%100 ARTIŞLI SAAT

4- HAFTA SONUNDA FAZLA ÇALIŞMA		
TARİH	ÇALIŞILAN SAAT	%100 ARTIŞLI SAAT

HAKEDİLEN TOPLAM SAAT /GÜN:

KULLANILAN İZİN		
TARİH	SAAT/GÜN	KALAN İZİN SAAT /GÜN
		-

Fazla süreli çalışmalar ve fazla çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine izin kullanılabilecektir. Haftalık çalışma süresi 40 saat olan idari personelin 45 saate kadar olan çalışmaları fazla süreli çalışma sayılacak, her bir saat karşılığı bir saat onbeş dakika serbest zaman olarak kullanılabilecektir.

45 saatin üzerindeki çalışmalar fazla çalışma olup, her bir saat karşılığı bir buçuk saat izin olarak kullanılabilecektir.

Personel fazla süreli ve fazla çalışma karşılığı hakettiği serbest zamanı yıllık izin sürelerine ilave edemez.

Personel hakettiği serbest zamanı en fazla altı ay içinde kullanabilecektir.

PERSONELİN İMZASI — BİRİM AMİRİNİN İMZASI

..../..../...200.. — ..../..../200....

PERSONEL MÜDÜRLÜĞÜ

...../..../200....

EK 2

EK 2 : 4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA YER ALAN İDARİ PARA CEZALARI (YTL)

Sıra No.	Kanun Maddesi	Ceza Maddesi	Fiil	2003 Yılı Ceza Miktarı (TL) (%99 Yeniden Değerleme Oranı kadar artırılmıştır)	2004 Yılı Ceza Miktarı (TL) (%28,5 Yeniden Değerleme Oranı kadar artırılmıştır)	2005 Yılı Ceza Miktarı (YTL) (%11,2Yeniden Değerleme Oranı kadar artırılmıştır) (1)	(2)	2006 Yılı Ceza Miktarı (YTL) (%9,8Yeniden Değerleme Oranı kadar artırılmıştır)	2007 Yılı Ceza Miktarı (YTL) (%7,8Yeniden Değerleme Oranı kadar artırılmıştır)	2008 Yılı Ceza Miktarı (YTL) (%7,2 Yeniden Değerleme Oranı kadar artırılmıştır)	2009 Yılı Ceza Miktarı (YTL) (%12 Yeniden Değerleme Oranı kadar artırılmıştır)	Açıklama
1	3	98	İşyerinin açılışını ve kapanışını bildirmemek, işyerini bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmak.	50,000,000	64,250,000	71.45	71	77	83	88	112	Çalıştırılmaz işçiliğin para cezasını kesinleşmesinden sonra bildirg yükümlülüğünün aykırılığının tespiti halinde tahsil edeceği her ay için aynı miktar
2	5	99/a	İşçilere eşit davranma ilkesine aykırı davranmak	50,000,000	64,250,000	71.45	71	77	83	88	99	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
3	7	99/a	Geçici İş İlişkisine ilişkin yükümlülüklere uymamak	50,000,000	64,250,000	71.45	71	77	83	88	99	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
4	8	99/b	Çalışma koşullarına ilişkin belgeyi vermemek	50,000,000	64,250,000	71.45	71	77	83	88	99	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
5	14	99/b	Çağrı üzerine çalışma hükümlerine aykırı davranmak	50,000,000	64,250,000	71.45	71	77	83	88	99	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
6	28	99/c	İşten ayrılan işçiye Çalışma Belgesi vermemek, belgeye gerçeğe aykırı bilgi yazmak	50,000,000	64,250,000	71.45	71	77	83	88	99	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
7	29	100	Madde hükmüne aykırı olarak işçi çıkartmak (toplu işçi çıkarma)	200,000,000	257,000,000	285.78	285	312	336	360	403	*İşten çıkarılan her İşçi İçin*
8	30	101	Özürlü ve Eski Hükümlü Çalıştırmamak	750,000,000	963,750,000	1,071.69	1,071	1,175	1,266	1,357	1,520	*Çalıştırılmayan her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırılmayan her ay için*
9	32	102/a	Ücret ile bu kanundan doğan veya TİS'den yada iş sözleşmesinden doğan ücreti kasten ödememek veya eksik ödemek	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	112	*Bu durumdaki her İşçi ve her ay için*
10	37	102/b	Ücret hesap pusulası düzenlememek	200,000,000	257,000,000	285.78	285	312	336	360	403	
11	38	102/b	Yasaya aykırı ücret kesme cezası vermek veya kesintinin sebep ve hesabını bildirmemek	200,000,000	257,000,000	285.78	285	312	336	360	403	
12	39	102/a	Asgari ücreti ödememek veya eksik ödemek	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	200	*Bu durumdaki her İşçi ve her ay için*
13	41	102/c	Fazla çalışma ücretini ödememek veya işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay içinde vermemek veya işçinin onayını almadan fazla çalışma yaptırmak	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	200	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
14	52	103/b	Yüzde ile ilgili belgeyi temsilciye vermemek	200,000,000	257,000,000	285.78	285	312	336	360	403	
15	56	103	Yıllık ücretli izni yasaya aykırı şekilde bölmek.	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	200	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
16	57	103	İzin ücretini yasaya aykırı şekilde ödemek veya eksik ödemek	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	155	200	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
17	59	103	Sözleşmesi fesh edilen işçiye yıllık izin ücreti ödememek	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	200	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
18	60	103	Yıllık izin yönetmeliğinin esas usullerine aykırı olarak izni kullandırmamak veya eksik kullandırmak	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	200	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
19	63	104	Çalışma sürelerine ve buna dair yönetmelik hükümlerine uymamak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
20	64	104	Telafi çalışması usullerine uymamak	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	200	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
21	65	104	Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği düzenlemelerine uymamak	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	200	*Bu durumdaki her İşçi İçin*
22	68	104	Ara dinlenmesini uygulamamak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
23	69	104	İşçileri gecelevi 7.5 saatten fazla çalıştırmak, gece ve gündüz postalarını değiştirmemek	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
24	71	104	Çocukları çalıştırma yaşına ve çalıştırma yasağına aykırı davranmak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
25	72	104	Yer ve suatında çalıştırma yasağına uymamak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
26	73	104	Çocuk ve genç işleri gece çalıştırmak veya ilgili yönetmelik hükümlerine aykırı hareket etmek	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
27	74	104	Doğum öncesi - sonrası sürelerde kadın işçiyi çalıştırmak veya ücretsiz izin vermemek	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
28	75	104	İşçi Özlük dosyasını düzenlememek	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
29	76	104	Çalışma sürelerine ilişkin yönetmeliklere muhalefet etmek	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
30	77	105/2	İş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı davranmak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,012	
31	78/1	105/1	İş sağlığı ve güvenliği tüzük ve yönetmeliklerine aykırı davranmak	50,000,000	64,250,000	71.45	71	77	83	904	224	Alınmayan her iş sağlığı ve güvenliği önl ve alınmayan önlemler arasında işleyen h için ayrı miktar
32	78/2	105/2	Kurma izni ve işletme belgesi almadan işyeri açmak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
33	79	105/2	Faaliyeti durdurulan İşi izin almadan devam ettirmek, kapatılan işyerini izinsiz açmak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
34	80	105/2	İş sağlığı ve güvenliği kurullarının kurulması ve çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranmak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
35	81	105/2	İşyeri hekimi çalıştırma ve işyeri sağlık birimi oluşturma yükümlülüklerine uymamak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
36	82	105/2	İş güvenliği ile ilgili görevli mühendis veya teknik eleman görevlendirme yükümlülüğünü yerine getirmemek	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
37	85	105/3	Ağır ve tehlikeli işlerde 18 yaşından küçükleri çalıştırmak veya yönetmelikte gösterilen yaş kayıtlarına aykırı işçi çalıştırmak.	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
38	86	105/4	Ağır ve tehlikeli işlerde çalışanler için sağlık raporu almamak	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	224	*Bu durumdaki her işçi için*
39	87	105/4	18 yaşından küçük işçiler için sağlık raporu almamak	100,000,000	128,500,000	142.89	142	155	167	179	224	*Bu durumdaki her çocuk işçi için*
40	88	105/5	Gebe ve emzikli kadınlar hakkındaki yönetmelik hükümlerine uymamak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
41	89	105/5	İş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerine aykırı davranmak	500,000,000	642,500,000	714.46	714	783	844	904	1,120	
42	90	106	İş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetini İş-Kur'dan izin almadan yürütmek	1,000,000,000	1,285,000,000	1,428.92	1,428	1,567	1,689	1,810	2,027	
43	92/2	107/ 1-a	Teftiş sırasında davete gelmemek, ifade ve bilgi vermemek, gerekli olan belge ve defterleri getirip göstermemek, İş Müfettişlerinin 92/1 fıkrada yazılı görevlerini yapmak için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermemek ve bu yoldaki emir ve isteklerini geciktirmek, yerine getirmemek.	5,000,000,000	6,425,000,000	7,144.60	7,144	7,844	8,455	9,063	8,960	
44	96/1	107/ 1-b	İfade ve bilgilerine başvurulan işçilere işverenlerce telkinlerde veya kötü davranışlarda bulunmak	5,000,000,000	6,425,000,000	7,144.60	7,144	7,844	8,455	9,063	8,960	
45		107/2	İş Müfettişlerinin teftiş ve denetim görevlerinin yaptırılmasını ve sonuçlandırılmasını engellemek.	5,000,000,000	6,425,000,000	7,144.60	7,144	7,844	8,455	9,063	8,960	

Not:Uygulanacak idari para cezası miktarları ; (2004 yılında % 28,5; 2005 yılında %11,2; 2006 yılında %9,8 Yeniden Değerleme oranında artırılmıştır)

1-5083 Sayılı Kanuna göre; Yeni Türk Lirası cinsinden yapılan işlemlerde yarım Yeni Kuruşun üzerindeki değerler bir Yeni Kuruşa tamamlanır; yarım Yeni Kuruş ve altındak

2-5083 sayılı T.C. Devletinin Para Birimi Hakkında Kanunun 2. maddesine 21/04/2005 tarihli 5335 sayılı Kanunun 22. maddesi ile eklenen fıkra uyarınca 1 YTL'nin altında kalan tutarlar dikkate alınmamıştır.

EK- 3

Fazla Çalışma Muvafakatnamesi

..... Anonim Şirketi'ne ait .... adresinde faaliyette bulunan ..... işletmesinde; işverenin, işin gereği olarak, talebi halinde; fazla çalışma yapmayı,postalar halinde vardiyalı çalışmayı,ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı hiçbir etki altında kalmaksızın kabul ediyorum.

ÇALIŞANIN

ADI SOYADI: .....

İMZA : .....

KAYNAKÇA

AKTAY A. NİZAMETTİN/ARICI KADİR/KALAN/SENYEN E. TUNCAY, İş Hukuku, 1.Baskı, Mart 2006

AKYİĞİT ERCAN, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, 2.Cilt, 2.Baskı, Ankara, 2006

ÇELİK NURİ, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Ağustos 2006

ERDİNER ERCAN, Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, 1.Basım, Ankara, Temmuz 2004

EYRENCİ ÖNER/TAŞKENT SAVAŞ/ULUCAN DEVRİM, Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Mart 2004,

FIÇICI BÜLENT, Fazla Mesai ve Ücreti, http://www.muhasebetr.com/

yazarlarımız/Bülent/019/yazdır.php, 27.08.2007

GÜNAY CEVDET İLHAN, İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Ankara, 2005

İNCİROĞLU LÜTFİ, Sorulu Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması, 3. Basım, İstanbul, Nisan 2005

İNCİROĞLU LÜTFİ, 2007 Yılında İş Kanunu'nda Uygulanacak İdari Para Cezaları ve İtiraz Mercii, Eylül 2007, http://www.calismahayati.net/makale10. htm

KARACAN HATİCE, 4857 Sayılı Kanun'a Göre Fazla Çalışma, 1.Baskı, Temmuz 2007

KURUCA MUSTAFA, İSSMO Mali Çözüm Dergisi 77 sayılı dergi, 05.12.2006

MOLLAMAHMUTOĞLU HAMDİ, İş Hukuku, 2. Bası, 2005

ODAMAN SERKAN, Avrupa Birliği Yolunda Yeni Çalışma Mevzuatı, Önce Kalite Dergisi, 94. Sayı, Ağustos 2005

ÖZDEMİR ERDEM, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve İspat Araçları, İstanbul 2006

ÖZDENER GÜLTEKİN / ÖZSOY SELİM, 4857 Sayılı Kanun'da Süreler (yorumlu, içtihatlı) ve İlgili Mevzuat,1. Basım, İstanbul, Haziran 2004

SINAV TAHSİN, İş Mevzuatında Para Cezalarına İtiraz, Yeni Şafak Gazetesi, 16.04.2007

SUBAŞI İBRAHİM, İş Hukukunda Çalışma süreleri, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınları, İstanbul, 2005

SÜZEK SARPER, İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2006

ŞAKAR MÜJDAT, Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Sorunları, Yaklaşım Dergisi, 168. sayı, Aralık 20

PROJE FİNANSMANI VE KAMU ÖZEL SEKTÖR ORTAKLIKLARI

Av. Işıl CANAZ YILMAZ

Gelişmekte olan küreselleşme ve liberalleşme sürecinde, kamu idaresinin ekonomideki rolünün sadece denetleme ve düzenleme olması tercih edilir hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak da kamu idaresinin servis sağlayıcı rolünün yavaş yavaş özel sektöre devri; uzunca yıllardır dünya ekonomilerinin gündemini oluşturmaktadır. Avrupa Birliği uyum programlarında da, *'kamu kesiminin küçülmesi'* ve '*kamu ile özel sektör işbirliğinin etkin bir ortaklık esasına dayalı olarak yapılanması*' prensipleri öngörülmektedir. Günümüz piyasalarının getirdiği rekabetçi ortamlar, hizmet kalitesini arttırıcı özellikleri ve yüksek işletme becerileri sebebi ile özel sektörün kamu hizmetlerine katılımından elde edilecek menfaatlerin yüksek olacağı inancını getirmektedir.

Mevcut hukuki alt yapılar, ekonomideki hızlı gelişmeler ve toplumların ihtiyaçları doğrultusunda çoğu kere gereksinimleri karşılamak hususunda yetersiz kalmaktadır

Siyasi tercih ve uygulamalar ne olursa olsun, bu noktada hukuki çerçeveden baktığımızda çok önemli bir sorun ile karşı karşıya olduğumuzu unutmamız gerekmektedir. Hukuksal alt yapı eksiklikleri hukukun her alanında söz konusu olabilse de belki de en kitlesel ve bazen telafisi mümkün olmayacak düzeyde sonuçları ile idare hukuku alanında kendini göstermektedir. Keza, mevcut ekonomik sisteme intibak ettirilmeye çalışılan modeller, ekonomistler tarafından salt iktisadi açıklamaları ile gündeme getirilmekte ve siyasiler tarafından o günü kurtarmak gayesi ile başka sistemlerden kopyalanmak suretiyle *"indirme"* metotlarla uygulanmak istenmektedir. Bu durum ise salt başarısızlığı değil maalesef uzun yıllar ülkelerin tarihlerinden silemeyecekleri ekonomik çöküntüleri de beraberinde getirmektedir.

Bu noktada hukukçulara düşen en önemli sorumluluk, güncel yapılanmaların getirdiği modelleri klasik sistemlerin tecrübelerinden yararlanarak mevcut alt yapının öğeleri ile uyumlaştırma ve mevcut sisteme dâhil etme çabasını ve becerisini gösterebilmektir. Geçmişten gelen yapı taşları olarak nitelendirebileceğimiz sistemleri yok sayarak modernleşmek sadece içi boş görüntüler elde etmemizi sağlar. Oysaki tüm toplum kesimlerince de idrak edilebilecek ve hukuk sisteminde belli bir yere yerleştirebilecek şekilde yapılar oluşturur isek uzun vadede bu durum kalkınma olarak bizlere geri dönecektir.

Kamu kurumlarınca hizmetin ifasında risk kamu kesimindedir

Kamu hizmetinin klasik finansman yöntemleri ile kamu kesimi tarafından icrası sırasında riski esas yüklenen ve finansman sağlayan, kamunun kendisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetinin kamu kurumlarınca finanse edilmesinde, kamu; değişik kaynaklardan faydalanabilmekte, ihtiyaç duyması halinde borç almakta, hazine bonosu, iç ve dış borçlanma senetleri ihracı gibi değişik finansman yöntemlerine başvurabilmektedir. Bu durumda asıl önem arz eden husus, kamu hizmetinin finansmanın özel sektörden temin edilmesi değil, kamu hizmetinin bizzat kamu idaresi tarafından icra ediliyor olmasıdır.

Günümüzde ise, kamu hizmetinin finansmanı için artık salt kamu idaresinin riski üstlenmesi ve finansmanı sağlaması arzu edilen bir idare yapılanması değildir. Özel sektör diğer alanlarda olduğu gibi kamu hizmeti alanında da aktif olarak rol almak istemektedir. Ancak geleneksel finansman yöntemleri ve idari yapılanma, bu noktada özel sektör için cazip modeller öngörmemektedir. Liberalleşme ve gelişmekte olan ekonomik sistemlerin getirdiği bir finansman metodu olan proje finansmanının, finansman temini hususunda kreditörlerin riskini azaltıcı yönlerinin bulunması sebebiyle, kamu hizmetinin özel sektör katkısı ile işletilmesi noktasında özel sektörün kamu hizmetlerine katılımını teşvik edici bir uygulama haline gelmektedir.

Proje finansmanı yeni bir icat olmamasına karşın kamu hizmetlerine uygulanması ancak yakın tarihte söz konusu olmuştur. Amaç; kamu hizmeti kavramına tarihsel ve siyaset bilimi noktasında değerini ve özelliklerini yitirtmeden projelerin finansmanını kamu özel ortaklıkları gibi belirli modellerin uygulanması suretiyle gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Modernleşme sürecinde belli noktada kabul görmüş görüşleri yok saymak kabul edilebilir olmamalıdır.

1. Proje Finansmanı

Tanım & Gelişim

Proje finansmanı, yüksek hacimli projelerde, projeden elde edilecek gelir karşılığında geri ödemeli bir sistem öngören uzun vadeli bir borçlanma metodudur. Metodun uygulanması; projenin inşaat, operasyon ve gelir risklerinin analizi ile bu risklerin yatırımcılar, borç veren kuruluşlar ve diğer ilgili üçüncü kişiler arasında sözleşmeler aracılığı ile dağılımı esasına dayanmaktadır.

"Proje finansmanı" ile *"bir projeyi finanse etmek"* aynı anlamı taşımamaktadır. Zira projelerin finanse edilmesi çok farklı metotlar ile olabilmektedir. Geleneksel olarak, kalkınmış ekonomiye sahip ülkelerde

yüksek hacimli kamu sektörü projeleri, kamu sektörü borçlanması ile özel sektör projeleri ise kurumsal kredi tedarik eden büyük firmalar vasıtası ile finanse edilmektedir. Kalkınmakta olan ekonomiye sahip ülkelerde ise projeler, hükümetlerin uluslararası bankalardan ve Dünya Bankası gibi çok uluslu kredi kuruluşlardan kredi temin etmeleri suretiyle finanse edilmektedir. Ancak özelleştirme ve serbest piyasa sisteminin uygulanmaya başlanması ile kamu projelerinin finansmanı yükünün büyük kısmı kamudan özel sektöre yönelmeye başlamıştır.

Projelerin finanse edilmesine ilişkin diğer metotlardan farklı olarak proje finansmanı, proje geliştirme ve sözleşmelerin oluşturulması süreçleri ile kesintisiz bir yapıdır. Bu nedenle finansman, projenin tamamından ayrık olarak düşünülemez. Eğer bir proje finansmanı söz konusu ise sadece iktisatçıların ve kreditörlerin değil aynı zamanda proje müteahhitlerinin, mühendislerin, hukukçuların, tedarikçilerin ve diğer kamu kuruluşlarının, proje finansmanı sürecine katılmaları gerekecektir.

Proje finansmanı son 25 yıl içerisinde başta kalkınmış ekonomiye sahip ülkeler olmak üzere tüm dünya çapında gelişme ve uygulama alanı bulmuş bir finansman metodudur. Her ne kadar yakın tarihte uygulaması artmış olsa da kamu hizmetinin özel sektör tarafından finanse edilmesi yeni bir kavram değildir. İlk örneklerinden biri 18. yüzyıl ve 19. yüzyıl başlarında İngiltere'de karşımıza çıkmaktadır. O dönem otoyolların yenilenmesi projesi özel sektör finansmanı ile tamamlanmış olup, finansmanın geri ödenmesi gişe gelirleri ile yapılmıştır. Tren yolları, su, elektrik ve telefon hizmetlerinin geliştirilmesi özel sektörün katkıları ile finanse edilmiştir. Ancak 20. yüzyılın ilk yarısında dünya çapında gelişen politikalar doğrultusunda devletler bu tip kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi faaliyetini tamamen üzerlerine almış olup son 25 yıllık süreçte bu hususdaki politik ve idari görüşler tersine dönmeye başlamıştır. Proje finansmanının uzun dönem finansman yöntemi ve öngörülebilir nakit akışını sağlıyor olması, ilgililerin kamu hizmeti projelerinde proje finansmanını tercih etmelerinde ve özel yatırımcıya imkân tanımalarında etken bir neden olmuştur.[1]

Proje Finansmanının Özellikleri

Standart bir proje finansmanı modelinden bahsetmek mümkün değildir. Zira proje finansmanı modelleri özellikle sektörel temelde olmak üzere projeden projeye değişkenlik gösterebilmektedir. Ancak, proje finansmanın en genel özellikleri aşağıdaki şekilde gruplandırılabilir:

• Proje finansmanı modelleri, hukuksal ve iktisadi olarak kendi kendine finanse olabilen, salt projede faaliyet göstermek üzere özel amaçlı

(1) Yescombe, E.R., Principles of Project Finance, California, Acedemic Press, 2002, s. 5

olarak kurulacak bir hukuki şahıs (genellikle şirket) vasıtasıyla uygulanmaktadır. Özel amaçlı olarak oluşturulacak bu tip şirketlere Proje Şirketi[2] denilmektedir.

• Proje finansmanı modellerinin genellikle kurulu ve işleyen projeler yerine yeni projelerde uygulanması tercih edilmektedir.

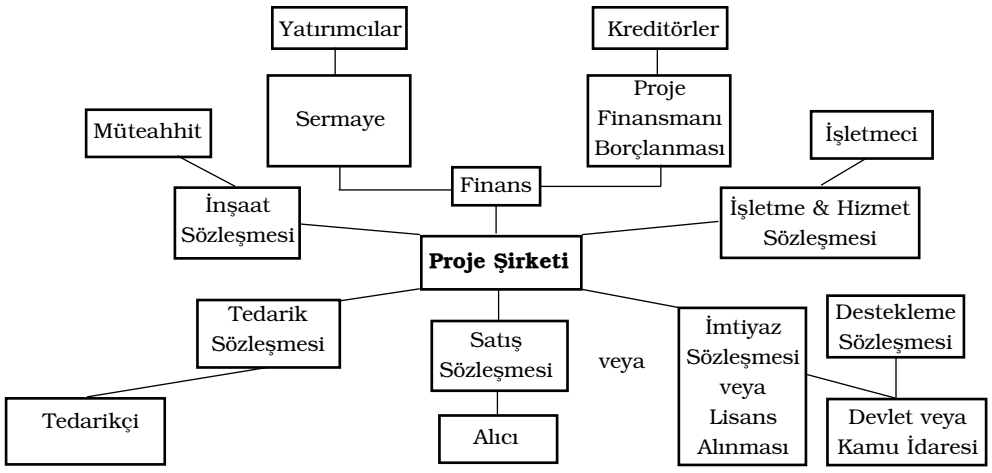
• Proje Şirketi yatırımcılarının proje finansmanı borçlanmaları karşısında ya gayri kabili rücu veya sınırlı rücu imkânı tanıyan sözleşmeler yapılması söz konusudur.

• Kreditörler, kredi borçlarının teminatı olarak proje kapsamında ileride oluşacak olan nakit akışına itibar etmektedirler.

• Kreditörler için en önemli güvence proje şirketlerinin sözleşmeleri, lisansları veya doğal kaynakları üzerinde sahip oldukları mülkiyet haklarıdır.

• Projenin süresi, genellikle proje şirketinin taraf olduğu sözleşmelere, lisanslara veya doğal kaynaklardaki rezervlere bağlı olduğundan ötürü borcun geri ödemesinin proje süresinin tamamlanması ile birlikte bitmesi beklenmektedir.

Yukarıda sıralanan özellikleri ile proje finansmanı, bir şirketin geçmiş finansal verileri ile karlılık durumu esas alınarak tedarik edilen ve şirketin belirsiz süreli olarak faaliyet göstereceği ilkesi ile yenilenmeye tabi tutulabilen kurumsal kredi işleyişinden tamamen farklıdır. Her ne kadar projeden projeye değişiklik gösterebilecek olsa da proje finansmanı yapısında temel olarak bulunabilecek sözleşme ilişkileri ve tarafları aşağıdaki şekilde görselleştirilebilir.[3]



(2) Special Purpose Vehicle/Özel Amaçlı Şirket

(3) Yescombe, E.R., Principles of Project Finance, California, Acedemic Press, 2002, s. 8 (Yalınlaştırılmış proje finansmanı yapısı)

Karmaşık bir yapı olarak proje finansmanı, her ne kadar saymakla sınırlandırmak mümkün olmasa dahi çoğunlukla petrokimya, elektrik, madencilik, taşımacılık, telekomünikasyon, havacılık gibi özel yatırım metotları ve yaklaşımları gerektiren alanlarda kullanılmaktadır. Projelerle ilgili teknik, çevresel ve ekonomik riskleri dağıtabilmek amacı ile bu tür projeler genellikle birbirleri ile sözleşme temelli bir ilişki ağı kurmuş olan uzmanlaşmış şirketler tarafından üstlenilmekte ve proje sorumlulukları, risklerin dağıtılabilmesi için birden çok taraf arasında paylaşılmaktadır. Risklerin bu şekilde dağıtılması aynı zamanda kreditörlerin proje şirketlerine sağlayacağı kredilerin teminatı oluşturması için temel etken olan *"güven"*nin de oluşmasını sağlamaktadır.

Proje kapsamında söz konusu olabilecek sözleşmeler

a. Temel bir Proje Sözleşmesi;

Temel Proje Sözleşmesi iki türlü olabilmektedir:

i) Satın Alım Sözleşmesi; proje kapsamında üretilecek olan ürünün uzun dönem fiyatlama prensibi ile satılmasının öngörüldüğü bir alım sözleşmesi ile temel Proje Sözleşmesi şekillenebilir. Örneğin, Enerji alım sözleşmeleri.

ii) İmtiyaz Sözleşmesi; devlet veya bir kamu idaresi ile hizmetin doğrudan kamuya veya kamu idaresine sunulması hususunda Proje Şirketine projeyi yapma ve sunulacak hizmetlerden elde edilecek gelirleri alma hakkı verecek bir imtiyaz sözleşmesi de zaman zaman temel Proje Sözleşmesi'nin dayanağı olabilmektedir.

Temel Proje Sözleşmesi yerine alternatif olarak Proje Şirketine ilgili sektörde faaliyette bulunabilmesi için lisans (ruhsat) verilmesi suretiyle de Proje Şirketinin temel faaliyeti yapılandırılabilir.

b. Diğer proje sözleşmeleri;

Proje Şirketinin temel faaliyetinin yapılandırılmasının yanı sıra projenin işleyebilmesi için başka sözleşmelerin oluşturulması da gerekmektedir. Bunları aşağıdaki şekilde örnekleyebilmek mümkündür.

• Projenin sabit bir fiyattan tasarlanıp yapılacağı ve belli bir tarihte teslim edileceği anahtar teslim niteliğindeki Mühendislik, Tedarik ve İnşaat Sözleşmeleri,

• Tarafların anlaşacağı miktarlarda uzun dönem fiyatlama sistemi ile projeye yakıt veya hammadde temin edilmesini sağlayacak olan Tedarik Sözleşmeleri,

• Projenin inşaatının tamamlanmasının ardından işletmeyi gerçekleştirecek olan üçüncü bir kişi ile imzalanacak olan İşletme ve/veya Hizmet Sözleşmesi,

• Genellikle gelişmekte olan ekonomiye sahip ülkelerde uygulama alanı bulan ve vergi indirimi, satın alma garantisi gibi çeşitli alanlarda projeye destekleme sağlayan Devlet Destekleme Sözleşmeleri.

Her bir proje finansmanı modellemesinde kullanılacak olan sözleşme tipleri değişiklik gösterebilmektedir. Ancak, proje finansmanı konusunda en temel unsur ilgili sözleşmelerin birbirleri ile nasıl bağlandığı ve ilişkilendirildiğidir.

Proje Finansmanı ve Özelleştirme

Devlete ait malvarlıklarının mülkiyetinin özel sektöre devrini içeren veya kamu kesimi tarafından sunulmakta olan hizmetlerin özel sektör tarafından sunulmasına imkân tanıyan özelleştirme modelleri ile proje finansmanı bir birinden tamamen ayrı düşünülmesi gereken kavram ve alanlardır. Proje finansmanı, bir şirketin almış olduğu lisans veya kamu idaresi ile yapmış olduğu sözleşme uyarınca yapmakla yükümlü olduğu iş için finansmana ihtiyaç duyması halinde gündeme gelecektir.

Proje Finansmanına Olanak Sağlayan Modeller

Kamu idaresi ile yapılacak olan imtiyaz veya satın alım sözleşmelerinden proje finansmanı için olanak tanıyan modeller genel olarak aşağıda belirtilmiştir.

• Yap – Sahip ol – İşlet – Devret Projeleri:[4] Proje Şirketi bir projeyi inşaa eder ve belli bir süre işletir, bu süre boyunca projeden elde edilen gelirler proje şirketinde kalmaktadır. Kararlaştırılan sürenin sona ermesi ile mülkiyet kamu idaresine devredilir. Örneğin, Kamu idaresi ile aralarındaki sözleşme uyarınca Proje Şirketi 20 yıl süre ile mülkiyeti kendisinde kalmak kaydıyla bir elektrik santrali inşa edebilir ve bu süre içerisinde üretmiş olduğu elektriği Satın Alma Anlaşması ile elektrik dağıtım şirketine satabilir. Bu model uyarınca 20 yıllık sürenin sonunda ise elektrik santralinin mülkiyeti ilgili kamu idaresine geri dönecektir.

• Yap – İşlet – Devret Projeleri:[5] Bu proje modelinde Proje Şirketi hiçbir şekilde proje kapsamında kullanılan mal varlığının mülkiyetini elde etmemektedir. Buna karşılık, proje kapsamında inşaatı gerçekleştiren Proje Şirketinin, projeyi işletmekle yetkili olduğu süre boyunca elde edilecek

(4) Build-Own-Operate-Transfer (BOOT)

(5) Build – Operate – Transfer (BOT), Uluslararası terminolojide "Tasarla – Yap – Finans Et – İşlet" (Design – Build – Finance – Operate) olarak da adlandırılmaktadır.

gelirleri alma hakkı bulunmaktadır. Bu modelin bir değişik uygulama şekli *"Yap – Kirala –Devret"* modellerinde görülmektedir. Proje şirketi projenin işletilmesini almaktansa proje kapsamındaki binalardan ve ekipmandan belli bir kira karşılığı almaktadır. Her iki tip proje modeli tünel, otoyol, köprü gibi işin doğası gereği mülkiyetin kamu idaresinde kalması gereken durumlarda söz konusu olmaktadır.

• Yap – Devret – İşlet Projeleri:[6] Bu tip proje modeli Yap – İşlet – Devret modeli ile çok yakın benzerlikler göstermekle beraber temel fark proje kapsamındaki gayrimenkul veya ekipmanların mülkiyetinin projenin tamamlanmasına kadar kamu idaresine bırakılmaması ancak özel sektör yeddinde bırakılmasıdır.

• Yap – Sahip ol – İşlet Projeleri:[7] Bu tip proje yapılandırma modelinde projenin tüm mülkiyeti ve dolayısıyla projenin tüm getirisi her daim Proje Şirketinde kalmaktadır.

Genel olarak tüm Proje Şirketleri proje kapsamındaki mal varlıklarının sahibi olmak isteyecektir. Ancak proje kapsamındaki mal varlıklarının mülkiyetinin kısa veya uzun dönemde kamu idaresine devredilmesinin yahut hiç devredilmeyip özel sektör uhdesinde kalmasının yahut hiçbir şekilde özel sektör uhdesinde olmamasının proje finansmanı açısından yok denecek kadar az önemi bulunmaktadır. Zira bu metotlardan biri ile finanse edilen projelerde, asıl önemli olan proje varlıklarının mülkiyetinin durumu değildir. Aksine, asıl önemli olan projeden elde edilecek gelirlerin proje şirketi uhdesinde kalabilme durumudur.

Kamu Özel Sektör Ortaklıkları

Yukarıda açıklanmış olduğumuz üzere proje finansmanı yöntemlerinin kullanılmasının çeşitli sebepleri ve avantajları bulunmaktadır. En önemli özellikleri, proje finansmanı yöntemlerinin ve belirli proje risklerinin bu riskleri en iyi yönetecek taraflarca, özel amaçlı ortaklıklar oluşturulmak suretiyle bu ortaklıklara devredilmesine ve bu ortaklıklarca üstlenilmesine imkân vermesi, finansman elverişliliğini arttırması ve büyük proje katılımcılarına proje risklerini mevcut işletmelerinden ayrı tutma olanağı sunarak riski azaltmasıdır. Bu nitelikleri; proje finansmanını, kamu hizmeti gibi büyük yatırım projelerinde tercih edilebilir kılmaktadır. Günümüzde, rağbet gören pazarların birçoğunda ve özellikle Türkiye'de; altyapı, elektrik, telekomünikasyon ve taşımacılık gibi kamusal alandaki iş kolları; özel finansmana yönelmektedir. Yüksek teknoloji ve harcama gerektiren kamu hizmeti projeleri, idare nezdinde büyük bir mali yük

---

(6) Build – Transfer –Operate (BTO)
(7) Build – Own – Operate (BOO)

oluşturmaktadır. Bu nedenlerle proje finansmanı yöntemlerinin en yoğun olarak uygulanmakta olduğu alanlardan biri kamu hizmetinin finansmanına yönelik olarak gelişme göstermekte olan Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelleridir.

Kamu idaresi ile özel sektör kuruluşları arasındaki işbirliği; Kamu Özel Sektör Ortaklıkları olarak adlandırılmaktadır. Geleneksel olarak özel sektörün kamu hizmetine katılımı, idarenin belirlediği şartlar ve belirli bir ücret ve hizmet üzerinde temellenmekte, özel bir planlama, tasarım veya inşaat sözleşmelerine dayanmaktadır. Kamu Özel Sektör Ortaklıklarında ise özel sektörün kamu hizmetine katılımı, kamu hizmeti finansmanının, kamu idareleri ve özel sektör şirketlerinin beraber oluşturduğu ortaklıklar tarafından karşılanması ve işletilmesi suretiyle oluşmaktadır.

Genellikle, Kamu Özel Sektör Ortaklıkları'nın kapsamı; kamu idareleri tarafından ihtiyaçları doğrultusunda ve kendi politikalarına uygun olarak belirlenmektedir. Tedarik kapsamında ele alınacak faaliyetlerin tanımlanması da bu süreç içerisinde yer almaktadır.

Kamu Özel Sektör Ortaklıkları; geleneksel olarak geliştirilmiş projelerden, özel piyasa borçlanma araçları veya özel sermaye ile finanse ediliyor olmaları ve geri ödemelerinin proje kapsamında gayrikabili rücu veya sınırlı olarak rücu[8] imkânı verecek şekilde doğrudan kullanıcılardan tahsil edilen proje kazançlarından sağlanıyor olması sebebiyle farklı bir yapıdadır. *"Gayrikabili rücu finansman"* ve *"Sınırlı rücu imkânı tanıyan finansman"* tanımları, genel olarak proje finansmanı alanında kullanılan ve ana kaynağını içtihat hukukundan (common-law) alan terimlerdir. Finansmanın gayrikabili rücu olarak tedarik edilmesi genel olarak karşılaşılan bir uygulama olmamakla birlikte, kredi alan borçluya veya kefile rücu uygulamalı finansman örnekleri yaygındır. Proje finansmanı alanında ve özellikle Kamu Özel Sektör Ortaklığı modellerinde finansmanın sınırlı rücu imkânı ile tedarik edilebilmesinin tek nedeni, proje finansmanının kendi özelliği gereği, finansman geri ödemelerinin projeden elde edilen gelir ile yapılmasıdır. Zira çoğu zaman kredi alan, borçlu proje şirketidir ve özel amaç ile kurulmuş bir ortaklıktır. Proje gelirinin olması yüksek oranda muhtemeldir ve bu kredi kuruluşunun teminatıdır. Bu nedenle *"Gayrikabili rücu finansman"* ve *"Sınırlı rücu imkânı tanıyan finansman"* uygulamaları, aslen proje finansmanı uygulamasına hasredilmiş yöntemlerdir. Güven ortamının az olduğu ve proje finansmanı uygulamalarının yaygın olmadığı ülkelerde ek garantilere mutlaka başvurulmaktadır. Ancak bu ek garantiler tüm proje kredisi borcunu kapsar niteliklerde değildirler.

---

(8) non-recourse finance" & "limited recourse finance"

Giderek daha çok kullanılan bir yöntem haline gelen Kamu Özel Sektör Ortaklıkları, birçok devlet tarafından özel sektör sağlayıcılarının çok daha yüksek değer üretiyor olması ve daha başarılı sonuçlar getirmesi sebebiyle ilgi ile karşılanmaktadır. Kamu Özel Sektör Ortaklığı modellerinde ilk girişim İngiltere tarafından, özel sektörün kamusal alana girmesine mani tüm engellerin kaldırılmasının ardından, 1992 yılında özel sektör işbirliği ile kurduğu ve Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelinin genel çerçevesini oluşturan *"Özel Sektör Finansman Girişimi"*[9] ile atılmıştır. İngiltere'de modelin başarılı uygulamalarını müteakip birçok ülke bu modeli kendi ülkelerinde uygulamak için harekete geçmişlerdir. 1999 yılında dünyada Kamu Özel Sektör Ortaklığı uygulamaları konusunda çalışma yapan ülkelerin sayısı 10 civarında iken bu 2006 yılı itibarıyla 80'nin üzerindedir.[10]

Türkiye'de; Kamu Özel Sektör Ortaklıkları çok sınırlı sayıda projede uygulanmıştır. Uygulamanın sınırlı sayıda olmasının altında ilgili yasal çerçevenin bütünlük içermeyen ve dağınık bir yapıya sahip olması yatmaktadır.

Kamu Özel Sektör Ortaklıklarının gelişmesindeki en önemli nedenlerden biri kamu idaresinin kamu hizmetlerini finanse etme hususunda yaşamakta olduğu ekonomik sıkıntılardır. Kamu Özel Sektör Ortaklıkları, özel sektöre hasredilebilecek ekonomik kaynak yaratma ve işletme verimliliğini artırma gibi yönetsel becerilerin kamu hizmetlerine zerk edilmesini sağlamıştır.

Kamu Özel Sektör Ortaklıklarının en belirgin özellikleri şunlardır:

• **Risk Devri:** Kamu Özel Sektör Ortaklıklarının altındaki temel felsefe riskin kamu ve özel sektör arasında her iki tarafında nitelikleri ölçüsünde paylaşılması esasına dayanıyor olmasıdır. Tüm proje finansmanı modellerinde olduğu gibi sözleşmelerin müzakeresinden önce taraflar üstlenecekleri riski ve bunların sözleşmeye nasıl intikal ettirilmesi gerektiğini tespit etmiş olmaları gerekmektedir. Kamu Özel Sektör Ortaklığı modellerinde riskler şu şekilde gruplandırılabilir:

i) Proje öncesi riskler (planlama, tasarım ve inşaat gibi)

ii) İşletme riskleri

iii) Finansal riskler (talep, elverişlilik ve ifa riskleri, faiz oranları ve vergi değişimleri, sigorta maliyetlerindeki değişimler)

iv) Hukuki riskler

---

(9) PFI-Private Finance Initiative

(10) Kaynak: http://www.worldbank.org/

Kamu idaresi, özel sektör ile riskleri paylaşırken daima temkinli olmalıdır. Özel sektör tarafından daha etkin olarak idare edilmesi beklenen risklerin özel sektöre devredilmesi gerekmektedir.

• **Proje Kapsamının Önceden Belirlenmesi:** Kamu Özel Sektör Ortaklığı sözleşmesi, sözleşme kapsamında edimlerin nasıl olması gerektiğini düzenlemekte ve bu edimlerin kamu hizmetinin gereklilikleri de göz önünde bulundurularak en uygun yöntemlerle yerine getirilmesini özel sektöre bırakmaktadır. Projeden beklenen hizmetler kamu idaresi tarafından açıkça belirlenmelidir. İnşası söz konusu olan yapının yapılması veya sunulacak olan hizmetin nitelikleri önceden detaylı olarak taraflar arasında anlaşılmış olmalıdır.

• **Yönetim:** Kamu Özel Sektör Ortaklığı temelde, özel sektörün proje süresince kamu hizmetinin yönetiminden sorumluluğunu öngörmektedir.

• **Performansa bağlı ödeme sistemi:** Kamu Özel Sektör Ortaklığı modellemesinde en temel unsur; geri ödemelerin hizmetin ifasına veya bazı durumlarda belirli kalitede performansına bağlı olmasıdır. Bu şekilde özel sektörün proje bütünündeki teşviki ve projeyi sahiplenmesi sağlanmış olmaktadır.

• Kamu Özel Sektör Ortaklıkları genel olarak yüksek kaynak gerektiren büyük altyapı projeleri için uygulanmakta ise de günümüzde daha küçük boyutlu uygulamaları da yaygınlaşmaktadır.

• Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelinin en belirleyici özelliği finansmanın özel sektör tarafından temin edilmesidir.

• Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelleri genelde uzun vadelidir. (10 yıl ve üstü süreli.)

• Kamu Özel Sektör Ortaklığı genel olarak kamu hizmeti olan ve imtiyaz teşkil eden altyapı projelerinde uygulama alanı bulur. Projelerin tamamlayıcısı olan mal ve hizmetin bakımı proje ile bütünleşmiş uygulamalardır.

• Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelinin çekirdeğini Devletle yapılan hizmet veya imtiyaz sözleşmesi oluşturur.

• Özellikle sunulan hizmetin makul ücretlerle, kesintisiz olarak belirli bir nitelik ve nicelik düzeyinde sunulmasının güvence altına alınması hayati önem taşır nitelik ve niceliği devlet tarafından belirlenir.

• Bu modelde devletin ana görevi organizasyonu sağlamak ve denetlemektir, böylece devlet, proje boyunca etkin rol alır.

Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelinin tercih edilmesindeki en temel nedenler

a) Kamu için Alternatif Bir Finansman Modelidir: Kamu hizmetlerinin Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modeli ile teminindeki en önemli gerekçe olarak yüksek nitelikli kamu hizmetinin etkin ve ucuz temini ile modelin kamu finansmanı açısından yeni bir imkân oluşturması sayılabilir. Devlet bu modelde kamu hizmetinin belirlenen miktar ve nitelikte sunulmaya başlanmasından sonra ödeme yapmaktadır.

b) Projeler Hızla Hayata Geçirilmektedir: Kamu tarafından yürütülen projelerde hemen her zaman yapım süresi ve maliyet aşımları sorun teşkil etmektedir. Buna karşın Kamu Özel Sektör Ortaklığı modeli uygulamalarında genel olarak hizmetin devreye girmesinden sonra özel sektöre ödeme yapıldığından yapım işleri son derece süratli ve etkin tamamlanmaktadır. Hizmet karşılığı ödemeler de ancak hizmetin belirlenen kalite ve miktarda alındığında yapıldığından, hizmet düzeyinin düşmesi önlenebilmektedir.

c) Riskler Belli Oranda Düşürülmekte Taraflar Arasında Paylaşılmaktadır: Kamu Özel Sektör Ortaklığı modeli ile yapılan uygulamalarda, özel sektörün katılımı sayesinde hizmet teminindeki risklerin daha duyarlı şekilde analiz edildiği görülmektedir.

d) Kalite Süreklilik Arzetmektedir: Kamu Özel Sektör Ortaklığı modeli ile sunulan kamu hizmetlerinin kalite ve miktar açısından hızlı bir şekilde iyileştirilmesi mümkün olabilmektedir.

e) Eksik Alt yapı Projelerinin Tamamlanma Süreci Kısalmaktadır: Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modelleri ayrıca kaynak temininde daha büyük güçlükleri olan gelişmekte olan ekonomiye sahip ülkelere, altyapı yatırımlarını süratle gerçekleştirmelerinde büyük kolaylık sağlamaktadır. Bu şekilde ülke içerisindeki atıl sermaye üretime yönlendirilmekte veya devletin borçlanması yerine uluslararası sermayenin doğrudan altyapı projelerine yönlendirilmesi sağlanmaktadır.

Ancak; Kamu Özel Sektör Ortaklıklarının belirtilen avantajları her bir projede aynı derecede taraflara ve özellikle hizmetten faydalananlara menfaat sağlamayabilir. Kamu Özel Sektör Ortaklıkları kamu hizmetinin finansmanı için tek ve nihai çözüm olarak öngörülmemelidir. Bazı proje modellerinde geleneksel kamu finansmanı veya kurumsal finansman metotlarının uygulanması daha avantajlı ve etkili sonuçlar verebilmektedir. O nedenle her bir proje kendi dinamikleri içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmeli ve projenin özellikleri elverdiği ölçüde uygun finansman modeli seçilip uygulanmalıdır.

Kamu Özel Sektör Ortaklığı Yapılanmaları

Kamu Özel Sektör Ortaklığı süreci oldukça dinamik olup aşamaların bir kısmı somut durumun gereklilikleri doğrultusunda belirlenmektedir. Bu sebeple tek bir tip model Kamu Özel Sektör Ortaklığı yapılanması öngörülmesi veya birinin diğerinden daha iyi olduğunu söyleyebileceğimiz bir yapılanma söz konusu değildir.

Yukarıda da detaylı olarak açıkladığımız üzere Kamu Özel Sektör Ortaklığı geleneksel olarak kamu idaresi tarafından yapılması öngörülen belirli bir projenin tamamlanması veya hizmetin sunulması için kamu idaresi ile özel sektör arasındaki bir ortaklıktır. Bu modelde en verimli sonucun alınabilmesi, tarafların yetkinlik ve uzmanlıkları doğrultusunda sorumluluk ve yükümlülüklerin paylaşılmasına bağlıdır. Kamu Özel Sektör Ortaklığının en temel amacı bahsedilen sorumluluk ve yükümlülüklerin en uygun şekilde dağılımını temin etmektir.

Bir projede doğru olan modeli bulmak için geçmiş örneklerin iyi anlaşılması ve o doğrultuda modellerin geliştirilmesi üzerinde çalışılması gerekmektedir. Genel olarak uluslararası piyasada uygulanmakta olan Kamu Özel Sektör Ortaklığı modellerinin özel sektörün katılım oranına göre tasnifi ve bu tasnif içerisinde yer alan modeller aşağıda detaylı olarak incelenmiştir.

1. Kamu idaresi tarafından geleneksel yöntemlerle sunulan kamu hizmetlerine özel sektörün katılımı

Geleneksel olarak kamu idareleri ilgili bulundukları alandaki alt yapı yatırımlarını kamu imkânları ile gerçekleştirme çabasındadırlar. Bu amaçla bir kamu idaresi belirli alt yapı projelerinin geliştirilmesi için yetkilendirilmektedir. İlgili kamu otoritesi tarafından gerçekleştirildikten sonra bu alt yapı projeleri yine kamu idaresi tarafından işletilmektedir. Projelerin geliştirilme aşamalarında bazen kamu idaresinin özel sektörden inşaat işleri için hizmet alması söz konusu olabilmektedir. Ancak özel sektörün kamu hizmetine katılımı inşaatın tamamlanmasından öte geçememektedir. Bu sınıflandırma içerisinde özel sektörün kamu hizmeti sürecine katılımı hizmet sözleşmeleri, işletme - yönetim sözleşmeleri veya kira sözleşmeleri vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Söz konusu sözleşmelerin nitelikleri aşağıda açıklanmıştır. Şöyle ki;

• Hizmet Sözleşmeleri: Kamu idaresi belirli işlerin yapılması için özel sektör ile hizmet sözleşmeleri yapabilir. Hizmet sözleşmeleri genel olarak işletmesel fonksiyonlarda kullanılmakta olup yeni ekipman tedariki, işletmesi veya bakımı süreçlerinde başvurulabilmektedir. Bu kategoride hizmet sözleşmeleri genel olarak kısa süreli sözleşmeler olup genel olarak araç bakım ve tedariki gibi teknik alanlarda uygulanmaktadır.

• İşletme ve Yönetim Sözleşmeleri: Kamu idareleri varlıkların işletmesi ve yönetimini özel sektöre devretmek üzere yönetim sözleşmeleri yapabilmektedirler. Yüksek verim ve teknik uzmanlık gerektiren projelerde bu tip yönetim sözleşmeleri ile özel sektörün katılımı sağlanmaktadır. Ancak her şeye rağmen özel sektörün bu noktadaki katılımı belli bir noktaya kadardır, zira yatırım kararları her daim kamu idaresinin sorumluluğunda kalmaktadır.

• Kira Sözleşmeleri: Kira ilişkisi ile özel sektör kamu idaresine ödeyeceği belli bir bedel karşılığında kamu varlıklarını işletme işini almaktadır. Bu şekilde ticari risk özel sektöre geçmiş olmaktadır. Ancak her halükarda yatırım kararları kamu idaresinin uhdesindedir.

2. Bütünlük arz eden projelerin gelişimi ve işletme imkânları

Yukarıda açıklanan yöntemler özel sektöre kamu idaresi tarafından üstlenilen sorumluluklara kıyasla daha az sorumluluk verilen halleri içermekteyken bütünlük arz eden projelerdeki ortaklıklar belli bir hizmetin tasarım, inşaat ve işletmesinin özel sektöre devrini kapsamaktadırlar. Bu tip projelerdeki ortaklıklar birçok ülke uygulamasında farklı tanımlamalarla karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde de kullanıldığı üzere bu modelin en bilinen uygulaması "Yap – İşlet – Devret"'dir. Yap –İşlet – Devret Modelinin en önemli avantajı, tasarım, inşaat ve bakım gibi normalde ayrı olarak işleyen faaliyetleri tek bir çatı altında toplamasıdır. Bu yöntemde özel yatırımcının projenin planlanmasında uygulanmasında uzmanlığının olması; öngörülmeyen masrafların oluşması riskini azaltması beklenmektedir. Özel sektörün katılımı her ne kadar bu modelde daha yüksek ise de Yap-İşlet-Devret uygulaması; kamu idaresinin kamu hizmetinin geliştirilmesi için kaynak temin etme yükünü hafifletmemektedir.

3. Ortaklık temelinde hazırlanan projelerin gelişimi ve yatırım imkânları

Yukarıda belirtilen modeller aslen kamu idaresi tarafından sunulması gereken hizmetlerde, hizmetin sunulması sürecine özel sektörün katılımını öngörmekteyken; Kamu Özel Sektör Ortaklığı temelinde hazırlanan projelerde, prensip olarak kamu kaynakları ile finanse edilecek bir projede özel sektöre; kamu hizmetinin özel sektör sermayesi ile finanse edilebilmesi imkânı vermektedir. Projenin uygulanması ve işletilmesi süreçlerini de kapsamakta olduğundan ve yeni sermaye kaynakları öngördüğünden bu model yatırımcılar açısından cazip bulunmaktadır. Yeni finans kaynaklarına erişim sağlayabilmek ise yatırımcılar için kamu bütçesine ihtiyaç duymaya gerek kalmadan önemli projeleri kısa zamanda tamamlama noktasında teşvik edicidir.

• İmtiyaz: Kamu Özel Sektör Ortaklığı modellerinde temel olarak kullanılan en yaygın metot imtiyaz uygulamalarındır. İmtiyaz sözleşmeleri özel yatırımcıya kararlaştırılacak süre içerisinde projeden elde edilecek gelirleri tahsil etmesi karşılığında projeyi finanse etme, inşaatını tamamlama ve işletme imkânı vermektedir. İmtiyaz hakkı yeni bir projenin yapımı için verilebileceği gibi mevcut tesislerin modernize edilmesi, iyileştirilmesi ve geliştirilmesi gibi sebeplerle de verilebilir. İmtiyaz hakları genel olarak ortalama 25-30 yıllık süreler için öngörülmektedir. İmtiyaz hakkı verilmek suretiyle yapılandırılacak olan bir projede tüm proje öncesi ve sonrası oluşturulacak mallar kamu malı olarak kamu idaresinin uhdesinde kalacaktır. Kamu mallarının muhafazası ve iyi koşullarda iade edilmesi tamamen özel yatırımcının sorumluluğundadır.

• Özelleştirme: Özelleştirme devletin hüküm ve tasarrufunda olan bir kamu işletmesinin mal varlığının veya hisselerinin özel sektöre satılmasıdır. Özelleştirme çok farklı yöntemlerle gerçekleştirilebileceği gibi kamu işletmesinin bir kısmı üzerinde veya tamamı kapsamında uygulanabilir. Bir kamu işletmesinin tamamının özelleştirilmesinde bir veya birden fazla yatırımcıya işletmenin satılması veya hisselerinin halka açık hale getirilmesi suretiyle borsada satılması söz konusu olabilir. Bu şekilde yapılacak özelleştirmede devlet mülkiyeti tamamıyla devretmektedir. Bütünüyle özelleştirme, otoyol veya su kaynakları gibi ulusal önemi olan işletmelerin satımında hassasiyet arz edebilmektedir. Bu durumda yerel mevzuatın düzenlemeleri projenin uygulanmasını şekillendirecektir. Kısmi surete yapılacak özelleştirme modellerinde ise kamu mal varlıklarının mülkiyetinde uhdesinde tutmaya devam etmektedir. Bu model devletin kontrolünü sürdürme imkânı verdiği için ulusal önemi olan belli alanlarda kamu idaresi açısından daha güvenilir bulunmaktadır.

Kamu Özel Sektör Ortaklıklarının Avantaj ve Dezavantajları

Yukarı ki bölümlerde de belirtmiş olduğumuz üzere, Kamu Özel Sektör Ortaklıkları için en ideal modelleme tasnifini yapmak mümkün değildir. Hatta Kamu Özel Sektör Ortaklığı modellerini, kamu hizmetlerinin finansmanı için en uygun finansman yöntemi olarak göstermek ve belirlemekte doğru olmayacaktır. Yeni nesil bir uygulama olması ve kamu otoritesi ile özel yatırımcının güçlerini birleştirdiği bir alan olması itibariyle elbette cazip yönleri vardır, ancak her somut projede uygun finansman yöntemleri uzmanlar tarafından detaylı bir şekilde incelenmelidir.

Belirli tip Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelleri ele alınmak suretiyle bu tip finansman modelinin avantaj ve dezavantajları, yazının sonunda sunulmakta olan tabloda detaylı olarak analiz edilmiştir.

Kamu Özel Sektör Ortaklıklarının İktisadi Sonuçları

Yukarıdaki bölümlerde de belirtmiş olduğumuz üzere Kamu Özel Sektör Ortaklığı modelinin en temel prensibi, risklerin; kamu ve özel sektör arasında her iki tarafında nitelikleri ölçüsünde paylaşılması esasına dayanıyor olmasıdır. Risklerin etkin bir şekilde taraflar arasında dağılımının projenin iktisadi sonuçları üzerinde önemli ölçüde etkisi bulunmaktadır. Zira risklerin dağılımı esasına göre projenin maliyeti ve geri ödeme esasları hesaplanmaktadır. Bu noktada risklerin paylaşılmasının özelindeki hedef, riskle beraber maliyetin de etkin bir şekilde dağılımını sağlamak olmalıdır.

Riskin paylaşılmasının arkasındaki amaçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

• Risklerin, ilgili riski en iyi idare edebilecek tarafa maliyetin de etkin bir şekilde dağılımı esas alınmak suretiyle verilmesi ve bu şekilde projenin uzun dönem maliyetlerinin düşürülmesi,

• Özel girişimciye projeyi zamanında, istenilen kalitede ve öngörülen maliyetlerde teslim etmesi için gerekli teşviklerin sağlanması,

• Verimli bir yönetim ile hizmetin kalitesini ve gelirlerin arttırılması,

• Giderler tahminlerinin daha tutarlı ve öngörülebilir yapılması.

Kamu Özel Sektör Ortaklığı projelerinin genelinde iktisadi olarak sonuçlar doğmasına neden olabilecek riskler aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir:

• Gelir riski: projenin muhtemel getirisinin hesaplanması her zaman mümkün olamayabilmektedir. Zira kimi kamu hizmetlerinin geçmiş yıl getirileri belirli ve ileriye yönelik sabit iken kimisinin öngörülebilirliği daha zor olabilmektedir. Geçmiş kayıtların iyi analiz edilmesi bu noktada riskin seviyesini azaltacaktır.

• Özel sektör ortağı seçimi riski: belirli süreçlerin sonunda seçilecek olan özel sektör ortağının taahhüt ettiği yeterlilikte olmaması veya hizmeti gereği gibi ifa etmemesi projenin geneli için belli başlı bir risk oluşturmaktadır. Bu noktada etkili, objektif kriterlere dayalı ve rekabetçi esaslara dayalı ihale prosedürlerinin oluşturulması önem arz etmektedir.

• İnşaat riski: Kamu Özel Sektör Ortaklığı projelerinin temel prensibinin proje gelirleri ile finansmanın geri ödenmesi esasına dayanıyor olmasından mütevellit proje konusu inşaatın zamanında ve istenildiği gibi tamamlanmamasının projenin sağlıklı bir şekilde finanse edilmesi açısından önemi büyüktür.

• Kur farkı riski: kredinin yurtdışından veya yabancı para birimi üzerinden temin edildiği durumlarda kur dalgalanmalarının finansmanın

geri ödenmesi noktasında çok zarar verici sonuçlar doğurması mümkün olabilmektedir.

• Düzenleyici/Sözleşmesel risk: yatırımın yapıldığı ülke hukukunda proje konusu kamu hizmetine ilişkin idare ile imzalanan sözleşmedeki şartları ağırlaştırıcı nitelikte yasal düzenlemelerin yapılması çoğu zaman projeden beklenen faydanın yok olmasına varacak etkileri olabilmektedir. Bu tip riske proje finansmanının yaygın olarak uygulanmadığı ve Kamu Özel Sektör Ortaklığı hususunda yerleşik mevzuatı olmayan ülkelerde ağırlıklı olarak rastlanmaktadır.

• Siyasi riskler: uluslararası para piyasaların kredi maliyetlerinin analizinde yerel politik risklerin değerlendirilmesi önemli rol almaktadır. Politik risklerin yüksek olduğu ülkelerde yürütülen proje yatırımcılarına tedarik edilecek kredilerin maliyeti de o oranda yükselecektir. Bu nedenle çok uluslu yatırım anlaşmalarına taraf ülkelerde yapılacak olan yatırımların yatırım anlaşması tarafı ülkelerin birbirlerinin yatırımcılarına sağladıkları garantilerden dolayı politik risk açısından daha güvencede oldukları kabul edilmektedir.

• Çevresel / Arkeolojik riskler: alt yapı projeleri için genel bir risk olarak kabul edilen çevresel ve arkeolojik riskler çoğu zaman tarafların önceden tespit edemeyecekleri risk grubundandır. Ortaya çıkmaları halinde projenin zaman kaybetmesine ve ek maliyetlere yol açabilmektedirler.

• Sivil toplum tepkisi riski: özel sektörün kamu hizmetlerinin işletilmesi süreçlerine katılımı çoğu kez sivil toplumun tepkisine neden olabilmektedir. Basiretli bir yatırımcı bu riskin minimum bertaraf edilmesi için kamu hassasiyeti de dâhil olmak üzere karar alma aşamalarında çok dikkatli değerlendirmelerde bulunmalı ve proje için gerekli tüm onay süreçlerini yerine getirmelidir.

Projelerde karşılaşılabilecek riskler, belirtilen risklerden çok daha farklı niteliklere bürünebilir. Bu durum tamamıyla projenin yapısına, zamanına ve taraflarına bağlıdır. O nedenle riskleri sınıflandırmak çoğu sefer yeterli kalamayabilir. Her proje kendi dinamikleri ile değerlendirilmelidir. Risklerin taraflar arasında dağılımında ise tarafların yetileri, güç ve otoriteleri riskin niteliği birlikte analiz edilerek belirlenmelidir. Aksi halde projenin sağlıklı bir şekilde sonuçlanmasın önlenmiş olabilir.

Kamu Özel Sektör Ortaklığı Uygulamalarında Taraflar

Kamu Özel Sektör Ortaklığı uygulamalarının en karmaşık aynı zamanda en kendine has özelliklerinden biri, ortak bir gaye olarak projenin başarılı bir şekilde tamamlanması hedefi etrafında çok sayıda birbirinden

bağımsız tarafı bir araya getiriyor olmasıdır. Başarıya ulaşma hedefi, tarafları bir arada tutan bir dinamik olmakla birlikte şunu da belirtmek gerekir ki taraf sayısındaki fazlalık kimi zaman çıkar çatışmalarına da yol açabilmektedir. Zira oluşturulmak istenen matris her zaman kusursuz ilişkiler bütününü yansıtmayabilir. Taraf sayısının fazla olması ve kimi zaman bu tarafların farklı ülke mevzuatlarına tabi ilişkiler yaratmaları uluslararası hukuk yorum ve yöntemlerine ihtiyaç duyulmasına neden olmaktadır.

Projenin niteliği, kapsamı, sunulması planlanan hizmet veya inşaatın özelliklerine göre proje tarafları değişkenlik gösterir. Her projede taraf sayıları ve tarafların görevleri ile sorumlulukları farklı olacaktır. Bu gerçeğe rağmen aşağıda bir Kamu Özel Sektör Ortaklığı projesinde bulunma ihtimalleri yüksek taraflar ayrı ayrı incelenmiştir:

a) Proje Şirketi: proje şirketlerinin genellikle bir ortak girişim (joint venture) ve/veya limited şirket veya anonim şirket gibi sınırlı sorumlu ticaret şirketi nevilerinden biri olarak örgütlendiği görülmektedir. Proje şirketinin örgütlenme şeklinin belirlenmesi, tamamıyla yatırımın yapıldığı ev sahibi ülkenin mevzuatı ve hukuk sistemi ile ilgili bir konudur. Ülkemiz için baktığımızda, proje şirketinin Türkiye'de faaliyet gösterebilmesi için Türkiye'de yerleşik bir tüzelkişi olması gerekmektedir. Bazı projeler açısından kanunen anonim şirket statüsü zorunlu olarak şart koşulmakla birlikte bazı projeler açısından örgütlenme şekli proje yatırımcısının serbestîsine bırakılmıştır. Ülke açısından stratejik olarak adlandırılabilecek haberleşme gibi bazı sektörlerde özelleştirme ile özel sektör yatırımcısına devredilen hizmet şirketlerinde devletin "altın hissesi" olması örneğindeki gibi ayrıcalıklı ve kamu kontrolünü sağlamaya yönelik sermaye yapılanmaları da söz konusu olabilmektedir. Proje şirketinin, proje konusu hizmet dışında kesinlikle başkaca bir iş veya faaliyet ile iştigal etmemesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra proje kapsamında imzalanacak olan kredi ve garanti sözleşmeleri dışında kesinlikle başka sebeplerle borçlandırıcı tasarrufi işlemlerde bulunmamalıdır. Sermayesi ve şirketin hisselerinin nitelikleri dâhil olmak üzere şirketin asli unsurlarını ve ana sözleşmesini kendi iradi kararları ile değiştirmemelidir. Bu tip işlemler için genellikle ilgili kamu otoritesinin ön onayı şart koşulmaktadır.

b) Bankalar: Projenin kapsamına göre değişmekle birlikte büyük hacimli projelerde birden fazla bankanın projeyi finanse edebilmek için sendikasyon oluşturmaları söz konusu olmaktadır. Sendikasyon kredileri, günümüz Türkiye bankacılığında son dönemde yaygın olarak sunulan bir bankacılık ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Sendikasyon kredilerinde yerli bankalar kadar yabancı bankalar da kredi temini süreçlerinde yer almaktadırlar. Sendikasyon kredilerinin bir uygulama şekli de sadece bir

veya birkaç bankanın projeyi finanse etmeleri ve bu finansman riskinin belirli bir kısmını diğer finansman kuruluşlarına satmaları yönündedir. Proje finansmanı banka açısından bakıldığında riskin çok dikkatli ve etkin şekilde analizini gerekli kılmaktadır. Zira kredinin geri ödemesi projeden elde edilecek gelir ile gerçekleşecektir. Bu sebeple proje finansmanı üzerine uzmanlaşmış ve risk değerleme alt yapısı müsait finans kurumları bu arenada daha ziyade görülmektedir.

c) Sigorta şirketi: Sigorta hususu, projenin geri finanse etmesini bekleyen kreditörler ve banka için kritik bir noktadır. Herhangi bir afet veya benzeri bir nedenle projenin işleyemez duruma gelmesi riskine karşı projenin sigorta şirketleri vasıtasıyla koruma altına alınması gerekir. Kamu Özel Sektör Ortaklığı uygulamalarının yaygın olarak söz konusu olduğu petrol sektöründe riskin sigorta şirketleri için çok yüksek maliyetlerle koruma altına alınıyor olması gibi sebeplerle petrol şirketleri kendi sigorta şirketlerine projeyi ve proje varlıklarını sigorta ettirmektedirler. Bu tip durumlar karşısında bankaların ve kredi kuruluşlarının hangi risklerin koruma altına ne ölçüde ve kim tarafından alındığını çok iyi analiz etmeleri gerekmektedir.

d) Uluslararası kredi kuruluşu: Birçok proje; Dünya Bankası veya Dünya Bankasının özel sektöre yönelik kurulan kuruluşu Uluslararası Finans Kurumu[11] veya Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası,[12] Afrika Kalkınma Bankası[13] veya Asya Kalkınma Bankası[14] gibi bölgesel kalkınma kuruluşları ile ortaklaşa finanse edilmektedir. Bu tip uluslararası kuruluşlar siyasi riskler dâhil olmak üzere, yatırımın bulunduğu ülkenin taahhüt edilen borçları ödemekte veya döviz tedarik etme hususunda temerrüde düşmesi halinde veya gerekli yasal düzenlemeleri yürürlüğe koyma veya bazı tarafların projede taahhütlerini yerine getirmelerini temin etme hususunda yetersiz kalması durumunda uluslararası bankalara koruma güvencesi vermek suretiyle projelerin finansmanında kaynak sorununu ortadan kaldırmaktadırlar.

e) İnşaat firması: Bir alt yapı veya inşaat projesinde müteahhit, ana taraflardan birini oluşturmaktadır. Müteahhit firma; proje şirketi ile projeye konu tesisleri/binaları vaktinde teslim etme sorumluluğunu üzerine alarak projenin inşası konusunda *"anahtar-teslim"* olarak adlandırabileceğimiz bir sözleşme yapmak suretiyle projeye taraf olmaktadır. Geniş kapsamlı büyük projelerde müteahhit birden fazla firmanın bir araya gelerek şirketler birliği (konsorsiyum) oluşturması

(11) International Finance Corporation
(12) European Bank for Reconstruction and Development
(13) African Development Bank
(14) Asian Development Bank

şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Birden fazla müteahhidin bir araya gelerek projeyi üstlenmeleri halinde gerek proje şirketi gerekse kreditörler açısından en hassas nokta, sorumluluklarının müştereken ve müteselsilen tüm müteahhit firmalarca üstelenilmesinin temin edilmesidir.

f) İşletmeci: Proje şirketinin proje tesisini doğrudan işletmesinin söz konusu olmadığı birçok alt yapı projelerinde; tesisin/binanın inşaatının tamamlanmasını müteakip proje şirketi işletmeci bir firma ile anlaşmak suretiyle işletme işinin yürütülmesini bu firmaya vermektedir. İşletmeci firma; proje tesisinin bakımı ile günlük işletilmesine dair işleri takip etmek üzere görevlendirilmektedir. Projenin başarıyla sonuçlandırılabilmesi için en az müteahhit firma kadar işletmeci firmanın da rolü bulunmaktadır. Bu nedenle konusunda uzman bir şirket olması ve işi gereği gibi idame ettirebilecek donanıma sahip bulunması, projenin akıbeti açısından önem arz eder.

g) Uzmanlar: Projenin nitelikleri ne olursa olsun gerek kreditörler gerekse proje şirketi tarafından projenin teknik konularında danışmanlık almaları gerekecektir. Danışmanlık alınmasını gerektirecek konular genellikle hukuki, teknik-mühendislik hususları, sigorta ve çevre etki değerlendirmeleri konusunda olmaktadır.

h) Ev sahibi ülke hükümeti: Projenin yapılmakta olduğu ülke, *"Ev Sahibi Ülke"* olarak adlandırılmaktadır. Ev sahibi ülkenin rolü projeden projeye değişkenlik gösterecektir. Bazı durumlarda ev sahibi ülkenin teşvik uygulamalarında bulunması gerekebileceği gibi bazı durumlarda onay merci konumunda projenin ilerleyen safhalarında gerekli izin ve onayları veren konumunda olabilmektedir. İki taraflı veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler ile ülkelerin birbirlerinin yatırımcılarına karşı koruma sağlamaktadırlar.

i) Tedarikçiler: Bir proje kapsamında gerekli malların ve/veya hizmetlerin temin edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu aşamada tedarikçi şirketler devreye girmektedir. Projenin özelliğine göre gerekli tedarik edilmesi gereken mal ve/veya hizmetler değişkenlik gösterebilecektir. Önemli olan proje şirketinin proje süresi boyunca gerekli olan malzeme ve/veya hizmeti uygun ve güvenilir kalite ve miktarda makul fiyatlardan temin edebilmek için gerekli tedbirleri almış olmasıdır.

j) Alıcılar: Proje kapsamında ortaya çıkarılacak olan değerlerin doğrudan açık pazarda kamuya satılmasının söz konusu olmadığı durumlarda, proje şirketinin; belirli bir alıcı ile uzun vadeli bir satış sözleşmesi yapması söz konusu olabilecektir. Örneğin elektrik projelerinde alıcı genellikle elektrik idaresidir.

Bir projeye katılacak olan taraflar her projenin kendine has nitelikleri doğrultusunda değişkenlik gösterebilecektir. Taraflardaki değişkenlik

projenin yapılanma metodolojisi ile doğrudan ilgili olmakla birlikte, sonuçları itibariyle kreditörlerin risk analizlerini belirlerken göz önünde bulundurmaları gereken unsurların tayini, projenin yapılanması dolayısıyla belirlenecek taraflar üzerinden olmaktadır.

MODEL
Sözleşme:

TEMEL ÖZELLİKLER:

• Özel yatırımcı ile bir kamu tesisinin inşası için inşaat sözleşmesi yapılmaktadır.

• Kamu tesisi kamu idaresi tarafından finanse edilmekte ve kamu idaresinin mülkiyetinde bulunmaktadır.

• Modelin uygulanmasında en önemli husus inşaat riskinin devredilmiş olmasıdır.

UYGULAMA:

• Kamu idaresinin işletme sorumluluğunu nezdinde tutmak istediği projelerin finansmanına uygundur.

AVANTAJLI YÖNLERİ:

• İnşaat riski özel sektöre devredilmiş olmaktadır.

• İnşaat sürecini hızlandırmak için ideal bir uygulamadır.

DEZAVANTAJLI YÖNLERİ:

• İşletme riskinin artmasına neden olabilmektedir.

• Özel finansmanın ilgisini yoğun olarak çekmemektedir.

MODEL
Yap İşlet Devret

TEMEL ÖZELLİKLER:

• Özel yatırımcı ile bir kamu tesisinin yapılması, belli bir süre boyunca işletilmesi ve süre sonunda tesisin kamu idaresine devredilmesine ilişkin bir sözleşme temeline dayanmaktadır.

• Proje kamu idaresi tarafından finanse edilmekte ve mülkiyet sözleşme süresi de dâhil olmak üzere kamu idaresinde kalmaktadır.

• Modelin uygulanmasında en önemli husus inşaat riskinin yanı sıra işletme riskinin de devrediliyor olmasıdır.

UYGULAMA:

• Önemli ölçüde işletme boyutu olan projelere uyarlanması uygundur.

• Özellikle su ve atık ile ilgili projelere uygulanmaktadır.

AVANTAJLI YÖNLERİ:

• İnşaat ve işletme riski devredilmiş olmaktadır.

• İnşaat sürecini hızlandırmak için ideal bir uygulamadır.

• Özel sektörü yenilikçi olmaya teşvik etmektedir.

• İşletme ve bakım hizmetlerinin kalitesinin yükselmesini sağlamaktadır.

• Kamu idaresinin salt kamusal işlere yönelmesini sağlamaktadır.

DEZAVANTAJLI YÖNLERİ:

Sözleşmeler çok karmaşık olup ihale süreci uzun bir süreci kapsayabilmektedir.

• Sözleşme yönetimini ve hizmetin ifası sürecinin izlenmesini sağlayacak sistemlerin oluşturulması gerekebilmektedir.

• Özel sektörün işi gereği gibi teslim edememesi halinde tüm sürecin tekrar yapılması yönünde maliyet doğması riski vardır.

• Özel finansmanın ilgisini yoğun olarak çekmemekle birlikte kamu idaresine uzun vadeli finansman temin etme yükü getirmektedir

MODEL
İmtiyaz

TEMEL ÖZELLİKLER:

• Özel yatırımcı ile bir kamu tesisinin yapılması, belli bir süre boyunca işletilmesi ve süre sonunda tesisin kamu idaresine devredilmesine ilişkin bir sözleşme temeline dayanmaktadır.

• Tesisin mülkiyeti sözleşme süresince özel sektörde kalmaktadır ve işletme masrafları tesisin işletilmesinden gelen gelirden karşılanmaktadır.

• Modelin uygulanmasında en önemli husus özel finansmanın kullanılıyor olması ve inşaat riskinin yanı sıra işletme riskinin de devrediliyor olmasıdır.

UYGULAMA:

• Önemli ölçüde işletme boyutu olan projelere uyarlanması uygundur.

• Özellikle yol, su ve atık ile ilgili projelere uygulanmaktadır. Ayrıca kullanıcı bedeli tahsil edilmesi öngörülen projelerde tercih edilmektedir.

AVANTAJLI YÖNLERİ:

Yap-İşlet-Devret modelindekilere ek olarak özel yatırımcı için cazip gelmektedir.

• Borç finansmanı sistemlerine cazip gelmektedir.

• Tahmin edilebilir ve tutarlılık arz eden maliyet profili bulunmaktadır.

• Hızlı tamamlanması gereken inşaat programlarında uygulanabilmektedir.

• Risk büyük oranda özel yatırımcıya geçmiş olduğundan özel yatırımcı açısından teşvik edici bir uygulamadır.

DEZAVANTAJLI YÖNLERİ:

Sözleşmeler çok karmaşık olup ihale süreci Yap-İşlet-Devret modelinden daha uzun bir süreci kapsayabilmektedir.

• Finansman garantisi alınması söz konusu olabilmektedir.

• Sözleşme yönetimini ve hizmetin ifası sürecinin izlenmesini sağlayacak sistemlerin oluşturulması gerekebilmektedir.

• Politik riskler daha fazladır, zira bazı hizmetlerde kabul görmeyebilir.

• Özel sektörün işi gereği gibi teslim edememesi halinde tüm sürecin tekrar yapılması yönünde maliyet doğması riski vardır.

KAYNAKÇA

• Benoit, Philippe, Project Finance at the World Bank, Washington, D.C, World Bank, 1996

• Çakal, Recep, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülâsyon, Uzmanlık Tezi, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı, 1996

• Ertekin, Erol – Karataş, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997

• Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev – Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2001

• Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003

• Gözübüyük, Şeref, Yönetsel Yargı, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1933

• Guidelines For Successful Public-Private-Partnerships, European Commission Directorate General Regional Policy, 2003

• Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayıncılık, Yedinci Baskı, 2002

• Güneş, Cengiz, Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, 2. Bası, Ankara, Yazarın Kendi Yayını, 2002

• http://www.dpt.gov.tr/

• http://www.hsph.harvard.edu/hcpds/partnerbook/Partnershipsbook.

PDF#page=30

• http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/en-guide3.pdf

• http://www.oib.gov.tr/

• http://www.worldbank.org/

• IFC, Project Finance in Developing Countries, Washington, D.C., International Finance Corporation, 1999

• Kilci, Metin, Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları, Uzmanlık Tezi, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı, 1998

• Özay, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996

• Polatkan, Vahit, Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2000

• Polatkan, Vahit, Yap İşlet Devret, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 1997

• Shaughnessy, Haydn, Project Finance in Europe, Sussex, John Wiley & Sons, 1995

• Ulusoy, Ali, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, Liberte Yayınları, 2001

• Yescombe, E.R., Principles of Project Finance, California, Acedemic Press, 2002

• Yılmaz, İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, Beta Yayınları, 2004

• Yılmaz, Osman, Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması, Uzmanlık Tezi, Ankara Devlet Planlama Teşkilatı, 1999

NİŞANLILIK HUKUKU
VE
NİŞANLILIKTAKİ TAZMİNAT DAVALARI

Stj. Av. Mustafa Aydın AŞIK

GİRİŞ

Toplumun temelini oluşturan aile'nin meydana gelmesini sağlayan ve evlilik ilişkisine giden ilk yol Nişanlanmadır. Bu nedenle Nişanlanma dünya toplumlarında olduğu kadar özellikle Türk toplumunda da önemli bir yere sahiptir.

Bu çalışmamızda nişanlılığın önemi ve hukuki niteliğinden bahsettikten sonra Nişanlanmanın nasıl meydana geldiği ve hükümleri, nişanlıların birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri, nişanlılığın sona erme sebepleri ve son olarak da nişanlılığın sona ermesinin hukuki sonuçları olan hediyelerin geri verilmesi, maddi, manevi tazminatlar ve zamanaşımı konularını inceleyeceğiz

I) NİŞANLANMANIN ÖNEMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Nişanlanma, Medeni Kanunumuzun 118-123. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak kanun nişanlanmanın ne olduğu ile ilgili tam bir tanım vermemiş sadece *"Nişanlanma evlenme vaadiyle olur"* demekle yetinmiştir. Buna karşın biz, nişanlanma ve nişanlılık kavramlarını şöyle tanımlayabiliriz. Nişanlanma, karşı cinsten iki bireyin evlenmek amacıyla birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarını açıklamalarıdır. Bunun sonucu olarak girmiş oldukları hukuki statüye ise '*nişanlılık*' denir.

NİŞANLANMANIN ÖNEMİ

Nişanlanma, ileride evlenecek olan kimselerin birbirlerini yakından tanımaları, birbirlerinin ailelerine girerek onların yaşam biçimlerini, aile anlayışlarını, gelenek ve göreneklerini öğrenmeleri bakımından büyük önem taşır; bir bakıma evlenmeye hazırlık dönemi niteliğindedir.[1]

---

(1) AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.20-21

Hemen hemen bütün dünya toplumlarında nişanlanma evlilikten önce gelen bir aile hukuku ilişkisi olarak yer almaktadır. Gerçekten Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları bu ilişkinin öneminden dolayı Medeni Kanunlarında düzenleme getirmişlerdir. Ancak, Fransa ve bundan esinlenerek kanunlarını hazırlayan diğer ülkeler, nişanlanmayı Medeni Kanunlarında düzenlememişlerdir; fakat bundan o kadar büyük sakıncalar doğmuştur ki, Fransız Mahkemeleri haklı bir sebep olmadan nişandan cayma halinde, diğer tarafın başvurması üzerine, cayan tarafı haksız fiil esasına dayanarak maddi ve gerekirse manevi tazminata mahkum etmeye başlamış ve böylece kanun boşluğunu Temyiz Mahkemesi içtihatlarıyla doldurmuştur. Ancak, nişanın bozulmasından dolayı sorumluluğun sadece haksız fiil kurallarıyla tam olarak karşılanamayacağı görüldüğünden, bu konuya "*culpa in contrahendo*", hakkın kötüye kullanılması, akit öncesi sorumluluk halleriyle de çare bulunmak istenmiş, böylece Fransız Temyiz Mahkemesi bu konuda sürekli bir arayış ve istikrarsızlık örneği vermek zorunda kalmıştır.[2]

2. NİŞANLANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Nişanlanmanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bunu açıklayan 3 görüş üstünde yoğunlaşılmaktadır. Bunlardan ilki *'nişanlanmanın bir ön sözleşme olduğu'* görüşüdür. Bu görüş taraftarları, MK (Medeni Kanun) nişanlanmayı evlenme vaadi olarak tanımladığı için, BK (Borçlar Kanunu) md.22 anlamında bunun evlenmenin yapılması borcunu doğuran bir ön sözleşme niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar.

Ancak bu görüşe doktrinde pek çok yazardan eleştiri gelmiştir. Şöyle ki, BK md.22 anlamında bunu bir ön sözleşme kabul etmemiz durumunda, nişanlanmanın asıl sözleşmenin yani evlenme sözleşmesinin şekline tabi olması gerekir; halbuki bunu açıkça kanun koyucumuz resmi bir şekle tabi tutmamıştır. Yani nişanlanma bir şekle tabi değildir. Ayrıca şunu unutmamak gerekir; bir ön sözleşme yapan ilerde asıl sözleşmeyi yapmaya mecburdur. Yapmadığı takdirde dava açılabilir, cezai şart kararlaştırılabilir ve yine asıl sözleşmenin yerine getirilmemesinden kaynaklı zararların tazmini genel ilkelere göre istenebilir. Oysa MK 119/1-2 Nişanlanmanın gerçekleşmemesi dolayısıyla tarafı zorlayıcı dava açılamayacağını, cezai şart ve tazminat kararlaştırılamayacağını düzenlemiştir. (Ancak yapılan ödemeler de geri istenemez). Öte yandan ön sözleşmenin geçerliliği tarafların cinsiyetine bağlı kılınmamışken; nişanlılığın geçerli olabilmesi için

(2) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s.20

nişanlıların farklı cinsiyetlerde olmaları gerekir ve nişanlanma bir mal varlığı değil bir kişi varlığı alanı işlemidir.[3]

İkinci görüş nişanlanmayı bir Karar olarak nitelendirmektedir. Bu görüşte olanlara göre, sözleşmelerde iradeler karşılıklı ve aksi yöndedir, halbuki nişanlanmada taraf iradeleri aynı yöndedir ve bu aynı yöndeki iradelerin birleşmesiyle nişanlanma kurulur; bu nedenle nişanlanma bir sözleşme değil, karardır. Bu görüşe karşı çıkanlar, *"nişanlanmanın karar olabilmesi için bir şahıs topluğunda ya da tüzel kişi kurul organlarında alınması ve o topluluğun ortak iradesini gösteren ve oy çokluğu esasına göre alınan bir işlem olması gerekir"* demektedirler[4] Ayrıca *"karardan bahsedebilmek için birden ziyade kimsenin, kendilerine oy hakkı veren bir hukuki münasebet içinde, bu hakkı kullanarak yaptıkları bir anlaşma bulunmalıdır..."*[5] ;halbuki nişanlanmada böyle bir durum söz konusu değildir. Prof. H. HATEMİ de *"Gerçek kişilerin psikolojik süreç sonunda verdikleri karar hukuk terimi olarak karar değil iç iradenin oluşumu demektir. Bütün bu nedenlerle nişanlanmayı hukuk terimleri alanında bir karar olarak niteleyemeyiz"* demektedir.[6]

Doktrindeki baskın görüş olan üçüncü görüş ise, nişanlanmanın bağımsız bir sözleşme olduğudur. Ancak bu sözleşme Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olmayıp aile hukukuna özgü bir sözleşmedir. Çünkü Borçlar Hukuku sözleşmelerinde, borçlu borcunu ifa etmeye mecburdur.. İfadan kaçınan borçlu, borcunu aynen ifa için zorlanabileceği gibi borcunu ifa etmemesinden kaynaklanan zarar da tazmin ettirilir. Oysa bu durum nişanlanma için geçerli değildir; çünkü MK 'ya göre *''Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez.''* Bu sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda yapma borcunun ifası istenemeyip güvenden doğan menfi zararın giderilmesi istenebilmektedir.[7] Ayrıca nişanlanma ile kurulan ilişki ile taraflar bir takım haklar elde etmekte ve yükümlülükler yüklenmektedir.

---

(3) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s. 13; AKINTÜRK T,Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.23; HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005,İstanbul s. 8

(4) OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul s.27; DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.27; AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.25

(5) OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul, s. 25 (Tekinay'a Gönderme)

(6) HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005,İstanbul s. 8

(7) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.14; HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005,İstanbul s.7

II NİŞANLANMANIN MEYDANA GELMESİ

1. NİŞANLANMANIN KOŞULLARI

A) NİŞANLANMA EHLİYETİ

Doktrindeki baskın görüş nişanlanmayı aile hukukuna özgü bağımsız bir sözleşme kabul ettiğine göre, her sözleşmede olduğu gibi nişanlanmanın da geçerliliği için nişanlanma ehliyetine sahip kişilerce yapılmış olması gerekir. Söz konusu bu ehliyet MK 118-123. maddelerinde özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple bu ehliyeti genel hükümlere giderek çıkarıyoruz.

Fiil ehliyeti, kişinin bizzat kendi fiilleri ile kendisi için haklar ve borçlar kurabilmesi ehliyetidir.[8] Bunun için de kişinin ayırdetme gücüne sahip olması (temyiz kudreti), kısıtlı olmaması ve ergin (reşit) olması gerekmektedir (tam ehliyetli). Bunlarda eksiklik olmasında, kişileri sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz olarak kategorilere ayırmaktayız.

Tam Ehliyetlilerin yukardaki tanımdan da anlaşılacağı üzere nişanlanabilecekleri kuşkusuzdur. Yani bunların nişanlanmak için herhangi bir yerden izin almalarına gerek yoktur.

Sınırlı Ehliyetlilerde (bu kişiler aslında fiil ehliyetine sahip olmakla beraber bazı durumlarda ehliyetleri sınırlandırılmıştır) örneğin kendilerine yasal danışman atanmış olanlar nişanlanabilmek için bu yasal danışmanın iznini almak zorunda değillerdir; çünkü MK md.429'da yasal danışmanın görüşünün alınacağı haller 9 bent halinde ve sınırlı sayıda (numerus clausus) olarak sayılmıştır ve burada sayılanların içinde nişanlanma ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir.

Sınırlı Ehliyetsizler, yani ayırdetme gücüne sahip küçükler ile aynı durumdaki kısıtlıların nişanlanabilmeleri, yasal temsilcilerinin iznini almaları şartıyla mümkündür. Nitekim MK md. 118'de *"Nişanlanma, yasal* temsilcilerinin rızası olmadıkça küçüğü veya kısıtlıyı bağlamaz" demek suretiyle bu konuya açıklık getirmiştir. Aslında nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak kabul edilmesine rağmen, MK md.16/1'in uygulanması halinde yasal temsilci ağır mali yükümlülükler altına girmek durumunda kalacaktır. Bu nedenle Kanunkoyucu burada genel kuraldan ayrılmak gereğini duymuş ve MK md.16/1'e istisna getirmiştir. Yasal temsilci (velivasi) rızasını nişanlanma sözleşmesi yapıldıktan sonra açıkça bildirebileceği gibi örtülü (zımnî) olarak da bildirebilir. Yasal temsilcinin karşı tarafa nişan hediyesi göndermesi, tebrikleri kabul etmesi zımni kabule örnek gösterilebilir. Sınırlı ehliyetsiz sadece bu durumda nişanlanmadan sorumlu

(8) ATAAY A., Şahıslar Hukuku, 1969, İstanbul s. 46

tutulabilir. Yasal temsilci söz konusu rızasını açıklayıncaya kadar nişanlanma sözleşmesi askıdadır.

Peki nişanlılık sözleşmesi ile bağlı olan taraf yasal temsilcinin rıza açıklamasını ne zamana kadar bekleyecektir? MK md.451/3'e göre, nişanlılık sözleşmesi ile bağlı olan taraf sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinden ya bizzat kendisinin belirleyeceği ya da hakime tayin ettireceği bir süre içinde rızasını açıklamasını isteyebilir; bu süre içinde yasal temsilci rıza göstermez yahut hiçbir cevap vermez -*susarsa*- bu durumda diğer nişanlı artık nişan sözleşmesi ile bağlılıktan kurtulur. Her ne kadar sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin izni olmadan nişanlanma ile bağlı olmasa ve kendisi için hüküm ifade etmese de diğer nişanlı eğer tam ehliyetli ise, bu durumda tam ehliyetli olan nişanlı bu sözleşme ile bağlıdır; öyle ki burada tam ehliyetli olan nişanlı bu durumu bilmediğini ileri sürse dahi, söz konusu durum değişmez yani iyi niyetini ileri sürerek bundan kaçınamaz. Eğer tam ehliyetli nişanlı söz konusu nişanlısının vasfında bir hataya düştüğünü ileri sürerse ve bunu ispatlarsa, ancak o takdirde nişandan tek taraflı olarak cayabilir.[9]

Eğer sınırlı ehliyetsiz kendisini ehil göstermiş ve karşı tarafın buna inanmasına sebep olmuşsa, yani aldatmışsa, bu durumda da bir haksız fiil söz konusu olacağından karşı tarafa vermiş olduğu zararları tazmin etmeye mecburdur. (MK16/2; MK452/2)

Sınırlı ehliyetsiz eğer velayet altındaysa bu kişinin velisi anne ve babasıdır. Bunlar, hakkın kötüye kullanılması hükmü saklı kalmak üzere, sınırlı ehliyetsizin nişanlanması konusunda izin verip vermemekte serbesttirler. Eğer sınırlı ehliyetsiz vesayet altındaysa, bu durumda izin verecek kişi vasidir. MK md.461, vasinin sınırlı ehliyetsizin nişanlanmasına haklı bir sebep olmaksızın izin vermemesi halinde sulh mahkemesine şikayet yoluyla başvurması hakkını tanımışken, aynı hakkı velayet altındaki küçüğe tanımamıştır.

Eski MK döneminde Prof. H.V. Velidedeoğlu, *"Velinin velayet hakkını ağır surette kötüye kullandığı veya aşırı ihmalde bulunduğu sabit olursa o zaman velayet hakkı EMK md. 274'e göre kaldırılır ve küçüğe vasi tayin edilir bu vasi nişanlanmayı onadığını bildirebilir"* demektedir.[10] Biz de bu yorumdan yola çıkarak MK md.348'deki velayetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin olması durumunda sınırlı ehliyetsize vasi atanabileceği sonucuna varmaktayız. Ayrıca, vesayet altındaki kişi, MK md.426'da belirtilen sebepler söz konusu olduğu takdirde, kendisine kayyım atanmasını da isteyebilir ve bu kayyım da nişanlanmaya izin verebilir.

---

(9) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s 25

(10) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s 26

Tam Ehliyetsizlerin, yani ayırdetme gücüne (temyiz kudretine) sahip olmayanların yaptıkları her türlü hukuki işlemler ve pek tabi olarak da nişanlanma sözleşmesi yapmaları hükümsüzdür yani hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Hatta bunların yasal temsilcilerinin rızası ile dahi nişanlanma sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Ancak, ayırdetme gücünü devamlı değil de geçici olarak kaybeden (örneğin almış olduğu uyuşturucu ya da alkolün etkisi ile) kişilerin yapmış oldukları nişanlanma sözleşmesinin yaptırımı nisbî butlandır. Bu durumda kişi nişanlanmayı sonradan göstereceği haklı sebeple sona erdirebilir.

B) NİŞANLANMA İRADESİ

Hukuki niteliğini sözleşme olarak açıkladığımız nişanlanma, BK md.1' de yazdığı gibi, *"iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleri ile..."* kurulur ve iki taraf ilerde evlenecekleri yönünde birbirlerine vaatte bulunurlar. Burada önemli olan nokta, nişanlanma iradelerinin karşılıklı olmasıdır; çünkü nişanlanma tek taraflı hukuki bir işlem olmadığından, bu vaadi yalnız tek tarafın açıklaması ile nişanlanma sözleşmesi kurulamaz. Burada iradelerin açıklanması açıkça olabileceği gibi, zımni (örtülü) de olabilir (BK md.1/2). Medeni Kanunumuz evlilikte olduğu gibi nişanlanmada şekil şartı öngörmediğinden, iradelerin açıklanması yazılı ya da sözlü şarta da tabi değildir. Kişiler açıkça nişanlı olduklarını ifade etmese de birbirlerine ve etrafa karşı nişanlı gibi davranarak ya da nişanlı olarak tanıtarak hareket ediyorlarsa, ya da birbirlerine verdikleri hediyelerden yazdıkları mektuplardan şiirlerden vs. nişanlı oldukları anlamı çıkıyorsa, bu gibi durumlarda da nişanlanmanın meydana geldiği kabul edilir. Ülkemizde her ne kadar nişan töreni, yüzük takılması gelenek halini almışsa da, gerek doktrinden gerekse de Yargıtay içtihatlarından bunun şekle tabi olmadığını çıkarmaktayız. Yargıtayımız bir içtihadında, *"Medeni Kanun nişanlanma için özel bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu itibarla da nişanlanmanın geçerliliği herhangi özel bir şarta bağlı olmadığı gibi kanıtlanması da yazılı bir delil gerektirmez..."*[11] demiştir.

Yine 24.11.1998 tarihli başka bir içtihadında "*...nişan, birbirleriyle evlenmek isteyen kadın ve erkeğin bu konudaki iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen sözleşmedir. İrade beyanı şekle bağlı olmadığından ne tür davranışın evlenme vaadi olduğu hususunun tarafların beyan ve davranışları, kişisel durumları ve bağlı oldukları çevreye göre takdir edilmelidir."* demiş ve devamında Prof. Tuor'a yaptığı göndermede de

(11) Yargıtay HGK 29.05.1996 tarih; 1996/3-279 E; 1996/420 K (Dominant İçtihat Programı)

"nişanlanma hiçbir şekle bağlı olmayan basit rızai bir akittir" görüşünü de vurgulamıştır.[12]

Ancak buradaki temel problem, şekle bağlı yapılmayan nişanlanmanın ispatının nasıl yapılacağıdır. Çünkü nişanlanma -*kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak*- kabul edildiği için HUMK (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) taki senetle ispat kuralına da tabi tutmamız mümkün değildir. Prof. H. Hatemi: "*Nişan töreni yapma, nişan yüzüğü takma, nişan hediyesi verme vs. gibi olguların varlığı kanıtlandığı takdirde bunlar nişanlanmanın varlığına delil olur. Fakat nişanlanmanın kurucu veya tamamlayıcı unsuru değillerdir. Mesela evlenme vaatleri sözlü olarak açıklanmış ve sonra taraflar birbirini nişanlı olarak takdim etmişse tanık beyanı ile nişanlanmanın kanıtlanması mümkündür.*" demektedir.[13]

Burada hakime büyük bir görev düşmektedir zira hakim, somut olayın özelliklerine göre nişanlanma sözleşmesinin tarafların aralarında olup olmadığını saptayacaktır.

Öte yandan nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan burada temsil kurumu geçerli olmaz; yani sınırlı ehliyetsiz bir küçük ya da kısıtlı veli ya da vasisi tarafından nişanlanamayacağı gibi, tam ehliyetli birisi de görevlendireceği bir vekile vekalet vererek *"beni uygun gördüğün birisi ile nişanla"* diyemeyecektir. Ancak burada ulak, aracı, elçi denilen kişilere örneğin *"benim (X) ile nişanlanmak istediğimi kendisine iletir misin?"* dediğinde (X) de bunu kabul ederse nişanlanma sözleşmesi kurulmuş olur.[14] Çünkü burada ulak kendi iradesini açıklamaz; o sadece aracıdır ve açıklanan iradeyi değiştirmeden olduğu gibi nakleder. Halbuki temsilci kendi iradesini açıklayarak bir hukuki işlemi kurmaktadır.[15]

Burada değinilmesi gereken son konu ise, nişanlanmanın şarta ya da vadeye bağlı olarak yapılıp yapılamayacağıdır Medeni Kanunumuz evlenmenin şarta bağlı yapılmasına izin vermemekte ise de, nişanlanmanın şarta ya da vadeye bağlanmasına bir engel koymamıştır; yeter ki şart, hukuka,kamu düzenine, ahlaka, adaba ya da kişilik haklarına aykırı olmasın.[16] Şart, erteleyici (taliki) olabileceği gibi, bozucu (infisahi) da olabilir.

---

(12) Yargıtay 3 HD; 24.11.1998 tarih ; 1998/10173 E. ; 1998/12105 K. (Corpus İçtihat Programı)

(13) HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005,İstanbul, s.10

(14) HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005,İstanbul s.10; AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.32 ; DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s. 16

(15) OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul s.30 dipnot 9

(16) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.23; AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.32

C) NİŞANLANMA ENGELLERİ

Medeni Kanunumuz md.129 ile evlenme engellerini açıkça düzenlemesine rağmen nişanlanmaya engel durumları düzenlememiştir. Bu nedenle nişanlanma engellerine, gerek sözleşmeler hukukuna, gerekse de evlenme engellerine göre yorum yaparak sonuca ulaşacağız.

Ayrıca sözleşme niteliğinden dolayı, her şeyden önce sözleşme özgürlüğünü sınırlayan haller, örneğin hukuka, kişilik haklarına, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ve ahlaka aykırılık ile imkansızlık nişanlanma sözleşmesinin yapılmasına da engel olacak durumlardandır; yani BK 19 ve 20. maddelerinde belirtilen hallere aykırılık olmaması gerekir.[17]

Nişanlanma bir evlenme vaadi olduğuna göre, evlenmeye kesin olarak engel olan durumlar, evleviyetle (haydi haydi) nişanlanmaya da engel olacaktır. Dolayısıyla kesin olmayan evlenme engellerine rağmen nişanlanılmışsa bu, nişanlanmanın geçerliliğine engel teşkil etmeyecektir. Buna en çok gösterilen örnekse, boşanma ya da ölümden dolayı eşinden ayrılmış bir kadının kanunda yazan 300 günlük bekleme süresine (MK md. 132) uymadan nişanlanmasıdır.[18] Gerçekten de söz konusu bu durum eğer evlenmeye engel teşkil etmiyorsa, nişanlanmaya da engel teşkil etmemesi gerekmektedir ki biz de bu örneğe ve görüşe katılıyoruz.

Kesin evlenme engellerinden sayılan (MK md.133) akıl hastalığında kişi, evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça nişanlanamayacaktır.

Yine kanunda belirtilen kesin evlenme engellerinden yakın kan ve kayın hısımları, *("...üst soy ile alt soy arasında;amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında; kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile eşlerden biri ile diğerinin üst soyu veya alt soyu arasında...")*, evlatlık ilişkisi *("evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin alt soyu ve eşi arasında")* ile mevcut bir evliliğin olması durumunda bu kişilerin nişanlanmaları kesin olarak yasaktır. Prof. H.V. Velidedeoğlu, *"... Gerçi eşi ölümcül bir hastalığa yakalanmış ve yakında dul kalacak olan veya yakında boşanacak olan bir kimsenin nişanlanması sakıncasız gibi görünmekte ise de gerek kanunun evlilik konusundaki açıklığı ve gerek toplumun ahlaki düşünüşü bakımından, evli kimsenin hiçbir suretle nişanlanamayacağını kabul etmek daha doğru ve yerinde olur..."*[19] demektedir.

---

(17) AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.32

(18) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.20; OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul; AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.34

(19) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s 27 (dipnot 10- Mardin'e Gönderme)

Çifte nişanlanmaya ilişkin olarak da bazı noktalara değineceğiz. Doktrinde baskın görüş şöyledir: İkinci nişanlanma birinciden dönme anlamını taşıyorsa, bu durumda ikinci nişanlanma geçerlidir; ancak dönme anlamını taşımıyor ve kişi her iki nişanı da beraber götürmek istiyorsa, burada ahlaka aykırılık söz konusu olacağı için ikinci nişanlanma hükümsüzdür.[20] Her ne kadar bu görüş doktrinde egemen olsa da bizim de katıldığımız ve İsviçre hukukunda da kabul edilmeye başlanan bir diğer görüşe göre, her iki nişanlanma da burada geçerlidir;çünkü nişanlanma nişanlıların kişisel durumlarında bir değişiklik yaratmadığından yapılan her iki nişanlanma alternatif olarak evlilikle sonuçlanabilir, yani evliliğin gerçekleşmesi ile sona erer. Sona ermeyen diğer nişanlılık içinse, nişan haklı olmayan bir sebeple sona ermiş sayılır ve bunun sonuçlarına da iki defa nişanlanan taraf katlanır. Bunun yanında, iki defa nişanlanmadan haberi olmayan taraf içinde haklı sebeple bozma imkanı doğar.[21]

2. NİŞANLANMANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A) BUTLAN HALLERİ

Nişanlanma bir sözleşme olduğuna göre, doğal olarak sözleşmelerin butlanını gerektiren haller nişanlanmanın da butlanını oluşturur. Tam ehliyetsizlik (MK md.15), hukuka ve ahlaka aykırılık, imkansızlık (BK md. 20) Kanun'un emredici hükümlerine, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık (BK md.19) nişanlanmanın butlanını gerektiren haller olarak sayılabilir.

Muvazaa (danışıklılık) varsa, bu durumda tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi nişanlanma da butlandır yani kesin hükümsüzdür; çünkü bu durumda taraflar sadece üçüncü kişilere karşı bir görünüş yaratmak, onlara ortada bir nişanlanma varmış inancını vermek istemektedirler.[22] Tarafların muvazaalı hareket etmelerinin ardında da çeşitli sebepler yatıyor olabilir; örneğin gayrimeşru ilişkilerini toplum gözünde meşrulaştırmak[23] ya da nişanlılığın vermiş olduğu söz gelimi tanıklıktan çekinme[24] gibi haklardan faydalanmak için yapılmış olabilir.

---

(20) Bu Konuda Bkz. OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul s. 34; AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.34; DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.21

(21) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.21 (dipnot30); ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s. 89

(22) ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s.83

(23) AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s. 35

(24) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.21

B) İRADE BOZUKLUĞU HALLERİ

Nişanlanmada irade bozukluğu hallerini MK açıkça düzenlememiştir. Burada taraflardan birinin gerçekte nişanlanmayı arzu etmediği halde, bir zihni kayıtla (reservatio mentalis) evlenme vaadinde bulunması halinde, zihni kayıt, yapılan beyanın geçerliliğini etkilemez. Fakat karşı taraf bu zihni kaydı biliyorsa, o zaman işlem (nişanlanma) meydana gelmez.[25]

Latife (şaka) Beyanında tarafların yaptığı nişanlanma geçerli olmaz; çünkü tarafların buradaki beyanları evlenme vaadine yönelik irade beyanlarını içermemektedir. Ancak karşı tarafın bunu ciddiye alması güven prensibine göre haklı görülürse, bu durumda latife beyanı yapanın beyanı ciddi beyan gibi sonuç doğurur ve nişanlanma gerçekleşir. Buna karşın latife beyanında bulunan taraf yaptığı beyanın ciddiye alınmayacağını, şaka olduğunun açıkça anlaşılacağını düşünerek hareket ettiğini, bu nedenle hataya düştüğünü belirtebilir. Burada eğer hakkaniyet gerektiriyorsa karşı taraf için nişanın haksız bozulması sebebiyle tazminata hükmedilebilir.[26]

Nişanlanma, irade bozukluğu hallerinden olan hata(yanılma), hile (aldatma), ikrah (korkutma) nedeniyle sakat olmuşsa, bu durumun nasıl çözümleneceği yönünde doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş BK'daki genel hükümlere göre çözüleceğini öne sürerken, bir başka görüş MK'da evlenmede irade bozukluğu halleri düzenlendiğine göre, kıyasen nişanlanmada da bunun uygulanması gerektiğini savunmuştur. Ancak baskın görüş olan bizim de katıldığımız görüşe göre, ne BK'daki genel hükümler ne de MK'daki hükümler uygulanmalı; nişanlanmanın kendine özgü olmasından dolayı iradesi bozulan nişanlının nişandan dönmesi değil, nişanı haklı sebebe dayanarak bozması kabul edilmelidir (bu haklı sebep MK 120'de belirtilen haklı sebebe dayanak teşkil eder). Bu durumda eğer nişanlılardan biri bu sözleşmenin kurulmasında diğer tarafın niteliklerinde esaslı bir hataya düşmüşse (ki bu hata evlenmedekine nazaran nişanlanmada çok daha geniş tutulmuştur), nişanlanmayı bizzat kendisinin ya da üçüncü bir kişinin hilesi ya da korkutması ile gerçekleştirmişse, hataya düştüğünü ya da aldatıldığını öğrendiğinden; korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren derhal nişanı bozduğunu diğer tarafa bildirmesi lazımdır. Burada BK md.31'deki bir yıllık süre uygulanmaz.[27]

---

(25) OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul s.34

(26) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.21

(27) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.22: AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.36

III. NİŞANLILIĞIN HÜKÜMLERİ

Nişanlanma aile hukukuna özgü bir sözleşme olduğu için, nişanlıların bir takım hak ve yükümlülükleri vardır. Ancak söz konusu bu hak ve yükümlülüklerin neler olduğunu Medeni Kanunumuz derli toplu bir biçimde düzenlememiştir. Gerek örf adetten gelen gerekse de doktrinde ve uygulamada kabul edilen hak ve yükümlülükler şu başlıklar altında toplanabilir.

1. NİŞANLANMADAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

Burada MK md.2'deki dürüstlük kurallarına dayanarak nişanlıların, nişanlanmayla, birbirlerine karşı hayat tecrübelerinin, genel ahlâk kurallarının ve teamülün emrettiği yükümlülükler altına girdikleri kabul edilir. Ayrıca, nişanlılar, MK md.120'den çıkarılan sonuca göre, müşterek geleceği imkânsız kılan, tehlikeye düşüren veya beklenmeyecek hale sokan her türlü tutumdan uzak durma yükümlülüğü altına girerler.[28]

A) EVLENME YÜKÜMÜ

Nişanlanma bir evlenme vaadi olduğuna göre, elbette ki tarafların en temel yükümü evlenme sözleşmesini gerçekleştirmek üzere hazırlıklarda bulunmaktır. Ancak bundan tarafların birbirlerini evlenmeye zorlayabileceği anlamı kesinlikle çıkarılmamalıdır. Nitekim MK md.119/1 açıkça *"Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez"* demiştir. Her ne kadar nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermese de bu, dileyen tarafın dilediği gibi nişanı bozabileceği anlamına da gelmez. Bu nedenle nişanlanmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyen nişanlı için diğer nişanlı haklı sebebe dayanarak nişanı bozabilir. Bu durumda da karşı taraf, nişanın kusur yüzünden bozulmasına sebep olan taraftan uğramış olduğu maddi ve manevi zararları isteyebilir.

Kanun koyucu tarafların hiçbir baskı altında kalmaksızın kendi özgür iradeleri ile evlenmelerine çok önem vermiştir. Bu nedenle cayma tazminatı, cezai şartlar ve bunun gibi tarafların özgür iradelerini sınırlayacak ve onları baskı altına alacak hiçbir düzenlemeyi kabul etmemiş, hatta taraflar kendileri bile kararlaştırsalar yine de onlara bundan dolayı dava hakkı tanımamıştır (MK 119/2). Ancak, hukukumuza EMK (Eski Medeni Kanun) da 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun değişikliği ile giren -*yapılan ödemelerin geri alınamayacağı*- düzenlemesi Yeni Medeni Kanun döneminde de aynen kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme ile ilgili Prof. H. Hatemi, gerek İsviçre Medeni Kanunu (ZGB),

---

(28) ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s.90

gerekse Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda verilenin geri alınamayacağı kuralının olmadığını belirtmiş, *"bizde böyle bir düzenlemeye gidilmesinin adeta kız babalarına ödenen başlık'lar için genel bir koruyucu ve güvence verici kural"* olduğuna değinmiştir. Devamında, *"... oysa bu kural kanundan çıkarılırsa somut olay adaleti daha iyi sağlanır. Borç olmayan şeyin ifası (condictio indebiti) durumunda, esasen verilen şey borçlu olmadığını bilerek ödenmiş ise geri istenemez (BK md.62/1). Somut olayda ahlaki vazifenin ifası durumu varsa yine geri isteme kabul edilmez (BK md.62/2). Buna karşılık bu kural kaldırıldığı takdirde, gerçek anlamda bir başlık söz konusu ise diğer bir deyişle kız babası kızın yabancı bir aileye giderek onlara iktisadi katkıda bulunacağı düşüncesi ile kızını adeta arttırmaya çıkarıyorsa ortak amaç'a bakılacağına ve sözleşmeler böylece güven kuramına uygun olarak yorumlanacağına göre (BK md.18/1) burada sadece kız babasının amacı ahlaka aykırıdır. Şu halde karşı tarafın cayma tazminatı adı ardında gizlenen başlık olgusunu ortaya koyarak ve ifadaki iradesinin de özgür olmadığını, töre'nin ve kız babasının baskısı ile cayma tazminatı adı altında ödediği başlığı geri isteyebilmelidir"* demektedir.[29]

B) SADAKAT YÜKÜMÜ

Medeni Kanun taraflara açıkça nişanlılıkta böyle bir yükümlülük yüklememekle birlikte, gerek örf-adet ve ahlak, gerekse dürüstlük kurallarından böyle bir yükümlülüğün varlığını çıkarmaktayız.

Söz konusu bu yükümlülük yalnızca cinsel yönden sadakate indirgenmemeli evlilikteki sadakat kavramından daha geniş yorumlanmalıdır.

Nitekim nişanlılar ilerde evlenecekleri yönünde birbirlerine vaatte bulunduklarına göre, bu evlenme amaçlarını tehlikeye sokacak her türlü münasebetsiz hareketlerden kaçınmaları ve evlenmelerini mümkün kılacak ve de kolaylaştıracak şekilde dürüstlükle hareket etmeleri gerekmektedir.

C) KARŞILIKLI YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bu yükümlülük de temelde MK'da düzenlenmemesine rağmen doktrinde kabul edilen bir yükümlülüktür. MK md.2 dürüstlük ilkesine dayanır. Nişanlılar bu yükümlülük gereği birbirlerine maddi ve manevi yönden yardım etmek ve birbirlerini desteklemekle yükümlüdürler. Nişanlılar ağır hastalık, psikolojik bunalım, zayıf durumda olma gibi koşullarda birbirlerine destek olmak, kötü durumu atlatmak konusunda

---

(29) HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005,İstanbul s.34-35-36 (Başlık kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. HATEMİ, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları)

yardım etmek durumundadırlar. Örneğin intihara teşebbüs eden nişanlının bu hareketini engellemek yükümlülüğü vardır.[30]

2. NİŞANLANMADAN DOĞAN HAKLAR

A) TANIKLIKTAN KAÇINMA HAKKI

Nişanlılardan biri davalı ya da davacı olduğu hukuk davalarında, yahut nişanlılardan birine karşı açılmış olan ceza davalarında diğer nişanlı dilerse tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Bu durum gerek HUMK gerekse de CMK'da (Ceza Muhakemesi Kanunu) düzenlenmiştir.

B) HAKİMLİKTEN, HAKEMLİKTEN KAÇINMA HAKKI

Tanıklıktan kaçınma hakkında olduğu gibi, Hakimlik görevini yapan taraf nişanlısının açmış olduğu bir davaya bakmaktan kaçınabileceği gibi, davanın karşı tarafı da bu hakimi reddedebilir. Bu kurumda HUMK' da ve CMK'da düzenlenmiştir. Aynı açıklama Hakemlik Görevi için de geçerlidir.

C) HAKSIZ FİİL FAİLİNDEN MADDİ-MANEVİ TAZMİNAT İSTEME HAKKI

Nişanlılardan birinin bir haksız fiil sonucu ölmesi durumunda sağ kalan nişanlı, faile karşı BK md.45'deki şartlar gerçekleştiği takdirde, maddi tazminat (destekten yoksun kalma tazminatı) davası açabilir. Genellikle bu talebi kadın nişanlı ileri sürmesine rağmen, erkek nişanlının da bu tazminatı istemesinde bir engel yoktur; örneğin sakat olan bir erkek de bu tazminattan yararlanabilir, çünkü nişanlılık daha sonra evlenmenin gerçekleşeceği yönünde bir karine oluşturur. Böylece nişanlının ölümüyle müstakbel eşin farazi desteği kaybolur.[31] Prof. H.Hatemi *"BK md.45/son dolayısıyla destekten yoksun kalma gerekçesi ile tazminat istenebilmesi için aslında evlenme vaadi dahi aranmaz. Ölenin, tazminat talep eden kimseye destek olup olmadığına bakılır"* demektedir.[32]

Doktrinde nişanlılardan birinin haksız fiil kapsamında ölümü üzerine sağ kalan nişanlı ölüme sebep olan kişiden manevi tazminat da isteyebilir. (BK md.47)[33] görüşü hakim olmasına rağmen, Yargıtay 21. HD 06.02.2003

---

(30) ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s 95;

(31) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s. 26; OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul s.39

(32) HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005, İstanbul s.20

(33) AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.38; DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.26; OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul s.40; HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005, İstanbul s.20

tarihli bir içtihadında *"... desteğin kaybı nedeniyle manevi tazminat talebi bulunabilecekler eş, çocuk, ana, baba gibi resmi evlilik ilişkisi bulunan eşler ve kan bağı, ile yakınlığı bilinen kişiler olarak kabul edilmektedir. Medeni hukuk sistemimizde nişanlılık bağı ile bağlı kişiler arasında henüz hukuksal sonucu doğurabilecek bir ilişki oluşturmamaktadır. Geleceğe yönelik bir evlilik vaadinden ibarettir. Bu tür bir ilişkinin BK'nın öngördüğü biçimde manevi tazminatı gerektirecek bir bir yakınlığı içermemektedir. Aksine bir yorum manevi tazminat isteyebilecek kişilerin kapsamının son derece genişletilmesi ve bu hukuksal kurumun kötüye kullanılması sonucunu doğurur. Bir kısım nedenlerle henüz nişanlılık ilişkisi bulunan bir kişiye manevi tazminat verilmesi usul ve yasaya aykırıdır"*[34] diyerek doktrinde kabul edilen bu görüşü usul ve yasaya aykırı bulmuştur.

E) MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ YAPMA HAKKI

Nişanlılar MK md.203'de yazılı olan düzenlemeye göre yasal mal rejiminden ayrılarak, örneğin mal ayrılığı, mal ortaklığı gibi seçimlik mal rejimlerinden birini seçmek üzere mal rejimi sözleşmesi yapabilirler.

IV NİŞANLILIĞIN SONA ERMESİ

1. SONA ERME NEDENLERİ

A) EVLENME

Nişanlıların birbirleriyle evlenmesi durumunda artık evlenme amacı gerçekleşmiş ve nişanlılık ilişkisi sona ermiş olur. Bunun dışında, nişanlılardan biri bir başkasıyla evlenmişse, önceki nişanlılık ilişkisi nişanın haksız yere bozulması nedeniyle son bulur; bu durumda haksız yere nişan bozma hükümleri doğar.

B) ÖLÜM VE GAİPLİK

Nişanlılardan birisinin ölmesi halinde, bu şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve kişisel niteliklere ve kişiliğe önem verilen bir durum ortaya çıktığından nişanlılık ilişkisi halefiyet yoluyla mirasçılara geçmez ve kendiliğinden sona erer. EMK döneminde ölüm halinde hediyelerin geri istenemeyeceğiyle ilgili hüküm vardı; ancak bu YMK (Yeni Medeni Kanun) döneminde kaldırılmış md.122'de "*nişanlanma evlenme dışında bir sebeple sona ererse...*" demekle yetinilmiştir. Aynı durum Gaiplik için de geçerlidir; çünkü, gaiple de gıyapta evlenme mümkün olmayacağına göre, nişanlanmanın feshi gibi bir işleme gerek kalmaksızın nişanlılık ilişkisi sona erer.[35]

---

(34) Yargıtay 21 HD. 06.03.2003 tarih ; 2003/519 E; 2003/837 K

(35) HATEMİ Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, 2005,İstanbul s.20 ; AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s.39; DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.27

C) ÇİFTE NİŞANLANMA

(Bkz. Nişanlanma engelleri)

D) BOZUCU ŞARTIN GERÇEKLEŞMESİ

Nişanlanma bozucu bir şarta bağlı olarak yapılmışsa, şart gerçekleşinceye kadar genel hükümlere göre nişanlılık geçerlidir ve bu durumda nişanı haklı bir nedenle bozan taraf MK md.120 kapsamında doğan haklardan yararlanır. Ama, eğer şart gerçekleşmişse nişanlılık ilişkisi o anda kendiliğinden son bulur. Nişanlılar yalnızca birbirlerine verdikleri hediyeleri geri isteyebilirler; bunun dışında herhangi bir tazminat talebinde bulunamazlar. Hatta onların ana babalarının veya onlar gibi hareket eden 3. kişilerin de tazminat hakları yoktur; sadece onlar da vermiş oldukları hediyeleri geri isteyebilirler.[36]

E) KESİN BİR EVLENME ENGELİNİN ORTAYA ÇIKMASI

Nişanlılık ilişkisi kurulduktan sonra ortaya bir kesin evlenme engelinin çıkması halinde, örneğin nişanlılardan birinin sürekli olarak akıl hastası olması, nişanlıların sonradan yakın kan veya kayın hısımı olduklarının anlaşılması ya da nişanlılardan birinin diğerini evlat edinmesi halinde nişanlılık ilişkisi kendiliğinden sona erer.

F) İMKANSIZLIK (CİNSİYET DEĞİŞTİRME)

Medeni Kanunumuz aynı cinsten bireylerin evlenmelerini, dolayısıyla da nişanlanabilmelerini kabul etmediğine ve nişanlanma sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için ayrı cinsten olmayı aradığına göre, nişanlılardan biri eğer nişanlanma sözleşmesi kurulduktan sonra MK md. 40'a uygun olarak cinsiyetini değiştirirse, aynı cinsten bireylerin nişanlanamamasından dolayı ortada hukuki bir imkansızlık oluşur ve mevcut nişanlılık da kendiliğinden son bulur.

G) ANLAŞMA

Nişanlılar isterlerse anlaşarak aralarındaki hukuki ilişkiye son verebilirler. Eski hukukumuzda buna *"ikale"* denmekteydi. Nişanlanma ilişkisinin kurulması nasıl ki şekle bağlı değilse, doğal olarak kaldırılması da herhangi bir şekle bağlı değildir. Sona eren nişanlılık ilişkisinin geçerliliği için hakim kararına gerek olmadığı gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı sınırlı ehliyetsizin nişanı bozarken yasal temsilciden

---

(36) DURAL M. /ÖĞÜZ T. / GÜMÜŞ M. A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s. 27

izin almasına (icazete) da gerek yoktur. Taraflar eğer anlaşarak nişanlılık ilişkilerine son vermişlerse, bu durumda bizzat kendilerinin maddi ve manevi tazminat hakları ortadan kalktığı gibi ana-babalarının ve onlar gibi hareket eden 3. kişilerinki de ortadan kalkar. Bununla birlikte nişanlılar hediyelerin iadesini isteyebilirler (MK md.122)

H) İRADE BOZUKLUĞU HALLERİ

(Bkz. Nişanlanmanın Hükümsüzlüğü - İrade Bozukluğu Halleri)

I. TEK TARAFLI OLARAK NİŞANI SONA ERDİRME - BOZMA

Nişanlanma sözleşmesi, nişanlıların anlaşarak sona erdirmeleri dışında tek taraflı irade beyanı ile de ya da doktrinde denildiği gibi cayma, dönme, bozma, şeklinde de ortadan kaldırılabilir. Biz kısaca bozma terimini kullanacağız. Nişanın bozulması haklı bir sebebe dayanarak yapılabileceği gibi, böyle bir sebep olmadan da yapılabilir. Haklı sebep olmadan nişanın bozulmasına izin verilmesinin nedeni bireylerin özgür iradeleri ile hiçbir baskı altında kalmaksızın evlenmelerini kanun koyucunun istemesi ve nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesinden kaynaklanmaktadır. Nişanlı, önceden açıklayacağı bir irade beyanı ile nişanı bozma hakkından vazgeçemez ve böyle bir taahhütte bulunamaz. Bu durum MK md. 119/1 e açıkça aykırılık teşkil eder.[37] Ancak, nişanın bozulmasında haklı bir sebep yoksa, bu durumda nişanı haklı sebep olmadan bozan nişanlı tazminat ödeme yükümü altına girer. Nişanın bozulması herhangi bir şekle bağlı değildir. Yazılı, sözlü, açık ya da örtülü (zımni) yapılabilir.

Nişan, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan yasal temsilcisi nişanı sınırlı ehliyetsizden habersiz bizzat bozamayacağı gibi, sınırlı ehliyetsizin nişanı bozmasına yasal temsilcinin rıza göstermemesi şeklinde de olamaz. Çünkü nişanı bozmak için sınırlı ehliyetsizin veli-vasisinden izin (icazet) almasına gerek yoktur. Bu durumda nişan geçerli bir şekilde sona ermiş olur.

Nişan bir kere bozuldu mu artık geri dönüşü de yoktur, yani nişanın bozulmasından dönme yoktur; bu durumda haklı sebebin varlığına bakılmaz. Eğer taraflar nişan ilişkilerini devam ettirmek istiyorlarsa, yapacakları evlenme vaadi yeni bir nişanlanma teşkil eder.[38]

Haklı sebep kavramına da açıklık getirelim: Nişanın bozulmasında haklı sebep olması için nişanlıların dürüstlük kuralları çerçevesinde artık nişanlılık ilişkilerini devam ettirilemez duruma gelmeleri gerekir.

---

(37) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.29
(38) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.29

Dural/Öğüz/Gümüş kitaplarında haklı sebebe şu örnekleri vermişlerdir. *"taraflardan birinin ekonomik durumunun iyice sarsılması, nişanlısının bir karakter özelliğinin ya da nişanlanmadan çok önceye ilişkin hoş olmayan özel hayatını öğrenme, şiddetli hayat felsefesi ya da inanç ayrılığı, diğer nişanlının devamlı ve ağır bir hastalığa yakalanması, nişanlıya karşı kötü muamele ve şiddet uygulanması, bir başkası ile nişanlının aldatılması...."*[39] Bu örnekler sınırlı sayıda (tahdidi) değildir.

Hâkim, her somut olayda haklı bir sebebin var olup olmadığına Medeni Kanunu'nun kendisine verdiği takdir yetkisine dayanarak karar verir (MK md. 4). Bu durumda Hakim, toplumdaki değer yargılarını, tarafların sosyal durumlarını, örf ve âdeti göz önünde tutarak, nişandan dönen tarafın nişanı devam ettirip ettiremeyeceğini ve evlenmeden vazgeçmekte haklı sayılıp sayılmayacağını kararlaştırır.[40]

2. NİŞANLILIĞIN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Nişanlılığın sona ermesi durumunda artık kişiler nişanlı statüsünden ayrılmış olurlar; bunun doğal sonucu olarak da nişanlılığın vermiş olduğu hak ve yükümlülükler de ortadan kalkar. Ancak nişanlılığın sona ermesinin sonuçları yalnız bunlar değildir. Bunun yanında hediyelerin geri verilmesi ve şartlarının geçerli olması halinde maddi ve manevi tazminat gibi hukuki sonuçlar da söz konusu olmaktadır. Şimdi bunların ayrıntılarını inceleyelim.

A) HEDİYELERİN GERİ VERİLMESİ

MK hediyelerin geri verilmesini md.122'de düzenlemiştir. EMK döneminde sadece nişanlıların birbirlerine vermiş oldukları hediyelerin geri verilmesi kabul ediliyordu ve ölüm halinde hediyeler geri verilmiyordu. Ancak bu düzenleme YMK'da kaldırılmıştır. Artık hediyelerin geri verilmesi

a) nişanın bozulması,

b) nişanlılardan birinin ölmesi,

c) nişanlılardan birinin gaipliğine hükmedilmesi

hallerinde istenebilecektir. Ayrıca nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyeler dışında ana babasının ya da onlar gibi hareket eden üçüncü kişilerin de hediyeleri, geri verme davasına konu olabilecektir. Bununla birlikte hediyelerin geri verilmesi için bir takım şartlar gerekmektedir. Bunlardan ilkine göre bu hediyelerin alışılmışın dışında (mutad olmayan) olması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu hangi hediyelerin alışılmışın

---

(39) DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.30
(40) ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s. 101

dışında olduğunu kanunda açıkça yazmamıştır. Buna karar verme yetkisi hakime aittir. Yargıtayımız istikrarlı olarak içtihatlarında *''Giyilmekle eskiyen, kullanılmakla tükenen şeylerin iadesi istenemez"* demiştir.[41] Yine bir başka içtihadında *"... bir nişan hediyesinin mutad sayılabilmesi bunun yöresel örf ve adete göre verilen hediyelerden olması hususu yanında, bu gibi hediyelerin maddi değerinin de günün koşullarına göre fahiş olmayan hediyelerden olmasına bağlıdır ki bu fahişlik olgusu da daha çok tarafların mali ve sosyal durumlarıyla değerlendirilip sonuca göre karar verilmesi gerekir..."* diyerek alışılmışın dışında olgusundan ne anlamamız gerektiği ile ilgili kriter vermiştir.[42] Ana-baba gibi hareket eden kimselerin kimler olduğu da (nişanlının amcası, kardeşi, dayısı, halası, teyzesi...) yasada yer almayan başka bir konudur. Buna da somut olayın özelliklerine göre karar verecek olan yine hakimdir. Ayrıca hediye nişan dolayısıyla verilmiş olmalıdır. Söz konusu hediye nişandan önce ya da nişan sırasında verilebileceği gibi, nişandan sonra da verilebilir;ama başka bir nedenle verilmişse, bu durumda MK md.122 kapsamına girmez.

Doktrinde mal varlıksal bir değer taşımayan eşyaların ve özellikle nişanlıların birbirlerine göndermiş veya vermiş olduklar mektupların, fotoğrafların vb. geri vermeye konu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bunların hediye kapsamına girmediğinden geri verilmesinin istenemeyeceğini savunanlar[43] olduğu gibi, hediye kapsamına girdiğini o yüzden istenebileceğini savunan yazarlar da vardır. Bu konu doktrinde MK 23-24 de düzenlenen kişiliğin korunması temeline dayandırılarak çözümlenmektedir. Eğer bir fotoğraf ya da mektubun eski nişanlıda kalması diğer nişanlının kişilik haklarını zedeliyorsa, bu durumda iadesi gerekir, aksi takdirde geri verilmesi gerekmez.[44]

Hediyelerin geri verilmesinde göz önünde tutulması gereken en önemli husus 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un uygulanması olacaktır. Burada bu davaya bakacak görevli mahkeme aile mahkemesidir. Eğer söz konusu yerde aile mahkemesi kurulmamışsa, bu durumda görevli mahkeme bu mahkeme yetkisi verilmiş asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise davalının veya davalıların yerleşim yeri mahkemesidir. Bu dava ancak hediyeyi verenler tarafından diğer nişanlıya, eğer nişanlı ergin değilse babasına karşı açılabilir. Yargıtayımız bir içtihadında *"...Ergin olan nişanlının kendisi*

---

(41) Yargıtay 3. HD 1995/1941E. 1995/1871 K. ; Yargıtay 3. HD 08.07.2004 tarih 2004/6788 E. 2004/7878 K. ; Yargıtay 3. HD 18.09.2001 tarih, 2001/6263 E; 2001/7857 K.

(42) Yargıtay 3. HD 14.12.1992 tarih 1992/2853 E. 1992/20629K.

(43) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s.42 (Tuor'a gönderme)

(44) AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s. 45

yerine babasına karşı açılan dava husumet yönünden reddedilmelidir..." demiştir.[45]

Mahkeme öncelikle uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesi için çaba sarfedecektir; çözülememesi halinde işin esasına girip yargılama yaparak uyuşmazlık hakkında karar verecektir.

Mahkeme, bünyesinde görevli uzman psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan araştırma ve inceleme yaptırıp rapor isteyebileceği gibi, bu uzman kişiler bulunmadığı takdirde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevli uzmanlardan görüş ve rapor alabilecektir.[46]

Mahkemenin burada dikkat etmesi gereken ilk husus nişanın bozulup bozulmadığıdır. Yani nişanın haklı ya da haksız olarak bozulup bozulmadığının ya da nişanlıların kusurunun olup olmadığının burada bir önemi yoktur.[47] Yine mahkeme nişanın evlenme dışında bir nedenle bozulduğunu tespit etmelidir

Verilen hediyeler mevcut değil de, elden çıkarılmışsa bedeli, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava edilebilecektir (Bkz. MK md.122/2). Hediyelerin dava günündeki değeri nisbi harç alınmasında ve görevli mahkemenin belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır. Mahkemeye verilecek dilekçede[48] hediyelerin aynen olmadıkları takdirde bedelleri toplam .... TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesi mahkemeden istenecek, mahkemece de bu yolda dava sabit bulunduğu takdirde karar verilebilecektir. Bedel talebi yoksa, Mahkemece bedelin tahsiline hüküm verilemeyecektir; çünkü mahkeme taleple bağlıdır.

Bu tür davalar mirasçılara geçmez. Ancak dava açılmışsa ve duruşma devam ederken davacı ölmüşse, (mirası açılmışsa) o takdirde mirasçılar davaya devam edebilecektir.

Hediyelerin geri verilmesi davasında ispat her türlü delille yaptırılabilir. Tanık dinletilebilir, bilirkişi incelemesine başvurulabilir, fatura, makbuz incelemesi yaptırılabilir.

B) TAZMİNAT

Medeni Kanunumuz 120-121. maddelerinde haklı bir sebep olmaksızın nişanlılardan birinin tek yanlı olarak nişanı bozması halinde veya kusurlu davranışıyla nişanın bozulmasına sebep olması yüzünden meydana gelen zararların giderilmesi için diğer nişanlıya tazminat isteme hakkı tanımıştır. Bunlar maddi ve manevi tazminat olarak ikiye ayrılır.

---

(45) Yargıtay 3. HD 21.03.1995 tarih, 3204/3699

(46) ÖZKAN H. , Açıklamalı İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Mayıs 2004, İstanbul s.68-69; 74-75

(47) Yargıtay 3. HD 1991/6627 E, 1991/4927 K

(48) Ekte bir dilekçe örneği verilmiştir.

i) Maddi Tazminat Davası

Nişanlılardan biri haklı bir sebep yokken tek taraflı olarak nişanı bozmuşsa ya da iki taraftan birine yükletilebilecek bir kusur yüzünden nişanın bozulmasına sebebiyet vermişse, kusurlu tarafın diğer tarafa zararını ödemesini içeren dava maddi tazminat davasıdır. Bu konu MK md. 120'de düzenlenmiştir. Söz konusu madde metninde, dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yapılan harcamalar ve katlanılan maddi fedakarlıklar karşılığında uygun bir tazminatın belirleneceğini düzenlemiş, aynı kuralın nişan giderleri hakkında da uygulanacağını belirtmiştir.

Burada dava, bu tazminatı ödemekle yükümlü olan nişanlıya karşı açılır. Davacı, davalıda kalan eşyaların da aynen tazminini veya bedelini talep edebilir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında kanun koyucu, *"tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler de aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilir"* diyerek kimlerin tazminat isteyeceğini de açıkça düzenlemiştir. Ayrıca madde metninden de anlaşılacağı üzere tarafların anlaşması ya da ölüm, gaiplik hallerinde tazminat istenemeyecektir. İstenecek tazminat evlenmenin olacağına güvenerek uğranılan zararlardır; yani müspet değil menfi zarar sözkonusudur.

Müspet zararda, *"şayet nişanlanma sözleşmesine gerektiği gibi ve zamanında riayet edilerek evlenme gerçekleşseydi zarar gören durumunda olan nişanlının menfaati ne durumda olacaktı"*[49] sorusuna cevap aranır ve tazminat belirlenirken zarar gören nişanlının bugünkü mal varlığı ile evlenmenin gerçekleştirilmesi halinde elde edeceği mal varlığı değerinin farkı alınır. Bu sözleşme Borçlar Kanunu'na tabi bir sözleşme olmayıp aile hukukuna özgü bir sözleşme olduğundan ve MK'nın düzenlemesine göre de müspet zarara gidilemeyeceği açıktır. Menfi zararın tespitinde *"Şayet zarar gören durumundaki nişanlı bu nişanlanma sözleşmesini hiç yapmasaydı bugünkü mal varlığı durumu ne olurdu"*[50] kıstasına göre ve bugünkü mal varlığı durumu ile sözleşme kurulmadan önceki mal varlığı durumundaki farka bakarak menfi zararı tespit edilir

Maddi tazminat davasında göz önünde tutulması gereken bir takım hususları da şöyle sıralayabiliriz:

1) Davacı evlenmenin gerçekleşeceğine gerçekten inandığı için iyi niyetli olarak bir takım masraflar yapmış olmalıdır (örneğin ev kiralamış olması, nişanlının isteğiyle işini bırakması...)

---

(49) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s 33 (dipnot 3)

(50) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s 34 (dipnot 3 devam)

2) Maddi tazminat talebinde bulunan taraf, iddiasını ispat ile yükümlüdür. Dava tıpkı hediyelerin iadesinde olduğu gibi her türlü delille ispatlanabilir. Maddi tazminat talebinde bulunan taraf, geçerli bir nişanlanma sözleşmesinin varlığını, nişandan haklı bir sebep olmadan dönülmüş olduğunu veya kendisinin nişanı haklı bir sebeple bozduğunu ve Kanun'un belirttiği nitelikte bir maddi zararın meydana geldiğini ispatla yükümlüdür.[51]

3) Bu konuda dava nişanın bozulduğu tarihten itibaren 1 yıl içinde açılmalıdır bu nedenle sürenin ve nişanın ne zaman sona erdiğinin tespiti önemlidir

4) Davalının haklı bir sebep olmadan nişanı bozup bozmadığına bakılmalıdır.

5) Davacı, nişanın bozulmasında kusursuz, davalı ise kusurlu olmalıdır. Eğer davacının kusuru ile bozulduğu saptanmışsa, bu durumda davaya devam edilmemelidir ve davacı dinlenmemelidir. Kusur meselesinin ispatına gelince, burada BK md.96 benzer biçimde uygulanır. Nişanı, davalı taraf bozmuşsa, haklı bir sebebe dayanarak nişanı bozduğunu ispat etmedikçe, tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Davacı ise, nişanı davalının bozduğunu ispat ile yetinir. Nişanı davacı bozmuşsa, davalının kusurlu olduğunu ispatla yükümlü olur.[52]

6) Davayı kimlerin açabileceği hususuna dikkat edilmelidir. Örneğin masrafları kusursuz nişanlının amcası yapmışsa maddi tazminat davasını da amcası açacaktır.

7) Davanın kusurlu nişanlı hakkında açılıp açılmadığına dikkat edilmelidir. Eğer nişanlı 18 yaşından küçükse, bu taktirde ona velâyeten ana babasına dava açılabilecektir. Vasi varsa, ona da husumet düşecektir.

8) Aynı şekilde eğer kusursuz nişanlı 18 yaşından küçükse, ona velayeten ana babası tarafından dava takip edilecek davacı olunacaktır. Vasi varsa, dava vasi tarafından açılacaktır.

9) Haklı nedenlerin var olup olmadığı araştırılacaktır.

10) Davacı nişanlı nişan bozulmasından sonra ölürse, mirasçıları dava açma hakkına sahip olacaktır.[53]

Bu tür tazminat davaları devir ve ferağ edilebilir. Mirasçılar tarafından açılabildiği gibi, ölen nişanlının mirasçıları hakkında da açılabilir.[54] Burada da tıpkı hediyelerin iadesinde olduğu gibi görevli ve yetkili mahkeme aynıdır.

---

(51) ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s. 135

(52) ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s. 135

(53) ÖZKAN H. , Açıklamalı İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Mayıs 2004, İstanbul s. 71-72

54) ÖZKAN H. , Açıklamalı İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Mayıs 2004, İstanbul s. 71-72

ii) Manevi Tazminat Davası

Öyle bazı haller vardır ki, bunlarda kusurlu taraf maddi tazminata ya da kamu hukuku bakımından bir cezaya dahi çarptırılsa, yine de zarar görenin manevi ıstırabı ortadan kalkmaz. Bu nedenle pek çok kanun ve bizim kanunumuz da manevi zararın tazminini düzenleyerek hiç olmazsa bu ıstırabı hafifletmek amacı gütmüştür.

Manevi tazminatın genel olarak uygulanan şekli uygun bir para ödenmesidir. Burada elbette ki para uğranılan ıstırabın tam karşılığı olmamaktadır. Ancak günümüz şartlarında düşündüğümüzde para insana pek çok kapılar açan ve pek çok teselli yolları sağlayan bir vasıta olmaktadır bu nedenle manevi ıstırabın tazmininde hakim, paradan başka (örneğin özür diletme ya da kınanma gibi) bir manevi tazminat yoluna gidemez.

Medeni Kanunumuz 121. maddesinde nişanın bozulması halinde istenecek manevi tazminatı açıkça düzenlemiştir. Söz konusu bu dava, nişanlılardan birisinin kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulmasından dolayı ağır kişisel zarara uğraması halinde bu manevi zararlara karşılık belli bir meblağın kusurlu nişanlıdan alınmasını içerir. Yargıtayımız istikrarlı içtihatlarında *"nişanın bozulması nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için, karşı taraftan kusurlu, kişilik değerleri ihlale uğrayan nişanlının nişanın bozulmasından kusurunun bulunmaması ve kişilik değerlerinin ağır bir şekilde ihlal edilmiş olması gerekir. Nişanın bozulmasından dolayı doğacak normal elem, üzüntü veya hayal kırıklığı ise manevi tazminata hükmedilmesini gerektirmez"*[55] demiştir. 3. HD'nin 08.07.2004 tarihli bir kararında *".... nişanlının manevi tazminat isteyebilmesi için şeref ve namus duygularının zedelenmiş veya çevresine karşı küçük düşmüş olması gerekir...."*[56] demiştir.

Manevi tazminat davaları, nişanlıların birbirleri hakkında açacakları davalardır. Bu nedenle ana-baba ya da bu şekilde davranan üçüncü kişiler böyle bir dava açamazlar. Bu dava maddi tazminat davası ile birlikte açılabileceği gibi, ayrı ayrı da açılabilir. Nişanın bozulmasından doğan manevi tazminat isteği kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır; bu nedenle sınırlı ehliyetsiz olan nişanlı bu davayı açabilmek için yasal temsilcisinin iznine ihtiyaç duymaz (MK md.16/1). Ancak çok istisnai bir örnek olmakla beraber *"...nişanın bozulmasından dolayı kız ya da erkek, duyduğu üzüntü nedeniyle ayırt etme gücünü kaybettirecek bir hastalığa yakalanmışsa bu*

(55) Yargıtay 3.HD 30.05.2002 tarih 2002/5461 E. 2002/6175 K. ; Yargıtay 3. HD 18.09.2001 tarih; 2001/6263 E, 2001/7857 K

(56) Yargıtay 3. HD 08.07.2004, 2004/6788E , 2004/7878 K.

durumda yasal temsilcinin manevi tazminat davası açamayacağını savunmak adalet duygusuyla pek bağdaşır nitelikte olmaz".[57]

Manevi tazminat davası mirasçılara geçmez ve onlar tarafından dava açılamayacağı gibi, takip de yapılamaz. Ama davacı nişanlı dava açmış ve davasını takip ederken ölmüş ise bu durumda mirasçılar davayı kaldığı yerden takip edebileceklerdir.

Hakim manevi tazminata hükmederken miktarı serbestçe tayin edecek ancak tarafların mali ve sosyal durumlarını ve yaşantılarını, gelir ve giderlerini ve ödeme gücünü de saptayarak göz önünde bulunduracaktır. Diğerlerinde olduğu gibi bu dava da her türlü delille ispata gidilebilir.

C. ZAMANAŞIMI

Medeni Kanunumuz 123. maddesinde nişanlılığın sona ermesinden doğan taleplerin 1 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu söylemiştir. Bu bir yıllık sürenin başlangıç tarihi nişanın sona erme tarihidir; dolayısıyla, diğer nişanlının bu durumu öğrenme tarihi bir önem taşımamaktadır. Ancak bu durum bazı hallerde adalete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir.

Örneğin nişanlı erkeğin evlenmesi ve bunu ilk nişanlıdan gizlemesi halinde, sürenin nişanın bozulduğu tarihten başlatılması iyiniyetli nişanlının aleyhine sonuç yaratacaktır. Bu nedenle doktrinde zamanaşımında nişanın bozulduğunu karşı tarafın öğrendiği tarihin esas alınması savunulmaktadır.[58] Buna göre, eğer nişan gönderilen bir yazı ile bozulmuşsa, bu bir yıllık sürenin yazının karşı tarafa ulaştığı tarihte işlemeye başlayacağı, şayet bir haberci ile nişanı bozma bildirilmişse veya bir kanaat verici davranışla nişan bozulmuşsa karşı tarafın öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık sürenin işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir.[59]

MK md.123'deki zamanaşımı süresi nişanının bozulmasından kaynaklı bütün talepler için, yani hediyelerin iadesi, maddi ve manevi tazminat için geçerlidir. Ancak eğer nişanın bozulması ile TCK (Türk Ceza Kanunu) anlamında bir suç oluşuyorsa, bu durumda manevi tazminat davasına daha uzun olan TCK'daki süre uygulanır.[60]

---

(57) VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965, Beşinci Bası, İstanbul, s 40; DURAL M./ÖĞÜZ T./ GÜMÜŞ M.A, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Mart 2008, İstanbul s.39

(58) ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s.146-147 (Öztan B. Gönderme)

(59) OĞUZMAN K./ DURAL M., Aile Hukuku, 1994, İstanbul s.59

(60) AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Mayıs 2004, Dokuzuncu Bası, İstanbul, s. 54; ABİK Y. Nişanlanma Ve Nişanlılık AUHF 2005-54-02 s. 147

V. YARGILAMA HARÇLARI

1. Başvurma Harcı: Dava açılırken peşin ödenen maktu[61] harçtır. Söz konusu bu harç *"dilekçe ve tutanakla dava açma veya müdahale veya tevdi mahallinin tayini, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, tesbiti delail ile ilgili taleplerde"*[62] alınır; dolayısıyla nişanın bozulmasından kaynaklanan maddi, manevi tazminat ve hediyelerin iadesi davalarının açılabilmesi için öncelikle bu harcın alınması gerekir bu harç miktarı, 24.12.2008 tarih, 27090 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Harçlar Kanunu Genel Tebliği'ne göre Asliye Hukuk ve Aile Mahkemelerinde 15.60 TL'dir

2. Maktu Karar ve İlâm Harcı: Konusu para ile ölçülemeyen davalarda, maktu karar ve ilam harcı alınır. Bu harç da tıpkı başvurma harcında olduğu gibi 24.12.2008 tarih, 27090 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Harçlar Kanunu Tebliği'ne göre Asliye Hukuk ve Aile Mahkemelerinde 15.60 TL'dir. (Ödeme zamanı ile ilgili bkz. Harçlar Kanunu md 27)

3. Nisbi 63 Karar Ve İlâm Harcı: Konusu para ile ölçülebilen davalarda (örneğin: malvarlığı hakları) nispi karar ve ilam harcı alınır. Bu harcın oranı, hüküm altına alınan miktarın veya malın değerinin 24.12.2008 tarih, 27090 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Harçlar Kanunu Genel Tebliği (1) sayılı tarifeye göre binde elli dördüdür ve bu miktar maktu karar ve ilam harcından (bugün için 15.60 TL) az olamaz

Nisbi karar ve ilam harcının _ 'ü tıpkı başvurma harcında olduğu gibi davacıdan, dava açarken peşin alınır.[64] Bu harç dava dilekçesinde davacının göstermiş olduğu değer üzerinden hesaplanır. Karar ve ilam harcının geri kalan _ ü kararın (hükmün) verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir, karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez.[65]

Peşin alınan Karar ve İlam Harcı'nın işin bitiminde ödenmesi gerekenden fazla olduğu anlaşılırsa Harçlar Kanunu 31. maddesine göre fazlalık istek üzerine geri verilir.

Yargılama esnasında tespit edilen harç miktarı dava dilekçesinde belirtilen harç miktarından fazlaysa diğer bir ifadeyle dava dilekçesinde gösterilen değer tespit edilen değerden eksikse yalnız o celse için yargılamaya devam olunur. Takip eden celseye kadar, eksik olan değer üzerinden, peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam

---

(61) Maktu Harç: Ödenecek miktarın 50, 100, 150 TL gibi sabit (kesin) olarak belirtildiği harç ; YILMAZ E. Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, Birinci Baskı,Ankara 2003 s.425

(62) 24.12.2008 tarih, 27090 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Harçlar Kanunu Genel Tebliği, (1) sayılı tarife

(63) Nisbi Harç: Alınacak harcın, üzerinden tahsil edeceği meblağın belli bir oranı nisbetinde olması; örneğin, dava konusunun yüzde biri, binde otuzu gibi; YILMAZ E. Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü Birinci Baskı, Ankara 2003 s. 506

(64) Harçlar Kanunu md. 28/1(a)

(65) Harçlar Kanunu md 28/1 (a)

olunmaz. HUMK md.409'da gösterilen süre içinde dosyanın işleme tekrar konması eksik olan harcın ödenmesine bağlıdır.[66] Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse işleme devam olunmakla beraber bu para yargılama neticesinde ayrıca bir isteğe gerek kalmaksızın hükümde dikkate alınır.[67]

Davanın reddi halinde, karar ve ilam harcı maktudur.

Davadan feragat veya davayı kabul veya sulh, yargılamanın ilk celsesinde gerçekleşirse, karar ve ilam harcının üçte biri, daha sonra olursa üçte ikisi alınır.[68]

(66) Harçlar Kanunu md. 30
(67) Harçlar Kanunu md. 32
(68) Harçlar Kanunu md.22

ERMENİSTAN'A
TOPRAK VE TAZMİNAT YOLU MU AÇILIYOR?

Av. Gülseren S. AYTAŞ

17.09.2009

Fransa Parlamentosu'nun 2006 yılında çıkardığı *"Soykırımı İnkâr Yasası"* üzerine, *"Türkiye'nin Ermeni politikasında büyük sürprize hazırlandığı, soykırım iddialarını uluslararası yargıya taşıyabileceği"* haberi verilmiştir. Buna göre 14 Kasım 2006 tarihinde TBMM Plan-Bütçe Komisyonu'nda söz alan bir milletvekili şöyle konuşmuştur: *"Türkiye, 1915 olaylarını BM Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi hükümleri uyarınca değerlendirilmesini kabul edeceğini açıklamalı ve bu amaçla uluslararası tahkim yoluna başvurulmasını önermelidir. Ermeniler bunu reddedecektir, ancak bu açıklama Türkiye'nin moral ve hukuksal haklılığının göstergesi olacak, sorunun Türkiye'ye karşı siyasi istismarını büyük ölçüde kısıtlayacaktır."* (15.11.2006Milliyet, http: //www.milliyet.com.tr/ 2006.11.15 /siyaset /axsiy01.html, 24.03.2007, Utku Çakırözer'in haberi.)

Söz konusu habere göre aynı milletvekili şunları söylemiştir; *"İlk defa bir Dışişleri Bakanı tahkime gitme konusunu resmen telâffuz etti. Vakit geçirmeden devlet politikası haline getirilerek tahkime hazır olduğumuz dünyaya açıklanmalıdır.(...) Biz Türkiye olarak 3 hâkim seçeceğiz. Kabul ederse Ermenistan da 3 hâkim seçecek. İki ülke milliyetinden olmayan bir bağımsız hâkim de başkan atanacak. Bu heyet 1915 olaylarının BM Sözleşmesin'e göre 'soykırım' olup olmadığına karar verecek."*

Uluslararası yargıya başvuru önerileri sade vatandaşlarda bile tepki yaratacak niteliktedir. Ancak Ermeni iddiaları nedeniyle yaşanan olumsuz gelişmeler 2009 yılına kadar haber akışı dondurularak devam etmiştir. 4 Nisan 2009 tarihli bir haber ise bu süredeki gelişmeleri özetlemektedir. Sözkonusu habere göre Ermenistan'daki uluslararası bir kuruluşun Direktörü *"üst düzey diplomatlar tarafından aylardır gizli bir plan üzerinde çalışıldığını"* söylemiştir. Buna göre; Ermenistan-Türkiye sınırı açılacak, Mayıs-Aralık ayları arasında diplomatik ilişkiler kurulacak, bu adımları *"hükümetler arası komisyon"* kurulması izleyecektir. Tüm bu gelişmeler karşısında ABD Başkanı Barack Obama da 24 Nisan'da *"soykırım"* kelimesini telaffuz etmeyecektir. Ancak Ermeni tasarısı yıl sonuna doğru ABD Kongresi'nde görüşülecektir. (4 Nisan 2009, Milliyet, İpek Yezdani'nin Yazı Dizisi-1)

Sonuçta İsviçre, Ermenistan ve Türkiye tarafından 22 Nisan 2009 tarihinde duyurulan *"yol haritası"*, 31 Ağustos 2009 tarihinde *"protokoller"* adıyla kamuoyuna açıklanmıştır. 1960'lı yıllardan günümüze kadar

sistemli bir şekilde sürdürülen Ermeni propagandaları maalesef başarıya ulaşmış, Türkiye soykırım sanığı sandalyesine oturmayı kabul etmiştir. Üstelik *"Ermenistan tarih komisyonu teklifinden kaçıyor"* imajının yerine bu defa *"Ermenistan protokollerden kaçıyor"* imajı yaratılmaktadır.

Oysa Ermeni iddiaları hakkında uluslararası komisyonlar ve mahkemeler kurulması talepleri ülkemiz düşman işgali altında iken dahi kabul edilmemiştir. Bu talepler Sevr Projesinde kalmıştır. 1921 Kars Antlaşması ile Ermeni sorunu hukuken çözümlenmiş, Sevr Projesi'nin geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

Paraflandığı ifade edilen protokollerin 13 Ekim 2009 tarihinde imzalanması ve ardından TBMM tarafından onay kanunu çıkarılması plânlanmaktadır. (16 Eylül 2009, Milliyet) İmza için uygun görülen 13 Ekim 2009 günü ne hazindir ki 13 Ekim 1921 Kars Antlaşması'nın 88. yıldönümüdür.

Durum olağanüstü derecede önemlidir, Türkiye'nin kısmen de olsa haksız bulunması halinde Ermenistan'a toprak ve tazminat yolunu açacak bir girişim, hiçbir gerekçe ile kabul edilemez. Bu nedenle konu hakkında bilgilenmek ve yetkilileri uyarmak hepimizin vatandaşlık görevidir.

TÜRKİYE SOYKIRIM SANIĞI SANDALYESİNE OTURMAYI KABUL EDİYOR

31 Ağustos Protokollerine göre, Türkiye ile Ermenistan arasında hükümetlerarası bir komisyon ve çeşitli alt komisyonlar kurulacaktır. Bu alt komisyonlardan ikisi hukuki konulara ilişkin alt komisyon ve tarihsel boyuta ilişkin alt komisyon olacaktır. Tarih Komisyonu'nda Türkiye'nin, Ermenistan'ın ve İsviçre'nin temsilcileri yer alacak, tarihsel kaynak ve arşivler incelenerek bir karara varılacaktır. (Protokol metinleri ve ekleri, 2 Eylül 2009, Milliyet) Tarih Komisyonu'na katılacak olan İsviçre, Türkiye aleyhinde soykırım yasası çıkaran ülkelerden biridir. İsviçre aynı zamanda Zürih'teki bir toplantıda soykırım iddialarını reddeden Prof. Dr. Yusuf Halaçoğlu hakkında soruşturma başlatan, yine soykırım iddialarını reddettiği gerekçesiyle Doğu Perinçek hakkında mahkumiyet kararı veren sözde tarafsız ülkedir.

31 Ağustos Protokollerinde Türkiye,

• 1921 Kars Antlaşması'ndan doğan haklarını saklı tutmamıştır!

Aksine,

• Kars Antlaşması'ndan başka uluslararası antlaşmaların bağlayıcılığını,

• Türkiye'nin millî onuruna manevî zarar veren soykırım iddialarının *"uluslararası uyuşmazlık"* sıfatı ile ele alınmasını,

• Bu iddiaların uluslararası hukuk ilkeleri ve ve normları temelinde barışçı şekilde çözümlenmesini ve dolayısıyla bu kuralların geriye dönük olarak uygulanmasını,

• İddiaları araştırmak ve çözümlemek amacıyla komisyonlar kurulmasını,

• İddiaların araştırılmasına ve çözümüne ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyi kabul ve taahhüt etmiştir.

• Hukuk ve Tarih Komisyonlarının çalışmaları, zaman, yer, konu ve yetki bakımından sınırlanmamıştır. Görevlerini tamamlayana kadar aralıksız çalışacaklardır. Alt komisyonların çalışma kuralları ise protokoller yürürlüğe girdikten sonra belirlenecektir.

Sonradan belirlenecek çalışma kurallarında komisyona uyuşmazlıkları hukuken çözme yetkisi dahi verilebilir. Bu konuda bir açıklık yoktur. Komisyon sonuçlarının bağlayıcı olması kabul edilmese dahi Hukuk veya Tarih Komisyonunun Türkiye aleyhinde haksız bir karar vermesi halinde bu karar Ermenistan'a tazminat, mülklerin iadesi ve hatta toplu dönüş talepleri yolunu açacaktır:

• Türkiye komisyon kararlarını kabul ederse hukukî sonuçlarına katlanacaktır.

• Türkiye *"komisyon kararlarının tavsiye niteliğinde olduğunu ileri sürerek"* bu talepleri kabul etmediği takdirde, uyuşmazlığın bölgesel örgütler vasıtasıyla çözülmesi veya Uluslararası Daimi Hakem Mahkemesi veya Lahey Adalet Divanı'na götürülmesi istenebilecektir. Çünkü Türkiye, Ermeni iddialarının *"uluslararası uyuşmazlık"* haline getirilmesine izin vermiş ve *"uyuşmazlıkların barışçı şekilde çözüleceğini"* taahhüt etmiştir. Bu taahhüdün uluslararası hukuktaki açılımı şudur: Devletlerarası uyuşmazlıklar, görüşme, soruşturma, ara bulma, uzlaşma, tahkim ve yargı yollarıyla veya bölge anlaşmalarına başvurarak çözülür. (BM Antlaşması md.33/1)

• Türkiye uluslararası mahkemelere giderse bu mahkemelerden çıkacak haksız bir kararın bütün sonuçlarına uymak zorunda kalacaktır.

• Türkiye *"komisyon kararlarının tavsiye niteliğinde olduğunu ileri sürerek"* uluslararası mahkemelere gitmeyi reddederse konu BM Güvenlik Konseyi'ne intikâl edebilecektir. (BM Antlaşması md.37/1)

Bu konuda BM Güvenlik Konseyi;

• Uyuşmazlığın Lahey Adalet Divanı'nda çözülmesi gerektiğini söyleyebilir. (BM Antlaşması md. 36/3)

• Uyuşmazlığın uluslararası barış ve güvenliği tehdit edip etmediğini tespit için soruşturma yapabilir. (BM Antlaşması md. 34)

• Bu soruşturma sonucuna göre barış ve güvenliğin tehdit altında olduğu sonucuna varırsa, ekonomik ilişkilerin, ulaştırma vasıtalarının veya siyasi ilişkilerin kesilmesi veya abluka, silâhlı kuvvet kullanımı gibi her türlü zorlayıcı tedbiri alabilir. (BM Antlaşması md. 39, 41, 42) Son seçenek BM Barış Gücü adı altında Türkiye'ye askeri müdahaleden başka bir şey değildir.

• Uyuşmazlık sözgelimi Lahey Adalet Divanı'na giderse Divan kararı kesindir ve buna karşı müracaat yolu yoktur. (Adalet Divanı Statüsü md. 60) Bu davaya menfaati olan başka devletler de katılabilir. (Adalet Divanı Statüsü md. 62) Türkiye Adalet Divanı'nın kararına uymak zorundadır.

Türkiye'nin Ermeni iddiaları nedeniyle yargılanması ve sorumlu tutulması talepleri için ileri sürülen/sürülecek gerekçeler kısaca şöyledir:

• Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin istisnaları vardır.

• *"Soykırım"* terimi 1948'de yapılmış olmakla birlikte öteden beri tanınmış bir uluslararası hukuk normudur. Bu konuda uluslararası teamül oluşmuştur.

• *"Soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarına ilişkin"* antlaşmalar uluslararası hukukun emredici normudur.

• Soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarında zamanaşımı işlemez.

• AB Adalet ve İçişleri Bakanları Konseyi'nin aldığı 19 Nisan 2007 tarihli *"Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı İle Mücadele Konusunda Çerçeve Karar"*a göre AB ülkelerinin mahkemeleri hem bir fiilin soykırım olup olmadığına karar verebilir, hem de soykırımı inkâr edenleri üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırabilir.

• Türkiye bu suçlar için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne ilişkin bazı iç hukuk düzenlemeleri yapmıştır, dolayısıyla bu Statü Türkiye için bağlayıcıdır.

• İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların hükümleri ulusal hukukun hükümlerinden üstündür. Türkiye bu durumu 2004'de yaptığı Anayasa değişikliği ile kabul etmiştir.

• Türkiye geçmişiyle yüzleşmeli ve sorumluluğunu yerine getirmelidir.

Türklerin tarihleriyle yüzleşmesi gerektiğini söyleyenler öncelikle,

• Ermenistan'ın 1992 yılında dünyanın gözü önünde Azerbaycan topraklarını işgal etmesiyle ve Hocalı katliamı ile yüzleşmelidir.

• Amerika ve İngiltere'nin 2003 yılında dünyanın gözü önünde Irak topraklarını işgal etmesiyle ve Irak'ta 1,5 milyon Müslümana karşı işlenen soykırım ve savaş suçları ile yüzleşmelidir.

• İngiltere'nin 1914 yılında Avustralya'da yaşayan Almanları kıtanın diğer taraflarına sürmesi ile yüzleşmelidir.

• Amerika'nın 1942 yılında Japon kökenli Amerikan vatandaşlarını toplama kamplarına sürgüne göndermesi ve yıllarca orada tutması ile yüzleşmelidir.

Öte yandan Ermeni iddialarının gerçeklere aykırı olması bir tarafa bırakılsa bile *"uluslararası uyuşmazlık"* sıfatı ile ele alınması, uluslararası bir komisyon kurulması veya Türkiye'nin yargılanması hukuken mümkün değildir: (Ayrıntılı bilgi için; Gülseren S. Aytaş, Ermeni Talepleri ve Türkiye'nin Hakları, s. 115 vd.)

• Bir devletin ulusal yetkisi içindeki konularda uluslararası komisyonlar kurulamaz.

• Osmanlı Devleti'nin aldığı 1915 nakil ve iskân kararları Osmanlı Devleti'nin kanun koyma, uygulama ve yargılama yetkisi içindedir.

• 1915 yılında suç işlediği iddia edilen ve artık kendisini savunma imkânı kalmayan Türklere, 1915 yılında kanunda yazılı olmayan suçlar isnat etmek insan haklarına aykırıdır.

• 1915 yılında işlenen suçlar hakkında 1915 yılında yürürlükte olan Türk Kanunları ve Türk Mahkemeleri yetkilidir. 20. yüzyıl'daki teamül de bu yöndedir.

• Nitekim Mondros Mütarekesi'nden sonra 23 Türk yurttaşının İngiliz askeri makamlarına teslim edilmesi istenmiş, Osmanlı Dışişleri Bakanı gönderdiği cevapta, *"...her devlet kendi yurttaşlarını, kendi topraklarında işledikleri suçlardan ötürü, kendi mahkemelerinde yargılatmak hakkına sahiptir."* demiştir. Ne var ki Sultan Vahdettin İngiltere'ye bu notayı veren Tevfik Paşa Hükümeti'ni on beş gün sonra değiştirmiştir. (Bilâl N. Şimşir, Malta Sürgünleri, s. 78, 79)

• 1915 yılındaki olaylar için 1915 yılındaki Türk Kanunlarının ve Mahkemelerinin yetkili olduğu o kadar apaçık bir hukuki gerçektir ki Türklerin Malta'ya sürgün edilmesi üzerine Fransa müttefiki olan İngiltere'ye nota göndermiştir! Bu notada Fransa, *"..Türkiye dışındaki hiçbir Mahkeme, bu kimseleri yargılamak, bu amaçla delil toplamak, tanıkları dinlemek bakımlarından usulü gereğince yetkili olamaz."* demiştir. (Bilâl N. Şimşir, Malta Sürgünleri, s.143, 144)

• Öte yandan Mondros Mütarekesi ortamında Sevr'in yasal zeminini oluşturmak amacıyla sıkıyönetim mahkemeleri kurulmuştur. Bu

mahkemelerin gerçek dışı şahit beyanları ve düzmece evraklara dayanılarak verdikleri haksız kararlar, bugün *"soykırımın dayanağı"* gibi gösterilmektedir. Sözgelimi 2007 yılında gündeme getirilen ABD Ermeni Yasa Tasarısı'nın 4. ve 5. maddelerinde Mütareke dönemindeki hukuka aykırı kararların *"soykırımın delili"* olduğu iddia edilmektedir. Nakiller sırasında suç işleyenlere ilişkin 1915 yılından itibaren mahkemeye sevk edilen 1673 dava dosyası mevcuttur. Bu kararların da soykırım iddialarının delili olduğu ileri sürülmektedir.

• Mondros Mütarekesi'ni izleyen süreçte, suç işlediği iddia edilen Türklerin bir Uluslararası mahkeme tarafından yargılanmasını öngören Sevr Projesi hazırlanmıştır. (Sevr, md. 230) Sevr Projesinde *"göç ettirme"* den doğan uyuşmazlıkları çözümlemek üzere uluslararası komisyonlar kurulması da öngörülmüştür. (Sevr, md.144) Böylece Ermeni iddialarının Uluslararası hukuk zeminine taşınması için altyapı oluşturulmuştur.

• Ermeni iddiaları hakkında uluslararası komisyonlar ve mahkemeler kurulması talepleri ülkemiz düşman işgali altında iken dahi kabul edilmemiştir. Bu talepler Sevr Projesi'nde kalmıştır.

• Ulu önder Atatürk, Sevr'in tartışılmaya bile değer bulunmadığını söylemiştir.

• Atatürk yargı egemenliğinin müttefik devletlere devrini her şart altında reddetmiştir. Nitekim Ekim 1919'da İstanbul Hükümeti'nden Malta'ya sürgün edilmiş olanların kendi mahkemelerimizde kanuni takibat yapılmak üzere İstanbul'a getirilmelerini istemiştir. (Atatürk, Nutuk, C.I., s. 247) Yine Ermenilere zulüm yaptığı iddia edilen Türk esirlerinin İngiltere'ye bırakılmasına dair Mart 1921'deki bir anlaşma, TBMM tarafından onaylanmamıştır. Atatürk bu durumu Nutuk'ta şöyle açıklamıştır: *"Hükümetimiz elbette böyle bir sözleşmeyi kabul edip onaylayamazdı. Çünkü, böyle bir sözleşmeyi onaylamak demek, Türk uyruklu olanların, Türkiye içindeki hareketleri üzerinde, yabancı bir hükûmetin bir çeşit yargı hakkını onaylamak olurdu."* (Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk, s. 416)

Atatürk, *"Gayretli çalışmalarımızın amacı olan tam bağımsızlık kavramında adlî bağımsızlığın da bulunması doğaldır. Bundan dolayı her bağımsız devletin ayrılmaz bir bütünü olan adalet dağıtımı görevine kimseyi karıştıramayız."* demektedir. Atatürk bu konuşmayı yaptığında 1922 yılının Mart ayıdır, ülke hâlâ düşman işgali altındadır. Atatürk her zaman ve zeminde doğru olanı savunabilen liderdi.

• Sonuçta TBMM Hükümeti ile Sovyet Şuralar Cumhuriyeti, İstanbul'un müttefik devletlerce işgalinin yıldönümü olan 16 Mart 1921'de Moskova Antlaşması'nı imzalamışlardır. Böylece Türkiye'nin doğu sınırı güvenceye alınmıştır. Türkiye Moskova Antlaşması ile yetinmemiş, 13 Ekim

1921 tarihinde Ermenistan, Azerbaycan ve Gürcistan ile birlikte Kars Antlaşması'nı imzalamıştır. Kars Antlaşması'yla Ermeni sorunu hukuken çözümlenmiş, sınırlar tespit edilmiş ve karşılıklı genel af ilân edilmiştir. Kars Antlaşması'nın en önemli maddesi ise şudur; Kars Antlaşması'nda Sevr Projesinin geçersiz olduğu kabul edilmiştir. (Kars Antlaşması, md.1-2) Böylece Ermenistan haksız iddia ve taleplerinden vazgeçmiştir. Ermeni iddialarının Uluslararası uyuşmazlık haline getirilemeyeceği de teyit edilmiştir.

• 1922'de başlayan Lozan görüşmelerinde Ermenistan yoktur. Lozan'da Ermeni taleplerinden söz bile ettirilmemiştir. Meselâ 6 Ocak 1923 günü, İtalyan ve İngiliz temsilcilerinin Doğu Anadolu'da bir Ermeni yurdu dileklerinden bahsetmeleri üzerine söz sırası Fransız temsilcisinde olmasına rağmen Türk temsilcisi Dr. Rıza Nur söz almış, *"konuşmaların keenlemyekün (yok hükmünde geçersiz) olduğunu"* ifade ederek, müzakere salonundan çıkmıştır. (Dr. Rıza Nur, Lozan Hatıraları, s.117)

• Lozan görüşmelerinde Ermenilerin geri gelmesi ve malları hakkında uygulanan kanunun *"beynelmilel bir iş"* olduğu ve bu konunun *"Milletler Cemiyeti Meclisi'ne ve Adalet Divanına arzolunabileceği"* iddia edilmiştir. İsmet Paşa bu talepleri de kesinlikle reddetmiş, bu konuların devletin iç işi olduğunu, konferansın buna ait bir karar veremeyeceğini söylemiştir. (Prof. M. Cemil Bilsel, Lozan 2. C. s. 292-293) Dolayısıyla Ermeni iddialarının uluslararası uyuşmazlık haline getirilemeyeceği Lozan Antlaşması ile de sabittir.

• Çok önemli bir husus da şudur: Kars Antlaşması'nda karşılıklı genel af öngörüldüğü gibi Lozan Antlaşması'nda da genel af öngörülmüştür. (Lozan Antlaşması 8. Ek Protokol) 1914-1922 yıllarındaki olaylar hakkında çıkarılan bu genel affın kapsamı, düşman ordularına yardım eden kişileri de kapsamıştır. Buna doğal olarak Ermeni isyancılar da dahildir. Bir başka deyişle affeden Türkiye, affedilen Ermeni isyancılardır.

• Ermenistan, sınır tespit eden Kars Antlaşması'na bağlıdır ve tartışmaya açma hakkına sahip değildir. Sınır tespit eden antlaşmalar objektif hukuki sonuç doğuran anlaşmalardır. Yani imzalayan devletler kadar, antlaşmanın dışındaki devletlerin de uyma yükümlülüğü vardır. (Prof. Dr. Sevin Toluner, Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, s. 576 vd.) Bir başka deyişle Kars Antlaşması, Türk Milletinin haklarını güvence altına alan bir antlaşmadır.

Ermeni iddialarını uluslarası uyuşmazlık sıfatıyla ele alınabilmesi için Türkiye'nin bunu kabul etmesi ve Kars Antlaşması'nı yok sayması gerekmektedir. Nitekim 31 Ağustos Protokollerinde Türkiye'nin kabulü vardır, Kars Antlaşması'nın adı yoktur.

Günümüz dünyasında istisnasız bütün devletler için uygulanan objektif ve standart bir uluslararası ceza yargılaması yoktur. 21. yüzyılda da maalesef *"galiplerin hukuku"* geçerlidir. 21. yüzyılda bile teamül oluşturmayan normların 20. yüzyıldaki olaylara uygulanması kabul edilemez.

Ermeni propagandaları 1921 Kars Antlaşması'ndan 40 yıl sonra Amerika ve Avrupa'da başlamış ve günümüze kadar sistematik bir şekilde sürdürülmüştür. Başta ABD Eyaletleri, İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya, Yunanistan ve Rusya olmak üzere 20 civarında devlet Türklerin kişilik haklarına ve Türkiye'nin millî onuruna manevî zarar veren soykırım yasaları çıkarmış, dünyanın dört bir yanında 130'dan fazla soykırım anıtı açılmış, diplomatlarımıza bir dizi suikastler düzenlenmiş, Avrupa Parlamentosu 1987'den itibaren sayısız defalar *"Tarihsel olarak kanıtlanmış olmasına rağmen, Ermeni soykırımı şu ana kadar ne bir siyasi mahkûmiyet konusu olmuştur ne de herhangi bir tazminat alınabilmiştir."* şeklinde kararlar almış, binlerce kitap yayınlanmış, filmler yapılmış, gösteri yürüyüşleri, konferanslar vs. düzenlenmiştir. Dünyadaki hiçbir milletin üzerine bu kadar yaygın ve organize bir propagandayla gidilmemiştir. Ermeni propapagandalarının amacı, Türkiye'yi bir şekilde yargılamak ve sorumlu tutmaktır. 31 Ağustos Protokolleri, Ermeni propagandalarına destek veren bütün devletlerin kâğıt üzerindeki zaferidir. *"Milli Mücadele"* ile kazanılan haklar propagandalar arasında kaybolmuştur.

ERMENİSTAN SINIRI TARTIŞMAYA AÇILIYOR

31 Ağustos Protokollerinde, mevcut sınırların *"uluslararası hukukun ilgili antlaşmalarında tarif edildiği şekliyle"* karşılıklı tanındığından bahsedilmektedir. *"Uluslararası hukukun ilgili antlaşmaları"* sözü ile hangi antlaşmaların kastedildiği yazılmamıştır. Sınır tanıma maddesinde, iki ülke arasındaki sınırları ayrıntılarıyla tespit eden Kars Antlaşması'nın adı neden yazılmamıştır? Neden *"uluslararası hukukun ilgili antlaşmaları"* sözü tercih edilmiştir? Bu sorulara cevap verebilmek mümkün değildir.

Protokole göre Ermenistan, Türkiye sınırlarını *"uluslararası hukukun ilgili antlaşmalarında tarif edildiği şekliyle"* tanımıştır, *"Kars Antlaşması'nda tarif edildiği şekliyle"* tanımamıştır. Daha vahimi, Türkiye de Ermenistan sınırlarını *"uluslararası hukukun ilgili antlaşmalarında tarif edildiği şekliyle"* tanımıştır, *"Kars Antlaşması'nda tarif edildiği şekliyle"* tanımamıştır. Böylece Türkiye, Ermenistan sınırları konusundaki bu muğlak ifadenin yol açabileceği bütün sonuçları üstlenmiştir. Türkiye-Ermenistan sınırı hukukî tartışmaya açılmıştır.

Oysa Ermenistan Kars Antlaşması'yla tespit edilen sınırları tartışma hakkına sahip değildir. Çünkü Kars Antlaşması objektif hukukî sonuç doğurmuştur. Protokolde *"mevcut sınırın 1921 Kars Antlaşması'nda belirtildiği şekilde tanındığı"* şeklinde açık bir ifadenin olmaması, 1921 Kars Antlaşması'nın sınır tespit eden hükümlerine aykırıdır. Ermenistan'a sınırları tartışma gerekçesi vermektedir.

Nitekim Türkiye'nin AB'ye üyelik süreci kapsamında alınan 17 Aralık 2004 tarihli Avrupa Konseyi kararında, Türkiye'nin *"süregelen sınır ihtilâfları"* için Milletlerarası Adalet Divanı'na başvurulması gerekli görülmüştür!

KARS ANTLAŞMASI TARTIŞMAYA AÇILIYOR

Türkiye'deki *"diplomatik kaynaklar"* 31 Ağustos Protokolleriyle ilgili olarak şöyle bilgi vermiştir: *"..bu tip protokollerde hükümetlerin, konuyu Meclis'e getirme zorunluluğu yok. Bu bir devlet projesi ve milli mesele olduğu için Ermenilerle müzakereler sırasında Meclis onayını Türkiye istedi. Protokollerde aslında hiçbir taahhüde girilmedi."* (3 Eylül 2009, Hürriyet, Metehan Demir'in haberi.)

Oysa gerçekler tam aksi yöndedir.

• 31 Ağustos Protokolleri, diplomatik ilişkilerin kurulması ve ilişkilerin geliştirilmesi için hazırlanan iki protokolden oluşmaktadır. Normalde bu protokollerin iki ülke arasında yürürlükte olan 1921 Kars Antlaşması'nın uygulama antlaşmaları olması gerekmektedir. Protokoller bu nitelikte olsaydı, protokollerdeki hükümler Kars Antlaşması'na aykırı olamayacaktı ve onay kanunu çıkarılmasına gerek kalmayacaktı. (Anayasa md. 90/3)

• Ancak bu protokoller Kars Antlaşması'na aykırı hükümler içermektedir. Kars Antlaşması'na aykırı bir antlaşma ancak ve ancak TBMM tarafından onaylanması halinde yürürlüğe konulabilir. (Anayasa, md. 90/1) Nitekim 31 Ağustos Protokolleri, onay belgelerinin karşılıklı değişiminden sonra yürürlüğe girecektir. (Protokol metinleri, 2 Eylül 2009, Milliyet)

• Onay kanunu ile yeni bir milletlerarası antlaşma niteliği kazanan 31 Ağustos Protokolleri hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacaktır. (Anayasa md. 90/son) Dolayısıyla protokollerin Kars Antlaşması'na aykırı olan hükümleri yürürlük kazanacaktır.

• Gerçekten de 31 Ağustos Protokolleri 1921 Kars Antlaşması'na dayanılarak yapılan antlaşmalar değildir. Kars Antlaşması'nın adı protokollerin hiçbir yerinde geçmemektedir. Meselâ iki ülke arasındaki konsolosluk ilişkisi kurulması Kars Antlaşması md. 19'da öngörülmüşken,

protokole göre konsolosluk ilişkisi *"1963 tarihli Viyana Sözleşmesi uyarınca"* kurulacaktır.

• Aksine protokoller Kars Antlaşması'ndan başka uluslararası antlaşmalara dayanılarak yapılmıştır.

• İlişkilerin geliştirilmesine dair 31 Ağustos Protokolünün dayandığı uluslararası antlaşmalar şunlardır: BM Antlaşması, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), Avrupa Konseyi, Avrupa- Atlantik İşbirliği Konseyi ve Karadeniz Ekonomik İşbirliği (KEİ).

• Diplomatik ilişkilerin kurulmasına dair 31 Ağustos Protokolü ise BM Antlaşması, Helsinki Nihai Senedi, Yeni Avrupa İçin Paris Şartı, 1961 Viyana Sözleşmesi'ne dayanmaktadır.

• Türkiye her iki protokolde de bu antlaşmaların uygulanmasını kabul etmiştir.

• Protokoller uluslararası ve bölgesel antlaşmalara dayandığından, bu antlaşmaların hükümleri, daha önce yapılan Kars Antlaşması'nın hükümlerinden üstün hale getirilmiştir.

• Türkiye *"uyuşmazlıkların barışçı şekilde çözümlenmesini"* taahhüt etmiştir.

• Protokollere göre uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, uluslararası hukuk ilkeleri ve normları esas alınacaktır. Bu söz, Kars Antlaşması'ndan sonra milletlerarası hukukun kabul ettiği hukuk normlarını da kapsamaktadır.

• Öte yandan 2002 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile Türk Mahkemelerince verilen hukuken kesinleşmiş bir kararın AİHM tarafından insan haklarına aykırı bulunması halinde yargılamanın yeniden yapılması mümkün hale getirilmiştir. (4771 s. K. md. 6)

• Yine Mayıs 2004'de Anayasa'nın 90. maddesine bir cümle eklenmiştir: *"Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların, aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."* (5170 s. K. md.7) Dolayısıyla 31 Ağustos Protokolleri yürürlüğe girdiği takdirde, Kars Antlaşması'ndan sonra kabul edilen uluslararası normların Kars Antlaşması'ndan önceki olaylara uygulanması dahi Anayasa'ya aykırı sayılamayacaktır.

• Oysa Protokoller Türk Milletinin haklarını güvence altına alan 1921 Kars Antlaşması'ndaki hükümlere tamamen aykırı düzenlemeler getirmiştir.

• En önemli konu şudur: Ermenistan, soykırım iddialarını hukukî zeminde tartışma hakkına sahip değildir. Ancak Türkiye 31 Ağustos Protokolleriyle Ermeni iddialarının *"uluslararası uyuşmazlık"* sıfatıyla

görüşülmesini ve çözümlenmesini kabul etmektedir. Bu durum Kars Antlaşması'ndaki Sevr'in geçersizliği ve karşılıklı afla ilgili hükümlere aykırıdır.

• Türkiye aleyhine verilen kararlar Ermenistan'a toprak ve tazminat talebi yolunu açacaktır.

• Menfaati olan diğer devletler de uyuşmazlıklara taraf olabilecektir.

• Kısacası Türkiye'nin 1921 Kars Antlaşması'ndan kaynaklanan hakları yok sayılacaktır.

• Ermenistan esasen Kars Antlaşması'nı kabul etmemekte, geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Nitekim Ermenistan Ağrı Dağı'nı *"Ermenistan'ın devlet simgesi"* olarak kabul etmiştir. Ermenistan'ın SSCB'nin dağılmasından sonra yayınladığı 23 Ağustos 1990 tarihli Bağımsızlık Bildirisinde, Türkiye'nin Doğu bölgesi, *"Batı Ermenistan"* olarak nitelenmektedir. Ermenistan Anayasası'nda ise Bağımsızlık Bildirisindeki ilkelere bağlı olunduğu ifade edilmektedir.

• Ermenistan halihazırda Kars Antlaşması'nın geçerliliğini hukukî zeminde tartışma hakkına da sahip değildir. Ancak bu protokoller Ermenistan'a bu fırsatı vermektedir.

• Ermenistan protokollerde Kars Antlaşması'nın geçerli ve yürürlükte olduğunu açıkça kabul etmemiştir. Böylece Ermenistan'ın geçersizlik iddiasının sürdüğü, Türkiye'nin bu durumu bilerek aynı konuda yeni bir milletlerarası antlaşma imzaladığı, yeni yapılan antlaşmayla Kars Antlaşması hükümlerinin aynı zamanda uygulanmasının imkânsız olduğu, Türkiye'nin milletlerarası hukuktaki yeni emredici normları kabul ettiği, 1921 Kars Antlaşması'nın zımnen sona erdirildiği veya geçersiz olduğu ileri sürülebilecektir. Bu halde konu milletlerarası uyuşmazlık haline gelecek, iddialar hakkında uluslararası yargı karar verecektir.

• Uluslararası yargı 1921 Kars Antlaşması'nın geçersiz olduğuna karar verdiği takdirde bu antlaşmanın hiçbir bağlayıcılığı kalmayacaktır.

• Ermenistan Kars Antlaşması olmasaydı hangi durum mevcut olacak ise o durumun sağlanmasını talep edebilecektir. Bu da ayrı ve sonu gelmez taleplerin kapısını açacaktır.

• En iyi ihtimalle Ermenistan, Kars Antlaşması'nın 31 Ağustos Protokollerine aykırı olan hükümlerinin yürürlükten kaldırılmış sayıldığını ileri sürebilecektir. Çünkü protokoller Kars Antlaşması'na dayanılarak yapılmamıştır. Ayrı bir milletlerarası antlaşma hükmündedir ve daha çok *"ara çözüm"* niteliğindedir.

Görüldüğü üzere Ermenistan açılımı, Ermenistan'a ve *"uyuşmazlıklara"* müdahil olabilecek diğer devletlere birçok farklı açılım fırsatı tanımaktadır.

Ermenistan Cumhurbaşkanı Sarkisyan protokoller hakkında; *"Birinci önemli husus; protokollerde bizim Ermenistan olarak başından beri savunduğumuz hiçbir önkoşul bulunmaması. ..İkinci önemli nokta, Türkiye ile Ermenistan arasında tarihi ilişkilerin tarihçiler komisyonu tarafından değil, hükümetlerarası alt komisyon tarafından ele alınacak olması."* demiştir. (2 Eylül 2009, Milliyet, Nerdun Hacıoğlu'nun haberi.)

• Gerçekten de Ermenistan, protokollerde Kars Antlaşması'nı tanımamış ve hiçbir önkoşul kabul etmemiştir.

• İkinci olarak hükümetlerarası komisyon talebi Ermenistan'a aittir ve Türkiye bu talebi kabul etmiştir! Gerçekten de Türkiye 2005 yılında yanlış bir adım atmış ve Ermenistan'a Ortak Tarih Komisyonu kurulmasını teklif etmiştir. Eski Ermenistan Cumhurbaşkanı Koçaryan, bu teklife derhal cevap vererek *"hükümetlerarası bir komisyon"* kurulmasını istemiştir. (Koçaryan'ın 25 Nisan 2005 tarihli resmi mektubu, Bilâl N. Şimşir, Ermeni Meselesi, Ek bölüm.) Ortak Tarih Komisyonu teklifine, *"Batılı diplomatik kaynaklar"* tarafından da cevap verilmiş ortak komisyonda üçüncü tarafların da yer alması önerilmiştir. (Bilâl N. Şimşir, Ermeni Meselesi, s. 424, 426) İşte Türkiye 31 Ağustos Protokolleriyle bu talepleri kabul etmiştir! Maalesef Türkiye bugüne kadar Ermenistan'ın tarih komisyonundan kaçtığı şeklinde inanılmaz bir propagandaya mâruz kalmıştır. Oysa Ermenistan'ın Türkiye'yi bir şekilde yargılayıp sorumlu tutma fırsatından kaçması mümkün değildir. 40 yıldır yapılan bunca masraflı propagandaların amacı zaten budur. Belki Ermenistan'ın tarih komisyonu teklifinden kaçtığı, hükümetlerarası komisyon teklifini kovaladığı söylenebilir! Ermenistan'ın hükümetlerarası komisyon ısrarının sebebi ise soykırım iddialarının *"uluslararası uyuşmazlık"* sıfatı ile ele alınması isteğidir. Bu istek 31 Ağustos Protokolleriyle gerçekleşmiştir.

Arşivlerin açılması sözleriyle de kamuoyu yanlış yönlendirilmiştir. Oysa tarih araştırmalarını yasaklayan yoktur, arşivler açıktır, araştırmacılar dilediği gibi araştırma yapmakta, sonuçlarını kamuoyu ile paylaşmaktadır. Nitekim Başbakanlık Osmanlı Arşivi'nin yanı sıra, ABD, Rusya, İngiltere, Almanya, Fransa, BM Arşivleri ve diğer tüm temel kaynaklardan yararlanılarak yazılan ve Ermeni iddialarının tarihî gerçeklere aykırı olduğunu kanıtlayan pek çok bilimsel eser mevcuttur. Ancak bu eserler Ermeni propagandalarına göre *"yalan"* dır.

Eski Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök, Fikret Bila'ya verdiği röportajda, toplumdaki hassasiyetlere dikkât edilmesi gerektiğini bir hikaye ile anlatmıştır. Yurtdışından gelen bir yolcuya başındaki peruğun ne olduğu sorulmuş, yolcu *"peruk"* cevabını verince gümrük vergisi ödemesi istenmiştir. Bunun üzerine yolcu yeniden sıraya girmiş ve başındaki peruğun ne olduğu sorulunca *"saç küllü şapka"* cevabını vermiş, gümrükten

rahatça geçmiştir. Özkök, *"Yani, kavramların ve terimlerin seçilmesi, nasıl sunulduğu da çok önemlidir."* demiştir. (17 Ağustos 2009, Milliyet)

Gerçekten de günümüz dünyasında peruklar bizlere şapka olarak takdim edilebilmektedir. Fransa Cumhurbaşkanı Sarkozy protokoller konusunda *"bölge istikrarına katkıda bulunacak tarihsel bir olay"* nitelendirmesi yapmıştır. (1 Eylül 2009, Milliyet.) ABD Dışişleri Bakanlığı sözcüsü Kelly, *"her iki hükümetle de bölgede barış, güvenlik ve istikrara katkıda bulunacak tarihi süreç"* den bahsederek protokolleri memnuniyetle karşılamıştır. AB Komisyonu üyesi Rehn, *"protokolün Güney Kafkasya'daki barış ve istikrara katkı yapacağını"* söylemiştir. Rusya Dışişleri Bakanlığı anlaşmanın *"uzun süredir beklenen mantıklı bir anlaşma"* olduğunu bildirmiştir. (2 Eylül 2009, Milliyet, Güven Özalp'ın haberi.) Almanya Başbakanı Merkel de *"İki ülkenin diplomatik ilişkileri başlatma kararı aldıklarını duyunca çok memnuniyet duydum. İnsanların birbiriyle konuşması birbiri hakkında konuşmasından iyidir"* demiştir. *(19 Eylül 2009, Hürriyet, Ahmet Külahçı'nın haberi.)* Türkiye'deki kulisler ise şöyle bilgi vermiştir: *"Kulislerden sızan bilgilere göre, Türkiye ve Ermenistan sınır tanımını netleştirecek. 1921'de imzalanmış olan Kars Antlaşmasını tanıyacak olan Ermenistan böylelikle Türkiye üzerindeki toprak iddialarından vazgeçecek. Siyasi onaylardan sonra, iki ülke en alt düzeyde diplomatik ilişkilere başlayacak."* (1 Eylül 2009, Hürriyet, Metehan Demir'in haberi.) Öte yandan Ermenistan'daki Taşnak-Sutyun Partisi'nin protokolü kabul etmemesi, Erivan'da protesto gösterisi düzenlenmesi gibi davranışlar, protokolün Türkiye yararına olduğu şeklinde bir yanılgıya yol açmaktadır. (2, 3 ve 4 Eylül 2009, Hürriyet, 14-17 Eylül 2009 Milliyet, İpek Yezdani'nin Yazı Dizisi) *"Ermenistan tarih komisyonu teklifinden kaçıyor"* yanılgısının yerine bu defa *"Ermenistan protokollerden kaçıyor"* yanılgısı yerleştirilmektedir.

Oysa 24 Ekim 2007 tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı'nın 23. maddesinde peruğa peruk denilmektedir:

"Türkiye'den komşu ülkelere yönelik ekonomik ambargolara son vermesi, sınır kapılarını açması, tehdit veya gerilim meyilli askeri faaliyetlerden kaçınması beklentisini tekrar eder; geçmiş hadiselerle ilgili açık ve dürüst bir müzakere de dahil olmak üzere Birleşmiş Milletler Beyannamesi ve diğer ilgili uluslararası sözleşmelere uygun olarak Türkiye'ye komşularıyla olan önemli sorunlarının çözümü için ciddi ve yoğun bir çaba sarfetme çağrısını yineler; geçmiş ve bugün açısından Türk ve Ermeni Hükümetlerine yapılan bir uzlaşma süreci başlatmaları çağrısını tekrar eder.."

(http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/EPresolution2007TR-EN.pdf, 26.04.2008)

8 Eylül 2009 tarihli bir habere göre ise peruğa şapka denilmesi önerilmektedir: *"Akil Adamlar"* olarak adlandırılan Türkiye Bağımsız Komisyonu AB'yi eleştirerek, *"..Dışarıdan gelecek baskılar, özellikle yabancı parlamentoların 1915 olaylarını soykırım olarak niteleme yönünde aldıkları kararlar ters tepmektedir ve bunlardan kaçınılmalıdır. İki taraf açılan bu yolda ilerlemeli.."* demiştir. (8 Eylül 2009, Hürriyet, Zeynel Lüle'nin haberi.)

Ermenistan Cumhurbaşkanı Sarkisyan Ermenistan Meclisi'nde yaptığı konuşmada en azından peruğa şapka dememektedir: *"Şahsen ben bulunduğumuz noktada hiçbir önşart kabul etmediğimizi ve taviz vermediğimizi düşünüyorum. İleride soru işareti olarak çözüm bekleyen ekonomik, siyasi ve tarihi konular sırasıyla gündeme gelecektir."* (19 Eylül 2009, Hürriyet, Nerdun Hacıoğlu'nun haberi.)

Kars Antlaşması ulu önder Atatürk'ün bugüne kadar ayakta kalabilen son bölgesel antlaşmasıdır. 31 Ağustos Protokolleri Kars Antlaşması'nı yerle bir etmektedir.

AZERBAYCAN KARABAĞ'DAN VAZ MI GEÇİYOR?

31 Ağustos Protokollerine yöneltilen eleştirilerin esas noktasını Karabağ'daki işgal bitmeden protokol yapılması oluşturmaktadır. Bu tutumdan Azerbaycan tepki göstermese bu protokol kabul edilir, herşey güllük gülistanlık olur şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Oysa anlaşılması mümkün olmayan durumlar sözkonusudur: Mayıs 2009'da çıkan *"ABD'li Diplomatın Karabağ Bombası"* başlıklı habere göre ABD'li diplomat Bryza, Azerbaycan ve Karabağ konusunda *"ezber bozan"* açıklamalarda bulunmuştur. ABD'li diplomat, *"Azerbaycan Devlet Başkanı Aliyev'in Azeri halkını zor bir uzlaşmaya hazırlamaya çalıştığını, Karabağ'ın çevresindeki toprakların Azerbaycan'a verileceğini, Karabağ'ın ise yeni bir statüye kavuşacağını"* söylemiştir. (13 Mayıs 2009, Milliyet, Cenk Başlamış'ın haberi.) Protokollerin açıklanmasından sonra çıkan haberler de bu sözleri teyit etmektedir: Bulunan ara çözüme göre Ermeniler, Karabağ çevresindeki Azeri kasabalarından çekilecek, Karabağ ve Ermenistan bir koridorla bağlanacak, siyasi statü konusu zamana bırakılacaktır. (3 Eylül 2009, Milliyet, Cenk Başlamış'ın haberi.) Yine başka bir habere göre, Aliyev hem Rusya hem de ABD ile yaptığı görüşmelerde Karabağ bölgesine geniş otonomi hakkı tanınmasını önermiştir. (4 Eylül 2009, Hürriyet, Nerdun Hacıoğlu'nun haberi.)

Güneri Civaoğlu 31 Ağustos Protokollerinin çok farklı bir boyutunu göstermiş, *"uluslararası petrol lobisi"*nden edindiği izlenimleri özetle şöyle anlatmıştır: *"Azerbaycan üzerinden gelen enerji Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru*

Hattında taşınıyor. Rusya son zamanlarda Gürcistan'ı kendi nüfuz alanına dahil etmek planında mesafe aldı. ABD ve AB, bu nedenle tedirgin. Oysa... Türkiye-Ermenistan ilişkileri düzelirse, Azerbaycan ve Kazakistan enerji nakli Gürcistan'a gerek kalmaksızın doğrudan doğruya Ermenistan üzerinden gerçekleşebilir. Türkiye'ye varışı Rusya ipoteği altında olmaz. Dikkat ediniz, Ermenistan açılım planına Azerbaycan'dan resmi olarak sert tavır konulmadı." Güneri Civaoğlu, AzerbaycanınTürkiye'ye enerji akışında frene basması halinde Rusya'nın Türkiye'ye enerji garantisi verdiği şeklindeki duyumu da aktararak, uluslararası petrol lobisine bunun nasıl mümkün olduğunu sormaktadır: *"Bu soruma 'çok karışık işler bunlar' cevabını aldım. 'Devler pazarlığı' belki de... 'Al Ermenistan'ı, bırak Gürcistan'ı' mı?"* (3 Eylül 2009, Milliyet)

Görünen odur ki Azerbaycan'da Karabağ'ın elden gitmesi Türkiye'nin vefasızlığı olarak görülecektir. Türkiye'de ise Aliyev'in Medeniyetler İttifakı toplantısına gelmemesi, Azerbaycan'ın enerji hesapları, doğalgaza yaptığı zam ve zaten bir diktatörlük olduğu sözleri dolaşacaktır. Böylece iki ülkedeki kamuoyu tepkisi de aşılmış olacaktır. Ortak Tarih Komisyonu kurulması konusu zaten on yıllardır sürdürülen propagandalarla Türkiye'nin yararına gibi görülmektedir. Böylece *"devler pazarlığında"* Türkiye'nin payına soykırım sanığı sandalyesi, Azerbaycan'ın payına ise Karabağ'dan vazgeçmek düşmüştür. İki kardeş ülkenin ilişkilerinin zedelenmesi de cabasıdır. En kazançlı görünen Ermenistan olmakla birlikte, Türkiye'ye karşı sürdürdüğü haksız politikalar nedeniyle elde edemediği kazançlar gözönüne alınırsa Ermenistan da kazançlı değildir. Kars Antlaşması'nın 4. ülkesi Gürcistan ise Batı yanlısı yönetim ile Rusya'nın saldırıları arasında ayakta kalmaya çalışmaktadır.

Türkiye ve Azerbaycan toprak bütünlüğüne yönelik küresel taleplere mâruz kalan iki Türk devletidir. Küresel taleplerin sonu ise yoktur. Nitekim 31 Ağustos Protokollerinin üzerinden bir hafta bile geçmeden Ermenistan Parlamentosu, Azerbaycan'ı 1988-1991 yılları arasında Karabağ'da soykırım yapmakla suçlayan bir tasarının hazırlıklarına başlamıştır. (6 Eylül 2009, Hürriyet, Nerdun Hacıoğlu'nun haberi.) Türkiye, değil soykırım nedeniyle yargılanmak, soykırım iddialarından ve toprak bütünlüğüne yönelik taleplerden vazgeçilmesini dahi yeterli bulamaz. Azerbaycan'ın haklarını da korumak zorundadır. Azerbaycan da aynı şekilde, değil Karabağ'ın Ermenistan'a bağlanması, Azerbaycan bayrağını Karabağ'da dalgalandırmayı dahi yeterli bulamaz. Türkiye'nin haklarını da gözetmek zorundadır. Türkiye ve işgal altındaki Azerbaycan milletlerarası hukuktan doğan haklarına birlikte sahip çıkmalıdır. 1921 Kars Antlaşması, Türkiye, Azerbaycan, Gürcistan ve Ermenistan arasındaki sınırları kesin bir biçimde tespit etmektedir, Ermenistan bu antlaşma ile bağlıdır ve iyi komşuluk yükümlülüklerine uymak zorundadır.

Türkiye ile Azerbaycan bugüne kadar yapmış oldukları hatalardan bir an önce dönmelidir. Zararın neresinden dönülse kârdır.

PROTOKOLLER KARS ANTLAŞMASI'NIN YILDÖNÜMÜNDE İMZALANIYOR

Türkiye, Ermenistan ve İsviçre Dışişleri Bakanlıkları, 31 Ağustos 2009 tarihinde saat 20.45'de ortak basın açıklaması yapmış, protokollerin 6 hafta sonunda imzalanacağı söylenmiştir. (1 Eylül 2009, Milliyet) İmza için beklenen 6 haftanın son günü 13 Ekim'e denk gelmektedir. Nitekim Dışişleri Bakanlığı protokollerin 13 Ekim 2009 tarihinde imzalanacağını bildirmiştir (16 Eylül 2009, Milliyet). 13 Ekim, Ermenistan'ın milletlerarası mahkeme ve komisyonlar öngören Sevr'in geçersiz olduğunu kabul ettiği 1921 Kars Antlaşması'nın imzalandığı gündür. Milletlerin tarihlerinde ulusal özellik taşıyan günler önemlidir. Bu günler, devletlerin ulusal yararlarını koruma kararlılığını gösterdiği günlerdir. Komisyon kurulmasını öngören 13 Ekim 2009, komisyon kurulmasını reddeden 13 Ekim 1921'in rövanşı olarak algılanabilir. İlginçtir, 14 Ekim 2009 tarihinde Türkiye-Ermenistan rövanş maçı oynanacaktır. Bu nedenlerle protokol açıklamalarının zamanlaması da uygun olmamıştır.

ERMENİSTAN İLE DİPLOMATİK İLİŞKİLER KURULMASI

E. Büyükelçi Bilâl N. Şimşir'in uyarısına göre, halihazırda Ermenistan Cumhuriyeti ile diplomatik ilişkiler kurulması Türkiye için çok hassas bir konudur:

Atatürk zamanından süregelen bir kararlılıkla Türkiye, herhangi bir devlet ile diplomatik ilişkiler kurmadan önce o devletle *"dostluk anlaşması"* yapmaktadır. 90 sonrasında bağımsızlığını ilân eden devletler ile de aynı yol izlenmiştir. Ancak Türkiye'nin toprak bütünlüğünü tanımayan, Türk milletine asılsız isnatlarda bulunan, Türk diplomatlarına suikast düzenleyenleri yargılayıp cezalandırmayan, Azerbaycan'ın topraklarını soykırım yaparak işgal eden Ermenistan Cumhuriyeti ile dostluk anlaşması imzalamak mümkün olmamıştır. Dolayısıyla Ermenistan Cumhuriyeti'nin öncelikle haksız taleplerinden ve saldırılarından vazgeçmesi, iyi komşuluk yükümlülüklerine uyması gerekmektedir. Öte yandan Ermenistan sınırının açılması da çok hassas bir konudur. Yabancıların köylerde mülk edinmeleri serbest bırakıldığından, sınır açıldığı takdirde Ermenilerin özellikle Kars, Ardahan, Iğdır ve Van yörelerinde arazi satın alarak buraları kapatmaları mümkün ve muhtemeldir. (Bilâl N. Şimşir, Ermeni Meselesi, s.205 vd., s. 252-254)

Gerçekten de AB'ye üyelik süreci gerekçesiyle 2003 yılında çıkarılan bir kanunla, Cumhuriyet tarihinde ilk defa yabancılara köylerde taşınmaz mal edinme hakkı verilmiştir. (19.07.2003 tarih ve 4916 sayılı Kanun) Öte yandan 2008 yılında çıkarılan bir kanunla yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya ortağı oldukları şirketlere *"karşılıklılık şartı"* ve *"yüzölçümü sınırlaması"* aranmadan taşınmaz mal edinme hakkı tanınmıştır. (03.07.2008 tarih ve 5782 sayılı Kanun md.2)

Musul vesilesiyle Irak'ın bölünmesi ve Ermenistan'la birleşerek Türkiye aleyhine genişlemesi tehlikesi, bu tehlikenin daha Lozan aşamasında farkedilmesi, ulu önder Atatürk'ün bu tehlikeyi Irak, İran ve Afganistan'la imzaladığı Sadabad Paktı ile bertaraf etmesi, Atatürk'ün vefatından sonra Sadabad Paktı'nın İngiltere'nin de üye olduğu Bağdat Paktı ile etkisizleştirilmesi ve nihayet 1980 İran-Irak savaşıyla dağılması, PKK terörünün başlaması, Türkiye'nin AB'ye üyelik sürecinin ortaya atılması, Afganistan ve Irak'ın işgali, Dr. Rıza Nur'un *"böğrümüze hücum oradan olur"* dediği Musul'un yanıbaşında bölgesel yönetim kurulması ve 1960'lı yıllardan beri sürdürülen Ermeni talepleri... Birbirinden farklı gibi görünen konular aslında birbirleriyle şaşılacak derecede ilgilidir.

Türkiye Atatürkçülükten vazgeçmemelidir.

ERMENİSTAN'DAKİ SADE VATANDAŞLARIN BİLE DİRAYETLE SAVUNDUĞU ERMENİ TALEPLERİ

Hürriyet Gazetesi'nin 20 Mayıs 2009 tarihli bir haberine göre; Erivan Devlet Üniversitesi'nde görevli bir akademisyen, *"Soykırımın tanınmasından sonra geride bıraktığımız evleri ve tazminat talep edebiliriz."* demiştir. Türkoloji Bölümü öğretim üyesi olan akademisyen şunları söylemiştir: *"...Muş Kırköy'deki evimizi görmek için sizin Doğu Anadolu dediğiniz Batı Ermenistanı'na gittim. Köylüler 'Niye geldiniz, altın mı arıyorsunuz?' dediler. Bizi görünce ilk akıllarına gelen dedelerimizin altınları."* (20 Mayıs 2009, Hürriyet, Aslı Sözbilir'in haberi.)

Aynı habere göre *"bir Türk'e aşık olur musunuz?"* sorusuna Ermenistan'daki üniversite öğrencilerinden biri şu cevabı vermiştir: *"Biz Van'lıyız. Şu anda Van'da bizim evde yaşayan bir Türk ya da Kürt'le asla evlenemem. Türkiye soykırımı tanısa da toprak sorunumuz var. Sınırların değişmesi, bugün değil ama yarın öbür gün mutlaka olacak."*

Ermenistan'daki sade vatandaşların bile dirayetle savunduğu Ermeni talepleri bütün açıklığı ile ortadadır. Görmek isteyenler için..

Doç. Dr. Meltem Dikmen Caniklioğlu, 30 Nisan 2009 tarihli bir köşe yazısında Asılsız Soykırım İddiaları İle Mücadele Hukuk Araştırma Grubu bünyesinde bir süre çalıştığını, Türkiye'nin bir Ermeni meselesi olmadığını, dolayısıyla çeşitli platformlarda bu konuda kendini savunma pozisyonuna düşmemesi gerektiğini defalarca gerekçeleriyle anlattığını, hazırladığı raporların masalarda kaldığını, kendisini dinlemek bile istemediklerini, nihayet komisyondan çıkartıldığını ifade etmiş ve şunları söylemiştir: *"Komisyonlar kurmak, hakeme gitmek, Adalet Divanı'na başvurmak gibi yöntemler Türkiye'yi bu kuruluşların vereceği kararlara mahkûm kılacağından tehlikelidir. ..bu apaçık gerçekleri görenler var ama kimse onları dinlemiyor, sorun bu!"* (30 Nisan 2009, Yeniçağ)

TARC KOMİSYONU RAPORU!

Türkiye aleyhinde yürütülen eşi benzeri görülmemiş propagandalar sonucunda Türk kamuoyunda tartışılamayan bir komisyon raporu hazırlanmıştır. Bu rapor, 31 Ağustos Protokollerinin varacağı bağlayıcı sonuçlara ışık tutmaktadır:

2001 yılında Türk-Ermeni Barışma Komisyonu (İngilizce kısa adıyla TARC) kurulmuş, Uluslararası Daimi Adalet Merkezi'ne (ICTJ) başvuruda bulunarak *"BM SOYKIRIM SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN GERİYE YÜRÜMESİ HUSUSUNUN İNCELENMESİ"* istenilmiştir.

ICTJ kısa adlı uluslararası kuruluşun, Temmuz 2002'de hazırladığı raporda, BM Soykırım Sözleşmesi hükümlerinin geriye yürümeyeceği, sözleşmenin yürürlüğe girdiği 12 Ocak 1951 tarihinden önceki olaylar nedeniyle bir devlete veya şahsa karşı yasal bir talepte bulunulamayacağı ifade edilmiştir.

Ancak aynı raporda, *"olayları gerçekleştirenlerin bir bölümünün, Ermenileri yok etmek amacıyla hareket ettikleri"* yönünde hukuki dayanaktan yoksun bir değerlendirmeyle, *"ERMENİ SOYKIRIMI VARDIR"* sonucuna ulaşılmıştır. ABD Başkanı Bush, 24 Nisan 2005 tarihli konuşmasında, bu rapordan övgü ile söz etmektedir. (Milliyet, 25 Nisan 2005 http://www.milliyet.com.tr/2005/04/25/son/sondun33.html, 24.03.2007)

Bu rapordaki en temel hukukî hata şudur ki; BM Soykırım Sözleşmesi hükümlerinin 1951 tarihinden önceki olaylara uygulanamayacağı dolayısıyla hukuken böyle bir değerlendirme yapılamayacağı sonucuna varılmış ve hemen ardından böyle bir değerlendirme yapılmıştır! Oysa BM Soykırım Sözleşmesi'nin geriye dönük uygulanmasını engelleyen 13. madde hükmü olmasaydı dahi haksız Ermeni iddiaları yine de tartışma konusu yapılamazdı. Çünkü Ermeni iddialarına konu olaylar o zaman Osmanlı Devleti'nde yürürlükte olan kanunlara ve mahkemelere tâbidir.

Milletlerarası hukukun bu konuya müdahale yetkisi yoktur. Diğer yandan Türkiye ile Ermenistan arasında çözülmesi gereken bir milletlerarası uyuşmazlık da yoktur. Ermenistan Kars Antlaşması ile bağlıdır ve Kars Antlaşması'nı tartışmaya açma hakkına sahip değildir.

Türk halkının çoğunluğunun haberdar olmadığı TARC inceleme raporunun, tıpkı geçmişteki haksız/hukuksuz yargılamalar, raporlar, parlamento kararları, kitaplar, filmler, anıtlar, konferanslar gibi, Türkiye aleyhinde delil olarak kullanılmak isteneceği izahtan varestedir.

SONUÇ:

Türk milletine yükümlülük getirecek bir adım atılırken ulusal çıkarların gözetilmesi gerekir.

Türk Milleti sadece Birinci Dünya Savaşı'nda üç milyon evlâdını cephelerde şehit vermiştir. Bu durumda bile Sevr'i kabul etmemiştir. Türk Milletinin temel haklarını güvence altına alan 1921 Kars Antlaşması üzerinde en çok Sevr'i kabul etmeyen şehitlerimizin hakkı vardır. Hiçbir kişi ya da devletin insan hakları adı altında insan haklarını ihlâl etme hakkı yoktur. Ermeni iddialarının uluslararası uyuşmazlık haline getirilmesi talepleri Sevr Projesinde kalmıştır.

31 Ağustos Protokolleri Türkiye'nin 1921 Kars Antlaşması'ndan doğan haklarını yok saymaktadır. Asla kabul edilmemelidir.

Osmanlı Devleti'nin 1915 nakil ve sevk kararlarında herhangi bir hukuka aykırılık yoktur. 1915 nakilleri hukuken Osmanlı Devleti'nin milli yetkisi içindedir, milletlerarası hukukun bu konuya müdahale yetkisi de yoktur. Geçmişteki olayları hukuken değerlendirirken o tarihte yürürlükte olan olan hukuk kuralları esas alınır. Bugün geçerli hukuk kuralları ile geçmişi yargılamak hukuk bilimine aykırıdır. Böyle bir değerlendirme aynı zamanda tarihe karşı da haksızlıktır.

Ermeni iddialarının uluslararası bir uyuşmazlık haline getirilemeyeceği, olayların o zaman yürürlükte olan kanunlara ve mahkemelere tâbî olduğu hususu, hem hukuk bilimi hem de Türk milletinin kayıtsız şartsız sahip olduğu egemenlik hakkı gereğidir. Bu durum 1921 Kars ve 1923 Lozan Antlaşmalarıyla da sabittir. Unutulmamalıdır ki Kars Antlaşması'nda karşılıklı genel af vardır. Lozan'daki genel affın kapsamına ise düşman ordularıyla işbirliği yapanlar da dahil edilmiştir. Bir başka deyişle affeden Türkiye, affedilen Ermeni isyancılardır.

13 Ekim 1921 Kars Antlaşması Türkiye, Azerbaycan, Gürcistan ve Ermenistan arasında yapılmıştır. Ancak bu dört devletten ikisi olan Türkiye ile Ermenistan, diğer iki devleti dışlayan ve başta İsviçre olmak üzere başka

devletleri içine alan protokoller hazırlamışlardır. Protokoller 31 Ağustos 2009'da açıklanmıştır. Oysa Türkiye, Azerbaycan, Gürcistan ve Ermenistan'ın taraf olduğu Kars Antlaşması'nın 1. maddesine göre, Moskova Antlaşması hariç üçüncü hükümetler arasında Kafkasya Cumhuriyetleriyle ilgili olarak yapılan antlaşmalar yok hükmünde geçersizdir. Bu hüküm Kafkasya'ya büyük devletlerin haksız müdahalelerini önleyen ve esasen Kars Antlaşması'nın özünü anlatan bir hükümdür. Kafkasya'da barış ve güvenliği sağlayan Kars Antlaşması ve bu hüküm, bugün itibariyle yürürlüktedir ve geçerlidir. Kars Antlaşması'nı tadil edecek bir düzenleme ancak ve ancak yine bu dört devletin dışarıdan bir devletin müdahalesi olmadan katıldığı yeni bir uluslararası antlaşma ile gerçekleşebilir. Bu halde dahi Kars Antlaşması'nın özüne aykırı bir hüküm getirilemez. Ermenistan ile yapılacak ikili protokoller ise asla Kars Antlaşması'na aykırı olamaz.

• 31 Ağustos Protokolleri 1921 Moskova ve Kars Antlaşmalarına, Türkiye'nin bağımsızlık ve egemenlik haklarına ve ulusal yararlarına aykırıdır. Büyük devletlerin müdahalesini kabul eden bir ön anlaşma/ ara çözüm niteliğindedir. Post-modern Sevr hükümleri içermektedir. Türkiye, Sevr'deki kadar açık olmayan muğlak ifadelerle kapsamlı taahhütler altına girmiştir.

• Ermenistan protokollerin hiçbir yerinde Kars Antlaşması'nı kabul ettiğini beyan etmemiştir. Ermenistan'ın Kars Antlaşması'nın geçersiz olduğu iddiası devam etmektedir.

• Türkiye ise protokollerin hiçbir yerinde Kars Antlaşması'ndan doğan haklarını saklı tutmamıştır! Aksine,

• Ermeni iddialarının *"uluslararası uyuşmazlık"* sıfatı ile ele alınmasını,

• Bu iddiaların uluslararası hukuk ilkeleri ve ve normları temelinde çözümlenmesini,

• İddiaları araştırmak ve çözümlemek amacıyla komisyonlar kurulmasını,

• İddiaların araştırılmasına ve çözümüne ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyi kabul ve taahhüt etmiştir.

• Böylece Türkiye Kars Antlaşması'ndaki haklarına dayanamaz hale gelmiştir çünkü aksine hükümleri kabul etmiştir. Ermeni iddiaları hakkında Kars Antlaşması'na aykırı olarak uluslararası ve bölge antlaşmaları uygulanacaktır.

• Hukuk veya Tarih Komisyonunun Türkiye aleyhinde haksız bir karar vermesi halinde bu karar Ermenistan'a tazminat, mülklerin iadesi ve hatta toplu dönüş talepleri yolunu açacaktır.

• Türkiye komisyon kararlarına itiraz ederse Ermeni iddiaları uluslararası mahkemelere intikâl edecektir.

• Davalara uyuşmazlıklarda menfaati bulunan diğer devletler de katılabilecektir.

• Türkiye uluslararası mahkemelerin alabileceği haksız bir kararın bütün sonuçlarına katlanacaktır.

• Öte yandan Türkiye-Ermenistan sınırı *"uluslararası hukukun ilgili antlaşmalarında tarif edildiği şekliyle"* tanınmıştır, Kars Antlaşması'nda tarif edildiği şekliyle tanınmamıştır. Böylece Türkiye bu muğlak ifadenin yol açabileceği bütün sonuçları kabullenmiştir. Türkiye ile Ermenistan sınırı hukukî tartışmaya açılmıştır ve bu konudaki iddia ve talepler de uluslararası mahkemelere intikâl edebilecektir. Bu durumdan Kars Antlaşması'nın diğer tarafları olan Azerbaycan ve Gürcistan da zarar görebilecektir.

• 31 Ağustos Protokolleriyle Ermeni iddialarının uluslararası hukuk zeminine taşınması için hukukî bir altyapı oluşturulmuştur. Ermeni iddiaları ise soykırım iddialarından, tazminat ve mülklerin iadesine, toplu dönüş ve vatandaşlık taleplerinden sınır tespiti taleplerine kadar geniş bir yelpazeye sahiptir.

Ermeni talepleri bütün açıklığı ile ortada olduğu halde Ermeni iddialarının uluslararası hukuk zeminine taşınması vahim bir tarihi hatadır; Türkiye'yi tam olarak öngörülemeyen durumlara sürükleyebilecektir. Çünkü Ermeni talepleri sadece Ermenistan'ın değil aynı zamanda küresel devletlerin talepleridir ve bu taleplerin sonu yoktur. En vahimi 31 Ağustos Protokolleriyle, Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar arasındaki sevgi, saygı, hoşgörü ve güven duygularını zedeleyecek nitelikte bir tartıştırma sürecinin başlatılmasıdır. Unutulmamalıdır ki toplumları ayakta tutan güç birarada yaşama iradesidir.

Aslında Ermeni iddialarına verilecek en anlamlı cevap Ermeni asıllı yurttaşlarımızdan gelmiştir. 27 Nisan 2009 tarihli bir haber şöyledir: *"Ermeni asıllı Türk vatandaşlarının yaşadığı Hatay'ın Samandağ İlçesi'nin Vakıflı Köyü sakinleri, 1915 olaylarına ilişkin iddiaların sürekli gündemde tutulmasından rahatsız olduklarını söyledi. 35 ailenin yaşadığı Vakıflı Köyü Muhtarı Berç Kartun, Hatay'ın üç semavi dini bünyesinde barındırdığını, herkesin birbirine saygılı ve hoşgörülü davrandığını ifade ederek 'ABD, Avrupa ülkeleri ve Diyaspora'nın soykırımı sürekli gündemde tutmaları bizi rahatsız ediyor. Türkiye'de ibadet, ticaret ve geleneklerimizi çok huzurlu bir şekilde sürdürüyoruz. Gölge etmesinler başka bir şey istemiyoruz.' dedi."* (27 Nisan 2009, Cumhuriyet)

Şüphesiz ki Türkiye ile Ermenistan ilişkileri normalleşmelidir. Ancak ilişkileri *"anormalleştiren"* Türkiye değildir. Ermenistan iyi komşuluk

yükümlülüklerine uymalı, *"1921 Kars Antlaşması'nın geçerli olduğunu, yürürlükte olduğunu ve yürürlükte kalmaya devam edeceğini"* açıkça kabul etmeli, soykırım iftiralarını geri almalı, Türk milletinden özür dilemeli, Doğu Anadolu Bölgesi'ne *"Batı Ermenistan"* demekten vazgeçmeli, Türklere yönelik suikastlerin faillerini yargılamalı, Azerbaycan'ın işgal ettiği topraklarını boşaltmalı ve burada işlenen suçların failleri yargılanmalıdır. Bu halde ilişkilerin normalleşmemesi için hiçbir sebep yoktur; Ermenistan'la dostluk anlaşması yapılır, sınırlar açılır ve diplomatik ilişkiler kurulur. Ancak Ermenistan'la yapılacak her türlü protokolde, *"Bu antlaşmanın hiçbir hükmü 1921 Kars Antlaşması'na aykırı olarak yorumlanamaz."* şeklinde bir ifade mutlaka yer almalıdır.

Türkiye'nin hiçbir devletin toprağında, suyunda, petrolünde gözü yoktur, hiçbir devletin de Türkiye'nin toprağında, suyunda veya petrolünde gözü olamaz. Türkiye barışçı bir ülkedir. Ancak Almanya Başbakanı Merkel'in deyimiyle, hoşgörü boyun eğmek anlamına gelmez.

Devletlerin temel yükümlülüğü şudur ki; hiçbir devlet, sahip olduğu maddi-manevî gücü, diğer bir devletin haklarına veya millî onuruna zarar verecek şekilde kullanamaz. Ermeni propagandaları, devletlerin bu en temel yükümlülüğünün ihlâlidir. Ermeni propagandalarına katılan bütün devletlerin Türk milletine bir özür borcu vardır.

KAYNAKLAR:

Prof. Dr. Enver BOZKURT, Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Asil Yay. 4. baskı 2007,

Prof. Dr. M. Cemil BİLSEL, Lozan, Cilt I-II, Sosyal Yay. 1933 yılında yayınlanan kitabın tıpkı basımı; Eylül 1998,

Dr. Bilâl N. ŞİMŞİR, Ermeni Meselesi 1774-2005, Bilgi Yay. 3. Basım, Ocak 2006,

Dr. Bilâl N. ŞİMŞİR, Malta Sürgünleri, Bilgi Yay. 3. Basım,

Prof. Dr. Sevin TOLUNER, Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, genişletilmiş 2. baskı, Beta Yay., İstanbul-Eylül 2004,

Dr. Ferudun ATA, İşgal İstanbul'unda Tehcir Yargılamaları, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 2005,

Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk, Cilt I, Türk Devrim Tarihi Enstitüsü, 12. Basım, İstanbul 1972,

Mustafa Kemal ATATÜRK, Nutuk, Alfa Yay. 8. Basım, Kasım 2005,

Dr. Rıza NUR, Lozan Hatıraları, Boğaziçi Yay. 4. Baskı, İstanbul, Eylül 1999,

Gülseren S. AYTAŞ, Ermeni Talepleri ve Türkiye'nin Hakları, Der Yay. 2008.

YARGITAY KARARLARI

HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 200910/238 **K:** 2009/227 **T:** 03.06.2009

KISA KARAR-GEREKÇELİ KARAR ARASINDAKİ ÇELİŞKİ

(1086 SY: m. 381, 388, 389; YİBK 10.04.1992, 7/4 S)

Özet: *YİBK, Hakimin tefhim etmiş olduğu kısa kararla gerekçeli kararın uyum içinde olması gerektiğini öngörmektedir. Kısa kararda hükmedilmeyen bir yükümlülüğün gerekçeli kararda hüküm altına alınmış olmasının çelişki teşkil etmediğini söyleme olanağı bulunmamaktadır. Yargı erkinin görev ve yetkisi, Anayasa ile yasaları amaçlarına uygun olarak yorumlayıp uygulamak, keza YİBK'in bağlayıcılığını gözetmekten ibarettir, Kısa kararla gerekçeli karar arasındaki çelişkiye cevaz verilmemesinin amacı Kamunun mahkemelere olan güveninin sarsılmamasına yöneliktir. Tefhim edilen hüküm başka, gerekçeli kararda hüküm başka ise bu durumun mahkemelere olan güveni sarsacağı tartışmasızdır.*

Böyle bir çelişkinin varlığı halinde başka hiçbir incelemeye gerek görülmeksizin ve tarafların bu konuyu temyiz sebebi yapıp yapmadıklarına bakılmaksızın kararın salt bu nedenle bozulması gerekir.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bakırköy 13. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 11.03.2008 gün ve 2007/278-2008/80 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 14.10.2008 gün ve 2008/12312-12715 sayılı ilamı ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, meslek hastalığı sonucu 01.05.2000 tarihinde %48 oranında sürekli iş göremez duruma giren sigortalıya bağlanan gelir ve yapılan ödemeler nedeniyle, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun 62.967,83 TL. zararının şimdilik 5.631,64 TL'sinin davalı işverenden tahsili istemlidir.

Mahkemece dava kabul edilerek peşin değerli gelirlerden 5.000 TL'nin 09.05.2002 tahsis-onay tarihinden itibaren, geçici iş göremezlik ödeneğinden 631,64 TL'nin ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faizleriyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına karar verilmiştir. Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar Özel Dairece bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

10.04.1992 tarih, 1991-7 Esas 1992-4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, hakimin tefhim etmiş olduğu kısa kararla gerekçeli kararın uyum içinde olması gerektiğini öngörmektedir. Kısa kararda hükmedilmeyen bir yükümlülüğün gerekçeli kararda hüküm altına alınmış olmasının çelişki teşkil etmediğini söylemek olanaklı değildir. Yargı erkinin görev ve yetkisi, Anayasa ile Yasaları amaçlarına uygun olarak yorumlayıp uygulamak, keza İçtihadı Birleştirme Kararlarının bağlayıcılığını gözetmekten ibarettir. Kısa kararla gerekçeli karar arasındaki çelişkiye cevaz verilmemesinin amacı, Kamunun mahkemelere olan güveninin sarsılmamasına yöneliktir. Tefhim edilen hüküm başka, gerekçeli karardaki hüküm başka ise bu durumun mahkemelere olan güveni sarsacağı tartışmasızdır.

Öyle ki, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu konuya çok büyük bir önem verilmiş, çelişkinin varlığı tespit edildiği takdirde, başka hiçbir incelemeye gerek görülmeksizin ve tarafların bu konuyu temyiz sebebi yapıp yapmadıklarına bakılmaksızın kararın salt bu nedenle bozulması gerektiğine işaret edilmiştir.

Diğer taraftan, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 381, 388 ve 389. maddelerinde hüküm fıkrasında nelerin yer alacağı açıklanmış; 388. maddesinin son fıkrası ile *"Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir"* hükmü getirilmiştir.

Bütün bu açıklamalar ışığında somut olay irdelendiğinde; direnmeye ilişkin kısa kararda *"peşin değerleri gelirlerden 5.000.-TL, geçici iş göremezlik, 631,34 TL'nin tahsis-onay ve ödeme tarihlerinden itibaren yasal*

faizleriyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına" karar verilmişken; buna uygun yazılması gereken gerekli kararda kısa karardan farklı biçimde *"peşin değerli gelirlerden 5,000 TL'nin 09.05.2002 tahsis-onay tarihinden itibaren, geçici iş göremezlik ödeneğinden 631,64.-TL'nin ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faizleriyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına"* karar verilmiş olması çok açık bir çelişkidir.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, diğer temyiz itirazlarının bozma nedenine göre şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 03.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/10-157 **K:** 2009/192 **T:** 13.05.2009

BORÇLANMA • HUKUKSAL YARAR

(506 SY m. Geç. 80)

Özet: *Yerel Mahkemece, davacının borçlanma talebinin Kurumca kabul edildiği, davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, taraf vekillerinin temyizi üzerine özel dairece davacının dava açmakta hukuki yararı bulunduğu gerekçesiyle karar davacı lehine bozulmuştur.*

Mahkemece işin esasına girilerek, kurum işleminin davacıya yöntemince tebliğ edilmemesi nedeniyle borçlanmasının ve başvuru tarihindeki prime esas alt kazanç üzerinden prim ödemesinin geçerli olduğunun tespiti talebi yönünden yapılacak inceleme ile

Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı (İBD. 2009/5)

varılacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği bu nedenle davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu anlaşılmakla direnme kararının bozulması gerekmektedir.

Taraflar arasındaki "**Tespit**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 13. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 22.03.2007 gün ve 2005/1114 E. 2007/122 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 08.05.2008 gün ve 2007/8899-2008/5786 sayılı ilamı ile;

(...Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, SSK'nın tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

Davacının davaya konu dönem hakkında, 506 sayılı Yasa'nın Geçici 80. maddesindeki süre içinde ve usulüne uygun sekilde 13.11.1995 tarihinde başvuruda bulunduğu, önce talebinin kısmen reddedildiği, bilahare 12.01.2001 tarihli başvurusu üzerine yapılan müfettiş incelemesi sonrasında Kurumun, anılan döneme dair borç tahakkuk belgesi düzenlediği belirlenmiştir. Mahkemenin belirtilen süreç karşısında, davacının borçlanmak istediği sürelerin Kurumca kabul edilmesi sebebiyle davacının dava açmakta herhangi bir hukuki menfaati olmadığı gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş ise de;

Davalı Kurum tarafından dosyaya sunulan 20.09.2005 havale tarihli cevap dilekçesinde davanın reddi istenmekle, dava tarihinden itibaren uyuşmazlığı devam ettirdiği anlaşılmakla, davanın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi yönünde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı, 04.11.1975-07.03.1991 tarihleri arasındaki süreyi 506 sayılı Kanun'a 4056 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 80. madde uyarınca borçlanmasının ve başvuru tarihi olan 13.11.1995 tarihindeki prime esas alt kazanç üzerinden prim ödemesinin geçerli olduğunun tespiti talebinde bulunulmuştur.

Yerel mahkemece, davacının borçlanma talebinin Kurumca kabul edildiği, davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, taraf vekillerinin temyizi üzerine Özel Dairece metni yukarıya aynen alınan ilam ile davacının dava açmakta hukuki yararı bulunduğu gerekçesiyle karar davacı lehine bozulmuştur. Yerel Mahkeme ilk gerekçesini tekrarlayarak önceki kararında direnmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.03.2003 gün 2003/21-156 E, 2003/ 166 K, ve 29.05.2002 gün 2002/21-445 E, 2002/452 K sayılı kararlarında benimsenen ilkeler de gözetilmek suretiyle mahkemece işin esasına girilerek, Kurum işleminin davacıya yöntemince tebliğ edilmemesi nedeniyle borçlanmasının ve başvuru tarihindeki prime esas alt kazanç üzerinden prim ödemesinin geçerli olduğunun tespiti talebi yönünden yapılacak inceleme ile varılacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği bu nedenle davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu tartışmasızdır. Kaldı ki davalı cevap dilekçesinde koşulları oluşmayan davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Bu durumda Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na 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 Kararı'nda ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 13.05.2009 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/4-100 **K:** 2009/163 **T:** 06.05.2009

BASIN HUKUKU • KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI • MANEVİ GİDERİM • ÇATIŞAN İKİ DEĞER • ÜSTÜN TUTALAN DEĞERİN TESPİTİ

(ANAYASA m. 28; 5187 SY m 1, 3; 4721 SY m 24-25)

Özet: *Basın Özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda, hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda*

Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı (2009/5)

koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine Basın objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da Basın sorumlu tutulmamalıdır.

Taraflar arasındaki "**Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 29.09.2005 gün ve 2005/69 E. 353 K. sayılı Karar'ın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 29.03.2007 gün ve 2007/3320-4148 sayılı İlamı ile,

(Davacı, yapılan yayının hukuka aykırı olması nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığı savı ile manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı taraf ise yayının, Basın Yasası'nın tanıdığı sınırlar dışına çıkılmadan, özle biçim arasındaki denge korunarak verildiğini bu nedenle davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, istem kısmen kabul edilmiş olup, karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Basın Özgürlüğü, Anayasa'nın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasası'nın 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde Basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme,

aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur, Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir,

Ne var ki Basın Özgürlüğü sınırsız olmayıp yayınlarıda Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bölümü ile Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde yer alan ve yine ozel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluktur.

Basın Özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel Basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine Basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da Basın sorumlu tutulmamalıdır.

Davaya konu edilen A. Gazetesinin 17.07.2004 günlü sayısında "Travestinin evinden 350 milyar çıktı" başlığı ile yayınlanan yazıda; "...travesti C.K. (42), dün evinde ölü bulundu. Travestinin evinden ise 350 milyar lira ve 5 pahalı erkek saati çıktı. Apartman sakinlerinin ihbarı üzerine eve giren polisler, C.K'ın cesedi ile karşılaştı. Yaklaşık bir hafta önce öldüğü belirlenen C.K'ın evinde yapılan incelemede yaklaşık 350 milyar lira nakit para, değişik renklerde 10 peruk ve 5 değerli erkek saati bulundu. Travestinin hiç bir yakınına ulaşılamazken polis, olayla ilgili geniş çaplı soruşturma başlattı..." biçiminde ifadeler yer almaktadır.

Davacı, evinde ölmüş vaziyette bulunan erkek kardeşinin travesti olmadığını, evinden de iddia edildiği gibi para çıkmadığını belirterek gerçeğe aykırı haber nedeniyle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğundan dolayı manevi tazminat istemiştir.

Yerel mahkemece, dava konusu yayında gerçeğe aykırı eklemeler olduğu kabul edilerek manevi tazminata hükmedilmiştir.

Dava konusu olayda; davacının erkek kardeşi, evinde ölü olarak bulunmuş ve şüpheli ölüm nedeniyle tahkikat başlatılmıştır. Polis tarafından evin içinde araştırma yapılmış ve sonucunda düzenlenen olay yeri inceleme tutanağında; evde sayısı oldukça fazla bayan peruğu, bayan elbiseleri, bayan iç çamaşırları, pornografik fotoğraflar ve kasetler, cinsel amaçla kullanılan metal aletler ve bol miktarda yabancı metal para bulunduğu belirtilmiştir. Dava konusu haberin de bu olay yeri inceleme tutanağına göre yapıldığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda, belirlenen olgular ve yukarıda açıklanan ilkeler birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu yayının görünür gerçeğe uygun olduğu ve güncellik taşıdığı ve okuyucunun ilgisini çekecek şekilde başlık ve uslup kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca davacının şahsına yönelen bir iddia veya söze de yer verilmemiştir. Bu durumda, davacının kişilik haklarının saldırıya uğradığından söz edilemeyeceği ve korunması gereken üstün yararın Basın Özgürlüğü olduğu benimsenmelidir. Yerel mahkemece, anılan yön gözetilmeksizin istemin kısmen de olsa kabul edilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN; Davalılardan A. Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. adına Yönetim Kurulu Başkanı M.B. Vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır,

SONUÇ: Davalılardan A. Gazetecilik ve Matb. A.Ş. adına Yönetim Kurulu Başkanı M.B. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire Bozma Kararı'nda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 06.05.2009 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/9-128 **K:** 2009/148 **T:** 29.04.2009

GÖREV • MİNİBÜS ŞOFÖRÜNÜN ÇALIŞMASI • KÜÇÜK ESNAF SANATKAR YASASI-İŞ YASASI AYIRIMI

(4857 SY; 507 SY; 5362 SY)

Özet: *Davalının minibüs işletmeciliği dışında narenciye bahçesi bulunduğu Ziraat Odası'na kaydının bulunduğu buna göre geçimini münhasıran minibüs işletmeciliğinden karşılamadığı anlaşıldığından görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.*

Taraflar arasındaki "**İşçilik Alacağı**" davasıdan dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya 1. İş Mahkemesi'nce *"Mahkemenin Görevsizliğine"* dair verilen 25.07.2006 gün ve 2002/975 E, 2006/585 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.02.2007 gün ve 2007/133-2598 sayılı ilamı ile;

(...Davalının minibüs işletmeciliği dışında narenciye bahçesinin bulunduğu Ziraat Odası'na kaydının bulunduğu buna göre geçimini münhasıran minibüs işletmeciliğinden karşılamadığı anlaşıldığından yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır. İşin esasına girilerek sonuca gidilmelidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davaci vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, iş akdine dayalı olarak çalışıldığından bahisle ihbar ve kıdem tazminatı ile fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık ücretli izin alacağına ilişkindir.

Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı (2009/5)

Davalı vekili, taraflar arasında iş akdi değil, hasılat kirası ilişkisi olduğunu, davacının kendi adına esnaflık faaliyetinde bulunduğunu beyanla davanın reddini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, taraflar arasında hizmet akdi olmadığı kaldı ki 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'na tabi ve en az üç kişinin çalıştığı işyerlerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş, davacı vekilinin temyizi üzerine görevsizlik kararı metni yukarıya aynen alınan ilamla Özel Dairece bozulmuş, mahkemece *"önceki kararda iki gerekçe bulunduğu, bu gerekçelerden; taraflar arasında hizmet akdi bulunmadığına ilişkin olanının incelenmediği"* gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Taraflarının karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Özel Dairece bozma ilamında hizmet akdine dayalı hukuksal ilişkinin varlığının kabulü ile hizmet akdine dayalı olan çalışmanın İş Kanunu kapsamına dahil olup olmadığına ilişkin istisna hükmünün değerlendirilmesine ve bozma ilamının hizmet akdine dayalı çalışmanın kabulüne dayandığının açık bulunmasına göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire Bozma Kararı'nda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 29.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/11-501 **K:** 2008/507 **T:** 16.07.2008

MARKA TESCİLİ
• KÖTÜ NİYETLİ TESCİL • MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

(TTK m. 20/2; MK m. 2; HUMK m. 76; 556 S KHK m. 35, 42, 53)

Özet: *Tarafların markalarının birbirine çok benzediği, bütünü itibariyle bıraktığı etki dikkate alındığında markaların esas alındığında*

Gönderen: Ali GÜNEREN / Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

markaların esas unsurlarının aynı ve benzer olması nedeniyle genel görünüme etkisi az olan diğer unsurlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği, giysi üretiminde ve tekstil alanında faaliyet gösteren davalının itibarlı müdebbir bir tacir gibi davranmasının gerektiği, buna göre kullanacağı işaretin herhangi bir kişiye ait olup olmadığını araştırması gerektiği, ihtilaf konusu ibarenin herhangi bir anlamı olmayan harfler ve rakamlardan oluşması nedeniyle, davalı seçiminin tesadüften ibaret olamayacağı ve bu nedenle iyi niyetli sayılamayacağı, davalının uyuşmazlık konusu ibareyi tescil ettirmesinin, faaliyet alanı nedeniyle varlığından haberdar olduğu davacı markasından faydalanma kastını gösterdiği, davacının söz konusu işaret üzerinde öncelikli kullanma hakkına sahip olduğu dikkate alındığında kötü niyetli tescilin hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır.

Ancak, tescilli markanın haksız rekabet yaratmayacağı gerekçesiyle davacının diğer taleplerinin reddine karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Markaya Tecavüzün Tespiti-Men'i ve Hükümsüzlüğü**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 20.12.2005 gün ve 23-303 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 03.07.2007 gün ve 2666-10117 sayılı ilamıyla;

(...Davacı vekili, müvekkilinin uluslararası 25. sınıf içinde mütalaa edilen çok çeşitli ürünler ile giysilerin imali, ithali, ihracı ve her çeşit ticaret ile iştigal etmekte olup, tanınmış "RG 512 & Şekil" ibareli markasının 10.07.1995 tarihinden beri menşe ülkesi Fransa'da tescilli olduğu gibi, 31.01.1997 tarihinde 25. sınıfa dahil emtialar için WIPO nezdinde uluslararası tescil başvurularının yapıldığını, bu başvuru listesinde Türkiye'nin de bulunması nedeniyle WIPO aracılığı ile TPE nezdinde yapılan başvuruların davalı Şendoğan adına 18.10.2001 tarih ve 2001/21313 numara ile tescilli "RG 512 & şekil" markası mesnet gösterilerek 556 Sayılı KHK'nin 7/1-b maddesi uyarınca reddedildiğini, oysa davalının müvekkili markasını bire bir alma,

iktibas yoluyla oluşturduğunu, davalı markasının gerek yazılış gerekse telaffuz açısından müvekkili markası ile bire bir aynı olduğunu, bu durumun 556 Sayılı KHK'nin 7/1-b ve bendlerine aykırılık teşkil ettiği gibi, 8/1 (b) ve 8/1 V. maddesine de muhalefet teşkil ettiği, davalının markayı 24, 25 ve 35. sınıf için tescil ettirdiğini, 24 ve 25. sınıfın tekstil ürünlerini düzenlemekte olup, birbirine çok yakın olduğunu, 35. sınıfın ise tekstil hizmetlerini kapsadığını, davalının müvekkilinin markasının toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyinden haksız bir yarar sağlayacağını, markalar arasında iltibas tehlikesinin var olduğunu bu nedenle markanın tüm sınıflar için hükümsüzlüğüne karar verilmesinin gerektiği gerekçeleriyle davalı markasının hükümsüzlüğüne, sicilden terkinine, davalının haksız tecavüzünün tespiti ile önlenmesine, kararın ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

*Davalı vekili, müvekkilinin tescilli markasının "RG 512" davacının markasının ise "125 RG * 512" şeklinde olup, markalarının birbirinden farklı olduğunu, davacı markasının Türkiye'de tescilli olmadığı gibi rüçhan hakkının da düştüğünü, davacı markasının Türkiye'de "tanınmış marka" statüsünde bulunmadığını, davacı ürünlerinin Türkiye'de satılmadığını, bu nedenle iltibas teşkil ettiğinden söz edilemeyeceğini belirterek, davanın reddini istemiştir.*

Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran, tarafların markalarının birbirine çok benzediği, bütünü itibarıyla bıraktığı etki dikkate alındığında markaların esas unsurlarının aynı veya benzer olması nedeniyle genel görünüme etkisi az olan diğer unsurlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği, davalının giysi üretiminde bulunan ve tekstil alanında faaliyet gösteren bir kişi olduğu, bu itibarli müdebbir bir tacir gibi davranmasının gerektiği, kullanacağı işaretin her hangi bir kişiye ait olup, olmadığını araştırmasının gerektiği, ihtilaf konusu ibarenin her hangi bir anlamı olmayan harfler ve rakamlardan oluşması nedeniyle, davalı seçiminin tesadüften ibaret olamayacağı ve bu nedenle iyi niyetli sayılamayacağı, davalının fantezi bir ibare olan RG 512 ibaresini tescil ettirmesinin, faaliyet alanı nedeniyle varlığından haberdar olduğu davacı markasından faydalanma kastını gösterdiği, davacının bu işaret üzerinde öncelikli kullanım hakkına sahip olduğu, bu nedenle davalının kötü niyetli tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmesinin gerektiği, ancak tescilli markanın kullanımının haksız rekabet yaratmayacağı gerekçesiyle, davalı adına 2001 21313 no ile tescilli RG 512 + şekil markasının hükümsüzlüğüne, sair taleplerin reddine, karar kesinleştiğinde hüküm faturası özetinin gazete ile ilamına karar verilmiştir.

Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, davalı adına TPE nezdinde tescilli "RG 512 & şekil" ibareli markanın hükümsüzlüğü istemine ilişkindir.

Mahkemece tekstil sektöründe faaliyet gösteren davalının varlığından haberdar olması gereken davacıya ait yurtdışında menşe ülkesinde ve bir çok ülkede tescilli markasının ayırt edilemeyecek kadar benzerini kötü niyetle tescil ettirmesi nedeniyle davalı tescilinin 556 sayılı KHK'nin 35. maddesine dayalı olarak hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.

Hükümsüzlük hallerinin düzenlendigi 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde, aynı KHK'nin 35.maddesine göre marka tescil başvurusu veya tescilin kötü niyetle yapıldığı takdirde markanın hükümsüz sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan, sadece KHK'nin 35. maddesine dayalı olarak kötü niyetli tescilden dolayı hükümsüzlük kararı verilemez. Ancak, davacı hükümsüzlük sebebi olarak yurt dışında tescilli olan markasının tanınmışlığına da dayanmış ve davalının 2001 yılında yaptırdığı marka tescilinin bu nedenle de kötü niyetli tescil olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkemece, görüşüne başvurulan bilirkişi heyeti, işaretlerin benzer olması nedeniyle, 556 sayılı KHK'nin 35. maddesi karşısında tanınmışlık iddiasının değerlendirilmesine gerek olmadığı yönünde görüş belirtmiş ise de, az öncede açıklandığı üzere anılan 35. maddede yazılı kötü niyet unsuru hükümsüzlük davasında göz önüne alınamaz. Öte yandan, bilirkişi raporunda atıfta bulunulan Dairemizin 19.04.2002 tarih ve 2001/9903 E,2002/3699 K. sayılı "ALVARADO" kararında da, Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesine dayalı olarak tanınmış markanın aynısını tescil ettiren davalının TTK'nin 20/2, MK'nın 2. maddesi hükümleri karşısında kötü niyetli sayılması gerekeceği belirtilmiş olup, 556 sayılı KHK'nin 35. maddesine dayalı bir gerekçeye yer verilmiş değildir. Bu durumda mahkemece, HUMK'un 76. maddesi uyarınca davacı iddiasının hukuki tavsifi yapılarak, davacının Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesine dayalı tanınmışlık iddiası üzerinde durulması ve bu iddia çerçevesinde yurt dışında tescilli olan davacı markasının benzerini Türkiye'de tescil ettiren davalının hukuki durumunun tayin ve tespiti ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süesinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, markaya tecavüzün tespiti, durdurulması, haksız tecavüzlerinin önlenmesi, (davalı adına TPE'de tescilli markanın) iptali, hükümsüz sayılması ve Markalar Sicilinden terkin edilmesi istemlerine ilişkindir.

Davalıya ait 2001/21313 numara ile tescilli olan dava konusu *"RG 512"* ibareli marka ile davacı adına, başta menşe ülke Fransa olmak üzere yurt dışında bir çok ülkede tescilli olup, 1995 yılından itibaren bu ülkelerde kullanılan *"RG 512 & Şekil"* markasının karıştırılma ihtimali yaratacak derecede benzer oldukları hususunda Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık, davalı markasının tescil başvurusunun yapıldığı 18.10.2001 tarihinde henüz Türkiye'de marka tescili ve markasal kullanımı olmayan davacının, kötü niyet iddiasına dayalı olarak davalı markasının hükümsüzlüğünü isteyip isteyemeyeceğine ilişkindir.

Özel Dairece; hükümsüzlük hallerinin düzenlendiği 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42. maddesinde marka tescil başvurusu veya tescilin kötü niyetle yapıldığı takdirde markanın hükümsüz sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu bakımdan, sadece KHK'nn 35. maddesine dayalı olarak kötü niyetli tescilden dolayı hükümsüzlük kararı verilemeyeceği görüşü açıklanmaktadır.

Yerel Mahkemece; kötü niyetin mukayeseli marka hukukuna göre bir kısım Avrupa ilkelerinde ve Avrupa Birliği marka mevzuatında müstakil hükümsüzlük nedeni olarak kabul edildiği, ayrıca 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde kötü niyetli tescil açıkça hükümsüzlük sebebi sayılmaması da, MK'nin 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunmasının mümkün olamayacağı, marka korumasının ülkeselliği ilkesinin kötü niyeti tescilleri korumayacak ve kötü niyete prim vermeyecek biçiminde yorumlanması gerektiği düşüncesiyle direnme kararı verilmiştir.

O halde, 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde özel olarak düzenlenen sınırlı sayıdaki hükümsüzlük nedenleri içerisinde yer almayan *"marka tescilinin kötü niyetle yapıldığı iddiasına dayalı hükümsüzlük isteminin"* 550 sayılı KHK'nın sistematik ve ilkeleri ile genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre, "*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*"

556 sayılı KHK'nin 35/1. maddesine göre de, "*Tescil başvurusu yapılmış bir markanın 7. ve 8. madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafmdan marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır ... ".*

Öncelikle, davalı eyleminin kötü niyetli marka tescili oluşturup oluşturmadığı hususu irdelenmelidir. Marka Hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasmdan haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacına ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötü niyetli olarak kabul edilmektedir. Kötü niyetin varlığı her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir. Dava konusu uyuşmazlıkta, davacı taraf markasını 25. sınıf giysiler için 1995 yılında menşe ülke Fransa'da tescil ettirdikten sonra, davalının marka başvurusu yaptığı 18.10.2001 tarihine kadar geçen süre içerisinde de, markasını 31.01.1997 tarihinde WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) nezdinde tescil ettirdiği ve İtalya, İspanya, Portekiz gibi moda sektöründe son derece önemli ülkelerde tescil ve yatırım yoluyla kullandığı, herhangi bir anlam içermeyen fantezi bir ibareden oluşan markanın benzerinin haklı bir sebep olmaksızın aynı sektörde faaliyet gösteren davalı tarafından tescil ettirilmesinin ise davacı markasından yararlanma amacını taşıması nedeniyle kötü niyetli tescil olarak kabulü gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Gerçekte de, bu kabul yönünden yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

556 sayılı KHK'nin 35/1. maddesi uyarınca, başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazları Türk Patent Enstitüsü'nce nihai olarak reddedilen kişilerin aynı KHK'nin 53. maddesine göre kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki aylık süre içerisinde yetkili mahkemede dava açma hakları bulunmaktadır. 556 sayılı KHK'nin açıklanan hükümleri itibariyle tescil başvurusunun kötü niyetle yapıldığını iddia eden ilgili kişilerin itiraz yoluyla Enstitü nezdinde, itirazın reddi halinde ise yetkili mahkemede marka başvurusunun reddedilmesini istemek hakları bulunmasına karşın, aynı KHK'nin 42. maddesinde markanın hükümsüzlük sebepleri sınırlı olarak sayılırken KHK'nin 35/1. fıkrasında itiraz sebebi olarak belirtilen *"başvurunun kötü niyetle yapıldığı"* iddiasına yer verilmemiştir.

Özel Daire'nin yukarıda açıklanan bozma kararı 556 sayılı KHK'nin 42. maddesi ile getirilen ve markanın hükümsüzlük sebeplerini sınırlayan düzenlemeye uygun görülmekte ise de, somut uyuşmazlıkta kötü niyetin varlığı sabit olduğundan MK'nin 2. maddesi uyarınca hukuk düzeninin

kötü niyeti koruması mümkün olmayıp, bu durumun KHK'nin 42. maddesinde sayılmamış olması halinde dahi göz önüne alınması zorunludur. Nitekim, bu benimseme aynı zamanda 556 sayılı KHK'nın marka hakkının korunmasına ilişkin genel sistematiğine de aykırı düşmemektedir. Zira, aynı KHK'nin 42/1-(a) bendinde yer alan "*Tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davalarının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.*" hükmünden de anlaşılacağı üzere 556 sayılı KHK'nin amacı her halükarda kötü niyetli tescillerin önlenmesidir. Öte yandan, 556 sayılı KHK'nin 1, 6 ve 9. maddeleri ile kabul edilen "*marka korumasının ülkeselliği ve başvuru ve tescilde öncelik ilkeleri*" gereğince, başvurunun yapıldığı tarihe kadar Türkiye'de faaliyeti bulunmayıp, marka tesciline karşı KHK'nin 7. ve 8. maddelerinde sayılan mutlak ve nispi ret sebeplerine dayanması da mümkün olmayan, aynı zamanda tescil başvurusu sırasında KHK'nin 35/1. maddesine göre kötü niyet iddiasıyla itiraz da etmeyen kişilerin, marka tescili gerçeklestikten sonra, sadece tescilin kötü niyetli olduğu iddiasıyla, hükümsüzlük davası açmalarının marka korumasında ülkesellik ve tescilde öncelik ilkelerine aykırı olacağı ve tescil kesinleştikten sonra artık markanın hükümsüz kılınamayacağı düşünülebilirse de, bu düşüncenin kabulü de mümkün değildir. Şöyle ki;

Tescil başvurusunun kötü niyetle yapılmış olması halinin 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde düzenlenmemiş olmasına karşın başlı başına bir hükümsüzlük nedeni sayılması hususunda öğretide görüş birliği mevcuttur, (Bkz. Sabih Arkan, Marka Hukuku, Cilt II, s.158, Ankara 1998, Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.452, Dördüncü Bası, İstanbul 2005, Hamdi Yasaman ve ark. Marka Hukuku, Cilt 11. s.878-879, İstanbul 2004).

Diğer taraftan, Yerel Mahkemenin direnme kararında da belirtildiği üzere İspanyol, Alman ve İngiliz Markalar Yasası'nda da kötü niyetle marka tescili bir hükümsüzlük nedenidir. Yine, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararları gereğince AB ile Türkiye arasındaki fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatın uyumlu hale getirilmesi kapsamında 27.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin mehazını oluşturan 89/104 sayılı Avrupa Birliği Marka Yönergesi'nin 3/2. ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 51/1-b maddelerinde de kötü niyetli marka tescil başvurusu mutlak ret ve hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, gerek öğretide ileri sürülen görüşler, gerekse mukayeseli hukuk ve mehaz Avrupa Birliği mevzuatında yer alan hükümler itibariyle; markalar hukukundaki ülkesellik ve başvuru ve tescilde öncelik ilkelerinin yanında başvuru ve tescilde kötü niyetin himaye edilmemesine ilişkin temel ilkenin de aynen korunduğu anlaşılmaktadır.

Gerçekten de, 556 sayılı KHK'nin 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açalabilmesi de KHK'nin amacına uygundur. Çünkü, KHK'nin 35/1. ve 42/1. -(a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK'nin 2. maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK'nin 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından dolayı aynı sonuca ulaşılması KHK'nin ruhuna da uygundur.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde; davalı markasının kötü niyetle tescil ettirildiğinin anlaşılmasına göre, MK'nin 2. maddesi hükmünün uygulanması suretiyle dava konusu markanın hükümsüz kılınmasına ilişkin yerel mahkemenin direnme kararı yerinde görüldüğünden kararın onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, gerekli ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına gerek olmadığından 16.07.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/11-368 **K:** 2008/393 **T:** 28.05.2008

MÜZİK ESERİNE DÖNÜŞTÜRÜLEN ŞİİR • UMUMA ARZ YETKİSİ • ESER SAHİPLİĞİNİN TESPİTİ • DAVACILARIN HAKLARI • YAPIMCI • KANUNİ MİRASÇILARIN HAKLARI • TECAVÜZÜN REFİ

(5846 SY m. 14/1–3, 15, 16/1-3, 19/1, 21, 70/1)

Özet: *FSEK'in 19/1. maddesinde sayılan kişilerden olan mirasçıların, 1. fıkrada sayılan aynı Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin birinci fıkralarındaki hakların kullanımına ilişkin yetkileri, miras hakkından bağımsız olarak Kanun'la tanınmış yetkiler olmakla birlikte, bu*

Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı (İBD. 2009/5)

yetkiler murisin doğrudan veya dolaylı ifade edilen arzusuna göre, bu da yoksa, murisin arzusuna en uygun düşecek şekilde kendi tercihlerine göre ve süresiz olarak kullanabilecekleri yetkilerdir. Söz konusu eserin çoğaltılarak piyasaya arz edildiği, taraflar arasında mali hakların devrine ilişkin sözleşme bulunduğunun iddia edilip ispat edilemediği ve bu şekilde mali ve manevi hakların tecavüze uğradığı dikkate alındığında davacılar lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmelidir.

Taraflar arasındaki "**FSEK-Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda;

Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 01.12.2005 gün ve 2004/970-2005/608 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.03.2007 gün ve 2006/1431-2007/4583 sayılı ilamı ile;

(...Davacılar vekili, müvekkillerinin ünlü şair A.N.A.'nın mirasçıları bulunduğunu, yapımcı olan davalının bu şairin 'Fetih Marşı' isimli şiirini 'Yelkenler Biçilecek-Y.G.' isimli müzik eserinde şarkı haline getirdiğini, kaset ve CD üzerine kaydını yaparak çoğalttığını, müvekkillerinin FSEK'in 14, 15, 19 ve 21. ve devamı maddelerinde düzenlenen haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek, FSEK'in 70/1. maddesi uyarınca davacı F.A. ve M.M.A. için ayrı ayrı 1 milyar TL manevi tazminatın, aynı Yasa'nın 68. maddesi uyarınca tüm müvekkilleri için 500 milyon TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, eser sahibinin adının gerek işletme belgelerinde gerekse kaset ve CD'lerde açıklandığını, bu edebi eserin Y.G. tarafından musiki eserine dönüştürüldüğünü, hak sahibinin anılan kişi olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, eserin davacıların murisi A.N.A'ya ait olduğu, şiirin müzik eseri haline dönüştürüldüğünü, davalının yapımcısı bulunduğu fonograma müteveffa sanatçı Y.G. tarafından okunup, 'Yelkenler Biçilecek' isimli 25.000 adet kaset ve 5000 adet CD olarak satışa çıkarıldığı, taraflar arasında mali hakkın devrine ilişkin sözleşme bulunduğunun iddia edilip ispat edilemediği, mali ve manevi haklarının tecavüze uğradığı, davacılar tarafından emsal sözleşme sunulmadığı, davalı tarafından sunulan sözleşmelerin ise geçersiz ve özel olmaması nedeniyle dikkate alınmadığı maddi tazminatın somut olaya özgü şekilde eser sahibinin ünü, yeteneği, eserin beğeni durumu v.s dikkate alındığında 700.-TL olarak tespit edilmesinin uygun olduğu, FSEK'in

68. maddesi uyarınca üç katı olan 2.100,00.-TL talep edilebileceği, taleple bağlı kalındığı, çocuklarına intikal eden umuma arz yetkisinin ihlali nedeniyle manevi zararın doğduğu gerekçesiyle, tüm davacılar için 500,00.-TL maddi, M.A. ve F.A. için ayrı ayrı 1 milyar TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, Mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve Yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, FSEK'den kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Somut olayda davacıların murisine ait 'Fetih Marşı' isimli şiirin bir takım dizeleri kullanılarak ve yerleri değiştirilerek dava dışı besteci Y.G. tarafından izinsiz şekilde bestelendiği, davalı tarafından yine izinsiz olarak ses kaseti ve CD üzerine kayıt yaptırılıp, umuma sunulduğu hususları uyuşmazlık konusu değildir. Taraflar arasındaki çekişme, davalının bu eylemi dolayısıyla eser sahibinin mirasçıları davacıların maddi ve manevi tazminat talep edip edemeyecekleri noktasında toplanmaktadır. Davalının, davacıların mali haklarını ihlal ettiği sabit olup, hükmedilen maddi tazminatta bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Mahkemece, ayrıca eser sahibinin çocukları davacılar lehine manevi tazminata hükmedilmiştir. Ancak, manevi tazminat bakımından hükmün yeterli gerekçe taşıdığını söylemek mümkün bulunmamaktadır. 5846 sayılı FSEK'in 19. maddesine göre, bu Yasa'nın tanıdığı mali haklar eser sahibinin mirasçılarına intikal ettiği halde, manevi haklar açısından aynı durum söz konusu değildir. Ancak, eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları kullanabilecek kimseler FSEK'in 19. maddesinde belirtilmiştir.

FSEK'in 19/1. maddesine göre, eser sahibi 14/1 ve 15/1. maddesi ile tanınan yetkilerinin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse yahut bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa bu yetkilerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana, babasına ve kardeşlerine aittir.

Aynı Yasa'nın 19/2. maddesine göre de eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16. maddelerin Üçüncü fıkralarında tanınan hakları hak sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl kendi namlarına kullanabilirler.

Somut olayda mirasçı çocukların manevi tazminat talep edebilme koşullarının varlığı için öncelikle FSEK'in 19. maddesinin birinci ve ikinci

fıkralarının mirasçılara sağladığı hak ve yetkilerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

5846 sayılı FSEK'in 19. maddesinin düzenleme biçimi göz önüne alındığında, anılan maddenin birinci fıkrasında sayılan kişilere "sırasıyla" FSEK'in 14/1 ve 15/1. maddelerinde düzenlenen manevi hakların "kullanım tarzını tespit etme yetkisinin" verildiği, ikinci fıkrada ise aynı Yasa'nın 14, 15 ve 16. maddelerinin üçüncü fıkrasında sayılan manevi hakları 70 yıl için "kendi namlarına kullanma hakkının" verildiği anlaşılmaktadır. Böylece, 19. maddede ayrı ayrı hak ve yetkilerin niteliği, bu hakları kullanabilecek kimseler ve sınırları belirtilerek eser sahibinin ölümünden sonra da bu maddede sayılan manevi haklar koruma altına alınmıştır.

FSEK'in 19/1. maddesinde sayılan kimseler, 14/1 ve 15/1. fıkrası kapsamındaki manevi hakların kullanımı tarzını eser sahibinin ölümünden sonra onun arzusuna uygun olarak belirleyecek ve bu haklarını koruyacaklardır. Başka bir anlatımla, Yasa'da adı geçenler murise ait eserinin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ve tarzını tayin yetkisi ile eseri sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama yetkisinin kullanımını murisin arzusuna uygun bir biçimde yerine getireceklerdir. Ayrıca, murisin sayılan manevi haklarına bir tecavüz halinde de adı geçen kişiler kendilerine tanınan bu yetkinin doğal bir sonucu olarak tecavüz edene karşı tecavüzün refi ve men'i davalarını açabileceklerdir.

FSEK'in 19/2. fıkrasında da adı geçenlerin sahip oldukları haklar ve bunların sınırları birinci fıkradan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. İkinci fıkrada 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında sayılan manevi haklar bakımından adı geçenlere eser sahibinin ölümü ile birlikte halefiyet veya mirasçılık sıfatından ayrı olarak 70 yıl süre ile Kanun'dan doğan bağımsız bir hak tanınmıştır. Söz konusu hak ile eser sahibinin ölümünden sonra şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikteki manevi hak ihlallerinin ortaya çıkması veya eser sahipliğinin ihtilaflı olması hallerinde maddede adı geçenlere her türlü önleyici (tecavüzün refi ve men'i) ve tazminat davaları ile yine eser sahipliğinin tespiti davasını açmak imkanı verilmiştir.

FSEK'in 19/1. maddesindeki hallerde ise adı geçenlere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmamıştır. Bu fıkrada sayılan haklar eser sahibinin 14/1 ve 15/1. fıkralarındaki hakların kullanım tarzını belirleme yetkisi ile sınırlı olup, anılan hakların ihlali halinde maddede adı geçenlere tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi için gerekli davaları açabilmek hakkını verdiği halde FSEK'in 70/1. maddesine dayalı tazminat isteme hakkı vermez.

Somut olayda davacılar vekili dava dilekçesinde genel olarak FSEK'nın 14, 15, 19 ve 70. maddelerine dayanarak manevi tazminat talep etmiş olup,

mahkemece genel olarak anılan Yasa'nın 14. maddesinin ihlal edildiği kabul edilerek yazılı şekilde manevi tazminata karar verilmiştir. Bu durum karşısında, davacıların istemi, yukarıda açıklanan Yasa maddeleri ve somut olayın özellikleri de dikkate alınıp, manevi tazminat isteme koşulları oluşup oluşmadığı yeterince tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

İşin esasına geçilmezden evvel; direnme kararında yer alan gerekçenin yasal çerçevede gerekçe genişletilmesi mi yoksa bozmadan esinlenilerek oluşturulmuş yeni bir hüküm mü olduğu ön sorun olarak ele alınmış; yapılan ilk görüşmede çoğunluk sağlanamadığından ikinci görüşmede; davacıların dava dilekçesinde yer alan talepleri ve dayandıkları yasal hükümler gözetildiğinde, mahkemece manevi tazminat isteme koşullanın oluşup oluşmadığının yeterince tartışılıp tartışılmadığına işaret eden bozma kararının içeriğine göre direnme kararında yer alan gerekçenin yasal çerçevede gerekçe genişletilmesi olduğu sonucuna varılarak oybirliği ile ön sorunun reddi ile işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince; dava, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup; bozma ve direnme kararlarının kapsamına göre uyuşmazlık manevi tazminat noktasındadır.

Davacılar *"Fetih Marşı"* isimli eserin sahibi şair A.N.A.'nın mirasçılan, davalı ise bu eserin kullanıldığı *"Yelkenler Biçilecek-Y.G."* isimli müzik eserinin yapımcısıdır. Eldeki dava, taraflar arasında mali hakların devrine ilişkin bir sözleşme olmadığı halde davacılar murisinin anılan eserinin davalının yapımcısı olduğu eserde izinsiz kullanılması ve eserin bütünlüğünü bozacak şekilde değişikliğe uğratılması iddialarına dayalı maddi ve manevi tazminat istemiyle açılmıştır.

Mahkemece her iki talebin de kabulüne karar verilmiş; davanın temyizi üzerine Özel Daire'ce davalı yanın maddi tazminata yönelik temyiz istemlerinin reddiyle, hüküm; eser sahibinin mirasçısı çocukları lehine hükmedilen manevi tazminat noktasından bozulmuştur.

Yargılama konusunun eser olduğu, davacılar murisi şair A.N.A.'nın *"Fetih Marşı"* isimli şiirinin, bir takım dizeleri kullanılarak ve yerleri degiştirilerek dava dışı besteci Y.G. tarafından izinsiz sekilde bestelendiği ve *"Yelkenler Biçilecek"* isimli müzik eserinde kullanıldığı, davalı yapımcı tarafından yine izinsiz olarak ses kaseti ve CD üzerine kaydedilerek, çoğaltılıp dağıtımının yapıldığı, satışa çıkarıldığı, davacı mirasçılar ya da murisleri ile davalı arasında eylemden önce veya sonra mali hakların devri anlamında bir sözleşme bulunmadığı, uyuşmazlık konusu olmadığı gibi; mali haklar karşılığı hükmedilen maddi tazminata ilişkin hüküm de bozma dışında kalmakla uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmıştır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; eser sahibinin ölümünden sonra 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'in 14/1. ve 16/3. maddelerinde sayılan manevi haklarının ihlali halinde eser sahibinin mirasçılarının aynı Kanun'un 70/1. maddesine dayalı olarak manevi hak tazminatı davası açıp açamayacaklarına ilişkindir.

5846 sayılı FSEK'in 14, 15, 16 ve 17. maddelerinde sayılan eser sahibinin manevi hakları; eser ile sahibi arasındaki bağ nedeniyle eser sahibinin kişiliğine bağlı olarak oluşan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak ve inhisari yetkilerdir. Anılan hak ve yetkilerin Medeni Hukuk'ta tamamlanan ve MK'nın 24. ve BK'nin 49. maddeleri ile korunan kişilik haklarından farkı, fikri hukuk alanında eser sahibinin manevi haklarının doğumu için alenileşmiş bir eserin varlığını gerektirmesidir.

5846 sayılı FSEK'de sayılan manevi hakları kullanma ve tasarrufta bulunma yetkisi sadece eser sahibine aittir. FSEK'in 27. maddesi uyarınca, eser sahibine tanınan mali hakların korunma süresi eser sahibi yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren de 70 yıl devam etmekle birlikte, manevi haklara ilişkin koruma herhangi bir süre ile sınırlı değildir.

Aynca, eser sahipliğinden kaynaklanan manevi haklar miras yoluyla intikal etmeyecekleri gibi, ölüme bağlı tasarruflara konu olmazlar ve sağlararası işlemlerle de devir edilemezler. Manevi haklardan feragat de geçerli değildir. Ancak, manevi hakların kullanılma yetkisi devredilebilir.

5846 Sayılı FSEK'in 63. maddesine göre, eser sahibine tanınan mali haklar miras yoluyla intikal etmesine karşın, manevi hakların kişiye bağlı nitelik taşımaları onların miras yoluyla intikaline olanak vermediğinden; aynı Kanun'un 19. maddesinde eser sahibinin ölümünden sonra, manevi hakları kullanabilecek kimseler başlığı altında, bu hakların bazılarını kullanabilecek kişiler sınırlı olarak sayılmıştır.

Somut uyuşmazlıkta, davacıların tecavüz edildiğini öne sürdüğü *"Fetih Marşı"* isimli şiirin eser sahibi olan şair A.N.A.'nın mirasçıları oldukları ve FSEK'in 19. maddesinde sayılan eser sahibinin yakınlarından oldukları

hususunda Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Yine, somut uyuşmazlıkta, FSEK'in 48. ve 52. maddelerine uygun sözleşme olmaksızın, davacıların murisi A.N.A.'ya ait *"Fetih Marşı"* adlı şiirin dava dışı Y.G. tarafından kısaltılıp, dizelerin ve sözlerin yerleri değiştirilerek işlenmek suretiyle musiki eserinin güftesi haline getirildiği ve bu haliyle gerçekleştirilen icrasının davalının yapımcısı olduğu fonograma tespit edilip çoğaltılarak kaset ve CD formatında piyasaya sürüldüğü de tartışmasızdır.

Yerel Mahkemece, FSEK'in 19. maddesi uyarınca murisin sağlığında manevi haklarının kullanılma yetkisine ilişkin bir belirlemede bulunmadığı hallerde, ölümünden sonra da eserden kaynaklanan manevi hak ve yetkileri sona ermediğinden, bu yetkilerin yakınlarına geçtiği, murisin mirasçısı olan davacıların bu hakları miras ile iktisap etmeyip FSEK'in 19. maddesi uyarınca aslen iktisap ettiklerinden, fikri ürün üzerindeki Kanun tarafından tanınmış manevi hakların süresi konumunda bulundukları ve aslen kazanılan manevi haklarının mirasçıların kişilik değerine dahil olması nedeniyle de, manevi hakları kendi namlarına ve diledikleri şekilde kullanabilecekleri, bu bakımdan da; davalı fonogram yapımcısı tarafından eserin izinsiz olarak umuma arzı üzerine her türlü hukuk davalarını açabileceklerinden, aynı Kanun'un 70/1. maddesine göre manevi hak tazminatı da isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

Özel Daire ise, eser sahibinin manevi hakların kullanımına ilişkin bir belirleme yapmadığı hallerde, FSEK'in 19. maddesinde sayılan kişilerden olan mirasçıların maddede sayılan manevi haklara tecavüz halinde yine, aynı maddede öngörülen koşullarla hukuk davalarını açabilecekleri; 19. maddenin ikinci fıkrasına göre, bu fıkrada sayılan manevi hakları mirasçıların 70 yıl boyunca kendi namlarına kullanma yetkisini aslen iktisap etmeleri nedeniyle, ikinci fıkrada belirtilen eser sahibinin FSEK'in 14, 15 ve 16. maddeleri üçüncü fıkralarındaki manevi haklara yönelik tecavüz halinde; mirasçıların Kanun'da sayılan her türlü hukuk davaların (tecavüzün refi, meni, eser sahipliğinin tespiti ve manevi tazminat) açma yetkisinin bulunduğu, ancak, Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında yazılı 14. maddenin 1. fıkrası (umuma arz yetkisi) ve 15. maddenin birinci fıkrasında (adın belirtilmesi yetkisi) belirtilen haklar bakımından ise, mirasçılara kendi namlarına kullanılabilecek bir hak ve yetkinin tanınmadığı, bu fıkra ile tanınan yetkilerin eser sahibinin FSEK'in 14. ve 15. maddelerinin birinci fıkralarında sayılan manevi hakların kullanım tarzını murisin arzusuna uygun bir şekilde gerçekleştirmek ve bu haklara tecavüz halinde de Önleyici Hukuk Davalarını açmakla sınırlı olup; somut uyuşmazlıkta, umuma arz yetkisinin ihlali durumunda mirasçı olan dava-

cıların FSEK'in 14/1. ve 19/1. maddelerine dayalı manevi tazminat davası açamayacakları görüşünü açıklamak suretiyle, hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Her ne kadar, Özel Daire bozma ilamında somut uyuşmazlık bakımından FSEK'in 16. maddesinin 3. ve 19. maddesinin 2. fıkraları yönünden Yerel Mahkemenin gerekçesi hakkında çok ayrıntılı bir değerlendirme yapılmamış ise de, bozma ilamındaki genel gerekçe itibariyle, FSEK'in 14, 15 ve 16. maddelerinin üçüncü fıkrasının ihlali halinde; aynı Kanun'un 19/2. maddesine göre, mirasçıların her türlü hukuk davalarını ve bu bağlamda da FSEK'in 70/1. maddesinde düzenlenen manevi hak tazminatı davası açabilecekleri hususunda Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

O halde, somut uyuşmazlıkta, öncelikle, Yerel Mahkemenin direnme kararının gerekçelerinden birisini oluşturan FSEK'in 14. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan eser sahibinin umuma arz yetkisinin ihlali halinde mirasçıların FSEK'in 19. maddesine dayalı olarak aynı Kanun'un 70/1. maddesine göre manevi hak tazminat isteyip isteyemeyeceklerinin tartışılması gerekmektedir.

Manevi hakların eser sahibine sıkı sıkıya bağlı olmaları ve mirasla intikal etmemeleri, bazı hallerde bizzat eser sahibinin zararına sonuçlar doğurabilir. Bu yetkilerin eser sahibinin talimat ve istekleri doğrultusunda bile, başkaları tarafından kullanılamaması, çözümü güç sorunlar ortaya çıkarabilir. Oysa, eserin korunması amacıyla, eser sahibinin yakınları ile bazı kurumlara ve mali hak sahiplerine bir kısım manevi hakları kullanma yetkileri tanınması gereklidir (Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Üçüncü Bası, Shf.163). Bu amaçla, FSEK'in 19. maddesindeki düzenleme ile eser sahibinin anılan maddede belirtilen manevi haklarını kullanabilecek kişi ve kurumlar ve yetkileri belirtilmek suretiyle, eserin ve eser sahibinin ölümünden sonra da korunması amaçlanmıştır.

Ögretide de belirtildiği üzere, Türk Hukuku'nda mirasçılara sadece, esere saldırı halinde manevi tazminat davası açma hakkı tanınmıştır (Ü.Tekinalp, age, Shf. 163).

Medeni Hukuk sahasında kişilik haklarının manevi menfaatleri ihlal edilenden başka kimseler tarafından kullanılmasına izin verilmemiştir. Gerçi, zarar görenin mirasçılarına da bazı hallerde kendi namlarına tazminat istemek hakkı tanınmışsa da, bu hakkın doğumu murise zarar veren eylemin aynı zamanda mirasçılara da zarar verici vasıfta olmasına bağlı olup ana kuraldan ayrılınmış değildir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da aynı sistemden ilham alınmıştır. Bu Kanuna göre eser sahibinin şeref ve itibarı ile ilgili olmaları bakımından sırf eser sahibinin şahsına bağlı olan manevi hakların ölümünden sonra

yetkili şahıslar tarafından kendi namlarına kullanılması keyfiyeti de, bu şahısların eserin hususiyet ve mahiyetinin muhafazasındaki menfaatleri bakımından kabul edilmiştir. Kanun nazarında eser sahibinin şeref ve itibarının ihlal eden her hareket eserin korunması ile yetkili şahısların da muhik menfaatlerini ihlal etmiş olmaktadır.

Telif Hukuku'nda eser bizatihi bir hayatiyete sahiptir. Gerçekte, eser sahibinin şerefine yönelik bir tecavüz esere tecavüzdür. Bu halde, eserin korunması, ilgili şahısların kendi namlarına harekete geçebilmeleri eserin korunmasındaki menfaatleri itibariyledir (Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri 11 Fikir ve Sanat Eserleri, Shf. 90-91, Yıl 1954).

Öğretideki bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, FSEK'in 19. maddesindeki düzenleme ile amaçlanan, bizzat eser ve eser sahibinin manevi haklarının korunması olup, mirasçıların eser sahibinin şerefine yönelik veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmeler dışında manevi hakların süjesi durumuna getirilerek onların kişilik değerlerine dahil edilmesi değildir.

5846 sayılı FSEK'in 19. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme itibariyle de, muris aynı Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin birinci fıkralarında eser sahibine tanınan yetkilerin kullanılış tarzlarını tespit etmemiş ise, yahut, bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa bu yetkilerin kullanılması vasiyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana, babasına ve kardeşlerine aittir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, bu hakların kullanılması üçüncü kişilere devredilmekle beraber, bu kimseler kendi yararlarına değil, ölmüş bulunan eser sahibinin yararına hareket etmektedirler. FSEK'nın 19. maddesi manevi hakların kullanılmasını sadece belli kişilere bırakmış bulunmaktadır. Miras hakkı içinde kabul edilmediğinden Kanunkoyucu bu hakkın kullanımını sırasıyla birinci fıkrada sayılan kişilere vermiştir. Temelde bu kimseler ölmüş bulunan eser sahibinin haklarını korurken, kendisinin hayatta iken vermiş bulunduğu talimata uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Herhangi bir saldırı halinde 19. maddede sayılan bu kişiler kendi yararlarına değil, ölmüş bulunan eser sahibinin açık ve olayın gelişimine en uygun olan yararına uyan bir biçimde davranmak yükümlülüğündedirler (Duygun Yarsuvat, Türk Hukuku'nda Eser Sahibi ve Haklan, Genişletilmiş 2. Baskı, Shf.129, Yıl 1984).

Nitekim, 19. maddenin dördüncü fıkrasında da, selahiyetli kimseler birden fazla olup müdahale hususunda birleşemedikleri taktirde; mahkemenin, eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekilde basit yargılama usulu ile ihtilafı halledeceği belirtilmiştir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, FSEK'in 19/1. maddesinde sayılan kişilerden olan mirasçıların, 1. fıkrada sayılan aynı Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin birinci fıkralarındaki hakların kullanımına ilişkin yetkileri, miras hakkından bağımsız olarak Kanun'la tanınmış yetkiler olmakla birlikte, bu yetkiler murisin doğrudan veya dolaylı ifade edilen arzusuna göre, bu da yoksa, murisin arzusuna en uygun düşecek şekilde kendi tercihlerine göre ve süresiz olarak kullanabilecekleri yetkilerdir.

FSEK'in 19/1. maddesinin yukarıda açıklanan amacı ve düzenlenme biçimi itibariyle ve aralarında herhangi bir ayırım gözetilmediği halde; mahkemece, mirasçıların 1. fıkrada sayılan diğer kişi veya kuruluşlardan ayrık tutularak manevi hakları diğerlerinden farklı bir biçimde aslen iktisap ettikleri ve kişilik değerlerine dahil edildiğinden, fıkrada sayılan FSEK'in 14. ve 15. maddelerinin birinci fıkrasındaki manevi hakları muris adına değil de kendi namlarına ve diledikleri gibi kullanabileceklerine ilişkin görüşte isabet bulunmamaktadır.

Bu bakımdan, FSEK'in 19/1. maddesine göre, fıkrada sayılı manevi hakların ihlali halinde de, mirasçılar bu hükümden doğan yetkilerini eser sahibi muris adına kullandıklarından, söz konusu manevi haklara tecavüz halinde bu yetkileri eser ve eser sahibinin korunması için tecavüzün önlenmesi ve giderilmesi amaçlı davaların açılması ile sınırlı olup, mirasçılara FSEK'in 70/1. maddesine dayalı manevi hak tazminatı isteme hakkı vermez.

Öte yandan, eser sahibinin manevi haklarının ihlalinden dolayı mirasçılarının üzüntü duyacakları ve manevi tazminat isteyebileceklerine ilişkin Yerel Mahkemenin gerekçesine gelince; eser sahibinin manevi haklarının ihlali yanında, eserin icrası ve başka yollarla yayınlanması eser sahibinin manevi hakları yanında onun kişilik haklarını da ihlal etmiş olabilir. İşte bu gibi hallerde Yargıtay Hukuk Bölümü İçtihadi Birleştirme Kurulu'nun 18.12.1981 gün ve E:1980/l K1981/2 sayılı Kararı'nda vurgulandığı gibi FSEK 70/1. maddesi yanında Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davalı eylemi aynı zamanda eser sahibi murisin kişilik haklarını ihlal ediyorsa koşulların varlığı halinde bu maddeye göre mirasçı olan davacılar da manevi tazminat isteyebileceklerdir. Ancak, somut uyuşmazlıkta davacıların bu yönde bir iddia ve talepleri de bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, FSEK'in 14/1 ve 19/1. maddesi ile aynı Kanun'un 70/1. maddesine göre mirasçıların manevi tazminat talep hakları bulunduğuna ilişkin Yerel Mahkemenin açıklanan Yasa maddelerinin yorumuna yönelik direnme gerekçesi yerinde değildir.

Ne var ki, Yerel Mahkeme direnme kararında, sadece açıklanan gerekçeye değil; dava konusu esere müdahale edilmek suretiyle bazı

kısımlarının çıkartıldığı ve değiştirildiği, bu durumun eser sahibinin FSEK'in 16. maddesinden doğan haklarına tecavüz oluşturduğu, mirasçıların FSEK'in 70/1. maddesi uyarınca manevi tazminat talep hakları bulunduğu, gerekçesine de dayanmıştır.

Özel Daire'nin bozma ilamında ise, yukarıda da ayrıntısıyla açıklandığı üzere FSEK'in 19/2. maddesi kapsamında aynı Kanun'un 14, 15 ve 16. maddelerinin Üçüncü fıkralarındaki manevi hakları mirasçılann aslen iktisap ettikleri ve 70 yıl müddetle kendi namlarına kullanabilecekleri ve bu hakların ihlali halinde mirasçı olan davacıların her türlü hukuk davalarını ve bu kapsamda da manevi tazminat davasını açabilecekleri ilke olarak açıklanmışsa da Yerel Mahkeme kararının FSEK'in 16. maddesinde tanımlanan eserin bütünlüğünün korunmasına yönelik gerekçesi ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme yapılmamış ve bozma gerekçesi sadece FSEK'nın 19. maddesinin l. fıkrası ile aynı Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasına dayandırılmıştır.

Bu nedenledir ki, mahkemenin bu yöne ilişen direnme gerekçesinin de irdelenmesi gerekmektedir:

Az önce de açıklandığı üzere, esasen, FSEK'in 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, aynı Kanun'un 14, 15 ve 16. maddelerinin Üçüncü fıkralarında tanınan manevi hakları mirasçıların aslen iktisap ederek 70 yıl süreyle kendi namlarına kullanabilecekleri ve anılan haklara yönelik bir ihlalin varlığı halinde de mirasçı olan davacıların manevi tazminat davası da dahil olmak üzere her türlü hukuk davalarını açabilecekleri hususunda Özel Daire ve Yerel Mahkeme arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Gerçekten de, gerek yargı kararlarında ve gerekse de öğretide benimsenen görüşler itibariyle, Kanunkoyucu Medeni Hukuk alanındaki murisin şerefine yönelik saldırı halinde mirasçılara tanınan dava hakkı ile Fikri Hukuk'tan kaynaklanan eser sahibinin manevi haklara yönelik tecavüzün eser sahibinin şeref ve haysiyetine de saldırı oluşturması halinde mirasçıların dava hakkı arasında FSEK'in 19. maddesinin 2. fıkrası vasıtasıyla bağlantı kurmuştur. Çünkü, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü ihlal ve değişikliklerin eserin korunması ile yetkili olan murisin yakınları kapsamındaki mirasçılarının da yasal menfaatlerini ihlal edeceği tartışmasızdır. Nitekim, bu amaçla FSEK'in 19. maddesinin 2. fıkrası ile bu kimselere bu maddede sayılan manevi hakları 70 yıl müddetle kendi namlarına kullanma yetkisi verilmiştir.

5846 sayılı FSEK'in 16/3. maddesine göre, eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değiştirmeleri men edebilir.

Somut uyuşmazlıkta, mahkemece alınan 20.06.2005 tarihli uzman bilirkişi raporunda murisin *"Fetih Marşı"* isimli şiirinin bir kısmının alınıp dizelerin ve sözlerinin yeri değiştirilerek eser parçalanmak suretiyle işlenerek musiki eserinin güftesi olarak kullanıldığı mütalaa edilmiştir. Bu açıklama itibariyle, eserin parçalanması sonucunda mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu eylem FSEK'in 16. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık oluşturduğundan, mirasçı olan davacıların aynı Kanun'un 19. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanan haklarını kullanarak yine, aynı Kanun'un 70/1. maddesine göre manevi tazminat isteyebileceklerinin kabulü gerektiğine ilişkin direnme gerekçesi yerindedir. Açıklanan bu gerekçe itibariyle manevi tazminata hükmedilmesi ve hükmedilen miktar usul ve Yasaya uygun olup, direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, gerekli ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına 28.05.2008 gününde yapılan, ön sorun oylaması yönünden ikinci, esas yönünden ilk görüşmede oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/11-392 **K:** 2008/377 **T:** 14.05.2008

FOTOĞRAFA İLİŞKİN HAK TALEBİ • ESER • FOTOĞRAFIN ESER SAYILIP SAYILMAYACAĞININ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ İLE SAPTANABİLECEĞİ • TALEPLE BAĞLILIK KURALI • ÖZEL VE TEKNİK BİLGİ GEREKTİREN DURUMLAR

(5846 SY m. 68, HUMK m.74, 275)

Özet: *Dava konusu fotoğrafların Yasa'nın belirlediği anlamda eser sayılıp sayılmayacakları konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmadan hüküm kurulması doğru olmamıştır. Dava dilekçesinde döviz cinsinden talepte bulunulduğu dikkate alınarak, bu talep doğrultusunda hüküm kurulmalıdır.*

Gönderen: Av. Talih UYAR

Taraflar arasındaki "**FSEK Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1. Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 05.03.2007 gün ve 2006/927-3892 sayılı Karar'ın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.03.2007 gün ve 927-3892 sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili, tüm hakları müvekkiline ait olan üç adet fotoğrafın, davalıların yayıncısı ve sorumlu müdürü bulundukları Takvim Gazetesi'nde izinsiz yayımlandığını, fotoğrafların FSEK'in 4. maddesi anlamında eser niteliğine sahip olduğunu ileri sürerek, FSEK'in 68. maddesi uyarınca şimdilik toplam 900 ABD Doları+KDV'nin 29.08.2002 yayın tarihinden itibaren bir yıllık mevduata Devlet Bankalarının uyguladığı en yüksek faiziyle birlikte ödeme günündeki TL. karşılığının davalılardan müteselsilen tahsilini, hüküm özetinin ilanını talep ve dava etmiştir. Davalılar vekili, husümet ve esas yönünden davacının reddini savunmuştur. Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, dava konusu fotoğrafların eser niteliğine sahip olduğu, mali haklarının davacıya ait bulunduğu, davacının ıslah talebinde bulunmasına rağmen dava dilekçesiyle fotoğraf bedeli sınırlandırıldığından davalı yararına usuli kazanılmış hak doğduğu ve döviz olarak talep edilen meblağın dava tarihindeki kur karşılığının aşılamayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne, 1.460.030.400.-TL'nin 262,8 KDV'si ile birlikte 29.08.2002 yayın tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsiline, hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve Yasa'ya aykırı bir yön bulunmamasına göre, taraf vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Ancak dava, 5846 sayılı FSEK'in 68. maddesine dayalı maddi tazminat ve hüküm özetinin ilam istemine ilişkindir.

Uyuşmazlığın çözümü, dava konusu fotoğrafların anılan Yasa'nın 4. maddesi anlamında eser sayılıp sayılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece bu hususta bilirkişi görüşü alınmadan, karar gerekçesinde belirtilen değerlendirmelerle, dava konusu fotoğrafların eser sayılacağı kabul edilmiştir. Oysa bu konunun, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün değildir ve HUMK'un 275. maddesi uyarınca mahkemece, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması zorunludur. Bu durum karşısında mahkemece, konusunda uzman bir fotoğraf sanatçısı bilirkişi görüşü alınmadan, eksik incelemeyle karar verilmesi doğru olmamıştır.

3- Yine, davacı vekili tarafından sunulan dava dilekçesi ile döviz cinsinden talepte bulunulduğu halde mahkemece, tespit edilen davacı alacağı dava tarihi itibariyle TL'ye çevrilerek, yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Oysa, HUMK'un 74. maddesi uyarınca hakim, her iki tarafın iddia ve savunmasıyla bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Bu durum karşısında mahkemece, davacının döviz cinsinden olan talebi değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması dahi doğru olmamış, davalılar vekilinin bu hususlara ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile, kararın bozulması gerekmiştir.

4- Davacı vekilinin, ticari faiz talep edildiği halde mahkemece yasal faiz yürütülmesinin hatalı olduğuna ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; bozma neden ve şekline göre, davacı vekilinin anılan temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bu gibi hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasının gerekmesine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.03.2008 gün ve 2008/11-262 E, 2008/260 K; 28.03.2007 gün ve 2007/11-154 E, 2007/168 K; 07.03.2007 gün ve 2007/11-94 E, 2007/113 K sayılı ilamlarında da aynı hususların benimsenmiş olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire Bozma Kararı'nda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre bu aşamada taraf vekillerinin temyiz dilekçelerinde ileri sürdükleri sair hususların incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harçlarının geri verilmesine, 14.05.2008 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/11-262 **K:** 2008/260 **T:** 09.03.2008

MARKA • MARKA İZLENİMİNİ YARATACAK KULLANMA • DAVACININ MAHKEME KARARINA KARŞIN EYLEMLERİNE DEVAM ETMESİ • GİDERİM İSTEMİ

Özet: *Taraflar arasında daha önce görülen davada verilen karara rağmen davalının eylemlerini sürdürdüğü ve davacının markasıyla örtüşen ticaret ünvanını marka izlenimini yaratacak şekilde kullandığı ileri sürülerek tazminat talep edildiğine göre, davacının bu iddiası bilirkişi aracılığı ile incelenerek hüküm kurulmalıdır.*

Taraflar arasındaki "**Maddi ve Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1. Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 31.02.2005 gün ve 2003/558-2005/79 sayılı Karar'ın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.03.2007 gün ve 2006/692-2007/3891 sayılı İlamı ile,

("...Davacı vekili, yer karosu desenleri konusunda müvekkili adına tescilli tasarımlarm aynısının, hem de kötü üretim nedeniyle müvekkilinin itibarının zedeleyecek şekilde, davalı tarafından üretilip satıldığını, ayrıca taraflar arasında daha önce yapılan yargılama sonucunda, davalının, müvekkiline ait tescilli markaları kullanarak yaptığı haksız rekabetin önlenmesine karar verildiği halde, hem müvekkili adına tescilli markayı ticaret ünvanı olarak kullanmak, hem de marka izlenimi yaratacak şekilde kullanmak suretiyle, mahkeme kararı ile yasaklanan fiilini devam ettirdiğini ileri sürerek, tasarım hakkına tecavüz nedeniyle 120.000.000.000.-TL maddi, 10.000.000.000.-TL manevi tazminat ile haksız rekabet fiilinin devamı nedeniyle 120.000.000.000.-TL maddi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsilini, davalının tecavüzünün önlenmesini, hüküm özetinin ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı adına tescilli tasarım belgesinin hükümsüzlüğü için dava açıldığını, müvekkilinin sadece kendi ticaret ünvanını, ürettiği ürünlere ait ambalajlar üzerinde kullandığını, marka izlenimi vermelerinin de söz konusu olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Gönderen: Av. Talih UYAR

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, davacının dava konusu tasarım tescil belgelerinin hükümsüzlüğüne karar verilip kesinleştiği, hükümsüzltik kararlarının geçmişe etkili sonuçlar doğuracağı, dolayısıyla davacının artık tasarım hakkına dayanamayacağı, davacının tescilli markalarının "ESER FLOOR", "SERFLOOR", "SERFLEKS", davalının ise "DESEN FLOOR", "ESEN FLOOR" ve "DESEN FLEX" sözcüklerinden oluştuğu, davalının tescilli ticaret ünvanını kullanmasının hukuka aykırılık oluşturmayacağı, "FLEKS" ibaresinin "esnek" anlamına gelip nitelik belirttiğinden ayırt edici özelliğinin bulunmadığı, davacının markalarındaki ayırt edici sözcüklerin "SER" ve "ESER" olduğu, bu durumda davalının "DESENFLEX" markasının davacı markalarıyla iltibas yaratmayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, tasarım hakkına tecavüz ve haksız rekabet nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini ile hüküm özetinin ilam istemine ilişkindir.

Taraflar arasında daha önce görülen davada, davalının davacı adına tescilli markaları kullanmak suretiyle haksız rekabette bulunduğunun tespit ve önlenmesine karar verilmiş ve karar 07.04.2000 tarihinde kesinleşmiştir. Davacı vekili tarafından 22.01.2003 tarihinde yaptırılan tespitte alınan bilirkişi raporunda ise, davalının ürünlerine ait ambalajlarda, kendi ticaret ünvanı ile markasını, haksız rekabet oluşturacak şekilde kullandığı bildirilmiş, bu rapora davalı vekili tarafından itiraz edilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta ise, davacı vekilince sunulan dava dilekçesinde, diğer taleplerin yanında, taraflar arasında daha önce görülen davada verilen karara rağmen davalının eylemlerini sürdürdüğü ve davacı markasıyla örtüşen ticaret ünvanını, marka izlenimi yaratacak şekilde kullandığı ileri sürülerek, bu nedenle de tazminat talebinde bulunulduğuna göre, mahkemece davacının bu iddiası bilirkişi aracılığı ile incelenmeden eksik incelemeye dayalı olarak, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, kararın bozulması gerekmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.03.2007 gün ve 2007/11-94-113 sayılı; 28.03.2007 gün ve 2007/154-168 sayılı kararlarının da aynı yönde bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire Bozma Kararı'nda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 09.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/14-756 **K:** 2006/762 **T:** 29.11.2006

GEÇİT HAKKININ AMACI
• DAVACININ KUSURLU EYLEMİ

Özet: *Geçit hakkı verilmesindeki amaç, genel yola bağlantısı olmayan taşınmazın genel yola kesintisiz bağlantısını sağlamaktır.*

Genel yola ulaşma olanağı bulunan davacının bu yere çamaşırhane vs. yaparak kendi kusuruyla çıkış yerini kapattığı dikkate alınarak geçit hakkı istemi reddedilmelidir.

(...Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 747. maddesine dayanılarak açılmış geçit hakkı kurulması istemine ilişkindir. Geçit Hakkı verilmesin-deki amaç, genel yolla bağlantısı olmayan taşınmazın genel yola kesintisiz bağlantısını sağlamaktır. Somut olayda paftasında lehine geçit tesis edilen 7 parselin doğuda Çarşı Sokağı ile bağlantısı olduğu anlaşılmaktadır. Davacı buradan genel yola ulaşmak yerine yola çıkış yapması gereken bölüme çamaşırhane vs. yaparak kendi kusuru ile çıkış yerini kapattığından meydan yerine geçit amacıyla eldeki bu davayı açamaz. Davanın açıklanan bu nedenle reddi

Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 3. ve 14. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

gerekirken istemin hüküm altına alınması doğru olmadığından karar bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma Kararı'na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı Neriman vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire Bozma Kararı'nda gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1390 **K:** 2009/3396 **T:** 18.03.2009

ÇAPLI TAŞINMAZA EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI
• MAHKEMECE İZLENECEK YOL
• NİRENGİ NOKTALARINDAN ÖLÇÜMLEME
• YEREL BİLİRKİŞİ VE TANIK • TAKOMETRİK ALETLERLE ÖLÇÜM

(TMK m. 725)

Özet: *Çaplı taşınmaza el atma davalarında; öncelikle çap kayıtları getirtilerek tarafların tüm delilleri toplandıktan sonra çekişme konusu taşınmazda keşif yapılmalıdır.*

Gerektiğinde taşınmaz başında dinlenecek olan yerel bilirkişinin ve tanıkların vereceği bilgiler dikkate alınmalıdır.

Taraflar arasında birleştirilerek görülen davada;

Davacı, kayden maliki bulunduğu 602 ada 4 parsel sayılı taşınmazı komşu parsel maliki davalıların taşkın bina yapmak suretiyle işgal ettiklerini ileri sürüp, elatmanın önlenmesi ve yıkım istemiş, yargılama sırasında davalı Hasan hakkındaki davayı atiye terk etmiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlar, davalı Doğan, ayrıca taşan kısmın Türk Medeni Kanunu'nun 725. maddesi gereğince uygun bir bedel karşılığında adlarına tescilini istemiştir.

Davacının her iki davasının kabulüne ilişkin olarak verilen karar, Dairece *"kısa karara çelişkili gerekçeli karar yazılmasının doğru olmadığı"* gerekçesiyle bozulmuş, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda mahkemece, davalıların davacıya ait taşınmaza müdahalelerinin sabit olduğu, çaplı taşınmazda iyiniyet savunmasının ileri sürülemeyeceği gerekçesi ile her iki davanın da kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı Doğan vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi'nin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava ve birleşen dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve yıkım isteklerine ilişkindir. Mahkemece, davaların kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 602 ada 4 parsel sayılı taşınmazın davacıya, komşu 602 ada 3 parsel sayılı taşınmazın ise davalılar Maksut, Esme ve Doğan adlarına kat irtifaklı olarak kayıtlı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davacı, haklı ve geçerli bir neden bulunmaksızın davalıların 4 no'lu parselin bir bölümüne taşkın inşaat yapmak suretiyle müdahale ettiklerini ileri sürerek, eldeki davayı açmıştır.

Bilindiği üzere; çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi davalarında öncelikle çap kaydının ya da kayıtlarının getirtilerek tarafların tüm delilleri toplanılmalı, dosya keşfe hazır hale geldikten sonra yapılacak uygulamada çekişmeli yer ile yanların ellerinde bulunan kısımların sınırları tarafların ortak beyanlarına göre açıklığa kavuşturulmalı, gerektiğinde bu yön taşınmaz başında dinlenecek yerel bilirkişi ve tanık sözleri ile kuşkuya yer bırakmayacak biçimde saptanmalıdır. Daha sonra belirlenen bu durum göz önünde tutularak hazır bulundurulan kadastro fen memuru veya mühendisi sıfat ve yeteneğini taşıyan uzman bilirkişi veya bilirkişilere kadastro sırasında konan nirengi noktalarından, bunlar yoksa hem paftada hem arazide mevcut sabit noktalardan yararlanılarak takometrik aletlerle kadastral yöntemlere uygun biçimde ölçüm yaptırılmalı, bilirkişilerden uygulamayı yansıtan, infazı sağlamaya yeterli ve özellikle davacı tarafın taşınmazına bir tecavüzünün bulunup bulunmadığını, varsa miktarını açıkça gösteren kroki ve rapor alınmalıdır

Somut olaya gelince; yukarıdaki ilkeleri kapsar biçimde bir uygulama yapıldığını söyleyebilme olanağı yoktur. Fen bilirkişi raporunda ölçek belirtilmemiş, ne tür bir aletle ölçüm yapıldığı açıklanmamıştır. Aynı bilirkişi ile iki kez uygulama yapılmış, ancak hangi kadastral yöntemlere göre uygulama yapıldığı açıklanarak çekişmeye konu edilen bölüm kroki üzerinde bilimsel verilere uygun olarak gösterilmemiştir.

Hal böyle olunca, yukarıda değinilen ilke ve olgular çerçevesinde araştırma yapılması, yeniden, öncekilerden farklı 3 kişilik uzman bilirkişi heyeti ile uygulama yapılması, soruşturmanın eksiksiz tamamlanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Kabule göre de; davalı Hasan hakkındaki dava atiye bırakıldığı halde bunun hakkındaki davanın da kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Davalının, temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün 428. maddesi gereğince HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1236 **K:** 2009/2977 **T:** 09.03.2009

TAPU KAYDININ DÜZELTİLMESİ DAVASI • DAVADA EKSİK HUSUMET

Özet: *Tapu kaydının düzeltilmesi istemiyle açılan davanın tapudaki hata lehine oluşturulan kayıt malikine karşı da açılması gerekir.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, Kat İrtifakı Kurulu 3154 ada 2 parsel sayılı taşınmazda bulunan 4 no'lu bağımsız bölümün paydaşı bulunduğunu, ancak, kendi payının sehven düşük, paydaş Hüseyin'in payının ise yine sehven fazla yazıldığını ileri sürüp, payların düzeltimi isteğinde bulunmuştur.

Davalı, dava konusu taşınmazdaki pay hatalarının idari hatadan kaynaklı bulunduğunu, bu durumun tüm maliklerin müracaatı halinde düzeltilebileceğini, ayrıca husumet itirazında bulunduklarını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, idari hata niteliğinde olan hatanın Tapu Sicil Müdürlüğü'nce düzeltilebileceği, davanın hukuksal dayanaktan yoksun bulunduğu gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi'nin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 324 ada 2 parseldeki binanın 4 no'lu bağımsız bölümünün paylı mülkiyet üzere olduğu davacı ile birlikte dava dışı kişilerin taşınmazda paydaş oldukları anlaşılmaktadır.

Davacı, kendi payının 15360/38400 olması gerekirken sicil kaydının oluşumu sırasında hata yapılarak 15350/38400 olarak tescilinin gerçekleştirildiğini oysa, paydaşlardan Hüseyin'in payının 960/38400 yerine fazla olacak şekilde 980/38400 oranında sicil kaydına yansıtıldığını. Hüseyin üzerinde olan 10 payın kendisine ait olduğunu, fazla 10 payın

hukuki dayanağının bulunmadığını belirterek tapu sicilinin tashihini istemiş. aksi takdirde açtığı ortaklığın giderilmesi davasının sonuçlandırılamayacağını ileri sürmüştür.

Hemen belirtilmelidir ki; böylesi bir davanın çözüme kavuşturulabilmesi için davanın hata lehine oluşturulan kayıt malikine yöneltilmesi zorunludur. Oysa adına tapu sicil kaydı tesis edilen Hüseyin'e husumet yöneltilmemiş, böylece davada Hüseyin'e yer verilmemiştir.

Öyleyse; kayıt maliki Hüseyin'e yönelik dava açılması yönünden davacıya olanak tanınması, açıldığı takdirde eldeki dava ile birleştirilmesi ondan sonra bir hüküm kurulması gerekirken yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması isabetsizdir.

SONUÇ: Davacının bu yönlere ilişkin temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile yerel mahkeme kararının açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine 09.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/681 **K:** 2009/2055 **T:** 19.02.2009

İMAR UYGULAMASI • İDARİ DAVA • TAPU İPTALİ VE ESKİ HALE İADE DAVASI • ÖN MESELE

Özet: *İdare Mahkemesi'nde imar uygulamasının iptali için açılan davaya paralel olarak Asliye Hukuk Mahkemesi'nde tapunun iptali ve eski hali iade davası açılması mümkündür.*

Bu durumda İdare Mahkemesi'nde açılan dava ön mesele yapılarak sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı Hazine, kayden maliki olduğu 2542 parsel sayılı taşınmazın davalı Küçükçekemece Belediye Başkanlığı tarafından 3194 sayılı Yasa'nın 18. maddesi gereğince imar uygulamasına tabi tutulduğunu, bu işlemin iptali için İstanbul 9. İdare Mahkemesi'nde derdest bulunan 2007/1534

Esas sayılı davayı açtıklarını ileri sürerek imar ile oluşan ve O. Genel Müdürlüğü adına tescil edilen 766. ada 1. parselin tapusunun iptali ile tescili isteğinde bulunmuştur.

Davalılar, davanın görev yönünden reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, görevsizlik nedeniyle davanın yargı yolu bakımından reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi'nin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava tapunun iptali ile eski hale getirme isteğine ilişkindir. Mahkemece Yargı yolu bakımından davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden toplanan delillerden, dava konusu Hazineye ait 2542 parsel sayılı taşınmazın 3194 sayılı İmar Yasası'nın 18. md. gereğince imar uygulamasına tabi tutulduğu, muhtelif ada ve parsellerin oluştuğu davacı Hazinenin imar uygulamasının iptali için İstanbul İdare Mahkemesi'nde 2007/1534 Esas sayılı dava açtığı ve davanın halen derdest olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı Hazine anılan davanın bekletici mesele yapılarak, taşınmazın tapusunun iptali ile eski hale getirilmesi isteği ile eldeki davayı açmıştır.

Dava imar parsellerinin dayanağını teşkil eden idari işlemin iptal edilmesi halinde imar parsel sicil kayıtlarının yolsuz tescil durumuna düşeceği gerekçesiyle taşınmazın imar öncesi kadastral mülkiyet ve geometrik durumunun ihyasi isteğiyle açılmıştır. İddianın ileri sürülüş biçimi ve içeriğine göre idari yargı yerine idari işlemin iptali halinde, sicilin dayanağı ortadan kalkacağından, davacı Hazinenin kayıtlarını eski haline getirilmesi istemiyle dava açmakta hukuki yararının bulunduğu ve sicile yönelik olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda davaya bakma görevi İdari Yargı'nın değil Adli Yargı'nındır.

SONUÇ: Hal böyle olunca, İdari Yargı yerinde açılan davanın ön mesele yapılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken hatalı gerekçe ve yanılgılı değerlendirme ile davaya bakma görevinin İdari Yargı'ya ait olduğundan bahisle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir. Davacı Hazinenin temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 19.02.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3919 **K:** 2009/9983 **T:** 26.05.2009

AİLE HUKUKU • KOCANIN EŞİNİ DÖVMESİ • BOŞANMA KARARI • KUSUR OLGUSU

(TMK m166/I)

Özet: *Tanık anlatımlarından ve rapor içeriğinden davalı kocanın davacı eşine fiziki şiddet kullandığı anlaşıldığından, davacı kadının açtığı boşanma davası kabul edilmelidir.*

Davacı kadının evlilik birliğinin temelden sarsılması bakımından kusurunun kanıtlanmadığı dikkate alınarak, davalı kocanın açtığı karşı dava reddedilmelidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm, davacı-davalı (kadın) tarafından her iki boşanma davasına ilişkin olarak temyizen mürafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün temyiz eden Hikmet ile vekili avukat ve karşı taraf Arif vekili avukat geldi. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Tarafların komşusu tanık Güler, davacı-davalıyı en son evden ayrılırken yüzünde şişlik ve şekil bozukluğu olduğu halde gördüğünü, bu ayrılma sonucu davacı-davalı kadının sığınma evine sığındığını ifade etmiştir. Adli Tıp Raporu'nda da, davacı-davalıda tespit olunan travmatik lezyonların 15.10.2003 tarihine kadar geçen yaklaşık 20 günlük zaman dilimi içinde maruz kaldığı künt travma sonucu oluşabileceği bildirilmiştir. Açıklanan tanık beyanı ve rapor içeriğinden davalı-davacının eşine fiziki şiddet kullandığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Davacı-davalının evlilik birliğini temelinden sarsacak nitelik ve derecede bir kusuru kanıtlanamamıştır. Gerçekleşen bu duruma göre davacı-davalı (kadın)'nın boşanma davasının kabulüne, davalı-davacı koca tarafından açılan boşanma davasının ise reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Davacı-davalının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, duruşma için takdir olunan 625.00.-TL vekalet ücretinin Arif'den alınıp Hikmet'e verilmesine temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 26.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6387 **K:** 2009/8980 **T:** 07.05.2009

AİLE HUKUKU • ORTAK HAYATIN TEMELİNDEN SARSILMASI

(TMK m166/I)

Özet: *Davalının eşine fiziki şiddet uyguladığı, hakaret ettiği ve aşırı borçlanarak eve hacizler gelmesine neden olduğu anlaşıldığına göre, boşanma kararı verilmelidir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda Mahalli Mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının, eşine fiziki şiddet uyguladığı, hakaret ettiği ve aşırı borçlanarak eve hacizler gelmesine sebep olduğu 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/I) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Davacının temyiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 07.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5724 **K:** 2009/8745 **T:** 05.05.2009

AİLE HUKUKU • BOŞANMADA MANEVİ TAZMİNAT • KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI

(TMK m. 174/2)

Özet: *Davalı kocadan kaynaklanan, davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde bir maddi olay kanıtlanmadığına göre manevi tazminat istemi reddedilmelidir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Davalı kocadan kaynaklanan, davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde maddi bir olayın varlığı kanıtlanmamıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 174/2. madde koşulları davacı lehine gerçekleşmediği halde manevi tazminat takdiri doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2. bentte açıklanan nedenle manevi tazminat yönünden davalı yararına **BOZULMASINA**, hükmün bozma kapsamı dışında kalan yönlerin 1. bentte belirtilen nedenle **ONANMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 05.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/3951 **K:** 2009/7819 **T:** 22.04.2009

AİLE HUKUKU • KADININ ELİNDEN ZORLA ALINAN PARA • HAKSIZ EYLEM • AİLE MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI • BOŞANMANIN EKİ OLMAYAN DAVADA GÖREV

(4787 SY m. 4; HUMK m. 8/1)

Özet: *Davacı kadının elinden zorla alındığı iddiasına dayanan para alacağı istemi, haksız eyleme dayanan ve genel hükümlere tabi olan bir taleptir. Boşanmanın eki niteliğinde olmayan bu uyuşmazlığın çözümünde Aile Mahkemesi görevli değildir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm davacı-davalı kocanın boşanma davası, kusur, tazminatlar, yoksulluk nafakası ve davalı-davacı kadının alacak davası yönünden temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davacı-davalı kocanın aşağıdaki bendin dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Davah-davacı kadının; zorla elinden alındığı iddia edilen 2.000 Euro karşılığı 3.500.-TL alacağına ilişkin isteği; boşanmanın eki niteliğinde olmayıp haksız eyleme dayalı ve genel hükümlere tabidir. Aile Mahkemesi görevli değildir. (4787 s.K. md.4.) Davanın genel mahkemede görülmesi gerekir. (HUMK. md.8/1) Mahkemenin görevi kamu düzeni ile ilgilidir. Yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması zorunludur. Davalı-davacı kadının bu isteğinin tefrik edilip görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esası hakkında hüküm kurulması usul ve Yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, hükmün bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin yukarıda 1. bentte açıklanan sebeple **ONANMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 22.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2352 **K:** 2009/7731 **T:** 21.04.2009

AİLE HUKUKU • AİLE KONUTU • TAPU SİCİLİ • KÖTÜ NİYET SAVI • İSPAT KÜLFETİ

(TMK m. 194/1, 1023)

Özet: *Eşlerden birinin diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemeyeceği Yasada öngörülmüştür.*

Kötü niyet iddiasını ileri süren taraf, bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.

Dava konusu somut olayda, taşınmazı satın alan kişinin o yerin aile konutu olduğunu ve diğer eşin satışa rıza göstermediğini bildiği kanıtlanamadığından, davanın reddine karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizen murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan ve temyiz eden davalılardan Halime ile vekili avukatlar ve karşı taraf davacı vekili avukat geldi. Diğer davalı Mustafa vekili tebligata rağmen gelmedi. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı Meryem, eşi davalı Mustafa'ya ait 206 ada 40 parselde kayıtlı 6 no'lu bağımsız bölümün 07.01.2005 tarihinde diğer davalı Halime'ye satıldığını, yerin aile konutu olduğunu ileri sürerek tapusunun iptali ile davalı eşi adına tescilini talep etmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dava konusu yerin aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesi uyarınca "eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."

Gönderen: Av. Hüseyin METİN

Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesine göre *"tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur."*

Toplanan delillere göre, davacı Meryem, davalı Halime'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve kendisinin rızasının bulunmadığını bildiğini ispatlayamamıştır. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, duruşma için takdir olunan 625.00.-TL. vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalılardan Halime'ye verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 21.04.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/4466 **K:** 2009/7493 **T:** 20.04.2009

AİLE HUKUKU • BOŞANMA KARARINDAN SONRA BİRLİKTELİĞİN SÜRDÜRÜLMESİ • İYİNİYET KAVRAMI

(TMK m. 2)

Özet: *Boşanma kararından uzunca bir süre bekledikten sonra kararın tebliğ ettirilmesi iyi niyetli bir davranış olarak kabul edilemez. Zira taraflar boşanma kararından sonra iki yıl birlikteliği sürdürmüşlerdir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda Mahalli Mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliğ ettirilmeyip, iki yıldan fazla birlikteliğin sürdürülmesi, açıklanan iradelerinin samimi olmadığını gösterir. 2 yıl 6 ay sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 20.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4260 **K:** 2009/7171 **T:** 14.04.2009

AİLE HUKUKU • MAL REJİMİNE DAYANAN İADE DAVASI • MAL REJİMİNİN SONA ERMESİ ZORUNLULUĞU • DAVAYI TEFRİK

Özet: *Evlilik süresince edinilen mallara katkı sağlanmasından dolayı, söz konusu mallar üzerindeki hakların verilmesi için açılan davada eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi zorunludur. Bu nedenle mal rejimine ilişkin davanın boşanma davasından tefrik edilmesi ve boşanma davasının sonucunun beklenmesi gerekir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda Mahalli Mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davacının aşağıdaki bendin dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Davacı, boşanma davasına ilişkin dava dilekçesinde; evlilikleri süresince kazancını davalıya verdiğini, bu suretle edinilen mallara katkısının olduğunu ileri sürerek, edinilen mallar üzerindeki haklarının verilmesini de istemiş; 18.06.2007 ve 27.06.2007 tarihli dilekçelerinde de, davalı adına kayıtlı olan taşınmaz, araç ve bankadaki mevduatın 1/2'şer oranda kendi adına tescilini, olmadığı takdirde taşınmaza olan katkısı nedeniyle 75.000.-TL'nin, aracın yarı değeri olan 10.000.-TL'nin ve F. Bank'taki hesaptan çekilen paranın yarısı olan 97.500.-TL.'nin yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Gösterilen değerler üzerinden nisbi peşin harcı da 27.06.2007 tarihinde yatırmıştır. Davacının, taşınmaz, araç; ve bankadaki mevduata ilişkin taleplerinin incelenebilmesi için, eşler arasındaki mal rejiminin sona ermiş olması

zorunludur, Aralarındaki mal rejimi sona ermeden açıklanan taleplerin esası hakkında hüküm kurulamaz. O halde, davacının, mal rejiminden kaynaklanan taleplerinin boşanma davasından tefrik edilmesi, boşanma davasının sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesi ve hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, açıklanan husus gözetilmeden kesin hüküm oluşturacak şekilde ret hükmü kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre davacının davalı yararına takdir edilen nisbi vekalet ücretine ilişkin temyiz itirazları ile harçlara ilişkin yönlerin incelenmesine yer olmadığına, hükmün bozma kapsamı dışında kalan ve incelenmeyen yönler haricindeki kısımlarının yukarıda l. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 14.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/2557 **K:** 2009/3365 **T:** 05.03.2009

TAŞINMAZ HUKUKU • ZORUNLU GEÇİT HAKKI • GEÇİT HAKKI KARARININ İNFAZINDAN ÖNCE TAŞINMAZIN EL DEĞİŞTİRMESİ DURUMU • İNFAZDAN ÖNCE GEÇİT HAKKINDAN VAZGEÇEN DAVACIYA DEPO EDİLEN BEDELİN İADESİ

(TMK m. 747)

Özet: *Mülkiyet hakkının Kanun'dan doğan dolaylı sınırlaması olan zorunlu geçit hakkı ait olduğu taşınmazların lehine ve aleyhine kurulur.*

Bu nedenle geçit hakkından dolayı ödenecek olan bedel, taşınmaz malikine ödenmek üzere depo edilir.

Ancak, taşınmazın el değiştirmesi sebebiyle davada taraf olmayan yeni malike karşı ileri sürülemeyecek olan hükümden dolayı depo edilen bedelin, geçit talebinden vazgeçen davacıya iade edilmesi gerekir.

Dava dilekçesinde 2.860,00.-TL bedelin istirdadın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili; davalı aleyhine Çatalca 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde geçit hakkı kurulması istemi ile açılan davada geçit bedeli olarak 2.860,00 TL karar kesinleştiğinde davalıya ödenmek üzere mahkeme veznesine depo edilerek davanın kabulüne karar verilmiş ve hüküm temyiz edilmeden kesinleşmiş ise de, kararın infazından önce aleyhine geçit hakkı kurulan taşınmazın davalı tarafından satılmış olması nedeniyle infaz mümkün olmadığından geçit hakkı talebinden vazgeçtiklerini, bu nedenle mahkeme veznesine depo edilen bedelin istirdadı yoluyla iadesini talep ve dava etmiştir.

Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 14. Hukuk Dairesi kararına bakınız

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, bedelin mahkeme veznesine depo edilmiş ve davalıya ödenmemiş olması, geçit hakkının taşınmazlar leh ve aleyhine kurulmuş olması nedeniyle malikleri bağlamaması gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 747. (önceki Medeni Kanun'un 671) maddesine dayanılarak açılmış, geçit hakkı kurulması istemine ilişkin davada verilen hükmün, taşınmazın davalı tarafından 3. kişiye satılarak devredilmiş olması nedeniyle, infaz kabiliyeti kalmamasından dolayı mahkeme veznesine depo edilen bedelin istirdadına ilişkindir.

Zorunlu geçit hakkı, mülkiyet hakkının Kanundan doğan dolaylı bir sınırlaması olduğundan bu tür sınırlamalar, ancak tapuya kayıtlı ve mülkiyet hakkına konu taşınmazlar için söz konusu olabilir. Bu nedenle geçit hakkı verilmesine ilişkin davalarda bu hak taşınmaz leh ve aleyhine kurulur.

Saptanan geçit hakkı nedeniyle ödenmesi gereken bedel, karar kesinleştiğinde yükümlü taşınmaz malikine ödenmek üzere depo edilmektedir.

Somut olayda, davalı Nermin, geçit hakkı davası görülürken, hükümden önce taşınmazı dava dışı kişilere satmış, bu hususu mahkemeye bildirmemiş olmakla hüküm kendisi hakkında kurulmuş, geçit hakkı bedelinin davalı Nermin Başarır'a ödenmesine karar verilmiştir. Ancak, dava konusu el değiştirmekle verilen hüküm infaz ettirilememiş, davacı tarafından geçit hakkına ilişkin davanın görüldüğü Çatalca Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurularak infaz edilemeyen ilamın infazından vazgeçmeleri nedeniyle veznede bulunan paranın iadesi istenilmiş, mahkemece hükmün kesinleşmiş olması nedeniyle talep reddedilmiştir.

Bir dava açıldıktan sonra (dava devam ederken), dava konusu olan mal ve hakkın (müddeabihin) bir başkasına (üçüncü) kişiye devredilmesi (temlik edilmesi) mümkündür. Bu husus HUMK'un 186. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durumda karşı tarafa seçimlik hak tanınmış ise de bu davada hüküm esnasında bilinmeyen temlik nedeniyle yasal işlem yapılamamıştır.

Geçit hakkı taşınmaz hakkında kurulmaktadır. Ancak, hükmün davada taraf olmayan temlik alanı bağlaması mümkün değildir. Henüz infaz edilemeyen ilam tapuya da şerh edilmemiştir.

O halde, taşınmazın el değiştirmesi nedeniyle davada taraf olmayan yeni malike karşı ileri sürülemeyecek olan hükümden dolayı depo edilen bedelin, davalıya ödenmesi mümkün olmadığına ve uzun süredir davalı tarafından alınamamış olması nedeniyle mahkeme veznesinde bekletildiği gözetilerek, geçit talebinden vazgeçen, davacıya ödenmesine ve davalının

zorunlu hasım gösterilmesi nedeniyle yargılama, giderlerinden davacının sorumlu tutulmasına karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 05.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/21878 **K:** 2009/3235 **T:** 03.03.2009

TÜKETİCİ HUKUKU • EĞİTİM İÇİN ALINAN KREDİ BORCU • TÜKETİCİ MAHKEMESİ • DAVADA GÖREV

(4077 SY m. 1, 2, 3, 10/A, 23)

Özet: *Yabancı dil eğitimi için alınmış olan kredi borcunun ödenmesine ilişkin davaya Tüketici Mahkemesi'nde bakılmalıdır.*

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese de, yargılamanın her aşamasında resen gözetilir.

Dava dilekçesinde 1.942.-TL'lik takibe vaki itirazın iptali ile %40 inkar tazminatının masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili dilekçesinde, davalının dava dışı dil kursundan alacağı İngilizce eğitimine karşılık olmak üzere davacı şirketten tüketici kredisi aldığını, kredi borcunu ödemediğini, bu borcun tahsili amacı ile dava aleyhine icra takibi yaptıklarını, davalının da takibe itirazda bulunduğunu

beyan ederek, itirazın iptali ile %40 inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

4822 sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1. maddesinde Yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde *"Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar"* hükmüne yer verilmiştir.

Bir hukuki işlemin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için Yasanın amacı içerisinde taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalı arasında 4077 sayılı Yasa'nın değişik 10/A maddesi kapsamında sözleşme ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

4077 sayılı Yasa'nın 23. maddesi bu Kanun'un uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa Tüketici Mahkemelerinde bakılacağı öngörülmüştür.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz.

4077 sayılı Kanun'un 2 ve 3. maddeleri gereği somut olaya 4077 sayılı Kanun'un uygulanması gerekmektedir. Aynı Yasanın 23. maddesi gereğince uyuşmazlığın çözümünde Tüketici Mahkemesi'nin görevli olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına girilip hüküm kurulmuş olması usul ve Yasaya aykırı olup doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 03.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/12749 **K:** 2008/17436 **T:** 21.10.2008

KİRA HUKUKU • YABANCI PARAYLA ÖDENEN KİRA BORCU • KİRA TESPİTİ • TÜRK PARASI ÜZERİNDEN TESPİT YAPILACAĞI

(6570 SY m. 11, BK m. 83/2)

Özet: *Kira borcunun yabancı para ile ödeneceği sözleşmede belirlenebilir. Bu durumda kira borcu yabancı parayla ödenecektir.*

Ancak, yeni dönemde kira parasının tespitinin istenmesi halinde kira parası Türk Lirası olarak takdir edilmelidir.

Bir diğer deyişle, yeni dönem itibariyle tespiti gereken kira parası dolar bazında tespit edilemez.

Dava dilekçesinde kira parasının 01.01.2007 gününden başlayarak aylık, 9000 dolar karşılığı 13.092.-TL olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü, kısmen reddi cihetine gidilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, 01.01.2007 tarihinden itibaren aylık kiranın 9000 dolar karşılığı 10.920.-TL olarak tespitine karar verilmesi talep ve dava edilmiştir.

Mahkemece, aylık kiranın endeks tatbik edilmek suretiyle 6.350 dolar olarak tespitine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki kira ilişkisi, 15.01.2004 tarihli kira sözleşmesine dayanmakta olup, bu kira sözleşmesinde kira bedelinin *"dolar"* olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Sözleşme ise, 6570 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca yenilene gelmiştir.

Borçlar Kanunu madde 83. f. 2 uyarınca borcun yabancı para ile ödenmesinin kararlaştırılması halinde, kira parasının sözleşmeye uygun olarak yabancı para ile ödenmesi gerektiğinde şüphe yoktur.

Ancak yeni dönem kira parasının hakimce artırılarak tespitinin istenmesi halinde; 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadi Birleştirme Kararı'nda öngörüldüğü üzere kira süresi sona erdiğinden 6570 sayılı Yasa'nın 11. maddesi uyarınca yenilenen dönemde kira sözleşmesinin diğer hükümlerinin yenilenmesine karşın, kira parasına ilişkin koşul

yenilenmemekte ve kira parası belli olmayan bir sözleşme haline gelmektedir. Yeni dönem kira parasının tespiti anılan İçtihadi Birleştirme Kararı'nda açıklandığı gibi bir *"sınırlama"*dır. Yeni dönemde Hakimin yaptığı sınırlama sonucunda belirlediği *"ücret"* unsuru ile kira sözleşmesinin yenilenmesi sağlanabilmektedir.

O halde, yeni dönemde kira parasının tespitinin istenilmesi halinde sözleşmedeki kiranın yabancı para ile ödenmesine ilişkin hükmün yenilendiği kabul edilemez. Bu nedenle hakim anılan İBK'da öngörülen sınırlamayı yaparken, (davalı kiracının bu yönde açık bir kabulü bulunmadığı sürece) Borçlar Kanunu'nun 83/1. hükmü uyarınca kira parasını Türk Lirası olarak takdir etmek ve sözleşmede yer alan boşluğu ona göre doldurmak durumundadır.

Öyle ise mahkemece, davacının dilekçesinde dolar karşılığı Türk Lirası olarak kiranın tespitinin istendiği dikkat alınıp, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlış gerekçeler ile dolar bazında kira parasının tespiti bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 21.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/12906 **K:** 2008/15378 **T:** 22.09.2008

YABANCI UNSURLU DAVALAR • İLAMLARININ TENFİZİ VE TANINMASI • ISLAH

(MÖHUK m. 37/1)

Özet: *Tenfiz ve Tanımada: Yabancı Mahkeme ilamının o ülke makamlarınca kesinleşme şerhini içeren usulen onanmış aslının veya aslına uygunluğu onanmış suretinin ve onanmış tercümesinin eklenmesi gerekir.*

Bir davanın ıslahı birçok yönleri bakımından "ikinci bir dava" sayılır.

Bu nedenle, ıslah yapılırken dava açılmasında gereken yükümlülükler yerine getirilmelidir.

Taraflar arasında görülen nafakanın tenfizi davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili dilekçesinde, tarafların müşterek çocuğu olan Enis için aylık 500.000.000.-TL iştirak nafakasına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili 20.12.2001 tarihli islah dilekçesi ile Erlengen Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 01.12 1996 tarih ve 7C 0104/94 sayılı ilamı ile davalının küçük Enis'in babası olduğunun tespiti ile küçük için nafakaya hükmedildiğini, ilamın babalığa ilişkin hükmünün tenfiz edildiğini belirterek ilamın nafakaya ilişkin hükmünün tenfizine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile ilamın nafakaya ilişkin hükmünün tenfizi cihetine gidilmiş, karar süresi içerisinde davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davada, ıslah yolu ile nafakaya ilişkin yabancı mahkeme ilamının tenfizi istenilmiştir.

Bir davanın ıslahı birçok yön ve nitelikleri gözetildiğinde ek, bir başka anlatımla ikinci bir dava sayılır. Bu yüzden ıslah yapılırken dava açımında gereken yükümlülükler yerine getirilmelidir. Bunun için, ıslah edilmek istenilen alacak miktarı (müddeabih) davacı yanca belirlenerek asıl alacak haline dönüştürülmeli, belirlenen bu miktar üzerinden nispi harç alınmalı ve ıslah dilekçesi davalı tarafa tebliğ edilmelidir.

Somut olayda davacı tarafça ıslah harcı yatırılmamış ve ıslah dilekçesi davalı tarafa tebliğ edilmemiştir. Mahkemece ıslah ile ilgili koşullar yerine getirilip sonucu Dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Öte yandan tenfiz ve tanımada dava dilekçesine, MÖHUK'un 37/1. maddesinde öngörülen yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca kesinleşme şerhini içeren usulen onanmış aslının veya aslına uygunluğu onanmış sureti ve onanmış tercümesinin eklenmesi gerekir.

Davada, tenfizi istenilen ilamın aslı ve tercümesi davacı tarafça sunulmamıştır, Mahkemece, tenfizi istenilen kararın, ilgili devletin yetkili makamlarınca usulen onanmış ve kesinleşme şerhi verilmiş aslı veya aslına uygun sureti ile onanmış tercümesinin davacı tarafça dosyaya sunulmasının sağlanması ve bundan sonra uyuşmazlığın esası hakkında hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru değildir.

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** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 22.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6977 **K:** 2006/13951 **T:** 31.10.2006

NEDENSİZ ZENGİNLEŞME • ZAMANAŞIMI • KISMİ DAVANIN ZAMANAŞIMINI KESMEYECEĞİ

(BK m. 66)

Özet: *Davacı taraf, paranın bankadan çekildiğini öğrendiği anın Şubat 2003 tarihi olduğunu belirtmiş, mahkemece de bu tarih esas alınmış olduğuna göre 17.05.2004 tarihinde açılan ek dava yönünden; 1 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş bulunmaktadır.*

Kısmi dava açılması durumunda; fazlaya ilişkin saklı tutulan haklar bakımından zamanaşımı süresi kesilmiş olmaz, işlemeye devam eder.

Dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hak saklı tutularak 50.000.000.000 Lira alacağın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Sarıyer 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/305 Esas sayılı dava dosyası da bu dosya ile birleştirilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davalı vekili tarafından istenilmekle; taraflara yapılan tebligat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz eden davalı vekili aleyhine temyiz olunan davacı vekili geldi. Gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için saat 14.00'a bırakılması uygun görüldüğünden, belli saatte dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, 29.09.2003 tarihli dilekçesi ile; davacı ile davalı kardeş olup, İstanbul dışında yaşayan davacının İstanbul'daki banka hesabından; davacının haberi olmadan davalının para çektiğini ve geri ödemediğini; böylece sebepsiz zenginleştiğini iddia ederek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 50 milyar liranın faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Gönderen: Erdoğan GÖKÇE / Emekli Yargıç

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hükmün temyiz edilmesi üzerine; Dairemizin, 08.02.2005 gün ve 2004/12966 Esas, 2005/940 Karar sayılı ilami ile; *"Dava dilekçesi usulüne uygun olarak tebliğ edilip taraf teşkili sağlanmadan işin esasına girilerek hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir, gerekçesiyle"* Mahkeme Kararı bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyulmuş; bilirkişi raporu doğrultusunda açılan ek dava bu dosya ile birlestirilmiş ve davanın kabulü ile toplam 62.225.803.000 TL'nin 29.09.2003 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, sair temyiz itiazları yerinde değildir,

Ancak, davalı taraf birleştirilen ek davayla ilgili olarak zamanaşımı definde bulunmuştur. Davacı taraf, paranın bankadan çekildiğini öğrendiği anın Şubat 2003 tarihi olduğunu belirtmiş, Mahkemece de bu tarih esas alınmış olduğuna göre 17.05.2004 tarihinde açılan ek dava yönünden; BK 66. maddesinde öngörülen 1 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş bulunmaktadır. Zira, kısmi dava açılması durumunda; fazlaya ilişkin saklı tutulan haklar bakımından zamanaşımı süresi kesilmiş olmaz, işlemeye devam eder.

Mahhkemece, yanılgılı değerlendirme sonucu, ek davada talep edilen miktar yönünden; alacağın zamanaşımına uğradığı gözetilmeden, davanın bütününün kabulü doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı taraf için duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre takdir edilen 450.-TL vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalı tarafa verilmesine ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 31.10.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8192 **K:** 2009/2926 **T:** 26.02.2009

USUL HUKUKU • REDDİ HAKİM DİLEKÇESİNDE YER ALAN SÖZLERİN SAVUNMA HAKKINI AŞMASI DURUMU • KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI • MANEVİ GİDERİM

Özet: *Reddi hakim talebini içeren dilekçelerde: "En ilkel hukuk düzenlerinde bile görülmeyecek bu açık haksızlık davalı yargıcın taraflı tutumunu açıkça ele vermiştir. "ve" Yine tüm meslektaşlarının ifade ettiği gibi SÖ'nün yönlendirmeye ve etki altında kalmaya müsait bir yapısı vardır" biçimindeki sözlerin reddedilen yargıcın kişilik haklarına saldırı oluşturduğu anlaşıldığından, davacı lehine uygun bir tazminata hükmedilmelidir.*

Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, davalının 08.l2.2006 günlü dava ve 13.12.2006 günlü hakimin reddi istemini içeren dilekçelerde yer alan *"En ilkel hukuk düzenlerinde bile görülmeyecek bu açık haksızlık davalı yargıcın taraflı tutumunu açıkça ele vermiştir."* ve *"Yine tüm meslektaşlarının ifade ettiği gibi S.Ö. yönlendirilmeye ve etki altında kalmaya müsait bir yapısı vardır."* biçimindeki sözlerin kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı ise davaya cevap vermemiştir.

Yerel mahkemece, davalı tarafından davacı hakkında manevi tazminat davası açılmış olması ve davalının yargılandığı suçtan beraat etmesi gözetildiğinde, reddi hakim dilekçesinde yer alan sözlerin savunma hakkı kapsamında olduğu ve davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak nitelikte bulunmadığı benimsenerek istem reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davaya konu edilen iki ayrı dilekçe içeriğinde; davalının davacıya yönelik olarak kullandığı *"S.Ö. yoğun baskı altında taraflı hareket ettiğini ortaya koyan karar ve davranışları bu olaydan sonra da kendini göstermeye devam etmiştir."* Mahkeme Başkanı Salih Öztürk tüm meslektaşlarının da ifade ettiği gibi nazik, insancıl, yumuşak huylu insandır. Hukuk bilgisi ve mesleki tecrübesi üst düzeydedir. Ama yine tüm meslektaşlarının ifade ettiği gibi SÖ'nün yönlendirilmeye ve etki altında kalmaya müsait bir yapısı

vardır...adil heyetine konusunu bile açmaya cesaret edemediği yasadışı taleplerini S.Ö. pervasızca empoze etmeye cüret edebilmesine de işte S.Ö'ün yönlendirilmeye müsait bu kişilik yapısı neden olmuştur. *"En ilkel hukuk düzenlerinde bile görülmeyecek bu açık haksızlık davalı yargıcın taraflı tutumunu açıkça ele vermiştir.... Böyle olsa bile bu düşündürücü hadise, davalı yargıcın hukuk dışı niyetlerini ve hukuk dışı davranma eğilimlerini vermiştir."* biçimindeki sözlerin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgelerden, bu sözlerin söylenmesini haklı kılacak herhangi bir delil de sunulmamıştır. Şu durumda, Yerel Mahkemece, davacı yararına uygun bir miktarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği gözetilmeyerek yerinde olmayan yazılı gerekçeyle istemin tümden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMAS1NA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 26.02.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/2526 **K:** 2009/3330 **T:** 16.04.2009

İCRA HUKUKU • KİRA HUKUKU • KİRA SÖZLEŞMESİ
• KİRA SÖZLEŞMESİNİN İİK 269/B ANLAMINDA BELGE OLDUĞU

(İİK m. 269/b)

Özet: *Taraflar arasındaki kira sözleşmesi noterlikçe onaylanmış olup İİK 269/b anlamında bir belgedir. Bu açıklamalar karşısında davalı kiralananı tahliye ettiğini yazılı delil ile kanıtlayamamış olup, olayda yargılamayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.*

Mahkemece kira sözleşmesindeki artış şartı ve kira tesbit kararı da dikkate alınarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekir.

İcra Mahkemesi'nce verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar davacılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı alacaklılar tarafından davalı borçlu hakkında aylık 660.600.000.-TL'den 2003 Mayıs, Haziran, Temmuz ayları kirası, aylık 1.750.000.000.-TL'den 2003 Ağustos - 2004 Temmuz dönemi arası kiraları toplam 22.980.000.000.-TL'nin tahsili amacıyla tahliye istekli olarak başlatılan icra takibine vaki itiraz üzerine davacı alacaklılar İcra Mahkemesi'nden itirazın kaldırılması ve tahliye isteminde bulunmuşlardır. Mahkemece, kira sözleşmesinin varlığı dava konusu yapıldığından konunun yargılamayı gerektirdiğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi üzerine karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı borçlu icra takibine karşı süresinde yapmış olduğu itirazında 2003 yılı Ekim ayında taşınmazı tahliye ettiğini, hangi kritere göre aylık kiranın 1.750.000.000.-TL istendiğinin anlaşılmadığını ileri sürmüştür. Takibe dayanak yapılan ve karara esas alınan noterlikçe onaylı 01.12.1999 başlangıç tarihli sekiz ay süreli kira sözleşmesinde aylık kiranın 300.000.000.TL olduğu ve her ayın üçüne kadar ödeneceği kararlaştırılmış, kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün altıncı maddesinde ise kiranın

---

Gönderen: Av. Bayram ARSLAN / Stj. Av. Nurşen SÖYLEMİŞ

%60 artırılacağı hüküm, altına alınmıştır. Dosyanın incelemesinde kira sözleşmesi ile kiracı olan davalının üçüncü şahıslara taşınmazı dönem dönem devrettiği iddiasının yer aldığı bu üçüncü şahıslarla ilgili, men'i müdahale kararının bulunduğu, ancak davalı Bayram ile ilgili bir men'i müdahale kararının bulunmadığı görülmüştür. Beyoğlu l. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/191 esas sayılı dava dosyası getirtilmiş davacısının Bayram olduğu, davanın taşınmaza yapılan harcamalar nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası olduğu ve davanın halen derdest olduğu görülmüştür. Beyoğlu l. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2003/592 esas-2004/608 karar sayılı 15.06.2004 karar tarihli kararında kira bedelinin 01.08.2002 tarihinden itibaren net 660.000.000.-TL olarak tesbiti hüküm altına alınmış olup bu kira tespit ilamı 03.08.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Bu kira tesbit davasında son celse davalı olan Bayram vekilinin kiranın aylık 400.000.000.-TL olduğunu beyanettiği görülmüştür. Taraflar arasindaki 01.12.1999 başlangıç tarihli kira sözleşmesi noterlikçe onaylanmış olup, İİK'nın 269/b maddesi anlamında bir belgedir. Bu açıklamalar karşısında davalı kiralananı tahliye ettiğini yazılı delil ile kanıtlayamamış olup olayda yargılamayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Mahkemece, kira sözleşmesindeki artış şartı ve kira tesbit kararı da dikkate alınarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken konunun yargılamayı gerektirdiğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda yazılı nedenlerle davacıların temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA** ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 16.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14230 **K:** 2009/2795 **T:** 02.04.2009

EŞYA HUKUKU • ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ • DAVADA İZLENECEK YÖNTEM

Özet: *Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istemine ilişkin davada ortakların tamamının yer alması gerekir.*

Ortaklardan birinin ölmesi halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçıların davaya katılmaları sağlandıktan sonra davaya devam edilmelidir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı iştirakin feshi-elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davasına dair karar davalılardan Cavit tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istem gibi karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davalarında ortakların tamamı davada yer alması gerekir. Ortaklardan birisinin ölmesi halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esası incelenmesi gerekir.

Olayımıza gelince; Davaya konu edilen ve elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istenen taşınmazda taşınmaz maliki Ahmet'in torunu olan Hayrettin'in Çatalca Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2006/99-55 esas ve karar sayılı ve 14.02.2006 tarihli mirasçılık belgesine göre Hayrettin'in ölümü ile geriye mirasçısı nikahsız eşi Nazmiye'den olma kızı Hatice'nin kaldığı anlaşılmaktadır. Ancak hükme esas alınan Çatalca Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2000/580-558 esas ve karar sayılı mirasçılık belgesine göre Hayrettin'in kızı Hatice mirasçı olarak gözükmemektedir. Mahkemece her iki mirasçılık belgesi arasındaki çelişki giderilerek davanın tarafları belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu husus gözardı edilerek taraf teşkili sağlanmadan savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre de sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 02.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/13151 **K:** 2009/229 **T:** 22.01.2009

TAŞINMAZ HUKUKU • PAYDAŞLIĞIN GİDERİLMESİ • ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE YÖNTEM

Özet: *Ortaklığın giderilmesi istenen taşınmazların her birinin ayrı ayrı ele alınıp ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilerek sonuca varılması gerekir.*

Mahalli Mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı paydaşlığın giderilmesi davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava dört adet taşınmazın paydaşlığının giderilmesi ilişkindir. Mahkemece istemin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili tarafların miras bırakanı Mehmet'e ait olan bir adet işhanı ile üç adet bağımsız bölümün aynen paylaşımı mümkün olmadığından satılarak paydaşlığının giderilmesini istemiştir. Davalılardan Sevgi taşınmazların aynen taksiminin mümkün olduğunu, satış istemediğini bildirmiştir. Mahkemece taşınmazların taraflar arasında ivaz verilmesi suretiyle taksiminin mümkün olduğuna dair rapor alındığı aynen bölünme suretiyle paydaşlığın giderilmesinin öncelikli paylaşma sekli olduğundan dayanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gönderen: Av. Bayram ARSLAN

Davaya konu taşınmazlardan üç adedi kat mülkiyeti kurulmuş binalarda bulunan bağımsız bölümler olup, Kat Mülkiyeti Yasası gereği aynen paylaşımı mümkün değildir. Davaya konu 873 ada 47 parsel ise tapuda 882 m^2 ahşap ev olarak kayıtlı olup bu niteliği itibariyle kat mülkiyeti kurulmak suretiyle aynen bölünmesinin mümkün olmadığı ancak taşınmazların taraflar arasında her birine bir taşınmaz verilmek suretiyle paylaştırılabileceği bilirkişi raporunda bildirilmiştir. Ortaklığın giderilmesi istenen taşınmazların her birinin ayrı ayrı ele alınıp ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilerek sonuca varılması gerekir. Dava konusu taşınmazların niteliğine ve pay ve paydaş sayısına göre aynen taksimlerinin olanaklı bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece aynen paylaşımı mümkün olmayan taşınmazların satış suretiyle paydaşlığının giderilmesine karar verilmek gerekirken, istemin reddi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alman temyiz harcının temyiz edene iadesine, 22.01.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8670 **K:** 2008/10412 **T:** 06.10.2008

KİRA HUKUKU • İHTİYAÇ NEDENİYLE TAHLİYE • İHTİYACIN SÜREKLİ OLMASININ GEREĞİ

Özet: *Devamlılık arzetmeyen ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez.*

Mahalli Mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Gönderen: Erdoğan GÖKÇE

Dava, işyeri ihtiyacı sebebiyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İhtiyaç iddiasına dayalı davalarda tahliyeye karar verilebilmesi için ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arzetmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sahibinin varlığı yeterli olmayıp, ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir.

Olayımıza gelince; Davacılardan İsmail'in işyeri ihtiyacı sebebiyle açılan tahliye davasında, kiralananda Milli Piyango ve Tekel Bayiliği işinin yapılacağından bahisle kiralananın tahliyesi talep edilmiş, davalı ihtiyacını samimi olmadığını, ihtiyaçlının halen yaptığı bir işinin bulunduğunu, davanın reddini savunmuştur.

Yapılan yargılama sırasında dosya içeresindeki Ticaret Sicil kayıtlarından ihtiyaç sahibi İsmail'in, A. Butik Ticaret Limited Şirketi'nin ortağı ve temsile yetkili müdürü olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda temsile yetkili müdür olan ihtiyaclının ihtiyaç iddiasının, gerçek, samimi ve zorunlu olduğundan söz edilemeyeceğinden, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken adı geçen şirketi zarar ettiğinden bahisle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 06.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5098 **K:** 2008/7499 **T:** 10.06.2008

KİRA SÖZLEŞMESİNİN UZAMASI • FESİH BİLDİRİMİNDE SÜRE KOŞULU • KİRALANAN YERİ ERKEN BOŞALTAN KİRACININ SORUMLULUĞU

(6570 SY m. 11)

Özet: *Kiracı kiralanan yeri tahliye edeceğini bildirmiş ise de, bu bildirim on beş günlük süre geçirilerek yapılmıştır. Bu nedenle kira sözleşmesinin aynı şartlarda bir yıl uzadığı kabul edilmelidir.*

Ancak, kiralanan yerin anahtarlarının notere teslim edildiğinin kiralayana tebliğ edildiği tarihte mecurun boşaltıldığı da kabul edilmelidir.

Bu durumda, kiracı tahliye tarihine kadar işleyen kiradan sorumlu olur. Ancak, kiralanın boş kalmasından dolayı boş kalan aylar için makul süreyi kapsayan alacak davası açılabilir.

İcra Mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar davalılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı alacaklılar tarafından davalı borçlular hakkında kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalı borçluların süresinde itiraz etmesi üzerine davacı alacaklılar İcra Mahkemesine başvurarak, itirazın kaldırılması isteminde bulunmuştur. Mahkemece itirazın kaldırılmasına, takibin devamına ve icra inkar tazminatına karar verilmiş, karar davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen 01.12.2001 başlangıç tarihli, 5 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 10. maddesinde; bir aylık kira bedelinin zamanında ödenmediği takdirde bir yıllık kira bedelinin muaccel olacağı kararlaştırılmıştır. Davacılar vekili 10.01.2008 tarihinde davalı borçlular hakkında başlattığı haciz istekli icra takibinde 01.12.2007 tarihinde yenilenen dönemde Ocak 2008

Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

ay kirasının ödenmemesi sebebiyle sözleşmenin 10. maddesindeki muacceliyet koşulu gereğince muaccel olan 11 aylık kira bedeli toplamı 15.400.00. TL'nin tahsilini istemiştir. Borçlu davalılara gönderilen Örnek: 7 ödeme emri 18.01.2008 tarihinde tebliğ edilmiş, borçlular vekili 24.01.2008 tarihindeki itirazında; müvekkillerinin ödenmesi gereken herhangi bir borcu bulunmadığını, Ocak 2008 tarihinden önce kiralananın tahliye edilerek, alacaklılar tarafından teslim alındığını, Ocak 2008 ayına ait kira borcu bulunmadığı gibi buna bağlı olarak muaccelliyet koşulununda gercekleşmediğini ileri sürmüştür. Davalı borçlular Kadıköy 17. Noterliği'nce keşide edilen 26.12.2007 tarih ve 23988 yevmiye numaralı ihtarname ile sözleşmeyi yenilemeyeceklerini, kiralananı 31.12.2007 tarihinde tahliye edeceklerini bildirmişler ise de; bu bildirim 6570 Sayılı Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca kira müddetinin bitiminden en az onbeş gün önce yapılmadığından sözleşmenin aynı şartlarla bir yıl uzadığının kabulü gerekir. Ne varki kiralanan tahliye edilip davalılar vekili tarafından Beyoğlu 19. Noterliği'nce düzenlenen 21.02.2008 günlü 2566 yevmiye numaralı düzenleme şeklinde emanet tutanağı ile kiralananın anahtarları noterliğe teslim edilmiş, bu tutanak davacılara 22.02.2008 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bu durumda kiralananın bu tarihte davacılara teslim edildiği kabul edilerek davalı borçluların 22.02.2008 tarihine kadar kira parasından sorumlu olduklarının kabulü ve anahtarın teslim tarihinden sonraki aylar için kira borcundan sorumlu olmadıklarından bu tarihten sonraki kira parası isteminin reddi gerekir. Davacılar ayrıca kiralananın boş kalması nedeni ile boş kalan aylar için makul süreden alacak davası açabilir. Mahkemece kiralananın teslim edildiği tarihe kadar olan kira parası saptanarak bu miktar üzerinden itirazın kaldırılmasına, takibin devamına ve inkar tazminatının tahsiline, anahtar teslim tarihinden sonraki kira alacağının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde muacceliyet koşulu gereği dönem sonuna kadar tüm kira alacağının tahsiline karar verilmesi doğru değildir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 10.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4601 **K:** 2007/4310 **T:** 20.11.2007

BORÇLAR HUKUKU • ALIŞVERİŞ MERKEZİNİN OTOPARKINA BIRAKILAN ARAÇTA HASAR • ZARARDAN DOĞAN SORUMLULUK

(TMK m. 2)

Özet: *Alışveriş merkezine gelen müşterilerin araçları için otopark tahsis eden şirketin, alışveriş merkezine gelerek aracını otoparka parkeden müşterilerin araçlarını koruma yükümlülüğünü de üstlendiği kabul edilmelidir.*

Bu nedenle davalı şirket otoparka bırakılan araçtaki zarardan sorumludur.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafça istenilmiş olup, temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşılmakla; dosya incelendi, dosyadaki belgeler okundu. Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüşüldü:

1- Dava niteliği ve içeriği itibarıyla sözleşme ile üstlenilen edimin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zararın tahsili istemine ilişkindir.

Toplanan delillerden ve özellikle dinlenilen tanık beyanları, fotograflar, alışveriş fişleri ve yapılan keşif sonucu alınan uzman bilirkişi raporu içerdiğinden davacının 15.08.2004 tarihinde kendisine ait 34 plakalı 1996 model kamyoneti ile yanında eşi ve çocukları olduğu halde alışveriş amacıyla davalı şirketin malik ve işleteni olduğu C. Bayrampaşa Alışveriş Merkezi'ne geldiği, aracını alışveriş merkezinin hemen yanında davalı şirket tarafından *"C. Açık Otoparkı"* olarak levhalarla gösterilen ve güvenlik kameraları ile de izlenilen bölüme park ettiği, aracın güvenliği davalı şirket tarafından sağlanan bu otoparktan çalındığı, otopark hizmeti nedeniyle ayrıca bir ücret alınmadığı, otoparkın başkası tarafından da işletilmediği anlaşılmaktadır.

Mahkemece taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı ve otoparkın davalı şirket tarafından işletilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç davanın niteliğine, tarafların sıfatına, dosya kapsamında toplanan delillere uygun düşmemiştir.

Aracın çalındığı otopark yerinin alışveriş merkezini işleten davalı şirket tarafından *"C. Açık Otoparkı"* olarak levhalarla gösterildiği, araçların park edeceği yerlerin çizgilerle işaretlendiği, güvenlik kameraları ile de izlenen

otoparkın güvenliğinin davalı şirket tarafından sağlandığı, idaresinin de davalı şirkete ait olduğu dikkate alındığında davalı şirketin alışveriş için alışveriş merkezine gelecek müşterilerine yapacakları alışveriş karşılığında ek bir hizmet olarak otopark hizmeti de vereceği ve otoparka parkedilecek araçları koruyacağı konusunda güven verdiği, bu yolla müşteri potansiyelini artırmayı amaçladığı kuşkusuzdur. Bu olgu dikkate alındığında alışveriş merkezine gelen ve aracını alışveriş merkezinin eklentisi durumundaki otoparka park ederek alışveriş yapan müşterilerle davalı şirket arasında alım satım ve saklama sözleşmelerinin karmaşığı bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğunun, davalı şirketin bu sözleşme gereğince alışveriş merkezine gelerek aracını otoparka parkeden müşterilerinin çıkarlarını koruma yükümünü de üstlendiğinin kabul edilmesi gerekir. Otopark hizmetinin alışveriş merkezine gelecek müşterilere yapacakları alışveriş karşılığı sağlanan ek bir hizmet olduğu gözetildiğinde davalı şirketin otoparkı ayrıca bir ücret alarak işletmemesinin, otoparkın kapalı olmamasının, ya da otoparka müşteriler dışında başka kişilerin de girmesine göz yummasının davada sonuca etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki fiil ve davranışları ile alışveriş merkezine gelecek müşterilerine yapacakları alışveriş karşılığında ek bir hizmet olarak otopark hizmeti de vereceği ve otoparka park edilecek araçları koruyacağı konusunda izlenim yaratan ve güven veren davalı şirketin otoparkı işletmediğini, otoparkın güvenliğinden de sorumlu olmadığını öne sürmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırı olacağı da kuşkusuzdur.

SONUÇ: Hal böyle olunca Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak davalının zarardan sorumlu tutulması gerekirken delillerin taktirinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin ödenen 12,20 TL harcın istek halinde davacı tarafa iadesine, 20.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/20239 **K:** 2009/18297 **T:** 29.06.2009

İŞ HUKUKU • EKSİK ÜCRET ÖDENMESİ • İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA VE AYRIM YAPMAMA BORCU • İŞ KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK • İŞ KOŞULLARINDAKİ ESASLI DEĞİŞİKLİK

(AY m. 10; 4857 SY m. 5, 22)

Özet: *Davalı işveren diğer şubede görev yapan işçi ile davacı arasında objektif ve farklı davranmayı haklı kılacak nedenler bulunmadığı halde farklı davrandığı, büyük şubede görev yapan davacıya, küçük şube ücretini ödemek ve ücretin eki niteliğinde genelge ile önceden belirlenen ücreti ödemek sureti ile iş şartlarında esaslı değişiklik yaptığı sabittir. Davacı işçi bu farklı durumu ve iş şartlarındaki esaslı değişikliği yazılı olarak kabul etmiş değildir. Açıklandığı üzere davacının uzun süre ihtirazi kayıt koymadan ödenen ücreti kabul etmesi veya fesih hakkını kullanmaması talep edilebilir olan bu alacağını ortadan kaldırmaz.*

Davacı, eksik ödenen ücret ve ikramiye alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü;

YARGITAY KARARI

Davacı davalıya ait İstanbul Kadıköy Hasanpaşa Şubesi'nde çalışırken, 04.12.2001 tarihinde aynı yerde Erenköy Şubesi'ne atandığını, Hasanpaşa Şubesi'nin küçük şube, işveren genelgesine göre D-3, Erenköy Şubesi'nin ise büyük şube, işveren genelgesine göre D-1 şubesi kapsamında belirlendiğini, her grup Şube Müdürünün aylık ücretlerinin farklı olduğunu ve işverence önceden belirlendiğini, D-3 küçük şubeden D-1 büyük şubeye

---

Gönderen: Av. Turan CEYHUN

tayin olmasına rağmen, ücretlerinin küçük şube müdüründen ödenen miktardan ödenmeye devam edildiğini, yaklaşık aylık 1.000,00.-TL eksik ücret aldığını, bu hatayı bir çok kez sözlü olarak banka üst yönetimine bildirdiğini, ancak sonuç alamadığını, emekli olduğunu, atandığı tarihten emekli olduğu tarihe kadar eksik ödenen ücret ve ikramiye alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir,

Davalı vekili, personelin bir göreve atanırken, görev yeri değiştirmesine rağmen ünvanının değişmediğini, atama onayında bu durum ve alacağı ücretin belirtildiğini, davacının D-3 ünvanı olan 3. Grup Direktör ünvanı ile görevlendirildiğini, atama sırasında sadece görev yerinin değiştirildiğini, ünvanın değişmediğini, buna bağlı olarak da ücretinin de değişmeyeceğini, Banka Yönetim Kurulu'nca ücretlerin tespiti ve uygulama esaslarının 08.08.2001 tarihli karar ile belirlendiğini, yapılandırma nedeni ile şubelerin büyük-orta-küçük-en küçük-ajans şube şeklinde ölçeklendirdiğini, tüm teşkilata 24.12.2001 tarihinde bildirildiğini, 18.12.2002 tarihinde *"büyük-orta-küçük"* şeklinde yeniden ölçeklendirildiğini, 15.01.2004 tarihinde yeniden çalışma ile A1-A2-B-C1-C2-C3 şeklinde şubelerin ölçeklendirildiğini, D1 gibi bir şube ölçeklendirmesi olmadığını, 01.08.2005 tarihinde de yeniden revize edildiğini, şube ölçeğine göre bir ücret tespiti bulunmadığını, 01.08.2005 tarihinden itibaren sözleşme ücretlerine ilave olarak şube ölçeklerine göre görev tazminatı uygulamasına geçildiğini davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının 10.12.2001 tarihinde küçük ölçekli Hasanpaşa Şubesi'nde Şube Müdürü iken, büyük ölçekli Erenköy Şubesi'ne Müdür olarak atandığı kabul edilmekle birlikte; ücret farkı talep edilen dönemde davacının bir kısım çalışmalarının 1475, diğer kısım çalışmasının ise 4857 sayılı İş Kanunu zamanında geçtiği, davacının büyük ölçekli şubeye geçtiğinde sözlü olarak üst yönetimi ücret konusunda uyardığını iddia ettiği, ancak üniversite mezunu olduğu, Şube Müdürlüğü görevi yaptığı, ücret eksikliği nedeni ile üst makamlara yazılı bir talepte bulunmadığı, bu konuda belge sunamadığı, basiretli bir yönetici gibi davranmadığı, 5 yıl gibi bir süre ücretlerini alıken ihtirazı kayıt koymaksızın kabul ettiği, geçen süreçte Yasanın kendisine verdiği eksik ücret ödeme nedeni ile iş sözleşmesini fesih yoluna gitmediği, emekli olduktan sonra bu istemde bulumasının iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı, davacının haklarını kullanırken objektif iyiniyet kuralına göre hareket etmesi gerektiği, isteminin samimi ve inandırıcı olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinden hareketle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma ve ayırım yapmama borcu yer almıştır. Eşit davranma ilkesi olarak da adlandırılan bu

yükümlülükte işveren, işyerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak zorundadır. Anılan maddeye göre işveren iş akdinin kurulmağı, ücret ve çalışma koşullarında. sözleşmenin sona ermesinde farklı işlem yapamaz. Aynı durumdaki işçilere objektif ve farklı davranmayı haklı kılacak nedenler bulunmadıkça eşit davranılması zorunludur. Kısaca aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratılmamalıdır, İşçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenen bir esasa göre ücret ödemesi yapılıyor ise, bu göreve atanan işçilere önceden belirlenen esasa göre öngörülen ücretin ödenmesi gerekir. Aynı nitelikteki işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak hem Anayasa'nın eşitlik ilkesine, hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki temel kurala uygun düşmez. (Dairemizin 11.09.1967 gün ve 8479-7519 sayılı ilamı).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca *"İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz"*. İşçinin ücretinin düşürülmesi ya da ücretin eki niteliğindeki sosyal haklarının ortadan kaldırılması veya eksiltilmesi, iş şartlarında esaslı değişikliktir. İşveren tek yanlı irade bildirimi ile ücret miktarında işçi aleyhine değişiklik yapamaz. İşçinin belirtilen süre içinde değişiklik önerisini yazılı olarak kabul etmemesi veya bu süre içinde suskun kalması halinde işveren tarafından yapılan iş şartlarında değişiklik önerisi reddedilmiş ve değişiklik gerçekleşmemiş olur. Kısaca taraflar arasındaki iş ilişkisi aynı şartlarda devam eder. Özellikle ücretin düşürülmesi, ücretin eki niteliğideki hakların ortadan kaldırılması nedeni ile meydana gelen iş şartlarından esaslı değişikliği işçinin kabul etmemesi halinde, talep edilebilir olduğu sürece işçi fark ücret ve diğer hakları her zaman isteme hakkına sahiptir. İşçinin uzun süre değişiklik yapıldığı şekilde eksik ödenen ücret ve diğer hakları ihtirazı kayıt koymadan imzalayarak alması, iş şartlarında esaslı değişikliği kabul ettiği anlamına gelmez. Ayrıca işçinin l475 sayılı Yasa döneminde kullanılması gereken, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi düzenlemesi ile kullanılmasına gerek olmayan eksik ücret ödeme nedeni ile iş sözleşmesinin fesih yoluna gitmemesi de aleyhine kullanılamaz. Diğer taraftan talep edilebilen süre içinde, işçilik alacağının geç talep edilmesinin iyiniyet kuralı ile ilişkilendirilmesi de doğru değildir.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin önceden şubeleri derecelere göre ölçeklendirdiği, bu ölçeklendirmeye göre bu yerlere atanacakların eğitim, kıdem ve görev tanımına göre ücretlerini sözleşmesinin eki niteliğindeki yönetmelik ve genelgelerle belirlediği, davacının da bu kapsamda şube müdürü olarak görev yaptığı, işverenin belirlediği ölçeklere göre davacının

küçük şube Hasanpaşa Şubesi'nde Şube Müdürü olarak çalışırken, büyük şube olan Erenköy Şubesi'ne atandığı, ancak davacıya küçük şubede ödenen ücretin ödenmeye devam edildiği, daha öncede belirlenen büyük şube müdürüne ödenen ücretin ödenmediği, davacının emekli olana kadar bu şekilde ücret ve diğer haklarını almaya devam ettiği ve ücret ile ikramiyesinin eksik ödendiği anlaşılmaktadır. Esasen bu mahkemenin de kabulündedir. Davalı işveren bu tutumu ile diğer aynı büyük şubede görev yapan işçi ile davacı arasında objektif ve farklı davranmayı haklı kılacak nedenler bulunmadığı halde farklı davrandığı, büyük şubede görev yapan davacıya, küçük şube ücretini ödemek ve ücretin eki niteliğinde genelge ile önceden belirlenen ücreti ödememek sureti ile iş şartlarında esaslı değişiklik yaptığı sabittir. Davacı işçi bu farklı durumu ve iş şartlarındaki esaslı değişikliği yazılı olarak kabul etmiş değildir. Davacı esaslı değişikliği kabul etmeden çalışmasına devam etmiş ve emekli olduğunda talep edilebilen bu fark ücret ve ikramiye alacağını bu dava yolu ile istemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, davacının uzun süre ihtirazı kayıt koymadan ödenen ücreti kabul etmesi veya fesih hakkını kullanmaması, talep edilebilir olan bu alacağını ortadan kaldırmaz. Bu şekilde ki davranışı iyiniyet kuralına aykırı bir davranış da değildir. O halde bilirkişi hesap raporu, dosyaya sunulan ücret ölçeklendirmesi genelgeleri ile birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak fark ücret ve ikramiye alacağının kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde igiliye iadesine, 29.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/20489 **K:** 2009/16455 **T:** 09.06.2009

İŞ HUKUKU • EV İŞLERİNDE ÇALIŞANLARIN STATÜSÜ • İŞ MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI

(4857 SY m. 4; 5521 SY m. 1)

Özet: *Ev işlerinde çalışanlar hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile işveren arasındaki davanın İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Bu tür ilişkide Borçlar Kanunu uygulanır.*

Çalışmayan aile bireyini evden alarak alışverişe ve şehir içinde gezmeye götüren şoförün ev hizmeti yaptığı kabul edilmelidir. Evde hastaya bakan hemşire ev hizmeti yapmış sayılmaz. Ev hizmeti yanında ağırlıklı görevi bekçilik olan işçi İş Kanunu kapsamında sayılmalıdır.

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, kötüniyet, yıllık ücretli izin alacağı ve fazla mesai alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, görevsizlik kararı vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacının 10.01.2007 - 30.07.2008 tarihleri arasında davalı şirket ortaklarından birinin ev işlerinde çalışırken iş sözleşmesinin fesih edildiğini belirterek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı ve fazla mesai alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı; davacının ev hizmetlisi olduğunu. İş Kanunu kapsamına girmediğini İş Mahkemesi'nin görevli olmadığını, Borçlar Kanunu hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğunu savunmuştur.

Mahkemece; davacının yaptığı işin dava dışı şahsa ait evde ev hizmetleri olduğu 4857 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğinde İş Kanunu'nu tabi olmadığı, ev hizmetlerinde yapılan işler nedeniyle 5521 sayılı Yasa'nın 1. maddesi gereğince İş Mahkemelerinin görevli olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık yapılan işin ev hizmeti olup olmadığı ve işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş Mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafından iddia ve savunmalarına göre değil. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli Asli Hukuk Mahkemesi'ne açılan dava *"İş Mahkemesi sıfatıyla"* açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile *"İş Mahkemesi sıfatıyla"* baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde İş Mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş aktinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca *"ev hizmetlerinde çalışanlar"* hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca ev hizmetlerinde aşcı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyuşmazlığın İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukuki ilişkilerde Borçlar Kanunu'nun hizmet aktine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. (çalışmayan aile bireylerini evden alarak, alışverişe şehir içinde gezmeye götüren, boşzamanlarında ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şöföründe ev hizmeti yaptığı ve İş Kanunu kapsamında olmadığı kabul edilmelidir. (Yargıtay 9. HD. 09.10.2008 gün ve 2007/27814 Esas, 2008/25988 K.)

Buna karşın evde hastaya bakan hemşire ev hizmeti yapmış sayılmaz. Ev sahibine ait ev ve bahçesinde ev hizmeti yanında bekçilik yapan ve ağırlıklı hizmeti bekçilik olan işçi, İş Kanunu kapsamında sayılmalıdır.

Dosyadaki bilgi ve belgelere özellikle davalı tarafından çekilen ihtarname içeriğine göre davalı, davacının şirket elemanı olarak çalıştığını kabul etmiştir. Buna göre iş sözleşmesi ilişkisinin davalı şirket ile kurulduğu ancak davacının şirket ortaklarından birinin ev hizmetlerini görmek üzere istihdam edildiği anlaşılmaktadır. Davacının fiilen ev hizmetlerinde çalıştırılması davalı şirket ile kurulan iş sözleşmesi ilişkisini etkilemez. Bu durumda davanın esası hakkında bir karar vermek gerekirken, yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/423 **K:** 2009/14879 **T:** 28.05.2009

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ ALACAĞI • İSPAT YÖNTEMİ • ÜST DÜZEY YÖNETİCİ • HAKKANİYET İNDİRİMİ • AYLIK ÜCRETE FAZLA ÇALIŞMANIN DAHİL EDİLMESİ

Özet: *: Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilmedikçe kesin delildir. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imzasız olması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delil ile ispat edebilir. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışma yapıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin bordroyu ihtirazi kayıtla imzalamış olması halinde, görünenden daha fazla çalışmanın ispatı mümkün olabilir.*

İşyerinde en üst düzeyde çalışan ve sorumluluğunun gerektirdiği ücreti alan işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanması olanaksızdır. İş sözleşmesinde, işçiye ödenen aylık maktu ücrete fazla çalışmanın da dahil olduğu

belirtilmiş ise, işçi yılda 270 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti isteyebilir.

İşyerindeki çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımına değer verilmez. Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıdır.

Davacı, fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçinin fazla çalışma ücreti alacağının olup olmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

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. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkış gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada gözönüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği 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 söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması

durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. 0 halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. (Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K., Yargıtay 9.HD. 28.4.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 9.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, taktiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, mahkemece fazla mesai ücreti alacaklarının hesaplanarak bordroya yansıtıldığı ve ödendiği, ihtirazi kayıtsız olarak fazla mesai alacağının kabul edilmesi nedeni ile fazla mesaiye ilişkin talepte bulunamayacağı kanaati ile isteğin reddine karar verilmiştir. Oysa davalı

tarafça sunulan bordrolarda tüm aylar için fazla mesai tahakkuku yapılmamıştır. Öte yandan davacı işçinin dava tarihine kadar çalışmasını sürdürdüğü de anlaşılmaktadır. Bu durumda, yukarıdaki esaslar doğrultusunda dava tarihine kadar fazla mesai tahakkuku yapılan aylar dışlanarak fazla çalışma ücreti ödenmeyen aylar için davacı işçinin yaptığı fazla çalışmaların karşılığı belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/539 **K:** 2009/13637 **T:** 21.05.2009

İŞ HUKUKU • ÜCRETSİZ İZİNDE VE GREVDE GEÇEN SÜRELER • KIDEM TAZMİNATI

Özet: *Ücretsiz izinde ve grevde geçen sürenin kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir.*

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hiüküm 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

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 01.06.1987-31.05.2006 tarihleri arasında çalıştığı kabul edilerek anılan tarihler arasında geçen sürenin tamamı için kıdem tazminatı hesaplan-

mıştır, Davalı işveren, davacının 37 gün ücretsiz izin ve 24 günlük greve katıldığı sürenin de hesaplamada dikkate alındığını öne sürerek rapora itirazda bulunmuştur. Ücretsiz izin ve grevde geçen süre kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir. Başka bir anlatımla ücretsiz izin ve grevde geçen süre için kıdem tazminatı hesaplanamaz. Mahkemece davalının söz konusu itirazi ile ilgili araştırma yapılmadan ve gerekirse ek rapor alınmadan karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/40739 **K:** 2009/10797 **T:** 16.04.2009

İŞ HUKUKU • İŞVEREN TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN FESİH • İŞÇİNİN EMEKLİLİĞİNİ İSTEMESİ DURUMUNDA ASKERLİK SÜRESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özet: *İşverence gerçekleştirilen feshin ardından, işçinin ihbar tazminatının ödenmediği bir anda işçinin yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunması, işverence gerçekleştirilen feshi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle işveren tarafından gerçekleştirilmiş olan feshin sonucu olan yaptırımların devreye girmesi gerekir.*

Hal böyle olunca, kıdem tazminatının hesaplanmasında borçlanılan askerlik süresi dikkate alınmaz. Ancak hizmet akdinin emeklilik sebebiyle işçi tarafından feshedilmesi halinde, askerlikte geçen süre kıdem tazminat hesabın-da dikkate alınabilir.

Davacı, kıdem tazminatı, ikramiye ile sosyal hak 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:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı askerlikte geçen sürenin de hizmet süresine eklenerek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Davalı ise davacıya hizmet süresine ilişkin kıdem tazminatının ödendiğini fark kıdem tazminatı istemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece istek hüküm altına alınmıştır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının askerlikte geçen ve borçlanılan döneme ilişkin fark kıdem tazminatı bulunup bulunmadığı noktasındadır.

Yargıtay uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden borçlanılan askerlik süresinin de kıdeme esas süreye ekleneceği şeklindedir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş sözleşmesi işveren tarafından hizmetinden yeterince yararlanlamadığı gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Fesihten sonra davacı Sosyal Sigortalar Kurumu'na müracaat ederek yaşlılık aylığı bağlanması isteğinde bulunmuş ve yaşlılık aylığı bağlanmıştır.

Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli süresi içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sebebiyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, ise iadeyle ilgili iş giivencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiğine uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı

ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Somut olay yönünden davacı işçi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/4. maddesinde öngörüldüğü üzere yaşlılık veya malüllük aylığı veya toptan ödemeye hak kazanacak şekilde hizmet sözleşmesini feshetmiş değildir. Böyle olunca borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınarak fark kıdem tazminatı hesabı yapılması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/38515 **K:** 2009/10133 **T:** 09.04.2009

İŞ HUKUKU • İZİN ÜCRETİ ALACAĞI • MUACCELİYET • TEMERRÜT • FAİZ ORANLARI • İSPAT YÖNTEMİ • İHBAR SÜRESİ İLE İŞ ARAMA SÜRESİNİN İÇ İÇE GİRMESİ

(4857 SY m. 17, 27, 34, 53, 54, 59)

Özet: *İş akdinin herhangi bir sebeple sona ermesinde, kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin işçiye son ücret üzerinden ödenmesi gerekir.*

İşçinin işe iade davası açması durumunda izin ücreti talep edilip edilemeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir.

İşe iade davası sonucunda işçinin işe alınmaması halinde, işe başlatmama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren bu iddiasını imzalı izin defteri veya eşdeğer delil ile kanıtlayabilir.

Kullanılmayan izin hakkı iş akdinin feshedildiği tarihte alacağa dönüşeceğinden, zamanaşımı da iş akdinin feshiyle işlemeye

başlar. İzin ücreti hesaplanırken, işçinin aynı işyerinde çalıştığı süreler birleştirilir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde, ihbar süreleri ve iş arama süreleri iç içe giremez. İşçinin iş akdini feshetmesi halinde ise, ihbar süresi ile izin süresi iç içe girebilir.

İzin ücretine faiz işletilmesi için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. İzin ücretine uygulanacak faiz yasal faizdir.

İşe iade davası sonucunda işçinin işe başlatılmadığı tarihteki ücreti esas alınarak izin ücreti hesaplanır.

İzin ücreti alacağından takdiri indirim yapılmaz.

Davacı kıdem, ihbar tazminatı, izin, ücret 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:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin, yıllık izin ücreti alacağı hususu taraflar arasında ihtilaflıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.

İşçinin işe iade davası açması durumunda, izin ücretinin talep edilip edilemeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir. Gerçekten işçinin dava sonucu işe başlatılması durumunda, önceki fesih ortadan kalkmış olmakla ve iş ilişkisi devam ettiğinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca izin ücreti istenemez. işçinin işe başvurusuna rağmen yasal bir aylık işe başlatma süresi içinde işe alınmaması halinde ise işe

başlatmama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Akdin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çesitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün olmaz. Ancak, önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri de aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir. işçinin aralıklı olarak aynı işverene ait işyerinde çalışması halinde önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel oluşturmaz. Yine, önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan arta kalan süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki sonraki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zaman aşımına uğramaz.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen yasal ya da arttırılmış bildirim önelleri ile 27. madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe girmez. Kanun'daki bu düzenleme karşısında işçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim öneli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

Kanun'da, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti işin kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin feshi anı, yıllık ücreti izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak Kanun'da belirtilmiştir. İş sözleşmesinin

feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2007/ 30158 E, 2008/ 28418 K.). O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden takdiri indirim yapılması doğru değildir.

İşe iade davası sonunda işçinin ise başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesi feshedilmiş sayıldığından izin ücreti hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihte olması gereken ücret dikkate alınmalıdır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkişi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz.

Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğunun tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.

Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının sadece 20 gün izin kullandığı sonucuna varılmışsa da, dosya içerisinde davacının imzasını taşıyan ve işverenlikçe onaylı belgelere göre toplam 50 gün yıllık ücretli izin kullandığı anlaşılmaktadır. Anılan belgelerin hatalı değerlendirilmesi ile izin alacağı hakkında yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/38730 **K:** 2009/7345 **T:** 18.03.2009

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI • İŞÇİNİN İŞE İADE İSTEĞİNİN SAMİMİ OLMASI • İŞE BAŞLAMAYAN İŞÇİNİN HAKLARI • İŞVERENİN SORUMLULUĞU • MUACCELİYET VE TEMERRÜT OLGUSU • FAİZ UYGULAMASI

(4857 SY m. 21/5, 34, 56)

Özet: *İşçi, kesinleşen işe iade kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde işe iade talebinde bulunmalıdır. Aksi taktirde işverence yapılan fesih, geçerli fesih sonuçlarını doğurur.*

İşçinin işe iade başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde; işe başlatılmama tazminatına ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer alacaklara hak kazanılamaz.

İşçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. İşçinin aynı yerde ikamet etmesi halinde bu makul süre iki gündür. İşçi farklı bir yerde ise makul süre dört gün olarak kabul edilmelidir. Tebligatların postada gecikmesinden taraflar sorumlu tutulamaz.

İşverenin işe davetinin de samimi olması gerekir. İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılamayacağının bildirilmesi veya bir aylık sürenin sonunda iş sözleşmesi feshedilmiş sayılır.

İşe başlatmama tazminatı fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanmalıdır. Bu tazminat fesih tarihinde olması gereken ücrete göre hesaplanmalıdır. İşçinin işe başlatılmadığı tarih tazminatın muaccel olduğu andır. Bu tazminat

yönünden faize hak kazanılması için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak, işe iade başvurusunda tazminatın ödenmesi talep edilmiş ise işverenin temerrüde düşürülmesi gerekmez; tazminat muaccel olduğu tarihte ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait ücret ve haklara işçinin işe iade başvurusunun işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren faiz hesaplanmalıdır.

Boşta geçen süreye ait ücret ve haklar için İş Kanunu'nun 34. maddesinde ön görülen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak, işe başlatmama tazminatına uygulanacak faiz yasal faiz olmalıdır.

Herhalükarda, geçerli sayılan feshe bağlı olarak şartlar oluşmuş ise ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir.

Davacı, tazminat ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına alınmıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İşe iade davası sonunda ödenmesi gereken boşta kalan süreye ilişkin ücret ve işe başlatmama tazminatında uygulanacak faiz ve faiz başlangıç tarihi konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen Mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de, işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının

sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşullan oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay Dokuzuncu HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E./ 2008/27243 K.).

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde, bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre, işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Fesih tarihindeki ücrete göre işe başlatmama tazminatı ödenmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. işçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için, kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak, işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda,

işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Sözü edilen alacak, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arızi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda, davacının işe iade başvurusu davalıya 23.08.2006 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı 26.09.2006 tarihli yazı ile işe başlatmayacağını açıklamıştır.

Bu halde işe başlatmama tazminatına davacının işe başvuru tarihine göre bir aylık süre sonu olan 23.09.2006 tarihinden itibaren faiz uygulanmalıdır. Boşta geçen süre ücretinde ise, 23.08.2006 tarihinden faize karar verilmelidir.

Faiz türü yönünden de yukarıda açıklandığı üzere boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü, işe başlatmama tazminatına ise, yasal faiz uygulanmalıdır.

Mahkemece, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve işe başlatmama tazminatına uygulanan faizin başlama tarihi ile işe başlatmama tazminatına uygulanan faiz türü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5556 **K:** 2008/27996 **T:** 21.10.2008

İŞ HUKUKU • TIR ŞÖFÖRÜ • FAZLA ÇALIŞMA • TANIK ANLATIMLARI • SATELİTTE KAYITLARI ARAÇ ÇALINMASI • İŞÇİNİN KUSURU

(4857 SY m. 25/1)

Özet: *Tır şöförü olarak yurtiçinde ve yurtdışında araçta tek başına çalışan davacının günlük çalışma saatlerini tanıkların tam olarak bilmeleri mümkün değildir.*

Satelitte olarak adlandırılan kayıtların fazla çalışmayı gösterip göstermeyeceği bakımından teknik bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır.

Araç çalınmasında davacının kusurlu olup olmadığı konusunda da gerekirse keşif yapılarak teknik bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır.

Davacı işçi iş sözleşmesinin haksız olarak fesh edildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminati isteklerinde bulunmuş, mahkemece isteklerin reddine karar verilmiştir.

Davacının iş sözleşmesi gerekli güvenlik önlemlerini almadığı için bir aracın çalınmasına sebebiyet verdiği ve gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1 bendine dayanılarak fesh edilmiştir. Davacının tır şöförü olarak çalıştığı ve bayiye teslim edilmek üzere yüklenen otomobilleri İstanbul'da ilgili bayiye götürdükten sonra bayi güvenlik görevlilerinin belirlediği yere park ettiği ve ilk 2 aracı indirdikten sonra 3. aracın tırdan indirildiği sırada kimliği belirsiz kişilerce çalındığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Tanık anlatımlarına göre, araç teslimi sırasında dava dışı bayiye ait 2 güvenlik görevlisi bulunmaktadır. Güvenlik görevlilerinden biri araçları garaja alırken diğerinin teslim yerinde beklemesi gerektiği tanıklarca ifade edilmiştir. Bayi güvenlik görevlilerinden biri, araçları içeri sevk ettiği sırada diğer güvenlik görevlisi görev yerini terk etmiş ve feshe konulu hırsızlık olayı gerçekleşmiştir. Hırsızlığa konu olan araç 1 gün sonra hasarlı bir şekilde terk edilmiş olarak bulunmuştur.

Olayda davacının kusurlu olup olmadığı teknik yönden araştırılmış değildir. Gerekirse olayın geçtiği yerde keşif de yapılmak suretiyle davacının olayda bir kusurunun olup olmadığı belirlenmelidir. Daha sonra varsa

işveren zararı tesbit edilmeli ve 30 günlük ücreti aşan bir zarar durumu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Davacı işçi fazla çalışma ile bayram ve genel tatil ücreti alacakları isteklerinde bulunmuş, mahkemece tanık beyanlarına ve işin niteliğine göre taleplerin kabulüne karar verilmiştir. Hükmü, sözü edilen istekler yönünden her iki taraf da temyiz etmiştir. Davalı işveren bilirkişi raporunda belirtilen satelitte kayıtlarının şöförü değil aracı takip eden bir sistem olduğunu ve davacının fazla çalışma yaptığını göstermediğini savunmuştur. Davacı işçi ise kabul edilen fazla çalışmaların, kayıtlarda sözü edilenin çok altında olduğunu ileri sürmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı tanıklarının beyanları fazla çalışma ile bayram ve genel tatillerde çalışmaların ispatı konusunda yeterli değildir. Tır şöförü olarak yurtiçinde ve yurtdışında araçta tek başına çalışan davacının günlük çalışma saatlerini davacı tanıklarının tam olarak bilmeleri mümkün olamaz.

Öte yandan iki taraf da fazla çalışmalarla ilgili olarak çeşitli kayıtlara dayanmıştır. Davalı işveren satelitte olarak adlandırılan kayıtların araçla ilgili olması sebebiyle fazla çalışmayı göstermediğini belirtmiştir. Mahkemece bu konuda gerekli inceleme yapılmamıştır. Gerekirse konunun teknik uzmanından rapor alınmalı ve dosyadaki kayıtlara göre fazla çalışma ile bayram ve genel tatillerde çalışmayla ilgili olarak değerlendirme yapılmalıdır. Fazla çalışma ile bayram ve genel tatil konularında eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir.

4- Davalı işveren bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi ekinde bir kısım izin belgeleri ile izin ücreti ödemeye dair belgeyi sunmuştur. Mahkemece söz konusu savunma üzerinde durulmadan karar verilmesi de hatalı olmuştur,

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550.-TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/27521 **K:** 2008/25157 **T:** 26.09.2008

İŞ HUKUKU • KADIN İŞÇİNİN DOĞUM İZNİ • ÜCRETSİZ İZİN TALEBİ • İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ • İŞÇİNİN İSTİFA DİLEKÇESİNİN YORUMU • HUKUKİ OLASILIKLAR

(4857 SY m. 17, 24, 74, 104)

Özet: *İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre; yasal ücretli doğum izinlerinin kullanılmasından sonra işçinin talep etmesi halinde işverence altı aya kadar ücretsiz izin verilmesinin zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Burada izin verilmesi işverenin takdirine bırakılmamıştır.*

İşçinin istifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla iş akdi sona erer. Dilekçenin işverence işleme konulmamış olması ve işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez.

İstifaya rağmen tarafların belirli bir süre daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde kararlaştırılan süre sonunda iş akdinin ikaleyle sona erdiği kabul edilmelidir.

Şarta bağlı istifa kural olarak istifa değildir.

İrade fesada uğratılarak imzalatılan istifa dilekçesinin gerçek bir istifa olarak kabul edilemeyeceği dikkate alınarak böyle bir durumda feshin işveren tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

İşçi yönünden haklı fesih sebebi mevcutken, baskıyla alınan istifa dilekçesinin de gerçek istifa olmadığı kabul edilmelidir. Ancak bu durumda feshin haklı olup olmadığı hususu irdelenmelidir.

İstifa dilekçenin genel ve soyut bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesin-

Gönderen: Kazım GÜZELGÜN / Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

de somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı ile fazla mesai ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı, fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine dayanarak işverenden istediği 6 aylık ücretsiz izin talebinin kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesini haklı nedenlerle feshettiğini iddia ederek fazla çalışma ücretleri ile kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının doğum öncesi ve sonrası yasal izinlerini kullandığını ancak ücretsiz izin talebinde bulunmadığını ve ibraname ile de tüm haklarını aldığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme istifa dilekçesinin dava dilekçesinde belirtilen nedenlere dayanmadığı, ibraname de sadece kendi isteğiyle ayrıldığının yazılı olduğunu belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı nedenlerle feshedilip edilmediği ve istifa dilekçesine itibar edilip edilmeyeceği noktalarındadır.

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin önelli fesih bildiriminin normatif düzenlemesi ise aynı Yasa'nın 17. maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında İş Kanunu'nda işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. İstifanın işverence kabulü zorunlu değilse de, işverence dilekçenin işleme konulmamış olması ve işçinin de işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez. Bununla birlikte istifaya rağmen tarafların belirli bir süre

daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde kararlaştırılan sürenin sonunda iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdiği kabul edilmelidir. Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçimde değerlendirilmelidir.

İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

İşverenin haklı fesih nedenlerine dayanarak isçiye istifa dilekçesi vermesi halinde baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine de gerçek anlamda istifa olarak değer vermek mümkün olmaz. Dairemizce bu gibi hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği, ancak işveren feshinin haklı olup olmadığını değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 3.7.2007 gün 2007/14407 E, 2007/21552JC.).

İşçinin haklı nedenle derhal fesih nedenleri mevcut olduğu ve buna uygun biçimde bir fesih yoluna gideceği sırada, iradesi fesada uğratılarak işverence istifa dilekçesi alınması durumunda da istifaya geçerlilik tanınması doğru olmaz. Bu ihtimalde ise işçinin haklı olarak sözleşmesini feshettiği sonucuna varılmalıdır.

İstifa belgesine dayanılmakla birlikte işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması, Türkiye İş Kurumu'na yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi gibi çelişkili durumlarda her bir somut olay yönünden bu çelişkinin istifanın geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

İstifa belgesindeki ifadenin genel bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesinde somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu halde de istifanın ardındaki gerçek durum araştırılmalıdır.

İş sözleşmesinin istifa ile sona ermesi halinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olmadığı gibi, ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanılamaz. Bundan başka işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi yükümü ortaya çıkabileceğinden istifa türündeki belgelerin titizlikle ele alınması gerekir. İmzaya itiraz ya da metin kısmına ilaveler yapıldığı itirazı mutlak olarak teknik yönden incelenmelidir.

Somut olayda davacı 21.03.2005 tarihinde işverene sunduğu dilekçe ile herhangi bir gerekçe göstermeden görevinden ayrılmak istediğini belirtmiştir. Mahkemece dinlenen davacı ve Bölge Çalışma Müdürü davalı tanığın ifadeleri, davacının yasal doğum izinlerini kullandıktan sonra

işverenden ücretsiz izin talebinde bulunduğu ancak işlerin yoğunluğu nedeniyle talebinin kabul edilmediği yönündedir. Davacının talebinin kabul edilmemesi üzerine istifa dilekçesi vererek işinden ayrıldığı dosya kapsamı itibarı ile sabittir. Davacı dilekçesinde sebep göstermemiş ise de istifa iradesi burada verilmeyen doğum sonrası ücretsiz izne ilişkin olup dava dilekçesinde bu somut sebepleri açıklamış davalı tanığı da bu sebepleri doğrulamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinin 5. fıkrasında *"isteği halinde kadın işçiye on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir.."* hükmü mevcuttur. Maddenin içeriğine ve düzenleniş biçimine bakıldığında *"izin verilir"* şeklinde emredici mahiyette olduğu, işçinin talep etmesi halinde yasal ücretli doğum izinlerinin kullanılmasından sonra işverence 6 aya karar ücretsiz izin verilmesinin zorunlu olduğu sonucu çıkmaktadır. İznin verilmesi işverenin takdirine bırakılmamıştır. Kadın işçi yasal doğum izinlerini kullandıktan sonra talepte bulunmak şartıyla 6 aya kadar ücretsiz izin kullanabilecektir. İş Kanunu'nun amacı işverenle çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 104. maddesinde 74. madde hükmüne aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya vekiline para cezası verileceği hükmü de mevcuttur. Bütün bu açıklamalar karşısında davacının iş sözleşmesini 74. madde hükümlerini işverenin uygulamaması üzerine haklı nedenlerle feshettiği anlaşılmakta olup kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı nedenlerle reddedilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/13508 **K:** 2008/9251 **T:** 21.04.2008

BELEDİYELERİN ALT İŞVEREN KULLANMASI • MUVAZAA İDDİASININ ARAŞTIRILMASI

(4857 SY m. 2/6, 18, 20/2; 5393 SY m.67; TMK m. 2)

Özet: *Belediyeler Kanunu'nda, Belediyelerin asıl işlerini alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. Ancak, bu durum, alt işverene devir nedeniyle iş akdinin feshedilebilmesi için feshin son çare olması gibi iş güvencesi hukukunun genel ilkelerine uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Keza, Belediyeler Kanunu'nda bulunan hüküm, bir işin Belediye tarafından alt işverene verilmesinin, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez.*

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesinii istemiştir,

Yerel Mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyasi için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından temizlik hizmetinin alt işveren verildiği gerekçesi ile fesedildiğini, oysa bu işlemin muvazaalı olduğunu feshin son çare olması ilkesine uyulmadığını ve geçerli nedene dayanmadığını belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili davacının çalıştığı temizlik hizmetinin 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca dışardan alınmasına karar verildiğini ve alt işverene verildiğini, davacının iş sözleşmesinin de bu nedenle feshedildiğini; davacının ihbar ve kıdem tazminatlarını ihtirazi kayır koymadan aldığını, bu davranışı ile işe iade davasından fiilen feragat ettiğini, alt işverene verilmesinin ekonomik nedene dayandığını, ayrıca

---

Gönderen: Av. Murat KÜTÜKLÜ

bütün işçilere ait işveren konumundaki firmada çalışmaları teklifinin yapıldığını, ancak davacının kabul etmediğini, davacının başka bir birimde çalıştırma olanağı bulunmadığını, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davalı işverenin 5393 sayılı Yasa'nın 67. maddesi kapsamında temizlik ve çöp toplama işini alt işverene verdiği, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayalı olduğu iddiasının yerinde olmadığı davacının çalıştığı temizlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeni ile feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde; işletmesel karar kavramından sözedilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın

çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü Yasakoyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koydugu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kuraın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapımalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığı işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, *''Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini*

sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilşkiye" asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanm ispatı genel ispat kurallarına tabidir. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nu 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asil işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'da yardımcı işleri alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6. fikra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öğe, *"teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren"* işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise gözönünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözlemesinin feshi de geçersiz olacaktır.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyeleri asıl işlerini de 6. fıkradakı sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki huküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümküm kılınarak İş Kanunu'nun 2. maddesine istisna getirilmiştir. Ancak, söz konusu hüküm alt işverene devir nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için feshin son çare olması gibi İş Güvencesi Hukuku'nun genel

ilkelerine uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Keza, Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca bir işin Belediye tarafından alt işverene verilmesi muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı halinde geçersiz olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta davalı Belediye Başkanlığının asıl işi olan temizlik ve çöp toplama hizmetini 5393 sayılı Yasa'nın 67. maddesi kapsamında alt işveren uygulaması ile dışardan temin etmesi işletmesel bir karar olup bu anlamda yasal bir işlemdir. Ancak bu hizmetin alt işverene verilmesi yukarda açıklanan ilkeler doğrultusunda muvazaa iddiasının araştırılmasına engel değildir. Davacı bu sözleşmenin muvazaalı olduğunu iddia etmiş, davalı da işten çıkartılan işçilere alt işveren işçisi olarak çalışma teklifi yapıldığını beyan etmiştir. Geçerli feshi kanıtlama yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirtilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında özellikle asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması ve genel muvazaa kriterleri yönünden incelenmeli, muvazaalı olmadığı takdirde, bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı kabul edilmeli ve bu kez tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yapılarak, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve bu karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı, çıkarılan işçilerin işverenin başka birimlerinde değerlendirme olanağı bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetiminin yapılabilmesi içinde işletmesel karara ilişkin belgelerin, istihdam ile ilgili kayıtların getirilmesi (bu kayıtlar içinde işletmede veya iş yerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar yanında özellikle fesihten önce ve sonra işyerine alınan ve çıkartılan işçilerin sayılarını gösteren işyeri SSK bilgileri de yer almalıdır). İşyerinden keşif yapılarak, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişi incelemesine tabi tutulması önem taşıyacaktır.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/31679 **K:** 2007/31985 **T:** 30.10.2007

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI • SÜREKLİ OLMAYAN FAZLA ÇALIŞMALAR • FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

(4857 SY m.20/3)

Özet: *Dava konusu işyerinde acil ve zorunlu hallerde fazla mesai yapıldığı ve fazla mesainin sürekli olmadığı anlaşılmaktadır. Sürekli olmayan acil ve zorunlu hallere münhasır fazla mesai uygulaması personel ihtiyacını göstermez.*

Bu nedenle, salt sürekli olmayan fazla mesai uygulamasına istirat edilerek feshin son çare olması ilkesine aykırı davranıldığından söz edilemez.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

Dayacı işçinin işe iade isteğinin kabulüne dair verilen karar, Dairemizce *"Alt işverenlik uygulaması nedeniyle ortaya çıkan işgücü fazlalığı kural olarak fesih için geçerli neden teşkil eder. Ancak, feshin son çare olarak göz önünde bulundurulması gerekir. Davalı işveren Belediye olup, davacının diğer ünitelerde değerlendirilebilmesinin mümkün olup olmadığı ve yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılarak feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı belirlenmelidir. Öte yandan, alt işverenlik uygulaması sonucu meydana gelen iş gücü fazlalığının giderilmesinde iddia edildiği gibi emekliliğe hak kazanma ölçüt olarak ele alınmış ise, bu hususun objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı da araştırılmalı ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi hatalıdır"* gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece bozma ilamına uyularak, yeniden yapılan yargılama sonucunda işyerinde fazla mesai uygulamasının bulunduğundan

hareketle, feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulmadığı gerekçesi ile davacının işe iade isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Bozma kararından sonra alınan bilirkişi raporunda davalı işverenin 28.03.2007 tarihli yazılarından yola çıkılarak işyerinde fesihten sonra fazla mesai yapıldığı, bu nedenle feshin son çare olması ilkesinin dikkate alınmadığı sonucuna varılmış ise de, davalı işverenin anılan yazılarından fazla mesainin sürekli olmadığı, acil ve zorunlu hallerde söz konusu olduğu anlaşılmaktadır: Sürekli olmayan acil ve zorunlu hallere münhasır fazla mesai uygulaması, personel ihtiyacını göstermez. Bu nedenle, acil ve zorunlu durumlarda fazla mesai uygulaması feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulmadığını kabul etmek için yeterli değildir. Öte yandan, aynı bilirkişi raporunda alt işverenlik uygulamasından sonra doğan personel fazlalığını gidermede ölçüt olarak göz önünde bulundurulan *"emekliliğe hak kazanma"* kriterinin genel ve objektif bir şekilde uygulandığı, fesihten önce ve sonra işyerine yeni işçi alınmadığı tespit edilmiştir. Mevcut delillere göre fesih geçerli nedene dayandığından davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1-) Üsküdar 1. İş Mahkemesi'nin 16.07.2007 gün ve 33-592 sayılı Kararı'nın bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-) Davanın **REDDİNE**,

3-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4-) Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30.-TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5-) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 450.-TL ücreti vekaletin, davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 30.10.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2196 **K:** 2007/30004 **T:** 10.10.2007

İŞ HUKUKU • İŞÇİNİN ÜCRET ALACAKLARI • İSPAT YÖNTEMİ

Özet: *İşçinin ücretlerinin ödendiğinin tanık anlatımlarıyla kanıtlaması mümkün değildir.*

Davacı, ihbar kıdem tazminati ile fazla mesai alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK'un 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlan yerinde değildir.

2- Davacının fazla mesai çalışması karşılığı ücretlerinin ödendiği tanık beyanları ile kanıtlandığı gerekçesjyle fazla mesai alacak ücreti isteği mahkemece reddedilmiştir. Ücret ödemesinin tanık ifadeleri ile kanıtlanması mümkün değildir. Fazla mesai ücret alacağı ile ilgili deliller değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Bilirkişiden bu konuda ek rapor alınmalı bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmelidir

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Kaşif Töre Ağanoğlu

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/21763 **K:** 2007/6229 **T:** 12.03.2007

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİ • ARA DİNLENMELERİ

Özet: *Yapılan işin özelliği bakımından günde dört saat fazla mesai yapılmasının imkansız olduğu dikkate alınarak, ara dinlenmeleri de düştükten sonra davacı işçinin haftada onsekiz saat fazla mesai yaptığı kabul edilmelidir.*

Davacı, fazla mesai ile hafta tatili gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş davalı avukatınca da duruşma talep edilmiş ise de; HUMK'un 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre İş Mahkemesi'nden verilen kararlar tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz olunabilir.

Karar 04.04.2006 tarihinde taraf vekillerine usulüne uygun olarak tefhim edilmiş olup 8 günlük süresi geçtikten sonra 25.09.2006 tarihinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiş olduğundan HUMK'un 432/4. maddesi gereğince süre aşımı nedeniyle temyiz isteminin **REDDİNE**,

2. Davalı tarafın temyizine gelince;

Davacının haftada 27 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek yapılan hesaplamaya değer verilip hüküm kurulmuştur. Günde 4 saat fazla mesai yapılması yapılan işin özelliği dikkate alındığında olanaksızdır. Somut olayda dinlenen tanık beyanlarının anlatımları da Mahkemenin kabulünü doğrulamaktadır. Ara dinlenmeler nazara alındığında davacının haftada en fazla 18 saat fazla mesai yaptığı kabul edilip hesaplama yapılmalı, fazla mesai yapmadığı günler de kabul edilerek indirim yapılıp sonuca gidilmelidir. Yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.

Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/36851 **K:** 2006/5432 **T:** 06.03.2006

İŞ HUKUKU • MUVAZAAYA DAYANAN ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ • DAVADA HUSUMET*

(4857 SY m. 2/6-7, 7, 20/3; 5272 SY m. 67)

Özet: *Dava dışı genel müdürlüğün işçisi olan davacının hizmet alım sözleşmesiyle aynı işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi durumunda Asıl işveren-Alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kabulü gerekir.*

Bu nedenle işe iade davasının asıl işveren olan ve işverenlik sıfatı devam eden asıl işverene karşı açılması gerekir.

Davacı, feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı B. ile davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR:

Davalılar arasında muvazaalı ihale sözlesmesi olduğunu, davacının işe girdiği tarihten bu yana E. Genel Müdürlüğü işyerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı B. vekili, davacının sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirildiğini, kıdem tazminatının ödendiğini, diğer davalı vekili ise davacının işçileri olmadığını savunmuştur.

(*) IV No'lu Uygulamadan Dosyaya Bakınız.

Mahkemece, daha önce Daire tarafından onamış olan işçilik hakları ile ilgili dava dosyasında mahkemenin verdiği iki davalı arasında m.1/son kapsamında ilişki bulunmadığına dair karara dayanılarak, bu davada da davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığı, bu nedenle Ego'nun sorumlu olamayacağı gerekçesiyle fesih işleminin geçersizliğinin tespiti ile davalı Ego hakkındakı davanın husumetten reddine, B. hakkında ise feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiştir.

Davalı B'nin E. Genel Müdürlüğü'ne ait toplu ulaşım ve taşıma hizmetlerini üstlendiği ve davacıyı bu işte çalıştırdığı konusu uyuşmazlık dışıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilebileceği, 7. fıkrasında ise asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakların kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği belirtilmiştir.

Toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri Belediyenin asli işi olup, bu işlerin alt işverene gördürülmesi için İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen koşulların mevcut olması gerekir. Somut olayda, ihale sözleşmesinin yapıldığı tarih itibariyle Yasa'da belirtilen koşullar gerçekleşmiş değildir. Her ne kadar 24.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile bu kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi bu işlerin taşerona verilmesine imkan tanımakta ise de, davalı şirket ile dava dışı Genel Müdürlük arasında hizmet alım sözleşmesi anılan Kanunların yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olup, kurulduğu sırada muvazaalı olan asıl isveren-alt işveren ilişkisi nedeni ile dava dışı E. Genel Müdürlüğü'nün işçisi olan ve buna göre davacı dava dışı E. Genel Müdürlüğü'nün işçisidir.

Dosya içeriğine göre, davalılar arasındaki sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 ve 7. maddelerine aykırı olduğu ve davacının E. Genel Müdürlüğü işçisi olduğu açıktır. Davacı E. Genel Müdürlüğü işçisi olduğuna göre, diğer davalı hakkında feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesi yerinde değildir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2. Davalı B. A.Ş. hakkında açılan davanın husumet nedeni ile **REDDİNE**,

3. Davalı E. Genel Müdürlüğü hakkında açılan davanın **KABULÜ** ile,

a) Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

b) Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

c) Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

4. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

5. Davacının yapmış olduğu 34.90.-TL yargılama giderinin davalı E. Genel Müdürlüğü'nden tahsili ile davacıya verilmesine, adı geçen davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, diğer davalının yaptığı 20.00.-TL yargılama giderinin davacından tahsiline,

6. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 400.00.-TL ücreti vekaletin davalı E. Genel Müdürlüğü'nden alınarak davacıya verilmesine, red nedeni ile ayn tutarda vekalet ücretinin davacıdan tahsili ile davalı B'ye verilmesine,

7. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalı B'ye iadesine, kesin olarak 06.03.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2371 **K:** 2006/4767 **T:** 27.02.2006

İŞ HUKUKU • ALT İŞVEREN İŞÇİLİĞİ
• İŞÇİNİN HAKLARININ KISITLANMASI*

(4857 SY m. 2/6-7, 7, 20/3; 5393 SY m. 67)

Özet: *Asıl işverenin işçisinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması suretiyle işçinin mevcut haklarının kısıtlanmasından ve özellikle ücretinin düşürülmesinden söz edilemez.*

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı ve davalı B. tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi, işe girdiği tarihten bu yana ....Genel Müdürlüğü işyerinde çalıştığını, davalı şirket ile ....Genel Müdürlüğü arasında yapılan ihale sözleşmesinin muvazaaya dayandığını, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı şirket, davacının belirli süreli sözleşme imzalama yerine ayrılmayı tercih ettiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı ile dava dışı ... arasında yapılan hizmet alım sözleşmesinin muvazaalı olmadığı, çünkü davalının sadece anılan genel müdürlük ile yapılan hizmet alım sözleşmesi ile ilgili olarak kurulmadığı, sözleşmeden çok önce kurulduğu, ancak ortakları arasında ...'nun da bulunduğu, Belediyeler Kanunu'nun bazı hizmetlerin ihale suretiyle taşeronlara verilmesine imkan tanıdığı, dolayısıyla davalı ile dava dışı . . . arasında yapılan sözleşmenin muvazaalı olmadığı, davacının başından beri davalı şirketin işçisi olduğu, davalı şirket ile dava dışı ... arasında geçici iş ilişkisinin de bulunmadığı, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu ve feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

(*) IV No'lu Uygulamadan Dosyaya Bakınız.

Karar, davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı şirketin dava dışı .... Genel Müdürlüğü'ne ait toplu ulaşım ve taşıma hizmetlerini üstlendiği ve davacıyı bu işte çalıştırdığı konusu uyuşmazlık dışıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilebileceği, 7. fıkrasında ise asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği belirtilmiştir.

Toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri Belediyenin asli işi olup, bu işlerin alt işverene gördürülmesi için İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen koşulların mevcut olması gerekir. Somut olayda, ihale sözleşmesinin yapıldığı tarih itibariyle Yasa'da belirtilen koşullar gercekleşmiş değildir. Her ne kadar 24.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile bu Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi bu işlerin taşerona verilmesine imkan tanımakta ise de, davalı şirket ile dava dışı genel müdürlük arasında hizmet alım sözleşmesi anılan kanunların yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olup, kurulduğu sırada muvazaalı olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi nedeni ile dava dışı .... Genel Müdürlüğü'nün işçisi olan davacının, buna göre davacı dava dışı ... Genel Müdülüğü'nün işçisi olup, davalı şirket hakkında feshin geçersizliği ile işe iade davası açılamaz. Belirtmek gerekir ki, davacı dava dilekçesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını belirtmesine rağmen davalı şirket hakkında dava açtığından bu durumda temsilde yanılmadan da söz edilemez.

Dosya içeriğine göre, davalı ile .... Genel Müdürlüğü arasındaki sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 ve 7. maddelerine aykırı olduğu ve davacının ... Genel Müdürlüğü işçisi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı .... Genel Müdürlüğü işçisi olduğuna göre, davalı hakkında feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesi yerinde değildir.

Belirtilen nedenlerle, Yerel Mahkeme kararının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1- Yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2- Davalı şirket hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20.00.-TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 400.-TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 27.02.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/18822 **K:** 2005/24469 **T:** 11.07.2005

İŞ HUKUKU • MUVAZAALI TAŞERON İŞÇİLİĞİ • İŞÇİNİN ÜCRETİNİN DÜŞÜRÜLÜLEMEYECEĞİ

(4857 SY m. 20/3)

Özet: *Hizmet akdi feshedilen işçi aynı işyerinde taşeron işçisi olarak çalıştırmaya devam ettirilir ise; hizmette bütünlüğün bozulmadığı ve taşeron yanında gerçekleşen hizme-tin de asıl işverenin yanında geçirilen hizmet olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda taşeron işçisi yapılmak suretiyle işçinin ücreti düşürülemez.*

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme, davayı reddetmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacının davalı Belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip,

(*) IV No'lu Uygulamadan Dosyaya Bakınız.

ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Öte yandan işletmenin mevsim gereği ile teknonojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğinden ve temizlik işinin Belediyelerin asli işi olduğundan işin taşeron şirkete devri geçerli kabul edilemez. İşin taşerona devri nedeniyle yapılan fesih geçerli sayılamaz. Davacının feshi takip eden gün davalı Belediyenin taşeron ile yaptığı sözleşme uyarınca olsa da taşeron nezdinde çalışmaya başlatılması feshin geçersizliğinin istenilmesinde hukuki yarar bulunmadığını göstermez.

Zira davacının kıdem ve ihbar tazminatı ve diğer işçilik hakları yanında ücretinin düşürülmesinin önlenmesini sağlamak için yargı yoluna başvurması gerekir. Mahkemece davanın kısmen kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı iş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir:

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1- Bayburt 1. Asliye (İş) Mahkemesi'nin 08.04.2005 tarih 595/106 sayılı Kararı'nın bozularak ortadan kaldırılmasına,

2- Davanın kısmen kabulü ile feshin geçersizliğinin tespitine, Belediye nezdinde taşeron tarafından çalıştırıldığı dönem için ücret ve diğer haklarının eksik olan kısmının davalı işverence ödenmesi gerektiğinin tespitine,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 350.-TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

5- Davacı tarafından yapılan 29.-TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 11.07.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2383 **K:** 2009/7719 **T:** 27.04.2009

İŞ HUKUKU • İŞYERİ KAYDININ TESCİLİNİN DÜZELTİLMESİ • MAHKEMECE İZLENMESİ GEREKEN YOL

Özet: *Kurum kaydındaki işyeri tescil tarihinin iptaline ilişkin davada:*

O işyerinde işçi görünen kişilerin sigortalılıklarının olup olmadığı, varsa ne iş yaptıkları araştırılmalı, söz konusu işyerinin vergi kayıtları celp edilmeli ve uyuşmazlığa konu olan işyerinde bordroda kayıtlı kişilerin veya komşu olan işyerlerinde o dönemde çalışan kişilerin anlatımlarına başvurulmalı ve yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde hüküm kurulmalıdır.

Davacı, işyerinin kapsama alınma tarihinin 02.01.2004 tarihi olarak tesbitine ilişkin kurum işleminin iptali ile tescil tarihi olan 01.02.2004 tarihinin geçerli olup buna neden olan Adnan, Erdal ve Semra'nın hizmet akdi ile çalışmadığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı Kurum avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadakı kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davanın yasal dayanağı, olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanun'un 8 ve 79. maddesi olup, bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına ilişkin davaların, kamu düzeniyle ilgili olduğu ve bu nedenle de özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesinin zorunlu ve gerekli bulunduğu açıktır.

Mahkemece, yapılan yargılama sonucunda, davalı Kurumun yoklama memurları tarafından düzenlenen raporlar ile Mahkemece, tanık sıfatı ile dinlenen Adnan, Erdal, Semra ile davacı arasında hizmet akdinin bulunmadığı ve bunların sigortalı sayılmasının mümkün bulunmadığı, işyeri tescilinin 01.02.2004 tarihi olduğu gerekçesi ile, davanın kabulüne karar verilmiştir. Dava konusu edilen işyeri inşaat-dekorasyon işi ile ilgili olup, adı geçen şahıslardan Erdal dışında diğerlerinin birden fazla sayıda

imzaladığı sevk irsaliyeleri bulunduğu, Erdal'ın ise dosyada tesbit edilen bir tane irsaliye imzaladığı, davalı Kurumun yoklama memurları tarafından işyeri kayıt inceleme tutanaklarında yapılan inceleme ile tesbit edilmiştir. Mahkemece, adı geçen şahıslar tanık sıfatıyla beyanlarında hizmet akdine dayalı çalışmalarının bulunmadığını beyan etmişler, davacı da işyerinin 01.02.2004 tarihinden itibaren faal olduğunu beyan etmişse de şahıslardan Adnan'ın imzaladığı 02.01.2004, 08.01.2004, 13.01.2004 tarihli sevk irsaliyelerinin varlığı nedeniyle davacının işyerinin bu tarihte faal olup olmadığı, adı geçen şahısların hizmet akdi ile çalışıp çalışmadıkları yeterince araştırılmamıştır.

Bu durumda yapılacak iş; tesbite konu çalışmalara ilişkin olarak, adı geçen şahısların Sosyal Güvenlik Kurumu'nda dava edilen tarihlerde sigortalılıklarının bulunup bulunmadığı, varsa ne iş yaptıkları araştırılmalı, davacının işyerinin vergi kayıt tarihleri ve ödemeleri sorulmalı, yukarıda öngörülen nitelikte yazılı belge ibraz olunmayan çalışma süreleri yönünden ise, o dönemde sigortalı ile birlikte çalışan ve işverenin bordrolarında kayıtlı kişiler ile komşu işyerlerinde o dönemde çalışan kişilerin somut bilgi ve görgülerine başvurulmalı, davacının yine dava konusu edilen dönemlerde inşaat-dekorasyon işini yaptığı işyerleri varsa, bu işyerlerinde çalışan kişilerin de beyanlarına başvurularak, böylece, bu konuda yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapılarak uyuşmazlık konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemece, açıklanan maddi ve hukuki esaslar gözetilmeden yanılgılı değerlendirme ile yazılı biçimde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

0 halde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 27.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/13916 **K:** 2008/14584 **T:** 11.11.2008

İŞ HUKUKU • İŞ KAZASI • ANA VE BABAYA GELİR BAĞLANMASI • YASA DEĞİŞİKLİĞİ • SOSYAL GÜVENLİK İLKELERİ • LEHE OLAN UYGULAMA • YASANIN GERİYE YÜRÜTÜLMESİ

(506 SY m. 24)

Özet: *Kanunların geriye yürümesi konusunda Türk Hukuk Sistemi'nde genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kural olarak her yasa yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilemeyeceği, başka bir anlatımla geriye yürümeyeceğidir.*

Öte yandan, sosyal güvenlik kurallarının niteliği dikkate alındığında, sigortalının lehine olan düzenlemeye üstünlük tanınması gerektiği ve halen süregelen uyuşmazlıklar bakımından yeni yasal düzenlemenin geriye doğru yürüyeceği sonucuna varılır.

Bu durum karşısında, ölüm geliri bağlanma hakkının yeni yasa ile doğduğu dikkate alınarak, yasa değişikliğini izleyen aybaşı itibariyle gelire hak kazanabileceği sonucuna varılmalıdır.

Davacı, 12.05.2002 tarihinde maruz kaldığı iş kazası sonucunda ölen oğlu Mutlu nedeniyle ölüm geliri bağlanmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davacının geçiminin, sağlığında sigortalı tarafından sağlanmadığı; ayrıca, 506 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde, 29.07.2003 tarih, 4958 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliğin geçmişe etkili olacağı konusunda hüküm yer almadığı ve bu nedenle eldeki davada uygulanma olanağı bunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

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 tespit edildi.

Hukuk Genel Kurulu'nun 06.04.2005 tarih, 2005/10-183 E., 2005,241 K. sayılı Kararı'nda da belirtildiği üzere *"Sigortalının iş kazası veya mesiek hastalığı sonucu ölümü durumunda"* 506 sayılı Kanun'un 24.

maddesinin belirlediği koşulların gerçekleşmesiyle, ana ve babasına gelir bağlanmaktadır.

Ana ve babanın gelire hak kazanabilmesinin temel koşulu, sigortalının ölümü tarihinde, eş ve çocuklarına bağlanması gereken gelir toplamının, sigortalının saptanan gelirinin %70'inden aşağı olmasıdır.

4958 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un 24/1. maddesinde yapılan değişiklikten önce, ana ve babanın anılan gelirden yararlanabilmelerinin ikinci koşulu, ölen sigortalının sağlığında onların geçimini sağlamış olması iken, anılan maddede yapılan 29.07.2003 tarihli düzenlemeyle sigortalının ana ve babasına gelir bağlanmasının ikinci koşulu, *"sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan"* biçiminde değiştirilmiştir.

Uyuşmazlık, anılan değişikliğin yürürlüğe girdigi 06.08.2003 tarihinden önce ölen sigortalının ana ve babasının, bu düzenlemeden yararlanıp yararlanamayacakları noktasında toplanmaktadır...

Uyuşmazlığın çözümü, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun niteliğinin irdelenmesini ve yasaların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kuralların incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti tanımı içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir. Sosyal güvenlik alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde, sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olması zorunludur.

Sosyal hukuk devleti, niteliğinin bir gereği olarak *"sosyal güvenlik"* kavramını yaşama geçirerek somutlaştırır. Sosyal devletin gerçekleşme aracı olan sosyal güvenlik kavramı insanlığın en derin gereksiniminin bir sonucudur. Bu gereksinim, gelecekten emin olma düşüncesinin, bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlike oluşturan olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Tehlikeye ve yoksulluğa düşen birey için asgari bir güvence sağlamak, sosyal güveniliğin varoluş koşulu, diğer bir ifadeyle olmazsa olmazıdır.

Sosyal güvenlik, içinde bulunulan zamana ilişkin ekonomik kaygılarıa oluşturulmuş sosyal güvenlik politika arayışlarıyla, oturtulduğu temel ilkeden kopartılırsa, geleceği tayin edemeyen, kendisi bile başlı başına bir *"risk"* olarak algılanan bir kavram olarak ele alınmasına, algılanmasına ve yorumlanmasına yol açacaktır. Önemli olan yön, sosyal güvenlik kavramına işlevsel olarak, temel bir insanlık hakkı görünümü kazandırmak, toplumun tüm bireylerini kapsama alma çabalannın bir sonucu olarak, temelde insan haklarının bir unsuru görünümü ve işlevi katmaktır.

Kanunların geriye yürümesi konusunda mevzuatımızda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İlke olarak her Yasa yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da Yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilemeyeceği, başka bir anlatımla geriye yürümeyecekleridir. Ancak şu husus da belirtilmelidir ki, devam eden uyuşmazlıklarda, tamamlanmamış hukuki durumlara yeni Yasa veya düzenleyici kural *"derhal yürürlüğe girme"* niteliği nedeniyle uygulanacak ve hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Tamamlanmış hukuki durumları yeni yasa veya düzenleyici kuralın etkilememesi, onlar üzerinde hukuki sonuç doğurmaması ise kazanılmış hakları saklı tutma amacı gütmektedir.

Yasaların zaman yönünden uygulanmalarında temel kural bu olmakla beraber, Yasada yürürlüğe ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması, 506 sayılı Kanun'un Ek 46. maddesinin bir yürürlük maddesi olmayıp, sadece bağlanan ölüm gelirinin kesilmesi yönünden bir düzenleme içermesi karşışında sosyal güvenlik kurallarının tanımlanan niteliği nedeniyle her iki düzenlemeden, lehe olan düzenlemenin uygulanması gerekmektedir.

Yapılan yargılama sonucunda, davacı yararına olduğuna kanaat getirilen hükmün 4958 sayılı Kanun ile değişik 506 sayılı Kanun'un 24. maddesi olması karşısında ise ölüm geliri bağlanma hakkını doğuran olayın anılan yasa değişikliği olduğu dikkate alınarak, değişikliği takip eden aybaşı itibariyle gelire hak kazanılabileceği olgusu dikkate alınmalıdır...

Sıralanan maddi ve hukuki olgular gözetilerek yapılacak inceleme sonucunda hüküm kurulması gereği gözetilmeksizin, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin, bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 11.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/6447 **K:** 2009/7249 **T:** 15.06.2009

KIYMETLİ EVRAK HUKUKU
• GÜNÜ GELMEYEN ÇEK • İHTİYATİ HACİZ
• ÇEKİN İBRAZ OLDUĞU GÜNDE ÖDENMESİ ZORUNLULUĞU

(TTK m. 707; İİK. m. 257-1)

Özet: *İhtiyati haciz isteyen alacaklı vekili, karşı taraf borçluların keşidecisi, lehtarı ve ciro edileni oldukları ileri tarihli çeklerin bankaya ibrazına rağmen, karşılıksız olduklarından bahisle ödenmediğini, alacağın teminata bağlı olmadığını, ihtiyati haciz kararı verilmesini istemiştir.*

Mahkemece, çeklerin vadelerinin gelmediği gerekçesiyle, istemin reddine karar verilmiştir. Oysa TTK 707. md. uyarınca çek görüldüğünde ödenir ve keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir. Uygulamada ileri tanzim tarihi denilen bu tür çekleri elinde bulunduran meşru hamil, keşide gününün gelmesini beklemek zorunda olmayıp, bankaya ibraz ederek, ödenmesini isteme hakkını haizdir. Ödeme aracı olan çekte vade söz konusu olmayıp, üzerindeki tarih vade tarihi değil, keşide tarihidir. Böyle bir çeke dayalı alacak için ihtiyati haciz istenilmesi de mümkün olup, muaccel olmuş alacaklar bakımından borçlunun malları kaçırıp kaçırmaması da önemi haiz değildir.

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilen 16.12.2008 tarih ve 2008/561-2008/561 D. İş sayılı Karar'ın Yargıtay'ca incelenmesi ihtiyati haciz isteyen vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

İhtiyati haciz isteyen alacaklı vekili, karşı taraf borçluların keşidecisi, lehdarı ve ciro edileni oldukları 31.04.2009 ve 31.04.2009 keşide tarihli çeklerin bankaya ibrazına rağmen karşılıksız olduklarından bahisle ödenmediğini, alacağın teminata bağlı olmadığı gibi, borçluların malları kaçırmalarının da kuvvetle muhtemel olduğunu ileri sürerek, ihtiyati haciz kararı verilmesini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına göre çeklerin henüz vadelerinin gelmediği, bu durumda ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği gerekçesiyle, istemin reddine evrak üzerinden karar verilmiştir.

Kararı, davacı alacaklı vekili temyiz istemiştir.

İstem, emre yazılı çeki ciro ile devir alan alacaklının ihtiyati haciz kararı verilmesine ilişkindir.

Mahkemece, çeklerin vadelerinin gelmediği gerekçesiyle, istemin reddine karar verilmiştir. Oysa, TTK'nin 707. maddesi uyarınca, çek görüldüğünde ödenir ve keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir. Uygulamada ileri tanzim tarihi denilen bu tür çekleri elinde bulunduran meşru hamil, keşide gününün gelmesini beklemek zorunda olmayıp, bankaya ibraz ederek, ödenmesini isteme hakkına haizdir. Ödeme aracı olan çekte vade sözkonusu olmayıp, üzerindeki tarih vade tarihi değil, keşide tarihidir. Böyle bir çeke dayalı alacak için ihtiyati haciz istenilmeside mümkün olup, muaccel olmuş alacaklar bakımından borçlunun malları kaçırıp kaçırmaması da önemi haiz değildir.

Bu durumda, ciro silsilesine göre cirantalardan biri olan alacaklının, çekleri keşide tarihinden öncc bankaya ibraz edip karşılıklarının bulunmadığını tespit ettirmesinden sonra

İhtiyati haciz isteminde bulunduğu anlaşılmakla, İİK'nin 257/1. maddesine uygun olan istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, ihtiyati haciz isteyen alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün alacaklı A. F. A.Ş. yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 15.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/6576 **K:** 2009/14462 **T:** 30.06.2009

İCRA HUKUKU • TEDBİR NAFAKASI • İLAMLI TAKİP

Özet: *Mahkemenin ara kararıyla oluşturduğu tedbir nafakası hükmü ilam niteliğinde olmadığından, söz konusu ara kararına dayanılarak ilamlı takip yapılamaz.*

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

İİK'nin 38. maddesinde ilam mahiyetini haiz belgeler; *"mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarın havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler"* olarak sayılmış olup bu belgelerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemede, mahkeme ara kararlarının ilam niteliğinde olduğu belirtilmediği gibi, mahkemece ara kararlarıyla verilen tedbir nafakaları da hükmün kesinleşmesine kadar ilam mahiyetinde sayılamayacağından, ilamlı takibe konu edilemezler. (HGK'nın11.06.1997 gün ve 97/12-352 - 97/538)

Açıklanan nedenlerle mahkemece şikayetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 30.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/26602 **K:** 2009/6986 **T:** 02.04.2009

İCRA HUKUKU • TAŞINMAZDAKİ EKLENTİNİN HACZEDİLMESİ • İPOTEK HACZİ

(MK m. 686; İİK m. 83/c)

Özet: *Kural olarak eklentinin taşınmazından ayrı olarak haczi mümkündür. Çünkü, eklenti taşınmaz yok edilmeden ve zarara uğratılmadan ondan ayrılabilir.*

Ancak, ipotek haczedilemez.

İpoteğin akit tablosunda yazılı olması ve taşınmazın eklentisi olması halinde haczedilmesi mümkündür.

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Kural olarak eklentinin taşınmazdan ayrı olarak haczi mümkündür. Taşınır mallar MK'nin 686. maddesi uyarınca eklenti olduğu saptandığı taktirde taşınmazdan ayrı haczedilebilir ve satılabilir. Çünkü eklentinin taşınmaz yok edilmeden, zarara uğratılmadan veya yapısı değiştirilmeden ondan ayrılması mümkündür. Ancak İİK'nin 83/c maddesi gereğince ipotek haczedilemez. Bu hükmün uygulanabilmesi için mahcuzun hem ipotek akit tablosunda yazılı olması hem de MK'nin 686. maddesinde taşınmazların eklentisi niteliğini taşıması zorunludur.

Somut olayda mahkemece ipotek akit tablosunda yer alan mahcuzların niteliğini belirleyecek yukarıdaki ilkelere uygun hukukçu bilirkişinin de bulunduğu bilirkişi kurulu raporu alınarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, ayrıntılı düzenlenmeyen bilirkişi raporuna dayanılarak ve menkullerin haczinden önce taşınmaza haciz konulduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 02.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/15865 **K:** 2009/7784 **T:** 08.06.2009

TEBLİGAT HUKUKU

• 35. MADDE İŞLEMİ • MUHTARA TEBLİGAT

(TEB Y. m. 21, 35)

Özet: *Bilinen adresten ayrılan kişinin yeni adresi araştırılmadan Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi uygulanamaz.*

Kendisine tebligat yapılacak kişi veya tebligat yapılabilecek başka kimse gösterilen adreste bulunmaz ise, tebliğ memuru adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, kapıcı, o yerin Muhtar Heyeti veya İhtiyar Heyeti Üyesinden veya Zabıtadan araştırıp, vaki beyanı tebliğ mazbatasına yazıp altını imzalatıp tebliğ işlemi yapmalıdır. İmzadan imtina edilirse bu durum tebliğ belgesine şerh edilmelidir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat gelmiş davacı adına gelen olmadığından onun yokluğunda duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı davalıdan 100.000 Dolar karşılığından taşınmaz satın aldığını, sözleşme gereğince satıştan vazgeçen davalının bu paranın iki katı olan 200.000 Doları ödemeyi taahhüt ettiği halde ödemediğini, hakkında yapılan icra takibine de itiraz ettiğini öne sürerek, itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Bilinen adresinden ayrılan ve yeni adresi belli olmayan kişinin öncelikle adresi araştırılmalı, buna rağmen adresinin tespit edilememesi halinde, Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi gereğince eski adresine tebligat yapılmalıdır. Bu nedenle davalının yeni adresi araştırılmadan, Mahkeme kararının Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi gereğince davalının eski adresine tebliğ edilmesi usulüne uygun bir tebligat olmadığı için geçersizdir. Şu, halde davalının temyizi süresinde görülmekle temyiz, itirazlarının incelenmesine geçilmiştir.

Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi ve Tebliğ Nizamname'sinin 28. maddesi gereğince, kendisine tebliğ yapılacak kimse veya tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbirisi gösterilen adreste bulunmaz ise, tebliğ memuru adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel olan komşu, kapıcı gibi kimselerden veya o yerin muhtar veya İhtiyar Heyeti Azalarından veyahut Zabıta Amir ve memurlarından tahkik ederek, vaki olacak beyanı tebliğ mazbatasına yazıp altını imzalatması, beyanı yapan imzadan imtina ederse, bu ciheti şerh ve kendi imzasıyla tasdik etmesi lâzımdır.

Olayımızda dava dilekçesinin bu şekle uygun olarak davalıya tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle yapılan tebligat hüküm ifade etmez. Tebligat yapılmadan davaya devam olunarak hüküm kurulması da usule aykırıdır.

Mahkeme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 08.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14085 **K:** 2009/7360 **T:** 28.05.2009

GEÇERSİZ TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ
• ÖDENEN BEDELİN GERİ ALINMASI
• İZLENECEK OLAN YÖNTEM

(MK. m. 706; BK. m. 213; TEB. K. 26. md)

Özet: *Davacı ile davalı arasındaki sözleşme tapulu taşınmazın satışına ilişkin olup, resmi şekilde yapılmadığından geçersizdir.*

Davacı geçersiz sözleşme nedeniyle taşınmazın rayiç değerini isteyemez.

Yapılacak iş: Davacı ödediği bedelin ifanın yapılamayacağının bildirildiği tarih itibariyle ulaşacağı alım gücüne göre saptanacak olan bedeli geri isteyebilir.

Taraflar arasındaki maddi tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatınca duruşmalı, davacı avukatınca duruşmasız olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat ile davacı vekili avukatın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının 1989 yılında yaptığı duyurular nedeniyle İstanbul İkitelli'den arsa almak için başvuruda bulunup, 06.11.1989 tarihinde 8.000 000.-TL ödeyip B Tipi Arsa Edinme Sertifikası aldığını, ancak taahhüt edilen arsa yerine başka yerden arsalar teklif edildiğini, kendisinin İkitelli'den arsa almak istediğini, 06.03.2004 tarihli dilekçe ile taahhüt edilen arsanın ya da aynı nitelikteki arsa bedelinin ödetilmesini istediğini, bunun kabul edilmediğini ileri sürerek fazlasını saklı tutarak 10.000,00.-TL'nin, ıslah dilekçesi ile de toplam 175.000,00.-TL'nin tahsilini istemiştir.

Davalı, İkitelli'de arsa verilmesi ile ilgili taahhütlerinin olmadığını, davacının talep formuna *"İkitelli"* yazmasının kendilerini bağlamayacağını,

başka yerden arsa teklif ettiklerini davacının kabul etmediğini, ödenen bedelin tahmini olup, kesin arsa bedeli olmadığını, davacının rayiç değeri değil ancak ödediği bedelin güncelleştirilmiş değerini isteyebileceğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporuna dayanılarak 175.000,00.-TL'nin dava tarihinden faizi ile tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle Yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacının davalıya İstanbul İkitelli'de arsa almak için başvuruda bulunup 06.11.1989 tarihinde 8.000.000.-TL ödediği, ancak davalı tarafından İstanbul İkitelli'de satışı sunulmuş arsanın mevcut olmaması nedeniyle davacıya başka yerden arsalar teklif edildiği, davacının bunu kabul etmediği taraf beyanları ve tüm dosya içeriği ile sabittir. Davacı ile davalı arasındaki sözleşme tapulu taşınmazların satışına ilişkin olup, resmi şekilde yapılmadığından geçersizdir. (MK. 706, BK. 213, TK. 26.md) Davacı geçersiz sözleşme nedeni ile taşınmazın rayiç değerini isteyemez. Ancak ödediği bedeli denkleştirici adalet ilkesi gereğince geri isteyebilir. Bu durumda davacı 06.11.1989 tarihinde ödediği 8.000.000.-TL'nin ifa umudunun kalktığı, yani davalı tarafından talebinin yerine getirilemeyeceğinin bildirildiği 14.04.2004 tarihi itibarı ile enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaş ve işçi ücretlerindeki artışlar gibi çeşitli ekonomik etkenlerin ortalamaları alınmak suretiyle ulaşacağı alım gücünün bulunması sureti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3- Davacı, dava ve ıslah dilekçesinde faiz talebinde bulunmamış olmasına rağmen mahkemece faize hükmedilmiş olması da usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda l. bentte açıklanan nedenlerden dolayı davacının tüm davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. ve 3. bentler gereğince temyiz olunan hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, 625.00.-TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan 2.305,00.-TL temyiz harcın davalıya iadesine, 1,60.-TL kalan harcın davacıdan alınmasına, 28.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5117 **K:** 2007/10572 **T:** 17.09.2007

BORÇLAR HUKUKU • FAZLAYA İLİŞKİN TALEP • ISLAH VEYA EK DAVA YOLUYLA TALEBİN ARTTIRILMASI • ÇELİŞKİLİ RAPORLAR

(HUMK m. 87)

Özet: *Kısmi davada haklarını saklı tutmuş olan davacının dilerse ek dava açmak yerine, saklı tuttuğu alacak bölümü için o kısmi davada "ıslah" yoluyla talepte bulunabilmesi mümkündür. Buradaki "ıslah" işleminin bir tür ek dava niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Kısmi davadan sonra açılan ek davada ya da ıslah işleminde fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması halinde ileriye yönelik olarak birden fazla ek dava açılması mümkündür. Bu durum karşısında, ıslah dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış olan davacı, ilk davadaki hadiseye dayanarak ek dava açamaz.*

Birbirleriyle çelişen raporlara istinat edilerek hüküm kurulması doğru olmamıştır.

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat Ahmet ile davacı vekili avukatın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, eşi olan muris Kadir'in, davalı şirkette kaptan pilot olarak çalışmakta iken 06.12.1998 tarihinde, birinci pilot Yusuf ile birlikte kullandıkları uçağın aprona düşmesi sonucu hayatını kaybettiğini, başarılı bir pilot olan murisin yıllarca edindiği tecrübe ve sahip olduğu yetenekleri nedeniyle mesleğinin en üst seviyelerine ulaşarak kendisine yüksek hayat

standardı sağladığını, eşinin ölümü ile onun maddi ve manevi desteğinden yoksun kaldığını, bu nedenle psikiyatrik tedavi de gördüğünü ileri sürerek, 20.000.000.000.-TL manevi tazminat ile fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 2.000.000.000.-TL destekten yoksun kalma tazminatının murisin ölüm tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, kazanın pilotaj hatası nedeniyle meydana geldiğini, uçakta teknik bir arızanın mevcut olmadığını, hostes olan davacının kendi isteği ile 17 Ağustos depreminden sonra işten ayrıldığını, kaza sonrasında da hayat sigortasından yüklü bir miktar tazminat aldığını kusursuz olmaları nedeniyle kendilerinden tazminat talep edilemeyeceğini savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 28.11.2005 tarihli Bilirkişi Kurulu Raporu hükme esas alınarak uçak kazasının tamamen teknik arızadan meydana geldiği, pilotaj hatasının bulunmadığı gerekçesiyle 18.10.2006 tarihli bilirkişi raporuna göre hesaplanan tazminat miktarı üzerinden Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddelerine göre %30 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak belirlenen miktar olan 173.795.343.000.-TL maddi ve 10.000.000.000.-TL manevi tazminatın olay tarihi olan 06.12.1998 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan alınmasına, ıslah edilen kısım olan 64.442.996.000.-TL için talep dikkate alınarak dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazların reddi gerekir.

2- Dava, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle kısmı dava olarak açılmıştır. Kısmı dava, tümü ihlal ya da inkar olunan bir hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ilişkin dava ve talep hakkının ise bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Davacının, dava sebebi olarak gösterdiği hukuki ilişkiden doğan alacağının tümünü mü, yoksa yalnız bir kesimini mi istediğini dava dilekçesinde açıkça bildirmesi gereklidir. Davacı, alacağının yalnız bir kesimi için dava açtığını bildirmemişse, dava kısmı dava değil, **tam dava** sayılır. (Baki Kuru, cilt 1, 1990, sf. 967) Kısmi davada saklı tutulan alacak bölümü için, gerek kısmı dava karara bağlanmadan önce, gerekse daha sonra, ayrı bir dava açılması mümkündür. Uygulamada bu ayrı davaya **ek dava** denilmektedir. Yine, kısmi davadan sonra açılan ek davada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması ve davacının hukuki yararının bulunması koşullarının birlikte varlığı halinde, birden fazla ek dava açılması da kural olarak mümkündür. (Bkz. HGK.E. 2004/9-754, K.2005/36) HUMK'un 87.

maddesinin *"Müddei, islah suretiyle müddeabihi tezyit edemez"* şeklindeki son cümlesi, hakkın elde edilmesini zorlaştırdığı ve davacıyı ikinci kez dava açmaya zorladığı, bu durumun Anayasa'nın Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu ve hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gerekçeleriyle, Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.2001 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 20.07.1999 tarihli kararıyla iptal edilmiş ve böylece, davadaki talep sonucunun kısmi ıslah yoluyla artırılması usulen olanaklı hale gelmiştir. Mevcut (Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki) yasal durum itibariyle, kısmi davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş olan davacının, dilerse ek dava açmak yerine, tuttuğu alacak bölümü için (kısmi) o dava içerisinde ıslah yoluyla talepte bulunabilmesi mümkündür. Bu haliyle kısmi ıslah, ek dava yoluyla elde edilebilecek haklara, mevcut dava içerisinde, daha basit, daha az masrafla ve daha kısa süre içerisinde kavuşma olanağı tanıyan ve bu yönüyle adeta ek dava açma yoluna alternatif oluşturan bir yapıdadır. Dolayısıyla, kısmi davanın davacısı, ek dava açmak veya kısmi ıslah yoluna gitmek konusunda seçimlik hakka sahiptir. Yukarıda değinildigi üzere, kısmi ıslah yoluyla müddeabihin artırılabilmesi olanağı, bir anlamda, artırıma konu kısmın ek dava yoluyla istenilmesinin alternatifi niteliğinde bulunduğundan, başka bir ifade ile kısmi davadaki ıslah ile bu yola gidilmeyip ek dava açılması halleri, davacıya aynı hak ve olanakları tanıyan seçimlik yollar olduğundan, Usul Hukuku açısından sonuçlarının da aynı olması gerekir. (Bkz. T. 15.10.2003, HGK.T. E.2003/9-510, K.2003/555)

Tüm bu açıklamaların ışığı altında dava konusu olaya bakılacak olursa; davacı 03.12.1999 tarihinde açmış olduğu davasını 01.12.2004 tarihli ıslah dilekçesiyle ıslah etmiş, bundan sonra da 17.04.2006 tarihinde, daha sonra bu dosya ile birleştirilen aynı mahkemeye ait 2006/101 E. sayılı 1. ek davasını, 01.12.2006 tarihinde de istanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait olan 2006/334 E. sayılı 2. ek davasını almıştır. Davacı, 03.12.1999 tarihli ilk dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuşsa da, 01.12.2004 tarihli ıslah dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu bildirmemiştir. Az yukarıda değinilen Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 87. maddesinde yer alan *"Müddei, ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez."* biçimindeki düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra eldeki davada davacı, ayrı bir ek dava açmak yerine ıslah dilekçesi olarak nitelendirdiği istem dilekçesi ile asıl dava dilekçesindeki talep sonucunu artırmıştır. Davacının ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü istemin yeni bir dava niteliğinde bulunduğu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 195. ve devamı maddelerindeki düzenlemeye tabi olduğu kabul edilmelidir. Hukuki nitelik itibariyle bir ek dava niteliğinde olan ıslah dilekçesi içeriğinden ise, istemin kısmi bir dava olduğuna dair bir anlatıma rastlanmadığı gibi, bizzat davacı

tarafça yapılan hesaplama sonucu bulunan ıslah konusu 66.442.996.000 TL'lik miktar için de davacı eş Zeynep nihai ve gerçek zararı ifadesi kullanılmış olduğundan, ıslah dilekçesindeki talebin, kısmi dava değil, tam dava olduğunun kabulü gerekir. O halde davacı ıslah dilekçesinde fazla ilişkin haklarını saklı tutmadığına göre daha, davadaki talebine dayanarak ek davalar açamaz. açıklanan bu husus gözardı edilerek, ıslahtan sonra ek davadaki talebin tümüyle, 2. ek davadaki kısmen kabulüne karar verilmiş olması usul ve Yasa'ya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3- Davacının destekten yoksun kalmasına neden olan uçak kazasında pilotun kusurlu olup olmadığının tesbiti için görüşüne başvurulan Bilirkişi Kurulu'nun, 14.03.2002 tarihli raporları ile olayda 6/8 pilotaj hatası, kaza sonrası teknik konulardaki saptamaların yetersizliği ve bu konuda bir rapor bulunmayışının yarattığı belirsizliğin ise 2/8 oranında etkili olabileceğini belirtmiş, Bilirkişi Kurulu'ndaki bir üye ise 28.01.2002 tarihli raporu ile olayda pilotaj hatası bulunmadığını, kazanın teknik arızadan meydana geldiğini bildirmiştir. itirazlar ve mahkemece gerekli görülmesi üzerine farklı bir Bilirkişi Kurulu'ndan alınan 28.11.2005 tarihli Bilirkişi Kurulu Raporu'nda ise, olayda pilotaj hatası bulunmayıp, kazanın tamamen teknik bir arızadan meydana geldiği belirtilmiş, mahkemece ikinci raporun ilk rapordaki ayrık görüşe uygun olarak verilmiş olması dikkate alınarak davalının itirazı nedeniyle yeniden bilirkişi incelemesi yoluna gidilmemiştir. Oysaki ilk raporda dikkate alınması gereken bilirkişi çoğunluğunun görüşü ile ikinci rapor arasında çelişki mevcut olup, yeniden farklı bir bilirkişi kurulundan rapor alınmak suretiyle çelişki giderilmeden, ilk rapordaki muhalif görüş ile, ikinci raporun birbirine uygun olduğu belirtilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: 1. bent gereğince davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, temyiz edilen hükmün 2. ve 3. bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, 500.-TL 1. Duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 17.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2001/742 **K:** 2001/1516 **T:** 15.02.2001

AVUKATLIK ÜCRETİ
• SÖZLEŞME • AHLAKA AYKIRI HÜKÜM
(BK m.19)

Özet: *Sözleşmenin yapıldığı tarihte, bir taraf için sağlanan hak ve menfaate eşit düşmeyen fahiş bir hak ve menfaatin karşı tarafa sağlanması, ahlak kurallarına aykırı düşer.*

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne ve kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içide taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Davacı avukat davalı ile aralarında düzenlenen avukatlık ücret sözleşmesi gereği, davalı adına Kamulaştırma Bedeli arttırım davasını açıp sonuçlandırdığını, kararın kesinleşmesinden sonra davalı tarafından azledildiğini ve ücret sözleşmesine konu borcuda ödemediğini, alacağın tahsili için giriştiği icra takibine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile takibin devamını ve %40 icra inkar tazminatının davalıdan alınmasını istemiştir.

Davalı davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece takip konusu yapılan 69.500.000.-TL, asıl alacak ile bunun 08.01.2000 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile ilgili icra takibine davalının itirazının iptali ile bu kısımla sınırlı olarak takibin devamına, inkar ve kötü niyet tazminatına hükmedilmesi yönündeki isteklerin reddine, karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle Yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

Gönderen: Erdoğan GÖKÇE / Emekli Yargıç

2- Avukatlık ücreti, avukatla iş sahibi arasında, tarifede yazılı asgari miktarın altında olmamak ve belli bir miktarı kapsamak kaydıyla serbestçe kararlaştırılabilir. Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen 28.4.1998 tarihli Avukatlık ücret sözleşmesinde avukata bu işten ötürü 10.000 Amerikan Doları dava kaybedildiği takdirde ise, 1000 Amerikan Doları ücret ödeneceği kararlaştırılmıştır. Sözleşme, anılan yasa hükmüne uygun olarak düzenlendiği için, kural olarak geçerlidir. Ancak sözleşmenin yapıldığı tarihte, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi hükümlerine de aykırı düşmemesi gerekir. O nedenle, tarafların sözleşme ile amaçladıkları çıkarların dengede olması gerektiği kabul edilerek, sözleşenlerin gerçek ve müşterek maksadı ve çıkarları aranmalı sözleşmenin Kanun'un gösterdiği hudutlar içinde kalıp kalmadığı, ahlaka aykırı olup, olmadığı belirlenmelidir. Sözleşmanin yapıldığı tarihte, bir taraf için sağlanan hak ve menfaate eşit düşmeyen fahiş bir hak ve menfaatin karşı tarafa sağlanması ahlak kurallarına aykırı düşer.

Bu nedenla olayımızda, davacı avukatlık yardımı ile davalıya sağladığı hak ve menfaatler belirlenmeli, sözleşme tarihindeki kur üzerinden, 10.000 Amerikan Dolarının Türk Lirası karşılığı bulunmalı, böylece kararlaştırılan ücret ile sağlanan hak ve menfaat arasında, fahiş nispetsizlik varsa, bunun ahlaka aykırı olduğu kabul edilerek sözleşme geçersiz sayılarak şimdiki gibi, fahiş nispetsizlik varsa, bunun ahlaka aykırı olduğu kabul edileek sözleşme geçersiz sayılarak şimdiki gibi, avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesaplanacak miktar kadar davacı alacağının varlığı kabul edilmeli, aksi halde sözleşme hükmüne göre karar verilmelidir. Mahkemece, açıklanan bu yön gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan 1. bent gereğince, davalının tüm davacının diğer temyiz itirazlarının reddine, temyiz olunanın 2. bentte açıklanan nedenle davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 15.02.2001 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
14. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/7801 **K:** 2009/8802 **T:** 13.07.2009

AVUKATLIK ÜCRETİ
• GÖREVSİZLİK KARARI HALİNDE DE AVUKATLIK ÜCRETİNE HÜKMEDİLMESİ ZORUNLULUĞU

(1136 SY m. 164; YIBK 25.04.1945 T 1944/7-9; HUMK m. 426,)

Özet: *Davanın görevsizlik, yetkisizlik nedeniyle reddine veya davanın nakline ya da açılmamış sayılmasına karar verildiğinde, yargılama giderleri ve yargılama giderlerinden olan vekalet ücretine dair istemlerin de görevsizlik ve yetkisizlik kararı veren mahkemece hüküm altına alınması zorunludur.*

Görevsizlik kararı verilmesi halinde de yargılama giderleri ve yargılama giderlerinden olan vekalet ücretine dair istemlerin görevsizlik kararı veren mahkemece hüküm altına alınması zorunludur.

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 14.06.2005 gününde verilen dilekçe ile tapu iptali tescil istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; mahkemenin görevsizliğine dair verilen 08.11.2007 günlü hükmün Yargıtayca icelenmesi davalı Celal vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca davalı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümün yükleniciden satın alındısı iddiasıyla açılmış tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Mahkemece görevsizlik kararı verilmiş, hükmü davalı Celal vekili temyiz etmiştir.

Davanın görevsizlik, yetkisizlik nedeniyle reddine veya davanın nakline yada açılmamış sayılmasına karar verildiğinde, yargılama giderleri ve yargılama giderlerinden olan vekalet ücretine dair istemlerin de görevsizlik ve yetkisizlik kararı veren mahkemece hüküm altına alınması zorunludur.

(25.04.1945 tarihli ve 1944/7-1945/9 sayılı Yargıtay İçtihadi Birleştirme Kararı, HUMK. m.423, 426, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m.7)

Vekalet ücretinin hangi esaslara göre belirleneceği de yine, 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair Kanun'un 81/son maddesi, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 7. maddesi ve 21.06.1966 tarihli ve 1966/9-9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda gösterilmiştir.

Somut olayda da; Mahkemece Tüketici Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, görevsizlik kararı verilmesi halinde de yargılama giderleri ve yargılama giderlerinden olan vekalet ücretine dair istemlerin görevsizlik kararı veren mahkemece hüküm altına alınması zorunludur. Mahkemece bu husus gözetilmeyerek yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde yatırana geri verilmesine, 13.07.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8718 **K:** 2008/10201 **T:** 16.09.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • GEÇİT HAKKI • UYGULANACAK İLKELER • TARIM ALANI • BEDEL TESPİTİ

(TMK m. 747)

Özet: *Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı, bağlantısı olmayan veya bu yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanmayan taşınmazın genel yol ile bağlantısı sağlanır.*

Geçit hakkı ihtiyacı olan kişi, davasının bundan en az zarara uğrayacak olan taşınmaza yöneltmelidir. Uygun güzergah saptanırken aleyhine geçit kurulan taşınmazın kullanım bütünlüğü bozulmamalıdır.

Tarım alanlarında bir tarım aracının geçebileceği genişlikte geçit hakkı verilmelidir.

Saptanan geçit nedeniyle yükümlü taşınmaz malikine ödenecek olan bedel bilirkişiler aracılığı ile objektif kriterler esas alınarak belirlenmelidir.

Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine 02.08.2005 gününde verilen dilekçe ile geçit hakkı istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın kabulüne dair verilen 20.03.2008 günlü hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı C.T. tarafından istenilmekle, süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

KARAR

Davacı, maliki olduğu 29 parselden yine maliki olduğu 31 parsele geçmek için davalılara ait 30 parsel sayılı taşınmazda 31 parsel lehine geçit hakkı kurulmasını istemiştir.

Mahkemece, davacıya ait 31 parsel yararına 30 parsel sayılı taşınmazdan geçit hakkı kurulmasına karar verilmiştir.

Hükmü, davalı C.T. temyize getirmiştir.

Dergimizin bu sayısında yayımlanan 05.03.2009 tarihli Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 747. maddesine dayanılarak açılmış geçit hakkı kurulması istemine ilişkindir. Ülkemizde arazi düzenlenmesinin sağlıklı bir yapıya kavuşmamış olması ve her taşınmazın yol ihtiyacına cevap verilmemesi geçit davalarının nedenidir. Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır. Uygulama ve doktrinde genellikle bunlardan ilkine mutlak geçit ihtiyacı veya geçit yoksunluğu, ikincisine de nisbi geçit ihtiyacı ya da geçit yetersizliği denilmektedir.

Geçit hakkı verilmesine ilişkin davalarda bu hak taşınmaz leh ve aleyhine kurulacağından leh ve aleyhine geçit istenen taşınmaz maliklerinin tamamının davada yer alması zorunludur. Ancak, yararına geçit istenen taşınmaz müşterek mülkiyete konu ise dava paydaşlardan biri veya birkaçı tarafından açılabilir. Geçit ihtiyacı olan kişi davasını öncelikle taşınmazların mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun taşınmaz malikine karşı ve daha sonra bundan en az zarar görecek olana yöneltmelidir.

Mahkemece, uygun geçit yeri saptanırken öncelikle taraf yararlarının gözetilmesi gerekir. Zira, geçit hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan bir irtifak hakkı olmakla birlikte, özünü komşuluk hukukundan alır. Bunun doğal sonucu olarak yol saptanırken komşuluk hukuku ilkeleri gözetilmelidir. Geçit gereksiniminin nedeni, taşınmazın niteliği ile bu gereksinimin nasıl ve hangi araçlarla karşılanacağı davacının subjektif arzularına göre değil objektif esaslara uygun belirlenmeli, taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke olan fedakarlığın denkleştirilmesi prensibi dikkatten kaçırılmamalıdır.

Uygun güzergah saptanırken, aleyhine geçit kurulan taşınmazın kullanım bütünlüğü bozulmamalıdır. Taşınmazın kullanım bütünlüğünün bozulmasının zorunlu olduğu hallerde bu husus gerekçelendirilerek geçit hakkı tesisi edilmelidir.

Yararına geçit kurulacak taşınmazın tapuda kayıtlı niteliği ve kullanım amacı nazara alınarak, özellikle tarım alanların nihayet bir tarım aracının geçeceği genişlikte (emsaline göre 2,5-3 m.) geçit hakkı tesisine karar vermek gerekir. Bu miktarı aşan bir yol verilecekse bunun gerekçesi kararda dayanakları ile birlikte gösterilmelidir.

Saptanan geçit nedeniyle yükümlü taşınmaz malikine ödenmesi gereken bedel taşınmazın niteliğine uygun atanacak bilirkişiler aracılığı ile objektif kriterler esas alınarak belirlenmelidir. Saptanacak bedel hükümden önce depo ettirilmeli, şayet dava tarihi ile hüküm tarihi arasında taşınmazın değerinde önemli derecede değişim yaratabilecek uzunca bir süre geçmiş ve bu sürede de geçit için öngörülen bedel davanın daha başında belirlenmişse, bu bedelin ödenmesine karar verilmesi halinde,

mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmaz malikinin mağduriyetine neden olunacağı durumlarda hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak davranışları önlemek için hüküm tarihine yakın yeni bir değer tespiti yapılmalıdır.

Kurulan geçit hakkının Medeni Kanun'un 748/3. maddesi uyarınca Tapu Sicili'ne kaydı da gereklidir.

Geçit hakkı kurulmasına ilişkin davalarda davanın niteliği gereği yargılama giderleri davacı üzerinde bırakılmalıdır.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Dava, yine yola ulaşma ihtiyacı nedeniyle değil de davacının kendisine ait iki ayrı parsel arasında yer alan davalılara ait 30 parsel numaralı taşınmaz üzerinden davacıya ait parsellere geçişi sağlar nitelikte geçit hakkı kurulması istemiyle açılmıştır. Böyle bir istemle geçit hakkı tesisi Yasa'ya uygun düşmez. Yasa'nın tanımadığı ve kurmadığı nitelikte bir hak yargı yoluyla tesis edilemeyeceği gibi istemin reddine karar verilecek yerde yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı C.T.'nin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 16.09.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4521 **K:** 2008/5545 **T:** 29.04.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • ZORUNLU GEÇİT HAKKI • DAVA HAKKI • UYGULANACAK İLKELER • TAPU SİCİLİ

(TMK m. 747)

Özet: *Geçit hakkı verilmesine ilişkin davalarda leh ve aleyhine geçit istenen taşınmaz maliklerinin tamamının davada yer alması zorunludur.*

Ancak, yararına geçit istenen taşınmaz müşterek mülkiyete konu ise dava paydaşlardan biri veya birkaçı tarafından açılabilir. Geçit hakkı ihtiyacı olan kişi yol ve mülkiyet durumuna göre en uygun taşınmaz malikine karşı ve en az zarar görerek kişiye dava açmalıdır.

Zorunlu geçit hakkına konu olacak taşınmazların tapu siciline kayıtlı olmaları gerekir.

Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 747. maddesine dayanılarak açılmış geçit hakkı kurulması istemine ilişkindir. Ülkemizde arazi düzenlenmesinin sağlıklı bir yapıya kavuşmamış olması ve her taşınmazın yol ihtiyacına cevap verilmemesi geçit davalarının nedenidir. Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır. Uygulama ve doktrinde genellikle bunlardan ilkine mutlak geçit ihtiyaç veya geçit yoksunluğu, ikincisine de nisbi geçit ihtiyacı yada geçit yetersizliği denilmektedir.

YARGITAY KARARI

Geçit hakkı verilmesine ilişkin davalarda bu hak taşınmaz leh ve aleyhine kurulacağından leh ve aleyhine geçit istenen taşınmaz maliklerinin tamamının davada yer alması zorunludur. Ancak, yararına geçit istenen taşınmaz müsterek mülkiyete konu ise dava paydaşlardan biri veya birkaçı tarafından açılabilir. Geçit ihtiyacı olan kişi davasını öncelikle

---

Dergimizin bu sayısında yayımlanan 05.03.2009 tarihli Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

taşınmazların mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun taşınmaz malikine karşı ve daha sonra bundan en az zarar görecek olana yöneltmelidir.

Açıklanan ilkeler doğrultusunda somut olaya gelince;

Davacıya ait 585 parsel numaralı taşınmazın geçit gereksiniminin bulunduğu açıktır. Mahkemece yapılan araştırma sonucu istek hüküm altına alınmış ise de geçit hakkına konu olan bir kısım yer tescil harici bırakılan taşınmazdır. Zorunlu geçit hakkı, mülkiyet hakkının Kanun'dan doğan dolaylı bir sınırlaması olduğundan bu tür sınırlamalar, ancak mülkiyet hakkına konu taşınmazlar için söz konusu olabilir.

11.02.1959 tarih 1958/14 Esas, ve 1959/13 sayılı içtihadi Birleştirme Kararında da *"..... Bir gayrimenkule sahip olmak ancak tapu kaydıyla mümkün olur. Şu halde tapuya kayıtlı olmayan bir gayrimenkulun zilyedi o yerin maliki ve sahibi sayılamayacağından komşu gayrimenkul malikinden lüzumlu geçit hakkını isteyemeyeceği gibi, tapuda kayıtlı olamayan geçit hakkına mevzu teşkil edecek gayrimenkul zilyedine karşı da bir hak istimal olunamaz. Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkul lehine ve yine tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkul aleyhine geçit hakkına müteallik bir karar istihsal edilse bile bu hakkın Medeni Kanun'un 672. maddesi hükmü dairesinde tapu siciline tescili mümkün değildir. Halbuki sözü geçen madde bu hakkın tapuya tescil edilmesi lüzumuna amildir. İşte bu madde hükmü dahi tapuda kayıtlı olmayan diğer bir gayrimenkul zilyedi aleyhine lüzumlu geçit talebinde bulunamayacağını teyit etmektedir. Tariki amme çıkmak için kafi bir yolu bulunmayan zilyedin eğer o gayrimenkulü tescil ettirmek hakkını kazanmışsa, evvela o gayrimenkulünü tapuya tescil ettirdikten ve geçit hakkına mevzu olacak komşu gayrimenkulde tapuda kayıtlı olmayıp, o gayrimenkulün zilyedi lehine iktisap şartları tahakkuk etmişse, lüzumlu geçit hakkına haiz olan şahsın hukuki menfaati dolayısıyla, sözü geçen bu gayrimenkulün zilyet adına tescilini talep ve temin ettikten sonra, lüzumlu geçit isteme hakkını kullanması lazımdır."* denilmek suretiyle, zorunlu geçit hakkının ancak tapuda kayıtlı taşınmazlar hakkında söz konusu olabileceği, tapu siciline kayıtlı olmayan yerler için böyle bir zorunluluk doğduğunda ise, tapuya tescil gerekliliği yerine getirildikten sonra ihtiyaç sahibi kişinin talepte bulunmasının mümkün olduğu öngörülmüştür.

Zorunlu geçit hakkının hukuki niteliği, açıklanan ilgili Yasa hükümleri ve İçtihadi Birleştirme Kararı uyarınca, leh ve aleyhine geçit tesisi istenen taşınmazların tapu siciline kayıtlı olmaları gerekir.

Aleyhine geçit kurulması talep edilen taşınmazların da tapulu olmaması halinde bunların tapuya tescilinde hukuki yararı bulunduğundan davacıya yine dilediği ve istediği takdirde mahkemece bunların da tapuya tescilini sağlamak amacıyla yetki ve süre verilmeli ve bu davaların sonucu beklenmeli, bunlar tamamlandıktan sonra geçit istemi incelenmelidir.

Mahkemece tüm bu hususlar gözetilmeksizin tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz aleyhine hüküm kurulmuş olması doğru olmadığından karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer hususların incelenmesine yer olmadığına 29.04.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14626 **K:** 2008/2335 **T:** 26.02.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • ZORUNLU GEÇİT HAKKI • UYGULANACAK İLKELER

(TMK m. 747)

Özet: *Geçit hakkı yeri saptanırken öncelikle taraf yararlarının gözetilmesi gerekir. Zira, mülkiyet hakkını kısıtlayan geçit hakkı özünü komşuluk hukukundan alır. Bu nedenle geçit hakkı kurulurken komşuluk hukuku ilkeleri gözetilmelidir. Bu iş yapılırken davacının subjektif arzuları değil objektif esaslar dikkate alınmalı ve taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke olan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gözden kaçırılmamalıdır.*

Uygun geçit yeri saptanırken, aleyhine geçit kurulan taşınmazın bütünlüğü bozulmamalıdır.

Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 747. maddesine dayanılarak açılmış geçit hakkı kurulması istemine ilişkindir. Ülkemizde arazi düzenlenmesinin sağlıklı bir yapıya kavuşmamış olması ve her taşınmazın yol ihtiyacına cevap verilmemesi geçit davalarının nedenidir. Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı

Dergimizin bu sayısında yayımlanan 05.03.2009 tarihli Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır. Uygulama ve doktrinde genellikle bunlardan ilkine mutlak geçit ihtiyaç veya geçit yoksunluğu, ikincisine de nispi geçit ihtiyacı yada geçit yetersizliği denilmektedir.

YARGITAY KARARI

Mahkemece uygun geçit yeri saptanırken öncelikle taraf yararlarının gözetilmesi gerekir. Zira, geçit hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan bir irtifak hakkı olmakla birlikte, özünü komşuluk hukukundan alır. Bunun doğal sonucu olarak yol saptanırken komşuluk hukuku ilkeleri gözetilmelidir. Geçit gereksiniminin nedeni, taşınmazın niteliği ile bu gereksinimin nasıl ve hangi araçlarla karşılanacağı davacının subjektif arzularına göre değil objektif esaslara uygun belirlenmeli, taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke olan fedakarlığın denkleştirilmesi prensibi dikkatten kaçınılmamalıdır.

Uygun güzergah saptanırken, aleyhine geçit kurulan taşınmazın kullanım bütünlüğü bozulmamalıdır. Taşınmazın kullanım bütünlüğünün bozulmasının zorunlu olduğu hallerde bu husus gerekçelendirilerek geçit hakkı tesisi edilmelidir.

Somut olayda: 17, 20 ve 552 parsel sayılı taşınmazların dava tarihinden önce davalı F. Kimya Sanayi Lmt. Şti'ne ait olduğu, 552 parsel sayılı taşınmazda fabrika ve idare binasının bulunduğu 17 ve 20 parsel sayılı taşınmazlarla birlikte bir bütün olarak kullanıldığı ve faaliyet alanının genişletilmesi amacıyla 07.03.2003 tarihinde de Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Teşvik Uygulama Genel Müdürlüğü'nden *"Yatırım Teşvik Belgesi"* alındığı anlaşılmıştır.

Davalı F. Kimya Sanayi Lmt. Şti. faaliyet alanını genişletmek amacıyla bir bütün olarak kullandığı 17, 20, 552 parsel sayılı taşınmazların yargılamalar sırasında 25.04.2004 tarihinde tevhit etmiş ve 594 parsel sayılı taşınmaz oluşmuştur. Yukarıda açıklandığı üzere geçit hakkı kurulurken fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca uygun güzergah saptanırken ilke olarak aleyhine geçit kurulan taşınmazın kullanım bütünlüğün bozulmaması gerekir.

Her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilmesi gerekir ise de; 17, 20 ve 552 parsel sayılı taşınmazlar dava tarihinden önce davalı F. Kimya Sanayi Lmt. Şti'ne ait olup dosyadaki delillerden dava tarihinden önce de bir bütün olarak kullanıldığı anllaşılmaktadır. Yargılamalar sırasında yapılan tevhit işlemi fiili kullanım şeklinin yasal hale getirilmesinden ibarettir. Mahkemenin kabul ettiği şekilde geçit hakkı tesisi tevhit sonucu oluşan 594 parsel sayılı taşınmazın kullanım bütünlüğünü

bozacağından fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine uygun olduğu kabul edilemez.

Hal böyle olunca, mahallinde yeniden keşif yapılarak tevhit edilen parsellerin en son kullanım durumları da nazara alınarak yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda en uygun alternatif belirlenmeli, uzman bilirkişilerden buna ilişkin rapor alınmak suretiyle davacının geçit ihtiyacı karşılanmalıdır.

Tüm bu yönler bir yana bırakılarak yazılı gerekçe ile ve taşınmazların ekonomik bütünlüğü bozulacak şekilde istemin hüküm altına alınması doğru olmadığından karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda yazılı nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin yatırılan temyiz harcının yatırana iadesine, 550.00.-TL Yargıtay duruşma vekalet ücretinin davacılardan alınarak davalı F. Kimya San. ve Tic. Lmt. Şti'ne verilmesine, 26.02.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/12372 **K:** 2006/13922 **T:** 28.11.2006

TAŞINMAZ HUKUKU • ZORUNLU GEÇİT HAKKI • KOMŞULUK HUKUKU İLKELERİ

(TMK m. 747)

Özet: *Geçit davalarında Mahkemece uygun geçit yeri saptanırken sadece davacının yararı değil, dava konusu parsele komşu olan tüm parsellerin yararlarının da gözetilmesi gerekir.*

Mülkiyet hakkını sınırlayan bir irtifak hakkı olan "Geçit Hakkının" özünde komşuluk hukuku ilkeleri bulunmaktadır.

Dava Türk Medeni Kanunu'nun 747. maddesine dayanılarak açılmış, geçit hakkı kurulmasına ilişkindir.

Dergimizin bu sayısında yayımlanan 05.03.2009 tarihli Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

Mahkemece dava kabul edilmiş, hükmü 3126 parsel sayılı taşınmazın maliki Hazine temyiz etmiştir.

YARGITAY KARARI

Geçit davalarında mahkemece uygun geçit yeri saptanırken sadece davacının yararı değil, dava konusu parsele komşu olan tüm parsellerin yararlarının gözetilmesi gerekir. Çünkü, geçit istemi taşınmazda mülkiyet hakkını sınırlayan bir irtifak hakkı olmakla beraber özünü komşuluk hukukundan alır. Bundan dolayı uygun geçit alternatifi saptanırken, komşuluk hukukunun genel ilkeleri bu tür davalarda hiçbir zaman gözardı edilmemelidir.

O nedenle, geçit ihtiyacının karşılanmasında salt davacının arzusuna bakmamak, objektif esaslara uygun geçit yeri belirlemek gerekir. Dairemiz uygulamasında sözü edilen ilkeye fedakarlığın denkleştirilmesi prensibi denilmektedir.

Somut olaya gelince;

Dava, 3126 parsel maliki Hazine hasım gösterilerek açılmıştır.

Ancak; keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporundan, bilirkişinin üç ayrı alternatif göstererek davacının geçit ihtiyacının bu seçenekler doğrultusunda karşılanabileceğini belirttiği görülmektedir.

Bilirkişinin 05.05.2004 günlü rapor eki krokide üçüncü alternatif olarak sunduğu geçit yeri yukarıda sözü edilen fedakarlığın denkleştirilmesi prensibine uygun düşer. Zira bu alternatifte davacının geçit ihtiyacı 3126 ve 3127 parseller arasında fedakarlık denkleştirilerek karşılanmaktadır. O halde mahkemece davacıya 3127 parsel malikleri hakkında dava açmak üzere uygun bir süre verilmeli ve eldeki dava dosyası ile açılacak dava dosyası birleştirilmeli, 3127 parsel maliklerinin savunmaları da saptanarak davacının geçit ihtiyacı olanaklı görülürse 3126 ve 3127 parsellerin ortak sınırından karşılanmalıdır. Mahkemece bilirkişinin üçüncü alternatifi olarak sunduğu seçenek üzerinde durulmaksızın davanın eksik inceleme ve araştırmayla yazılı olduğu şekilde kabulü doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, 28.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/11573 **K:** 2006/13824 **T:** 23.11.2006

GEÇİT HAKKI • KÖY YOLU • KAMUNUN YARARLANMASINA TAHSİS EDİLEN YOL

Özet: *Kamunun yararlanmasına tahsis edilmiş olan yolun amaç dışı kullanılması veya bireylere özgülenerek daraltılması ve bu şekilde geçit hakkı kurulması mümkün değildir.*

Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 747. maddesine dayanılarak açılmış, geçit hakkı tesisi istemine ilişkindir.

Mahkemece dava kabul edilerek, davacının maliki olduğu 3822 parsel lehine güneybatıdaki köy yolundan krokide taralı olarak işaretli bölüm üzerinden geçit hakkı tesis edilmiş,

Hükmü davalı Hazine temyiz etmiştir.

YARGITAY KARARI

Davacının geçit tesisi isteminde bulunduğu taşınmaz bölümünün köy yolu olduğu tartışmasızdır. Bu tür yerler, Türk Medeni Kanunu'nun 715 ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16/B maddelerince ya tahsis edilen veya kadimden beri kullanılan ve ancak kamunun yararlanmasına açık kamu malı niteliğinde taşınmazlardır. Yolların amaç dışı kullanılması veya bireylere özgülenerek daraltılması olanağı yoktur. Açıkcası, davacı kişisel yararının varlığını ileri sürerek kullanımı kamuya ait yolun daraltılması sonucunu doğuracak şekilde yararına geçit kurulması isteminde bulunamaz.

Diğer taraftan, geçit davasında amaç, genel yolla bağlantısı bulunmayan taşınmazları genel yolla bağlantılı hale getirmektir. Paftasından görüldüğü üzere, davacıya ait 3822 parsel, aslında yola cephelidir. Geçit tesis edilen yer dışında, taşınmazın güneyi ve güneybatısında da yola cephesi vardır. Mevcut bir geçit ve taşınmazın yolla bağlantısı varsa, o taşınmaz maliki dolaşık veya zahmetli olması nedeniyle geçit irtifak talebinde bulunamaz. Davacı geçit ihtiyacını ancak günün modern makinelerinden yararlanarak ve kendi parseli üzerinde işlem yaparak ve her halde mevcut yola tecavüz etmeksizin sağlayabileceğinden,

---

Dergimizin bu sayısında yayımlanan 05.03.2009 tarihli Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

açılan davanın reddi yerine kamu yararı ilkeleri çiğnenerek köy yoluna elatmak suretiyle geçit tesis edilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, 23.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/592 **K:** 2009/2608 **T:** 05.05.2009

ESER SÖZLEŞMESİ
• MALDAKİ AYIP • ALACAĞIN LİKİT OLMAMASI
(818 SY m. 360, 360/I)

Özet: *Dava, eser sozleşmesinden kaynaklanan bakiye iş bedelinin tansili için yapılan icra takibine itirazin iptali ve takibin devamı istemine ilişkindir.*

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin kararlaştırılan iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve eklerine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmesi gerekir. Eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olamaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı yapıldığının kabulü gerekir. Ayıp ihbarının yapılması şekle tabi değildir. Her türlü delille hatta tanık beyanı ile dahi kanıtlanması mümkündür. Eserin ayıplı olması ve süresinde ayıp ihbarı yapılmış olması halinde iş sahibi BK 360. maddede öngörülen haklarını kulanabilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Dava, eser sozleşmesinden kaynaklanan bakiye iş bedelinin tahsili için yapılan icra takibine itirazin iptali ve takibin devamı istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin kararlaştınlan iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve eklerine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmesi gerekir. Eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca

uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı yapıldığının kabulü gerekir. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre ayıp ihbarının yapılması şekle tabi değildir. Her türlü delille, hatta tanık beyanı ile dahi kanıtlanması mümkündür. Eserin ayıplı olması ve süresinde ayıp ihbarı yapılmış olması halinde iş sahibi BK'nin 360. maddesinde öngörülen haklarını kullanabilir. Dinlenilen davalı tanığı ayıp ihbarının süresinde yapıldığını beyan etmiştir. Asıl olan tanığın doğru söylemesi olup davalının çalışanı olması tanığın anlatımını hukümden düşürecek bir neden olmadıkça beyanına itibar edilmemesini gerektirmez.

Dinlenilen tanık beyanı ve dosya kapsamına göre, ayıp ihbarı süresinde yapıldığından, mahkemece hükme esas raporu veren bilirkişiden alınacak ek raporla, eserin BK'nin 360/1. maddesi hükmünce kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı ve sözleşme şartlarına aykırı olup olmadığı ya da aynı maddenin II. fıkrası uyarınca bedel indirimini gerektirip gerektirmediği, gerektiriyorsa tenzili gereken miktar ile yine onarımının mümkün olması halinde onarım bedelinin hesaplattırılıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması yerine, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi ve uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup miktarı yargılama sonucu alınacak bilirkişi raporuyla belirleneceğinden alacağın likit olmaması sebebiyle inkâr tazminatına hükmedilmemesi gerekirken davalının inkar tazminatıyla sorumlu tutulması da doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 05.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11483 **K:** 2009/2420 **T:** 10.03.2009

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ANATAŞINMAZDAKİ ORTAK YERİN PROJEYE AYKIRI OLARAK KULLANILMASI • DAVADA HUSUMET

Özet: *Anataşınmazın ortak yeri olan çatı arasının odalar yapılarak projeye aykırı olarak kullanılmasından doğan davada; Projeye aykırı değişikliğin o yeri kullanan kişi tarafından değil, dava dışı yüklenici tarafından gerçekleştirildiği gerekçesiyle davanın reddedilmesi doğru olmamıştır.*

Dava dilekçesinde, davalı tarafça anataşınmazın ortak alanı olan çatı arasında yapılan projeye aykırılıkların yıkılarak eski hale getirilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan ve duruşma istemi pul yokluğu nedeniyle reddedildikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davada, davalı kat maliki Erdoğan'ın anataşınmazın ortak kullanım alanı çatı boşluğuna (arasına) odalar yaparak burayı kapalı alana dönüştürüp kullandığı ve böylece diğer kat maliklerinin buradan yararlanmasını engellediği ileri sürülerek ortak yer olan çatı arasının projeye uygun eski hale getirilmesi ve anataşınmazdaki kat maliklerinin ortak kullanımına açılmasına karar verilmesi istenilmiştir.

Dosyada toplanan bilgi ve belgeler ve özellikle yerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen bilirkişi raporu içeriğine göre dava konusu edilen alanın kat mülkiyetli anataşınmazın ortak yerlerinden (çatı arası) olduğu, burada projeye aykırı biçimde yapılan değişikliklerin anayapının inşası sırasında yüklenici İhsan tarafından gerçekleştirildiği, davalının da tek başına burayı olduğu gibi kullandığı, böylece söz konusu ortak yerden diğer bağımsız bölüm maliklerinin yararlanmalarını engellendiği anlaşılmaktadır. Saptanan bu durum karşısında davada anataşınmazın ortak yeri niteliğindeki dava konusu çatı arasının davalı kat malikinin tek başına

kullanmasının önlenmesiyle buranın diğer tüm kat maliklerinin yararlanmasına açılması da istenildiğine göre mahkemece buranın diğer tüm kat maliklerinin yararlanmasını engeller biçimdeki davalının bu yeri tek başına kullanmasının önlenmesine hükmedilmesi gerekirken projeye aykırı değişikliğin davalının değil yüklenicinin gerçekleştirdiği, davalının müdahalesinin önlenmesinin istenmediği ve bu nedenle de husumetin yükleniciye yöneltilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 10.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/5043 **K:** 2004/7104 **T:** 11.10.2004

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • KAT İRTİFAKI • KAT MÜLKİYETİ KURALLARI

(KAT MÜL K. m. 17)

Özet: *Kat irtifakı kurulmuş taşınmazlarda yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmış ise, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi ana taşınmazda kat mülkiyeti hükümleri uygulanır.*

Bu nedenle ortak yerlere müdahelenin önlenmesi istemine yönelik davaya bakılması gerekir.

Dava dilekçesinde ortak yerlere müdahalenin önlenmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın görev yönünden reddi cihetine gidilmiş hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği düşünüldü:

Dava kat irtifaklı anayapıdaki projeye aykırılıkların eski hale getirilmesine ilişkindir.

Mahkemece, kat irtifaklı taşınmazda henüz kat mülkiyetine geçilmediği ve bu nedenle Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanamayacağı gerekçesiyle uyuşmazlık konusunun değeri esas alınarak görevsizlik kararı verilmiştir.

Kat Mülkiyeti Yasası'nın 17. maddesinin son fıkrasında kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi, fiilen kullanılmaya başlanmış ise, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi anagayrimenkulün yönetiminde kat mülkiyeti hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup, Yargıtayın kararlılık kazanmış uygulamalarında bütün kat maliklerinin ortak kullanımında olan ortak yerlere müdahalenin önlenmesi istemlerinin de Yasa'nın açıklanan bu hükmü çerçevesinde değerlendirilip kat mülkiyeti hükümlerine göre bakılıp çözümleneceği kabul edilmektedir.

Bu bakımdan davanın görüşülüp yargılama sonucu ortaya çıkacak sonuca göre işin esası hakkında hüküm kurulması gerekirken, uygun düşmeyen gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 11.10.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6250 **K:** 2009/1545 **T:** 27.02.2009

KIYKETLİ EVRAK HUKUKU • BONODA TALİL • BONONUN İHDAS NEDENİN GÖSTERİLMEMİŞ OLMASI • İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

(HUMK m. 290)

Özet: *Bir bononun davalı tarafça talil edildiğinin ve ispat yükümlülüğünün davalı tarafa geçtiğinin kabulü için o bonoda ihdas nedeninin belirtilmiş olması gerekir.*

İhdas nedeni belirtilmemiş olan bononun davalı tarafça talil edildiği kabul edilemez. Bu nedenle davaya konu olan bononun teminat senedi olarak verildiğini iddia eden davacı taraf bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda 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 müvekkili hakkında icra takibi yaptığını ve takibin kesinleştiğini, davacının davalıya hiçbir borcu bulunmadığını, sadece dava dışı oğlu Derkan'ın davalı şirkette işe başlarken boş ve teminat senedi olarak dava konusu senedin verildiğini, davalının anlaşmaya aykırı olarak senedi doldurup takibe koyduğunu iddia ederek borçlu olmadıklarının tespiti ile davalının tazminata mahkum edilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, davacının oğlunun müvekkili şirkete plasiyer olarak alındığını, ancak işe başladığı tarihten itibaren birçok kere davalı şirkete yaptığı tahsilatların ödemelerini yapmadığını ve davalı şirketin zararlarının tahsil edilmesi amacıyla 20.000.000.000.-TL değerindeki bonoyu verdiklerini, teminat senedi iddiasının asılsız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre davalının takip konusu yapılan senedi borç alacak ilişkisi nedeni ile alındığını savunması nedeni ile senedi talil ettiği, ispat külfetinin davalı

tarafa geçtiği, davacının oğlu Derkan'ın mal açığı listesinde imzası bulunmadığını, davalı şirketin adı geçene hangi tarihte ne kadar ve hangi malları verdiğini kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davaya konu bononun teminat olarak verildiğini ve borç bulunmadığını iddia ederek borçlu olmadıklarının tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin alacağına karşılık dava konusu bononun düzenlenip verildiğini savunmuştur.

Davaya konu bono da ihdas nedeni bulunmamaktadır.

HUMK'un 290. maddesine göre, senede karşı defi olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemlerin yazılı belge ile ispatı gerekmektedir.

Somut olayda davacı yan, davaya konu bononun teminat olarak verildiğini ve anlaşmaya aykırı olarak davalı yanca doldurulduğunu usulüne uygun delillerle kanıtlaması gerekir. Senette ihdas nedeni olmaması nedeniyle talilden söz edilemez.

Mahkemece bu yön gözardı edilerek ispat külfetinin tayininde yanılgıya düşülerek ispat külfetinin davalıya yükletilerek yazılı biçimde karar verilmesi doğru olmayıp, hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 27.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6706 **K:** 2009/4401 **T:** 24.03.2009

İŞ HUKUKU • HİZMET TESPİTİ DAVALARI • BORDRO TANIĞI • SOYUT TANIK ANLATIMLARININ ÖNEMİ

Özet: *Hizmet tespiti davalarının kamu düzenini ilgilendirdiği, bu tür davaların özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıdır.*

Bordro tanığı olmayan ve davacı ile birlikte çalışmayan ve de komşu işyerlerinin kayıtlarında da bulunmayan tanıkların soyut anlatımlarına dayanılarak hizmet tespitine ilişkin hüküm kurulamaz.

Davacı, davalı işverenler nezdinde 25.07.1994-12.09.2003 tarihleri arası çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir. Hükmün davalı davalılar ve taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalılar Naime ve Nermin'in tüm temyiz itirazlarının reddine,

2- Davalı Mustafa'nın temyiz itirazlarının kabulüne, davalı SGK ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının ise reddine karar verilmesi gerekmiştir.

Davacı önce davalılardan Mustafa'ya ait konfeksiyon iş yerinde 25.07.1994 tarihinde annesi ile birlikte işe girerek daha sonra diğer davalıların işlettiği iş yerinde çalışmaya devam ettiğini, iş yerinin birbirinin devamı olup iş verenlerin akraba olduklarını işten çıkarıldığı tarih olan 12.09.2003 tarihine kadar aralıksız çalıştığını eksik bildirilen sürelerin tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar vermiştir.

Toplanan deliller dinlenen bordro tanığı ifadelerinden davacının 05.01.1998-12.09.2003 tarihleri arasında aynı işletmeyi birbirinden devralan davalı Naime ile davalı Nermin yanında aralıksız çalıştığının kabulü ile eksik bildirilen sürelerin tesbitine karar verilmesi doğrudur.

Ancak davalılardan Mustafa'ya ait iş yerinde 25.07.1994-31.12.1997 tarihleri arasında aralıksız çalıştığının kabulü ise doğru olmamıştır.

Gerçekten, bu tür hizmet tesbitine yönelik davaların Kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icabettiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş İçtihadi gereğidir. Toplanan delillerden ve özellikle yeminle dinlenen bordro tanıkları Saime, Mehmet ve Cemal'in ifadelerinden davacı Gülten ile annesi Nazile'nin davalılardan Mustafa'ya ait iş yerinde Temmuz 1994 tarihinde işe başladıkları davacı Gülten'in 15 gün kadar çalışarak bu iş yerinden ayrıldığı annesi Nazile'nin işe devam ettiğini, 1997 yılında Mustafa'nın iş yerini kapatması üzerine 05.08.1998 tarihinden itibarende Naime'nin açtığı iş yerinde çalışmaya başladıklarını daha sonra bu iş yerinin 06.07.2000 tarihinde Nermin adına kaydedildiğini davacının annesinin ara vermeden diğer işverenler yanında da çalışarak 2003 yılında ayrıldığını davacının ise sonradan 1998 yılında davalı Naime'nin yanında işe girerek 2003 yılına kadar aralıksız çalıştığını bildirmişlerdir.

Dosyada mevcut 25.07.1994 tarihli işe giriş bildirgesinden ve davalı Mustafa tarafından Kuruma verilen 1994 yılı 2. dönem bordrosunda da davacının 25.07.1994 tarihinde işe girdiği ve 10.08.1994 tarihinde işten çıktığının bildirildiği görülmektedir. Her ne kadar davacı tanıkları davacının bu işveren yanında da 25.07.1994-31.12.1997 tarihleri arasında aralıksız çalıştığını ileri sürmüşlerse de bu tanıklar bordro tanığı olmayıp davacı ile birlikte çalışmamışlar komşu iş yerlerinin de kayıtlarına geçmiş kimseler olmayıp ifadeleri soyut nitelikte olup hükme esas alınacak nitelikte değildir. Şu halde davacının davalılardan Mustafa'ya ait iş yerinde 25.07.1994-10.08.1994 tarihleri arasında çalıştığının kabulü gerekirken 31.12.1994 tarihine kadar aralıksız çalıştığının kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Ne varki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi gereği hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün *"Davacının davalı Mustafa nezdinde"* cümlesi ile başlayan l. bendinin silinerek yerine *"Davacının davalı Mustafa nezdinde 25.07.1994-10.08.1994 tarihleri arasında 15 gün süreyle günlük 41.454.-TL ücretle çalıştığının tesbitine"* tarih ve sözcüklerinin yazılmasına hükmün değiştirilen ve düzeltilen bu şekli ile **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerde davacı ile davalılara yükletilmesine, 24.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2349 **K:** 2009/1554 **T:** 05.02.2009

İŞ HUKUKU • BAĞ-KUR PRİMİ BORÇLANMASI • KAMU DÜZENİ • SOSYAL GÜVENLİK HAKKI • ÖDEME TARİHİNE GÖRE BORÇLANMA BEDELİNİN TESPİTİ

Özet: *Davacının borçlanma bedelini "Geçmiş vergi sürelerine ait borç tutarı" ibaresi yerine "Bağ-kur aylık prim" tahsilatı ibaresiyle ödemiş olması, kamu düzenine ilişkin sosyal güvenlik hakkını etkilemeyecektir.*

Ancak; ödeme tarihinde gelir basamağı değişmiş olduğundan, ödeme tarihinde bulunulan gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarları yeniden hesaplanarak saptanacak olan prim borcunun ödenmesi gerektiği dikkate alınarak; fiilen ödenen miktarın borçlanma süresi olarak karşıladığı ay ve günlük süre yönünden borçlanma işleminin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Davacı, vergi kaydının bulunduğu süreleri borçlanmasına ilişkin Kuruma yatırdığı tutarın vergi borçlanması olduğunun ve yaşlılık aylığı almaya hak kazandığının tesbitine 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 tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, davacının vergi kaydının bulunduğu süreleri borçlanmasına ilişkin davalı Kuruma yatırdığı tutarın *"vergi borclanması ödemesi"* olduğunun ve prim ödeme gün sayısı tamamlanmış ise yaşlılık aylığına hak kazandığının tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davacının 4956 sayılı Yasa'nın 47. maddesi ile 1479 sayılı Yasa'nın Ek Geçici 18. maddesi ile getirilen 20.04.1982 - 04.10.2000 tarihleri arasındaki vergi mükellefiyet kaydına dayalı hizmet borçlanmasına ilişkin yasal düzenlemeden yararlanarak 01.03.1993 - 04.10.2000 tarihleri arası dönemi borçlanmak için başvurduğu, 22.08.2002 tarihli başvurusuna istinaden Kurumun ibraz ettiği belgeleri değerlendirerek davacıya gönderdiği 19.07.2004 tarihli yazıda 04.10.2000 tarihinden itibaren l. basamak üzerinden tescilinin yapıldığını, 01.03.1993 - 04.10.2000 tarihleri arası belgelenen 2732 günlük süreye ilişkin olarak, l. basamaktan talep tarihindeki borcunun 3.659.101.740.-TL olduğu, bu paranın 05.02.2005 tarihine kadar ödenmesi gerektiğini, *"GEÇMİŞ VERGİ SÜRELERİNE AİT BORÇ TUTARI"* şerhi verilerek ödemesi halinde borçlanılan sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirileceğini, süresi içinde ödenmeyen borçlanma tutarları geçersiz olacağından ödeme tarihinde bulunulan gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarları üzerinden yeniden hesaplanacak borç tutarının anlaşmalı banka şubelerine en kısa zamanda yatırılması gerektiğini bildirdiği anlaşılmaktadır. Davacının 18.11.2004 tarihinde 3.659.101.740.-TL'sini anlaşmalı banka olan Ziraat Bankası'na *"GEÇMİŞ VERGİ SÜRELERiNE AiT BORÇ TUTARI"* ibaresi yerine *"Bağ-kur aylık prim tahsilatı"* ibaresi düşülerek ödediği, Kurumun, tahsil tarihindeki gelir basamağına göre hesaplanan bedel farklı olduğundan borçlanma bedelinin eksik ödendiği ve *"geçmiş vergi sürelerine ait borç tutarı"* ibaresi düşülmediği gerekçesi ile tüm borçlanmayı geçersiz saydığı anlaşılmaktadır. Söz konusu yazıda yapılması gerekenler açıkça yazılı olup davacıyı yanıltıcı mahiyette değildir. Davacı bu parayı süresinde defaten ödemiştir. *"Geçmiş vergi sürelerine ait borç tutarı"* ibaresi yerine sehven *"Bağ-kur aylık prim tahsilatı"* ibaresinin yazılmış olmasının sosyal güvenlik hakkı ile ilgili kamu düzenine ilişkin bu davada önemi yoktur. 1479 sayılı Yasa'nın 26. maddesi uyarınca sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemez ve kaçınılamaz. Ancak ödeme tarihinde bulunduğu gelir basamağı değişmiş olduğundan (5-basamak) ödeme tarihinde bulunulan gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarları üzerinden yeniden hesaplanacak borç tutarının ödenmesi gerekirdi. Bu nedenle davacının ödeme yaptığı tarih olan 18.11.2004 tarihinde bulunduğu basamağın prim tutarı üzerinden ödediği 3.659.101.740.-TL'sinin borçlanma süresi olarak karşıladığı ay ve günlük süre yönünden borçlanma işleminin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Yapılacak iş; ödenen 3.659.10.740.-TL'nin ödendiği tarihte davacının bulunduğu gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarları üzerinden kaç ay ve günlük süreye ilişkin prim borcuna karşılık geldiği Kurumdan sorularak, bildirilen bu süreyi borçlanma süresi olarak kabul edip,

davacının yaşlılık aylığı şartlarını taşıyıp taşımadığı buna göre yeniden değerlendirildikten sonra bir sonuca ulaşılmasından ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve Yasa'ya 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, 05.02.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN 1. DOSYA

FRANKFURT AMMAİN EYALET MAHKEMESİ
HALK ADINA KARAR

5/26 KLs 6350 Js 203391/06 (4/08)

Av. Ali E. GÜLEN / Av. Vedat A. AYDIN

DENİZ FENERİ e.V. KARARI

Frankfurt

13 Kasım 2008

Almanya'nın Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından 2008'in Eylül ayında açıklanan ve gerekçesi bundan yaklaşık iki ay sonra yazılan Deniz Feneri e.V. (dernek) kararını sonuçları bakımından Türkiye için de önemli bulunduğundan kararın tam metnini sunuyoruz. Banka hesaplarıyla ilgili bazı bilgiler ve hesap numaraları tarafımızdan kapatılmıştır.

KARAR

Eyalet Mahkemesi Yazı İşleri Kalemi

Nitelikli dolandırıcılık nedeniyle Frankfurt Eyalet Mahkemesi 26. Ekonomik Suçlar Ceza Dairesi, 01.09.2008 de başlayan duruşma neticesinde karara varılmıştır:

Eyalet Mahkemesi Hâkimi Dr. Immerschmitt
Eyalet Mahkemesi Hâkimi Dr. Müntiga,
Mahkeme Üyesi Hâkim,
Hannelore Reuther,
Günther Barth,
Jüri Azaları (Halk Hakimleri) olarak,

Savcı Lotz,
Savcı Gottwald
Savcılık memurları olarak,

Avukat Haseneiner, Simmern
Avukat Kaymakçı, Frankfurt Main
Sanık Mehmet'in müdafileri olarak,

Avukat Dr. Durth, Darmstadt
Sanık ERMİŞ'in müdafisi olarak,

Adliye Memuru Höfer
Kalem Evrak Memuru olarak,

17.09.2008
Gereği Düşünüldü:

Sanık MG'nin dolandırıcılık nedeniyle beş (5) yıl on (10) ay hapis cezasına,

Sanık T.'nin dolandırıcılık nedeniyle iki (2) yıl dokuz (9) ay hapis cezasına,

Sanık FE'nin dolandırıcılık suçuna yardım nedeniyle bir (1) yıl on (10) ay, (infazı ertelenen) hapis cezasına hükmedilmiştir.

Sanıklar yargılama igiderlerkini yükümleneceklerdir.

Uygulanan Ceza Hükümleri

§§ 263 fıkra 1 ve 3 No. 1 ve 2, 25 fıkra 2 StGB (Ceza Kanunu) sanık MG ve T. hakkında

§§ 263 fıkra 1 ve 3 No. 1 ve 2, 27, 28, fıkra 2, 49 fıkra 1, 56 StGB (Ceza Kanunu) sanık E hakkında.

GEREKÇE:

(Ceza Usul Yasası § 267 fıkra 4'e göre kısaltıldı)

I.

1) Sanık **MG** Türkiye'de dünyaya geldi. Doğduğu kentte liseyi bitiren MG daha sonra başladığı İşletme Fakültesi'nden 1987 yılında başarılı bir şekilde mezun oldu. Sanık 1991 ile 1996 yılları arasında gazeteci olarak Ankara ve Brüksel'de *''Milli Gazete''* adına çalıştı. Bu görevi dolayısıyla MG İslami hareket *''Milli Görüş'e''* üye oldu. Görevinin bitimini müteakip MG *''Milli Görüş'ten''* de ayrıldı. MG'nin bu ayrılmasından sonra da 1997 yılına kadar bağlantısı sürdü. Bundan sonraki dönemde MG gazeteci olarak Rhein Main Bölgesi'nde Media 7 GmbH Kanalı'nda çalıştı. 1998 yılında bu şirketin genel müdürü oldu. Bu şirketteki müdürlük görevi dolayısıyla ve özellikle bu şirketin devamı olan Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH şirketindeki görevi ile bağlantılı olarak belirtilen/gerekçelendirilen suça neden olmuştur.

Sanık 1990 yılında Almanya'da yaşamakta olan Nurgül'le evlendi. Bu evlilik nedeniyle sanık Almanya'ya taşındı. Sanığın bu evliliğinden 1991, 1993 ve 1997 yıllarında üç çocuk dünyaya geldi. 1997 den beri sanık ve eşi

Alman vatandaşıdır. Alman vatandaşı olmasına rağmen MG Türk vatandaşlığını da korumaya devam etti. Sanığın hanımı ve çocukları 2003 yılından beri ağırlıklı olarak Türkiye'de bulunmaktadırlar, çünkü çocukların okulları Türkiye'dedir.

Sanık MG bu olayda Frankfurt Main Asliye Mahkemesi'nin 23.04.2007 günlü kararına istinaden 26.04.2007 tarihinde tutuklanmış ve bu tarihten itibaren de tutukluluk hali devam etmektedir.

Sanık MG'nin sabıkası bulunmamaktadır.

2) Sanık **MT.** Türkiye'de dünyaya geldi. Babası 1967'den beridir Almanya'da çalışmaktadır. Annesi ile birlikte Türkiye'de yaşıyordu. MT. Türkiye'de ilkokula gitti. 1980 yılında annesi ile beraber Almanya'ya göç etti. MT 1984 yılında ortaokulu bitirdi ve Offenburg'da iki yıllık Ekonomi Meslek Okulu'nda okudu, meslek eğitimi aldı. 1986'dan 1989'a kadar Offenburg Ticaret Lisesi'nde devam etti (Üniversite için gerekli Abitur sınavını verdi). 1989 yılında Freiburg'da Anglistik ve Romanistik okudu. Bir yıl sonra İktisat Bölümü'ne geçti. MT eğitimini tamamlayamadı. Sanığın anne ve babası emekli olduktan sonra Türkiye'de yaşıyorlar.

MT 2001 yılından itibaren Raunheim'daki Santour GmbH'da çalıştı. Bu şirketteki işi, Avrupa çapında bu şirketin reklamını yapmak ve biletlerin satışına aracılık yapmaktı. Bu faaliyet sırasında MT sanık MG ile tanıştı. Çünkü Santour GmbH Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH'da reklamını yayınlatıyordu. 2002 yılında Santour MT'yi işten çıkardı, ancak MT danışman olarak bu şirketin muhasebe işlerine bakıyordu. Bu danışma şirketi onun umduğu gibi gitmemesi üzerine MT 2004 yılından itibaren kendine yeni bir iş aramaya başladı. 01.09.2004 yılında MG onu Atlas Media Marketing'de işe aldı. Kararda belirtilen suç bu işte çalışması sırasında meydana geldi.

Sanık MT 1991 yılından beri evli. 14, 11 ve 2 yaşında üç çocuk sahibi.

Sanık bu olaydan dolayı Frankfurt Main Eyalet Asliye Mahkemesi tarafından verilen 13.08.2007 ve 20.08.2007 tarihli tutuklama kararı gerince tutukludur ve bu tarihten beridir de tutukluluk hali devam etmektedir.

Sanık MT'nin da sabıkası bulunmamaktadır.

3) Sanık **FE** 02.03.1964 Türkiye'de bir çiftçi çocuğu olarak dünyaya geldi. İlk başlarda ilkokula gittiği küçük bir köyde büyüdü. Babası 12 yaşında onu din ağırlıklı eğitim veren bir Kuran kursuna gönderdi. Bu eğitimde altı yıl yatılı olarak kaldı. Üniversite sınavından önce, Lise son sınıfta başka bir okula devam etti. Bu süre içinde abisinin evinde kaldı. Üniversite sınavında İstanbul'daki Marmara Üniversitesi'ni kazandı. Bu

üniversitede dört yıl iktisat bölümünde okudu. İyi derece ile mezun olduktan sonra üç yıllık bir eğitimin ardından uluslararası ilişkiler alanında mastırını da tamamladı. Mastır eğitiminin tamamlanmasının ardından sanık 1990 yılında doktorasına başladı.

Sanık 1991 yılında Almanya'ya geldi. Hanımının Almanya'da çalışması ve yaşaması nedeniyle aile birleşiminden dolayı Almanya'da kaldı. Bu sürede sanık Almanca ve muhasebe kursuna devam etti. Yabancı öğrenciler için ön görülen sınavı veren FE Stuttgart Üniversitesi'nden bir profesör tarafından doktora öğrencisi olarak kabul edildi. Kayın babasının gıda ürünleri satan bir işyeri kurması üzerine FE bu işyerinde çalışmaya başladı. Bu iş yerinin FE'nin ve kayınbabasının hayatını geçindirecek bir büyüklüğe ulaşmadığından, FE bu işyerinden başka bir iş aramaya başladı. Önce vardiyalı bir iş buldu. Daha sonra gıda maddeleri satan bir işyerinde muhasebeci olarak çalıştı. Bir gazete ilanı üzerinden Media 7 Fernseh GmbH'nın muhasebeci aradığını öğrendi. Bu işe başvuran FE, MG tarafından muhasebeci olarak işe alındı. Bu iş dolayısıyla üstlendiği faaliyetleri sırasında (ve bu şirketin devamı olan Euro 7 Fernseh und Marketing GmbH) kararda belirtilen suç işlenmiş oüldu.

Sanık FE hakkında bu olay nedeniyle Frankfurt Main Asliye Mahkemesi'nin verdiği 23.04.2007 ve 26.04.2007 tarihli tutuklama kararları gereği tutuklanmıştır ve bu tarihten beridir de tutukluluk hali de devam etmektedir.

Sanık FE'nin sabıkası yoktur.

II.

KANAL 7 isimli Türk televizyon kanalı, doksanlı yılların başında Türkiye'de kurulan ve içeriksel olarak, Türkiye'nin muhafazakâr-Müslüman partisine yakın duran Yeni Dünya İletişim A.Ş. şirketi tarafından işletilmektedir. Televizyon kanalının finanse edilmesi amacıyla, kuruluştan sonra bağışta bulunulmasına dair çağrılar da yapılmıştır. İşletici ortaklığın Yönetim Kurulu'nda, 2002 ile 2007 yılları arasında, diğerlerinin yanı sıra, ayrı olarak takip edilen Zekeriya, Mustafa ve İsmail isimli şahıslar Yönetim Kurulu'nda faaliyet göstermişlerdir. Yönetim Kurulu Başkanı olarak Zekeriya görev almıştır.

KANAL 7 isimli televizyon kanalının program içerikleri Almanya'da 2001 yılına kadar, önceleri Media 7 Fernseh GmbH şirket tarafından işletilen KANAL 7 isimli televizyon kanalından yayınlanmıştır. İşbu şirket, YİMPAŞ Grubu'na aitti. YİMPAŞ Grubu'nun, kısmen şirket sorumluları aleyhine atfedilen geniş kapsamlı dolandırıcılık ithamları ile bağlantılı olarak yaşadığı maddi güçlükler nedeniyle, Media 7 Fernseh GmbH şirket borç ödemekten aciz hale gelmiştir (iflas etmiştir). Akabinde televizyon

programının yayınlanması, 23.05.2001 tarihinde yeni kurulan Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH şirket tarafından üstlenilmiştir. Kuruluş esnasında, ayrı olarak takip edilen Zekeriya, Mustafa, İsmail, Dr. Zahid ve de sanık MG hissedar olmuşlardır. Kurulan ortaklıkta, diğerlerinin yanı sıra: Zekeriya, (23.05.2001 – 11.06.2002 ve 30.09.2005 – 19.06.2007), MG (23.05.2002 – 02.06.2003 ve 08.12.2005 – 19.06.2007), Dr. Zahid (13.11.2003 – 30.09.2005) genel müdürlük yapmışlardır. Sanık MG'nin ve ayrı olarak takip edilen Zekeriya'nın şirket yöneticiliğine atanmadıkları süreler içerisinde, kendilerine ticari mümessillik verilmiştir.

KANAL 7 isimli Türk televizyon kanalının bağış yapılmasına ilişkin çağrılar yapılan bir yayınında, Türkiye'de 1998 yılında Deniz Feneri Yardımlaşma Derneği e.V. isimli derneğin kurulduğu anlaşılmıştır. Dernek, KANAL 7 isimli televizyon kanalında ... Olan ve aynı zamanda dernek yönetim kurulunda faaliyet gösteren, Engin tarafından kurulmuştur. KANAL 7 isimli televizyon kanalının programlarında derneğe, derneğin yardım faaliyetleri hakkında bilgi veren ve bağış yapılmasına ilişkin çağrılarda bulunan bir programın yayınlandığı, sabit bir yayın yeri verilmiştir. Bu program hem Türkiye'de hem Almanya'da, KANAL 7 Int. İsimli televizyon kanalı üzerinden aynı içerikle yayınlamıştır. Bu sebeple, Almanya'dan da Türk derneğe bağışlarda bulunulmuştur.

Sanık MG hâlihazırda Türkiye'de mevcut yapıya uygun olarak, 27.02.1999 tarihinde Almanya'da da, Deniz Feneri Derneği e.v. isimli paralel bir derneğin resmi kuruluşunu başlatmıştır. Sanık MG kurucu üyelerin Alman dernekler hukukuna göre kurulması için gerekli imzaları, tanıdık ve aile çevresinden temin etmiştir. Derneğin resmi merkezi, 2000 yılında Media 7 Fernseh GmbH şirketin veya Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH şirketin merkezine taşınmıştır.

Dernek fiili olarak en başından itibaren yalnızca, kuruluş tarihinden itibaren 17.11.2006 tarihine kadar kayıtlı dernek yönetim kurulu başkanı olan sanık G'den oluşmaktadır. Dernek yönetim kurulunun, Deniz Feneri e.V. isimli derneğin Almanya'daki faaliyeti hakkında kritik basın raporu nedeniyle sanık MT'ye resmen devredilmesinden sonra da, sanık MG yalnızca kâğıt üzerinde mevcut olan derneğin yönetimini tek başına sürdürmeye devam etmiştir. Üye toplantıları vuku bulmamıştır. İlgili tutanaklar, Alman vergi daireleri karşısında toplum yararına kurulmuş bir derneğin varlığının görüntüsünü muhafaza etmek amacıyla, sanık G'nin emri üzerine 2006 yılında sonradan sanık MT. tarafından düzenlenmiştir. Derneğin dernek sicilinde, zabıt kâtibi sıfatıyla 07.02.2001 tarihinden itibaren sanık FE kayıtlıdır. Dernek adına toplanan bağışlar ile ilgili, ne dernek yönetim kurulu ne de kayıtlı dernek üyeleri değil, bilakis ayrı olarak takip edilen Zekeriya, Mustafa , İsmail ve de, Yeni Dünya İletişim A.Ş.

şirketin finans departmanı yöneticisi ve aynı zamanda Türk Deniz Feneri Derneği'nin Yönetim Kurulu üyesi olan Harun ile koordinasyon halinde ve onların talimatı ile sanık MG karar vermektedir.

2001 yılına kadar, Almanya'da bulunan Deniz Feneri Derneği e.V. isimli dernekte bağışlar vasıtasıyla nispeten cüzi gelirler elde edilmiştir. Media 7 Fernseh GmbH şirketin de bağlı bulunduğu YİMPAŞ Grubu, mali zorluklarla mücadele etmeye başladıktan sonra, sanık MG bağış gelirini artırmıştır. Kendisi bunun için 2002 yılından itibaren, KANAL 7 Int. isimli televizyon kanalında ve diğer televizyon kanallarında, direkt Alman derneğinin Almanya'da veya komşu Avrupa devletlerinde bulunan (Hollanda, Fransa, Belçika, Avusturya) banka hesaplarına bağışlar yapılması konusunda çağrıda bulunan reklam blokları yayınlatmıştır, zira o ülkelerde de KANAL 7 Int. isimli televizyon kanalının Türkçe yayınlanan programları izlenebilmektedir. Televizyonun dışında da, broşürlerde ve gazetelerde de, bağış çağrısı yapılmıştır. Bağış reklamlarında -*özellikle KANAL 7 Int. isimli televizyon kanalı üzerinden yayınlanan programlarda*- izleyicilere, yapılacak bağışların direkt ve yalnızca yardıma muhtaç insanlara ve sosyal projelere destek vermek amacıyla kullanılacağı iddia edilmiştir. KANAL 7 isimli televizyon kanalında yayınlanan bu programlar, bağış reklamı için merkezi araç haline gelmiştir. 2005 yılına kadar tüm programlar Türkiye'de üretilmiş ve orada üretilen programlar, KANAL 7 Int. isimli Alman kanalından yayınlanmıştır. 2005 yılından sonra, programlar veya programların bazı unsurları kısıtlı bir kapsamda Almanya'da üretilmeye başlanmıştır. 2006 yılında bir yardım projesi hakkında bilgi veren bu programlardan birinde, sanık Mehmet MT da alenen görünmüştür.

Sanık MG ve de Türkiye'de bulunan KANAL 7 isimli televizyon kanalının sorumlusu, en geç 2001 yılından sonra yapılan bağış reklamlarının yaygınlaştığı tarihten sonra, Almanya'daki dernek adına toplanan paraların yalnızca kısmen yardıma muhtaç insanlara ve sosyal projelere kullanıldığı bilincine varılmıştır. MG'nin ve ayrı olarak takip edilen suç ortaklarının düşüncesine göre her ne olursa olsun 2002 yılından itibaren toplanan paraların büyük bir kısmı, ekonomik faaliyetler, bu vesileyle özellikle, özel hukuka ilişkin MG'nin veya ayrı olarak takip edilen Zekeriya, Mustafa, İsmail ve Dr. Zahid'in hissedar oldukları ortaklıklar tarafından geliştirilen girişimci projelerin başlangıç finansmanı olarak kullanılacaktı. Ancak bunlar bağışlar için yapılan reklamlarda açıklanmamış, bilakis toplanan paraların kesinlikle yalnızca yardıma muhtaç insanlara veya sosyal projelere destek vermek amacıyla kullanılacağı imajı kurulmuştur. Paraların kendilerine ait ekonomik faaliyetlerin desteklenmesinde kullanılacağından ise hiç söz edilmemiştir. Bağışta bulunanlar 2002 yılından itibaren, bağışladıkları paraların toplum

yararına kurulu kayıtlı derneğin -*gerekirse yönetim masrafları düşüldükten sonra*- tümüyle yardıma muhtaç insanlar ve yardım organizasyonları için kullanılacağına ilişkin (ycanıltılmış) bir düşünceyle bağış yapmışlardır.

Bağış reklamında, derneğin banka bilgileri Postbank Frankfurt (Hesap no: XXX), Vakıfbank Int. AG Frankfurt (Hesap no: XXX), Bank für Sozialwirtschaft (Hesap no: XXX, Vakıfbank Int AG Viyana (Hesap no: XXX), Erste Bank Wien (Hesap no: XXX), La Poste, Straßburg (Hesap no: XXX ve XXX), ABN Amro, Enschede (Hesap no: XXX), Fortis Bank Belçika (Hesap no: XXX), Demir Halk Bank Amsterdam (Hesap no: XXX) ve Demir Halk Bank Antwerpen (Hesap no: XXX ve XXX) olarak belirtilmiştir. 2002 yılının Ocak ayından 2007 yılının Nisan ayına kadarlık süre içerisinde, bağış yapanlar tarafından bu banka hesaplarına havale yolu ile toplamda 41.423.158,85 € tutarında bir meblağ yatırılmıştır.[1] Toplam meblağ, 28.836 yardımsever tarafından yapılan bağışlardan meydana gelmektedir. 21.516 yardımsever, dernek banka hesaplarına bir kereye mahsus bir havale yapmışlardır. 7.320 yardımsever ise, bir borç kaydı veya açık emir vasıtasıyla, 5 – 1.000 € arasında düzenli meblağları, yukarıda bahsi geçen banka hesaplarına havale ettirmişlerdir.

Deniz Feneri Derneği e.V. isimli dernek tarafından idame ve muhafaza edilen banka hesaplarına, yıllara ayrılmış olarak aşağıdaki meblağlar yatırılmıştır:

Yıl	**Bağış Girişleri**	
2002	1.808.394,35	€
2003	3.367.349,55	€
2004	5.737.894,07	€
2005	12.238.160,56	€
2006	16.326.692,58	€
2007	1.944.667,74	€

Yapılan bağışlar hem derneğin resmi muhasebesinde, hem de her defasında MG'nin sorumlu olarak imzaladığı gayri resmi ek muhasebesinde kayıt altına alınmıştır. Resmi muhasebe yalnızca toplum yararına bir dernek olunduğuna dair görüntünün muhafaza edilmesi için tutulmuştur. Bu muhasebe yapılan bağışların hangi amaçla kullanıldığını değil, yalnızca yapılan bağışları doğru olarak kaydetmiştir. İşbu *"çifte"* muhasebe, 2002 yılının yaz aylarına kadar, ayrı olarak takip edilen Erhan tarafından tutulmuştur. Almanya'da süresiz oturma müsaadesine sahip olmaması nedeniyle, kendisi sürekli Türkiye'ye gidip gelmek zorunda kalmıştır.

Fakat bağış girişlerinin aşırı artması ve bununla bağlantılı olarak ek muhasebede ticari hadiselerin artışı nedeniyle, ek muhasebecinin

Frankfurt'ta sürekli mevcut olması gerekmiştir. Bu sebepten dolayı sanık MG ve ayrı olarak takip edilen Zekeriya, sanık E'yi ek muhasebeyi tutmakla görevlendirmişlerdir. Sanık FE, 2002 Yılı yazının sonuna kadar yalnızca Media 7 Fernseh GmbH şirketin resmi muhasebesini tutmuştur. Fakat FE kendisine ve Media 7 Fernseh GmbH şirketin diğer çalışanlarına büyük miktarda kaçak maaş ödemesi yapıldığını bildiğinden, o tarihten önce de bu ek muhasebenin varlığını bilmekteydi.

Sanık FE ek muhasebenin mevcut sistemini devraldı. Deniz Feneri Derneği e.V. yapısı gereği Türk Deniz Feneri Derneği'nin bağımsız şubesi ve Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH şirketi ise, Yeni Dünya İletişim A.Ş.'nin bağımsız şubesi sıfatıyla, Türk KANAL 7 isimli televizyon kanalının işletme ortaklığı olarak kurulmuştur. Alman derneğinin yahut Alman ortaklığın işbu ek muhasebeleri, Türkiye'de KANAL 7 isimli televizyon kanalında yürütülen büyük muhasebenin birer unsurudur. Adı geçen ek muhasebe, Türkiye'de tutulan muhasebeye uygun olarak kurulmuştur veya oradaki mevzuata göre tutulmak zorundadır. Ek muhasebe için makbuzlar muhafaza edilmemektedir. Türkiye'deki muhasebeden, ayrı olarak takip edilen Harun, 1. Yeni Dünya İletişim A.Ş... departmanı yöneticisi sıfatıyla sorumludur. FE, ek muhasebede yapacağı kayıtlar ile ilgili talimatı MG veya Harun'dan almaktadır. Harun'un Türkiye'deki üstleri İsmail ve Zekeriya'dır. Ek muhasebenin amacı, diğer amaçlarının yanı sıra, toplanan fakat yardım ödemeleri için kullanılmayan paralar üzerinde kontrolü muhafaza etmektir.

Ek muhasebe, sanık FE tarafından önce bir dizüstü bilgisayar üzerinden ve akabinde Türkiye'de bulunan bir sunucuya direkt erişimle tutulmuştur. Bu sunucuya erişim, yalnızca sanık E'nin Frankfurt'ta bulunan bürosundan veya KANAL 7 isimli televizyon kanalının İstanbul'da bulunan işletme ortağının bürolarından mümkündür. Almanya'daki ek muhasebenin içeriği, her ay MG ile Harun, İsmail veya Zekeriya arasında koordine edilmiştir.

Sanıklar, bağışlar aracılığı ile hesaba yatan paraların gerçek kullanımını gizlemek amacıyla, Deniz Feneri e.V. adına Almanya'da tutulan banka hesaplarından sistematik bir şekilde nakit çekimlerde bulunmuşlardır. Bu nakit çekimler sayesinde, derneğin banka hesaplarından para akışlarının gerçekten ne amaçla kullanıldığının anlaşılması mümkün olmamıştır. Ek muhasebede ise, nakit para çıkışlarının büyük bir kısmı MG Devir Hesabı adı verilen bir hesaba kaydedilmiştir. Nakit çekimle ilgili banka hesabının bu kaydı alacaklı, MG devir hesabı da borçlu olarak kaydedilmiştir. Resmi muhasebede, 13.850,00 € tutarında bir kapsamda sahip nakit çekimleri, para yardımı olarak kayda geçirilmiştir. Resmi muhasebede nakit olarak çekilen paralar, ileriki tarihlerde Alman vergi

dairesi karşısında, nakit para ödemeleri vasıtasıyla yapılan yardımlar olarak tasvir edilecektir. Gerçekte ise bunun için Türkiye'de yardıma muhtaç insanlar veya muhtarlar tarafından düzenlenen alındı makbuzları *–en azından umumiyetle–* asılsızdır. Bunlar kısmen, nakit paranın yardıma muhtaç insanlara sözüm ona dağıtılmasından yıllar sonra düzenlenmiş ve Almanya'ya getirilmiştir. Gerçekten para kuryelerine teslim edilen meblağlar, MG'nin talimatı üzerine FE tarafından, ek muhasebede kayıt altına alınmıştır. Deniz Feneri e.V. isimli derneğin Almanya'da bulunan banka hesaplarından, 2002 ile 2007 yılları arasında toplamda 16.882.000 € tutarında nakit para meblağları sızmıştır. Yıllara göre ayrılmış olarak, aşağıdaki çizelgede tasvir edilen nakit meblağlar, Alman dernek banka hesaplarından sızmıştır:

Yıl	**Bağış Girişleri**
2002	1.700.000 €
2003	1. 344.000 €
2004	2. 554.000 €
2005	4.326.000 €
2006	5.538.000 €
2007	1.420.000 €

Dernek adına toplanan toplamda 41.423.158,85 € tutarındaki meblağ, nakit çıkışların haricinde Türkiye'de bulunan Deniz Feneri'ne 8.337.375,75 € tutarında yapılan havale ve yardıma muhtaç kişilere yapılan 8.161.489,10 € tutarında ayni ödemeler vasıtasıyla da azalmıştır. Aynı ödemeler için yapılan ödemeler umumiyetle, aralarında 2002 ile 2006 yılları arasında toplamda 4.952.784,65 € ödeme yapılan YİMPAŞ Grubu'na bağlı A. Dış Ticaret Şirketinin de bulunduğu Türk ortaklıklara yapılmıştır. İşbu ortaklıktan faturalara tekabül eden gıda maddelerinin gerçekten teslim edilip edilmediği veya nerelere teslim edildiğinin tespiti artık yapılamamıştır. Resmi muhasebede makbuzlar, yalnızca fatura şeklinde mevcuttur. 25.04.2007 tarihinde gerçekleştirilen aramalar ve el koyma tedbirlerinin akabinde, derneğin gelirlerinden kalan yaklaşık 2.700.000 € tutarında banka alacak kayıtları ve nakit para emniyet altına alınabilmiştir. Toplanan paranın gerisi, işletme giderleri, maaşlar, reklam, seyahat harcamaları vs. için harcanmıştır.

Bağış paraları ile Türk derneğe yapılan aynı ödemeler veya para ödemeleri vasıtasıyla gerçekten gerçekleştirilen yardım ödemeleri, çok düşük kapsamda Almanya'da hazırlanmış ve birlikte organize edilmiştir. Almanya'da buna uygun bir organizasyon yapısı mevcut değildir. Buradaki faaliyetler umumiyetle bağışların toplanması, nakit çekimler ve paraların kuryeler aracılığı ile Türkiye'ye gönderilmesi ile kısıtlıdır.

Resmi muhasebede 20.256.799 € tutarında kayıt altında tutulan yardım ödemeleri, 2002 yılından 2007 yılının Nisan ayı arasında bulunan sürede, gayrı resmi muhasebeye göre gerçekten yerine getirilen yardım ödemelerini, 11.737.994 € tutarında aşmaktadır. Derneğe ödenen bağış paraları en azından bu meblağda, bağış reklamlarında sunulan ifadelerinin aksine yardım ödemeleri için değil, aksine başka amaçlar için nakit çekimler vasıtasıyla kullanılmıştır. Türk Deniz Feneri Derneği'ne yapılan havaleler, ne resmi ne de ek muhasebede, yardım ödemeleri için kayıt altına alınmıştır. Keza dernek adına tutulan banka hesaplarında ve nakit para kasalarında, nakden çekilen ve yardım ödemeleri için kullanılmayan 2.335.606,71 € tutarında bir meblağ eksiktir.

Yardımseverlerin yaptıkları bağış meblağların toplanmasından meydana gelen hasar toplamda 14.073.600,71 € tutarındadır.

Nakit çekimler, sanık MG'nin emirleri üzerine gerçekleştirilmiştir. Nakit çekimler hem kendisi hem de sanık MT ve FE tarafından gerçekleştirilmiştir. Sanıklar para çekmek için bankaya kısmen birlikte gitmişlerdir. Banka bu gibi durumlarda, orada bulunan veya ödeme makbuzlarda adları geçen kişilerden birini veya birden fazlasını, kendi banka dokümanlarına tasarrufta bulunan şahıs olarak kaydetmiştir. Bankanın gerçekleştirdiği bu kayıtlar dolayısıyla, sanık MG 9.978.000 € tutarında nakit çekimlerde, sanık FE 6.351.000 € tutarında nakit çekimlerde ve sanık MT 2.555.000 € tutarında nakit çekimlerde, banka dokümanlarına göre tasarrufta bulunan şahıs veya diğerleri ile birlikte tasarrufta bulunan şahıslar olmuşlardır. Münferit nakit çekimlerin büyüklük oranları, 3.000 € ile 600.000 € arasında dalgalanmıştır.

Nakit para büyük ölçüde kuryeler tarafından Türkiye'ye nakledilmiştir. Bankadan çekilen paralar kuryelere Almanya'da teslim edilmiştir. Kuryeler paraları Türkiye'ye taşımışlar ve KANAL 7 isimli televizyon kanalının binasında teslim etmişlerdir. Nakit para nakliyeleri için kurye olarak, sanıkların yanı sıra, Almanya'da bulunan KANAL 7 isimli televizyon kanalının çalışanları ve G'nin aile bireyleri de görev almışlardır. Ayrı olarak takip edilen Zekeriya'ya ek muhasebenin kayıtlarına göre toplamda 4.504.000 € teslim edilmiştir. Ayrı olarak takip edilen Harun'a nakit para kuryeleri tarafından 400.000 € ve Mustafa'ya 10.000 € teslim edilmiştir. Türkiye'deki KANAL 7 isimli televizyon kanalının sorumluları, paranın tesellüm ilmühaberini prensip itibariyle imzalamamışlardır.

Bağışlar vasıtasıyla toplanan paraların kullanımı hakkında, ayrı olarak takip edilen Zekeriya, Mustafa, İsmail ve Harun karar vermişlerdir. Y. Dünya İletişim A.Ş'nin Yönetim Kurulu Başkanı sıfatıyla burada Zekeriya'ya öncelikli bir rol tayin edilmiştir. Para, alınan bu karar dolayısıyla kısmen yardıma muhtaç şahıslara destek vermek amacıyla

kullanılmıştır. Fakat bağışlar vasıtasıyla toplanan paranın büyük bir kısmı, G'nin Almanya'da bulunan KANAL 7 isimli televizyon kanalının sorumluları ile birlikte kurmuş olduğu sermaye şirketlerinin ekonomik faaliyetleri için kullanılmıştır.

MG Almanya'daki yönetici pozisyonundan türettiği resmi hakkının aksine, maddi olarak para kaynağının nasıl kullanılacağına dair tek başına karar verememektedir. Ancak kendisi karar verme süreçlerine dâhil edilmiş ve orada bazı düşüncelerini ve projelerini sunabilmiştir. Toplum yararına olmayan amaçlar için 14.073.600,71 € tutarında harcanan toplam meblağ, sanık MG bununla ilgili bir açıklama yapmadığından, gayri resmi muhasebe genelde Türkiye'de tutulduğundan ve sanık FE'nin ek muhasebeye yalnızca kısıtlı erişimi bulunduğundan, saptanamamıştır. Fakat Türkiye'ye nakit para kuryesi tarafından taşınan paranın kısmen, MG ve yardımcılarının Türkiye üzerinden hakim olduğu Almanya'da bulunan ortaklıklara geri aktığı saptanabilmiştir.

Yardımseverlerin paraları ile önce Almanya'da bir dizi sermaye şirketi kurulmuştur. Ana sermaye ve sermaye artırımı için gerekli meblağlar, bağışlar vasıtasıyla toplanan paralardan ödenmiştir. Bu ortaklıklar için yapılan bağışlar *–en azından başlangıç aşamasında–* mevcudiyetlerine dayanan ve MG'nin ve Türkiye'de bulunan yardımcılarının düşüncelerine göre dayanması gereken mali akışı oluşturmaktaydı. İşbu finans yapısı, Deniz Feneri'nin Almanya'da bulunan şirket bankasının hesap yönetiminden de yansımaktadır. VakıfBank International AG *–Frankfurt am Main şubesi–* Deniz Feneri'nin dernek kılıfı için açılan banka hesabını ana banka hesabı ve bağış paraları ile finanse edilen ortaklıkların banka hesaplarını, alt banka hesabı olarak tutmuştur.

Yardımseverlerin paralarından, Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH adlı şirkette 19.06.2002 tarihinde 50.000 €'dan 500.000 €'ya ve 09.03.2006 tarihinde 1.000.000 €'ya sermaye artırımı gerçekleştirilmiştir. Bu sermaye artırımları üzerine, toplamda gerçekten 700.000 € tutarında bir meblağ ödenmiştir. KANAL 7 Int. Televizyon Kanalı'nın bağış paraları ile donatılan işletme ortaklıklarının hissedarları, Zekeriya, Mehmet, Mustafa, İsmail ve 09.12.2005 tarihine kadar Dr. Zahid olmuştur. Dr.'nin hissedarlıktan ayrılmasından sonra, geride kalan hissedarlardan her birine, 250.000 € değerinde sermaye payı düşmüştür.

Deniz Feneri için yapılan bağışlardan gelen paralarla, Weiss Handels Gesellschaft und Marketing GmbH adlı şirketin 17.01.2003 tarihli kuruluşunda esas sermaye ve de bunun akabinde toplamda 1.500.000 €'ya yapılan sermaye artırımları ödenmiştir. İşbu ortaklık, özellikle başka kuruluşlara iştirak ve de gayrimenkullerin satın alınmasına ve yönetilmesine hizmet etmekteydi. İşbu kuruluşun hissedarları, sanık

Mehmet, Zekeriya, Mustafa ve İsmail'dir. Dört hissedarın her birine esas sermayeden 375.000 € tutarında bir pay düşmektedir. Dr. Zahid 08.12.2005 tarihinde hissedarlıktan ayrılmıştır. Bu ortaklık sayesinde, Adam-Opel Straße'de (Frankfurt), Ferdinand-Porsche-Straße'de (Frankfurt), Grabenstraße'de (Rüsselheim) ve de Viyana Kreitnergasse'de öğrenci yurdunda gayrimenkuller satın alınmıştır.

Gerçekleştirilen alımlar için esas sermayenin kullanılmaması veya yeterli olmaması halinde, alım fiyatı yine bağışlardan toplanan paralardan ödenmiştir. Frankfurt Adam-Opel-Straße'de bulunan gayrimenkulde, Weiss Handels Gesellschaft und Marketing GmbH şirketinin yanı sıra, Deniz Feneri Derneği'nin, Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH şirketinin, Atlas Media Marketing GmbH şirketinin, European Counsulting GmbH şirketinin ve de Taxi Quick GmbH şirketinin merkezleri bulunmaktaydı.

Türkiye'de, 01.09.1998 tarihinde kurulan Beyaz Holding isimli bir ortaklık mevcuttur. Almancaya tercüme ile Weiss Holding şirketini yönetecek işbu kuruluşun hissedarları, sanık MG ve yine ayrı olarak takip edilen Zekeriya, Mustafa, İsmail ve Zekeriya'nın bir oğludur. İşbu Holding, Alman Weiss Handels Gesellschaft und Marketing GmbH şirketi gibi, bir dizi diğer ortaklıkların ortaklığıdır. İşbu ortaklığa ait sermayenin veya bu ortaklık tarafından yürütülen ticaretin, Almanya'da bulunan Deniz Feneri için toplum yararına olmayan amaçlar için kullanılan bağış paralarından gelip gelmediği, bu hususta muhasebenin sübut bilgilerinden veya sanıkların davaya cevaplarından öğrenilemediğinden, ana duruşmada saptanamamıştır. Paranın Türkiye'de kullanımı ile ilgili, sanık FE'nin, MG'nin ve yardımcılarının muhasebesinde daha detaylı inceleme yapmasına izin verilmemiştir.

Hissedarı Weiss Handels Gesellschaft und Marketing GmbH şirketi olan ve 09.05.2003 tarihinde kurulan Atlas Media Marketing GmbH şirketinin 50.000 € tutarındaki esas sermayesi, yardımseverlerin yaptıkları bağışlardan ödenmiştir. KANAL 7 Int. isimli televizyon kanalı üzerinden özellikle dini içeriğe sahip DVD, otel konaklaması ve uçak bileti satışına hizmet eden işbu ortaklığın şirket yöneticileri, suçun işlendiği tarihlerde İsmail, Dr. Zahid, Mustafa, Zekeriya ve sanık MG olmuşlardır.

Yeni Şafak Gazetesi'nin yayını ve satışı amacıyla 28.03.2003 tarihinde kurulan European Counsulting GmbH şirketinin 100.000 € tutarındaki esas sermayesi de, Deniz Feneri için yapılan bağışlardan ödenmiştir. İşbu limited şirketin hissedarları en başından itibaren sanık FE, Dr. Zahid ve Sıdık olmuşlardır. İleriki tarihlerde Weiss Handels Gesellschaft und Marketing GmbH şirketinin tüm sermaye payları devralınmıştır. Yeni Şafak'ın yayınının Almanya'daki satışı başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Ticari bir faaliyet, işbu ortaklığı sadece düşük bir kapsamda geliştirmiştir. Bir yıl

sonra ticari faaliyet durdurulmuştur. Bu kuruluşun şirket yöneticileri hâlihazırda sanık MG, FE ve MT'dir.

Sanık MT, SanTour GmbH'da bulunan eski işvereninden 2006 yılının sonunda, Letonya'da bir feribotun müzayedeye çıkartılacağını öğrenmiştir. MT bunu, bu feribotun biletlerini Atlas Media Marketing GmbH şirketi üzerinden kâr getirecek şekilde satışa sunulabileceği fikrine sahip olduğundan MG'ye bildirmiştir. MG ticari fikri ayrı olarak takip edilen Mustafa, İsmail ve Zekeriya ile Türkiye'de görüştükten ve kendilerinden destek gördükten sonra, feribotu Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH şirketi için satın alma kararını almıştır. Kendisi bu amaçla MT ile birlikte Letonya'ya uçmuştur. *"Baltic Kristina"* isimli feribotun, artırımında bulundukları 1.366.313,06 € tutarındaki alım fiyatını ise, Euro 7 Fernseh & Marketing GmbH şirketi yeterli miktarda nakit paraya sahip olmadığından, bağış paralarından temin edilmiştir. İleriki tarihlerde Vakıf Bank'tan alınan 1.700.000 € tutarındaki ikraz, yalnızca resmi muhasebede feribotun alımı için kullanılmıştır. Fakat bu ikrazdan gerçekte, özellikle tamirat ve nakliye masrafları ödenmiştir. İşbu kredi vasıtasıyla bağış ödemelerinden gelen 1.366.313,06 € tutarındaki meblağın iadesi gerçekleştirilmemiştir. Bu paralar yardıma muhtaç insanlara kullanılmamıştır.

Bağış paraları bunun haricinde KANAL 7 televizyon kanalının işletme ortağı olan Yeni Dünya İletişim A.Ş'nin, Türkiye'de ve Almanya'da satışa sunduğu ve ortaklığın elde ettiği kârlara iştirake hak tanıyan hisse senetlerinin geriye satın alınması için kullanılmıştır. Bu hisse senetleri Almanya'da özellikle Milli Görüş cemaatlerinde satışa sunulmuştur.

Hiç bir kâr elde edilemediğinden, 2005 yılından itibaren sayısız yatırımcı parasını geri talep etmiştir. Sanık MG, Yeni Dünya İletişim A.Ş'nin Yönetim Kurulu ile koordinasyon içerisinde, imaj nedenlerinden ötürü bu hisse senetlerini geriye satın alma kararı almıştır. Bu sebepten dolayı diğer sanıklar FE ve MT, sanık MG'nin talimatı üzerine, kendileri tarafından tutulan nakit kasalarından aldıkları paralarla bu hisse senetlerini geri satın almışlardır. Bu nakit kasaları, Deniz Feneri için yapılan bağışlardan da beslenmektedir. Bu geri satın alımlar için toplamda en azından 343.391 € kullanılmıştır.

Sanık MG ayrıca 10.01.2004 tarihinde Taxi Quick GmbH şirketini kurmuştur. Hissedar olarak sanık FE'yi 25.000 € tutarındaki esas sermayeden resmi %10'luk bir pay ile yanına almıştır. 11.09.2006 tarihinde 100.000 €'ya gerçekleştirdiği esas sermaye artışından sonra, sermaye payının yüzdelik paylaşımı aynı kalmıştır. Sermaye paylarından MG %90'ına ve FE %10'una sahiptirler. 100.000 € tutarındaki bütün esas sermaye, bağış paralarından ödenmiştir. Sanık MG 08.09.2006 tarihinde tek başına hissedar olarak, 50.000 € tutarında bir esas sermayeye sahip,

Rapidway GmbH isminde bir taksi işletme ortaklığı kurmuştur. Bu esas sermaye de bağış paralarından ödenmiştir. Bu şirketlerin kuruluş nedenleri, Taxi Quick GmbH şirketin ve de Rapidway GmbH şirketinin kurtarma ortaklıkları sıfatıyla işlev gördükleri ve sanık MG'nin kayınbiraderi tarafından işletilen Prestige Taxi GmbH şirketinin ve ASS Taxi GmbH şirketinin yaşadığı ekonomik sorunlardı. Sanık MG'nin ailesinde taksi kuruluşuna tesis edilen yatırımlar, Zekeriya tarafından desteklenmemiş fakat sonunda onaylanmıştır.

Taxi Quick GmbH adlı şirket 2005 yılında, bağıştan 178.000 € tutarında elde edilen paralarla Prestige Taxi GmbH adlı şirketten taksiler ve taksi ruhsatları satın almıştır. Weiss GmbH adlı şirket, 20.07.2006 tarihli bir sözleşme ile ASS Taxi GmbH şirketinden yine taksiler ve lisanslar satın almıştır. Keza 120.000 € tutarındaki alım fiyatı yine bağış için yatırılan paralardan ödenmiştir.

Rapidway GmbH şirket ve Taxi Quick GmbH adlı şirket, gayri resmi muhasebede iştirak oranları ve cirolara ilişkin, tek bir ortaklık olarak muamele görmüşlerdir. Bu muhasebede MG (%20) ve Zekeriya'nın oğlunun (%20) yanı sıra, Deniz Feneri (%47,34) ve de sanıklar MT (%6,33) ve FE (%6,33) de ortaklık iştirakleri ile tutulmuşlardır. FE ve MT ortaklıkların ticaret sicilde kayıtlı şirket yöneticileri olarak gösterilmektedir.

Sanık FE ve MT'nin bu taksi kuruluşlarında bulunan ve yalnızca ek muhasebede görülebilen iştirakleri için, ek muhasebede MT için ileride elde edilecek kâr iştirakleri sayesinde geriye ödenecek 38.000 € tutarında bir borç kaydedilmiştir. FE'ye MG'den aynı meblağda iştiraki için 1.000 € daha az verilmiştir.

Gayri resmi muhasebede bağış paralarından alınıp özel kuruluşlara yapılan yatırımlar ile ilgili gerçekleştirilen borçların kayıtları, FE tarafından MG'nin talimatı üzerine, bağış paralarının bir dizi amaca aykırı kullanımı için gerçekleştirilmiştir. Ki bundan dolayı Weiss GmbH adlı şirket, gayrı resmi muhasebede esas sermayenin bağış paralarından temin edilmesinden dolayı, Deniz Feneri'ne tahsis edilmiştir.

Borçlarla ilgili yapılan bu kayıtlara ilişkin, yazılı ikraz (kredi) sözleşmeleri veya teminatlar bulunmamaktadır. Kayda geçirilen borçların, tıpkı Letonya'da satın alınan feribotun finansmanı için sonradan yabancı kaynakların sağlandığı durumlarda olduğu gibi geri ödemesi yapılmamıştır.

Sanık MG kendisi tarafından Deniz Feneri dernek kılıfını kullanarak elde ettiği bağış paralarının amaca aykırı kullanıldığını, 2002 yılının başından biliyordu. Bu paranın amaca aykırı kullanıldığını bildiği halde, yardıma muhtaç insanlar için yapılacak bağışlarla ilgili reklamları yayınlatmaya devam etmiş ve toplanan bağış paralarının büyük bir

kısmının girişimsel ve diğer amaçlar için kullanıldığını bildiği halde, yaygınlaştırmıştır.

Kendisi, kendisini ve Türkiye'de bulunan yardımcılarını zenginleştirmek amacıyla hareket etmiştir. Kendisi Almanya'da sanık FE ve MT'nin amiriydi. Kendisi bu şahıslar karşısında, Türkiye'de bulunan yardımcıları ile beslediği temas sayesinde bilgi avantajına ve talimat verme tasarrufuna sahipti.

Sanık MT en geç 2005 yılının sonundan itibaren, bağıştan toplanan paraların şirketlere ve arsalara yapılan yatırımlar için kullanıldığını biliyordu. Amaca aykırı kullanımdan ve gayrı resmi muhasebeden haberdar olduğu halde, yalnızca Atlas Media Marketing GmbH şirketinde çalışmaya devam etmekle kalmadı, bilakis başka kuruluşlarda da görevler ve 2006 yılının Kasım ayında Deniz Feneri'nin resmi başkanlığını üstlendi. Vergi dairelerini aldatmak amacıyla, hiç bir zaman böyle toplantıların vuku bulmadığını bildiği ve bu geriye dönük tarihli düzenlenen tutanakların yalnızca resmi makamlara karşı bu durumu gizlemek amacıyla düzenlendiğini bildiği halde, Deniz Feneri Derneği'nin geriye dönük tarihli toplantı tutanaklarını düzenledi. Kendisi Deniz Feneri'nin resmi başkanı sıfatıyla, bağış reklamlarına da çıktı. Amaca aykırı para kullanımını bildiği halde, sanık MG'ye feribotun satın alınmasına ilişkin ticari fikri de öne sürdü. Sanık MT amaca aykırı kullanılan bağış paralarının somut meblağını bilmiyordu. Ancak paraların önem teşkil eden kapsamda amaca aykırı kullanıldığını bildiği halde, daha başka bağış paralarının reklam aracılığı ile toplanmasına rıza gösterdi.

Bu rıza, başkalarını zenginleştirmek amacıyla gerçekleştirildi. Kendisi ise KANAL 7 televizyon kanalının tanınan yapısı dâhilinde mesleki kariyer ümidini beslemekteydi. MG'nın 2007 yılının Nisan ayında tutuklanmasından sonra, Almanya'da bulunan Deniz Feneri'nin tüm hususları ile ilgili Zekeriya'nın muhatabı oldu. Zekeriya kendisine, telekomünikasyon trafiğinin denetlenmesini önlemek için, kontörlü bir cep telefonu verdi.

Sanık FE bağış paralarının amaca aykırı kullanımından, ek muhasebeyi devraldığı tarihten itibaren biliyordu. Bu bilgiye sahip olduğu halde, Deniz Feneri'nin ve bağış paralarından kurulan şirketlerin muhasebecisi olarak çalışmalarını devam ettirdi. Muhasebeci olarak görevi sayesinde, birçok durumda bağış paralarının amaca aykırı kullanılan somut meblağlarından da haberi vardı. Kendisi bununla birlikte, MG'yi ve onun Türkiye'de bulunan yardımcılarını destekleme amacıyla hareket etti. Nihayetinde, işyerini muhafaza etmek ve bununla bağlantılı olarak sosyal prestijini korumak amacıyla, onların hareketlerine rıza gösterdi. Bağış reklamlarına veya paraların kullanımına ilişkin bir etkiye sahip değildi ve bunları üstlenmedi.

Sanığın davranışına ilişkin hukuki değerlendirmeye dair, yazılı hüküm nedenleri aşağıdaki açıklamaları içermektedir:

Sanık MG, Alman Ceza Kanunu'nun 263. maddesi, 1. fıkrası; 25. maddesi, 2. fıkrasını ihlal ederek dolandırıcılık nedeniyle suçlu bulunmuştur.

Sanığın işlediği suç, -*uygunsuz*– bir organizasyon suçunu teşkil etmektedir (bkz. Federal Yargıtay, 09.01.2008 tarihli karar = wistra 2008, sayfa 181 ve devamı). Sanık MG'nın suça katkısı, büyük ölçüde amaca aykırı olarak kâr getirici ticari amaçlarla kullanmak amacıyla, bağış paralarının temin edilmesi ile ilgili, suça yönelik bir yapının kurulmasında ve muhafaza edilmesinde yatmaktadır. Dolandırıcılığın araçları, bağışlanan paraların yalnızca yardıma muhtaç insanlara kullanılacağı iddia edilen reklam yayınları ve reklam malzemeleri olmuştur. Reklamlar, sanığın bu münferit yayınların somut gösterimine hiç bir etkisi olmadan KANAL 7 televizyon kanalının çalışanları tarafından yayınlanmıştır.

Yaptıkları bağışın amacı hakkındaki aldatmaca dolayısıyla, reklam vasıtasıyla hitap edilen kişiler, derneğin adına tutulan banka hesapları üzerinde yaptıkları havaleler vasıtasıyla tasarrufta bulunmuşlardır. Varlıkları tümüyle, amaca aykırı kullanılan paraların meblağına orantılı olarak zarar görmüştür. Sanık MG kendini ve yardımcılarını zenginleştirme amacıyla hareket etmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nun 266. maddesi gereğince, derneğin veya yardımseverlerin aleyhine bir emniyeti suistimal mevcut değildir. Yardımseverler karşısında, dolandırıcılık suçu (bağış reklamı) dolayısıyla varlığa zarar verilmesinden önce kanuni malvarlığı müşavirlik yükümlülüğü mevcut olmamıştır. Sanığın işlediği suçun içeriğinde, yardımseverlerin bağışlanan paralarının gerçek kullanım amacı dışında kullanılması yatmaktadır. Deniz Feneri isimli bir dernek Almanya'da fiilen yoktur.

Buna karşın bu sebepten dolayı Alman Ceza Kanunu'nun 266. maddesi gereğince bir kanuni malvarlığı müşavirlik yükümlülüğü de mevcut olamaz. Resmi olarak dernek siciline kaydedilen dernek, yalnızca iyi niyetli yardımseverlerden bağış paraları toplamak amacıyla bir araç olarak hizmet vermekteydi.

Sanık Mehmet MT, Alman Ceza Kanunu'nun 263. maddesi; 25. maddesi 2. fıkrasına göre üst üste dolandırıcılığa suç ortaklığı yapmak suçunu işlemiştir. MT'ye yaptığı katkılarla yalnızca üçüncü şahısların davranışını teşvik etmemiş, bilakis MG ve onun Türkiye'de bulunan yardımcıları ile birlikte müşterek faaliyete katkı sağlamak istemiştir.

MT 01.09.2004 tarihinde, Atlas Media Marketing GmbH şirkette şirketler grubu içerisinde işe başladığında, yardımseverler aleyhine organize edilen dolandırıcılık zaten başlatılmıştı.

Hiyerarşide açıkça MG'nin ve onun Türkiye'de bulunan yardımcılarının açıkça altında yer alıyordu. Ancak MT en geç 2005 yılının sonundan itibaren, bağışlanan paraların kuruluşlara ve arsalara yapılan yatırımlar için kullanıldığını, gayrı resmi bir muhasebenin tutulduğunu ve kendisi tarafından tutulan ve bağış paralarını içeren nakit kasasının bundan beslendiğini biliyordu. Bütün bunları bildiği halde, 2006 yılının sonunda, tek amacı sermaye temini olan ve yalnızca kâğıt üzerine kurulu olan Deniz Feneri Derneği'nin resmi başkanlığını üstlendi. Gerçekten mevcut olan bir derneğin görüntüsünü muhafaza etmek amacıyla, hiç bir zaman vuku bulmayan üye toplantıları ile ilgili geriye dönük tarihli tutanaklar düzenledi.

Sanık MG'ye önemli kapsamda bağış paralarının harcandığı bir feribotun satın alınması fikrini sundu. Bir yandaşın ve salt yardımcının rolünün çok dışına çıkan bir inisiyatif gösterdi. Bağış paralarını kendi müteşebbis fikirlerini uygulamak için kullanma konsepti, kendisi tarafından tam kapsamıyla üstlenildi ve kendi fikirleri ile canlandırdı. MG'nin tutuklanmasından sonra, Zekeriya'nın muhatabı olarak kaldı. Bu temaslarda, işlerin sürdürülmesine ilişkin daha önemli bir görevi üstlenme arzusunu ifade etti.

Sanık FE. yalnızca Alman Ceza Yasası'nın 263. maddesi 1. fıkrası ve 27. maddesine göre, dolandırıcılığa yardımcılık suçunu işlemiştir.

FE, 2002 yılının yaz sonundan 2007 yılının Nisan ayında tutuklanana kadar Deniz Feneri'nin ve bağış paraları ile kurulan kuruluşların resmi ve gayrı resmi muhasebesini tutmuştur. Kendisi ayrıca nakit para çekimlerine ve de Türkiye'ye nakit para transferine iştirak etmiştir. Faaliyetinde, MG'nin veya onun Türkiye'de bulunan yardımcılarının talimatlarına göre hareket etmiştir. Sanık FE inisiyatif göstermemiştir.

MG'ye veya onun yardımcılarına ticari fikirler götürmemiştir. Fakat her şeyden önce ne yapılan bağışların elde edilmesi üzerinde bir etkisi olmuş ne de toplanan paraların somut kullanımı hakkında karara iştirak edebilmiştir. Kendisi bağış reklamlarında veya Deniz Feneri'nin temsil edilmesinde ön plana çıkmamıştır. Ancak muhasebeci olarak faaliyeti sayesinde, diğer sanıkların davranışlarını desteklemiş ve bu sayede toplanan paraların amaca aykırı kullanıldığının bilinciyle ve dolandırıcı amaçlarla organize bağışların toplanmasına katkıda bulunmuştur. Kendisine ait bir suç hâkimiyeti veya suç hâkimiyeti arzusuna sahip olmamıştır (bkz. Federal Yargıtay, 16.06.1989 tarihli karar, wistra 1989, 346).

Yardımseverlerin aldatılmasını, -*açıktan ödenen maaşlar dâhil*- muhasebeci olarak 4.000 € tutarında bir maaş ile donatılmış işini kaybetmek istemediği için kabul etmiştir. Yardımcılık suçu, ana suçun haksızlığından türediğinden, sanık FE tarafından yerine getirilen yardımcılık fiilleri, hukuksal açıdan toplamda yalnızca tek bir yardımcılık olarak değerlendirilmiştir.

(bkz. Federal Yargıtay NStZ 1999, 513 ve devamı sayfaları)

UYGULAMADAN 2. DOSYA

BİR DANIŞTAY KARARI

DANIŞTAY 10. DAİRE

E: 2005/7420 **K:** 2008/6094 **T:** 27.01.2005

"GENEL KADIN" İBARESİNİN SİCİLDEN SİLİNMESİ

Özet: *Fuhuş yapmayı bırakarak evlenen ve iki çocuk annesi olarak aile yaşantısı içine giren davacının artık genel kadın olmadığı ve "genel kadın" olduğu şeklinde tutulan kaydının mevcut duruma aykırı ve hak ihlallerine yol açacak nitelikte olduğu dikkate alındığında, davacı hakkında "genel kadın" olarak tutulan arşiv kaydının silinmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Ancak sisteme kaydedilmiş olan parmak izinin silinme koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının parmak izinin "genel kadınlık" işiyle bağlantı kurulmaksızın korunması gerekirken, genel kadın olduğu belirtilmek suretiyle saklanması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.*

Temviz Eden (Davacı): Filiz

Vekili: Av. M.E. / Av. A.T.

Millet Cad. No: 5 İnan İşhanı K: 3/305 Aksaray - İSTANBUL

Karşı Taraf (Davalı): İstanbul Valiliği - İSTANBUL

İstemin Özeti: İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nce davanın reddi yolunda verilen 27.01.2005 tarih ve E:2004/367, K:2005/59 sayılı kararın temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

D. Tetkik Hakimi:

Düşüncesi: Dava dosyasının 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 5. maddesi ile Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 15, 61, 109, 121. maddeleriyle birlikte incelenmesi sonucun-

---

Gönderen: Av. Mevlüde ERTEK / Av. Abdurrahman TANRIVERDİ

da, fuhuş yapmayı bırakarak evlenen ve iki çocuk annesi olarak aile yaşantısı içine giren davacının artık genel kadın olmadığı ve *"genel kadın"* olarak tutulan kaydının mevcut duruma aykırı ve hak ihlallerine yol açacak nitelikte olduğu dikkate alındığında, davacı hakkında *"genel kadın"* olarak tutulan arşiv kaydının silinmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Ancak sisteme kaydedilmiş olan parmak izinin silinme koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının parmak izinin *"genel kadınlık"* işiyle bağlantı kurulmaksızın korunması gerekirken, genel kadın olduğu belirtilmek suretiyle saklanmasında hukuka uyarlılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı:

Düşüncesi: Temyiz konusu; İstanbul Valiliği Emniyet Müdürlüğü'nün parmak izi silinmesi isteminin reddine dair 13.08.2003 tarih ve B.05.1.EGM.4.34.00.21.06 sayılı işleminin iptali istemini reddeden İdare Mahkemesi kararın temyiz yolu ile incelenerek bozulmasi istemine ilişkindir.

Uyuşmazlık konusu işlem, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun olay tarihinde yürürlükte olan 5. maddesinin (D) bendi ile Emniyet Teşkilatı Parmakizi Teknik Hizmetler Yönetmeliği'nin 5. ve 26. maddesinin 3. fıkrası hükmü esas alınarak tesis edilmişse de, uyuşmazlığın çözümünün *"genel kadın"* olgusunun 19.04.1961 tarih ve 10786 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün irdelenmesi sonucu çözülmesi gerektiği açıktır.

19.04.1961 tarih ve 10786 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 1. maddesinde; "*Fuhuşu murakabe etmek, fuhuş sebebiyle bulaşan zührevi hastalıkların yayılmasına ve bu yüzden amme nizamının bozulmasnıa mani olmak üzere biri "Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları" diğeri "Zührevi Hastalıklar ve Fuhusla Mücadele Komisyonlarına Yardım Kurulları" olmak üzere iki teşekkül kurulmuştur.",* denilmiş, 31.01.1973-7/5786 Kararname ile değişik 15. maddesinde; *"Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun icin değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara (Genel kadın) denilir."* hükmü yer almış, 16. maddesinde, *"Genel kadınların bir arada otururak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerlere (Genel ev) ismi verilir."* denilmiş, 19.

maddesinde, *"Bu Tüzükte geçen (Fuhuş yerleri) tabiri; genelev, birleşme yerleri ve tek başına yapılan evleri kapsar."* hükmüne yer verilmiş**,** *"Tesbit"* başlıklı 20. maddesinde, *"Mükerreren ve bir çok erkeklerle münasebette bulunması dolayısıyle bir kadının fuhuşu sanat edindiğinden şüphe edilir ve hakkında gizli ve etraflıca yapılan inceleme ile elde edilen müspet delillerle kendisinin 15. maddede yazılı genel kadınlar vasıflarını haiz olduğu meydana çıkarılırsa, evvela bu kadını fuhuşa sürükleyen sebepler Komisyonca araştırılır ve kendisinin tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler düşünülür. Bu tedbirlerin fayda vermediği hallerde bu kadın hakkında 21. maddedeki şartlar varsa Genel Kadınlar hakkındaki hükümler, bu şartlar yoksa 23. maddede yazılı,sağlık tedbirlerine dair hükümler uygulanır. Bir kadın hakkında bu hükümlerin uygulanması Komisyon kararına bağlıdır."* hükmü yer almış, *"Tescil şartları"* başlıklı 21. maddesinde, *"Komisyonca bir kadının genel kadın olarak tesciline karar verilebilmesi için, aşağıdaki şartların bulunması lazımdır:*

a) Fuhuşu kendisine sanat edinmek veya 20. madde gereğince hakkında komisyonca karar verilmiş olmak,

b) 21 yaşını bitirmiş olmak,

c) Yabancı tabiiyetinde bulunmamak,

d)Tabiiyetsiz olmamak,"

denilmiş, *"Tescil"* başlıklı 22. maddesinde, *"Genel kadın olarak tescili gerekeceği komisyon tarafından 20. maddeye göre yapılan inceleme ile anlaşılan kadınların her biri için ekli örneğe göre (Sicil kartonu) tertip edilip numaralanır ve bu kartona kadınlann bir fotoğrafı yapıştırılıp adları, soyadları, yaşları, doğdukları, ikamet ettikleri ve fuhuş yapacaklan yerler kaydolunur, Bu kartonlar, komisyonca uygun görülen bir yerde saklanır. Kadınların nüfus hüviyet cüzdanları da makbuz karşılığında alınarak kartona eklenir. Bu suretle kaydedilen genel kadınların ellerine sicil kartonunun numarasını gösteren, ekli örneğine uygun bir (Hüviyet muayene cüzdanı) verilir. Bu cüzdanda, sahibinin kim olduğunu gösteren bilgilerden başka, sicil kartonundakinin aynı olan bir fotoğrafı ve yılın her ayına mahsus birer sahife üzerine haftada iki defa yapılacak muayenelerin kaydına mahsus haneleri gösteren bir kısım bulunur. Bu cüzdanlar her yıl değiştirilir."* hükmüne yer verilmiş, *"Sağlık tedbirleri uygulanacak kadınlar"* başlıklı 23. maddesinde, *"Fuhuşu sanat ve geçim vasıtası edindikleri 20. maddeye göre yapılan inceleme ile anlaşılan fuhuşla melüf 18 yaşını bitirmiş ve 21 yaşını bitirmemiş kadınların her biri için lüzumu halinde Komisyonca ekli örneğe göre bir (Gizli sağlık kartonu) tertip edilip numaralanır. Bu kartona kadınların fotoğrafları yapıştırılıp adları, soyadları, yaşları, doğdukları ve ikamet ettikleri yerler kaydolunur."* hükmü yer almıştır.

Bütün bu düzenlemelerden; *"genel kadın"* olgusunun devlet tarafından tanınan bir meslek, bir sanat olduğu, ancak bu mesleğin belirli kurallar ve denetimler altında yapılması gerektiği, bu alanın düzenlenmesinin devletin belirli kurum ve kuruluşlarınca yapılacağı, fuhuş nedeniyle bulaşan zührevi hastalıkların yayılmasına ve bu yüzden kamu düzeninin bozulmasını önlemek açısından denetimin eksiksiz yapılabilmesi için de bu alana ilişkin kayıt düzeninin ayrıntılı bir biçimde yapılmasının bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan; aynı Tüzüğün 1. maddesi gereğince oluşturulan *"Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları"* ile Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonlarına Yardım Kurullarına fuhuşun önlenmesi ve kadınların bu alandan korunması amacıyla verilen genel yükümlülüklerin yanısıra bu konuyla ilgili olarak Tüzüğün 61. maddesinde, "*Genelevlere kendi rızasıyla giren ve orada fuhuş yapan bir kadının, diğer bir geneleve geçmek veya islahıhal eylemek üzere oturduğu genelevi terketmek istemesi halinde, her hangi bir vaad veya mecburiyet veya borçla bağlı bulunmuş olsa dahi, arzusuna aykırı orada alıkonulduğu anlaşılırsa, kadının kimlik ve sanatına ait belgeleriyle birlikte derhal çıkması sağlanır."* hükmüne yer verildiği, Tüzüğün *"Müteferrik hukümler"* başlıklı 13. Kısmının 121. maddesinde, *"Komisyona gelen veya komisyonda görüşülen veyahut karara baglanan herşey son derece gizli tutulur. Fena yola düşmeye mütemayil genç kızların ve kadınların bu yoldan kurtarılmaları bu yoldan kurtulmaları için lüzumuna göre hayır cemiyetlerini, zaruret halinde ana baba, veli veya vasilerine verilecek bilgiler müstesna olmak üzere, hiçbir şahsa hususu surette bilgiler verilmez. Gizli olan bu bilgileri başkalarına duyuranlar hakkında, Devletin gizli kayıtlarını ifşa edenler hakkındaki, ceza uygulanır."* denildiği, *"Sosyal yardım"* başlıklı 10. Kısmı'nın *"Komisyonun himayesi"* başlıklı 108. maddesinde, *"Fuhuş hayatından vazgeçmek istediğine kanaat getiren genel kadınlan zührevi hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonu himaye edecektir. Bu gibi kadınların ellerinden alınmış olan nüfus hüviyet cüzdanları geri verilir ve durumlarının bir süre gizlice göz altında bulundurulmasına itina edilir."* hükmü yer almış, *"Hayır Derneklerinin himayesi"* başlıklı 109. maddesinde ise, *"Zührevi hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları, genel kadınları fena hayatlarından vazgeçirebilmek veya yeniden fuhuş hayatına atılmış veya atılmak üzere bulunan kadınları bu kötü yoldan kurtarmak için alacaklan tedbir ve yapacakları teşebbüslerde, bu maksatlarla veya buna yakın gayelerle teşekkül etmiş olan Hayır Derneklerinin çalışmalarından faydalanırlar. Komisyon, bu gibi derneklerle temasa gecerek yılda bir defa olağanüstü toplantı yapar ve bu dernekler Başkan veya temsilcilerini davet ederek bunlarla beraber fuhuşun zararlarını önleyecek, düşmüş kadınları kötü hayatlarından kurtaracak tedbirleri alır."* hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan düzenlemelerden ise; gerek kadınların bu yoldan kurtarılması, gerekse sanatın bırakılması halinde devlet kuruluşlarından gönüllü kuruluşlara kadar geniş bir alanda genel olarak toplumun tüm kesimlerine sorumluluk yüklendiği, bu süreçteki bilgilerin anne babaya dahi ancak zorunluluk halinde verileceği, bu bilgileri ifşa edenlere Devletin gizli kayıtlarını ifşa etmiş gibi cezai yaptırım uygulanacağı, fuhuş hayatından vazgeçmek istediğine kanaat getirilen genel kadınların Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonu'nca himaye edileceği, nüfus cüzdanlarının geri verileceği, Komisyonun bu alandaki derneklerle temasa geçerek düşmüş kadınları kötü hayatlarından kurtaracak tedbirleri alacağı, biçiminde kadınların bu yoldan ayrılmalarında gerekli önlemlerin hepsinin Devletin sorumluluk alanında olduğunu açıkça beyan edecek bir düzenleme yapılarak, tam bir koruma getirildiği anlaşılmaktadır.

Zaten bu durum, sosyal devlet olgusunun bir doğal sonucu olduğu gibi sosyal devlet olduğunu Anayasasında ifade eden, aile, ana ve kadınların gelişimi, korunması ve desteklenmesi için gerekli önlemleri almak konusunda Anayasal yükümlülük altında bulunan Devletimizin bu temel örgütlenme biçiminin de doğal sonucudur.

Ayrıca, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun *"Parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması"* başlıklı 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değişik 5. maddesinde konuyla ilgili yeni hüküm;

"Polis;

a) Gönüllü,

b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan,

c) Başta polis olmak üzere, genel veya Özel Kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,

ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,

d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,

e) Gözaltına alınan,

kişilerin parmak izini alır.

Birinci fıkraya göre alınan parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez. Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme kaydedilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin infazı Hakkında Kanun'un 21. maddesi

hükümlerine göre alınan parmak izleri de bu sisteme kaydedilir. (a) bendi hariç birinci fıkra ile dördüncü fıkra kapsamına giren kişilerin ayrıca fotoğrafları alınarak, ikinci fıkrada belirlenen esaslara uygun olarak parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir. Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla Mahkeme, Hakim, Cumhuriyet Savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir. Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir. Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkan tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur. Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz. Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir. Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usüller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığı'nın görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." biçiminde olup genel hayat kadınları, parmak izi kaydı alınacak kişiler arasından çıkarılmak suretiyle sosyal devlet ilkesi ve ilgili Tüzüğün temel amacına uygun bir düzenleme yapma yoluna gidilmiştir.

Bu bağlamda Devletin bir suç unsuru olarak değil belirli koşulların yerine getirilmesi halinde bir sanat, bir meslek olarak gördüğü genel kadın olma olgusu nedeniyle, olay tarihinde yürürlükte olan Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 5. maddesinde, diğer suçlu ve şüphelilerle birlikte parmak izi alınması ve fotoğraf kaydı bulunması zorunlu olan bu kesime özgü olarak, Yasanın Tüzük'te ifadesini bulan toplum sağlığından hareketle kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla kayıt düzeninin gerekliliği karşısında alınan bu özel kayıtların mesleğin bırakılmasıyla birlikte sonlandırılması ve silinmesinin gerektiği tartışmasız olup parmak izi alınmasına gerekçe olarak gösterilen Yönetmeliğin dayanağı olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun *"Parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması"* başlıklı 5. maddesinin 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilmesi ve genel kadınların, bu kapsamdan çıkarılması karşısında insan hak ve özgürlüklerini ilgilendiren alanlarda getirilen yeni düzenlemelerin bireylerin lehine olması halinde dikkate alınması gerekeceği de göz önüne alındığında dava konusu işlem alanında idareyi bağlayıcı bir hükmün varlığından da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesi'nce gereği görüşüldü:

Dava, davacının İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ndeki *"genel kadın"* olduğuna ilişkin arşiv ve parmak izi kayıtlarının silinmesi isteğiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 13.08.2003 tarih ve 21.06 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nce, davacının genelevde genel kadın olarak çalışmak istediği yolundaki beyanı üzerine parmak izi ve fotoğrafının alındığı, arşivdeki kaydının silinmesi isteğine ilişkin 05.06.2003 tarihli başvurusunun Emniyet Teşkilatı Parmak izi Teknik Hizmetler Yönetmeliği hükümleri uyarınca reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 5. maddesinde, *"Polis asağıda gösterilen kimselerin parmak izlerini ve fotoğrafilerini almaya salahiyetlidir.*

A) Polis veya Jandarma tarafından Cumhuriyet Müddei umumiliğine tahkikat evrakı ile birlikte veya doğrudan doğruya gönderip mezkur makamca yapılan tahkikat neticesinde Türk Ceza Kanunu'na göre ağır hapis cezasını istilzam eden suçlarla mezkur kanunda sayılı ammenin itimadi ve mal aleyhine işlenmiş suçların ve her nevi kaçakçılığın maznun ve mahkumlarının serserilerin ve mazennaisu erbabının;

B) Yabancı memleketlerden Türkiye'ye kaçanların memleket içinde bir yerden başka bir yere naklolunanların, memleket dışına çıkarılanların;

C) Hüviyetlerini ispat edemiyenlerin;

D) Fuhuşla veya fuhuş yüzünden bulaşan hastalıklarla mücadele nizamname ve talimatnameleri hükümlerine göre kendilerine (Umumi ev sahibi)-(Birleşme yeri sahibi) ve (Umumi kadın) adı verilenlerin ve itiyat sebebiyle veya menfaat kastiyle kendilerini başkalarının zevkine terkedenlerin, fuhuşa vasıtalığı itiyat edenlerin, beyaz kadın ticaretiyle meşgul olanlann ve umumi kadın patronlarının;

E) Cumhuriyet Müddeiumumilikleri ve Adli ve Askeri Mahkemelerce bir meselenin tetkik ve tahkiki için parmak izlerinin fotografilerinin alınmasına lüzum gösterilen kimselerin." hükümlerine yer verilmiştir. Anılan Kanunun Ek 7. maddesinde de, *"Polis, Devletin Ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, Ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir,*

yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar." hükmü yer almaktadır.

2559 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen 5. maddesi 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilmiş olup, yapılan bu düzenlemede;

"P*olis;*

a) Gönüllü,

b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan,

c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,

ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,

d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,

e) Gözaltına alınan,

kişilerin parmak izini alır. Birinci fıkraya göre alınan parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez.

Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme kaydedilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 21. maddesi hükümlerine göre alınan parmak izleri de bu sisteme kaydedilir.

(a) bendi hariç birinci fıkra ile dördüncü fıkra kapsamına giren kişilerin ayrıca fotoğrafları alınarak, ikinci fıkrada belirlenen esaslara uygun olarak parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir. Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hakim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir. Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir. Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkan tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur. Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz.

Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve herhalde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra

sistemden silinir. Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanmasi ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usüller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığı'nın görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." hükümlerine yer verilmiştir.

Görüleceği üzere 2559 sayılı Yasa'nın yürürlükte bulunan yeni 5. maddesine göre *"genel kadınlar"* parmak izleri ve fotoğrafları alınacak kimseler arasında yer almadıkları gibi, her hangi bir suç ve soruşturma veya Yasada sayılan talepler için başvuruda bulunma durumuna bağlı olmaksızın, bu konuda gönüllü olanların da parmak izlerinin alınacağı, ancak parmak izinin hangi sebeple alındığının sisteme kaydedilmeyeceği, sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğrafların kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silineceği öngörülmüştür.

Emniyet Teskilatı Parmak izi Teknik Hizmetler Yönetmeliği'nin 1. maddesinde, bu Yönetmeliğin amacının adli, idari, siyasi soruşturmalar sırasında güvenlik kuvvetlerine ve adli mercilere yardımcı teknik bir birim olarak merkezde ve illerde parmak izi ve teknik fotoğraf hizmetlerini yürütmekle görevli birimlerin kuruluş. görev ve çalışma esas ve usüllerini düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 12. maddesinde, yetkili makamların gösterecekleri gerekme üzerine aşağıda yazılı kişilerin parmak izleriyle fotoğraflarının alınacağı belirtilmiş olup, (j) bendinde, fuhuşla ve fuhuş yüzünden bulaşan hastalıklarla mücadele Tüzük ve Yönetmeliği hükümlerine göre kendilerine *"genelev sahibi"*, *"genel kadın"* ve *"genel kadın patronları"* adı verilenlerin parmak izleriyle fotograflarının alınacağı öngörülmüş, Yönetmeliğin 25. maddesinde; *"Alınan parmak izleri ile ekli formlar özel formül ve tasnif sistemine göre dolaplarında sıralanır, sahiplerinden resmen öldükleri saptananların formları bu durum kaydedilmekle beraber arşivdeki yerlerinden çıkartılarak ve sonunda imha edilmek üzere özel bir dosyada 2 yıl süre ile saklanır. Yaş itibari ile 75 yaşını doldurmuş kişilere ait formlar suç türüne bakılmaksızın arşivden çıkartılarak, her yıl sonunda imha edilir."* düzenlemesi yer almış, 26. maddesinde de; *"Kanun, Tüzük ve Yönetmelik'te belirtilen sebepler dışında, kisilerin arşivlenmek amacıyla parmak izleri ve fotoğrafları alınamaz. Kişilerin parmak izleri ve fotoğraflarının alınış sebepleri ve mükerrer suçları ilgili formlardaki özel hanelerine tam ve doğru olarak yazılır. Suç nedeniyle parmak izi ve fotoğrafları alınanların Cumhuriyet Savcılıkları ve Mahkemelerce haklarında verilen kesinleşmiş takipsizlik, beraat ve benzeri suçluluğu ortadan kaldıran kararlar, parmak izi siciline kaydedilir ve karardan onaylı bir örneği sicil formuna eklenir. Aynı işlemlerin merkez birimince ve ilgili diğer teknik bürolarca da yapılmak üzere bildirilir. Bu gibi kişilerin kimlik ve geçmiş hal durumlan hakkında bilgi isteyen yetkili*

makamlara, sicil kayıtlan sonuçlarıyla birlikte bildirilir" hükümlerine yer verilmiştir.

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacaklan Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 15. maddesinde; *"Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara (Genel kadın) denilir."* hükmü yer almış, *"Tesbit"* başlıklı 20. maddesinde, "*Mükerreren ve bir çok erkeklerle münasebette bulunması dolayısıyle bir kadının fuhuşu sanat edindiğinden şüphe edilir ve hakkında gizli ve etraflıca yapılan inceleme ile elde edilen müspet delillerle kendisinin 15. maddede yazılı genel kadınlar vasıflarını haiz olduğu meydana çıkarılırsa, evvela bu kadını fuhuşa sürükleyen sebepler Komisyonca araştırılır ve kendisinin tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler düşünülür. Bu tedbirlerin fayda vermediği hallerde bu kadın hakkında 21. maddedeki şartlar varsa Genel Kadınlar hakkındaki hükümler,*" bu şartlar yoksa 23. maddede yazılı sağlık tedbirlerine dair hükümler uygulanır. "*Bir kadın hakkında bu hükümlerin uygulanması Komisyon kararına bağlıdır."* hükmü yeralmış, anılan Tüzüğün 61. maddesinde, *"Genelevlere kendi rızasıyla giren ve orada fuhuş yapan bir kadının, diğer bir geneleve geçmek veya islahıhal eylemek üzere oturduğu genelevi terketmek istemesi halinde, her hangi bir vaad veya mecburiyet veya borçla bağlı bulunmuş olsa dahi, arzusuna aykırı orada alıkonulduğu anlaşılırsa, kadının kimlik ve sanatına ait belgeleriyle birlikte derhal çıkması sağlanır."* hükmüne yer verilmiş, 108. maddesinde, *"Fuhuş hayatından vazgeçmek istediğine kanaat getiren genel kadınları zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonu himaye edecektir. Bu gibi kadınların ellerinden alınmış olan nüfus hüviyet cüzdanları geri verilir ve durumlarının bir süre gizlice göz altında bulundurulmasına itina edilir."* 109. maddesinde, *"Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları, genel kadınları kötü hayatlarından vazgeçirebilmek veya yeniden fuhuş hayatına atılmış veya atılmak üzere bulunan kadınları bu fena yoldan kurtarmak için alacakları tedbir ve yapacakları teşebbüslerde, bu maksatlarla veya buna yakın gayelerle teşekkül etmiş olan Hayır Derneklerinin çalışmalarından faydalanırlar. Komisyon, bu gibi derneklerle temasa geçerek yılda bir defa olağanüstü toplantı yapar ve bu Dernek Başkanlarını veya temsilcilerini davet ederek bunlarla beraber fuhuşun zararlanı önleyecek, düşmüş kadınları kötü hayatlarından kurtaracak tedbirleri alır."* 121. maddesinde, *"Komisyona gelen veya komisyonda görüşülen veyahut karara bağlanan her şey son derece gizli tutulur. Kötü yola düşmeye mutemayil genç kızların ve kadınların bu yoldan kurtarılmaları bu yoldan kurtulmaları için lüzumuna göre Hayır Cemiyetlerini, zaruret halinde ana, baba, veli veya vasilerine verilecek bilgiler müstesna olmak üzere, hiç bir şahsa hususu surette bilgiler*

verilmez. Gizli olan bu bilgileri başkalarına duyuranlar hakkında, Devletin gizli kayıtlarını ifşa edenler hakkındaki ceza uygulanır." hükümleri yer almıştır.

Yukarıda belirtilen Tüzük hükümlerinde, kadınların fuhuş hayatından korunmasına ve genel kadınlık işinin bırakılması halinde desteklenmelerine ve bu süreçlerdeki bilgilerin gizli tutulmasına özel bir önem verildiği görülmektedir.

Öte yandan, anılan Tüzüğe 31.01.1973 tarih ve 7/5786 sayılı Kararname'yle eklenen Ek maddede, genelevlerde ve tek başına fuhuş yapılan evlerde, genel kadın olarak evli kadın çalıştırılamayacağı kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 18.12.1992 tarihinde genelevde genel kadın olarak çalışmak istediği yolundaki beyanı üzerine parmakizi ve fotoğrafının alındığı, 05.06.2003 tarihli dilekçeyle davalı idareye başvurarak, genel kadın olarak çalışmayı bıraktığından bahisle arşivdeki genel kadın kaydının silinmesini istediği, davalı idarece isteğinin Emniyet Teşkilatı Parmak İzi Teknik Hizmetler Yönetmeliği'nin 25. ve 26. maddelerinde belirtilen durumlar dışında kayıtların iptal edilemeyeceği belirtilerek reddi üzerine, davacının evli ve iki çocuk annesi olarak fuhuş dışındaki işlerde çalışmak suretiyle geçimini sağlamaya çalıştığını, fuhuş hayatına dönmemeye kararlı olduğunu ileri sürerek anılan işlemin iptali istemiyle davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Fuhuş yapmayı bırakarak evlenen ve iki çocuk annesi olarak aile yaşantısı içine giren davacının artık genel kadın olmadığı ve *"genel kadın"* olduğu şeklinde tutulan kaydının mevcut duruma aykırı ve hak ihlallerine yol açacak nitelikte olduğu dikkate alındığında, davacı hakkında *"genel kadın"* olarak tutulan arşiv kaydının silinmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Ancak sisteme kaydedilmiş olan parmak izinin silinme koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının parmak izinin *"genel kadınlık"* işiyle bağlantı kurulmaksızın korunması gerekirken, genel kadın olduğu belirtilmek suretiyle saklanması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Nitekim 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'da yapılan değişiklik de bu yoldadır.

Bu durumda davanın reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle 2577 sayılı Yasa'nın 49. maddesine uygun bulunan temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nin 27.01.2005 tarih ve E:2004/367, K:2005/59 sayılı kararının **BOZULMASINA**, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine 15.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İSTANBUL 3. İDARE MAHKEMESİ

E: 2009/186 **K:** 2009/243 **T:** 12.02.2009

DAVACI: Filiz

VEKİLİ: Av. M.E./ Av. A.T.

Millet Cd. No: 5 İnan İş Hanı K.3/305 Aksaray/İSTANBUL

DAVALI: İSTANBUL VALİLİĞİ

DAVANIN ÖZETİ: İstanbul Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nün 13.08.2003 tarihli ve B.05.1.EGM. 4.34.00.21.06 sayılı işleminin; evli ve 2 çocuk annesi olan müvekkilinin, arzusu dışında hürriyeti tahdit edilerek seks kölesi olarak çalıştırıldığı, şimdi bu işe tövbe ettiği ve bulabildiği işlerde tüm gücüyle çalışarak günlük nafakasını kazanmaya çalıştığı, Fuhuşla Mücadele Tüzüğü'nün, fuhuştan kurtulmak isteyen kadınlara yardımcı olunacağına amir olduğu, buna rağmen kaydın silinmemesinin, şahsın ölümünden 2 yıl sonra veya 75 yaşını geçmesi koşullarına bağlı olarak silinmesinin Hukuk Devleti ilkeleri ile bağdaşmadığı, çağdışı bir uygulama olduğu, insanların ilelebet suçlu ilan edilemeyeceği ileri sürülerek iptali istemidir.

SAVUNMANIN ÖZETİ: Dava konusu işlemin yasal ve yönetsel mevzuata uygun olduğundan bahisle davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nce, davanın reddi yönünde verilen 27.01.2005 günlü ve E:2004/367 K:2005/59 sayılı Karar'ın Danıştay Onuncu Dairesi'nin 15.09.2008 günlü ve E:2005/420 K:2008/6094 sayılı Kararı ile bozulması üzerine bozma kararına uyularak dava dosyası yeniden incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Dava; davacının İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ndeki *"genel kadın"* olduğuna ilişkin arşiv ve parmak izi kayıtlarının silinmesi isteğiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 13.08.2003 tarihli ve 21.06 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 5. maddesinde; *"Polis aşağıda gösterilen kimselerin parmak izlerini ve fotografilerini almaya salahiyetlidir.*

A) Polis veya Jandarma tarafından Cumhuriyet Müddeiumumiliğine, tahkikat evrakı ile birlikte veya doğrudan doğruya gönderip mezkür makamca yapılan tahkikat neticesinde Türk Ceza Kanunu'na göre ağır hapis cezasını istilzam eden suçlarla mezkur kanunda sayılı ammenin itimadi ve mal aleyhine işlenmiş suçların ve her nevi kaçakçılığın maznun ve mahkümlarının serserilerin ve mazennaisu erbabının;

B) Yabancı memleketlerden Türkiye'ye kaçanların memleket içinde bir yerden başka bir yere naklolunanların, memleket dışına çıkarılanların;

C) Hüviyetlerini isbat edemiyenlerin;

D) Fuhuşla veya fuhuş yüzünden bulaşan hastalıklarla mücadele nizamname ve talimatnameleri hükümlerine göre kendilerine (Umumi ev sahibi)-(Birleşme yeri sahibi) ve (Umumi kadın) adı verilenlerin ve itiyat sebebiyle veya menfaat kastiyle kendilerini başkalarının zevkine terkedenlerin, fuhuşa vasıtalığı itiyat edenlerin, beyaz kadın ticaretiyle meşgul olanların ve umumi kadın patronlarının

E) Cumhuriyet Müddeiumumilikleri ve adli ve askeri mahkemelerce bir meselenin tetkik ve tahkiki için parmak izlerinin fotoğrafilerinin alınmasına lüzum gösterilen kimselerin hükümlerine yer verilmiştir. Anılan Kanunun "Ek 7. maddesinde de; Polis Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar." hükmü yer almaktadır.

2559 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen 5. maddesi 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilmiş olup, yapılan bu düzenlemede;

"Polis;

a) Gönüllü,

b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak icin başvuruda bulunan,

c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,

ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,

d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,

e) Gözaltına alınan,

kişilerin parmak izini alır. Birinci fıkraya göre alınan parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı

belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez.

Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme kaydedilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazi Hakkında Kanun'nun 21. maddesi hükümlerine göre alınan parmak izleri de bu sisteme kaydedilir.

(a) bendi hariç birinci fıkra ile dördüncü fıkra kapsamına giren kişilerin ayrıca fotoğrafları alınarak, ikinci fıkrada belirlenen esaslara uygun olarak parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir.

Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hakim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir.

Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir.

Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkan tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur.

Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz.

Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir.

Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usüller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığı'nın görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle' düzenlenir." hükümlerine yer verilmiştir.

Görüleceği üzere 2559 sayılı Yasa'nın yürürlükte bulunan yeni 5. maddesine göre *"genel kadınlar"* parmak izleri ve fotoğrafları alınacak kimseler arasında yer almadıkları gibi, herhangi bir suç ve soruşturma veya yasada sayılan talepler için başvuruda bulunma durumuna bağlı olmaksızın, bu konuda gönüllü olanların da parmak izlerinin alınacağı, ancak parmak izinin hangi sebeple alındığının sisteme kaydedilmeyeceği, sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğrafların kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silineceği öngörülmüştür.

Emniyet Teşkilatı Parmak İzi Teknik Hizmetler Yönetmeliği'nin 1. maddesinde, bu Yönetmeliğin amacının Adli, İdari, Siyasi Soruşturmalar sırasında güvenlik kuvvetlerine ve adli mercilere yardımcı teknik bir birim olarak merkezde ve illerde parmak izi ve teknik fotoğraf hizmetlerini yürütmekle görevli birimlerin kuruluş, görev ve çalışma esas ve usullerini düzenlemek olduğu belirtilmistir. Anılan Yönetmeliğin 12. maddesinde, yetkili makamlaınn gösterecekleri gerekme üzerine aşağıda yazılı kişilerin parmak izleriyle fotoğrafilerinin alınacagı belirtilmiş olup, (j) bendinde, fuhuşla ve fuhuş yüzünden bulaşan hastalıklarla mücadele Tüzük ve Yönetmeliği hükümlerine göre kendilerine *"genel evsahibi", "genel kadın" ve "genel kadın patronları"* adı verilenlerin parmak izleriyle fotoğrafilerinin alınacağı öngörülmüş, Yönetmeliğin 25. maddesinde; *"Alınan parmak izleri ile ekli formlar özel formül ve tasnif sistemine gore dolaplarında sıralanır, sahiplerinden resmen öldükleri saptananların formları bu durum kaydedilmekle beraber arşivdeki yerlerinden çıkartılarak ve sonunda imha edilmek üzere özel bir dosyada 2 yıl süre ile saklanır. Yaş itibari ile 75 yaşını doldurmuş kişilere ait formlar suç türüne bakılmaksızın arşivden cıkartılarak her yıl sonunda imha edilir."* düzenlemesi yer almış, 26. maddesinde de; *"Kanun, Tüzük ve Yönetmelik'te belirtilen sebepler dışında, kişilerin arşivlenmek amacıyla parmak izleri ve fotoğrafileri alınamaz. Kişilerin parmak izleri ve fotoğrafilerinin alınış sebepleri ve mükerrer suçları ilgili formlardaki özel hanelerine tam ve doğru olarak yazılır. Suç nedeniyle parmak izi ve fotoğrafileri alınanların Cumhuriyet Savcılıkları ve Mahkemelerce haklarında verilen kesinleşmiş takipsizlik, beraat ve benzeri suçluluğu ortadan kaldıran kararlar, parmak izi siciline kaydedilir ve karardan onaylı bir örneği sicil formuna eklenir. Aynı işlemlerin merkez birimince ve ilgili diğer teknik bürolarca da yapılmak üzere bildirilir. Bu gibi kişilerin kimlik ve geçmiş hal durumları hakkında bilgi isteyen yetkili makamlara, sicil kayıtlan sonuçlarıyla birlikte bildirilir."* hükümlerine yer verilmiştir.

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 15. maddesinde; *"Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara (Genel kadın) denilir."* hükmü yer almış, *"Tespit"* başlıklı 20. maddesinde; *"Mükerreren ve bir çok erkeklerle münasebette bulunması dolayısıyle bir kadının fuhuşu sanat edindiğinden şüphe edilir ve hakkında gizli ve etraflıca yapılan inceleme ile elde edilen müspet delillerle kendisinin 15. maddede yazılı genel kadınlar vasıflarını haiz olduğu meydana çıkarılırsa, evvela bu kadını fuhuşa sürükleyen sebepler Komisyonca araştırılır ve kendisinin tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler düşünülür. Bu tedbirlerin fayda vermediği hallerde bu kadın*

hakkında 21. maddedeki şartlar varsa Genel Kadınlar hakkındaki hükümler, bu şartlar yoksa 23. maddede yazılı sağlık tedbirlerine dair hükümler uygulanır. Bir kadın hakkında bu hükümlerin uygulanması Komisyon kararına bağlıdır." hükmü yer almış, anılan Tüzüğün 61. maddesinde, *"Genelevlere kendi rızasiyle giren ve orada fuhuş yapan bir kadının, diğer bir genel eve geçmek veya islahihal eylemek üzere oturduğu genel evi terketmek istemesi halinde, her hangi bir vaad veya mecburiyet veya borçla bağlı bulunmuş olsa dahi, arzusuna aykırı orada alıkonulduğu anlaşılırsa, kadının kimlik ve sanatına ait belgeleriyle birlikte derhal çıkması sağlanır."* hükmüne yer verilmiş, 108. maddesinde, *"Fuhuş hayatından vazgeçmek istediğine kanaat getiren genel kadınları Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonu himaye edecektir. Bu gibi kadınların ellerinden alınmış olan nüfus hüviyet cüzdanlan geri verilir ve durumlarının bir süre gizlice göz altında bulundurulmasına itina edilir."* 109. maddesinde; *"Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları, genel kadınları kötü hayatlarından vazgeçirebilmek veya yeniden fuhuş hayatına atılmış veya atılmak üzere bulunan kadınlan bu kötü yoldan kurtarmak için alacakları tedbir ve yapacaklan teşebbüslerde, bu maksatlarla veya buna yakın gayelerle teşekkül etmiş olan Hayır Derneklerinin çalışmalarından faydalanırlar. Komisyon, bu gibi derneklerle temasa geçerek yılda bir defa olağanülstü toplantı yapar ve bu Dernek Başkanları veya temsilcilerini davet ederek bunlarla beraber fuhuşun zararlarını önleyecek, düşmüş kadınlan kötü hayatlarından kurtaracak tedbirleri alır.", 121. maddesinde; "Komisyona gelen veya komisyonda görüşülen veyahut karara bağlanan her şey son derece gizli tutulur. kötü yola düşmeye mütemayil genç kızlann ve kadınlann bu yoldan kurtarılmaları bu yoldan kurtulmaları için lüzumuna göre Hayır Cemiyetlerini, zaruret halinde ana, baba, veli veya vasilerine verilecek bilgiler müstesna olmak üzere, hiçbir şahsa hususu surette bilgiler verilmez. Gizli olan bu bilgileri başkalanna duyuranlar hakkında, devletin gizli kayıtlarını ifşa edenler hakkındaki, ceza uygulanır."* hükümleri yer almıştır.

Yukanda belirtilen Tüzük hükümlerinde, kadınların fuhuş hayatından korunmasına ve genel kadınlık işinin bırakılması halinde desteklenmelerine ve bu süreçlerdeki bilgilerin gizli tutulmasına özel bir önem verdiği görülmektedir.

Öte yandan, anılan Tüzüğe 31.01.1973 tarih ve 7/5786 sayılı Kararnameyle eklenen Ek maddede, genelevlerde ve tek başına fuhuş yapılan evlerde, genel kadın olarak evli kadın çalıştırılamayacağı kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 18.12.1992 tarihinde genelevde genel kadın olarak çalışmak istediği yolundaki beyanı üzerine

parmak izi ve fotoğrafının alındığı, 05.06.2003 tarihli dilekçeyle davalı idareye başvurarak, genel kadın olarak çalışmayı bıraktığından bahisle arşivdeki genel kadın kaydının silinmesini istediği, davalı idarece isteğinin Emniyet Teskilatı Parmak İzi Teknik Hizmetler Yönetmeliği'nin 25. ve 26. maddelerinde belirtilen durumlar dışında kayıtların iptal edilemeyeceği belirtilerek reddi üzerine, davacının evli ve iki çocuk annesi olarak fuhuş dışındaki işlerde çalışmak suretiyle geçimini sağlamaya çalıştığı, fuhuş hayatına dönmemeye kararlı olduğu ileri sürerek anılan işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Fuhuş yapmayı bırakarak evlenen ve iki çocuk annesi olarak aile yaşantısı içine giren davacının artık genel kadın olmadığı ve *"genel kadın"* olduğu şeklinde tutulan kaydının mevcut duruma aykırı ve hak ihlallerine yol açacak nitelikte olduğu dikkate alındığında, davacı hakkında *"genel kadın"* olarak tutulan arşiv kaydının silinmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Ancak sisteme kaydedilmiş olan parmak izinin silinme koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının parmak izinin *"genel kadınlık"* işiyle bağlantı kurulmaksızın korunması gerekirken, genel kadın olduğu belirtilmek suretiyle saklanmasi hukuka aykırılık oluşturmaktadir.

Nitekim 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 2559 sayılı Yasada yapılan değişiklik de bu yoldadır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 118,66 TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenen 400,00.-TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta avansının istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen 30 gün içinde Danıştay Başkanlığı nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere 12.02.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN 3. DOSYA

VAN
3. AĞIR CEZA MAHKEMESİ

E: 2006/62 **K:** 2009/171 **T:** 03.06.2009

(CMK'nin 250. Maddesi ile Yetkili)

MASUMİYET KARİNESİ

• SUSMA HAKKI • KANIT • CEZA YARGILAMASI İLKELERİ

Özet: *Ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bir bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır.*

İspat için sabit oluş arandığına göre, bunun dışında mahkumiyet kararı verilemeyecektir; şüpheden sanık yararlanır ilkesi devreye girecektir. İspat ameliyesinde, hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalar delillerdir. Buna göre Ceza Muhakemesi'nde ispat için kullanmak istenen bir vasıtanın delil olarak nitelenebilmesi için iki temel niteliği bulunmalıdır. Bu vasıta:

a) Olayı temsil etmelidir.

b) Bu olayı temsil eden vasıta; akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olmalıdır.

Olayı temsil etmekten maksat; delil olarak kullanmak istenilen vasıtanın olayın bir parçası olması ve/veya olayı yansıtmasıdır.

Gereği Düşünüldü:

İDDİA:

CMK'nın 250. maddesi ile Yetkili Van C. Başsavcılığı'nda 31.03.2005 gün ve 2004/179 Srş, 2005/79 Esas, 2005/69 İd. sayılı iddianamesi ile;

Gönderen: Nazif YAVUZ

Yüksekova Kaçakçılık ve Organize Suçlar Grup Amirliği'nce yapılan istihbari çalışmalar sonucunda; 34 plâkalı R.M. marka araç ile uyuşturucu madde taşımacılığını ihbar alınmasıyla suç tarihinde mezkur araç durdurularak araç sahibi ve şoförü olan sanık A. yakalanmış, dedektör köpeğin yardımıyla da araç içerisinde yapılan aramada aracın arka kısmında bulunan koltukların sağ ve sol tarafında camların altındaki döşeme içerisine zula tabir edilen gizli bölmelerin olduğunun tespit edildiği ve Van Bölge Kriminal Labaratuvarı Şube Müdürlüğü'nce araçtan alınan svap numunesinin tahlilinde söz konusu zulalı bölümlerde eroin bulaşığının tespit edildiği, yine sanık A'nın evinde yapılan aramada ele geçirilen 3 adet sanığa ait sanık tarafından doldurulan ve uyuşturucu ticaretiyle ilgili not aldığı, değerlendirilen ajandada, yukarıda isimleri yazılı sanıkların adlarının geçtiği,

Sanık A, M.S, C. ve M. hakkındaki soruşturma evrakı tamamlandığından, Teşekkül halinde uyuşturucu madde nakletmek suçundan C.Başsavcı Vekilliğimizin 02.03.2004 gün ve 2004/206 Hz. 2004/71 Esas ve 2004/63 sayılı iddianamesi ile sanıklar hakkında kamu davası açıldığı,

Böylece teşekkül oluşturarak uyuşturucu madde ticareti yaptıkları anlaşılan ve haklarında müsnet suçtan kamu davası açılan sanıklardan A'dan ele geçirilen ve sanığın uyuşturucu ticaretiyle ilgili notlar aldığı değerlendirilen ajandalarda yukarıda açık kimlikleri yazılı sanıklar K, K1. ve B'nin adlarının geçtiği,

Alınan ifadelerinde sanıkların üzerlerine atılı suçlamaları kabul etmedikleri, ancak sanıkların daha önce müsnet suçtan haklarında kamu davası açılan dört sanıkla birlikte teşekkül oluşturarak uyuşturucu madde ticareti yaptıkları iddiaları ile sanıkların yargılamasının Mahkememizce yapılarak 765 Sayılı TCK'nın 403/5, 6, 7, 31, 33 ve 2918. sayılı Yasa'nın 5. maddeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilmesi istemiyle mahkememize kamu davası açıldığı,

Mahkememizin 22.09.2005 gün ve 2005/50 Esas, 2005/198 Karar sayılı görevsizlik karar ile dava dosyası Hakkari ACM'ye gönderildiği, Hakkari ACM'nin 19.10.2005 gün ve 2005/244 Esas, 2005/282 Karar sayılı karşı görevsizlik kararı vermesi üzerine Yargıtay 5. C.D'nin 13.02.2006 gün ve 2006/232 Esas, 2006/816 Karar sayılı ilamı ile Mahkememizin görevsizlik kararı kaldırılarak dava dosyası mahkememize gönderilmiştir.

SAVUNMA:

1- SANIK B. SAVUNMASINDA: *"... Ben daha talimat yoluyla Yüksekova ASLCM'de savunma vermiştim. Ayrıca hazırlık aşamalarında da ifade vermiştim. O savunmalarımı aynen tekrar ederim. Atılı suçu kabul*

etmiyorum. Dosyada benimle birlikte sanık sıfatıyla yargılanan sanık K1 ile K'yı da tanımam. Suçla ve suça konu uyuşturucu madde ile hiçbir ilgim yoktur. Aynı suç nedeniyle A, MS, C ve M isimli şahıslar hakkında 02.03.2004 gün ve 206-71-63 sayılı iddianame ile kamu davası açılıp Van 3. ACM'nin 29.06.2004 gün ve 90-173 E.K. sayılı kararı ile beraatlerine karar verilmiş bu şahısları da; tanımam. Bu kişilerden 34 plâkalı olup arka koltuk yanlarında zula tabir edilen gizli bölmeleri bulunduğu ve bu bölmelerden alınan svap numuneleri üzerinde yapılan incelemede Van Jandarma Kriminal Ekspertiz Raporu'na göre eroin bulaşığı tespit edildiği söylenen aracı kullanırken yakalanan A'nın evinde yapılan aramada ele geçen ajandada, uyuşturucu ticareti ile ilgili olarak alındığı değerlendirilen notlarda benim ve diğer iki sanığın ismi geçtiği belirtilmiş ise de ben bu şahsı tanımam diğer sanıkları da tanımam, ismimin neden geçtiğini de bilmiyorum. Ancak ne bu şahıslarla ne uyuşturucu madde ticaretiyle ve atılı suçla hiçbir ilgim yoktur, suçsuzum, beraatimi isterim..." şeklinde beyanda bulunmuştur. Hazırlıkta da aynı yönde beyanda bulunmuştur.

2- SANIK K. SAVUNMASINDA; *" ...Üzerime atılı suçlamayı kabul etmiyorum, suç tarihinde 17-18 yaşlarında bir genç idim. Suçlamalarla bir ilgim yoktur, araç sahibi beraat etmiştir. Aynca benim adımın araç sahibinin ajandasında ne sebeple bulunduğunu bilmiyorum, asıl mal sahibinin suçsuz olduğu ortaya çıktığına göre benim olayla bir ilgim yoktur, beraatimi isterim ..."* şeklinde beyanda bulunmuştur. Hazırlıkta da aynı yönde beyanda bulunmuştur.

3- SANIK K1. SAVUNMASINDA; *"... Üzerime atılı suçlamayı kabul etmiyorum, A'nın evinde ele geçirilen not ile herhangi bir ilgim yoktur, ayrıca kesinlikle araçta tespit edilen eroin bulaşığı ile ilgim yoktur, A. benim komşum olur, benim ismimi neden not ettiğini bilmiyorum, uyuşturucu ticaretiyle herhangi bir ilgim yoktur, atılı suçlamalan kabul etmiyorum..."* şeklinde beyanda bulunmuştur. Hazırlıkta da aynı yönde beyanda bulunmuştur.

DELiLLER:

1) Kriminal Raporu
2) Sanık ifadeleri
3) Nüfus ve Sabıka Kayıtları
4) 02.02.2004 tarihli fezleke
5) A'da yakalanan ajanda
6) Oto Arama Olay Tespit Yakalama ve Zaptetme Tutanağı
7) Yüksekova İlçe Emniyet Müd'nün 18.02.2004 tarihli Tahkikat Evrakı

İDDİA MAKAMININ ESAS HAKKINDAKİ MÜTALAS1:

Sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan cezalandırılmaları islemiyle kamu davası açılmış ise de, not kağıdı ve ajanda da sanıkların adının geçtiği ticareti yapıldığı iddia olunan uyuşturucuların ele geçirilip kodein incelemesi yapılamamış olmasına göre ticareti yaptıkları iddia olunan malzemenin uyuşturucu olduğunun kesin olarak saptanamamasına göre sanıkların müsnet suçu işlediklerine dair mahkumiyetlerine yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden sanıkların CMK'nın 223/2-e maddesi gereğince ayrı ayrı beraatlerine karar verilmesi kamu adına talep ve mütalaa etmiştir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sanığın yüklenen suçu işlemediğini savunmuş olması nedeniyle sübutun ve masumiyet karinesinin değerlendirmesi gerekmiştir;

Bilindiği üzere; *"..Ceza Muhakemesi Hukuku'nun temel prensiplerinden birisi de şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesidir. Her hukuk devletinde kabul edilen ve masumluk karinesi ile sıkı bir ilgisi olan bu ilkeye göre, yapılan Ceza Muhakemesi sonunda fiilin sanık tarafından işlendiği, %100 belliliğe ulaşmadığı taktirde beraat kararı verilecektir. Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının, bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesidir; başka bir ifade ile masumluk karinesidir.*

Keza, şüphelinin veya sanığın savunmasının aksinin kanıtlanması ondan beklenemez. Kaldı ki, CMK'nın 147. maddesi uyarınca susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan şüphelinin sükut ikrardan gelir deyişine dayanarak suçunu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını kanıtlaması da beklenemez. Şüpheliye yüklenen suçun sübuta erdiği kuşkuya yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. (Y.C.G.K. 19.04.1993,6-81/110)

O halde, yapılan Ceza Muhakemesinin sonunda belliliğe, örneğin fiilin sanık tarafından işlendiğinin veya işlenmediğinin sabit olduğu sonucuna varılmaması durumunda sanık mahkum edilemez.

Ceza Muhakemesinde, esas olarak, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin ameliyesine ispat denir. Burada dikkat edilecek noktalar şunlardır:

1- Burada inandırmak yetmez, tam bir kanaate ulaşılacaktır.

2- Medeni Usul Hukuku'ndan farklı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku'nda ispat yükü (külfeti) sorunu yoktur. Gerçekten şüpheliye susma hakkı tanıyan bir hukuk düzeninde, ispat yükünden söz edilmesi olanaksızdır.

İspat için sabit oluş arandığına göre, bunun dışında mahkumiyet kararı verilemeyecektir; şüpheden sanık yararlanır ilkesi devreye girecektir. İspat

ameliyesinde, hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalar delillerdir. Buna göre Ceza Muhakemesi'nde ispat için kullanmak istenen bir vasıtanın delil olarak nitelenebilmesi için iki temel niteliği bulunmalıdır. Bu vasıta:

a) Olayı temsil etmelidir.

b) Bu olayı temsil eden vasıta; akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olmalıdır.

Olayı temsil etmekten maksat; delil olarak kullanmak istenilen vasıtanın olayın bir parçası olması ve/veya olayı yansıtmasıdır." Örneğin, bir adam öldürme suçunda olay yerinde bırakılan suç aleti olayın bir parçasıdır. Buna karşılık böyle bir suça beş duyusu marifeti ile tanık olmuş bir kimsenin anlatımları olayı yansıtır.

Ne var ki bir ispat aracına delil diyebilmek için olayı bir şekilde temsil etmesi, olayı yansıtması yetmez. Bu yansıtmanın akla, yani bilime, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması da şarttır. Bu vasıfları taşımayan bir ispat aracına teknik anlamda delil denilemez; bu nedenle de bu tür vasıtalara dayanılarak hüküm tesis edilemez.

Ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada, mantık yolunun izlenmesi gerekir, Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bir bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkumiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir.

Bu ölçüler ışığında kovuşturmaya konu somut olay değerlendirildiğinde;

Kriminal Raporu, Sanıkların ifadeleri, Nüfus ve Sabıka Kayıtları, A'da yakalanan ajanda, oto arama, olay tespit yakalama ve zapt etme tutanağı, Yüksekova İlçe Emniyet Müdürlüğü'nün 18.02.2004 tarihli evrakı, sanık A'nın aynı suçla ilgili diğer suç ortakları ile birlikte yargılanıp beraatine dair kesinleşmiş karar sureti ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; her ne kadar Yüksekova Kaçakçılık ve Organize Suçlar Grup Amirliği'nce yapılan istihbari çalişmalar sonucunda; 34 plâkalı R. marka araç ile uyuşturucu madde taşımacılığının ihbar alınmasıyla suç tarihinde bahse konu araç durdurularak araç sahibi ve şoförü olan sanık A. yakalanmış, dedektör köpeğin yardımıyla da araç içerisinde yapılan aramada aracın arka kısmında bulunan koltukların sağ ve sol tarafında camların altındaki döşeme içerisine zula tabir edilen gizli bölmelerin olduğunun tespit edilmiş ve Van Bölge Kriminal Labaratuvar Şube Müdürlüğü'nce araçtan alınan svap numunesinin tahlilinde söz konusu

zulalı bölumlerde eroin bulaşığının olduğu belirlenmiş ve yine sanık A'nın evinde yapılan aramada ele geçirilen 3 adet sanığa ait sanık tarafından doldurulan ve uyuşturucu ticaretiyle ilgili olduğu iddia edilen ajandada, yukarıda isimleri yazılı sanıkların adlarının geçtiği tesbit olunmuş ise de;

Sanık A, M.S, C. ve M. hakkında mahkememize açılan 2004/90 Esas Sayılı dosyada asıl fail olarak yargılanan sanıkların beraatlerine karar verildiği ve verilen kararın kesinleştiği 07.07.2004 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Yargılamanın başından beri ve tüm aşamalarda sanıklar üzerlerine atılı suçlamaları reddetmişlerdir.

Olayda uyuşturucu madde zulasının yakalandığı araç içerisindeki kişi ve suç arkadaşları hakkında verilen beraat hükmünün kesinleştiği, herhangi bir uyuşturucu madde yakalanamadığı, sadece A. isimli kişinin ajandasında bu sanıkların isimlerinin bulunmasının da başlı başına bu sanıkların uyuşturucu madde nakil ve ticareti suçunu işledikleri sonucunu doğurmayacağı hususları yukarıda anlatılan masumiyet karinesi ile birlikte değerlendirildiğinde sanıkların üzerlerine atılı Uyusturucu Madde Nakil ve Ticareti Suçunu işlediklerine dair beraat eden sanığın ajandasında geçen isimleri dışında mahkumiyetlerine yeterli ölçüde somut, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı deliller elde edilemediğinden sanıkların CMK'nun 223/2-e maddesi gereğince ayrı ayrı beraatlerine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur. Bu itibarla;

HÜKÜM: Gerekçeleri yukarıda açıklandığı üzere;

1- Her ne kadar sanıklar K, K. ve B'nin 17.02.2004 suç tarihinde Uyuşturucu Madde Ticareti Yapmak Suçunu işledikleri iddia edilerek 765 Sayılı TCK'nın 403/5, 6, 7. maddeleri gereğince cezalandırılmaları talebi ile kamu davası açılmış ise de; sanıkların atılı suçu işlediklerine dair mahkumiyetlerine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandrırcı delil elde edilemediğinden sanıkların CMK'nın 223/2-e maddesi gereğince ayrı ayrı **BERAATLERİNE**,

2- Yargılama giderlerinin hazine üzerinde bırakılmasına,

Sanık K. ile sanık K. müdafiinin yüzlerine karşı, diğer sanık ve müdafilerinin yokluklarında ve kararın tebliğ tarihinden itibaren 7 günlük süre içerisinde mahkememize verilecek/gönderilecek bir dilekçe veya mahkememiz Z. Katibine beyanda bulunulup bu beyanın zapta geçirilmesi suretiyle 03.06.2009 gününde Yargıtay temyiz yoluna başvurma hakkı açık olmak üzere C. Savcısı huzurunda talebe uygun olarak ve oybirliğiyle verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

UYGULAMADAN 4. DOSYA

ONAMA KARARI VE YEREL MAH. KARARI

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/34181 **K:** 2009/21663 **T:** 20.07.2009

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 Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 20.07.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÜSKÜDAR 1. İŞ MAHKEMESİ

E: 2008/167 Esas **K:** 2008/634 **T:** 11.07.2008

GEREKÇELİ KARAR:

Mahkememizde görülmekte bulunan Tespit (İşe İade İstemli) davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili mahkememize vermiş olduğu dava dilekçesi ile davacının davalı A. A.Ş'ye ait işyerinde çalışmak üzere diğer davalı Y. Ltd. Şti. işçisi olarak gösterilmek suretiyle çalıştığını, işyerinde çalışan işçilerin Nakliyat

---

Bakınız: 9. Hukuk Dairesi'nin 2006/2371 - 2005/36851 - 2008/18822 Sayılı Kararları

İş Sendikası'na üye olmaları ve bu sendika ile davalı Y. Ltd. Şti. arasında toplu iş sözleşmesi imzalanması nedeni ile davalı A. A.Ş. yetkilileri çalışanlara sendikadan istifa etmeleri konusunda sürekli olarak artan şckilde baskı uyguladıklarını tüm bu baskılara rağmen toplu iş sözleşmesinin imzalanması nedeni ile davalı A. A.Ş'nin diğer davalı Y. Ltd. Şti. yetkilileri ve çalışanlarını işyerine sokmadıklarını davacı da dahil çalışanların işbaşı yapmalarını engelledıklerini bu şekildc davacının iş akdinin davalı A. A.Ş. yetkililerincc scndikal nedcnle feshedildiğini, davalı şirketlcr arasında başlangıçtan beri muvazaa olduğunu, davalı A. A.Ş'nin başlangıçtan beri davacı da dahil tüm işçiler üzerinde emir ve talimat verme yetkisi bulunduğunu işyerindeki tüm araç gereçlerin A. A.Ş'ye ait olduğunu, A. A.Ş'ye ait diğer çalışanların Türk Metal İş Sendikası'na üye olduklarını ve bu sendika ile aralarında toplu iş sözleşmesi bulunduğunu, iş akdi sona erdirilen çalışanların Nakliyat İş Sendikası üyeliğinden istifa etmeleri koşuluyla A. A.Ş'de yeniden işe başlayabileceklerinin bildirildiğini, bu şekilde iş akdinin sendikal nedenle feshedildiğini, A. A.Ş. tarafından yapılan fcshin geçersizliğine davacının ise iadcsine davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının 12 aylık ücrct tutarı olarak belirlenmesine davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, karar kesinleşinceye kadar boşta geçcn süre için 4 aylık ücret ve diğer sosyal haklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine yargılama gideri ve vekalet ücretinin davalı tarafa yüklctilmcsine karar verilmcsini talcp ve dava ctmiştir.

Davalı A. A.Ş. vckilleri davayı kabul etmediklerini, davalı A. A.Ş. ile diğer davalı Y. Ltd. Şti. arasında hizmet alım sözleşmesi yapıldığını her iki şirket arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğunu, bu şirketler arasında muvazaa ilişkisi bulunmadığını, A. A.Ş'nin diğer davalı Y. Ltd. Şti. ile arasındaki hizmet alım sözleşmesini 31.12.2007 tarihinde sona erdirdiğini ve bir ay öncesinden bu hususun ihtar edildiğini, iş akdinin feshinden davalı A. A.Ş'nin sorumluluğunun bulunmadığını bu nedenle davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Y. Ltd. Şti.'ye usulüne uygun tebligat yapılmış, yazılan müzekkereye vermiş olduğu ccvapta davalı YY. Ltd. Şti.'nin 2000 yılında davalı A. A.Ş'de hamal ve çaycı olarak çalışan Erdoğan ve Mehmet'e kurdurulduğunu Türker'in bu, şirkctin müdürü olarak çalıştığını, 2007 yılında ise Türker'in bu şirkete ortak vc müdür olarak katıldığını, başlangıçtan bcri A. A.Ş'ye ait işyerinde yükleme ve boşaltma işlerinin kurdurulan bu şirket aracılığı ile yerine getirildiğini, bu şirket işçilcri ilc Arçclik işçilerinin bir arada yan yana çalıştıklarını işin yürütülmesi ile ilgili her türlü talcp, yönlendirmc, dcnetim ve gözetimin doğrudan doğruya Arçelik A.Ş personeli tarafından yerine getirildiğini, işyerindeki tüm araç,

gereç ve aletlerin A. A.Ş'ye ait olduğunu, Y. Ltd. Şti. çalışanlarının Nakliyat İş Scndikasına üye olmaları ve bu sendika ile toplu iş sözleşmesi imzalanması nedeni ile A. A.Ş'nin Y. Ltd. Şti. ile yapmış olduğu hizmet satın alma sözleşmesini sona erdirdiğini ve çalışanların işyerine alınmadığını, ancak Nakliyat İş Sendikalığı üycliğinden istifa edenler ile sendika üyesi olmayanların A. A.Ş'dc çalışmaya devam ettiklcrini belirtmişlcrdir.

Davacıya ait SSK sicil dosyası, işyeri sicil dosyası, sendika üyelik ve istifa kayıtları, davalı şirketler arasında yapılmış olan hizmet satın alma sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, ticaret sicil kayıtları, davalı Y. Ltd. Şti. kurucularının hizmet cctvclleri ve ticaret sicil kayıtları, Bölge Çalışma Müdürlüğü kayıtları ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü kayıtları celp edilip incelenmiş, tarafların ibraz ettikleri tüm deliller toplanmış ve davacı tanıkları dinlenmiştir.

Yapılan yargılamaya toplanan delillere incelenen SSK kayıtlarına, ticaret sicil kayıtlarına, işyeri kayıtlarına. sendika kayıtlarına, toplu iş sözleşmesi ve davalı şirketler arasında yapılmış olan hizmet alım sözleşmesi içeriğine dinlenen tanık beyanlarına göre; davalı A. A.Ş'nin işyerinde sadece bu şirketin yükleme vc boşaltma işlerini yapmak üzere daha öncesinde A. A.Ş'de çalışan Erdoğan ve Mehmet'e 2000 yılında davalı YY. Ltd. Şti.'yi kurdurulduğu, Türker'in kuruluştan itibaren bu şirketin müdürü olarak görevlendirildiği, 2007 yılında ise Türker'in bu şirkete ortak ve müdür olarak alındığı, bu şirketle A. A.Ş. arasında kuruluşundan itibaren her yıl aynı şartlarda yükleme ve boşaltma işine ait hizmet satın alma sözleşmesinin yenilendiği, sözleşme içeriğinde ve dinlenen tanık beyanlarına ve yazı ccvaplarına göre de işyerinde fiilen işin yürütümü, çalışanların yönlendirme, dcnetim ve gözetim işlemleri ile işyerindeki tüm malzeme ve araçların temini, çalışanların ücretlerinin ödenmcsi, servis ve diğer sosyal imkanların sağlanması işlerinin doğrudan doğruya A. A.Ş. tarafından yerine getirildiği. davalı şirketler arasında her yıl yenilenen hizmet satın alma sözleşmesinin herhangi bir geçerli neden olmaksızın 26.12.2007 tarihindc imzalanan Nakliyat İş Scndikası ile davalı Y. Ltd. Şti. arasındaki toplu iş sözleşmesi nedeniyle 31.12.2007 tarihinde sona erdirildiği bu haliyle davalı Y. Ltd. Şti.'nin kuruluşundan itibaren diğer davalı A. A.Ş. arasında muvazaa ilişkisi bulunduğu. çalışanların başlangıçtan itibaren davalı A. A.Ş. çalışanı sayılması gerektiği, tespit edilen bu muvazaa nedeni ile davalı şirketler arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmadığı vc A. A.Ş. tarafından hizmet satın alma sözleşmesinin sona erdirilmesinin işlctmesel karar niteliğinde değcrlendirilemeyeccği, doğrudan doğruya çalışanların iş akdinin feshi anlamına geldiği ve çalışanların işyerine fiilen alınmadığı, bu haliyle de feshin A. A.Ş. tarafından gerçekleştirildiği, işyerinde fesih tarihinde A. A.Ş'de de çalışan toplam 9164 kişi olduğu, davalı Y. Ltd. Şti. ise toplam 363 çalışan olduğu

bunlardan 91'inin sendikasız olduğu, 19 çalışanın sendika üyeliğinden istifa ettikleri ve 253 kişinin Nakliyat İş Sendikası'na üyc oldukları davalı Y. Ltd. Şti. ile Nakliyat İş Sendikası arasındaki yetki tespitinc davalı A. A.Ş'nin Beyoğlu 2 İş Mahkemesi'nin 2007/539 esas sayılı dosyası ile itiraz ettiği ve davadan vazgeçme nedeni ile 10.12.2007 tarihinde yetki tespitinin kesinlcştiği ve 26.12.2007 tarihinde 15.03.2007 - 14.03.2009 tarihleri arasında uygulanmak üzere toplu iş sözleşmesi imzalandığı, bu toplu iş sözleşmesinin iptali için davalı A. A.Ş'nin İstanbul 9 İş Mahkemesi'nin 2008/165 esas sayılı dosyası ile dava açtığı ve davanın reddine karar verildiği, davalı A. A.Ş çalışanlarının ise Türk Metal İş Sendikası'na üyc ollukları ve A. A.Ş. ile Türk Metal İş Scndikası arasında toplu iş sözleşmesi bulunduğu, A. A.Ş. yetkililerinin iş akdi feshedilen çalışanlara fesihten önce ve fesih aşamasında Nakliyat İş Sendikası üyeliğindcn istifa ctmclcri hususunda baskı yaptıkları ve istifa cdenlcrin A. A.Ş'ye ait işyerinde çalışmaya devam edcccklerinin bildirildiği, sendika üyesi olmayan ve Nakliyat İş Scndikası üyeliğinden istifa eden 67 kişinin A. A.Ş'de çalışmaya devam ettikleri diğer sendika üyesi işçilerin isc işe alınmadıkları bu haliylc yapılan feshin sendikal nedcnc dayalı olarak yapıldığı anlaşıldığından muvazaa nedeni ilc a1t işveren çalışanlarının başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmala gerektiği alt işveren konumundaki davalı Y. Ltd. Şti. hakkında açılan davanın husumet nedeni ile rcddinc, davacının A. A.Ş'yc ait işycrine iadcsine, davacının sürcsi içecrisinde başvurusuna rağmen isc başlatılmaması halindc ödcnmcsi gcreken tazminat miktarının feshin sendikal nedenle yapılması nedeni ile 2821 sayılı Yasa'nın 31. maddesi gereğince davacının 12 aylık ücret tutarı olarak bclirlcnmesine, davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmcn işe başlatılmaması halinde kararın kesinleşmesine kadar en fazla 4 aya kadar ücret ve diğer sosyal haklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM:

Gerekçesi yukarıda izah edildiği üzere;

Davalı Y. Ltd. Şti. hakkında açılan davanın husumet nedeniyle reddine,

Davalı A. A.Ş. hakkında açılan davanın kabulü ile;

Davalı A. A.Ş. işverenliğince yapılan feshin geçersizliğine, Davacının A. AŞ.'ye ait iş yerine ise iadesine,

Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işveren A. AŞ.tarafından süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının 2821 Sayılı Sendikalar Yasası'nın 31.maddesi gereğince davacının 1 yıllık brüt ücret tutarı olarak belirlcnmcsine,

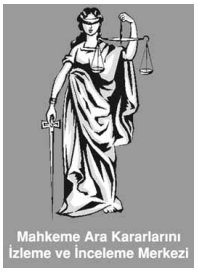
Davacının işe iade için süresi içinde işverene başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalı A. A.Ş'den alınarak davacıya ödcnmcsi gerektiğinin tespitine,

Harç pcşin alındığından yeniden alınmasına ycr olmadığına,

Hesap ve takdir edilen 500,00.-TL avukatlık ücretinin davalı A. A.Ş'den alınarak davacıya verilmesine,

Davacı tarafından yapılan 51,80.-TL mahkeme masrafının davalı A. A.Ş'den alınarak davacıya verilmesine,

Dair taraf vekilleri ile davalı YY. Ltd. Şti. yetkilisinin yüzüne karşı 8 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar 11.07.2008 tarihinde açıkça okunup tefhim edildi.



MAHKİM KARARLARI

İSTANBUL BAROSU
MAHKİM BAŞKANLIĞI

AĞIR CEZA MAHKEMESİ
İNCELEME RAPORU NO: 14

CEZA MAHKEMESİNCE
YENİ DELİL TOPLAMA TALEBİNİN REDDİ

DAVA KONUSU: Tedbirsizlik ile ölüme sebebiyet vermek

İTİRAZ KONUSU: Başvuruda bulunan avukatın müvekkili aleyhine tedbirsizlik ile yaralamaya sebebiyet verme suçu nedeni ile, Asliye Ceza Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Olayda yaralanan mağdurlardan birinin 2 ay 21 gün sonra vefat etmesi üzerine, Mahkemece görevsizlik kararı verilerek dosya Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Sanık müdafii ölümün kaza dışında başka bir nedenden kaynaklanmış olabileceği iddiasi ile tanık dinletme ve ilgili kurumdan rapor alınmasını talep etmiştir.

Mahkemece bu talep reddedilmiş ve dosya mütalaa için C. Savcılığına tevdi edilmiştir. Başvuruda bulunan, *"5271 Sayılı CMK'nın 7. maddesine göre görevsiz mahkemenin işlemleri, yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında hükümsüzdür"* açık hükmü karşısında Mahkemece taleplerinin haksız olarak ret edildiğini, müvekkilinin savunma hakkının kısıtlandığını iddia etmiş ve Mahkemenin ret kararının hukuk normlarına uygunluk açısından incelenmesini talep etmiştir.

İNCELEME: Dosyada yapılan incelemeden anlaşıldığı üzere, olay tarihinde başvuruda bulunan avukatın müvekkilinin usulsüz olarak park ettiği araca, başka bir aracın arkadan çarpması sonucu meydana gelen trafik kazasında 4 kişi yaralanmış, bu nedenle Asliye Ceza Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Yaralılardan ilk raporda 10 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı belirtilen birinin 2 ay 21 gün sonra vefat etmesi üzerine Mahkemece görevsizlik kararı verilerek dosya Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapılan yargılama sırasında başvuruda bulunan avukat, maktulün olaydan önce ve sonra birkaç kez motosiklet kazası geçirdiğini, olay günü alınan geçici rapor, kati rapor ve otopsi raporu arasında çelişkiler olduğunu belirterek tanık dinletme ve Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Kurulu'ndan ölümün dava konusu trafik kazasından mı, yoksa olaydan önceki ve sonraki tarihlerde meydana gelen başka

yaralanma ve kazalardan mı meydana geldiği hususunda rapor alınmasını talep etmiştir.

Mahkemece bu talepler *"Açılan kamu davasının mahiyetine, dosyanın geçirmiş olduğu safahat, Asliye Ceza Mahkemesince mahallinde yapılan keşif, dosyaya ibraz olunan bilirkişi raporlan, Adli Tıp Kurumu'nun kusur oranının tespitine dair raporu nazara alınarak sanık müdafiinin tanık dinletme ve bu yöndeki talepleri yerinde görlmediğinden"* denmek sureti ile ret edilmiştir.

DEĞERLENDİRME:

5271 sayılı CMK'nın, delillerin ortaya konulması ve reddi başlıklı 206. maddesinin 2. fıkrası;

Ortaya konulması istenilen bir delil; a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa, reddolunur:

Yasanın delil ve olayın geç bildirilmesi başlıklı 207. maddesi; "*Delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez."* hükmüne amirdir.

İncelenmesi istenen olayda, maktule Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıklan Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabipliği'nce verilen 05.04.2004 tarihli geçici raporda sadece baş kısımda yaralanmadan söz edilmiş, buna dayalı olarak Sağlık Ocağı tarafından verilen 07.04.2004 tarihli kati raporlarda şahsın yaralanma nedeni ile 10 gün iş ve gücünden geri kalacağı belirtilmiştir. Ancak kazadan 2 ay 21 gün sonra şahıs vefat etmiştir. Otopsi raporunda maktulun göbeğinde, ayağında ve boynunda yaralanmalardan söz edilmektedir.

Asliye Ceza Mahkemesinde deliller kısmen toplanmıştır. Ancak yaralı olan mağdur daha sonra vefat etmiş ve alınan otopsi raporu önceki deliller ile çelişmiştir. Ceza yargılamasının temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Delillerin hangi durumlarda ret edileceğine dair CMK 206. maddesinde sayılan hususların hiç biri olayda mevcut değildir. Bu nedenle sanık müdafiinin talep ettiği deliller toplanmalı, dosyadaki çelişkiler giderildikten sonra karara geçilmelidir.

SONUÇ: Ceza Mahkemesince, olayda maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkısı olabilecek delillerin toplanmasına dair taleplerin reddine dair verilen kararın usul hukukuna aykırılık teşkil ettiği kanısına varılarak bu rapor oluşturulmuştur.

İSTANBUL BAROSU
MAHKİM BAŞKANLIĞI

SULH CEZA MAHKEMESİ
İNCELEME RAPORU NO: 5

TRAFİK İDARİ PARA CEZASINA İTİRAZ

İTİRAZ KONUSU: Başvuruda bulunan avukatın, vekili bulunduğu bir firmaya ait araç, 08.11.2006 tarihinde çalınmış, olay hemen resmi mercilere duyurulmuş, ancak araç ve çalınanlar bulunamamış, araç bedeli sigorta şirketi tarafından firmaya ödenmiştir.

Daha sonra, çalınan bu aracın 28.03.2007 tarihinde Trafik Kanunu 6 I/A maddesine aykırı eyleminden dolayı trafik idari para cezası tutanağı düzenlenmiş ve aracı çalınan firmaya tebliğ edilmiştir. İş bu para cezasının kaldırılması için Sulh Ceza Mahkemesi'ne yapılan başvuru neticesinde itirazın reddine karar verilmiştir.

Başvuruda bulunan, bu olayın incelenmesini talep etmiştir.

İNCELEME: Dosyada yapılan incelemede; Trafik İdari Para Cezası'na itiraz eden firmaya ait bir aracın 08.11.2006 tarihinde çalındığı, aramalara rağmen bulunamadığı, aracın trafik kaydına çalıntı şerhinin işlendiği hususu İstanbul Emniyet Müdürlüğü ve Bakırköy İlçe Emniyet Müdürlüğü Trafik Tescil ve Denetleme Br. Amirliği yazılarından anlaşılmaktadır.

İş bu araca, 28.03.2007 tarihinde Trafik Kanunu 61/A maddesine aykırı eyleminden -*duraklamanın yasaklandığı yerde park etmek*- dolayı trafik idari para cezası tutanağı düzenlenmiştir.

Para cezasının kaldırılması için Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulmuş, Mahkemece, *"itiraz eden dilekçesinde göstermiş olduğu gerekçeler yerinde görülmediği gibi, Trafik Ceza tutanağında herhangi bir usulsüzlük görülmemiştir"* gerekçesi ile itirazin reddine karar verilmiştir.

DEĞERLENDİRME: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20/1 maddesi "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz"* hükmüne amirdir.

İncelenen olayda aracın çalındığı, bu hususun trafik kaydına şerh edildiği trafik ceza tutanağının araç çalındıktan 4 ay 20 gün sonra düzenlenmiş olduğu resmi belgeler ile sabittir.

Bu durumda itiraz edenin, Trafik Kanunu'na aykırı eylemi gerçekleştiren kişi olmadığı ortadadır. Bu nedenle uygulanan idari para cezasının, cezanın şahsiliği ilkesine aykırı olduğu göz önüne alınarak itirazın kabulü ile para cezasının iptali gerekirdi.

SONUÇ: Dosyadaki deliller ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20/1 maddesinin açık hükmü karşısında, cezanın şahsiliği ilkesine aykırı olarak düzenlenen trafik idari para cezası tutanağına karşı yapılan itirazın reddedilmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği kanısına varılarak bu rapor düzenlenmiştir.

AİHM KARARLARI

DÖRDÜNCÜ DAİRE

BOOTH DAVASI, BİRLEŞİK KRALLIK

Başvuru No. 27961/02

Çeviren:
Stj. Av. Rahime ERBAŞ

KARAR

STRASBOURG

3 Şubat 2009

Bu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde kesinleşecektir. Karar düzeltilebilir.

Booth / Birleşik Krallık Davasında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm);

Lech Garlicki, *Başkan*,

Nicolas Bratza,

Giovanni Bonello,

Ljiljana Mijovi_,

David Thór Björgvinsson,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi, *Yargıçlar*,

Lawrence Early, *Bölüm Yazı İşleri Müdürü*,

13 Ocak 2009 tarihinde toplanmış ve aynı tarihte aşağıdaki kararı almıştır:

YÖNTEM

1. İşbu dava İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin ("*Sözleşme*") 34. maddesi uyarınca Birleşik Krallığa ve Kuzey İrlanda'ya karşı, Biritanya vatandaşı olan Bay Tony Booth'un ("*başvurucu*"/davacı) 25 Ekim 2001 tarihinde Mahkemeye yaptığı başvuru (no. 27961/02) sonucunda doğmuştur.

2. Başvurucu/davacı, Londra'da avukatlık yapan Royds Rdw tarafından temsil edilmiştir. Birleşik Krallık Hükümeti (Hükümet), Dışişleri ve İngiliz Milletler Topluluğu Bakanlığı'ndan Bay C. Whomersley adlı vekil tarafından temsil edilmiştir,

3. Başvurucu/davacı, Sözleşmenin 8 ve 14. Maddelerine ve 1 No'lu Ek Protokolün 1. cümlesine dayanarak, kendisinin erkek olması nedeniyle bayan dulların aldığı sosyal güvenlik ödeneklerinin kendisine ödenmesinin reddedilmesini şikayet etmiştir.

4. Mahkeme, 17 Kasım 2005 tarihinde başvurucunun dul ödeneğiyle ilgili taleplerini ilişkilendirmeye karar vermiştir. Akabinde, davanın kabul edilebilirliğinin yanında aynı zamanda başvurunun esasının incelenmesine karar verilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvurucu 1944 yılında doğmuş ve Sussex'de yaşamaktadır.

6. Başvurucunun eşi 29 Ekim 2000 tarihinde yaşamını yitirmiştir. Çiftin bu evlilikten çocukları bulunmamaktadır. Başvurucunun dul ödeneği talebi 2 Ocak 2001 tarihinde yapılmış ve 31 Mayıs 2001 tarihinde kendisinin bayan olmadığı gerekçesiyle dul ödeneği hakkına sahip olmayacağından dolayı reddedilmiştir. Başvurucu, Birleşik Krallığın yasalarında dul baylar için ödenebilir sosyal güvenlik ödenekleri düzenlenmediğinden dolayı temyiz başvurusunun olumsuz olarak sonuçlanabileceğini düşünerek veya kendisi bu yönde bilgilendirildiğinden temyiz başvurusunda bulunmamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

7. İlgili iç hukuk ve uygulama Mahkemenin Willis Birleşik Krallık davasında, (no. 36042/97, §§ 14-26, AİHM 2002-IV.) tanımlanmıştır

HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİ İLE BİRLİKTE ELE ALINAN BİRİNCİ PROTOKOLÜN 1. MADDESİNİN VE/VEYA SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİ'NİN İHLALİ İDDİASI

8. Başvurucu, aynı koşullar altında kendisinin bir bayan olması durumunda dul ödeneği ("*Wpt*") ve dul aylığı ("*WP*") adı altında sosyal sigorta yardımından yararlanabiliyor olabilecekken, mevcut durumda Birleşik Krallık yetkili makamlarının kendisine sosyal sigorta yardımını ödemeyi reddettiğini bunun ise birinci protokolün 1. maddesi ve/veya

sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesine göre cinsiyete dayalı ayrımcılığı teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

Sözleşme'nin 14. maddesi şöyledir:

"*Bu sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapmaksızın güvence altına alınacaktır.*"[1]

1 no'lu protokulun 1 no'lu maddesi şöyledir:

"*1. Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden barışçıl biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararının gerektirmesi ve yasanın öngördüğü koşullara ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine tabi olunması durumu hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.*

2. Ancak, yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, kamu yararına uygun olması koşulu ya da vergilerin yahut diğer yükümlülüklerin ya da cezaların ödenmesinin sağlanması amacı ile, bir Devletin, mülkiyetin kullanılmasını denetim altına almak için gerekli görülen nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir."

Sözleşmenin 8. maddesi şöyledir:

"*1. Herkes, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin ya da ülkenin ekonomik refahının yararı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukuka uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar hariç, hiçbir müdahale olmayacaktır."

A. Hükümetin İlk İtirazları

9. Hükümet, başvurucunun ilk itirazının/dilekçenin Mahkeme Tüzüğü'nün 47 § 1. maddesine gore sunulmadığını, başvurunun kesin kararın alındığı tarihten itibaren 6 aydan fazla bir zaman sonra yapıldığını ve bu nedenle başvurunun kabul edilemez olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

10. Mahkeme, Mahkeme tüzüğünün 47 § 5. maddesine göre; başvurucu tarafından yapılan ve en azından başvuru konusunu özetle gösteren ilk bildirim tarihinin başvurunun ilk yapıldığı tarih olarak genel kurala göre

---

(1) Prof. Dr. mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusalustu İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bolgesel Sistemler)", 2. Bası, Beta Yayinlari, İstanbul, 2000". Atif yapilan sayfa numaralari: 8. madde icin 178, 14. madde için 181, 41. madde için 191, birinci protokolun birinci maddesi için 200.

dikkate alındığını hatırlatır. (bakınız Calleja v. Malta, (dec.), no. 75274/01, 18 Mart 2004).

11. Mahkeme, başvurucuyu/davacıyı temsil eden vekilin Mahkemeye çeşitli türdeki dulluk ödenekleri ile ilgili şikayetlerini içeren bir çok başvuru sunduğunu ve bunların aynı dava konusunu teşkil ettiğini belirlemiştir. Bu ön yazıda, başvurucunun/davacının vekili bu davaları "*devlet mağduriyet yardımlarında eşit koşulları arayan dullar için grup başvurusu*" olarak tanımlamaktadır. Vekil her bir başvurucunun/davacının şikayetin niteliğini bireyselleştirmemesine rağmen, bütün başvuruculaların/davacıların hak sahibi olmamalarını Sözleşmenin 8, 14. ve Protokolün 1. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile itirazda bulunmak istedikleri hususu Mahkeme için açıktır. Vekil daha sonra, 25 Ekim 2001 tarihinde, mevcut davanın başvurucusu/davacısı hakkında detaylı bilgileri içeren listeleri sunmuştur. Mahkeme, her bir başvurucuya/davacıya ilişkin bireysel listelerinin sunulduğu tarihi, her bir başvurunun takdim tarihi olarak kabul etmiştir.

Mahkeme ayrıca, başvurucu davasının 6 aylık kuralına uymadığı için kabul edilemez olduğunu belirten 17 Aralık 2002 tarihli Komite kararından sonra başvurucu ile ilgili programının/listelerinin bulunması ile davanın yeniden açıldığını belirtmiştir.

Mahkeme bu nedenle mevcut davanın koşullarına göre ve başvurucunun yasal temsilcisi tarafından mahkeme önüne getirilen tüm dul grupların davalarında kabul edildiği gibi, Sözleşmenin 35 § 1. maddesinin amacına uygun olarak sunulan listelerini/programını başvurucunun ilk başvurusu olarak değerlendireceğini belirtmiştir.

12. Bu nedenle, başvurucunun ilk itirazının/dilekçesinin 25 Ekim 2001 tarihinde olması ve davasında kesin hükümün 31 Mayıs 2001 tarihli olması, başvurunun 6 aylık dönemin dışına çıkmadığını gösterir. Hükümetin itirazı bu nedenle reddedilmiştir.

B. DULLUK ÖDENEĞİ

1. Kabul edilebilirlik

13. Mahkeme şikayetin sözleşmenin 35. maddesinin 3. cümlesi anlamında (sakat olarak tesis edilmediğini) veya öteki nedenlerle açıkça temelsiz olmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle başvuru kabul edilebilir sayılmalıdır.

2. Esas

14. Mahkeme öncelikle mevcut davaya benzer konulara sahip, artan davalarını inceledi ve Birinci Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. Maddesinin ihlalini tespit etmiştir (bakınız adı geçen Willis, §§ 41-43).

15. Mahkeme, mevcut davayı incelemiş ve bu somut olayda hükümet tarafından bu sonucu değiştirecek gerçekler/deliller ve iddialar olmadığını saptamıştır. Bu nedenle Mahkeme başvurucunun mağdur olduğu dulluk ödeneği ile ilgili düzenlemede yer alan, kadın ve erkek arasındaki işlemlerdeki farklılığın herhangi bir "*objektif ve makul haklı nedene*" dayanmadığını belirlemiştir. (bakınız adı geçen Willis, § 42).

16. Birinci Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. Maddesinin ihlali vardır.

17. Mahkeme, başvurucunun dulluk ödeneği hakkına sahip olmamasına ilişkin, Birinci Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlaline hükmederek, sözleşmenin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesini başvurucunun şikayetleri doğrultusunda incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir.

C. DULLUK AYLIĞI

Kabul edilebilirlik

18. Mahkeme Dulluk Ödeneği ile ilgili vermiş olduğu önceki kararlarında, bu ödeneklerin niteliği ve 9 Nisan 2001 yılından sonra eşleri vefat eden kadınlara ilişkin ödeneklerin yürürlükten kaldırılmasına kadar, Dulluk Ödeneklerinin yaşlı dullar ile gerek gruplarla gerekse nüfusun geri kalan kısım arasındaki "*fili eşitsizliklerini*" ortadan kaldırmak amacı ile getirildiğini ve muameledeki bu farklılık haklı neden ve objektif olarak gerekçelendirilmiştir. Ayrıca mahkeme, Birleşik Krallığın daha erken bir tarihte dulluk ödeneklerini yürürlükten kaldırmadığı için eleştirilemeyeceğini ve bu durumun parlamentonun reform sürecinin yavaşça yürüdüğü olarak algılanması gerekmediğini belirtmiştir (bknz, Runkee ve White v. the United Kingdom, no. 42949/98, §§ 40-41, 25 Temmuz 2007). Mahkeme, bu nedenle, başvurunun ayrıca Sözleşmenin 8. maddesi açısından incelemeye gerek olmadığını belirterek, başvurucuya dulluk ödeneğinin veya buna eşdeğer bir bedelin ödenmemesi durumunun birinci Protokolün 1. maddesiyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlalini oluşturmadığını tespit etmiştir (ibid § 42).

19. Bu nedenle, başvurucunun şikayetleri açıkça asılsızdır ve sözleşmenin 4. maddesine ve 35 §§ 3. maddesine göre reddedilmelidir.

II. SÖZLEŞME MADDE 41'İN UYGULANMASI

20. Sözleşmenin 41. maddesi şöyledir:

"*Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.*

Sözleşme ya da onun Protokollerinin bir ihlali bulunduğunu bulgularsa, ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku ancak kısmi bir giderime elveriyorsa, Mahkeme, gerekli olduğunda, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun biçimde tatmin edilmesini temin edecektir."

21. Buna karşılık, 12 Ağustos 2008 ve 16 ekim 2008 tarihli Mahkeme başvurularında başvurucunun/davacının vekili Sözleşmenin 41. maddesine dayanarak hiçbir talepte bulunmamıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE,

1. Başvurucunun dulluk ödeneği hakkına sahip olamamasına ilişkin olan şikayetinin Kabul edilebilir olduğuna ve başvurunun geri kalan kısmının kabul edilebilir olmadığına karar verilmesine;

2. Başvurucunun dulluk ödeneği hakkına sahip olamamasına ilişkin olarak birinci Protokolün 1. maddesiyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesine;

3. Mahkeme, başvurucunun dulluk ödeneği hakkına sahip olmamasına ilişkin, ayrıca sözleşmenin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesini başvurucunun şikayetleri doğrultusunda incelemeye gerek olmadığına karar verilmesine hükmetmiştir.

Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 3 Şubat 2009 günü İngilizce yazılı olarak bildirilmiştir.

Lawrence Early	**Lech Garlicki**
Yazı işleri Müdürü	Başkan

AKTARMALAR / AYRILMALAR / YİTİRDİKLERİMİZ

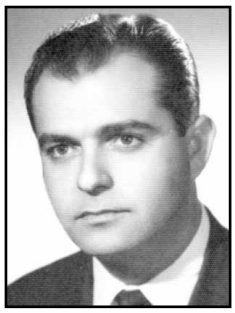
AKTARIMLAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	H. TARİHİ
1	37326	GAMZE	CIKIT	Nakil Gitme	03/09/2009
2	32927	GÜLİN	DAL	Nakil Gitme	26/08/2009
3	22236	H. BANU	Ç. DEMİR	Nakil Gitme	12/08/2009
4	36066	ÖNDER	SARAÇ	Nakil Gitme	26/08/2009
5	30136	HANDAN	KİP	Nakil Gitme	12/08/2009
6	22650	KEMAL	ERSOY	Nakil Gitme	12/08/2009
7	28869	H. GONCA	GÜNGÖR	Nakil Gitme	27/08/2009
8	33878	NAZAN	GÜNDÜZ	Nakil Gitme	27/08/2009
9	35211	SAHRA	Y. HIDIMOĞLU	Nakil Gitme	12/08/2009
10	32183	V. BURAK	ÖZYÜREK	Nakil Gitme	12/08/2009
11	30905	TURGAY	HINIZ	Nakil Gitme	10/09/2009
12	35350	Z. DUYGU	ÖZGENCİL	Nakil Gitme	03/09/2009
13	35913	BURCU	DÜZEN	Nakil Gitme	03/09/2009
14	22262	NECMİ	KUĞU	Nakil Gitme	10/09/2009
15	36707	ERSİN	ASLAN	Nakil Gitme	03/09/2009
16	33351	F. ZEHRA	ÜNERAL	Nakil Gitme	10/09/2009
17	28036	SİNAN	KARACAK	Nakil Gitme	03/09/2009
18	32172	SEÇKİN	PEKŞEN	Nakil Nakil	10/09/2009

AYRILMALAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	H. TARİHİ
1	35919	A. SİNAN	YAĞAN	İstifa	12/08/2009
2	21285	O. ERCAN	AYDIN	İstifa	12/08/2009
3	16695	ATILAY	TEKGÜNDÜZ	İstifa	03/09/2009
4	19865	K. GÜRAY	SERiMÖZÜ	İstifa	26/08/2009
5	16421	GÜL	GEDİKLİ	İstifa	03/09/2009
6	9194	M. GÜLTEKiN	YEŞİLYURT	İstifa	26/08/2009
7	15292	BEYZA	DİLER	İstifa	12/08/2009
8	6049	İDİKUT	İDİKUT	İstifa	26/08/2009
9	34857	HAYRİYE	KESER	İstifa	26/08/2009
10	34080	F. GÜL	KARAGÖZ	İstifa	10/09/2009
11	37345	A. RIZA	ARIGTEKiN	İstifa	03/09/2009
12	19961	FUNDA	ESEN	İstifa	26/08/2009
13	32694	A. GÜLAY	ÖZDEN	İstifa	12/08/2009

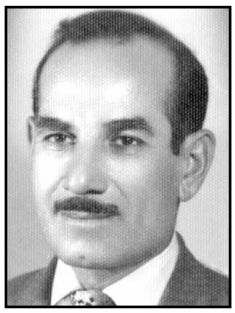
YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 5022 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
İSMET ÖZTÜRK
13.09.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında İskeçe'de doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

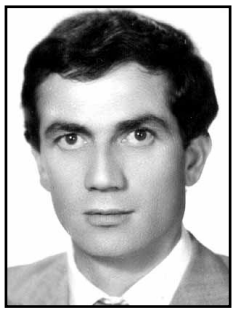
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4173 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
HÜSEYİN AYDIN
09.09.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1923 yılında Şiran'da doğmuş, 1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

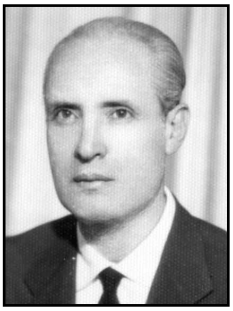
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 12633 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
KEMAL YILDIRIM
06.09.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Tunceli'de doğmuş, 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1983 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

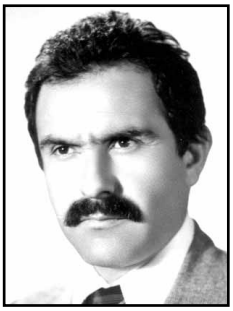
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5018 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
FARUK TUNCA
01.09.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1916 yılında İstanbul'da doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

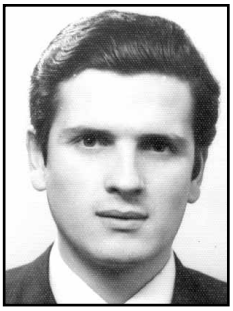
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 12092 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
MEHMET TANGÜN
30.08.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1937 yılında Malatya'da doğmuş, 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Malatya Barosu'nda yaparak 1981 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

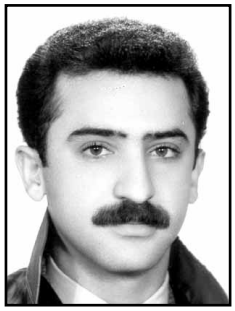
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7598 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
RIFAT ALİ KUTAY
27.08.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1945 yılında İstanbul'da doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

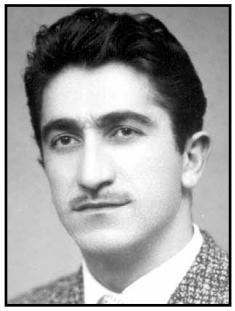
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 15496 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ALTAN TEPECİK
27.08.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1962 yılında Bursa'da doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1988 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5247 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ENVER SUAT GüNEY
26.08.2009 tarihinde vefat etmiştir.

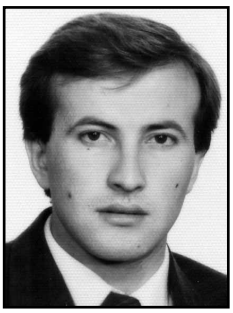
Merhum 1935 yılında Siirt'te doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1964 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8173 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
DEMET SAKIZ
26.08.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1945 yılında İstanbul'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

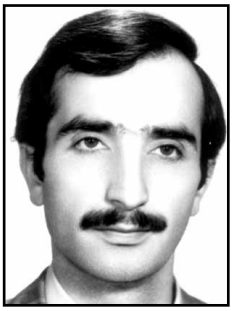
Merhumeye Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 13584 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
NAİL KEÇELİ
13.08.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1937 yılında Malatya'da doğmuş, 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Malatya Barosu'nda yaparak 1981 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8962 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
MEHMET KARA
24.07.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Çaykara'da doğmuş 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1974 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6932 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
SAMİ ORUÇ
24.07.2009 tarihinde vefat etmiştir.

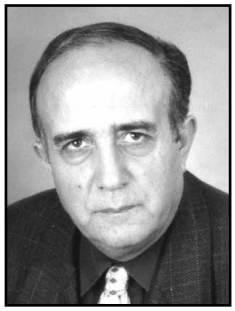
Merhum 1941 yılında Bünyan'da doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13887 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
AYŞE ERTÜRK
21.07.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1959 yılında Yunanistan'da doğmuş, 1984 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1985 tarihinde Baromuz levhasına kaydolmuştur.

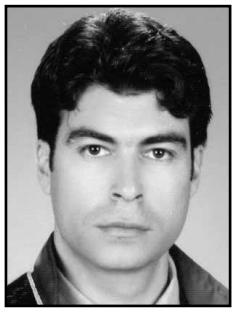
Merhumeye Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7913 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
KEMAL ORTAÇ
03.07.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Elazığ'da doğmuş. 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 31580 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
FAHRETTİN KONAK
03.03.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1980 yılında Yıldızeli'de doğmuş 2003 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 2005 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

DİZİNLER

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

35. MADDE İŞLEMİ 2877
AİLE HUKUKU ..... 2777 - 2778 - 2779 - 2780 - 2781 - 2782 - 2783
AİLE KONUTU 2781
AİLE MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI 2780
AHLAKA AYKIRI HÜKÜM 2885
ALACAĞIN LİKİT OLMAMASI 2905
ALIŞVERİŞ MERKEZİNİN OTOPARKINA BIRAKILAN ARAÇTA HASAR .. 2813
ALT İŞVEREN İŞÇİLİĞİ 2855
ANATAŞINMAZDAKİ ORTAK YERİN PROJEYE AYKIRI OLARAK KULLANILMASI 2909
ANA VE BABAYA GELİR BAĞLANMASI 2863
ARAÇ ÇALINMASI 2837
ARA DİNLENMELERİ 2851
AVUKATLIK ÜCRETİ ..... 2885 - 2889
AYLIK ÜCRETE FAZLA ÇALIŞMANIN DAHİL EDİLMESİ 2823

B

BAĞ-KUR PRİMİ BORÇLANMASI 2921
BASIN HUKUKU 2737
BEDEL TESPİTİ 2891
BELEDİYELERİN ALT İŞVEREN KULLANMASI 2843
BONODA TALİL 2915
BONONUN İHDAS NEDENİN GÖSTERİLMEMİŞ OLMASI 2915
BOOTH DAVASI, BİRLEŞİK KRALLIK 2991
BORÇLANMA 2735
BORÇLAR HUKUKU ..... 2813 - 2881
BORDRO TANIĞI 2919
BOŞANMADA MANEVİ TAZMİNAT 2779
BOŞANMA KARARI 2777
BOŞANMA KARARINDAN SONRA BİRLİKTELİĞİN SÜRDÜRÜLMESİ 2782
BOŞANMANIN EKİ OLMAYAN DAVADA GÖREV 2780

C-Ç

ÇAPLI TAŞINMAZA EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI 2768
ÇATIŞAN İKİ DEĞER 2737
ÇEKİN İBRAZ OLDUĞU GÜNDE ÖDENMESİ ZORUNLULUĞU 2869
ÇELİŞKİLİ RAPORLAR 2881
CEZA MAHKEMESİNCE YENİ DELİL TOPLAMA TALEBİNİN REDDİ 2985
CEZA YARGILAMASI İLKELERİ 2969

D

DAVACILARIN HAKLARI 2749
DAVACININ KUSURLU EYLEMİ 2765
DAVACININ MAHKEME KARARINA KARŞIN
EYLEMLERİNE DEVAM ETMESİ 2763
DAVADA GÖREV 2789
DAVA HAKKI 2894
DAVADA HUSUMET ..... 2852 - 2909
DAVADA İZLENECEK YÖNTEM 2805
DAVAYI TEFRİK 2783
DENİZ FENERİ e.V. KARARI 2929

E

EĞİTİM İÇİN ALINAN KREDİ BORCU 2789
ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNİN
PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ 2805
EKSİK ÜCRET ÖDENMESİ 2817
ESER 2760
ESER SAHİPLİĞİNİN TESPİTİ 2749
ESER SÖZLEŞMESİ 2905
EŞYA HUKUKU 2805
EV İŞLERİNDE ÇALIŞANLARIN STATÜSÜ 2821

F

FAİZ ORANLARI 2829
FAİZ UYGULAMASI 2833
FAZLA ÇALIŞMA 2837
FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİ 2851
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ ALACAĞI 2823
FAZLAYA İLİŞKİN TALEP 2881
FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ 2848
FESİH BİLDİRİMİNDE SÜRE KOŞULU 2809
FOTOĞRAFA İLİŞKİN HAK TALEBİ 2760
FOTOĞRAFIN ESER SAYILIP SAYILMAYACAĞININ
BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ İLE SAPTANABİLECEĞİ 2760

G

GEÇERSİZ TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ 2879
GEÇİT HAKKI ..... 2891 - 2900
GEÇİT HAKKI KARARININ İNFAZINDAN ÖNCE TAŞINMAZIN

EL DEĞİŞTİRMESİ DURUMU 2787
GEÇİT HAKKININ AMACI 2765
GENEL KADIN İBARESİNİN SİCİLDEN SİLİNMESİ 2949
GİDERİM İSTEMİ 2763
GÜNÜ GELMEYEN ÇEK 2869
GÖREV 2741
GÖREVSİZLİK KARARI HALİNDE DE AVUKATLIK ÜCRETİNE HÜKMEDİLMESİ ZORUNLULUĞU 2889

H

HAKKANİYET İNDİRİMİ 2823
HAKSIZ EYLEM 2780
HİZMET TESPİTİ DAVALARI 2919
HUKUKİ OLASILIKLAR 2839
HUKUKSAL YARAR..... 2735

I-İ

ISLAH 2793
ISLAH VEYA EK DAVA YOLUYLA TALEBİN ARTTIRILMASI 2881
İCRA HUKUKU ..... 2803 - 2873 - 2874
İDARİ DAVA 2772
İHBAR SÜRESİ İLE İŞ ARAMA SÜRESİNİN İÇ İÇE GİRMESİ 2829
İHTİYACIN SÜREKLİ OLMASININ GEREĞİ 2807
İHTİYAÇ NEDENİYLE TAHLİYE 2807
İHTİYATİ HACİZ 2869
İLAMLI TAKİP 2873
İLAMLARININ TENFİZİ VE TANINMASI 2793
İMAR UYGULAMASI 2772
İNFAZDAN ÖNCE GEÇİT HAKKINDAN VAZGEÇEN DAVACIYA DEPO EDİLEN BEDELİN İADESİ 2787
İPOTEK HACZİ 2874
İSPAT KÜLFETİ 2781
İSPAT YÖNTEMİ ..... 2823 - 2829 - 2850
İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ 2915
İŞÇİNİN EMEKLİLİĞİNİ İSTEMESİ DURUMUNDA ASKERLİK SÜRESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ 2827
İŞÇİNİN İSTİFA DİLEKÇESİNİN YORUMU 2839
İŞÇİNİN İŞE İADE İSTEĞİNİN SAMİMİ OLMASI 2833
İŞÇİNİN HAKLARININ KISITLANMASI 2855
İŞÇİNİN KUSURU 2837
İŞÇİNİN ÜCRET ALACAKLARI 2850
İŞÇİNİN ÜCRETİNİN DÜŞÜRÜLÜLEMEYECEĞİ 2857

İŞE BAŞLAMAYAN İŞÇİNİN HAKLARI 2833
İŞE İADE DAVASI 2848
İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI 2833
İŞ HUKUKU ..... 2817 - 2821 - 2826 - 2827 2829 - 2833 - 2837 - 2839 - 2848 - 2850 - 2851 - 2852 - 2855 - 2857 - 2861 - 2863 - 2919 - 2921
İŞ KAZASI 2863
İŞ KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK 2817
İŞ KOŞULLARINDAKİ ESASLI DEĞİŞİKLİK 2817
İŞ MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI 2821
İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA VE AYRIM YAPMAMA BORCU 2817
İŞVERENİN SORUMLULUĞU 2833
İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ 2839
İŞVEREN TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN FESİH 2827
İŞYERİ KAYDININ TESCİLİNİN DÜZELTİLMESİ 2861
İYİNİYET KAVRAMI 2782
İZİN ÜCRETİ ALACAĞI 2829
İZLENECEK OLAN YÖNTEM 2879

K-L

KADININ ELİNDEN ZORLA ALINAN PARA 2780
KADIN İŞÇİNİN DOĞUM İZNİ 2839
KAMU DÜZENİ 2921
KAMUNUN YARARLANMASINA TAHSİS EDİLEN YOL 2900
KANIT 2969
KANUNİ MİRASÇILARIN HAKLARI 2749
KAT İRTİFAKI 2910
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU ..... 2909 - 2910
KAT MÜLKİYETİ KURALLARI 2910
KIDEM TAZMİNATI 2826
KISA KARAR-GEREKÇELİ KARAR ARASINDAKİ ÇELİŞKİ 2732
KISMİ DAVANIN ZAMANAŞIMINI KESMEYECEĞİ 2795
KIYMETLİ EVRAK HUKUKU ..... 2869 - 2915
KİRA HUKUKU ..... 2791 - 2803 - 2807
KİRALANAN YERİ ERKEN BOŞALTAN KİRACININ SORUMLULUĞU 2809
KİRA SÖZLEŞMESİ 2803
KİRA SÖZLEŞMESİNİN İİK 269/B ANLAMINDA BELGE OLDUĞU 2803
KİRA SÖZLEŞMESİNİN UZAMASI 2809
KİRA TESPİTİ 2791
KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI ..... 2737 - 2779 - 2799
KOCANIN EŞİNİ DÖVMESİ 2777
KOMŞULUK HUKUKU İLKELERİ 2898
KÖTÜ NİYETLİ TESCİL 2742

KÖTÜ NİYET SAVI 2781
KÖY YOLU 2900
KUSUR OLGUSU 2777
KÜÇÜK ESNAF SANATKAR YASASI-İŞ YASASI AYIRIMI 2741
LEHE OLAN UYGULAMA 2863

M-N

MAHKEMECE İZLENECEK YOL 2768
MAHKEMECE İZLENMESİ GEREKEN YOL 2861
MALDAKİ AYIP 2905
MAL REJİMİNE DAYANAN İADE DAVASI 2783
MAL REJİMİNİN SONA ERMESİ ZORUNLULUĞU 2783
MANEVİ GİDERİM ..... 2737 - 2799
MARKA 2763
MARKA İZLENİMİNİ YARATACAK KULLANMA 2763
MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ 2742
MARKA TESCİLİ 2742
MASUMİYET KARİNESİ 2969
MİNİBÜS ŞOFÖRÜNÜN ÇALIŞMASI 2741
MUACCELİYET 2829
MUACCELİYET VE TEMERRÜT OLGUSU 2833
MUHTARA TEBLİGAT 2877
MUVAZAA İDDİASININ ARAŞTIRILMASI 2843
MUVAZAALI TAŞERON İŞÇİLİĞİ 2857
MUVAZAAYA DAYANAN ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ 2852
MÜZİK ESERİNE DÖNÜŞTÜRÜLEN ŞİİR 2749
NEDENSİZ ZENGİNLEŞME 2795
NİRENGİ NOKTALARINDAN ÖLÇÜMLEME 2768

O-Ö

ORTAK HAYATIN TEMELİNDEN SARSILMASI 2778
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE YÖNTEM 2806
ÖDEME TARİHİNE GÖRE BORÇLANMA BEDELİNİN TESPİTİ 2921
ÖDENEN BEDELİN GERİ ALINMASI 2879
ÖN MESELE 2772
ÖZEL VE TEKNİK BİLGİ GEREKTİREN DURUMLAR 2760

P-R

PAYDAŞLIĞIN GİDERİLMESİ 2806
REDDİ HAKİM DİLEKÇESİNDE
YER ALAN SÖZLERİN SAVUNMA HAKKINI AŞMASI DURUMU 2799

S

SATELİTTE KAYITLARI 2837
SOSYAL GÜVENLİK HAKKI 2921
SOSYAL GÜVENLİK İLKELERİ 2863
SOYUT TANIK ANLATIMLARININ ÖNEMİ 2919
SÖZLEŞME 2885
SUSMA HAKKI 2969
SÜREKLİ OLMAYAN FAZLA ÇALIŞMALAR 2848

T

TAKOMETRİK ALETLERLE ÖLÇÜM 2768
TALEPLE BAĞLILIK KURALI 2760
TANIK ANLATIMLARI 2837
TAPU İPTALİ VE ESKİ HALE İADE DAVASI 2772
TAPU KAYDININ DÜZELTİLMESİ DAVASI 2771
TAPU SİCİLİ ..... 2781 - 2894
TARIM ALANI 2891
TAŞINMAZDAKİ EKLENTİNİN HACZEDİLMESİ 2874
TAŞINMAZ HUKUKU .....2787 - 2806 - 2891 - 2894 - 2896 - 2898 - 2898
TEBLİGAT HUKUKU 2877
TECAVÜZÜN REFİ 2749
TEDBİR NAFAKASI 2873
TEMERRÜT 2829
TIR ŞÖFÖRÜ 2837
TRAFİK İDARİ PARA CEZASINA İTİRAZ 2987
TÜKETİCİ HUKUKU 2789
TÜKETİCİ MAHKEMESİ 2789
TÜRK PARASI ÜZERİNDEN TESPİT YAPILACAĞI 2791

U-Ü

UMUMA ARZ YETKİSİ 2749
USUL HUKUKU 2799
UYGULANACAK İLKELER ..... 2891 - 2894 - 2896
ÜCRETSİZ İZİNDE VE GREVDE GEÇEN SÜRELER 2826
ÜCRETSİZ İZİN TALEBİ 2839
ÜST DÜZEY YÖNETİCİ 2823

Y

YABANCI PARAYLA ÖDENEN KİRA BORCU 2791
YABANCI UNSURLU DAVALAR 2793

YAPIMCI 2749
YASA DEĞİŞİKLİĞİ 2863
YASANIN GERİYE YÜRÜTÜLMESİ 2863
YEREL BİLİRKİŞİ VE TANIK 2768

Z

ZAMANAŞIMI 2795
ZARARDAN DOĞAN SORUMLULUK 2813
ZORUNLU GEÇİT HAKKI ..... 2787- 2894 - 2896 - 2898

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• ***AİLE MAHKEMELERİ KANUNU*** (AMK/4787)
Madde 4 2780

• ***ANAYASA*** (AY)
Madde 10 2817
Madde 28 2737

• ***AVUKATLIK YASASI*** (AVY/1136)
Madde 164 2889

• ***BASIN KANUNU*** (BSMK/5187)
Madde 1 - 3 2737

• ***BELEDİYELER KANUNU*** (BLDK/5393)
Madde 67 ..... 2843 - 2855

• ***BELEDİYELER KANUNU ESKİ*** (BLDK/5272)
Madde 67 2852

• ***BORÇLAR KANUNU*** *(BK/818)*
Madde 19 2885
Madde 66 2795
Madde 83/2 2791
Madde 213 2879
Madde 360 - 360/1 2905

• ***CEZA MUHAKEMESİ KANUNU*** *(CMK/5271)*
Madde 250 2969

• ***ESNAF VE SANATKARLAR KANUNU*** *(ESK/507)*
507 SY 2741

• ***ESNAF VE SANATKARLAR MESLEK KURULUŞLARI KANUNU*** *(ESMKK/5362)*
5362 SY 2741

• ***FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU*** *(FİSEK/5846)*
Madde 14/1-2 - 15 - 15/1-3 - 19/1 - 21 2749
Madde 68 2760
Madde 70/1 2749

•***GAYRİMENKUL KİRALARI HAKKINDA KANUN*** *(GKHK/6570)*
Madde 11 ..... 2791 - 2809

• ***HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU*** *(HUMK/1086)*
Madde 8/1 2780
Madde 74 2760
Madde 76 2742
Madde 87 2881
Madde 275 2760
Madde 290 2915
Madde 381 - 388 - 389 2732
Madde 426 2889

• ***İCRA İFLAS KANUNU*** *(İİK/2004)*
Madde 83/c 2874
Madde 257/1 2869
Madde 269/b 2803

• ***İŞ KANUNU*** *(İK/4857)*
4857 SY 2741
Madde 2/6 ..... 2843- 2852 - 2855
Madde 2/7 - 7 ..... 2852 - 2855
Madde 4 2821
Madde 5 2817
Madde 17 ..... 2829 - 2839
Madde 18 - 20/2 2843
Madde 20/3 ..... 2848 -2852 - 2855 - 2857
Madde 22 2817
Madde 21/5 2833
Madde 24 2839
Madde 25/ı 2837
Madde 27 2829
Madde 34 ..... 2833 - 2829

Madde 53 - 54 2829
Madde 56 2833
Madde 59 2829
Madde 74 - 104 2839

• ***İŞ MAHKEMELERİ KANUNU*** *(İş MAH. K/5521)*
Madde 1 2821

• ***KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME*** *(KHK/551)*
Madde 35 - 42 -53 2742

• ***KAT MÜLKİYETLERİ KANUNU*** *(KMK/634)*
Madde 17 2910

• ***MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU KANUNU***
(MÖHUK/5718)
Madde 37/1..... 2793

• ***SOSYAL SİGORTALAR KANUNU*** *(SSK/506)*
Madde Geç. 80 2735
Madde 24 2863

• ***TEBLİKAT YASASI*** *(TEB. Y./7201)*
Madde 21 2877
Madde 26 2879
Madde 35 2877

• ***TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN*** *(TKHK/4077)*
Madde 1 - 2 - 3 - 10/A - 23 2789

• ***TÜRK MEDENİ KANUNU*** *(TMK/4721)*
Madde 2 ..... 2742 - 2782 - 2813 - 2843
Madde 24 - 25 2737
Madde 166/1 ..... 2777 - 2778
Madde 174/2 2779
Madde 194/1 2781
Madde 686 2874
Madde 706 2879
Madde 707 2869
Madde 725 2768
Madde 747 ..... 2787 - 2891 - 2894 - 2896 - 2898
Madde 1023 2781

• ***TÜRK TİCARET KANUNU*** *(TTK/6762)*
Madde 20/2 2742

• ***YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KARARI*** *(YİBK)*
Madde 7/4 2732
Madde 7/9 2889

YARGITAY KARARLARINI
DAİRELERE VE KİMLİKLERİNE
(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)
GÖRE ARAMA DİZİNİ

√ ***YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARAR DERLEMESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
200910/238	*2009/227*	*03.06.2009*	2732
2009/10-157	*2009/192*	*13.05.2009*	2735
2009/4-100	*2009/163*	*06.05.2009*	2737
2009/9-128	*2009/148*	*29.04.2009*	2741
2008/11-501	2008/507	16.07.2008	2742
2008/11-368	2008/393	28.05.2008	2749
2008/11-392	2008/377	14.05.2008	2760
2008/11-262	2008/260	09.03.2008	2763
2006/14-756	2006/762	29.11.2006	2765

√ ***YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2009/1390	2009/3396	18.03.2009	2768
2009/1236	2009/2977	09.03.2009	2771
2009/681	2009/2055	19.02.2009	2772

√ ***YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/3919	2009/9983	26.05.2009	2777
2008/6387	2009/8980	07.05.2009	2778
2008/5724	2009/8745	05.05.2009	2779
2009/3951	2009/7819	22.04.2009	2780
2008/2352	2009/7731	21.04.2009	2781
2009/4466	2009/7493	20.04.2009	2782
2008/4260	2009/7171	14.04.2009	2783

√ ***YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2009/2557	2009/3365	05.03.2009	2787
2008/21878	2009/3235	03.03.2009	2789

2008/12749	2008/17436	21.10.2008	2791
2008/12906	2008/15378	22.09.2008	2793
2006/6977	2006/13951	31.10.2006	2795

√ ***YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/8192	2009/2926	26.02.2009	2799

√ ***YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2009/2526	2009/3330	16.04.2009	2803
2008/14230	2009/2795	02.04.2009	2805
2009/13151	2009/229	22.01.2009	2806
2008/8670	2008/10412	06.10.2008	2807
2008/5098	2008/7499	10.06.2008	2809

√ ***YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2007/4601	2007/4310	20.11.2007	2813

√ ***YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2009/20239	2009/18297	29.06.2009	2817
2009/20489	2009/16455	09.06.2009	2821
2008/423	2009/14879	28.05.2009	2823
2008/539	2009/13637	21.05.2009	2826
2007/40739	2009/10797	16.04.2009	2827
2007/38515	2009/10133	09.04.2009	2829
2007/38730	2009/7345	18.03.2009	2833
2008/5556	2008/27996	21.10.2008	2837
2007/27521	2008/25157	26.09.2008	2839
2008/13508	2008/9251	21.04.2008	2843
2007/31679	2007/31985	30.10.2007	2848
2007/2196	2007/30004	10.10.2007	2550
2006/21763	2007/6229	12.03.2007	2851
2005/36851	2006/5432	06.03.2006	2852
2006/2371	2006/4767	27.02.2006	2855
2005/18822	2005/24469	11.07.2005	2857

√ ***YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/2383	2009/7719	27.04.2009	2861
2007/13916	2008/14584	11.11.2008	2863

√ ***YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/6447	2009/7249	15.06.2009	2869

√ ***YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/6576	2009/14462	30.06.2009	2873
2008/26602	2009/6986	02.04.2009	2874

√ ***YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/15865	2009/7784	08.06.2009	2877
2008/14085	2009/7360	28.05.2009	2879
2007/5117	2007/10572	17.09.2007	2881
2001/742	2001/1516	15.02.2001	2885

√ ***YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/7801	2009/8802	13.07.2009	2889
2008/8718	2008/10201	16.09.2008	2891
2008/4521	2008/5545	29.04.2008	2894
2007/14626	2008/2335	26.02.2008	2896
2006/12372	2006/13922	28.11.2006	2898
2006/11573	2006/13824	23.11.2006	2900

√ ***YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/592	2009/2608	05.05.2009	2905

√ ***YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/11483	2009/2420	10.03.2009	0909
2004/5043	2004/7104	11.10.2004	2910

√ ***YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/6250	2009/1545	27.02.2009	2915

√ ***YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/6706	2009/4401	24.03.2009	2919
2008/2349	2009/1554	05.02.2009	2921

√ ***DANIŞTAY 10. DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2005/7420	2008/6094	27.01.2005	2949

√ ***İSTANBUL 3. İDARE MAHKEMESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2009/186	2009/243	12.02.2009	2960

√ ***VAN 3. AĞIR CEZA MAHKEMESİ***

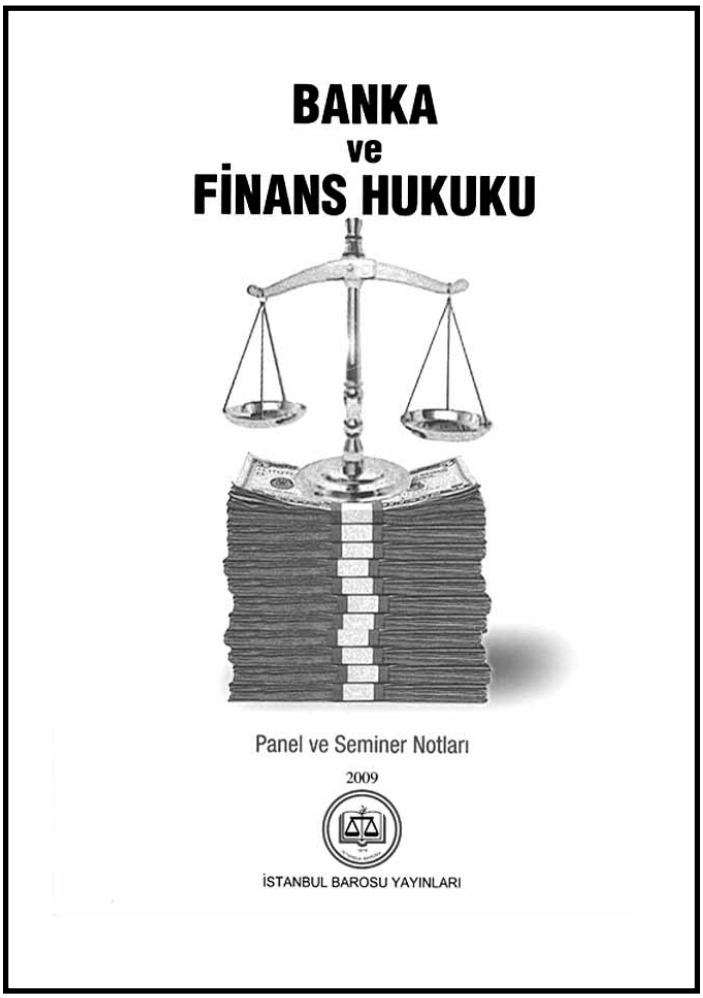
E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2006/62	2009/171	03.06.2009	2969

√ ***YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/34181	2009/21663	20.07.2009	2977

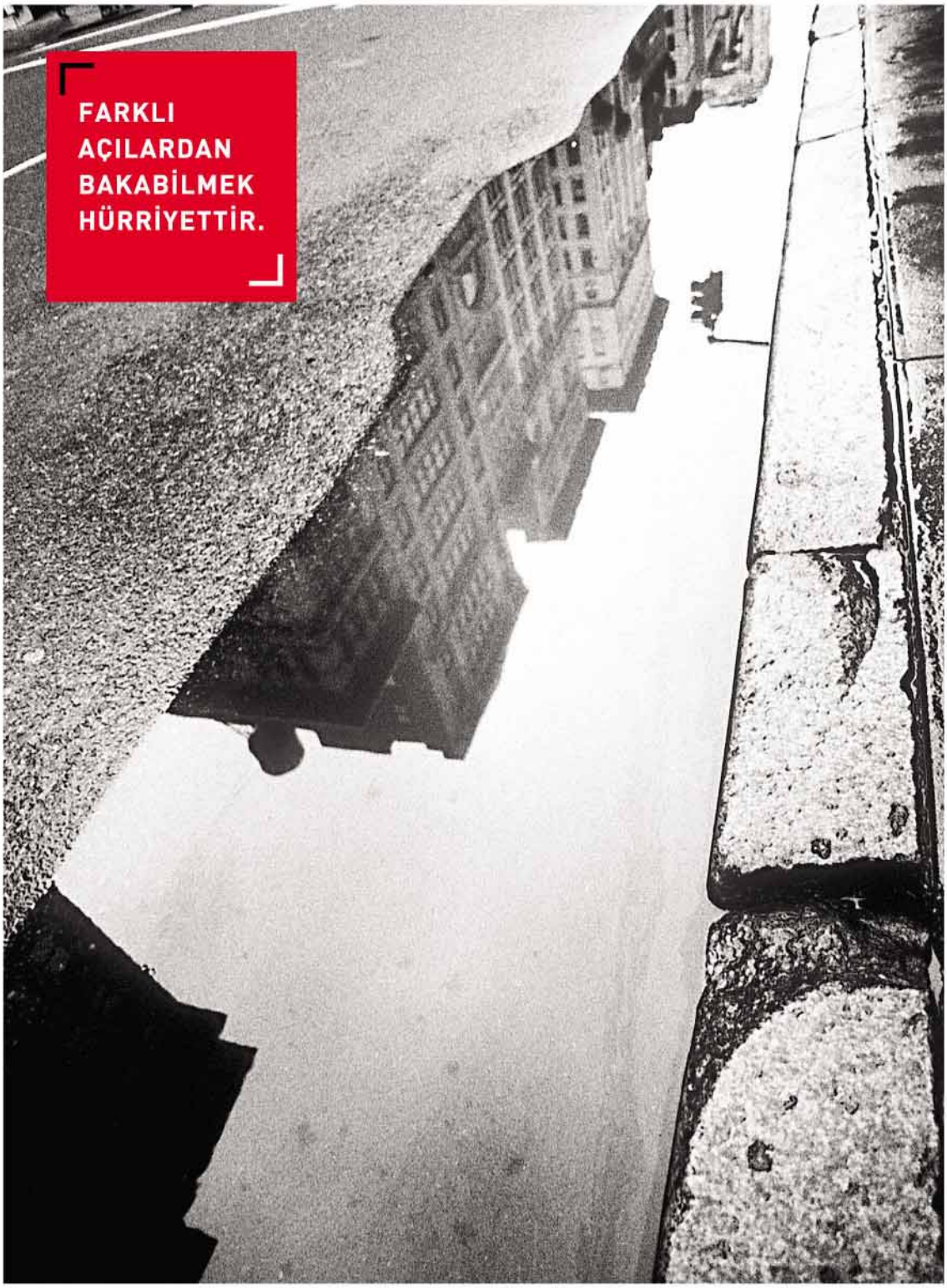
√ ***ÜSKÜDAR 1. İŞ MAHKEMESİ***

E.No	**K.No**	**K.Tarihi**	**Sayfa No**
2008/167	2008/634	11.07.2008	2977



İstanbul Barosu Bankacılık ve Finansal Kurumlar Komisyonu tarafından düzenlenen 2007-2008 yılları panel ve seminerleri tek bir kitapta bir araya gelerek kitaplaştırıldı.

Yaklaşık 1.200 sayfadan oluşan özel ciltli kitapta 11 panel ve seminerin notları yer alıyor.



HÜRRİYET HÜRRİYETTİR

Hürriyet