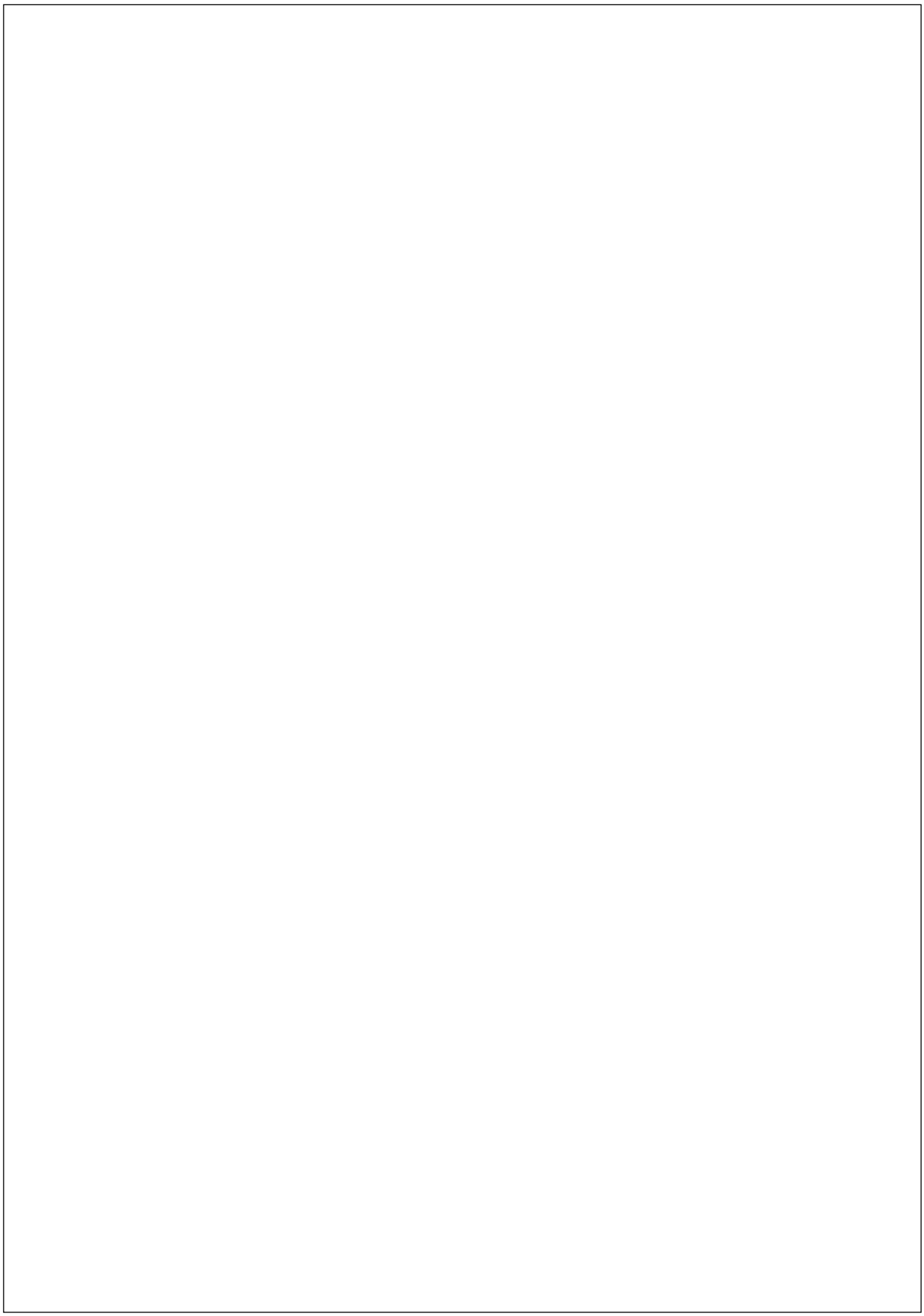
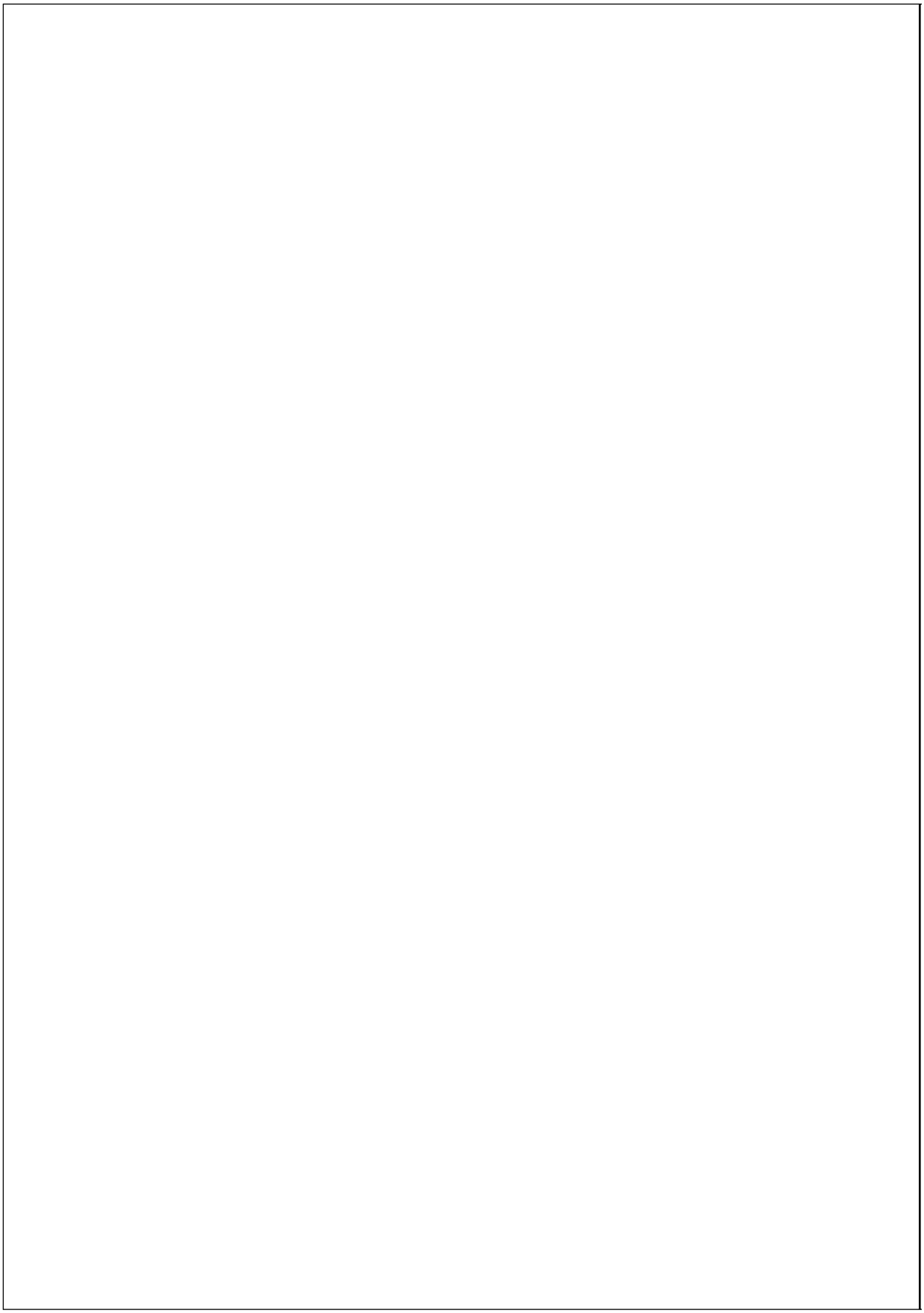
İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 84 • SAYI: 2010/2 • ISSN 1304-737X • MART/NİSAN

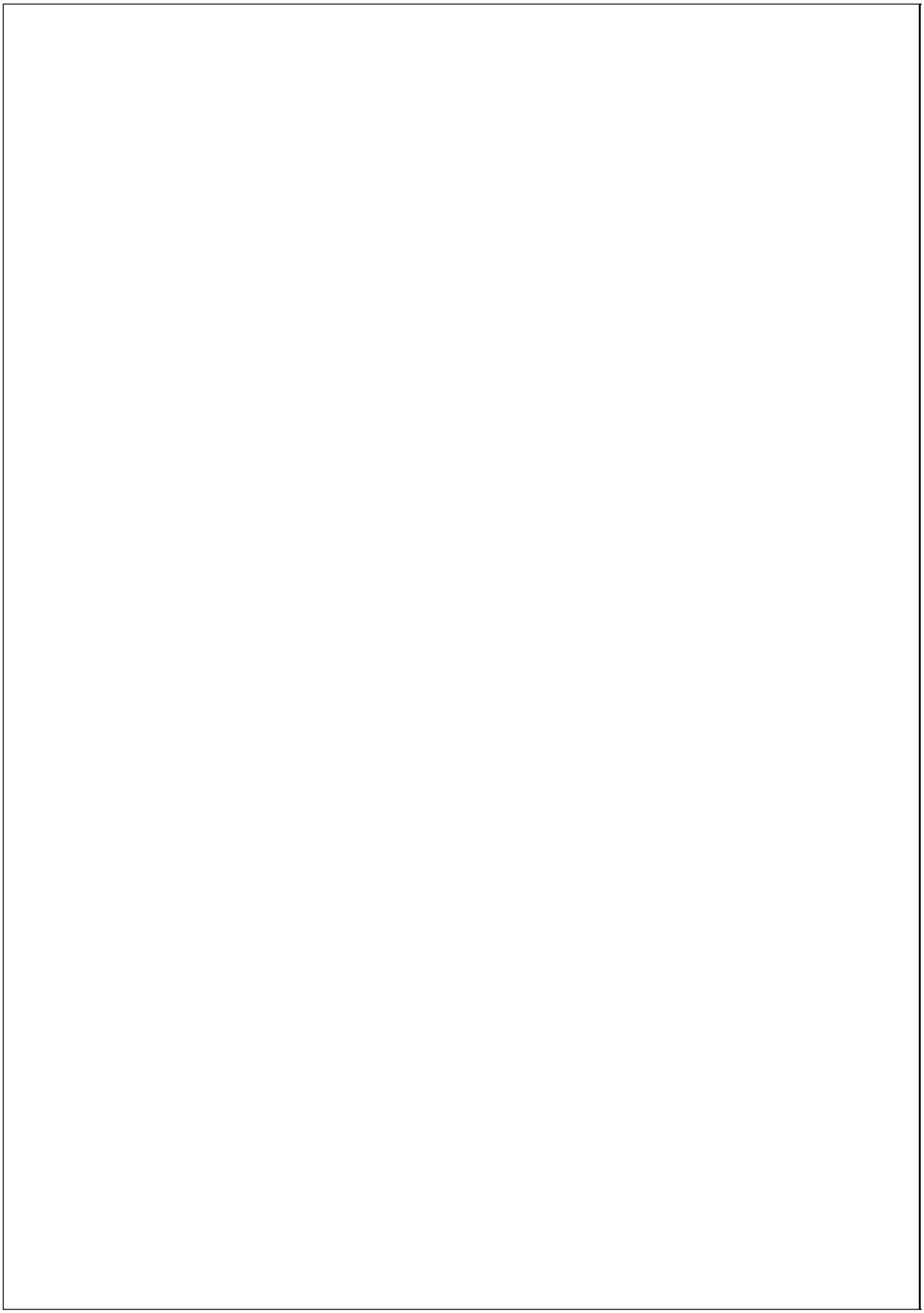


1878
İSTANBUL BAROSU



İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 84
SAYI: 2010/2
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. M. 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-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Tasarım/Uygulama
Referans Ajans
Tel: +90.212 347 32 47 / E-posta: 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-posta: 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 alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 100,00.-TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki 202 70 00 no'lu hesabına yatırılması, dekontunun Derginin gönderileceği adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması yeterlidir.
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun kararı ile 12.000 adet basılmıştır.

İÇERİK DİZİNİ

• ***YAYIN KURULU'NDAN*** XI

• ***BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN*** XIII

• ***KARATAHTA*** *753*

• ***YARARLI BİLGİLER*** *765*

• ***YAZILAR*** *775*

Prof. Dr. Selahaddin Anık

√ *Anılarda Bilirkişilik* *777*

Ufuk Uysal

√ *Çek Kanunu'nun 25 Yıllık Uygulaması ve Yapılan Değişiklikler* *785*

Ömer Gören

√ *Yeni Çek Kanunu'nun Vergisel Boyutu* *797*

Coşkun Ongun

√ *Avukatlık Ücreti ve Avukatlık Ücret Sözleşmeleri* *805*

Av. Yeşim Aktürk

√ *Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Suçları* *839*

Sebla Demirtaş

√ *Cezai Şart* *849*

Av. Zeynep Ayman

√ *8 Mart'ın Işığında Çalışan Kadın / Altın Bilezik* *875*

Av. Levent Köse

√ *Anonim Ortaklıklarda Tek Borç İlkesi* *883*

Av. Yıldız Polat

√ *Haksız Tahrik Altında İnsan Öldürme Suçu* *889*

Özcan Özbey

√ *Hırsızlık Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Haller* *907*

Av. Erenalp Rençber

√ *Tahvil Sahipleri Haklarının Kullanılması* *919*

Av. Özen Atlıhan

√ *Tahkim Sözleşmesinin İncelenmesi* *943*

Av. Refik Ay

√ *İcra İflas Suçlarında Yakalama 991*

Av. Mehmet Bayraktar

√ *Yasal Faiz ve Bütçe Kanunları Çözüm Önerileri 997*

• ***YARGITAY KARARLARI***

• *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1027*

• *Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 1071*
• *Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1079*
• *Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 1085*
• *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1097*
• *Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 1105*
• *Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 1109*
• *Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1115*
• *Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 1207*
• *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1213*
• *Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 1217*
• *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 1225*
• *Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 1249*
• *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 1253*
• *Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 1259*
• *Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 1267*
• *Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 1275*
• *Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 1287*
• *Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 1291*

• ***DANIŞTAY KARARLARI***

• *Danıştay Sekizinci Dairesi 1301*
• *Danıştay Onuncu Dairesi 1327*

• ***UYGULAMADAN DOSYALAR***

• *Uygulamadan 1. Dosya 1331*
• *Uygulamadan 2. Dosya 1345*

• ***AİHM KARARLARI***

• *AİHM / Soyhan c. Türkiye Davası 1353*
• *AİHM / Kemal Taşkın ve Diğerleri - Türkiye Kararı 1363*
• *AİHM / Sinan Işık - Türkiye Kararı 1377*

• ***AKTARMALAR, AYRILMALAR ve YİTİRDİKLERİMİZ***

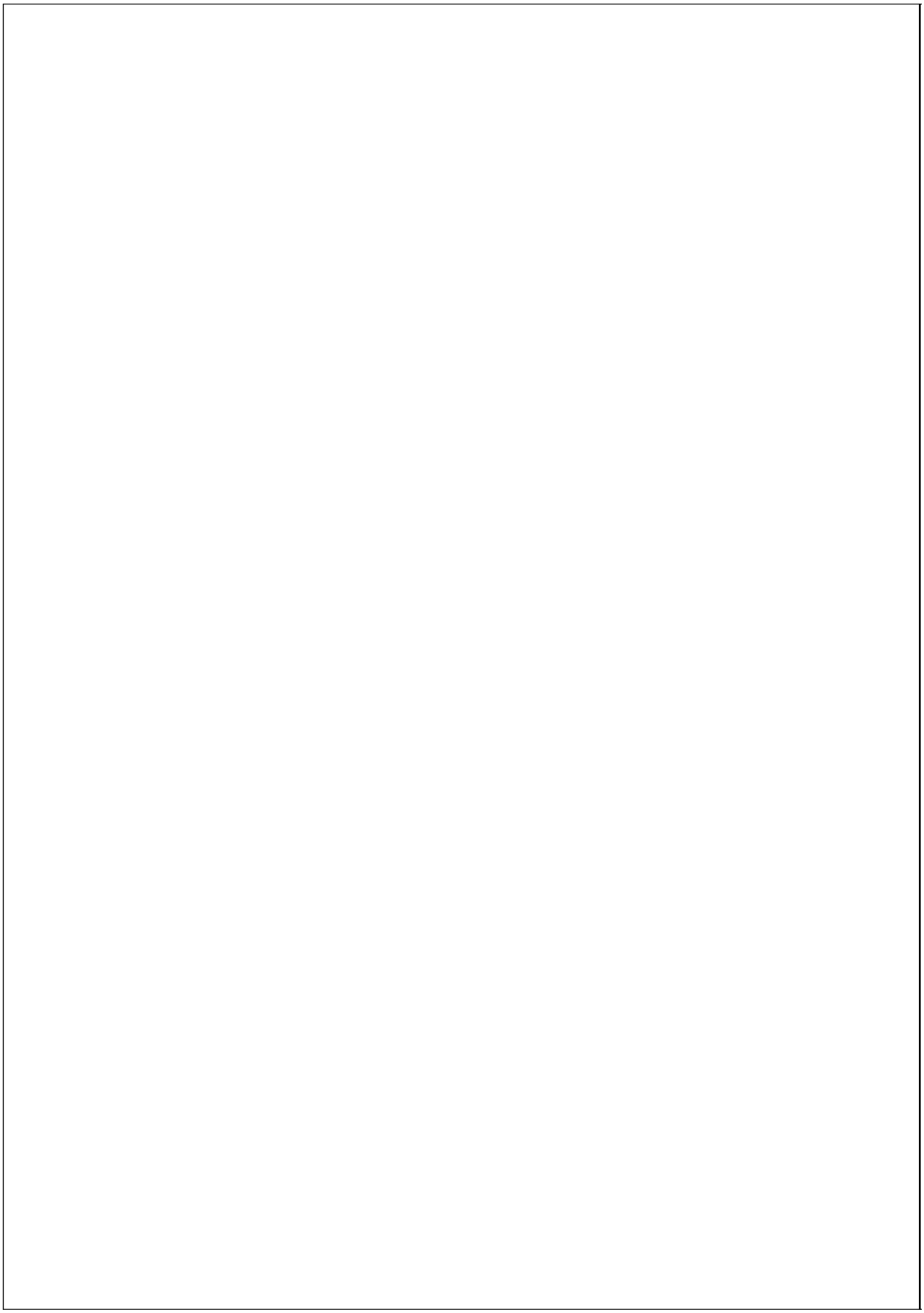
• *Aktarımlar 1397*
• *Ayrılmalar 1398*
• *Yitirdiklerimiz 1399*

• ***DİZİNLER***

• *Kavramlara Göre Arama Dizini 1405*
• *Yasa Maddelerine Göre Arama Dizini 1415*
• *Dairelere ve Kimliklere Göre Arama Dizini 1419*

YAYIN KURULU'NDAN

BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN



YAYIN KURULU'NDAN

2010/1 sayımızda Yargıtay Kararı ağırlıklı bir içerik taşımıştık. Özelikle Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin Avukatlık Hukuku ile ilgili kararları siz okurlarımız tarafından ilgiyle karşılandı. O kararları büyük bir özen ve heyecanla derleyen arkadaşımız Av. Yörük Kabalak'a teşekkür ediyoruz. Yine o sayımızda yer alan Yararlı Bilgiler bölümü de uygulamacı avukatlar için mesleğin yerine getirilişi sırasında son derece önemli bilgiler içeriyordu.

Bu sayımızda da yine çok sayıda yüksek mahkeme kararları ile karşınızdayız. Özellikle Hukuk Genel Kurulu, Danıştay, ve AİHM kararları ile UYGULAMADAN DOSYALAR bölümümüzün ilginizi çekeceğini ummaktayız. Bu sayımızda bilimsel makalelerin de fazlalığı dikkatinizden kaçmayacaktır. Değişen Çek Yasası, Borçlar Hukuku, Faiz hukuku, Avukatlık Ücreti, Tahkim, Cezai Şart gibi hukukun önemli dallarına ilişkin yazılar yayın alanının önemli bir eksikliğini de gidermekte.

Geçtiğimiz yıl biraz savsattığımız Karatahta bölümüne yeniden başladık. Bu bölümde uygulamadan ya da bazı kararlardan yapacağınız yakınmalarınızı içeren ve bir sayfayı geçmeyecek yazılarınızı bize yollayabilirsiniz.

Kurulumuzun seçtiği yazıları bu bölümde yayımlamayı sürdüreceğiz.

Meslektaşlarımızdan bize gelen kararları *"gönderen"* notuyla birlikte ad ve soyadlarını da yayımlamayı sürdürüyoruz. Yargıtay'ın bizden *"esirgediği"* bu kararları meslektaşlarımızın büyük bir dayanışma örneği göstererek tüm hukukçuların yararlanmasına sunması övgüye değer...

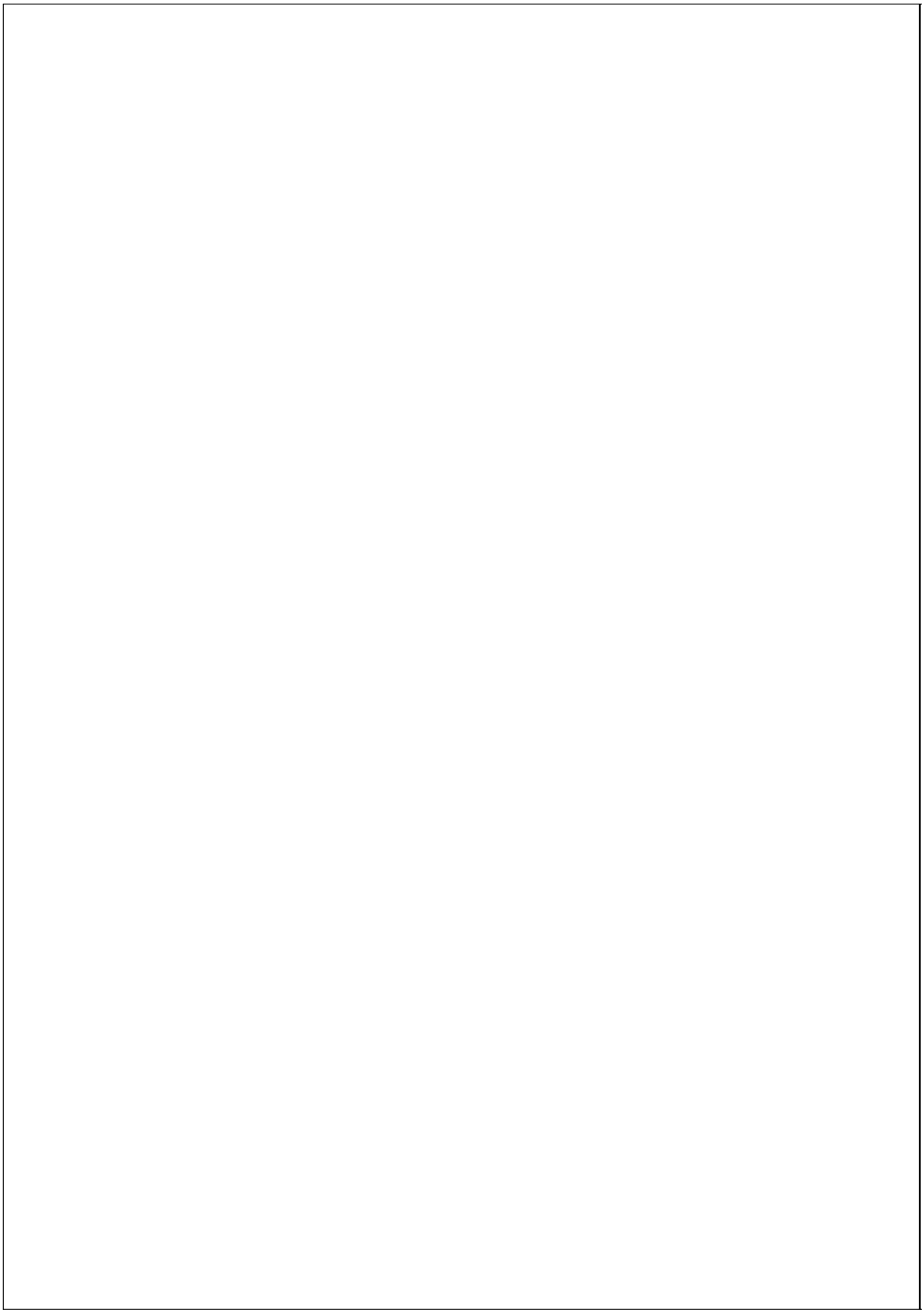
* * *

Yaşadığımız dönem Yargının üzerindeki kara bulutların yoğunlaştığı bir dönem. *"Savcının savcı için bir kurt"* olduğu bu dönem bizi hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinden hızla uzaklaştırmakta. Anayasa değişikliklerin altında yatan temel düşünce HSYK'ya da erişme ve el atmadır. Erzincan Cumhuriyet Savcısının başına gelenler bir hukuk devletinde asla yaşanmaması gereken olaylardır.

Demokrasimizin bu sınavdan da başarılı bir biçimde geçeceğine Demokratik sistemimizin ve Yargı'nın üzerinde biriken bu karabulutların yine demokratik yöntem ve gelişmelerle dağılacağına inanıyoruz...

Yeni bir yayında buluşmak umuduyla....

Av. Celal ÜLGEN
Yayın Kurulu Başkanı



BAŞKAN'IN PENCERESİNDEN

ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNDE UZLAŞMA ZORUNLULUĞU

Av. Muammer AYDIN
İstanbul Barosu Başkanı

Demokratik sistemlerde Yasama, Yürütme ve Yargıyı oluşturan kurumlar ayrı ayrı çalışma yürütürler. Anayasamızın düzenlemesi de bu yöndedir. Bu organlardan biri diğerine üstün olamaz, baskı kuramaz ve de onun çalışmalarını yönlendirici tutum takınamaz. Esasen demokrasinin ve de demokrasi kültürünün en belirgin özelliği bu kurumların çağdaş koşullarda, ayrı ama uyumlu çalışmalarıdır.

Ülkemizde hemen her dönem bu kurumlar arasında gerginlik ve gerilimler yaşanmıştır. Ancak sanırız ki yaşanan gerilimler şu son dönemki kadar vahim bir boyuta ulaşmamıştır. Mevcut siyasi iktidar, göreve geldiği günden bu yana Anayasal kurumlarla uyumlu bir görüntü çizemedi. Uyumdan da öte çatışmalara yol açacak kararların altına imza atıldı. Bu konuda eylemlere girişildi. Zamanla bazı Anayasal kurumlarda yapılan atamalar ile uyum sağlandı. Ancak atama yapılmayan kurumlarla özellikle de yargıyla yürütmenin arası hiç iyi olmadı.

Anayasal kurumlarda ve özellikle Yüksek Yargıda istediği atama ve görevlendirmeleri gerçekleştiremeyen siyasi iktidar, nihayet olayı kökten çözüme bağlamak adına Anayasa değişikliği yoluna gitmeyi uygun buldu.

Oysa Anayasa değişiklikleri tek bir partinin istemesiyle yapılabilecek bir düzenleme değildir. Anayasalar bir ülkenin birleştiricisi, ortak aklı ve harcı niteliğinde metinlerdir. Diğer deyişle hep ifade ettiğimiz gibi anayasalar bir ülkenin uzlaşı metinleridir. Bu metinlerin yalnızca bir kesimin emek ürünü olması o ülke temellerinin zaafa uğramasına neden olabilecektir. Bildiğimiz gibi konu hakkında Cumhurbaşkanı tarafından da bir açıklama yapılarak bu meclisin Anayasa değişikliği fırsatını kaçırdığını, değişikliklerin ancak seçim sonrası oluşacak bir meclis tarafından uzlaşma ile yapılabileceği söylenmiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi Başkanı da siyasi iktidarın ben yaptım oldu mantığı ile Anayasa'yı değiştirmesinin olanaksız olduğunu açıklama gereği duydu.

Siyasi iktidar bu konuda kararlı görünüyor ve ülkeyi bu uğurda uzlaşmazlığa sürükleyeceği ve bir referanduma götürebileceğine dair açıklamalar yapılıyor.

1982 Anayasası'nın, o günün koşullarıyla halkoylamasında aldığı büyük çoğunluk desteğine karşın, çağdaş anayasaların taşımakta olduğu ortak akıldan ve gerekliliklerden uzak olduğu tartışmasızdır.

Esasen bu anlayışın bir uzantısı olarak, 2001 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından bir Anayasa Taslağı hazırlanmıştı. Bu taslak ben yaptım oldunun eseri değil yapılacak çalışmalara bir katkı olarak hazırlanmıştı. İstanbul Barosu'nun da katkı verdiği ve ülkemizin önde gelen hukukçuları tarafından oluşturulan bu Taslak, toplumda anayasa değişikliği için beliren bir temel gereksinimin ifadesiydi. Dolayısıyla, yeni bir anayasaya ilişkin gereksinim, yıllar önce bizim tarafımızdan da kavranmış ve gereği de yerine getirilmiştir.

1982 Anayasası yürürlüğe girdiği ilk halinden bugüne birçok kez değişikliğe uğramıştır. Ancak bu değişiklikler her seferinde en az iki ya da üç partinin ortak uzlaşısı ile gerçekleşmiştir. Hiçbir zaman için tek bir partinin isteği ile bir Anayasa değişikliğine gidilmemiştir.

Bir anayasa yapımı, yöntemi itibariyle son derece önemli bir girişimdir. Öncelikle uzlaşı gerektirir.

Özellikle de tüm toplum katmanlarının uzlaşısını ve katkısını zorunlu kılması bakımından asla aceleye getirilmemesi gereken ve tartışma zeminlerinin tümüyle açık tutulduğu, platformların zamanla sınırlı olmaksızın işletildiği bir anlayışla oluşturulmalıdır. Anayasa, çoğulcu yönetim anlayışına taviz vermeden bağlı kalmak zorundadır.

Anayasaların bir *"uzlaşma metni"* olması da çok önemlidir. Toplumun demokratik yapısını pekiştiren en önemli unsurun, onun çoğulculuğu olduğu gerçeği asla unutulmamalıdır.

Anayasa'nın TBMM'de kabulünü sağlayacak uzlaşma, bu anlamda gerekli olmakla birlikte yeterli de değildir. Çünkü salt böylesine bir uzlaşma ile yetinilmesi, çoğulcu yapıyı değil, çoğunlukçu yapıyı öne çıkaracaktır. TBMM'nin seçimle oluşturulan ve herkesin saygı duyması gereken meşru ve hukuki iradesi, Anayasa yapımı aşamasında bir geniş uzlaşma arayışında belirmelidir.

Genel seçimlere bir yıl kadar bir zaman kalmış iken Anayasa değişikliği çalışmalarına girişmek hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmaz. Anayasaların değiştirilmesi için uzun vadeli öngörülere gereksinim vardır. Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, yeni Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu gibi temel yasalar da dahi yıllar süren görüşmeler sonucunda şekillenmesi gerekliyken, Anayasa gibi, tüm ülke vatandaşlarının etrafında toplandığı metnin birkaç ay gibi bir sürede yangından mal kaçırır gibi referandumla halledilmeye çalışılması Anayasa Hukuku'na da Hukukun temel ilkeleriyle şekillenen yönetim anlayışına da ters düşer.

Burada yazdıklarımıza yani değişikliklerde uzlaşma geleneğine Yasama organının bugüne değin uyduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki; 1987 yılında siyasi yasaklar konusunda yapılan değişiklikte, 1993 yılında özel televizyonların önünü açan düzenlemede, 1995 yılında antidemokratik maddelerin kaldırılmasında, 1999 yılında DGM'lerdeki askeri üyelerin varlığına son veren düzenleme ile uluslararası tahkime onay verilmesinde, 2001 yılında AB reform paketinde yine 2001 yılında

milletvekili maaşlarına düzenleme getiren değişiklikte, bundan bir yıl sonra Başbakan Erdoğan'a milletvekilliğinin önünü açan düzenlemede, 2004 yılında ikinci AB reform paketinde 2007 yılında seçilme yaşını yirmi beşe indiren düzenlemede hep bir uzlaşma sağlanmış ve Anayasa'da kısmi değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

Bu siyasi iktidar zamanında yapılan son değişiklikle 2007 yılında bütün meclis oylamalarında 184 milletvekilin bulunması koşulunun toplantı ve karar yeter sayısı için yeterli sayılması, Cumhurbaşkanı'nı halkın seçmesi, TBMM seçim döneminin de 5 yıldan 4 yıla indirilmesi düzenlemelerinde uzlaşma geleneği ihlal edilmiştir. Uzlaşmanın bulunmaması bu düzenlemelerin uygulanmasında ve yorumlanmasında sorunlara yol açmıştır. Örneğin Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin bu yeni düzenlemeyle 5 yıl olduğu bilindiği halde 7 yılmış gibi gösterilmeye çalışılması da uzlaşma sağlanmadan Anayasa üzerinde oynamanın sakıncalarını ortaya koymaya yeter bir kanıttır.

Bu aşamada 2007 Seçimlerinin parlamentoya yansıttığı büyük orandaki seçmen iradesine rağmen, bu iradenin eksik kalan kısmının da gözetilmesi amaçlanmalı ve özellikle de sivil toplum kuruluşları ile demokratik kitle örgütleri ve Demokratik Üniversitelerin görüşlerine önem verilmelidir.

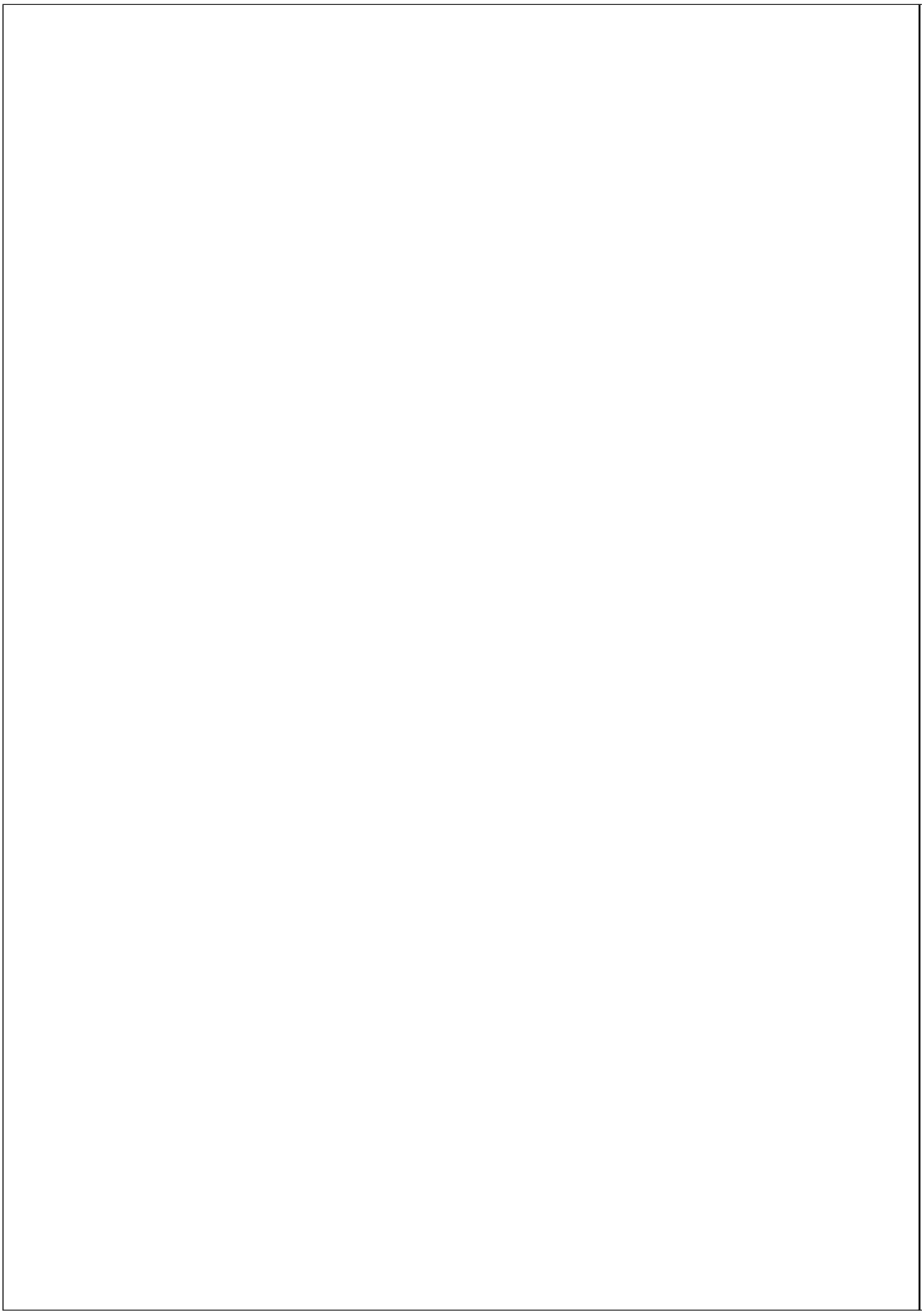
Aslında hepimiz biliyoruz ki siyasi iktidar, adına yargı reformu dediği bir çalışmaya zemin hazırlamak için Anayasayı, asıl olarak da Anayasa Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), Yargıtay ve Danıştay'ı boyunduruğu altına alabilmek için kendi anlayışına uygun olarak değiştirme çabası içine girmektedir. Siyasi iktidarın demokratik bir anayasa yapmak gibi bir kaygısı ve anlayışı yoktur. YÖK ile ilgili tartışmaların bitmesi bunun en büyük kanıtıdır. Siyasi iktidar çevrelerince daha önce YÖK'ün yapısını eleştiren birçok görüş belirtmiş ve kurumun yapısının değiştirilmesi için yüksek sesli söylemler dile getirilmişti. Ancak ne zamanki bu kurum siyasi iktidarın anlayışına ve dümen suyuna girdi, bu söylemler bir anda unutuluverdi.

Geçtiğimiz ay yaşanan hukuki süreç YÖK, Anayasa Mahkemesi ve HSYK tartışmalarının öne çıkması, yargı bağımsızlığı ve etkin yargı denetimini kısıtlayıcı bazı değişikliklerin yapılacağı haberleri ülkenin geleceği ile ilgilenen herkesi ve biz hukukçuları kaygılandırmaktadır.

Atatürk İlkelerinin Anayasa metninde yer almaması, laiklik tanımının değiştirilmesine yönelik talepler, Anayasa'yı ideolojilerden arındırmak iddiası, bir ideolojinin simgesi sayılan türbanın kamusal alana girmesi kaygılarımızın altında yatan temel etmenlerdir.

Hukukçu kimliğinin yüklediği sorumluluğumuzun ve bu yoldaki bilincimizin bu döneme ilişkin özel bir duyarlılığa dönüşmesi kaçınılmazdır. İstanbul Barosu olarak Yasanın bize verdiği hukuk devletini, hukukun üstünlüğünü koruma görevini yerine getirme yolunda önümüzdeki döneme dair önemli ödevlerimizin olduğu anlaşılıyor.

KARATAHTA



NOTERLİK MESLEĞİNİN SORUNLARI

Bu yazımızda serbest avukat iken noterliğe nasıl geçtiğimizi size aktarmaya çalışacağız.

1988 yılında Hukuk Fakültesini bitirip avukatlık stajını tamamladıktan sonra bir gün gelir noterlik yaparız düşüncesiyle noterlik belgesini almaya karar verdik, doğrusu yirmi yıla yakın avukatlık mesleğini icra ederken, kendi mesleğimizin sorunlarını dile getirirken, noterleri, sadece, işimiz olduğunda görür olmuş, sorunlarını merak etmek ihtiyacına zaman dahi bulamamıştık. Bilindiği üzere dünyada 1929 yılında baş gösteren ekonomik krizden sonra, 2009 senesinde rastlanan ekonomik krizin yurdumuzu da etkilediği aşikardır. Bir çok meslek bundan menfi olarak etkilendiği gibi avukatlık mesleği de bundan nasibini aldı. Son zamanlarda noterliğe başvuru sayısının bu kadar artmasının bir nedeni de bu olsa gerek.

Mevcut baroların, Barolar Birliği'nin avukatlık mesleğinin geleceği ve milli gelirden aldığı payın en azından korunmasına dair görüşlerine katılmış, avukatlık mesleğinin faaliyet alanının daraltılmasına dair düzenlemelerin durdurulmasına dair meşru hukuk zemininde yapılan çalışmalara imza koyan avukatlardandık ve halende ilk mesleğimiz olan avukatlık mesleğinin iyileştirilmesine dair çalışmaları yürüten hukuk adamlarını saygıyla selamlıyoruz.

Sayın Yargıtay Başkanı'nın *"Yargıda yangın var"* uyarısını sadece yargılama yapan mahkemeler nezdinde değil de avukatlık mesleği yanında hukuk uygulamasında 1512 Sayılı Yasa'nın birinci maddesinde anlamını bulan işlem güvenliğini sağlamayı amaç edinen noterlik mesleği içinde yapmak gerekir. Bugün Anadolu'da bazı ilçelerde avukat bulmanın mümkün olmadığı, var olan bir yada iki avukat bürolarının da kapanmaya yüz tuttuğu, bu yargısal/kamusal hizmetin dava takipçilerinin yerine getirmeye çalıştığı bir olgudur.

GÖREVE BAŞLARKEN YAŞADIĞIMIZ SORUNLAR

Noterliğe geçişte avukatlık mesleğini ifa edenler üstlendikleri davalarda müvekkillere karşı dava dosyalarının teslimi, ibralaşma aşamasında, güven esasına dayanan/yürüyen dava dosyalarında, yerimize avukat bulma gibi durumlarla karşılaştık. Noterliğe başladığımızda kurulu bir büronun tasfiyesinin ne kadar güç olduğu, halen adımıza gelen tebligatlarla anlaşıldı.

Özellikle evli ve çocuk sahibi noterlerin taşınmasında güçlük yaşanmakta, meslek değişikliği ile birlikte alıştığınız sosyal çevrelerden kopmanın getirdiği kaygı ortaya çıkmakta, meslek değiştiren hukuk adamı, yeni mesleğe tanımadığı ortamda başlarken, var olan bürosunun kapanış süreci, vergi kayıtlarının kapanması, göreve başladığınız ilçede vergi açılış

işlemleri vergi kaydımız olmasına, noter faaliyetini sürdürmemize rağmen, ikamet belgesi almak icin telefon kaydı vs. koşullarını yerine getirmek zorunda kalışımız.

İstanbul'da 19 yıla yakın faaliyette bulunan bir büroyu tasfiye ederken eşimle birlikte arkamızda biri lise sonda biri ilkokul beşe giden çocuklarımızı geride bırakmak zorunda kaldık. Bu aşamada *"Noter Dairesini"* açtığımızda telefon, internet borçtan dolayı kesik, bir adet bilgisayar çalışmaz durumdaydı. İnternet bağlantısının açılması bir aylık süreyi geçmişti, Anlatılan olaylar merkezinde, noter dairesinde bulunan dosyalara bakmak tüm kaygılarla mümkün olmadığı gibi ilçe merkezinde makbuzun tanziminden, bilgisayarda sıkışması halinde bunu yeniden nasıl tanzim edeceğimiz, (A), (B), (C) cilbentlerinin işlevi nedir? Bunu anlatacak bir kurum, ya da kişi ile karşılaşmış da değiliz.

Teknolojiden yararlanmadan bilgiden istifadenin mümkün olmadığı zamanda, bugün bizim gibi teknik personeli olmayan dairelerin karşılaştığı en önemli sorun, bilgisayar programına hakimiyet, bunun tamiri vs. hususlarda yardım alınan hususları bizzat yapmamızdır. Bu hususlara hakim olamamanın sonucu, bunu bir örnekle anlatmak istersek içinde yolcusu olan bir araç (Ali) adlı şahısla 70 km. hızla giderken hiç araç sürmüşlüğü olmayan bir kişiden (Ayhan'dan) aynı aracı 70 km. hızla sürmesi ve aynı araçta bulunan yolcuları varılacak yere sağ salim götürmesini beklemekle eşdeğerdir.

Yargı ağında *"UYAP"*ta rastlanılan sorunlar noter uygulamasında, *"Vezne Programı"*nda da görülmektedir. Noter Odalarının tüm iyi niyetli çalışmaları bu sorunu gidermeye yetmemektedir, uygulamada yürürlükte bulunan Kanunları uygulamakla yükümlü olan noter/hukuk adamı, en sık rastlanan Damga Kanunu, Harçlar Kanunu, Değerli Kağıtlar Kanunu tatbikatını hukuk fakültelerinde anlatıldığı şekilde pratik çalışmasını yapacak şekilde ortam bulamadığı gibi, bu kanunların çıkarılma gayesini incelemeden, yukarıda anlatılan araç/kullanan kişilerin eğitim düzeyinde olduğu gibi bilgisayar uygulamasını bilmeden işe başlamaktadır. Meslek (içi) eğitimin gayesi; *"Kanunun ruhunun bilgisayara nasıl işlendiğine, bunu kavratmaya"* yönelik olmalıdır. Bunun tatbikine geçilmezse, kavramlara hakim olamayan noter/ya da yerine bakan vekil, yardım talebinde bulunduğu noter dairelerinin farklı uygulamalarına maruz kalacak, belki de aynı somut olayda farklı kararlar vermek zorunda kalacaktır.

Noter uygulamasında temel kanunların tatbikatına hakim olmadan işe başlayan noteri bekleyen sorun, daha önceden işe başlayan, kıdemli noter yada noter çalışanından yardım alınan süreçte gelişen psikolojik süreçtir, iş tasfiyesinin, göç etmenin getirdiği ilçede tek mesleği ifa etmenin getirdiği *"Yalnızlık"* da buna eklenince, dünün iş kaygısı, bugüne, bugünün ki

yarına taşınmaya gebe olunca, ilk işe başladığınız gün, hukukçu kimliğinize tüm hukuku biliyor/haklı olarak/beklentisinde olan *"Yurttaşla"* karşılaşınca, önümüze konan hukuk denklemini çözmek için; il yada ilçe noterleriyle telefonla görüşme yaparken, dairede hizmet bekleyenlerin sayısı artınca bunun manevi baskısı sonucu, bir şey bilmiyor konumuna düşmekle karşılaştık.

Biz burada bizden önce hizmet sunan sayın meslektaşları saygıyla anmak isteriz. Onların güç koşullarda hizmet sunduğu günler karşısında saygıyla eğiliriz. İsikrar kazanmamış noter uygulamasında noter atamalarında yaşanan sıkıntıları gidermek ve hizmet sunmaya geldiğimiz yurttaşlarımıza bunları yansıtmamak ve sorunun kaynağı olmamak için bunları yazma gereği duyduk.

ÇÖZÜM ÖNERİLERİMİZ:

1) Noter atamasından önce atama talebinde bulunan kişilere bilgisayar kullanma, muhasebe; hukuk tatbikatında görev yaptığı alanlara ilişkin seviyelerine dair mülakata yarar sorular yöneltip, bunları formlara bağlamak,

2) Hukuk uygulamalarında rastlanılan sorunlar aslında bir sistem sorunu olduğu düşünüldüğünde, avukatlığı bırakıp noterliğe geçmenin bunu çözmediği, noter ataması bekleyen kamuoyuna bunlar anlatılmalıdır. Nihayetinde bir avukatın 19 seneye varan faaliyetinde geriye bıraktığı davalarda boşluk doğmakta, bunun sıkıntısı müvekkillere ve kamuya yansımaktadır.

3) Mesleğe başlamadan önce staj mecburiyeti ve yeterlilik sınavı getirilmelidir, bu aşamada yeterli olmayan hukuk adamı en azından var olan hukuk bürosunu tasfiye etmemiş olur.

4) Anayasamızda angarya yasaklanmış olduğuna göre ilçe noterleri hasılalarının farklı oldukları düşünüldüğünde Kanun önünde eşitlik gereği, */mesela gayri safi hasılası 5.000,00.-TL. olan noter geçimini nasıl sağlayacaktır?/* gönüllü angaryayı kaldırıcı çalışmalara başlanılmalıdır. MesIek toplantılarında, mesleğimizin dinlenme yeri, atlama yeri olarak telakki edildiği beyanlara rastlanmaktadır. Son gelinen aşamada, bizim gibi göreve başlayan noterlerin 40-45 yaş ortalaması olduğu düşünüldüğünde, Türkiye yaş ortalamasına bakıldığında bu değerlendirmenin pek te doğru olmadığı ortadadır.

5) Noterlik hizmeti sunan hukuk adamının ailesini geçindirmesi için gereken ekonomik gelir, fikri ameliyesi için okuması, yazması vs. hususlar için gereken masraflar, bir işlemin düzenlenmesi için sarf edilen zaman, büroda hizmet bekleyen kişilerle münasebet, fotokopi vesair hususlar için tek başına bu işi yapmasının mümkün olmadığı, yapmaya kalksa bile, işin

verimini, kalitesini düşürdüğü durum olduğundan adam çalıştırma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada uygulamada, asgari hukuk bilgisine hakim çalışan kişi bulmak mümkün olmadığından, bulunan adama verilecek maaş, vs. haklar notere maliyet getirdiği gibi, anlatılan vasıftaki çalışanın hata riski, yetişme koşulları da önümüzde sorun olarak durmaktadır.

6) Noterlik kurumunun var olan denetim usulleri, günümüzün ihtiyaçlarına göre yeniden gözden geçirilmelidir. Teftiş makamında görev yapan hukuk adamları ile noterlerin hukuk fakültesi mezunları olduklan, Hukuk Devleti'nde hukukun üstünlüğüne inanmış hukuk adamları olarak görev yapan kişi ve kurumlara saygımız sonsuz olmakla beraber, mezun oldukları fakülteler yönünden denk oldukları gözden uzak tutulmamalıdır.

7) Yukarıdaki açıklamalarımız daha iyi bir noterlik hizmetinin sunulması ve yurttaşlarımızın az zamanda az parayla yüzünün güleceği hizmet sunma ortamının hazırlanması için kaleme alınmıştır.

Necdet KARATEPE
Hekimhan Noteri

SELDEN ZARAR GÖREN TIR GARAJI İŞLETENİN/MALİKİNİN TAZMİNAT ve SİGORTA SORUMLULUĞU

Eylül ayında İstanbul'da yaşanan sel felaketinin korkunçluğu iki üç fotoğraf karesi ile başka bir anlatına gerek olmadan açıkça görülebiliyor. Özellikle görsel medyanın odaklandığı İkitelli'deki TIR garajının durumu ise her bakımdan içler acısı bir durumda. Yedi cana ve milyonlarca dolar mal kaybına neden olan garajın yeri, seçimi, garajın işletme olarak mevcudiyeti, garajın ilgili belediye ve kurumlarca ruhsatlandırılması, inşa ve çevre düzenlemesi tam anlamı ile hatalar zinciri ile dolu... Durumun içler acısı olmasının yanında bu kadar can ve mal zararının esas nedeni aşırı yağışlar olsa bile zararın büyümesinin gerçek nedeni *"bize bir şey olmaz"* mantığıdır.

"İstanbul İkitelli'de dere kenarına kurulan ve "ölüm garajı"na dönüşen TIR parkının izni var mı?" Bu soruya yetkililer: *"İzni yok, kaçak çalışıyor"* cevabını veriyor. Peki, *"kaçak olmasına rağmen, ölüm garajının çalışmasına kim, nasıl izin veriyor?" "Bunu bilmiyorum"* diyor aynı yetkililer ve şöyle devam ediyorlar:

"Buranın işletilebilmesi için Sanayi Bakanlığı'nın da izni gerekiyor. İzin verildi mi bilmiyorum. Parkın bulunduğu yerin durumunu incelettim. Daha önce Bağcılar'a bağlı olan bu yer, sonradan Büyükşehir'in sorumluluğu altına alınmış. Üç ay kadar önce de İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı ekipler bu park için mühürleme operasyonu yapmış. Sonuç alınamamış ki, park çalışmaya devam etmiş."

Şimdi soru şu:

"Ölüm garajı kaçaksa, bu parkın çalışmasına nasıl izin verildi. Kaçak değilse, Büyükşehir Belediyesi mühürleme ihtiyacını neden duydu, ölenlerin varisleri kimleri sorumlu tutmalı, garajda zarar gören tüm mallar için mal sahipleri kime husumet yöneltmeli, İdarenin (Kamunun) bu anlamda kusuru var ise can ve mal kayıplarının tazmininden sorumlu mudur?"

Burada uzun uzun yorumlara girmeden kısa ve net olarak ifade etmek isterim ki ölen kişilerin varisleri, yaralanan sakat kalan ve tedavi görenler, araç sahipleri, araç içinde zarar gören malların sahipleri ile garajda konteyner içinde muhafaza edilirken zarar gören mal sahiplerinin husumet yönelteceği taraf GARAJ MALİK/İŞLETENİDİR.

GARAJ İŞLETENİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

TIR garajı işleteni ister geçici olarak ister daimi olarak işletme hakkına sahip olsun sonuçta bir ticari işletme olarak faaliyet göstermektedir. Husumet yöneltilecek taraf TTK madde 18 hükmü bağlamında tacir olduğuna göre yine TTK madde 20 gereğince söz konusu tacirin tüm ticari faaliyetlerinde basiretli bir tacir olarak kendisinden en üstü düzeyde özen göstermesi beklenmektedir.

Konumuz tazminat sorumluluğu olduğundan, ortaya çıkan can ve mal kayıplarında TIR garajı sahip ve işletenlerinin kusuru, sorumluluğu, zarar ile işleten arasındaki illiyet bağının mevcudiyeti önem kazanmaktadır.

BK madde 41'e göre: gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ve haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.

Kusurun varlığını ispat yükümlülüğü zarar görene aittir. Sel nedeni ile maddi ve bedeni olarak zarar görenlerin TIR garajı işleteninin kusurunu ispat etmeleri zorunludur. Zarar görenler zarar verenin kusurunu ispat edemez ise ortaya çıkan zarara katlanmak zorundadır.

Ancak bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, TIR garajı işletenlerinin sorumluluğu objektif sorumluluk, diğer bir anlatım ile de kusursuz sorumluluk çerçevesinde olağan sebep sorumluluğudur.

Sel nedeni ile zarar görenler artık zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda değildir, çünkü ortaya çıkan zararın nedenleri hukuka aykırı olmakla beraber kusuru olmayan bir fiil ile başkasına zara verilmesi söz konusu olduğundan zarar veren bu zararı tazmin ile yükümlüdür. Bu anlamda adam çalıştıranın mesuliyeti (BK md.55) ile eser ve bina malikinin sorumluluğu (BK md.58) objektif sorumluluk ya da olağan sebep sorumluluğuna örnek hükümlerdedir.

BK md.58 veya yapı yapı eseri malikinin sorumluluğunu bazı yasalar ve mahkeme içtihatları *"tehlike"* esasına dayandırmaktadır ve özellikle günümüzde büyük binaların ve başka yapıların bunlarda kullanılan makinelerin (asansör, fabrikalarda sabit makineler gibi) ve çok sayıda insanın içlerinde toplanmasının (sinemalar, spor ve toplantı salonları, stadyumlar olduğu gibi) bunları tehlikeli kıldığını ileri sürmektedir.

Tehlike esasından başka, binalardan yararlananın bunların sebep olduğu zarara katlanma düşüncesi ve bina maliklerinin parasal bakımdan güçlü oldukları, bu yüzden zararı kısmen veya tamamen onlara yüklemenin hakkaniyete uygun olacağı gerekçesi de, buna malikinin sorumluluğunu haklı kılmak için ortaya atılmıştır. (Haluk Tandoğan age. Sh. 163).

Diğer yandan işletenin sorumluluğunu tehlike sorumluluğu kapsamında da değerlendirmek mümkündür. Borçlar Kanunu'nda tehlike

sorumluluğa ilişkin hükümler bulunmamakla birlikte 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu gibi bazı özel kanunlarda tehlike sorumluluğu ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bu noktada önemle vurgulanması gereken buradaki sorumluluğun da kusura dayanmayan ağırlaştırılmış objektif sorumluluktur.

ZARAR GÖRENLER NE YAPMALI KİME KARŞI DAVA AÇMALI?

İstanbul'da meydana gelen sel felaketinde 33 insanımız yaşamını kaybetti ve 500 milyon liraya yakın mal zararının olduğu tahmin ediliyor. Peki şimdi ne olacak? Aşırı yağışlara bağlı olarak meydana gelen olaya *"felaket"* adını verip *"ölen ölür kalan sağlar bizimdir"* mi diyeceğiz? Yoksa bu kaderci anlayışımızı bir yana bırakıp Anayasal haklarımızın var olduğu bilinci ile olayda kusuru olan kamu ya da özel kişilere karşı haklarımızı sonuna kadar arayacak mıyız? Bu noktada bizim de amacımız zarar görenlere haklarını kullanabilmeleri yönünde kısaca yol göstermektir.

1. Sel nedeni TIR garajında ölen araç sürücüsü ise ölenin yasal varislerinin öncelikle garaj malik/işletenine destekten yoksun kalma tazminat davası açmalıdır.

2. Sel nedeni ile TIR garajında ölen hem araç sürücüsü ise ve var ise sürücü ferdi kaza sigorta poliçesini, işveren mali mesuliyet sigorta poliçesini, trafik ve ihtiyari mali mesuliyet sigorta poliçesi düzenleyen sigorta şirketine müracaat etmelidir.

3. Sel nedeni ile TIR garajında ölen hem araç maliki hem de sürücüsü ise yasal varisler, öncelikle garaj malik/işletenine destekten yoksun kalma davası açmalı sonra da var ise sürücü ferdi kaza sigorta poliçesini düzenleyen sigorta şirketine müracaat etmelidir.

4. Sel nedeni ile TIR garajında araçları zarar gören araç malikleri var ise kasko sigortacılarına müracaat etmelidir.

5. Sel nedeni ile TIR garajında bulunan araçlarda malları zarar gören mal sahiplerinin öncelikle garaj işleten/maliklerine karşı zarar davası açmalı, var ise nakliyat emtia ve CMR sigortacılarına müracaat etmelidir.

6. Sel nedeni ile TIR garajında malları zarar gören mal sahipleri, TIR garajı işleten/maliklerine karşı zarar/tazminat davası açmalıdır.

7. Sel nedeni ile sigortalısına tazminat ödeyen sigortacılar ise TTK md.1301 gereğince TIR garajı işleten/maliklerine (hatta kamu-idareye) karşı RÜCU davası açmalıdır.

GARAJ İŞLETEN/MALİKİ MÜCBİR SEBEP NEDENİ İLE SORUMLULUKTAN KURTULABİLİR Mİ?

Sel felaketi nedeni ile garaj malik/işletenleri TTK madde 20 gereğince basiretli bir tacir olarak her türlü rizikoya karşı tüm önlemleri aldıklarını, olağanüstü yağışlara (metrekareye 186 kg.) karşı hiçbir önlemin mevcut zararın oluşumuna engel olamayacağını bu anlamda da kaçınılmazlığın söz konusu olduğu, sonuçları önlenemeyen olay nedeni ile ortaya çıkan zarardan sorumlu olamayacakları savı ileri sürülebilir.

Kanun koyucu zarar veren ile zarar arasındaki illiyet bağını kesen sebepleri;

a) Mücbir sebep

b) Zarar görenin kusuru

c) Üçüncü kişinin kusuru olmak üzere 3'e ayırmıştır.

Aynı zamanda sorumluluktan kurtulma sebebi olan bu üç sebep, yalnız tehlike sorumluluğunda değil olağan sebep sorumluluğu ile kusur sorumluluğunda da kabul edilmektedir.

Mücbir sebep: Doktrin ve uygulamayı göz önünde tutarak, mücbir sebebi şu şekilde tarif etmek mümkündür. Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü olaylardır.

Kaçınılmazlık: Mücbir sebebin en önemli unsuru kaçınılmazlık unsurudur. Mücbir sebebi teşkil eden olay, kaçınılmaz bir şekilde bir davranış normunun veya borcun ihlaline yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulmazlık ve önlenmezlik kavramını kapsar.

Kaçınılmazlık kavramının ifade ettiği husus doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kaçınılmazlık veya karşı konulmazlıktan amaç mevcut her türlü tedbirin alınmış olmasına rağmen herkese ödevler yükleyen genel bir davranış normunun veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesidir. Başka bir deyişle, alınan bütün tedbirlere, sahip olunan her türlü imkan ve araca rağmen mücbir sebep teşkil eden olayın sonuçları önlenemez. Burada mutlak ve objektif bir kaçınılmazlık, karşı konulmazlık söz konusudur. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü tedbir alınsa, her türlü özen gösterilse bile, ihmalin ve dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir.

Yukarıda ifade edilen tanımlamalardan anlaşılacağı üzere olağanüstü yağışlara bağlı sel olayında bir mücbir sebep ya da kaçınılmazlık olgusu varmış gibi görünse de TIR garajının konumu, bina ve eser malikinin

idareye karşı tutumu ve alması gereken önlemlerin tamamını almadan işletmeye devam etmesi bakımından olağan sebep sorumluluğu kapsamında *"kusurlu"* olabileceği kanaati hasıl olmaktadır.

Basından edinilen mevcut veriler bağlamında BK md.58 hükmü çerçevesinde TIR garajı işleticisine kendi kusurları nedeni ile sorumluluktan kurtulma karinesi verilmediği gibi sel olayını *"tek başına"* kaçınılmazlık ve mücbir sebep olarak kabul etmemiz de mümkün görülmemektedir.

BK md.41 ve md.43 ışığında hakimin hal ve duruma göre bir kusur değerlendirmesi yapması ve tazminat taleplerinin de bu kusur oranı bağlamında hesaplanması gerektiği düşünülmektedir.

Timuçin ALPAY
İ.Ü. Sigortacılık Bölümü
Öğretim Görevlisi

YARARLI BİLGİLER

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2002-30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003-31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004-30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004-01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005-31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006-31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007-31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008-31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009-31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010-	----	%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
OCAK	14.55	5.45	9.68	6.08	12.81	1.14
ŞUBAT	14.70	5.04	10.08	5.94	12.63	1.20
MART	15.03	4.21	10.63	5.95	11.99	
NİSAN	14.96	4.96	11.01	6.39	10.65	
MAYIS	13.97	4.27	10.95	7.20	8.96	
HAZİRAN	12.78	4.97	10.09	8.39	7.34	
TEMMUZ	11.72	5.82	9.03	9.76	5.47	
AĞUSTOS	10.65	6.49	8.29	10.68	4.19	
EYLÜL	9.54	7.06	7.77	11.29	3.22	
EKİM	8.16	7.76	7.23	12.11	2.20	
KASIM	6.89	8.60	6.75	12.56	1.37	
ARALIK	5.89	9.34	6.31	12.72	1.23	

AVUKATLIK TOPLULUK SİGORTASI 2010 PRİM TUTARLARI

En az: **244,22.-TL.**
En çok: **1.587,40.-TL.**

(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				
	2006	2007	2008	2009	2010	2006	2007	2008	2009	2010
OCAK	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.58	0.75	1.00	0.80	0.29	1.85
ŞUBAT	0.26	0.95	2.56	1.17	1.66	0.22	0.43	1.29	-0.34	1.45
MART	0.25	0.97	3.17	0.29		0.27	0.92	0.96	1.10	
NİSAN	1.94	0.80	4.50	0.65		1.34	1.21	1.68	0.02	
MAYIS	2.77	0.39	2.12	-0.05		1.88	0.50	1.49	0.64	
HAZİRAN	4.02	-0.11	-0.36	0.94		0.34	-0.24	0.32	0.11	
TEMMUZ	0.86	0.06	1.25	-0.71		0.85	-0.73	0.58	0.25	
AĞUSTOS	-0.75	0.6	2.34	0.42		-0.44	0.02	0.24	-0.30	
EYLÜL	-0.23	0.85	-0.90	0.62		1.29	1.03	0.45	0.39	
EKİM	0.45	-0.13	0.57	0.28		1.27	1.81	2.60	2.41	
KASIM	-0.29	0.89	-0.03	1.29		1.29	1.95	-0.83	1.27	
ARALIK	-0.12	0.15	-3.54	0.66		0.23	0.22	-0.41	0.53	

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

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2006	2007	2008	2009	2010	2006	2007	2008	2009	2010
OCAK	1.96	-0.05	0.42	0.23	0.58	0.75	1.00	0.80	0.29	1.85
ŞUBAT	2.22	0.89	3.00	1.40	2.25	2.22	1.44	2.11	-0.06	3.32
MART	2.48	1.88	6.26	1.70		1.25	2.36	3.09	1.05	
NİSAN	4.46	2.69	11.04	2.35		2.60	3.60	4.82	1.07	
MAYIS	7.36	3.09	13.39	2.30		7.36	4.12	4.38	1.71	
HAZİRAN	11.68	2.98	13.76	3.27		11.68	3.87	6.00	1.83	
TEMMUZ	12.64	3.11	15.18	2.54		5.76	3.05	6.61	2.08	
AĞUSTOS	11.80	3.93	12.49	2.97		5.30	3.13	6.35	1.78	
EYLÜL	11.54	4.98	11.48	3.60		6.65	4.19	6.83	2.18	
EKİM	12.04	4.84	12.11	3.90		8.01	6.08	9.60	4.64	
KASIM	11.72	5.78	12.08	5.24		9.40	8.15	10.52	5.96	
ARALIK	11.58	5.94	8.11	5.93		9.65	8.39	10.06	6.53	

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

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2006	2007	2008	2009	2010	2006	2007	2008	2009	2010
OCAK	5.11	9.37	6.44	9.50	6.30	7.93	9.93	8.17	7.90	8.19
ŞUBAT	5.26	10.13	9.10	6.43	6.82	8.15	10.16	8.15	7.73	10.13
MART	4.21	10.92	10.50	3.46		8.16	10.86	9.15	7.89	
NİSAN	4.96	9.68	14.56	-0.35		8.83	10.72	9.66	6.13	
MAYIS	7.66	7.14	16.83	-2.46		9.86	9.23	10.74	5.24	
HAZİRAN	12.52	2.89	17.03	-1.86		10.12	8.60	10.61	5.73	
TEMMUZ	14.34	2.08	18.41	-3.75		11.69	6.90	12.06	5.39	
AĞUSTOS	12.32	3.72	14.67	-1.04		10.26	7.39	11.77	5.33	
EYLÜL	11.19	5.02	12.49	0.47		10.55	7.12	11.13	5.27	
EKİM	10.94	4.41	13.29	0.19		9.68	7.70	11.99	5.08	
KASIM	11.67	3.65	12.05	1.51		9.86	8.40	10.76	5.53	
ARALIK	11.58	5.94	8.11	5.93		9.65	8.39	10.06	6.53	

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

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2006	2007	2008	2009	2010	2006	2007	2008	2009	2010
OCAK	5.45	9.68	6.08	12.81	1.14	8.07	9.76	8.61	10.54	6.16
ŞUBAT	5.04	10.08	5.94	12.63	1.20	8.03	9.92	8.53	10.41	6.38
MART	4.49	10.63	5.95	11.99		8.05	10.15	8.40	10.29	
NİSAN	4.09	11.01	6.39	10.65		8.11	10.30	8.33	9.98	
MAYIS	4.27	10.95	7.20	8.96		8.21	10.24	8.47	9.49	
HAZİRAN	4.97	10.09	8.39	7.34		8.32	10.11	8.64	9.08	
TEMMUZ	5.82	9.03	9.76	5.47		8.64	9.70	9.07	8.52	
AĞUSTOS	6.49	8.29	10.68	4.19		8.84	9.46	9.43	7.99	
EYLÜL	7.06	7.77	11.29	3.22		9.05	9.17	9.76	7.52	
EKİM	7.76	7.23	12.11	2.20		9.25	8.98	9.60	6.95	
KASIM	8.60	6.75	12.56	1.37		9.44	8.86	10.31	6.53	
ARALIK	9.34	6.31	12.72	1.23		9.60	8.78	10.44	6.25	

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

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	EYLÜL 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.62	0.39
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3.60	2.18
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	0.47	5.27
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	3.22	7.52

Sıra No	EKİM 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.28	2.41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3.90	4.64
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	0.19	5.08
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	2.20	6.95

Sıra No	KASIM 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.29	1.27
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	5.24	5.96
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	1.51	5.53
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.37	6.53

Sıra No	ARALIK 2009	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.66	0.53
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	5.93	6.53
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	5.93	6.53
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.23	6.25

Sıra No	OCAK 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.58	1.85
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	0.58	1.85
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	6.30	8.19
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.14	6.16

Sıra No	ŞUBAT 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.66	1.45
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.25	3.32
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	6.82	10.13
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	1.20	6.38

YAZILAR

ANILARDA BİLİRKİŞİLİK

Prof. Dr. Selahaddin ANIK

1- Hakim Bey sizi motosikletle keşfe götüreyim

Asliye Hukuk Mahkemelerinin birinde keşfe gidecektik. Keşif saati geldiğinde bir genç kaleme müracaat ederek *"keşfe geldim, ne yapmam gerek"* diye kalemden sordu. Yazı işleri müdiresi de *"bekle Hakim gelsin birlikte keşfe gideceksiniz."*

Gelen davacının kendisi olup, kazanın meydana geldiği mahalli göstermek üzere birlikte keşfe gidilecekti. Bu sırada kendisine kalemden soruldu. *"Avukatın yok mu"* diye, cevap olarak *"avukatla telefonda konuştum* (ve bu sırada tekrar telefonla avukatı ile görüştü). *Avukatım sen gider keşif yerini gösterirsin dedi,"* diye cevap verdi.

Keşif saati hep birlikte kapı önüne çıktık. Hakim Bey, keşfe nasıl gideceğiz, araban var mı? Hayır Hakim Bey yok. Araba mı tutacaksın? Hakim Bey araba tutacak param da yok. Önce ben gidip para bulayım sonra sizi götürürüm. Hakim Bey *"o kadar bekleyemeyiz"* deyince, *"Hakim Bey isterseniz sizi motosikletle olay yerine götüreyim. Ben buraya motosikletimle geldim",* dedi.

Bu olayla ilgili olarak ve tesadüfen iki gün sonra aynı mahkemenin kaleminde otururken bir hanım avukat geldi ve neden iki gün evvelki keşfe gidilmedi diye, kalemden bir nevi hesap sordu. Buna siz ne cevap verirsiniz?

2- Kendi arabasında meydana gelen hasar için, kendi arabasını trafik sigortası yapan sigorta şirketine dava açan vekil

Yine bir keşif için mahkeme kaleminde dava dosyasını incelerken, bir aracın diğer araç ile çarpışarak maddi hasarla sonuçlanan trafik kazasına sebebiyet verdiği için, malikin aracındaki hasarın bedelini almak üzere, sigorta aleyhine dava açtığını gördüm. Dosyayı incelerken, dava açtığı sigorta şirketinin, kendi müvekkiline ait aracı zorunlu mali sorumluluk sigortası yapan şirket olduğunu tespit ettim. Davalı sigorta şirketi savunmasında kazaya sebebiyet veren diğer aracın hasarı için kendilerine dava açılmamasını, ancak diğer aracı zorunlu trafik sigortası yapan sigorta şirketi aleyhine dava açabileceğini belirtmesine rağmen davacının ısrarı üzerine, kaza yerinde keşif yapılmasına karar verilmiştir.

3- TTK'nın 1301. maddesine dair bir uygulama

Bir sigorta şirketi vekili, sigortalısı olan ve işyerinde kiracı olarak bulunan kişi aleyhine TTK'nın 1301. maddesi uyarınca rücuen tazminat davası açmıştır. Dava dilekçesinde, sigortalısının işyerinde bulunan kalorifer peteğinin hava alma pürjörünün tesisattaki basınçla yerinden fırlaması sonucu fışkıran suyun işyerinde bulunan tekstil emtiasına verdiği hasarın bedelini, sigorta şirketi sigortalısına ödemesine rağmen, sigorta şimdi bu bedeli rücuen tahsil etmek istemektedir. Buna neden olarak da davalı sigortalı kiracının meydana gelen zarardan BK'nın 41 ve 58. maddeleri uyarınca sorumlu olan işyeri maliki ile aralarındaki işyeri kira sözleşmesinde, sigorta tazminatının davalı sigortalıya ödedikten sonra ortaya çıkması ve sigorta poliçesi tanzim edilirken beyan edilmeyen bu şarttan dolayı sigortalıya hasar ödemesi yapılmaması gerekirken, tamamen tazminat ödendiğinden, davalı sigortalıya yapılmış olan ödemenin BK'nın 61. maddesi gereğince muteber olmayan ve tahakkuk etmemiş sebebe dayandığı belirtilmiştir.

Kiracı ile mal sahibi arasında yapılan kira sözleşmesindeki madde de: *"Kiralanan yerde kanalizasyon, su boruları ve diğer tesisatlarda husule gelebilecek su sızması, her nevi akıntılar ve su basması gibi haller ile vukuu bulabilecek herhangi bir tecavüz, patlama, deprem, sabotaj vs. olaylar nedeni ile kiracının uğrayabileceği zarar ve ziyandan mal sahibi sorumlu değildir."* şeklindedir.

Bu davaya bakan mahkeme davanın reddine karar vermiştir. Daha sonra karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne gitmiştir. Yargıtay da bu kararı aşağıdaki ilamı ile bozmuştur. *".....Davalı vekili, dava konusu rizikonun mal sahibine rücu edebilecek bir nedenden kaynaklanmadığını da savunduğuna göre, TTK'nın 1290. maddesi gereğince sigorta akdi yapıldığı sırada, doğru bildirimde bulunma yükümlülüğünü ihlal eden davalıya karşı, sigorta bedelini ödedikten sonra bu durumu öğrenen davacının dava açma hakkı bulunduğunun kabulü ile dava konusu rizikonun nasıl gerçekleştiğini, bundan dolayı davacının taşınmaz malikine rücu hakkı olup olmadığı, varsa bunun miktarının belirlenerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...."* şeklindedir.

Yargıtay bozma ilamından sonra yerine bilirkişi marifeti ile yapılan incelemede: Hasara sebebiyet veren hususun ne davacı dilekçesinde belirtilen şekilde bir *"kalorifer peteğine bağlı hava alma pürjörü"* ne de davalı savunmasında belirtilen "*kalorifer peteğine bağlı bağlantı contası"* olmadığı, kalorifer boru tesisatında bulunan kör bir tapa olduğu görülmüştür. Bu kör tapa da kalorifer tesisatının çekilmesi sırasında yerine iyice tespit edilmemesi nedeni ile tesisatta basıncın yükselmesi suretiyle

yerinden fırlamış ve fışkıran sıcak su ile de hasar meydana gelmiştir. Tesisatta bu kör tapanın takılması işi kiracıya ait bir işlem değildir. Kör tapa kalorifer tesisatının döşenmesi sırasında işyeri mal sahibinde iken ve mal sahibi tarafından takılmıştır. Bunun kiracı ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Nitekim, bu olay işyerinin kiraya verilmesinden yaklaşık üç ay sonra meydana gelmiştir.

4- Kasko Sigortası Genel Şartlarının A.1. maddesi ile ilgili bir uygulama

Olay, bir çekici ve buna bağlı bir yarı römork (dorse) ile ve dorsede mal nakledilirken meydana gelmiştir. Dorsede cam emtiası taşınmaktadır. Olay da bu karayolunda seyir sırasında çekicinin önünde seyreden aracın yavaşlaması ile bu aracı yakından takip ettiğinden, araç sürücüsünün %100 kusuru sonucu, çekicinin önündeki aracın arka kısmına çekicinin ön kısmı ile çarpması şeklinde oluşmuştur. Çekici ve dorse aynı sigorta şirketine ayrı ayrı poliçelerle kasko sigortası yapılmıştır. Sigorta şirketi çekicideki hasarı ödemesine rağmen, dorsenin hasarını *"davaya konu hasar, harici bir etki ve harici bir cismin çarpması ile değil, sigortalı aracın taşıdığı yükün araca çarpması sonucu oluştuğundan sigorta teminatı dışındadır,"* gerekçesi ile ödenmemiştir. Burada sigorta vekili savunmasının esasını, *"aracın kendi aksamının ya da taşıdığı yükün araca çarpma şeklinde de olsa zarar vermenin kasko sigortası genel şartlarının 1. maddesinde yazılı olduğu şekilde, harici bir etki ve harici bir cismin çarpması şeklinde olmadığı için teminat kapsamı dışında kaldığı"* tezine dayandırmaktadır.

Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartlarının A-1.-a.- Sigortalı aracın hasara uğraması başlığında: *"Gerek hareket gerek durma halinde iken, sigortalının veya aracı kullananın iradesi dışında araca ani veya harici etkiler neticesinde sabit veya hareketli bir cismin çarpması veya aracın böyle bir cisme çarpması, müsademesi, devrilmesi, düşmesi, yuvarlanması gibi kazalar ile üçüncü kişilerin kötü niyet veya muziplikle yaptığı hareketler"* şeklindeki hasarın sigorta teminatı kapsamında olduğunu kabul etmektedir.

Burada kaza, karayolunda ve sürücüsünün tedbirsiz, dikkatsiz ve trafik kurallarını ihlal eder şekilde kusurlu hareket etmesi sonucu aracın ön kısmı ile önünde seyreden bir diğer araca arkasından çarpması sonucu aracın ön kısmı ile önünde seyreden bir diğer araca arkasından çarpması sureti ile meydana gelmiştir. Yani çarpma sürücüsünün iradesi dışında olan bir trafik kazasıdır ve iki aracın çarpışması şeklindedir. Eğer bu çarpma olmasaydı, dorsede bulunan emtia da hasar görmeyecek ve dorsede de hasar oluşturmayacaktı. Kaza sırasında dorse de hareket halindedir ve bağlı olduğu çekicisinin önündeki araca arkasından çarpmasından

etkilenerek hasar görmüştür. Burada dorse ve çekici bir bütündür. Bunları ayrı ayrı ele almak mümkün değildir. Yani dorse ve çekici bir nevi büyük bir kamyon gibi mütala edilmelidir. Dolayısıyla dorsenin hasarının da poliçenin teminatında olması gerekir. Burada dorse ve çekici bir bitin olduğuna göre, dorsenin önündeki araca çarpması söz konusudur.

5- Hangi yemin geçerli?

Adliyelerde bilirkişi olarak görev alacaklar her yıl belirli zaman süresi içerisinde gerekli evrakları hazırlayarak ilgili savcılıklara müracaat eder. Savcılıkta yapılan çalışmalar sonucu bilirkişilik görevi kabul edilenler burada yaptıkları bir yemin sonucu bilirkişi listelerine alınarak mahkemelere bildirilir. Yani bu kişilerin ilk yemini yaptırılmıştır. Diğer taraftan bu bilirkişilerin mahkemece seçimleri sonucu, inceleme için mahkemeye davet edildiklerinde bir defa daha yeminleri yaptırılır. Aynı bilirkişi ek rapor tanzimi için çağrıldıklarında bu yeminleri bir defa daha yaptırılır ve hatırlatılır. Yıllar önce bir asliye ceza mahkemesinde yapılacak bir keşfe gitmek üzere bilirkişi olarak davet edildim. Keşfe gitmeden önce mahkeme kaleminde keşif tutanağının baş kısmı hazırlandı. Bu hazırlanan kısımda bilirkişinin hüviyeti tespit edildikten sonra yemini de yaptırıldı. Daha sonra keşif yerine gidilerek burada yapılan keşfi müteakip keşif tutanağı da kaldığı yerden keşif yerine götürülen portatif daktiloda tamamlandı.

Davanın karara bağlanıp son bulmasından sonra, dosya Yargıtay'a gitti. Yargıtay'ın bozma kararı da sadece keşif tutanağının keşif yerinde tamamlanmasına rağmen, burada da daktilo değiştiğinden, tutanağın tamamlanması sırasında bilirkişiye eski yemini hatırlatılmadığı hususuna dayanmakta idi. Gayet tabii olarak mahkemeye davet edildim. Mahkemede yeniden bilirkişi yemin tutanağı tanzim edildi ve eski kanaatımın aynen katıldığımı bildirdim. Böylece usul de tamamen yerine getirilmiş oldu.

6- Bir LPG tüpünden sızan LPG gazının sebebiyet verdiği yangın ve sorumluluk

Yangın yeri ile ilgili verilen itfaiye raporunda: *"Olay yerinde yapılan incelemede ve araştırmamızda, ……. ait büfede bulunan yemek pişirme ocağına bağlı …marka 12 kg'lık LPG tüpünün detantör bağlantı yerinden sızan ve zamanla biriken gazın, büfede bulunan buzdolabının devreye girerek çalışması ile oluşan arkın patlamaya sebebiyet verdiği ve yangının çıktığı tahmin edilmektedir…"* şeklinde yangının çıkış sebebi verilmektedir.

Büfede çıkan bu yangın nedeni ile sigortalı olan işyerinin zararı, sigortasını yaptığı sigorta şirketi tarafından karşılanmış ve daha sonra da sigortalısına tazminatı ödeyen sigorta şirketi, 12 kg'lık ev tipi LPG tüpünü imal eden firma ile bu tüpü satan tüp bayii aleyhine rücu davası açmıştır.

Dosyayla ilgili olarak yapılan bilirkişi incelemesinde 12 kg'lık LPG tüpünde herhangi bir imalat hatasının bulunmadığı ve tüpün TS 55 numaralı Türk Standartlarına uygun olarak imal edildiği tespit edilmiştir. Ancak bu tüpe takılan detantörün de tüpü imal eden firmanın mamulü olmadığı gibi tüpte kullanılan hortumun da üçüncü başka firmaya ait olduğu ve yangından sonra hortum üzerinde yapılan incelemede hortumun yırtık bulunduğu tespit edilmiştir. Ayrıca dosya üzerinde ilk incelemeyi yapan bilirkişi heyeti yangın ve patlamaya sebebiyet veren gaz sızmasının da ancak:

a. Detantörün yerine tam olarak oturtulmaması nedeni;

b. Detantör ile hortumun bağlantı kelepçelerinden;

c. Kullanılan hortumun yıpranması ve eskimesi;

d. Hortumdaki yırtık veya çatlaktan;

e. Hortumun ocağa bağlantı kelepçesinden;

f. Ocakta pişirilen yemeğin taşmasından;

g. Ocağın başka bir etki nedeni ile sönmesinden;

İleri gelebileceği belirtilmiştir.

Yukarıda ki bu tespitler, kullanılan 12 kg'lık LPG tüpünde bir arıza ve imalat hatası bulunmadığını göstermektedir.

Ayrıca dosya incelemesinde: Davacının sigortalısına ait işyerinde 12 kg'lık beş adet LPG tüpünün bulunduğunu ve büfe sahibinin tüp bittiğinde, işyerinde işlerin siparişlerin geri kalmaması için, mevcut yedek LPG tüpünden birisini kendisinin ocağa bağladığı anlaşılmaktadır. Yani bu durumda büfe sahibi boşalan LPG tüpü yerine aldığı tüpü o anda devreye sokmamakta ve yedek tüp olarak bulundurmaktadır. Böylece tüpü aldığı tüp bayisinin tüpü yerine bağlama olanağı ortadan kalkmaktadır. Küçük bir büfede beş adet LPG tüpü bulundurmak da ayrıca başlı başına büyük bir tehlikedir.

Mahkeme bütün bunları nazarı itibara alarak, davalılar tüp imalatçısı ve tüp bayii aleyhlerine açılan bu davayı reddederler. Davacı sigorta şirketinin davayı Yargıtay'a taşıması üzerine de Yargıtay'ın ilgili Hukuk Dairesi de: *"……Davalılardan….. şirketin tüpün imalatçısı olup, tüpleri bayileri aracılığı ile satışa sunmaktadır. Diğer davalı da tüpü imal eden davalının bayiidir. Tüpün maliyeti davalılardan tüpü imal eden şirkete ait olduğuna göre, bayi dışındaki yetkisiz kişilerin tüpü takma olanağına kavuşması, buna neden olan bayiler üzerinde bu davalının denetim ve kontrol görevi gereği gibi yerine getirmemesi, BK'nın 100. maddesine dayalı sorumluluğunun nedenini oluşturmaktadır. Sadece tüplerde imalat hatası bulunmadığından hareketle hüküm tesisinin doğru olmadığı nedeni ile*

kararın davacı lehine bozulmasını gerektirmiştir...." gerekçesi ile kararı bozmuştur.

Memleketimizde, özellikle ülkenin kırsal kesiminde tüp temin etmenin çok zor olduğu koşullar da göz önüne alındığında, ayrıca evlerde ve büfelerde kullanılan tüplerinde, tüp biter bitmez hemen teslim edilmesinin mümkün olmadığı gerçeği karşısında, tüp bayiinin getirdiği tüpü hemen ocağa veya yerine takması mümkün görülmemektedir. Bunun başka bir şekilde çözülmesi de olası görülmemektedir. Bu bilhassa zaruretlerin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bayi daima tüp müşterilerine yedek tüp götürmektedir.

Davalının biri tüpü imal eden firma veya şirkettir. Tüpler TS 55 Türk Standardına göre hatasız imal edildiğine göre, yani tüpün kaynak dikişinden veya tüpe bağlı valfından bir gaz sızdırması olmadığına göre, tüp hatasız olup normaldir ve gaz dolumuna gider. Tüpler doldurulduktan sonra satışa arz edildiğinde, bu tüpün alıcı tarafından kullanılması için, tüpe bir detandör ve detandöre de gazı ocağa iletmesi için bir hortumun bağlanması gerekir. Bu işlemlerin hepsi tüpü imal eden davacının dışında yapılan işlemlerdir. Bu olayda tüpe takılan detandör ve hortum davalı tüp imalatçısının mamulü olmayıp, tamamen bunu dışındaki şirketlerin mamulüdür. Bunlardaki bir hata ve arızanın, tüpü imal edenin kusuru gibi göstermek, gerçeği ifade etmediği gibi tamamen yerinde olmayan bir durumdur. Nitekim bu olayda kullanılan hortum yırtık olup, uzun süre o şekilde kullanıldığını göstermektedir. Zamanla genişleyen yırtık buradan gaz sızmasına neden olmuş ve çalışması ile oluşan kıvılcım, biriken gazın patlamasına ve yangının çıkmasına sebebiyet vermiştir. Burada dikkat edilecek diğer önemli bir noktada infilak eden, 12 kg'lık LPG tüpü değil, tüpten çıktıktan sonra, tüpün dışında kalan bir arıza ve hata nedeni ile zeminde biriken LPG gazıdır. Bunun da sorumlusu tüpü kullanan sigorta şirketinin sigortalısı olup, yırtık hortum veya arızalı detandör kullanmasıdır. Tüp imalatçısı tüpü gaz dolu olarak sağlam bir şekilde tüp bayiine teslim ettikten sonra sorumluluğu bitmiştir. Ülkemizdeki koşullar nedeni ile tüp bayii de, sağlam ve dolu tüpü kullanıcısına teslim ettikten sonra onun da sorumluluğu tamamlanmış olmaktadır.

7- Kim ne nispette kusurlu?

Davacı evinin salonuna bir klima taktırmıştır. Bu klimanın takılmasından takriben iki yıl sonra da geniş ekranlı bir plazma TV almış ve bu plazma TV de salonda klimanın bulunduğu duvarın dibine ve klimanın bulunduğu yerin altına monte edilmişti. Davacı aradan iki yıla yakın bir zaman geçtiği için, klimasının bakımını yaptırmış ve bakım için de 90.-TL. sarf etmiş. Klimanın bakımından üç ay sonra da klimanın

bulunduğu yerden su akıtması (damlatması) dolayısıyla TV zarar görmüş. TV'nin hasarının onarımı için de yaklaşık 250.-TL. masraf yapmış.

Daha sonra klima ve TV'nin sahibi Tüketici Mahkemesi'ne klimanın bakım ve onarımını yapan firma aleyhine dava açarak bu davada 2.250.-TL plazma ekranlı TV'nin bedeli ile TV'ye yaptığı 250.-TL. tutarındaki onarım ve 90.-TL. tutarındaki klima bakım ve onarım bedelini talep etmiştir.

Burada olay incelendiğinde, davacının salonuna klima takılırken daha TV alınmamış ve buraya monte edilmemiştir. Bu iki senelik süre zarfında da klimadan herhangi bir su akması ve damlaması tespit edilmemiştir. O halde klimanın kendisinde bir imalat hatası bulunmamaktadır. Ancak TV, klimadan yaklaşık iki sene sonra alınıp oraya monte edildiğinde, duvarda klima bulunduğundan, TV'nin oraya satıcı tarafından monte edilmemesi gerekirdi. TV, klimanın altına monte edildikten bir müddet sonra klima bakım ve onarıma alınmış ve bakımdan takriben üç ay sonra da klima su damlatmıştır. Yapılan incelemede klimanın borularında da herhangi bir delik ve çatlamaya rastlanılmamıştır. Bu durumda klimanın bakımından takriben üç sonra su damlatması, bakım yapılırken, bakımın yetersiz yapıldığı sadece filtre değiştirildiği ve tozlanan klimanın bakım sırasında iyice temizlenmediği ve dolayısıyla sıcak mevsimde klimanın sürekli çalışması ile yoğuşan buharın aşağıya damlamasına sebebiyet vermiştir. Bu da klima bakımını yapan davalının kusurlu olduğunu göstermektedir. Burada bir diğer kusurlu da TV'yi oraya yani klimanın altına monte edendir. Bu bakımdan plazma TV'nin onarılması için sarf edilen bedelin tamamından klimanın bakımını yapan sorumlu tutmak yerinde değildir. Yani TV'nin onarım bedelinin yarısından (%50) TV'yi oraya monte eden ve diğer yarısından da (%50) klimanın bakım ve onarımını yapan sorumludur. Burada önemli olan diğer bir nokta da, davacının TV'nin 2.500.-TL. tutarındaki bütün bedelini de talep etmesidir. Bu talep yerinde değildir. TV onarılarak eski haline geldiği için, sadece onarım bedelinin %50'si ile TV yeni olduğundan ve garanti süresi içerisinde de zamanından önce bir onarım gördüğünden, TV bir değer kaybetmiştir. Bu da ancak TV bedelinin %20'si mertebesindedir ve bunun da ancak %50'sini davacı, klimanın bakım ve onarımını yapandan talep edilebilir. Böylece davacının bu davada davalı klima onarıcısından talep edebileceği miktar: 90.+ 250/2 + 500/2 = 465.-TL'dir.

8- BK'nın 44. maddesine ait bir uygulama ile İlgili Yargıtay İlamı

Bir sürücü yönetimindeki Toyota marka bir Pick-up ile ve yanında da bir yolcu olduğu halde seyrederken, aracının sağ ön lastiğinin patlaması ile yolda sağa ve sola yalpa yaparak gidiş istikameti yönünde ve sağ yanı üzerinde sürüklenerek yolun sonundaki şarampola tekerlekleri üzerinde durmuştur.

Aracın sağ yanı üzerinde yolda sürüklenmesi sırasında, sürücünün sağında oturan yolcunun sağ kolu patlayan camdan dışarı çıkarak yolda sürüklenmesi sonucu ağır şekilde yaralanmıştır ve Adli Tıp raporuna göre de %43,3 oranında çalışma gücünü kaybetmiştir.

Dosyanın ceza davası sırasında Adli Tıp Kurumu Trafik Dairesi raporunda: *''.....Sanık sürücü seyri esnasında, aniden patlayan lastiğe karşı alabileceği bir önleminin bulunmadığı ve aracını yolda tutmaya çalışmasına rağmen başarılı olamadığı için, şarampole yuvarlandığı olayda, olayın lastik patlaması nedeni ile başladığı kanaati oluştuğu için kusurlu görülmemiştir. Olaya 8/8 nispetinde bir teknik arıza olan lastik patlamasının sebebiyet verdiği kanaatine varılmıştır.....''* şeklindeki tespiti ile sürücüye bir kusur verilmemiştir.

Daha sonra Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, araç sürücüsünün yanında yolcu olarak bulunan ve %42,3 oranında çalışma gücünü kaybeden yolcu, aracın sahibi olan resmi kurum aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açar. Davada, davacının kusuru olmaması dolayısıyla mahkeme maddi tazminat/hüküm verir. Davalı tarafın yargıtaya gitmesi ile de Yargıtay ilgili dairesi tarafından: *''.....Davacının yaralanmasına yol açan kazada emniyet kemerinin takılı olmadığı, olay yerinde yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporuna da yansımıştır. Bu durumda, davacının yaralanmasına yol açan kazada emniyet kemerinin takılı olup olmadığı yönü üzerinde durularak, davacının kemer takmadığının saptanması durumunda, Borçlar Yasası'nın 44. maddesi uyarınca uygun bir indirim yapılmasının gerektiğinin gözetilmemiş olması doğru olmadığından, karar bu nedenle bozulmalıdır.....''* şeklindeki gerekçe ile karar bozulmuştur.

Dosyada yapılan incelemede aracın istiap haddinin altında yüklendiği ve sürücünün yanında bulunan ve yaralanan yolcunun seyir sırasında emniyet kemerini bağlamadığı tespit edilmiştir.

Davacının araçta kemerini bağlamaması sonucu aracın bir kazaya karışması halinde, davacı kendisini araç içerisinde sabit bir şekilde tutamadığından aracın savrulması ile sağ kolunun da patlayan camdan dışarı çıkarak, aracın sürüklenmesi sırasında hasar göreceği gayet açıktır.

Dolayısıyla davacının araçta emniyet kemeri takmadan seyretmesi, kendisinin ağır şekilde yaralanmasında etkin rol oynamasına sebebiyet vermiştir. Eğer davacı emniyet kemerini bağlamış olsaydı, kazayı daha hafif atlatabilirdi. Dolayısıyla kazada davacının kemer takmaması, kendi emniyetini dikkate almadığı ve yaralanmasına kendisinin de en az %50 nispetinde ki kusurunun sebebiyet verdiğini açıkça göstermektedir.

ÇEK KANUNU'NUN 25 YILLIK UYGULAMASI, 5941 SAYILI YASA İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Ufuk UYSAL*

Bilindiği üzere çek bir ödeme aracıdır. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) göre kıymetli evraktır ve Kambiyo senedidir. TTK'nın 692. maddesinde çeklerin ne şekilde düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Ödeme aracı olması nedeniyle çeklerde vade de bulunmamaktadır. Belirlenen yasa hükümlerine karşın 1970'li yılların başından itibaren ekonomide görülen istikrarsızlık ile çek kullanımında da yazılı kuralların ve alışkanlıkların değişmesine yol açmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 707. maddesinde, çeklerin görüldüğünde ödeneceği, buna aykırı herhangi bir kaydın yazılmamış hükmünde olduğu, keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çekin ibraz günü ödeneceği hükmü yer almaktadır. Diğer iki kambiyo senedi olan poliçe ve bononun o tarihlerde % 05 Damga Vergisi'ne de tabi olması buna karşın çeklerin Damga Vergisi'nden istisna olmasından dolayı TTK'nın 707. maddesinin aksine vadeli çek, ileri tarihli çek diyebileceğimiz yeni bir tanımda çek türü ülkemizde yoğun ve yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır.

Çekleri basan ve tedavüle sunan bankalar, çeklerin kullanımı ve karşılıksız kalması halinde uygulanacak yaptırımların olmamasının da etkisiyle etkin bir sistemin bulunmaması sonucu, çek kurumuna olan güvende önemli ölçüde azalmıştır.

Böyle bir süreç içinde, Büyük Millet Meclisi tarafından 19.03.1985 tarihinde kabul edilen, 03.04.1985 tarih ve 18714 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3167 sayılı *"ÇEKLE ÖDEMELERİN DÜZENLENMESİ VE ÇEK HAMİLLERİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN"* ile bankacılık kesiminde çeklerle ilgili yeni bir dönem başlamıştır.

Bankalardan çek karnesi alabilmek için; öncelikle bankalarda çekle işleyen hesap açılması zorunluluğu getirilmiş ve çek hesabı açtıranların T.C. Merkez Bankası'na bildirilmesi zorunluluğu konulmuştur. Bu şekilde T.C. Merkez Bankası'nda bir çek hesabı veri bilgisi oluşturulmuştur.

İbraz süresinde çekin karşılığının olmaması halinde, çek sahibine ibraz tarihini izleyen on iş günü içinde çek bedelini ödeyerek bu olumsuz durumu düzeltmesi hakkı tanınmış, aksi takdirde çek sahibinin bir yıl müddetle çek keşide edemeyeceği gibi elinde bulunan bütün çek karnelerini iade etme zorunluluğu getirilmiştir.

(*) S.M. Mali Müşavir

Düzeltme hakkı, 3167 Sayılı Kanun'un 8. maddesinde, hesap sahibinin ihtar mektubunu aldığı veya almış sayıldığı tarihten itibaren yedi gün içinde çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümü %10 tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte hamil adına muhatap bankaya yatırdığı takdirde yeniden çek keşide etme hakkı kazanması öngörülmüştür. Ancak düzeltme hakkının, karşılıksız çekin ibraz tarihini takip eden bir yıl içinde en fazla iki kez kullanması kabul edilmiştir.

Bankaların düzeltme hakkı olmayan veya bu hakkı kullanmayan müşterilerini 30 gün içinde T.C. Merkez Bankası'na (TCMB) bildirmesi, TCMB tarafından bildirilen kişiler hakkında bankalara duyuru yapılarak ilan tarihinden itibaren bir yıl süre ile bu kişilere çek karnesi verilemeyeceği ve çekle işleyecek hesabın açılamayacağı esası konulmuştur.

Öte yandan, ilk kez bu tarihte bankaya ibraz edilen çeklerden karşılıksız kalan kısmın 20.000.-TL. (eski)'lik kısmının bankaca ödenmesi ilkesi getirilmiş, bu tutarın yayımlanan TEFE yıllık indeksindeki artışlar göz önünde bulundurularak yükseltilmesi konusunda T.C. Merkez Bankası'na yetki verilmiştir.

Keşide ettiği çeki kısmen veya tamamen karşılıksız kalan müşteriye İhtar yapmayan bankaya karşılıksız çek başına 200.000.-TL. (eski)'lik ağır para cezası uygulanması, ayrıca düzeltme işlemi yapmadığı halde yasaklı olduğu bir yıllık süre içinde çek keşide edenlere üç aydan altı aya kadar hapis ile 20.000.-TL'den 200.000.-TL. (eski)'ye kadar ağır para cezası verilmesi kararlaştırılmıştır.

Yetkili olmadığı halde çek karnesi basan ve bastıran kişilerinde mülga 765 sayılı TCK'nın 323. maddesine göre cezalandırılması öngörülmüştür.

Kanunun 16. maddesinde İbraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle bedelleri kısmen de olsa ödenmeyen çek hamillerinin şikayet üzerine, çek keşide eden kişinin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması, ayrıca Mahkemece çekli hesap sahibinin bu süre içinde bankalarda çekli hesap açmasının ve çek keşide etmesinin yasaklanmasına karar verilmesi, şikayetten vazgeçilmesi veya çek bedelinin %10 tazminatı ile ödenmesi halinde ise, kamu davasının ve cezasının ortadan kaldırılmasına karar verilebilmesi imkanı getirilmiştir.

Bankaların çek yaprağı başına ödemekle sorumlu olduğu tutar; 16.03.1990 tarihinde 25.000.-TL. (eski)'ye, 18.06.1993 tarihinde 50.000.-TL'ye, 18.02.1995 tarihinde ise 1,500.000.-TL'ye, 25.09.1997 tarihinde ise 5,000.000.-TL'ye yükseltilmiştir.

3167 Sayılı Yasa'nın uygulanmasından itibaren geçen sekiz yıllık süre içinde karşılıksız çek keşide etme işlemlerinde hiçbir azalma görülmediği

gibi, şikayete bağlı olarak Ceza Mahkemelerinde açılan davalar nedeniyle sistem tıkanmıştır.

Böyle bir ortamda, TBMM tarafından 26.02.2003 tarihinde kabul edilen, 08.03.2003 tarih ve 25042 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4814 Sayılı Yasa ile 3167 Sayılı Yasa'da köklü değişiklikler yapılmış, çekin karşılıksız kalması halinde hapis cezası yerine çek bedeli tutarında ağır para cezası öngörülmüş, sadece mükerrirler hakkında hapis cezası korunmuştur.

Buna göre, bankaların çek hesabı açtırmak isteyen kişilerin, yasaklı ve engel durumu bulunup bulunmadığını araştırmaları, kişinin ekonomik ve sosyal durumu gibi hususlarının belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni göstermeleri gerektiği yasada ifade edilmiştir.

Her çek yaprağında çek hesabının bulunduğu şubenin adı, hesap numarası ve hesap sahibinin vergi kimlik numarasının yazılmak suretiyle çek karnelerinin bankalar tarafından bastırılması uygulaması sürdürülmüştür.

Muhatap bankaya ibraz edilen çekin kısmen veya tamamen karşılıksız kalması halinde bankanın sorumlu olduğu tutarın hamile ödenmesi halinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisinin ücretsiz olarak çek hamiline verileceği, dolayısıyla çek aslının bankada alıkonulacağı, hamilin bu fotokopiye istinaden müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabilmesi, cezai ve hukuki takipler yapabilmesi olanağı sağlanmıştır.

Takas odaları aracılığı ile ibraz edilen çekler için muhatap bankanın sorumlu olduğu tutarın ödenmeyeceği, hesapta bulunan kısmi karşılık tutarının hamil lehine on beş gün süre ile çek hesabında bloke edilmesi koşulu getirilmiştir.

Öte yandan, daha önce bir yıl içinde iki kez kullanılabilen düzeltme hakkı süresiz hale getirilmiş, çekte yazılı keşide gününe göre hesaplanacak ibraz süresinin bitim tarihinden itibaren en geç on gün içinde çekin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve ibraz tarihinden ödeme gününe kadar geçecek süre için 3095 Sayılı Yasa'nın 2/2. maddesine göre ticari temerrüt faiz oranı üzerinden hesap sahibi tarafından ödenmesi halinde hesap sahibi yeniden çek keşide etmek hakkını kazanması imkanı verilmiştir.

Muhatap banka tarafından çekli hesap sahibinin düzeltme hakkını kullanmaması halinde ise hesap sahibine on gün içinde iadeli taahhütlü bir mektup gönderilerek elindeki çek karnelerini bankalara iade etme bildirimini yapma zorunluluğu konmuştur.

Diğer taraftan muhatap bankanın ibraz edilen çeklerin karşılığının bulunmaması halinde her çek yaprağı için 300.00.-TL'ye kadar ve kısmen

karşılığının bulunması halinde ise bu miktarı her yaprağı için 300,00.-TL'ye tamamlayacak biçimde ödeme yapmakla yükümlü olduğu ilkesi getirilmiş, bu durumun hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdi kredi sözleşmesi hükmünde olduğu, Kanunun yürürlüğe girdiği 08 Mart 2003 tarihinde saptanan 300,00.-TL. sorumluluk miktarının Türkiye İstatistik Kurumu tarafından TEFE endeksindeki değişmeler göz önüne alınarak her yıl Ocak ayı içinde Resmi Gazete'de T.C. Merkez Bankası tarafından ilan edilmesi kararlaştırılmıştır.

Buna göre, 3167 Sayılı Yasa'nın yürürlükten kalktığı 2010 yılına kadar T.C. Merkez Bankası'nca ilan edilen çek yaprağı başına sorumluluk miktarları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

YILLARA GÖRE BANKALARIN ÇEK YAPRAĞI BAŞINA ÖDEMEKLE SORUMLU OLDUĞU TUTARLAR

T.C. Merkez Bankası Tebliğinin Yayınlandığı Resmi Gazete Tarih ve No'su	Tebliğ No	Geçerlik Tarihleri	Bankanın Çek Yaprağı Başına Sorumlu Olduğu Tutar (TL)
4814 S. Kanun'un Başlangıcı		08.03.2003-14.01.2004	300,00
15.01.2004-25347	2004/1	15.01.2004-10.01.2005	310,00
11.01.2005-25697	2005/1	11.01.2005-13.01.2006	350,00
14.01.2006-26049	2006/1	14.01.2006-16.01.2007	370,00
17.01.2007-26406	2007/1	17.01.2007-07.01.2008	410,00
08.01.2008-26750	2008/1	08.01.2008-14.01.2009	435,00
15.01.2009-27111	2009/1	15.01.2009-19.12.2009	470,00

Yukarıdaki tablo dışında, bankaların yeni çekleri bastırmalarına ilişkin esaslar 09.04.2003 tarih ve 25074 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/1 sayılı T.C. Merkez Bankası Tebliği ile belirlenmiş, bankaların 08.07.2003 tarihine kadar müşterilerine verdikleri eski çek defterlerinden ötürü her çek yaprağı için 5,00.-TL. olan sorumluluk tutar bu süre için 60,00.-TL. olarak belirlenmiştir.

Ayrıca çekli hesap sahibinin, banka tarafından yapılan ihtarı aldığı veya almış sayıldığı tarihten itibaren on gün içinde geçerli bir sebebe dayanmaksızın çek defterlerini geri vermediği takdirde, ilgili bankanın ihbarı üzerine 350,00.-TL'den 3.000,00.-TL'ye kadar ağır para cezası verilmesi, ilgili bankaya da bu ihbarı yapma zorunluluğu getirilmiştir. Çeki yasağı getirilen süre içinde çek hesabı açtıranlara bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası, yasaklı olduğu halde böyle bir kişiye çek hesabı açan bankalara ise 5.000,00.-TL. ağır para cezası verilmesi kararlaştırılmıştır.

Yasa ile karşılıksız kalan çek keşidecilerine kanunların suç saydığı haller saklı kalmak üzere çek bedeli tutarı kadar ağır para cezası verilmesi ilkesi konmuş, ancak verilecek para cezasının 80.000.-TL'yi geçemeyeceği, bu miktarın mülga 765 sayılı TCK'nın ek 2. maddesine göre her yıl arttırılması, bu suçtan mükerrirlere de bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilmesi, kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan her çek yaprağının ayrı bir suç oluşturacağı kabul edilmiştir.

Karşılıksız kalan çeklerden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasının hamilin, çeki elinde bulundurma koşulu ile ödemede bulunan cirantanın veya kanuni veya akdi teminatı nedeniyle tam ödemede bulunan bankanın şikayetine bağlı olduğu, bu suçlara çekin ibraz edildiği ya da keşide edildiği veya şikayetçinin yerleşim yerinin bulunduğu yerin Asliye Ceza Mahkemesinde bakılacağı, şikayet hakkının düzeltme hakkının kullanılması için verilen sürenin sonunda, ihtiyati tedbir veya ödeme yasağının kalktığı tarihte doğacağı, hükmün kesinleşmesinden sonra dahi şikayetten vazgeçildiği takdirde hükmün bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkması esası getirilmiştir.

Dava açılmadan önce çek tutarı ve karşılıksız kalan kısmın %12 tazminatının ve gecikme faizinin ödenmesi, dava açıldıktan itibaren hüküm verilinceye kadar geçen süre içinde ise, çek tutarı ve karşılıksız kalan kısmın %15 tazminatının ve gecikme faizinin ödenmesi halinde de ceza davasının düşmesi, hüküm verildikten sonra hükmün kesinleşinceye kadar geçen süre içinde çek tutarı ve karşılıksız kalan kısmın %18 tazminatının ve çekin ibraz tarihinden itibaren gecikme faizinin ödenmesi halinde, hüküm kesinleştikten sonra çek tutarı ve karşılıksız kalan kısmın %20 tazminatının ve çekin ibraz tarihinden itibaren gecikme faizinin ödenmesi halinde bütün cezai sonuçları ile birlikte hükmün ortadan kalkacağı, Ödemeler çek hamiline veya hamiline ödenmek üzere muhatap bankaya yapılması halinde geçerli olacaktır.

Yapılan bu düzenlemelere rağmen ülkemizde hissedilen küresel krizin de etkisiyle, karşılıksız kalan çek adedi ile karşılıksız kalan çeklerden dolayı yapılan cezai takiplerin artması sonucu ceza evlerinde bu suçtan dolayı tutuklu ve hükümlü sayısının da hızla yükselmesine yol açmıştır.

Yıllara göre oluşan karşılıksız kalan çek sayıları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Yıllar	Banka Bildirimli Karşılıksız Çek adedi	Mahkeme Kararlı Karşılıksız Çek adedi	Daha sonra Karşılığı Ödenen Çek adedi
2000	798.438	39.102	
2001	1.179.299	20.030	
2002	742.968	5.525	
2003	831.302	18.340	220.237
2004	893.939	70.672	568.237
2005	1.006.557	95.978	622.275
2006	1.144.740	67.875	714.660
2007	1.324.664	72.502	829.146
2008	1.537.194	76.782	912.178
2009	1.910.650	82.934	1.116.983

Kaynak: T.C. Merkez Bankası A.Ş.

Yukarıdaki tablo karşısında çek sisteminde oluşan kilitlenmeye Büyük Millet Meclisi bir kez daha el koyarak ödeme aracı olan çeklere olan güveni sağlamak amacıyla yeni bir yasa tasarısını 14.12.2009 tarihinde kabul etmiş, 5941 sayılı ismi sadece **ÇEK KANUNU** olarak belirlenen Yasa 20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

TBMM'de kabul edilen tasarının genel gerekçesinde yeni kanun hazırlanma sebepleri arasında;

a) Gereksiz bildirim, ihtar, tebligat ve ilanların kaldırılması,

b) Yeni Kanunun 5237 Sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi,

c) Çekin Güvenli bir ödeme aracı olarak itibar kazanmasında toplumsal menfaatin bulunduğu, Piyasada ödemelerin halen nakit yapılmasından dolayı ekonominin zarar gördüğü, 3167 Sayılı Yasa'nın başarısız olduğu, yeni kanun ile sağlıklı çek kullanım önlemlerinin gösterilmesi gerektiği,

d) Karşılıksızı çek ile mücadelenin ağır hapis cezaları ile önlemediğinin anlaşıldığı, bu nedenle suçu önleyici tedbirlere başvurulması gerektiği,

e) Kara paranın aklanması ile terörün finansmanında, çekin de rol oynamasına engel olunmasının zorunlu hale geldiği, bu sebeple çek hesabının açılmasında ve hamiline çekte yeni yaklaşımların zorunlu hale geldiği hususları vurgulanmıştır.

Yeni Çek Kanunu'nun amacı; birinci maddesinde kapsamlı şekilde açıklanmış, çekin güvenli bir ödeme aracı olmasını temin ve ekonomik işleyiş ile topluma ve kamu düzeninin sağlanması olarak belirlenmiştir.

Yeni Kanun çek hesabının ilgilinin, vekilinin veya yasal temsilcinin imzası olmadan açılamayacağı, çek defterlerinin eskinden olduğu gibi bankalarca bastırılmaya devam edilmesi kararlaştırılmış, bu kapsamda T.C. Merkez Bankası tarafından hazırlanarak 27468 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/2 sayılı Tebliğ ile, çeklerin Tacir olan, Tacir olmayan ve Hamiline şeklinde üçe ayrılması, Tacirlere ait çeklerin LACİVERT renkte, Tacir olmayanlara verilen çeklerin SARI renkte, Hamiline yazılı çekler üzerinde ise hamiline ibaresinin matbu olarak yer alması ve KIRMIZI renkte bastırılması esası getirilmiştir.

Yeni Kanunun üçüncü maddesinde, çeklerin muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilerek hamilin vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödeneceği, muhatap bankaya, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için,

Karşılığının hiç bulunmaması halinde,

Çek bedelinin altı yüz TL. veya üzerinde ise altı yüz TL'sinin,

Karşılığının kısmen bulunması halinde ise,

Çek bedeli altı yüz TL. veya altında ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla kısmi karşılığı altı yüz TL'sine tamamlayacak bir miktarı, bu tutarın üstünde ise çek bedelini aşmamak koşulu ile kısmi ilave olarak altı yüz TL'sini ödemesi zorunlu tutulmuştur.

Bu maddedeki miktarın eskiden olduğu gibi Türkiye İstatistik Kurumu fiyat endekslerindeki yıllık değişmeler göz önünde tutularak T.C. Merkez Bankası'nca her yıl Ocak ayında belirlenmeye devam edilmesi kabul edilmiştir. Bu şekilde bankaların sorumlu olduğu tutar enflasyona bağlı olarak her yıl güncellenecektir.

Çekin kısmen veya tamamen karşılıksız kalması halinde ibraz edilen hamil talepte bulunduğu takdirde karşılıksız işleminin yapılacağı, karşılıksız işleminin ise çekin arka yüzüne ibraz tarihi, hesap durumu, ibraz eden gerçek kişinin ad soyadı yazılmak ve banka yetkilisi ile ibraz eden gerçek kişinin birlikte imzalanması suretiyle yapılması esası getirilmiştir. Hamil imza atmadığı takdirde karşılıksız kalma işlemi yapılmamış sayılacaktır.

Bu maddede, diğer belirlenen bir husus da, çekin ibrazında karşılığının tamamen ödenmemesi veya çek hamili tarafından sorumluluk tutarı dahil ödemenin kabul edilmemesi halinde, çekin arka yüzüne ibraz tarihi ile ödememe nedeni yazılarak aynı şekilde banka yetkilisi ve çek hamili tarafından imzalanması, yazılı ve imzalı çekin fotokopisi bankada muhafaza edilerek aslının ibraz eden çek hamiline geri verilmesi kabul edilmiştir.

Diğer bir anlatımla, çekin tamamen karşılıksız çıkması ve sadece bankanın yükümlülük tutarının çeki ibraz eden hamiline ödenmesi halinde çekin aslı hamiline verilecek, fotokopisi ise bankada muhafaza edilecektir.

Ödeme işlemlerinde son farklılık ise, çek bedelinin sorumluluk dahil kısmen ödenmesi halinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi çek hamiline verildikten sonra çek aslının çek hesabının bulunduğu banka şubesinde saklanması, çek hamilinin bu fotokopiyle eskiden olduğu gibi müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği, Cumhuriyet Başsavcılığı ile İcra ve Mahkemelerde ispat aracı olarak kullanılma olanağı sağlanmıştır.

Banka, çekin karşılığı hesapta bulunmasına rağmen çek bedelini ödememesi veya kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı çek hamiline ödememesi hallerinde ise, çek hamiline her geçen gün için binde üç gecikme cezası ödemesi ilkesi getirilmiş, ayrıca 3095 Sayılı Yasa hükümlerine göre Kanuni ve Temerrüt faizi ödenmemesi kabul edilmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının TTK'nın 707. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemesi halinde, bu çekle ilgili hukuki takip yapılmayacağı, diğer bir deyişle ileri tarihli vadeli çeklerin vadesinden önce bankaya ibraz yolunun kapatıldığı, çekte bir anlamda vade kavramının kabul gördüğü, bu maddenin 01.01.2012 tarihine kadar uygulanması tespit edilmiştir.

Yasanın 5. maddesinde, süresi içinde ibraz edilen çekin karşılıksız kalması halinde hamilin şikayeti üzerine her bir çekle ilgili olarak binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı, bu davaların çekin tahsili için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin veya şikayetçinin yerleşim yerindeki Sulh Ceza Mahkemelerinde görülmesi kabul edilmiştir.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı bildirimlerinin 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ve ilgilinin çek hesabı açtırırken bildirdiği adrese 35. maddeye göre yapılması, bu karara tabi kişilerin elindeki bütün çek yapraklarını bankalara iade etmekle yükümlü olduğu, ayrıca yasak kapsamına alınan kişinin kendisine yapılan tebligattan itibaren on gün içinde piyasaya verdiği çekleri düzenleme tarihi, miktarı ve varsa lehdarları da gösterilmek suretiyle muhatap bankaya liste halinde vermesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Bir önemli değişiklik de, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin kararlar ile bunların kaldırılmasına ilişkin kararların, UYAP aracılığı ile T.C. Merkez Bankası'na elektronik ortamda bildirilmesi zorunluluğu konmuştur.

Türk Ceza Kanunu ile getirilen Etkin Pişmanlık hükümlerine bu yasada yer verilmiş, karşılıksız kalan çekin düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 Sayılı Kanunu'na göre, ticari temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte ödeyen kişi hakkında soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, Mahkumiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından verilen hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilmesi imkanı getirilmiştir.

Şikayetten vazgeçilmesinde de bu usulün geçerli olduğu, kişinin mahkum olduğu adli para cezasının tamamen infaz edildiği veya cezayı ödememesi halinde hakkında hapis uygulanmasından itibaren üç yıl ve her halde yasağın konduğu tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra hükmü veren Mahkemeden çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasının istenebilme olanağı sağlanmıştır.

Yasanın diğer ceza hükümleri başlıklı 7. maddesinde, Tacir çeklerinde tacir olmayan kişinin çek defterini kullanarak çek düzenleyen ve düzenleten kişiye altı aydan iki yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü, tacir olmayan kişiye tacir çekini veren banka görevlisi hakkında elli günden yüz elli güne kadar adli para cezasına hükmolunması, karşılıksız işlemini yapmayan, karşılığı hesapta olan çek bedelini ödemeyen veya bankanın sorumlu olduğu miktarı çek hamiline ödemeyen banka görevlisinin de şikayet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

Yukarıdaki düzenlemelere ilave olarak, hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilen kişinin buna rağmen çek düzenlemesi halinde fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, yasaklı kişiye çek hesabı açan banka görevlisine de üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği, hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenleyen kişinin her bir çek yaprağı için bir yıla kadar hapis cezası verilmesi, yetkisiz olarak çek karnesi basanlar ve bastıranlara iki yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli parası cezası verilmesi, Bankaların yasadan gelen sağlama ve saklama sorumluluklarını yerine getirmemeleri halinde ilgili bankaya Cumhuriyet savcısı tarafından beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilmesi kabul edilmiştir.

Hesaben ödeme sisteminin kurulmasının T.C. Merkez Bankası A.Ş. tarafından çıkarılacak Yönetmelikle düzenlenmesi, takas odaları ile ibraz edilen çeklerde muhatap bankanın sorumluluk tutarını ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı hususu açıkça vurgulanmıştır.

Yasanın Geçici 1. maddesiyle; yürürlüğe giren yeni esaslar nedeniyle 3167 Sayılı Kanun ile 4814 Sayılı Yasa'nın geçici 1 ila 5. maddeleri yürürlükten kaldırılmış, bankaların 1 Temmuz 2010 tarihine kadar yeni çek defterlerini vermesi ve eski defterleri imha etmesi, eski çek karneleri ile ilgili 3167 Sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmaya devam olunması, 3167 Sayılı Yasa'nın 16. maddesine göre karşılıksız çeklerle ilgili olarak açılan davaların Asliye Ceza Mahkemelerinde görülmeye devam etmesi esası getirilmiştir.

Yasanın Geçici 2. maddesiyle de; 3167 Sayılı Yasa'nın 16. maddesinde tanımlanan suçtan dolayı 1 Kasım 2009 tarihine göre haklarında soruşturma ve kovuşturma başlayan ya da kesinleşmiş bir hükümle mahkum olan kişilerin, şikayetçi ile belirledikleri miktarın belirli vadelerde ödenmesi hususunda anlaşmaya varmaları, anlaşma metninin Cumhuriyet Savcılıklarına veya Mahkemelere verilmesi halinde soruşturma ve kovuşturmasının durması, hükmün infazının ertelenmesi veya durdurulması kararının verilmesi kabul edilmiştir.

Kanunun, etkin pişmanlık hükümlerine göre ödenmesi gereken miktarın belli vadelerle ödeneceğinin taahhüt edilmesine ilişkin belgenin Cumhuriyet Savcılıklarına veya Mahkemeye verilmesi halinde soruşturma ve kovuşturmasının durması, hükmün infazının ertelenmesi veya durdurulması kararının verileceği, ödeme süresinin taahhütname tarihinden itibaren iki yılı geçemeyeceği karar altına alınmıştır.

Yasa ile, ilgili kişilerin bu haklardan yararlanmaları için yapacakları anlaşma ile hazırlayacakları taahhütnameleri en geç 1 Nisan 2010 tarihine kadar düzenleyerek ilgili mercilere vermeleri gerektiği, soruşturmanın veya kovuşturmanın durması halinde dava zaman aşımının,

hükmün infazının ertelenmesi veya durdurulması halinde ise ceza zamanaşımının işlemeyeceği, ödemelerin yapılması halinde kovuşturmaya yer olmadığı, davanın düşmesi veya hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilmesi, uyulmadığının tespiti halinde soruşturmaya, kovuşturmaya veya hükmün infazına devam edilmesi, soruşturması veya kovuşturması durdurulan ya da hükmü infazı ertelenen veya durdurulan kişi hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesi (3-a) fıkrasına göre Adli Kontrol tedbirine de karar verilebileceği hususlarına yer verilmiştir.

Yasaya bağlı olarak T.C. Merkez Bankası A.Ş. tarafından hazırlanan bankaların bastıracakları çeklere ilişkin esaslar 20.01.2010 tarih ve 27468 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2010/2 sayılı tebliğ ile saptanmıştır.

Tebliğin Geçici 1. maddesine göre, Mahkemelerce verilmiş çek düzenleme ve çek hesabı açmaya ilişkin yasaklama ve ortadan kaldırma kararlarından kesinleşme tarihi 31 Mayıs 2010 tarihine kadar olanlara

ilişkin bilgilerin mülga 3167 Sayılı Kanun uyarınca çıkarılan 2003/1 sayılı Tebliğ esasları çerçevesinde T.C. Merkez Bankası'na bildirilmeye devam edilmesi kararlaştırılmıştır.

Tebliğin Geçici 2. maddesinde de, bu tebliğden önce yayınlanan tebliğlere göre bastırılan çeklerden ötürü bankalara, süresinde ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde her çek yaprağı için beş yüz Türk Lirasına kadar ve kısmen karşılığının bulunması halinde ise bu miktarı her çek yaprağı için beş yüz Türk Lirasına tamamlayacak biçimde ödeme yapmakla yükümlü olduğu belirlenmiştir.

Yasa, Türk Ceza Yasası ile uyumlu hale getirilirken, bankaların çek hesabı açmaları sırasında daha geniş kapsamlı araştırma yapma zorunlulukları önemli bir unsurdur. Ayrıca karşılıksız çek keşide etmek suçuna hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine adli ve idari para cezası verilmesi sağlanmış, çeklerin Tacir olan ve Tacir olmayan kişilere verilecek şekilde ayrıma tabi tutulmasının pratikte bankalara ve kullanıcılara yeni yük ve maliyetler getirmiştir.

Çek kullanımı konusunda yürürlüğe konulan yeni yasanın, ne gibi kolaylıklara veya zorluklara yol açacağı uygulandıkça görülecek olup Kanunun tüm yararlanan ve uygulayıcılarına kolaylıklar getirmesini dilerim.

YENİ ÇEK KANUNU'NUN VERGİSEL BOYUTU

Ömer GÖREN*

1- GİRİŞ

Bilindiği gibi çek ile ilgili hukuki bir gerekçesi olmayan ancak, 2118 kişinin kesin hüküm ile cezaevinde bulunduğu, (115.000) dosyanın Yargıtay Savcılığında (45.000) dosyanın ilgili dairede ve (1) milyona yaklaşan dosyanın işlem aşamasında bulunduğu, bir fiili durum sorununun çözümü amacıyla 5941 sayılı Çek Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Gerçekten özüne bakıldığında ortada ne Ticaret Kanunu'ndan ve ne de uygulanan 3167 Sayılı Kanun'dan kaynaklanan hukuki bir sorun yoktur. Ancak bu yasanın yaşamsal sorunları çözmediği genel bir hukuk politikası sonucu olarak tespit edilmiştir.

Bunun için de yine bir hukuk politikası tercihi olarak sadece çek hamillerinin değil, genel olarak piyasanın, ticaret dünyasının ve kamuyu korumanın ön plana çıktığı savı önde olan yeni bir yasa hazırlanmıştır.

Nitekim bunun içinde yasanın adı kısaca ve öz olarak (Çek Kanunu) olarak konmuş ve amacının da çek defterlerinin içeriklerinin, çek düzenlenmesinin, kullanımının ve çek hamillerinin korunması bu çerçevede de karşılıksız çek suçunun yeniden düzenlenmesi ve de kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması önlemlerine katkıda bulunmaya ilişkin esasların düzenlenmesi olarak tespit edilmiştir.

Bu son bölüm, yani çeke bir de kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması önlemleri çerçevesinde bir işlev yüklenmesi daha önceki yasalarda olmayan yeni bir gelişmedir.

Bu anlamda özellikle vergi hukuku bakımından çok sık rastlanan ve VUK 30, ve 344. maddelerinin bir arada uygulandığı, bir başkası adına düzenlenmiş hesaplar üzerinden açıktan alım-satım işlemlerinin yönetilmesi sisteminin önlenebilmesi ve hamiline çek uygulamasının takibi hedeflenmiştir. Burada özellikle 2 konu çok önemlidir.

• Hamiline çek işlemlerinin ayırıcı özellikleri ve bu yönde bankalara getirilen yükümlülükler.

• Tüzel kişilere ait olmamakla birlikte tüzel kişilere ait olduğu kabul edilecek hesaplar.

Bu iki konu temelde vergi hukuku sorunları doğuracaktır.

(*) Atılım Ünv. Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

II- HAMİLİNE ÇEKLERİN VERGİSEL BOYUTU:

Yeni Çek Kanunu'nun en önemli özelliklerinden birisi, özel hukuk bakımından sonuçları itibariyle farklılık oluşturmayan (3) tür çek ve çek hesabı düzenlemiş olmasıdır. Nitekim ne Ticaret Kanunumuzda ne de 3167 Sayılı Kanun'da bu yönde açık bir ayırım yoktur.

Bu anlamda TK hukuki sonuçlar bakımından bir ayırım yapmadan yalnızca TK 697. maddesiyle çekin kimin lehine keşide edilebileceğini düzenlerken hamiline yazılı çekten bahsetmiş, ancak (lehdar) yine TK 692. maddesinde çekin esaslı unsurlarından sayılmamıştır. Nitekim TK 697. maddesi, kimin lehine keşide edildiği gösterilmemiş çekin hamiline yazılı çek olduğu hükmü ile bu sonucu teyid etmiştir.

O halde özünde hamiline yazılı çeki bir özel çek türü olarak kabul etmekte çok doğru bir hukuki sonuç olmaz. Tür bağlamında çekler, TK 715. maddesinde çizgili çek, 717. maddesinde hesaba geçirilmek üzere çekilen çek ayırımlarına tabi tutulmuştur.

İşte bu noktada 5941 sayılı çek kanunu, özellikle hamiline yazılı çeklerden söz etmektedir. Buna göre, hamiline yazılı çekler açıkça ayırt edilebilecek biçimde bastırılacak ve çek yapraklarının üzerinde (hamiline) ibaresi matbu olarak açıkça yer alacaktır. Diğer yandan hamiline düzenlenecek çeklerde, yalnızca bu çek yaprakları kullanılacaktır. (Ç.K. 2/6) ve buna aykırı davranış her çek için ayrı bir suç oluşturmak koşuluyla (1) yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. (Ç.K. 7/9)

Bankalar bu durumu tespit etmeleri halinde durumu delilleriyle birlikte gelir idaresine bildireceklerdir. (Ç.K. 4/3)

Çek yaprağına ilişkin bu düzenlemelerden daha önemlisi hamiline çekler için ayrı bir hesap açılacaktır, ve bu hesapta yalnızca hamiline yazılı çek işlemleri işlenecektir. (Ç.K. 6, Ç.K. 4/1). Kanunun bu tanımlama ve amacından anlaşılan bu hesaplarda çek işlemleri dışında başka bankacılık işlemi yapılamayacaktır.

Bankalar hamiline çek hesabı sahibinin açık kimliklerini, adreslerini, vergi kimlik nolarını, bu hesaptan ödeme yapılan kişilere ait bilgileri, bunlara yapılan ödemelerin tutarlarını gelir Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirmekle mükellef tutulmuşlardır. (Ç.K. 4/1) Bu konudaki uygulama bir tebliğle düzenlenecektir.

Görüldüğü gibi bu uygulama ile Gelir İdaresi iki konu üzerinde net bir izleme olanağı kazanmaktadır.

- Hamiline çek hesabı sahipleri kimdir?
- Hamiline çek hesaplarından kim para çekmiştir?

Gelir idaresi böylelikle nakit takibi bakımından önemli bir kolaylık sağlamaktadır. Kolaylık, firma bazındaki muhtelif ticari-kredi hesaplarındaki hamiline yazılı çekleri ayırt etme sıkıntı ve zorluğundan kurtulmak diğer yandan da tek hesap üzerinden çek tahsil edenlerin durumu ile hesap sahibinin kanuni defter ve belgelerinin uyumunun kolayca araştırılabilmesidir.

Bu uygulama da, hamiline çekin devri ile mülkiyetin geçtiği, ve ciro zorunluluğu olmadığından ancak son ciranta dışındaki cirantaları yine de tespit etmek mümkün olmayacaktır.

O halde son ciranta ve hamiline hesap sahibinin çakıştırılarak, ortaya çıkan durumun hesap sahibinin ve çek tahsil edenin kanuni defter ve belgeleri ile karşılaştırılması halinde ortaya çıkacak farklılık, VUK 30/ 4, 6. maddesi çerçevesinde resen tarhiyat nedeni olarak sayılabilecektir.

Burada önemli olan yalnızca hesap üzerindeki kayıtların yeterli olmadığı ve bunların mutlaka iki tarafın defter ve belgeleri ile karşılaştırılması gereğidir.

III- ŞİRKET HESABI SAYILACAK ÇEK HESAPLARI:

Vergisel uygulamada sıkça görülen bir hususta, şirkete ait bankacılık, özellikle kayıt dışı alım-satım işlemlerinin şirket tüzel kişiliğine ait hesaplar dışında, şirket çalışanları veya şirketin güvenilir saydığı kişiler adına açılmış hesaplar üzerinden takip edilmesidir. Özetle, kayıt dışı satışlarda alınan çekler ya doğrudan veya ciro yoluyla, şirket dışında olan kişiler adına açılan hesaplarda takip ve tahsil edilmekte ödemeler de bu hesaplardan yapılmaktadır.

Bu hususun vergi incelemesi sırasında tespiti halinde uygulamada yine VUK 30/4 maddesine göre resen tarhiyata gidilmektedir. Ancak, gerçek kişiler üzerindeki bu hesapların tespiti ile bunlarla açıktan alım-satımlar ve şirketler arasında illiyet bağı kurulması her zaman kolay olmamaktadır. İşte çek yasası ile vergi idaresinin özellikle ispat hukuku bakımından içinde bulunduğu bu zor durum düzeltilerek, bir bakıma ispat külfeti mükellefe geçirilmektedir. (Ç.K. 4/2)

Çek Kanunu'nun 4/2. maddesinde yapılan bir düzenleme bu anlamda Vergi İdaresi lehine bir karine hükmü getirmektedir. Buna göre, bir tüzel kişinin (şirketin) kendi adına olmamakla beraber bazı koşullarda, bazı kişiler adına açılmış çek hesapları, tüzel kişinin (şirket) olduğu kabul edilecektir.

Burada iki önemli ön koşul vardır. Eğer bir çek hesabı, tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilir ise, hesabın tacir tüzel kişiye ait olduğu kabul edilecektir.

Burada dikkat çeken ilk husus bu hükmün (tacir tüzel kişiler)'e ait çek hesaplarına uygulanacağıdır. Kanunun bu hükmü, açık olmasa da TK 18. maddesine atıf yapmaktadır. Buna göre;

• Ticaret şirketleri (TK 136. göre, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler)

• Gayesine varmak için ticari işletme işleten dernekler (kurumlar V.K. 2/5)

• Kuruluş Kanunlarına göre özel hukuk hükümlerine göre ticari şekilde işletilen devlet, vilayet, belediye gibi amme hükmü şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler (KVK 2/3)

Görüldüğü gibi (Ç.K. 4/2) maddesi uygulamada ticaret şirketlerine yönelik olacaktır.

Şimdi Kanun hem kişi bazında ve hem de faaliyet, ticari iş bazında bir temel düzenleme, ön şart getirmektedir. Buna göre önce aşağıda açıklanacak olan çek hesapları ile şirket yapısı veya işi ile bağlantı kurulmalıdır. Bu bağlantının nasıl kurulacağı her münferit vergisel olayda tek tek değerlendirilmelidir.

Bu ilişki kurulabiliyor ise aşağıdaki kişilere ait çek hesapları şirkete ait sayılacaktır.

• Şirketin gerçek kişi ortaklıkları

• Ortakların ilgili bulunduğu veya etkisi altında bulunduğu gerçek kişiler.

• Şirketin etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler

• Şirketin yönetim kurulunda görev alan gerçek kişiler.

• Şirketin temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler.

Görüldüğü gibi bir şirketin gerçek kişi ortakları ile bunların etkisi altındaki kişiler ve yönetim kurulu üyesi ve temsilcilerine ait çek hesaplarının, şirkete ait hesap sayılması mümkündür. Böylelikle açıktan alım-satımlara yönelik olarak yapılan işlemlerin çeke dönüşen hali kavranmaya çalışılmaktadır.

Ayrıca yukarıda sözü edilen şirket veya bu şirketin faaliyetleri ile bu kişiler arasındaki ilişkileri gösterir emarelerin varlığı halinde, hesabın bulunduğu banka şubesi müdürünün durumu Gelir İdaresi'ne bildirmesi zorunludur.

Görüldüğü gibi burada ortaklık ilişkisi açık bir hukuki tanımlama taşımakla ve tespiti mümkün olmakla beraber (ortakların veya şirketin etkisi altında bulunan) kişiler tanımlaması hukuki bir tanımlama değildir. Bu hükümlerin Mali İdare tarafından kaleme alınarak kanuna eklendiği açıktır. Nitekim benzeri düzenlemeler Bankacılık Kanunu'nda da vardır.

Burada yine her münferit vergisel olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmekle birlikte özellikle şirket çalışanlarının veya şirket adına vekaletname verilerek iş takip ettirilen kişilerin şirket veya ortaklarının etkisi altında oldukları kabul edilebileceği gibi, şirket ortaklarının akrabaları da bu kapsama alınabilir.

Özetlemek gerekir ise, bir şirketin kendisi veya hukuki yapısı ile faaliyetleri arasında ilişki olduğu tespit edilmek koşuluyla, şirket ortakları ve onların etkisi altında bulunan gerçek veya tüzel kişilerin çek hesapları, şirket adına açılmış sayılacaktır.

Bu durum olağandır ki yukarıda da sözünü ettiğimiz VUK 30/4, 6. maddelerine göre değerlendirilebilecektir.

IV- YAPILABİLECEK VERGİSEL UYGULAMALAR:

Bilindiği gibi, ilke olarak vergi sistemimiz beyan esasına dayanmakta ve vergi idaresi bu beyana dayanarak da mükellef adına vergi tarh etmektedir.

Ancak Vergi İdaresi, mükellefe hem bazı ödev ve sorumluluklar yüklemekte (VUK 153 vd. Md.) ve hem de VUK 134. maddesinde tanımını yaptığı şekilde, özünde vergi denetimi ile bu beyanların ve ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak ile görevli olmaktadır.

Daha dar anlamıyla vergi incelemesi olarak tanımlanan bu denetim işlevi sonunda mükellef beyanı öncelikle kanuni defter, belge ve kayıtlara uygunluk bakımından değerlendirilir ve sonuçları VUK 29. maddesine göre ikmalen salınan ek vergilemeye dönüşebilir.

Diğer yandan bu defter, belge ve kayıtların doğru olmadığı, VUK 3/B maddesi bakımından bir vergi inceleme raporu ile ortaya konabilir ki, bu halde de VUK 30.maddesine göre ödenmesi gereken vergi resen vergi idaresince tarh edilir.

İşte, yukarıda açıklamaya çalıştığımız çek hukukuyla ilgili iki konum bu anlamda önemli bir yeni açılım sayılabilir.

1) İkmalen Vergi Tarhiyatı:

Yukarıda açıklandığı gibi, hamiline çek hesaplarıyla ilgili tespitler, mükellefin defter ve belgeleri ile karşılaştırıldığında, bu çek hesaplarının mükellef kayıtlarında olmadığı ortaya çıkar ise, vergisel durum ne olacaktır?

Her münferit olayın kendine göre özellikleri olabilecekse de hamiline çek hesabından, çek ile tahsilat yapan kişiler ile, şirket kayıtları arasında bir mutabakat aranmalıdır. Bu mutabakat satış hesapları, alacaklı-borçlu cari hesaplar ve alış hesaplarını kapsamalıdır. Bu mutabakat mutlaka bir

tutanak ile tespit edilmeli ve mükellefin açıklama yapmasına olanak verilmelidir. (VUK 141)

Bu durumun tespiti halinde hem VUK 29. maddesi anlamında ve hem de VUK 30. maddesi anlamında tarhiyat yapmak olanak dahiline girecektir.

Nitekim VUK 29. maddesine göre ikmalen tarhiyat için, yalnızca mükellefe ait belgeler ve kayıtlardan bahsedilmemektedir. Ayrıca hamiline çek hesabının mükellefe ait olması (Ç.K.) gereği ise de, hamiline çekleri tahsil edenlerin tahsilat kayıtları da bu madde kapsamına girer.

O halde, mükellefe ait hamiline çek hesaplarındaki hamiline yazılı çeki tahsil edenler bakımından kurulacak muhasebe ve hesap ilişkisi bir mal veya hizmet alımını işaret etmektedir. O halde bu tür işlemlerin kayıt dışı olduğu kabul edilebilir.

Ancak, muhasebe tekniği bakımından alımlar tek başlarına matrah veya matrah farkı doğurmazlar. Dolayısıyla bu alımların, mal alımı veya imalat hesaplarıyla bağlantılarının kurulması, ve buna göre de net kar hesabına gidilmesi gerekir ki, bu yöndeki çalışmalar VUK 29. maddesinin kapsamını aşan hukuki sonuçlar ortaya çıkarır. Bir başka anlatımla, defter kayıt ve belgeler dışında bir hesaplamayı gerektirir. Bu durumda da tarhiyat VUK 29'a göre değil, ancak VUK 30. maddesine göre yapılmalıdır.

Bu noktada VUK 30/4 ve 6. maddelerine gitmek mümkündür. Ancak yine de VUK 30. maddesinin son bendine göre, her iki tür tarhiyatta uygulanarak mahsup uygulaması da yapılabilir.

Diğer önemli konum yukarıda açıklanan şirket hesabı sayılan çek hesaplarıdır. Bunların tespiti halinde, bu çek hesaplarındaki tüm ödeme ve tahsilatlar şirket hesaplarına eklenecek, ve doğrudan VUK 29. maddesine göre ikmalen vergi tarhiyatı yapılabilecektir.

2) Resen Vergi Tarhiyatı:

VUK 30. maddesi, yukarıda bahsedilen matrah veya matrah farklarının defter kayıt ve belgelere dayanılarak tespitine olanak olmayan hallerde, vergi inceleme raporlarında kanıtlanmak ve hesaplanması gösterilmesi koşuluyla resen vergi tarhiyatına da olanak sağlamaktadır.

VUK bu genel tanımlamanın da ötesine geçerek bazı halleri karine olarak kabul ederek, bu hallerde matrahın defter, belge ve kayıtlara uygun olarak tespit edilemeyeceğini de kabul etmiştir.

Konumuzla ilgili olduğu kadarıyla VUK 30/4. maddesindeki konum ile VUK 30/6'daki konum ve tanımlamalarla tam da Çek Kanunu'na uymaktadır.

Gerçekten (Ç.K. 4/2) maddesine göre bir tespit yapılmış ise, o şirketin kendi defter, belge ve kayıtlarının, vergi matrahını doğru ve kesin olarak

tespitine, olanak bırakmayacağı (VUK 30/4) ve de defterlerinin gerçek durumu yansıtmadığı (VUK 30/6) tabii bir hukuki sonuç olacak, ve resen vergi tarhiyatı söz konusu olacaktır.

3) Vergi Cezası Tarhiyatı:

Yukarıdaki hallerde VUK 344. maddesine göre vergi ziyaı suçunun oluştuğu ve buna ilişkin mali cezanın salınacağı açıktır.

Ancak yukarıdaki durumlarda VUK 359. maddesine göre, hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulanabilecek midir?

Hamiline çek hesaplarına adı düşenler ile şirket kayıtları arasında mutabakat sağlanamaması hali, VUK 359/ a-1 maddesindeki tanımlamalara açık biçimde oturmamaktadır. Çünkü bu madde sonuçta şirketin;

- Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hilesi yapması,
- Gerçek olmayan kayıtlar yapması,
- İlgisiz kişiler adına hesaplar açılması,
- İkincil kayıt, defter, belge veya ortamlar kullanılması, hallerini kavramaktadır.

Hamiline çek hesaplarında çeki tahsil eden kimliği tespit edilmiş kişiler ile şirket kayıtları arasında uyum bulunamaz ise bunun bir muhasebe hilesi sayılması mümkündür. Ancak hamiline çek kayıtları, tahsil eden kişiler bakımından her zaman şirket kayıtları ile çakışmayabilir, bu olasılık hamiline çekin teslim ile geçmesi kuralının olağan sonucudur. Bu halde vergi idaresi bakımından tahsil eden son hamil ile şirket kayıtları arasında her zaman sağlıklı ve doğru bir ilişki kurmak zor olduğu gibi, şirket bakımından da haksız sonuçlar ortaya çıkabilir.

Bu bakımdan şirketlerin çok dikkatli olmaları vergi ceza hukuku bakımından da çok önemlidir. Ancak bu özel durum, açık bir tanımlamaya oturmadığı içinde ceza hukuku bakımından tartışmalıdır. Ceza hükmünün açık ve net olması temel ilke olduğundan, VUK 359. maddesine bu yönde bir ekleme yapılmasının bu boşluğu dolduracağı düşünülmektedir.

Ancak, şirket hesabı sayılacak hesaplar bakımından konu çok daha net ve açık olup, bu durumda VUK 359/ a-1 maddesinin uygulanabileceği tartışmasızdır.

V- SONUÇLAR:

Yeni çek yasasının vergisel boyutu hamiline çek hesapları ile üçüncü kişiler adına açılmış çek hesapları bakımından VUK 29 ve 30/4,6 maddelerine göre ikmalen ve resen vergi tarhiyatı ile VUK 344 ve 359/a-1 maddelerine göre mali vergi cezaları ile hürriyeti bağlayıcı cezalara kadar uzanmaktadır.

AVUKATLIK ÜCRETİ
ve
AVUKATLIK ÜCRET SÖZLEŞMELERİ

Coşkun ONGUN*

1. Genel Olarak Avukatlık Mesleği

Avukatlık mesleği, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 1. maddesinde tanımlandığı üzere kamu hizmeti niteliğinde serbest olarak yerine getirilen ve kutsal kabul edilen savunma yetkisini temsil eder yönüyle öne çıkan bir meslektir. Yasada yer alan Avukatlığın Mahiyeti başlıklı maddenin ikinci fıkrası 2001 yılında değişikliğe uğrayarak, Avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder, şeklini almıştır.

Avukatlık Yasası'nın 2. maddesinde ise avukatlığın amacı, hukuki münasabetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanması her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak belirtilmiş ve Avukat'ın bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği vurgulanmıştır.

Avukatlık mesleğinin niteliği konusunda tarihten günümüze tartışmalar süregelmiştir. MS. 300 yıllarında, **İlirya** valisine gönderilen bir kanunnamede, *"Davaların şüpheli noktalarını halleden, savunmadaki güçleri sayesinde gerek ceza gerekse hukuk çiğnenmiş hakları koruyan, kaybolmaya yüz tutmuş haklara destek olan avukatların yürüttükleri işler, kavgaya girmek, yaralar almak suretiyle babalarını ve vatanlarını kurtarmak için yapabilecekleri hizmetlerden daha az kalır bir görev değildir"* denilmekte ve avukatların imparatorluk için hizmette bulunanların kalkan taşıyan savaşa giren askerlerle sınırlı olmadığı ıstırap çekip insanların can ve mallarını savunan avukatların da buna benzer güç bir mesleği yerine getirdiklerinin altı çizilmektedir.[1]

1810 yılında **Napolyon**'un sert muhalefetine karşın imza altına alınan savunma kararnamesinde de avukatların konumu kabul edilmiş ve bu durum şu ifadelerle yer bulmuştur: Baro kendisi için olduğu kadar adalet için de gereklidir. Adaletin verdiği kararları serbestçe tartışmak ayrıcalığı avukatlara verilmemiş olsa idi, adaletin hataları sonsuza değin sürecekti.[2]

(*) İstanbul Barosu Yayın Kurulu Genel Yazmanı / econgun@gmail.com

(1) H. Mısır, Avukatın Yargılamadaki Rolü, www.yeniyaklasimlar.org

(2) H. Mısır, a.g.y.

Avukatlık mesleğinin kutsallığı üzerine çarpıcı bilgilere yer verilen eserler de mevcuttur.[3] Avukatlar mahkemelerin yardımcılarıdır. Doğruluk nezaket ehliyet her meslekte lazımdır. Fakat hiçbirisinde bu vasıflar avukatlıktaki kadar gerekli değildir. **Bacon**'un dediği gibi hakim hakkı uygular fakat onu yaratmaz, hukuku yaratan canlandıran ve onu soyut halinden çıkarıp can veya mal yapan avukatlardır.[4]

Yargı üç temel erkten oluşur. Sav, savunma ve karar üçlemesinin adaletin tecellisi yolunda etkin çaba ve çalışmaları ortaya çıkacak, kararı hukuki kılacaktır. Bu anlamda savunma makamına yeterince önem verilmemesi ya da ileri sürülen savunma/beyanlarının gereği gibi dikkate alınmaması durumlarında ortaya çıkacak işleme *"yargılama"* denemez. Çünkü savunma olmadan yargılama, yargılama olmadan hukuktan ve adaletten söz edilemez. Bu yönüyle avukatlık mesleğinin önemi ortaya çıkmaktadır. Avukatlar, her ülkede işlerini belirlenen kural ve yükümlülükler içerisinde sorumluluk duygusuyla yerine getirdikleri sürece hukuktan, adil yargılanmadan ve adaletten söz etmek o denli kolay olacaktır. Bunun aksi davranışlar ise toplumu adalet duygusundan uzaklaştıracak ve zorbaların gücü topluma yön verecektir.

Değirmenini kamulaştırmak isteyen Krala karşı çıkıp buna izin vermem, adalet de izin vermez, çünkü Berlin'de Hakimler var diyen köylü değirmencinin sözü, aynı zamanda avukatların da önemine vurgu yapar. Çünkü o yoksul değirmenciyi Berlin'deki hakimlerin önüne götürecek kişi de yine bir avukattır. Nasıl yargıçsız, savcısız bir yargı düşünülemez ise avukatsız bir yargı da düşünülemez.

Anayasa Mahkemesi de Avukatlık sınavının önünü açan kararında avukatlık mesleğinin önemine vurgu yapmıştır: Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan *"bağımsız yargı"*, yargının olmazsa olmaz koşulu olan "savunma" ile birlikte anlam kazanır. Savunma, *"sav-savunma-karar"* üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez öğesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir. Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.[5]

---

(3) Ali Haydar Özkent, Avukatın Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları, 2002

(4) A.H. Özkent, a.g.e.

(5) AYM Kararı, E: 2007/16, K: 2009/147, 15.10.2009

Mesleğin bu yönünün yanı sıra ekonomik boyutu da yadsınamaz. Avukatların bir ölçüde kazanca bağlı oldukları ve ekonomik düşüncelerle mesleki faaliyetlerini yapılandırmak zorunda oldukları gerçeği de, tamamıyla bir yana bırakılamaz. İdealist avukat tanımlaması her mesleğin onu icra edenleri geçindirmek zorunda olduğu gerçeği de göz ardı edilmeksizin yapılmalıdır. Günümüzdeki teknik gelişmeler ve ona paralel olarak artan beklentiler, özellikle masraflı büro donanımı avukatları, ekonomik hususları da göz önünde bulundurmaya zorlamaktadır.[6]

2. Avukatın Hak ve Yükümlülükleri

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi hak ve ödevleri düzenlemiştir. Buna göre avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Avukatların vekil olmalarından doğan bir diğer sorumluluğu da Borçlar Hukukundan gelir. Borçlar Kanunu'nun 386. maddesi, vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler. Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur. Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

Vekalet esasında Borçlar Kanunu'nun 386-398. maddeleri arasında düzenlenmiş alelitlak vekalet başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kavram *"genel olarak vekaletname"* şeklinde anlaşılabilir. Burada kullanılan iş ve hizmet sözcüklerine dikkat etmek gerekir. Haluk Tandoğan da vekalet ilişkisini iş görme akdi şeklinde tanımlamaktadır. Buradaki iş görme aktini diğer iş sözleşmelerinden ayıran asıl nokta avukatlığın kamu görevi olmasından kaynaklanan ve Avukatlık Yasası'nın 1. maddesinde yer bulan tanımdan kaynaklanır. Yine Tandoğan tarafından yapılan tanımda, vekâlet öyle bir akittir ki, vekile, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi zaman kaydına tabii olmaksızın yükler. Sonucun elde edilememesi riskini avukat değil, iş sahibine ait olmak üzere yapılan bir sözleşme tipi olarak tanımlanmaktadır. Sorumluluğun iki ayrı kaynağı vardır. Bunun ilki Avukatlık sözleşmesi, diğeriyse Borçlar Kanunu hükümleridir. Avukatın öncelikle imzaladığı sözleşmeyle bir bağlılığı söz konusudur. Avukatlık Yasası ve Borçlar Yasası vekalet hükümleriyle bir bağlılık da söz konusudur. M. Sungurtekin'e göre avukatlık hukuku, borçlar hukukundaki vekilin özen ve sadakatle iş görme borcunu yeterli görmemiştir. Avukatın ücret alma hakkına karşılık yükümlülükleri söz

(6) M. Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 1999, İzmir

konusudur. Buna göre *"özen"* yükümlülüğü, *"müvekkil irade ve talimatları doğrultusunda hareket etme"* yükümlülüğü, müvekkil tarafından verilen bilgileri gizleme yani *"sır saklama"* yükümlülüğü ve nihayet *"işi kendisi yapma"* yani güven yükümlülüğüdür.[7]

Yargıtay da avukatın müvekkiline hesap vermesi yükümlülüğüne özellikle vurgu yapmaktadır. Taraflar arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olup, karşılıklı güvene dayandığı gibi birbirlerine karşı saygılı, dürüst ve iyi niyet kurallarına uygun davranmalıdırlar. Davalı vekil olarak hesap verirken de güven, iyi niyet kurallarına uygun davranılmalıdır. Bu nedenle verdiği hesabın da açık, anlaşılabilir, güvenilebilir olması gerekir. Vekilin verdiği hesabı müvekkil tasvip ederken sonucundan emin olmadığı bazı tazminat taleplerinden vazgeçtiğinin farkında olduğunun kanıtlanması gerekir. Tasvibin ve ondan çıkarılan ibra sonucunun mutlak butlan sebepleri ve irade bozukluğu dolayısıyla hükümsüz olduğunu müvekkilin ileri sürmesi mümkündür. (Prof. Dr. H. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri C 2 s 301) Davalı vekilinin dayanağı ibraname bu açıklamalar doğrultusunda incelendiğinde güven verici ve gerekli açıklıkta anlaşılabilir değildir. Bir defa vekilin ne miktar para tahsil ettiği, ne kadar masraf vekalet ücreti kesip davacıya ne miktar ödediği belli olmadığı gibi, davacının bunları bildiği hususu da kanıtlanamamıştır. Öyle olunca böyle bir ibranameye itibar edilemez.[8]

3. Avukatlık Ücretinin Niteliği

Av. Faruk Erem de ücret konusunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Çağımızda ücret yalnız ekonomik yönü ile üzerinde durulan bir olay değildir. Ücretin bu yönü yanında toplumsal yönünün de olduğu kesin olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu ücreti tüm avukatlık mesleğine ilişkin vakardan ve o avukatın kişiliğinden ayırmak mümkün değildir. Düşük ücretin sebep sayıldığı genel anlamda işsizlikler aydın işsizliğine ve bunun içinde yer alan avukat işsizliğine kadar uzanan olayların sosyal ekonomideki değerlendirmeleri kuşkuların umutsuzlukların belki de daha önemli başka olayların nedeni olabilir. Yüksek ücret ücretin tam karşılığı değildir. Bunda yabancı unsur kendini daima hissettirecek ve çeşitli uyuşmazlıklara neden olacaktır. Avukatlık işi için alınacak düşük ücret ise verimi azaltır ekonomik gelişim hızı düşer; mübalağlı ücret ise maliyeti arttırır, tüketimi azaltır.[9]

Yüksek ya da düşük ücret yerine gerçek ücretini alan ortamlarda ancak avukatın gücünden söz edilebileceği konusunda görüşlere rastlamak da olasıdır. Müvekkiller ile sözleşme imzalanmasında hukuki anlamda

(7) Av. Osman Kuntman sunumu, Avukatlık Ücret Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2008
(8) İstanbul Barosu Dergisi, Ocak Şubat 2010/1, 13 HD. E.2008/4706, K.2008/13838, 19.11.2008
(9) Av. Berra Besler sunumu, a.g.e.

yarar vardır. Avukatlık sözleşmesi imzalanmadığı durumlarda müvekkil ile bir görüşme tutanağı da imzalanabilir. Müvekkil ile yapılacak görüşme sonrasında hazırlanacak tutanakla beraber müvekkilin imzası alınarak yapılacak görüşme tutanak altına alınabilir.[10]

İşin başında avukatın müvekkiliyle ücret konusunu açıklıkla konuşması hem *"örtülü pazarlık"* gibi avukat vekil eden ilişkisini yaralayıcı tutumlardan uzak kalınmasını sağlayacak hem de bu anlaşmayı sözleşmeyle yazılı hükme bağlayarak ileride ortaya çıkması olası uyuşmazlıkların önüne geçecektir.[11]

Avukatların ücret sözleşmesi imzalarken olayın başında dikkat etmeleri gereken konular vardır. Örneğin avukatlık ücreti karşılığında bono almak yasaktır. Bu tutum, barolar tarafından disiplin cezası verilmesi işlemiyle sonuçlanabilir. Avukat vekili olan karşı tarafla onun vekili olmadan ücret dahil hiçbir konuda görüşemez. Müvekkile ait olup da avukata ait olan belgeleri dava sonunda müvekkil gelip almazsa ona bir ihtarname çekilmek suretiyle belgelerini almasını sağlamak avukatı disiplin hukuku açısından sorumluluktan kurtaracaktır. Avukat tarafından tahsil edilen ücretlerin bekletilmeksizin müvekkile haber verilmek suretiyle kendisine tevdi edilmesi gerekir. Vekalet ücretini tahsil edemeyen avukatın da takibe geçerken durumdan Baro'yu haberdar etmesi gerekir. Ayrıca avukatın avukatla olan uyuşmazlıklarında Baro'nun haberdar edilmesi de meslek kuralı bakımından ayrı bir gerekliliktir.[12]

4. Çalışma Yöntemlerine Göre Avukatlık Ücreti

Avukatlık sözleşmesinde taraflar kuşku yok ki avukat ile hukuki yardım konusunda işi görülen müvekkilidir. Avukatların yalnızca serbest çalışan avukattan ibaret olmadığı uygulamada görülen bir durumdur. Serbest çalışan avukatın yanı sıra, bir avukat yanında çalışan avukat, iş sahibinin yanında ücretli olarak çalışan avukat, danışman avukat, kamu kurumunda çalışan avukat ve nihayet avukat ortaklığında çalışan avukat olarak ayırıma tabi tutulabilir.[13]

Serbest çalışan avukatlar, Avukatlık Yasası'nda tanımlandığı üzere kendi özel bürosu bulunan ve bağımsız çalışan avukatlardır. Bu avukatlar müvekkile doğrudan kendi adına serbest meslek makbuzu kesebilen, uygulamada vergi açılışı bulunan avukatlar olarak tanımlanan kişilerdir.

Bir avukat yanında çalışan avukatlar ise, iş hukuku hükümlerine göre bir çeşit hizmet akdiyle yanında çalıştıkları avukata bağlı olan kişilerden

---

(10) Murat Aydın sunumu, a.g.e.
(11) Av. Muammer Aydın sunumu a.g.e.
(12) Av. Yasin Güldaş sunumu a.g.e.
(13) Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, Seçkin, Ankara, 2007

oluşur. Arada çıkan uyuşmazlıklarda iş hukuku hükümlerinin uygulanıyor olması bu avukatların müvekkile karşı olan sorumluluğunu ardıl plana atmaktadır. Bu tür durumlarda müvekkiller serbest çalışan avukatla görüşmekte, görüşülen avukat da büro içerisinde iş paylaşımı yaparak iş sahibinin hukuki işlerinin yürütülmesini sağlamaktadır.

Yargıtay bu durumlardaki uyuşmazlıklara İş Hukuku hükümlerinin uygulanacağını belirlemiştir. Avukatlık yasası vekil-müvekkil arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir yasadır. Somut olayda ise taraflar arasında işçi-işveren ilişkisi bulunduğundan uyuşmazlığın İş Yasası hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir.[14]

Danışman avukat ya da müşavir hukukçu olarak tanımlanan avukatlar iş sahiplerinin bünyesinde ya da ayrı zamanda hizmet yürüten ve işe ya da zamana göre hizmetin yürütüldüğü kişilerden oluşur. Avukat bu tür durumlarda bir sözleşme ile karşı tarafla yapılacak işlerin ayrıntılarını düzenleyebilir. Hatta Yargıtay uygulamasına göre Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin altında dahi ücret kararlaştırabilir.[15] Bu tür durumlarda iş sahibi ile avukat arasında imzalanan vekalet ücreti sözleşmeleri, genel hukuk ilkelerine göre geçerli kabul edilmekte ve Avukatın o iş sahibi dışında ayrıca kendi işlerini de aldığı gözetilerek iş Avukatlık ve Borçlar Hukuku hükümlerine tabi olmaktadır.

Yapıldığı tarihte davacının dayandığı sözleşme, Avukatlık Kanunu açısından da geçerli ve tarafları bağlayıcı hizmet hukuk müşavirliği niteliğinde bir sözleşmedir. Sözleşme ile belirlenen ücretin, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilen anlamda asgari ücret tarifesi altında ücret olduğu kabul edilemez. Taraflar arasındaki ihtilafın, serbest iradeleri ile yaptıkları ve geçerli olan bu sözleşmenin hükümlerine göre çözülmesi gerekir.[16]

Kamu avukatı olarak çalışan avukatlar da yasaları çerçevesinde memur statüsünde çalışmalarını sürdürürler. Aksi yönde bir sözleşme imzalanmamışsa hazine avukatları da karşı taraf vekâlet ücretlerini hukuki engele uğramadan alabilirler.[17]

Danıştay içtihadı da bu yöndedir: *Kurum avukatları; Mahkemelerde kurumlarını temsile yetkili devlet memuru olmaları nedeniyle diğer memurların tabi olduğu yasa hükümleriyle bağlıdırlar. Özlük haklarında olduğu gibi idarenin haklı çıktığı davalarda hükmedilen vekalet ücretlerinin kendilerine ödenmesinde yukarıda anılan bu konuya ilişkin özel yasa hükümlerine tabidirler. Bunun sonucunda; serbest meslek erbabı avukatlar,*

(14) 9. HD. E. 2004/33336, K. 2005/23372, T. 30/06/2005
(15) 3. HD. 2005/7644, 2005/7978, 14.07.2005
(16) 13. HD. 2005/16998, 2006/6398, 24.04.2006
(17) Murat Aydın, a.g.e.

mahkemece hükmedilen vekalet ücretini vekil avukat sıfatıyla tamamını almakta, bağlı bulunduğu kurumunu temsil yetkisine sahip kurum avukatları ise mahkemece hükmedilen vekalet ücretini kurumlarını temsile yetkili memur olmaları nedeniyle özel yasa hükümlerinde gösterilen şekil ve miktarda almaktadırlar. Bu nedenle aksine verilen idare mahkemesi kararında yasal isabet bulunmamıştır.[18]

Karşı taraf vekalet ücreti uyuşmazlıklarında Yargıtay da bu görüşü savunmuştur: *4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret eklemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" tanımlaması yapılmıştır. Belirtmek gerekirse, 4857 sayılı İş Kanunu'nda "Hizmet akdi" sözcüğü terkedilmiş, yerine "İş sözleşmesi" ifadesi kullanılmıştır. Hizmet sözleşmesinin, "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder" şeklindeki tanımı Borçlar Kanunu'nun 313/1. maddesinde yapılmıştır. Bu tanımda sadece hizmet ve ücret unsurları belirginken, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nda, daha önce Anayasa Mahkemesi ve öğretinin de kabul ettiği gibi "bağımlılık" unsuruna da yer verilmiştir. Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Zaman unsurundan amaç; bir kimsenin günlük belirli bir zaman dilimi içerisinde iş gücünü bir işveren emrine tahsis etmesidir. Az yukarıda değinildiği üzere; ücret, BK m.313 anlamında hizmet akdini oluşturan unsurlardandır. Görülen iş karşılığı işverenin BELLİ bir zaman dilimi için ödemiş olduğu bedel, ücret unsurunu oluşturur. Sonuç itibariyle, hizmet sözleşmesini karakterize eden unsurlar, "zaman", "bağımlılık" ve "ücret" olarak aralanmakta ve "ücret" unsurunun yokluğu durumunda çalışma ya vekalet sözleşmesine, ya da bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın hatır, yardım, dayanışma, arkadaşlık gibi bir nedene dayanmaktadır. Somut olayda; davalı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nde avukat olarak görev yapan davacının, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine dayanarak, yargı kararıyla karşı tarafa yükletilen ve davalı tarafça emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden payına isabet eden bölümü dava etmesiyle ortaya çıkan görev sorununun, az yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda çözümlenmesi gerektir. Gerçekten, İSKİ Genel Müdürlüğü Birinci Hukuk Müşavirliği'ni Kuruluş Görev ve Yetki Yönetmeliği'nin 30. maddesinde, davalı bünyesinde çalışan memurlarını takip ettikleri dava ve*

---

(18) Danıştay 11. Daire, E. 2002/4665, K. 2003/4924, T. 10/11/2003

icra takipleri sonucunda tarifeye dayalı olarak karşı tarafa yükletilen vekalet ücretlerinin tahsilini müteakip emanet hesabına aktarılacağı ve belirli oranlarda avukatlara dağıtılacağı belirtilmiştir. Davacının isteminin dayandığı hukuki esas, kendisi ile davalı arasında yapılan hizmet sözleşmesi ile davalının üzerine aldığı "ücret" borcuna ilişkin olmayıp; emanet hesabında toplanan vekalet ücretinin, teamül ve Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak ödenmemesi esasına dayanmaktadır. Başka bir deyimle davacı, yargı kararıyla karşı tarafa yükletilen ve davalı tarafça emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden payına isabet eden bölümü, anılan Yönetmelik hükümlerine ve 1136 sayılı Avukatlık; Kanunu'nun 164. maddesine dayanarak talep etmektedir. Uyuşmazlığın çözümünde, yanlar arasındaki hukuki ilişkide öncelikle Borçlar Kanunu'nun vekalet akdi hükümleri uygulanabilecektir. Hal böyle olunca; açık kanun hükmü ile iş mahkemesinde görüleceği belirtilmemiş olan bu tür davalar genel mahkemelerde görüleceğinden Yerel Mahkemenin, genel mahkemenin görevli olduğuna ilişkin direnmesi usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.[19]

Avukatlık ortaklığına bağlı bir büroda çalışan avukatlar ile iş sahipleri arasındaki vekalet ücreti konuları da Avukatlık Hukuku hükümlerine göre çözümlenir.[20]

İş sahibi, avukatın hukuki yardımından yararlanmak isteyen bunun için avukata vekâlet çıkartan kimsedir. Borçlar Kanunu'nun 396 ve 397. maddelerinde sıralanan azil, istifa, ölüm, ehliyetin sona ermesi ve iflas gibi vekalet ilişkisini sona erdiren herhangi bir nedenin oluşmasına değin de vekalet ilişkisi sürer.

5. Avukatlık Sözleşmelerinin Kapsamı ve Geçerlilik Koşulları

Avukatlık Yasası'nın Avukatlık Sözleşmesi başlığını taşıyan On birinci Kısmı Avukatlık Sözleşmesi'nin kapsamını düzenler. Bu Kanunun on birinci kısmının başlığı *"Avukatlık Ücreti"* iken 2001 tarih ve 4667 Sayılı Kanun'un 76. maddesiyle Avukatlık Sözleşmesi olarak değişmiştir. Yine aynı yasayla madde başlığı *"Avukatlık ücretinin serbestçe kararlaştırılması"* iken Avukatlık Sözleşmesi'nin kapsamı şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre 163. madde, ilk fıkrasında avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceğini hüküm altına almıştır. Bu serbestliğin Borçlar Hukuku'nun sözleşme özgürlüğüne engel teşkil eden halleri olan ahlaka ve adaba aykırı olmama ile diğer engel hallerin yanı sıra Kamulaştırma ve Kadastro gibi bazı özel yasalarda yer alan düzenlemelerle sınırlanmıştır. Bu özel yasalar avukatlık ücretinin doğrudan dava değerinin içerisinden alınmasına ya da bu yönde

(19) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2007/13-247, K. 2007/262, T. 09/05/2007
(20) Murat Aydın, a.g.e.

sözleşme hükmü kararlaştırılmasına engel hükümler getirmektedirler. (Bkz. 2942 sayılı Kamulaştırma ve 3402 sayılı Kadastro Yasaları, madde 31)

Bu sınırlamaların hukuka uygun olduğu konusunda yüksek yargı kararları mevcuttur.

07.03.1963 gün ve 1962/286 E, 1963/53 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde de açıkça vurgulandığı veçhile, kamulaştırma ile ilgili davalarda vekili ile müvekkilin avukatlık ücretini serbestçe tayin etmelerini önleyen bir hüküm mevcut değildir. Tarafların serbest iradeleri ile avukatlık ücretinin belirtilmesine ilişkin bir sözleşme (kamu düzenini bozacak ya da genel ahlak kavramı ile bağdaşmayacak, toplum yararına aykırı ve kişi hak ve hürriyetleriyle toplum yararı arasındaki dengeyi sarsacak) bir sonuç doğurmaz. Yasa koyucunun, 1136 sayılı Yasa'nın 164, 163/2, 166/2, 173/1 ve 47. maddelerinin koyduğu yasakları biraz daha genişletme amacıyla 6830 Sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle sevkettiği yasakların gerçek amacının «kamulaştırma ile ilgili davalarda, vekil ile müvekkilin tayin edecekleri avukatlık ücretine bir sınır getirmek olmayıp», az önce anılan Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği veçhile «kamulaştırma faaliyeti sırasında suistimallere ve spekülasyonlara meydan vermemek, gerçek bedelin takdirini sağlamak», bu kanundan kastedilen gayenin fevkinde idareyi mali külfete maruz bırakmamaktır.[21]

6. Sözleşmenin Varlığı Genel Yöntemlerle Kanıtlanabilir

Yargıtay, 163. maddede yer alan hükümlerin ücrete ilişkin olarak ödeme yapılıp yapılmadığı hususunda tarafların yemin teklif edip yemin deliline dayanmalarında bir engel halin bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir.

Sözleşme, anılan yasa hükmüne uygun olarak düzenlendiği için kural olarak geçerlidir. Ancak sözleşmenin yapıldığı tarihte BK'nın 19. maddesi hükümlerine de aykırı düşmemesi gerekir. O nedenle tarafların sözleşme ile amaçladıkları çıkarların dengede olması gerektiği kabule dilerek, sözleşenlerin gerçek ve müşterek maksadı ve çıkarları aranmalı, sözleşmenin kanunun gösterdiği sınırlar içinde kalıp kalmadığı ahlaka aykırı olup olmadığı belirlenmelidir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte bir taraf için sağlanan hak ve menfaate eşit düşmeyen fahiş bir hak ve menfaatin karşı tarafa sağlanması ahlak kurallarına aykırı düşer.[22]

Yasanın 163. maddesinin devam eden fıkralarında, avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblâğı yahut değeri kapsaması gerekeceği ifade edilmiştir. Hukuki yardım avukatın resmi ve adli merciler önünde ya da müvekkil için kişiler nezdinde gerçekleştireceği avukatlık

---

(21) 4. HD. E. 1979/10104, K. 1980/1334, T. 05/02/1980

(22) 13. HD. 2001/742, 2001/1516 T.15.02.2001, İstanbul Barosu Dergisi 2009/4 s.2885

hizmetidir. Meblağ ya da değer ise avukatın bu hizmetler karşılığında hak ettiği ve edeceği ücreti kapsar.

Avukatlık Kanunu'nun 163 ve 164. maddeleri hükmü gereğince, avukatlık ücreti, avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılır ve bu ücretin belli bir miktarı kapsaması gereklidir. Olayımızda da ücret maktu olarak kararlaştırılmış olmakla, kural olarak sözleşme geçerlidir. Kanunun koyduğu kural bu olmakla birlikte, ücret sözleşmesinin yapıldığı tarihe göre de Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine aykırı düşmemelidir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte tarafların amaçladıkları çıkarların dengede olduğu kabul edilmelidir. Sözleşme ile bir taraf için sağlanan hak ve menfaate denk düşmeyen ve fahiş olan menfaatin karşı tarafa sağlanmış olması, iyiniyet (MK m.2) kurallarına, hak ve nesafete, ahlak kurallarına aykırıdır.[23]

Bir başka kararda başarıya göre değişen ücret belirlenmesinin olası bulunduğunun altı çizilmiştir:

Avukatlık sözleşmesinin "bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz." hükmü mevcut olduğundan, yasada öngörülen %25 oranını aşan sözleşmenin, tavan miktarı olan %25 oranında geçerli olduğunun kabulü ile vekalet ücretinin de bu orana göre belirlenmesi gerekir. Mahkemece, davanın kaybedilmesi halinde ödenecek ücret tutarının belirlenmediğinden bahisle, dava konusu vekalet ücret sözleşmesinin Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi gereğince tümüyle geçersiz olduğu kabul edilerek, ücrete konu olan davanın hüküm tarihinde geçerli olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince davalı lehine hükmedilen miktar üzerinden hesaplanan vekalet ücretinin tahsiline karar verilmişse de, adı geçen Kanunun 4467 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonraki 164. maddesinde, sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için, değişiklikten önce mevcut olan "başarıya göre değişme koşulu" kaldırılmış olup, yapılan bu değişiklikten sonra, 02.05.2001 tarihinden sonra düzenlenen avukatlık ücret sözleşmelerinde, ücretin nispi olarak belirlenmesi durumunda, sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için, "başarıya göre değişen ücret belirleme zorunluluğu" kalmadığından, mahkemenin aksi yöndeki kabulünde isabet bulunmamaktadır.[24]

7. Avukatlık Sözleşmesinin Niteliği

Avukatlık sözleşmesi avukat ile iş sahibi arasında avukatın hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, iş sahibinin de kural olarak yapılan iş karşılığında ücret ödeme borcu altına girdiği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.[25]

---

(23) 13. HD. E. 2008/11804, K. 2009/3099, T. 09/03/2009

(24) 13. HD. E. 2008/13013, K. 2008/15799, T. 29/12/2008

(25) Avukatlık Ücreti, M. Aydın, 2007 Seçkin

Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Bu fıkraya göre avukat ile müvekkil arasında bir sözleşme yapılmış olup da, yazıya dökülmeyen sözleşmeler, tanık bilirkişi incelemesi ile ispatlanacağı gibi yapılan hukuki yardımın somut göstergeleri ile de ispat yoluna gidilebilir. Bu anlamda açılmış ve sonuca ulaşmış bir dava dosyası ya da müvekkil adına avukat olarak karşı tarafa gönderilen bir ihtarname örneği dahi kanıt olarak ileri sürülebilecektir.

Sözleşmenin kurulduğu tarihte yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesinin uyuşmazlıklara uygulanması asıldır.

Anayasa Mahkemesi 07.02.2008 tarihinde Avukatlık Kanunu'na 5043 Sayılı Kanun ile eklenen geçici 21. maddeyi iptal etmiştir. Bu durumda avukatlık ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklara, sözleşmelerin kurulduğu tarihte yürürlükte olan Avukatlık Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Somut olayda taraflar arasında yazılı bir avukatlık ücret sözleşmesi yoktur. Davacı avukat, davalının vekili olarak Nizip Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 13.02.2001 tarihinde görev üstlenerek dava açmıştır. Öyle olunca o tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Kanunu'nun, 02.05.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4667 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 163/son maddesi gereği, o tarihteki yürürlükte olan Asgari Ücret Tarifesi'ne göre (hükme esas alınan raporda dava değeri olarak kabul edilen 66.645.37.-TL. üzerinden) hesaplama yapılması gerekir. Diğer taraftan davacı avukat, Mersin 4. İcra Müdürlüğü'nün 2003/3278 esas sayılı dosyasına da davalı vekili olarak 25.07.2003 tarihinden itibaren hizmet vermeye başlamıştır. Bu dosya yönünden de o tarihte yürürlükte bulunan ve 02.05.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4667 Sayılı Yasa ile değişik Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesi hükmünce avukatın yaptığı iş ve emeği de gözetilmek suretiyle %5-15 arasında uygun bulunacak bir orana göre takibe konu asıl alacak miktarı yönünden hesaplama yapılıp, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu yönlerin gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi hükmünce muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Ücret alacağı yönünden icra takibinden önce davalı temerrüde düşürülmemiştir. Temerrüt faizinin istenilebilmesi için alacağın muaccel olması yeterli olmayıp, borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmüş olması gerekir. Olayda davalının icra takibinden önce temerrüde düştüğü kanıtlanamadığına göre mahkemenin ayrıca alacak miktarlarına işlemiş faiz hesabı yaptırmak suretiyle işlemiş faiz yönünden de davayı kabul etmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.[26]

---

(26) 13. HD. E. 2007/14863, K. 2008/4922, T. 08/04/2008

Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir. Eski düzenlemelerde başarı koşullu sözleşmeler geçersiz sayılıyordu ancak bu madde ile emredici hükümlere aykırı düşmeyen koşullu sözleşmelerin de geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. Örneğin iki taraf arasında yapılan avukatlık sözleşmesinde yapılacak icra takip dosyaları için tahsilat halinde tahsil edilen bedelin belirli bir yüzdesinin avukata verileceği kararlaştırılabilir. Başarısızlık hali için de bir ücret öngörülmelidir.

Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir. Buradaki tavan miktar bir sonraki madde olan 164. maddede *"yüzde yirmi beşi aşmamak üzere dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir,"* hükmüyle belirlenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda dava konusu para dışındaki mal ve hakların aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamayacağı da vurgulanmıştır.

Yargıtay'ın kimi kararlarında avukatın tarifenin altında ücret almayı önce kabul edip sonra tarife hükümlerine göre vekâlet ücreti istemesini MK m.2 gereği nesnel iyi niyet kuralıyla bağdaşmadığı yönünde hüküm kurulmaktadır.[27]

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin ikinci fıkrasında yukarıdaki serbesti kuralına; bazı koşullar altında bir istisna getirilmiştir. Buna göre, hasılı davaya iştirak niteliğinde olmamak, davada gösterilen başarıya göre değişmek ve yüzde yirmibeşi aşmamak, üzere dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilecektir. Burada, avukatlık ücreti ile, dava olunan veya hüküm altına alınacak şeyin değeri arasında bağlantı kurulduğunda, yasakoyucu, maktu avukatlık ücretinde olduğu gibi serbesti ilkesini benimsememiş, tarafların iradesine üç yönden sınırlandırma getirmiştir. Kamu düzeni ile ilgili olan bu sınırlandırmalara uyulmadığı takdirde, avukatlık ücret sözleşmesi geçersiz olacak ve bunun yerine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uygulanacaktır. Dava konusu olayda, taraflar arasında düzenlenen 20.02.1987 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinde işin konusu "ortaklığın giderilmesi-izale-i şüyu" olarak gösterildikten sonra, ücret kısmında "Davalı şeyin değeri %10'u (hissesi 25.000.000.-TL'dir)" denilmiştir. Bu şekilde belirtilen avukatlık ücreti, Avukatlık Kanunu'nun 163/2. ve 164/1. maddelerinde sözü edilen maktu ücret olmayıp, 164/2. maddenin kapsamına giren nisbi avukatlık ücretidir. Dava olunan şeyin belirtilen değerinin belli bir yüzdesinin aynı zamanda maktu ücreti de ifade edeceği ve bu nedenle, buradaki ücretin nisbi değil maktu ücreti gösterdiği ileri sürülerek, 164/2. maddenin kapsamı dışında kaldığı yolundaki bir görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü böyle bir görüş, giderek 164/2. maddenin uygulanmasını ortadan kaldırır. Bu nedenlerle, çoğunluk

tarafından, dava konusu olayda, Avukatlık Kanunu'nun 164/2. maddesi hükmünün uygulanması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Taraflar arasındaki avukatlık ücret sözleşmesinde, bu fıkrada öngörülen (davadaki başarıya göre değişmek) koşuluna yer verilmediğinden, ücret sözleşmesi geçersiz olup, uyuşmazlığın, taksim ve izale-i şüyu davasının açıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir.[28]

Davada dayanılan 19.08.1984 günlü ücret sözleşmesinde müddeabih değerinin %20'si ücret olarak kararlaştırılmıştır. Davacı tarafından açılmış olan davalar ecrimsil ve izale-i şuyu davalarıdır. Mahkemece hükme dayanak alınan 20.04.1987 günlü bilirkişi raporunda izale-i şuyu konusu taşınmazlarda davalılara düşecek payın değeri 51.365.065 lira ile ecrimsil davasında gösterilen değer 1.800.000 liranın toplamı üzerinden %020 oranına göre davacının vakalet ücreti isteyebileceği kabul edilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 164/2. maddesi gereğince dava olunan ve hükmolunacak şeyin belli bir yüzdesinin avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması davada gösterilen başarıya göre değişmek ve % 25'i geçmemek koşuluyla mümkündür. Olayda, başarı ile değişmek koşulu bulunmamaktadır. Avukatlık ücret sözleşmesi bu nedenle geçersizdir, tarafları bağlamaz. Bu durumda davacı, Avukatlık Kanunu'nun 163/ son maddesi gereğince Avukatlık Asgari ücret Tarifesi'ne göre ücret talep edebilir.[29]

8. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi

163. maddenin son kısımları ifa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez, yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz, hükümlerini içermektedir. Bu düzenlemenin ilk fıkrasının hangi niyetle yasaya konduğunu hukuki argümanlarla açıklamak doğrusu bize göre pek olası değildir. İfa edilen bir sözleşmenin geçersiz sayılamayacağı yönündeki bir cümlenin kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmesi durumunda iptali gündeme gelebilecektir. Çünkü ahlaka ya da iyi niyete aykırı olarak imza altına alınmış bir sözleşmenin bir kısmının ifa edilmiş olması o sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeye engel teşkil etmesi hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmamakta ne de ortaya çıkabilecek ücret uyuşmazlıklarına hukuki bir çözüm getirmektedir. Bu fıkranın ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanabilirliği de oldukça tartışmalıdır.[30]

---

(27) Bkz. M. Aydın, Avukatlık Ücreti, Seçkin, Ankara 2007
(28) HGK 1993 / 13-26 K : 1993 / 95 T: 03/03/1993
(29) 13. HD. E. 1987/5144, K. 1988/90, T. 28/01/1988
(30) Murat Aydın, Avukatlık Ücret Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Yayınları

Davacı sözleşme ile kararlaştırılan aylık ücreti ödenmemiş ise bunu talep edebilir. 1996 yılından beri davalının avukatı olarak görev yapan davacının sözleşmenin feshinden sonra sözleşmenin aylık sabit ücrete ilişkin hükmünün geçersiz olduğunu öne sürerek 2001 yılından itibaren tarifeye göre ücret talebinde bulunması mümkün değildir.[31]

Sözleşmeyi geçersiz kılan olguların başında, yasaya aykırılıklar, tarifenin altında ücret alınması, Kamulaştırma Kanunu 31. maddesine aykırı işlem, kanuna ve ahlaka aykırı işlem, iyi niyet ile hak ve nesafet kurallarına aykırılık, gelmektedir. Avukata iş getirilmesi konusunda yapılan sözleşmeler de Yasanın 48. maddesi karşısında geçersizdir. Başarı koşullu sözleşmenin geçerli olabilmesi için başarısızlık hali için de ücret ödenmesi gerekir. Davanın kaybı halinde ne ücret ödeneceği belirlenmelidir.[32]

Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin başlığı Avukatlık ücreti ibarelerinden oluşmaktadır. Maddenin 4. fıkrası avukatlık asgarî ücret tarifesinin altında vekâlet ücreti kararlaştırılamayacağını belirlemiştir. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir. Avukatlık Asgari ücret tarifesinin ne şekilde hazırlanacağı da 1136 Sayılı Yasa'nın 168. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, Avukatlık ücret tarifesinin hazırlanması Baroların yönetim kurulları, her yıl Eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgarî hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliği'ne göndermesiyle başlar. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu da Baro Yönetim Kurullarının tekliflerini de göz önüne alarak uygulanacak tarifeyi o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlayarak Adalet Bakanlığı'na gönderir. Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir. Bu tarife Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliği'ne geri gönderir. Geri gönderilen bu tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığı'na bildirilir. Kararlara karşı hem Bakanlığın hem de Barolar Birliği'nin idari yargıda dava açma hakları bulunmaktadır.

---

(31) 13. HD. 2006/6948 K. T. 02.05.2006

(32) Murat Aydın, a.g.e.

Yargıtay, avukatın ücrete hak kazanabilmesi için, yasaca belirlenen hizmet koşullarının yerine getirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda özel kurallara bağlanmış bulunan Avukatlık Ücret Sözleşmesi'ne ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi ve avukatın sözleşmede yazılı avukatlık ücretine müstahak olabilmesi için kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi gerekir. Anılan Kanunun 163. maddesine göre avukatlık ücreti, avukatın vekalet hizmetine karşılık olan meblağı ifade eder. Şu halde avukatın ücrete müstahak olabilmesi için İlk ve asıl koşul avukatın müvekkili adına bir vekalet hizmetini ifa etmiş olmasıdır. Vekalet ise, Borçlar Kanununun 386. ve sonraki maddelerinde belirtilmiş olduğu üzere bir işin idaresi veya kabul edilen hizmetin ifasını içerir. Böyle bir hizmet veya idareye ilişkin işlem yapılmamış ise 163. maddede kapsamında bir vekalet ücret sözleşmesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Dairenin bozma ilamında da belirtilmiş olduğu üzere davacı avukatı, davalı müvekkili temsilen veya ona vekaleten herhangi bir iş yaptığına dair dosyada herhangi bir delil bulunmamaktadır. Vekil ile vekalet veren arasındaki müzekkerelere ilişkin tutanaklar vekalet akdi gereği olarak vekalet veren adına veya onu temsilen yapılan bir iş niteliğinde değildir.[33]

9. Görevsizlik ve Yetkisizlik Durumlarında Ücret

168. maddenin son fıkrası avukatlık ücretinin takdirinde, hukukî yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağını belirtmektedir. 2004 yılında Avukatlık Yasası'na eklenen Geçici 21. maddeyle kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün ücret uyuşmazlıklarında kanunun değişik hükümlerinin uygulanacağı yönünde getirilen düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu bir kararla iptal edilmiştir. Tarifenin kesin hükme bağlanıldığı tarihe göre uygulanması konusu yerinde olup yüksek mahkemenin vermiş olduğu karar isabetli olmuş ve yaşanması olası haksızlıkların önüne geçilmiştir.

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. (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

---

(33) 3. HD. E. 1985/351, K. 1985/496, T. 28/01/1985

tarihli ve 1966/9-9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda gösterilmiştir.[34]

Adı geçen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, yetkisizlik kararlarında, gayrimenkulün gerçek değerinin değil, dilekçede belirlenen tutar üzerinden vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir: Değerin 1000 lirayı aştığı tespit edilirse mahkemece işin esasına girişilmeden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesi gözönünde tutularak davanın yalnız vazife noktasından reddine karar verilmesi lazımdır. Hakimin bu yolda vermiş olduğu karar ile davacı vazifeli mahkeme önünde davanın esastan halli imkanını elde eder. İhtilafın esasını halleden vazifeli mahkeme davanın kabulüne veya reddine ve nizalı gayrimenkulün hakiki değerini esas almak suretiyle haklı çıkan yararına avukatlık parasına hükmedecektir. Sulh mahkemesince davanın vazife bakımından reddi yolundaki karar nizaın esası hakkında vazifeli mahkemenin verdiği nihai karar olmayıp sadece davacı tarafından dilekçede miktarı gösterilerek sulh mahkemesi önüne getirilen davaya o mahkemenin hukuken bakamayacağını belli eden bir karardır. Şu halde davanın vazifesizlik sebebiyle reddilmesi davacıya karşı dava dilekçesinde miktarını gösterdiği davası üzerinden bir hüküm tesisi niteliğini taşımaktadır. Bu itibarla isteği vazife cihetinden redde uğrayan davacının dava dilekçesinde belli ettiği miktar üzerinden davasında haksız çıktığı kabul edilmek lazımdır. O halde kendisine yükletilecek avukatlık parasının da bu miktar üzerinden hesaplanması icap eder. Sonuç: Sulh Hukuk Mahkemesine açılan gayrimenkul davalarında nizalı gayrimenkulün dava tarihindeki değerinin 1000 lirayı aştığı anlaşılması üzerine davanın vazife noktasından reddine, dosyanın Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği hallerde davalı taraf yararına tayin edilecek avukatlık parasının hesabında gayrimenkulün hakiki değeri değil, davacının dava dilekçesinde gösterdiği değerin esas alınması lazım geldiğine ... karar verildi.[35]

24.12.2009 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 7. maddesi de maktu oranlarda ücret takdirini öngörmektedir. Görevsizlik, yetkisizlik, dava ön şartlarının yokluğu veya husumet nedeniyle davanın reddinde, davanın nakli ve açılmamış sayılmasında ücret başlıklı maddede, görevsizlik, yetkisizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine, davanın nakline veya davanın açılmamış sayılmasına; delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce karar verilmesi durumunda, Tarifede yazılı ücretin yarısına, karar gereğinin yerine getirilmesinden sonraki aşamada ise tamamına hükmolunur. Şu

(34) 14. HD. E. 2009/7801, K. 2009/8802, T. 13/07/2009
(35) Yargıtay İBK, E. 1966/9, K. 1966/9, T. 19/09/1966

kadar ki, davanın görüldüğü mahkemeye göre hükmolunacak avukatlık ücreti ikinci kısmın ikinci bölümünde yazılı miktarları geçemez.

10. Sözleşmenin Bulunmaması

İş sahibi ile avukat arasında Avukatlık sözleşmesinin imzalanmadığı durumlarda ya da ücretin kararlaştırılmadığı hallerde nasıl bir yol izleneceği 164. maddenin devam fıkralarında ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenebilecektir.

Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanacağı da yine bu maddeyle hüküm altına alınmıştır.

Mahkemece reddedilen miktar üzerinden davacı lehine hükmedilen vekalet ücretinin nispi olarak hesaplanması gerekirken maktu miktara hükmedilmiş olması hatalıdır. Ayrıca yargılama giderlerinin de dosya içeriğine göre hesaplanarak kabul ve ret oranlarına göre taraflara yüklenmesi gerekirken yanlış uygulama yapılması hususu da bozma nedenidir.[36]

Mahkemece davanın reddine karar verildikten sonra, davanın açılmasında davacı tarafın kusuru bulunmadığından bahisle vekalet ücreti takdirine yer olmadığına hükmedilmiştir. Avukatlık ücreti HUMK'un 423/6 maddesine göre yargılama giderlerinden olup, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da vekalet ücreti alınmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Davalı bu davada kendisini vekil ile temsil ettirdiğine ve mahkemece de, davanın reddine karar verildiğine göre, reddedilen tutar üzerinden, davalı lehine karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince, 220.-TL. vekalet ücretinin takdiri gerekir. Davalı lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.[37]

Maddenin son fıkrasında karşı taraf vekâlet ücretinin de dava sonunda, kararla Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanan avukatlık asgari ücret tarifesine dayanılarak belirleneceğini ve avukata ait olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu ücretin, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve

---

(36) 9. HD. E. 2008/20951, K. 2008/15746, T. 16/06/2008
(37) 13. HD. E. 2008/14826, K. 2009/4123, T. 26/03/2009

mahsup edilemeyip, haczedilemeyeceği de yine aynı fıkrada belirtilmiştir. Yargıtay, ilamdaki vekâlet ücretinin vekil ile asil arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğini bu nedenle vekilin ancak alacaklı asil adına vekâlet ücreti alacağını borçludan isteyebileceği yönünde içtihat oluşturmuştur.[38]

Karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin kimin adına hükmedileceği sorununu inceleyecek olursak; Ceza Genel Kurulu 'muzun 20.10.1975 gün ve 250-256 sayılı kararında, avukatlık ücretinin vekil olan avukat lehine değil, asil adına hükmedilmesi gerektiği belirtilmiş olup, gerek Hukuk Dairelerinin gerekse Yargıtay Ceza Dairelerinin bu doğrultudaki uygulamaları istikrarlı biçimde süregelmiştir. Ancak, Avukatlık Yasası'nda 4667 Sayılı Yasa ile yapılan yeni düzenleme sonrasında, karşı tarafa, dava sonunda yargılama gideri olarak yüklenecek avukatlık ücretinin vekile mi yoksa müvekkile mi hükmedilmesi gerektiği sorunu çeşitli yargısal kararlarda tartışılmaya başlanmıştır. Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin son fıkrası 4667 Sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce: "Avukat ile iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir" hükmünü taşımakta iken, bu hüküm 4667 Sayılı Yasa ile şu şekilde değiştirilmiştir: "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti, avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." Görüleceği üzere, gerek önceki, gerekse sonraki yasa metinlerinde, karşı tarafa yüklenecek ücretin, kimin adına hükmedileceğine ilişkin açık bir belirlemeye yer verilmemiştir. Her iki düzenleme vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarının çözümlenmesine ilişkin bulunmaktadır. 4667 Sayılı Yasa ile Avukatlık Yasası'nın 163. maddesi değiştirilerek avukat ile iş sahibi arasındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olması şartı kaldırıldığından, buna paralel olarak 164. maddede değişiklik yapılarak "aksine yazılı sözleşme bulunmaması" koşulu madde metninden çıkartılmıştır. Esasen sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, iş sahibi ile avukat isterlerse karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin iş sahibine ait olacağına ilişkin sözleşme de yapabilirler. Böyle bir sözleşmeyi yasaklayan herhangi bir yasal düzenleme de mevcut değildir. O halde, salt bu değişiklik nedeniyle gider olarak karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin. vekil lehine hükmedilmesi gerektiğini söylemek olanaklı değildir. Diğer yandan, karşı tarafa yüklenecek ücretin avukata değil, iş sahibi müvekkile hükmedilmesi gerektiğini gösteren bir başka husus 164/son maddenin ikinci cümlesinde yer alan "Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez" hükmüdür. Şayet, karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücreti avukat adına hükmedilecek ise, bu ücretin zaten iş sahibinin borcu nedeniyle takas veya mahsup edilmesi ya da haczedilmesi mümkün

(38) 12. HD. E. 2009 / 1556 K: 2009 / 3273 T: 19.02.2009

olamayacaktır. Aksi bir yorum, bizi yasa koyucunun 164. maddesinin son fıkrasına ikinci cümleyi boş yere koyduğu sonucuna götürür (Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, Ankara - 2004, 2. Bası, s. 252). Yine, ücretin asil adına hükmedilmesi gerektiğini gösteren bir başka yasal düzenleme de, Avukatlık Yasası'nın 163/3. maddesi olup, bu düzenleme 4667 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sırasında da korunmuştur. Bu hüküm uyarınca bir ilamın cebri İcra yolu ile infazına girişildiğinde, takip talebini alan İcra müdürü ilamı inceleyerek, ilam bir avukatın takibi ile elde edilmiş, ancak iş sahibinin kendisi veya bu avukatın dışında bir başka avukat tarafından İcraya konulmuşsa, masrafını takip talebinde bulunandan alarak ilamın İcraya konulduğunu ilamda adı yazılı avukata bildirecek, bu bildirim yapılmadan İcranın sonraki aşamalarına geçilmeyecektir.[39]

Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin miktarı Yasanın 169. maddesi uyarınca avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz.

Uygulamada mahkemelerde avukatlık ücret tarifesinde yer alan rakamlara hükmedilmektedir.

11. Vekalet Ücretinde Müteselsil Sorumluluk, Sulh ve Feragat

Bir davada birden fazla iş sahibi var ise Yasanın 165. maddesi gereğince bu kişilerden her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu olarak sorumludurlar.

...şufa davasındaki tarafların dosyaya açıkça bu yönde beyanda bulunulmasa dahi sulh ile sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Şufa davası taşınmazın aynına ilişkin ve değeri para ile ölçülebilen bir dava olduğundan davalı avukat sulh ile sonuçlanan bu davada Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi hükümlerine göre dava değeri üzerinden vekalet ücreti talep edebilir. Mahkemece davacının Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre ücret istediği nazara alınarak tarifeye göre hak ettiği ücret belirlenip buna hükmedilmesi gerekirken açıklanan bu hususlar göz ardı edilerek ve dava rededilmiş gibi değerlendirilerek maktu vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.[40]

Davacı avukatı, müvekkilinden dava sulh ile sonuçlansa dahi vekalet sözlemesinden doğan avukatlık ücretini ve ayrıca yargılama masrafı arasında bulunan ve davacı yararına karar altına alınması gereken vekalet ücretini isteyebilir. O halde davalı, davacıya karşı anılan bu iki tür vekalet ücretinin ödenmesinden sorumludur.[41]

---

(39) YCGK, E. 2004/1-122, K. 2004/143, T. 22/06/2004
(40) İstanbul Barosu Dergisi, 2010/1, s.516
(41) 13. HD. E. 1987/4701, K. 1987/5426, T. 09/11/1987

Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesine göre sulh ile sonuçlanan (ya da sulhun bir şartı olarak taraflarca öngörülen feragatle sonuçlanan) davalarda; tarafların vekilleriyle yaptıkları vekalet ücreti sözleşmesinden karşı tarafı müteselsil sorumlu tutabilmek için, yapılan vekalet ücreti sözleşmesinin mahkeme önündeki yargılamayı sona erdiren taraf işleminden önce yapıldığının HUMK'un 299. maddesinde öngörüldüğü koşullarda ispat edilmesi gerekir. HUMK m.299 uyarınca imzası kabul edilen veya mahkemece onun olduğuna karar verilen resmi olmayan senet tarihi, imza eden ile mirasçıları hakkında geçerli olup, üçüncü kimseler haklarında sonuç doğurmaz. Bir senet kendisine sunulduğu noter veya yetkili memur tarafından usulüne göre onaylanmış ise, sunma tarihi ya da imzalayanlardan birinin ölüm tarihi veya imzalamasına maddi olanağı ortadan kaldıran bir olayın gerçekleştiği tarih ya da o senedin bir resmi işleme esas alındığı tarih üçüncü şahıslar hakkında da geçerli sayılır. Somut olayda davaya konu vekâlet ücreti sözleşmesi, yukarıda anılan koşulları taşımamaktadır. O halde, mahkemece Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre hesap edilecek vekâlet ücreti yerine, davacı tarafın müvekkili ile yaptığı sözleşmeden davalıyı da müteselsil sorumlu tutarak vekalet ücretine hükmetmesi doğru görülmemiştir.[42]

12. Avukatın Hapis Hakkı

Ücretin avukata zamanında ya da hiç ödenmemesi durumunda Yasa'nın 166. maddesi *"hapis hakkı"* adı altında bir düzenlemeye gitmiştir. Bu düzenlemeyle avukatın ücret hakkını teminat altına alması amaçlanmıştır. Buna göre avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun adına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı oranında elinde tutabilir.

Hapis hakkının kullanılabilmesi için alacaklının her şeyden önce o şeye malikinin rızası ile zilyet olması, alacağın o şey ile bağlantılı bulunması ve alacağın vadesinin gelmiş olması gerekir. Alacak istenebilir olmadıkça hapis hakkı doğmaz.[43]

Hapis hakkının geçerli olabilmesi için avukat tarafından müvekkilin hesaplaşmaya davet edilmesi koşuldur.

Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesinde tanımlanan hapis hakkı, sadece vekalet ücreti alacakları ve yapılan giderler oranında kullanılabilir. Avukatın, müvekkili nam ve hesabına tahsil etmiş olduğu alacak ve değerlerden, ücret ve masraf alacağından fazla bir miktarını *"hapis hakkı"* adı altında elinde tutması, bu hakkın yasaya konuluş amacına aykırı

(42) 3. HD. E. 2008/11559, K. 2008/17191, T. 16/10/2008
(43) M. Aydın, Avukatlık Ücreti, s.89, a.g.e.

olduğu gibi, avukatlık meslek kurallarına da aykırıdır. Aynı şekilde hapis hakkını kullanan avukatın, müvekkilin nam ve hesabına tahsil ettiği alacakları geciktirmeksizin iş sahibine bildirmesi, hangi işten dolayı ve ne miktarda ücret ve masraf alacağı olduğunu açıklaması ve konu ile ilgili karşı tarafı bilgilendirdikten ve gerektiği durumlarda yapılacak hesaplaşmadan sonra, alacağı oranında hapis hakkını kullanması gereklidir. Esasen bu durum, avukatın müvekkiline hesap verme yükümlülüğünün de tabii bir sonucudur. Nitekim, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, *"Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."* hükmü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesinde de, *"Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir,"* hükmü bulunmaktadır.[44]

Avukatın alacağından dolayı hapis hakkını kullanabilmesi için hapis hakkının kullanıldığı hususunun iş sahibine yazılı olarak bildirilmesi, ayrı-ca iş sahibi adına tahsil ettiği para ile hangi işlerden ötürü, ne miktar da alacağı olduğunu gecikmeksizin müvekkiline duyurması gerekmektedir.[45]

Bu karar doğrultusunda hapis hakkı, avukatın alacağı kadar olan muaccel hale gelmiş vekâlet ücreti karşılığında, müvekkil adına ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsil ettiği değerleri, müvekkili hesaplaşmaya çağırmak koşuluyla elinde tutması olarak tanımlanabilir.

13. Vekâlet Ücretinde (Rüçhan) Öncelik Hakkı

1136 Sayılı Yasa'nın 166. maddenin devamında vekalet ücretindeki avukatın öncelik (rüçhan) hakkından söz etmektedir. Buna göre avukat, sözleşme ile kararlaştırılan ve hakim tarafından takdir olunan ücretinden dolayı, kendi çalışması sonucunda müvekkilin muhafaza ettiği veya kazandığı mallar ve davadaki diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para yahut alınacak mallar üzerinde diğer alacaklılara nazaran rüçhan hakkını haizdir. Rüçhan hakkı, vekâletnamenin düzenlenme tarihine, vekaletname umumi ise iş sahibi adına ücret konusu işten dolayı ilk yapılan resmi başvurma tarihine göre sıra alır.

İş sahibinin iflası halinde avukatın vekâlet ücreti alacağı da önceliklidir. Ancak, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinde yer alan rehinli malların satışından öncelikle resim ve vergilerin tahsil edileceği yönündeki hükmü saklı tutulmuştur.

---

(44) 13. HD. 2008/13260, 2009 / 5950 T: 04/05/2009
(45) TBB, E. 2003/46, K. 2003/150, T. 09/05/2003

Avukatın öncelik hakkı, salt avukatın girdiği dava sonucunda müvekkile kazandırdığı değerlerle sınırlı olduğundan uygulamada pek de işler bir yanı bulunmamaktadır. Maddenin avukatlık mesleği için işler hale getirilebilmesi ancak borçlu müvekkilin tüm mal varlığı ile sorumlu tutulmasıyla olasıdır.

Avukatlık ücret sözleşmesi avukatla iş sahibi arasında yapılır. Ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi saklı kalmak üzere ancak tarafları bağlar. Adı geçen Yasanın 166/2. maddesinde "...avukat sözleşme ile kararlaştırılan ve hakim tarafından takdir olunan ücretinden dolayı kendi çalışması sonucunda müvekkilin muhafaza ettiği veya kazandığı mallar ve davadaki diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para yahut alınacak mallar üzerinde diğer alacaklılara nazaran rüçhan hakkını haizdir. "Rüçhan hakkı, vekaletnamenin düzenlenme tarihine, vekaletname umumi ise iş sahibi adına ücret konusu işten dolayı ilk yapılan resmi başvurma tarihine göre sıra alır..." denilmiştir. Madde metninden anlaşılacağı üzere rüçhan hakkının avukatın hangi ücreti hakkında söz konusu olduğu sınırlı bir biçimde belirtilmiş olup, uyuşmazlık konusu ücret alacağı niteliği itibariyle 166/2. maddesi kapsamı dışında kalmaktadır. Esasen rüçhan hakkı icrai takipte alacaklıların başvurması halinde alınacak sırada göz önünde tutulması gereken bir husustur. Olayda ise bunun uygulama yeri bulunmamaktadır.[46]

Bu maddenin devam fıkralarında avukatlık ücretini teminat altına almaya yönelik özel düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan ilki ilamın cebri icra yoluyla infazına girişildiğinde, icra dairesine, takip talebinde bulunan tarafın ilamda adı yazılı olan avukatına, icra emri ile aynı zamanda düzenleyeceği bir bildiriyi, gideri takip talebinde bulunandan alınmak suretiyle, derhal tebliğ etmesidir. Yasa maddesine göre bu bildiri tebliğ edilmedikçe icranın sonraki safhalarına geçilemez. Bu düzenleme ile müvekkilin avukatından bihaber alacağını karşı taraftan tahsil edip vekâlet ücretini ödemekten kaçınmasının önüne geçmek için getirilmiş bir düzenlemedir.

Vekâlet ücretine getirilen teminatın diğer düzenlemesi ölümü halinde avukatın mirasçılarını ilgilendirmektedir. Avukatın mirasçılarına intikal eden avukatlık ücreti alacakları da, avukat alacakları gibi önceliğe kavuşturulmuş ancak icra memuru tarafından yazılı bildirim zorunluluğunun bu kimseler hakkında uygulanmayacağı belirlenmiştir.

Avukat üzerine aldığı iş için başkasını tevkil edebilir. Ancak Yasanın 171. maddesinde düzenlendiği haliyle avukatın müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Birlikte takip edilen veya işi tamamen devrettiği

(46) HGK, E. 1974/13-787, K. 1976/2187, T. 09/06/1976

avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Ancak bu hüküm, Avukatlıkla bağdaşan işlerin sayıldığı ve Yasa'nın 12. maddesinde sıralanan milletvekilliği, belediye meclis üyeliği veya şirket ortaklığı gibi işlere geçişlerde işlerin başkasına devredilmesiyle uygulanmaz.

14. Tevkilde Ücret

Avukat tarafından işe başka avukatlar dahil edilmiş ise, avukat ile işi birlikte takip ettiği avukat müvekkilden herhangi bir ücret isteyemezler. İş tamamen başka bir avukata bırakılmış ise, tevkil eden ve tevkil olunan avukatlar ücret sözleşmesindeki miktarı aşmamak koşuluyla, harcanan mesaiye karşılık olan ücreti müvekkilden isteyebilirler. Ancak, tevkil eden avukat müvekkilden peşin ücret almışsa, harcadığı mesaiye karşılık olan miktarın fazlasını tevkil ettiği avukata ödemekle yükümlüdür.

Avukatlık Yasası'nın 172. maddesi gereği iş sahibinin işi başka bir avukata vermesi olasıdır. Buna göre iş sahibi, ilk anlaşmayı yaptığı avukatının yazılı onayı ile, başka avukatları da işin kovuşturma ve savunmasına katabilir. İş sahibi, ilk avukatın onayını kendisine tevdi veya tebliğ edilecek bir yazı ile en az bir haftalık süre vererek talep eder. Avukat bu süre içinde cevap vermemişse muvafakat etmiş sayılır.

İlk avukatın muvafakat etmemesi halinde, vekâlet akdi kendiliğinden sona erer. İş sahibi, muvafakat etmeyen avukata ücretin tamamını ödemekle yükümlüdür.

İlk avukatın onayı ile işin başka avukatlar tarafından da takibi halinde iş sahibi, ilk avukatın ücretinden kesinti yapamaz. Bu halde avukatların müvekkile karşı sorumluluğu konusunda 171. maddede düzenlenen ortak bir sorumluluktur.

Yargıtay önceki avukatın muvafakat etme durumu kararlarında öne çıkarmaktadır: "*İş sahibi, ilk avukatın muvafakatini kendisine tevdi veya tebliğ edilecek bir yazı ile en az bir haftalık süre vererek talep eder. Avukat bu süre içinde cevap vermemişse muvafakat etmiş sayılır. İlk avukatın muvafakat etmemesi halinde, vekalet akdi kendiliğinden sona erer. İş sahibi, muvafakat etmeyen avukata ücretin tamamını ödemekle yükümlüdür.*" düzenlemesini getirmiştir. Bu madde ile iş sahibi vekil edenin işini takip ve savunmasının yapılması için başka avukatlara vekalet verilmesi ve sonuçları düzenlenmiştir. İş sahibinin değişik nedenlerle ilk sözleşme yaptığı avukatın yanında başka bir veya birden fazla avukat görevlendirmesi, onun avukat seçme, görevlendirme özgürlüğünden kaynaklanan kısıtlanamayacak en tabii bir savunma hakkıdır. Bunu yaparken önceki

avukatını dışlamaması gerekir. Ancak ilk görevlendirilen avukat mesleğin bağımsızlığı ilkesi gereği çeşitli nedenlerle işini başka bir avukatla paylaşmak istemeyebilir. Bu nedenlerle iş sahibine tanınan hakkın kullanılabilmesi, ilk avukatın yazılı muvafakat etmesine bağlanmıştır. Yasa hükmüne göre, işe başka avukatları görevlendirmek isteyen vekil eden iş sahibinin, ilk avukatından yazılı olarak başvurup, 7 gün süre verip muvafakat istemesi gerekir. Muvafakati istenen avukat, 7 gün içinde muvafakatini bildirmemesi halinde, başka avukatın görevlendirilmesine muvafakat etmiş sayılacaktır. Yasa burada olumlu veya olumsuz bir cevap vermeyen avukatın zımnen muvafakat ettiğini kabul etmektedir. Şayet iş sahibi-vekil eden, yasaya uygun olarak süre verip bildirimde bulunarak, ilk avukatının muvafakatini almadan başka avukatlara vekâlet vererek işi takibe görevlendirmesi halinde, ilk avukatın durumu öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde bu duruma muvafakat etmediğini derhal vekil edeni olan iş sahibine bildirmesi gerekir. Aksi halde bu duruma zımmen muvafakat etmiş sayılacaktır.[47]

Avukatlık ücreti yalnızca yapılan işin karşılığıdır. Yasanın 173. maddesi gereğince sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kararlaştırılan avukatlık ücreti yalnızca avukatın üzerine almış olduğu işin karşılığı olup, mukabil dava, bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar ayrı ücrete tabidir.

Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekte avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için, yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerektir. Avukatın iş için yapacağı yolculuk masrafları ve bulunduğu yerden ayrılma tazminatı, anlaşma gereğince iş sahibi tarafından ayrıca ödenir. Bu giderler peşin olarak ödenmedikçe avukat yolculuğa zorlanamaz. Bu hükmün aksine sözleşme yapılabilir.

15. Avukatın İstifası ve Azli

Avukatlık Yasası'nın 174. maddesi müvekkil- avukat ilişkisinin sona erme durumlarını düzenlemektedir. Buna göre üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat, hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır. Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalinden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez. Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat işe başlamakla yükümlü değildir. Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibinindir. Yazılı sözleşmedeki diğer

(47) YHGK, E. 2007/13-305, K. 2007/313, T. 30/05/2007

ödeme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı avukat işi takip etmek ve sonucunu elde etmekten mahrum kalırsa sorumluluk bakımından aynı hüküm uygulanır.

Yargıtay azil ve istifa hallerinde hükmedilecek ücretleri belirlemiştir: Mahkemece davacının bildirdiği dosyalarda, davacının bir ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığı, alacağın tahsilini geciktirip geciktirmediği, gerektiğinde bilirkişi aracılığı ile araştırılarak, azlin haksız olup olmadığı belirlenmeli, şayet azil haksız ise taraflar arasında geçerli olan sözleşme hükümlerine göre davacının hak ettiği ve talep edebileceği ücret belirlenmeli, davacının talebi ile kararı temyiz etmemekle davalı yararına oluşan kazanılmış hakta nazara alınarak karar verilmeli, azil haklı ise davacı ücrete hak kazanmayacağından dava red edilmelidir.[48]

Davacının gerekli şekilde özen ve dikkati göstererek dosyaları takip ettiği, azlin haksız olduğu yönündeki mahkemenin görüşünün, doğru olup olmadığı denetlenememektedir. Zira kararda dosyalara göre değerlendirme ve belirleme olmadığından, davalının bildirdiği dosyalar da görevini layıkı ile yerine getirdiğini göstermez. Mahkemece davacının bildirdiği dosyalarda, davacının bir ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığı, güven sarsıcı hareketlerin nelerden ibaret olduğu, gerektiğinde bilirkişi incelemesi ile araştırılarak, azilin haksız olup olmadığı belirlenmeli, şayet azil haksız ise taraflar arasında geçerli olan sözleşme hükümlerine göre davacının hak ettiği ve talep edebileceği ücret belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmeli, azil haklı ise davacı ücrete hak kazanmayacağından dava red edilmelidir.[49]

Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bu yöndeki bir karar, azil ve istifa konusunda uygulanacak yol haritası niteliğindedir. Bu kararla müvekkil tarafından önceden bildirilmeyen azil nedenlerinin daha sonra ileri sürülebileceğinin altı çizilmiştir:

Taraflar arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olup, davacı avukatlar haksız azil nedeniyle vekalet ücretinin tahsilini istemişlerdir. Vekil müvekkiline karşı vekalet görevini sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlü olduğu gibi, vekil eden vekilinden her zaman bilgi almak hakkına sahiptir. Vekil müvekkilinin talebi halinde yaptığı işin hesabını vermek zorundadır (BK'nın 390/2, 392. maddeleri). Avukatın sahip olduğu hak ve ödevleri Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre avukatlar yüklendikleri görevleri, bu görevlerin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmak ve meslek kurallarına uymak zorundadırlar. Bu yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere temelde vekil-müvekkil ilişkisi karşılıklı güven ve saygıya dayanır. Bu ilişkiyi taraflardan

---

((48) 13. HD. E. 2005/16998, K. 2006/6398, T. 24/04/2006
(49) 13. HD. E. 2008/5193, K. 2008/7032, T. 22/05/2008

birisi ihlal ederse, karşı taraf vekil-avukat ise iş bırakma, vekil eden ise vekilini azletme hakkına sahiptir.

Avukatlık Kanunu'nun 173/2. maddesi hükmüne göre avukat yapacağı harcamalar için kendisine yeteri kadar avans verilmesini isteme hakkına sahiptir. Avansın verilmemesi halinde harcamayı cebinden karşılayarak işi takip zorunluluğu yoktur. Ancak iş sahibinden alınacak avansın olası giderleri karşılayacak miktarda olması, amacı aşar şekilde yüksek bulunmaması, istendiğinde alınan avansın müvekkile verilmesi gerekir. ...Borçlar Kanunu'nun 396/1. maddesine göre, müvekkilin vekilini azletmesi veya vekilin vekillikten istifa etmesi her zaman caizdir. Bu hükme göre, vekalet sözleşmesi, her iki tarafça da belirli bir neden gösterilmesine gerek olmaksızın, tek taraflı bir irade beyanıyla her zaman ortadan kaldırılabilir. Söz konusu irade beyanı, karşı tarafa ulaşmakla, geleceğe yönelik olarak hükümlerini hemen doğurur. Hizmet sözleşmesinden farklı olarak, vekalet sözleşmesinde bu hakkın kullanılması, haklı bir nedene dayanmak zorunda olmadığı gibi, bir süreyle sınırlı da değildir. Borçlar Kanunu'nun azil veya istifa konusundaki bir irade bildirimine bağladığı tek sonuç, azil veya istifanın münasip olmayan bir zamanda gerçekleşmiş olması halinde, diğer tarafın bundan dolayı uğradığı zararı tazmin yükümlülüğüdür (md.396/2).

Ancak, aşağıda değinileceği üzere, Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi, davaya vekalette azil veya istifaya bunların haklı nedenlere dayalı olup olmamasına göre değişen farklı sonuçlar bağlamaktadır. Gelinen bu noktada cevaplandırılması gereken soru ve uyuşmazlığın üzerinde toplandığı yön; müvekkilin azil iradesini bildirirken, azil sebeplerini de tümüyle belirtmek zorunda olup olmadığı; somut olaydaki gibi, sonradan bir davanın konusu haline geldiği takdirde, azil ihtarında belirtmediği başka sebepleri, o dava içerisinde ayrıca ileri sürüp süremeyeceğidir. ... Tekrar vurgulanmalıdır ki; vekalet sözleşmesine ilişkin genel düzenlemeleri içeren Borçlar Kanunu'nun 386. ve sonraki maddelerinde, müvekkilin azil iradesini bildirirken azil sebeplerini de aynı anda ve bütünüyle bildirmekle yükümlü olduğu yönünde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tersine, konuyla ilgili yegane düzenlemeyi içeren 396/1. maddede, vekaletten azlin ve vekillikten istifanın her zaman caiz olduğu belirtilmiş; azil iradesinin bildirimi gerek azil sebepleri ve gerekse zaman itibariyle hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulmamıştır. Maddenin 2. fıkrasındaki; azil ve istifanın münasip olmayan bir zamanda gerçekleşmesi halinde, bundan dolayı karşı tarafın uğradığı zararın tazmin yükümlülüğüne ilişkin hüküm ise, azil ve istifayı herhangi bir yönden sınırlandırıp kısıtlayan değil; tersine, bu hakkın kullanılmasına ilişkin serbestiyi teyit eden ve sadece (münasip olmayan bir zamanda gerçekleştiği takdirde) bunun olası sonuçlarını düzenleyen bir içeriktedir. Özetle; müvekkilin azil bildiriminde gösterdiği sebeple bağlı bulunduğu, sonradan başka sebepler ileri süremeyeceği yönündeki görüşün, Borçlar Kanunu

bakımından herhangi bir dayanağı mevcut olmadığı gibi; Usul Hukuku yönünden de kabulü mümkün değildir. Davacıların avukat olmaları ve taraflar arasındaki vekalet ilişkisinin davacıların bu sıfatlarından dolayı kurulmuş bulunması nedeniyle, somut uyuşmazlık bakımından "özel kanun" niteliği taşıyan Avukatlık Kanunu da, bu yönde herhangi bir özel hüküm içermemektedir. O halde somut olayda, davalı tarafın, azil iradesinin bildirimine ilişkin ihtarnamesinde açıkladığı azil sebebiyle bağlı bulunmadığı, görülmekte olan davada yeni ve başkaca azil sebeplerini bildirebileceği, azlin haklı olduğu yönündeki savunmasını da bu sebeplere dayandırabileceği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, Anayasa'da düzenlenip güvence altına alınmış olan savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Esasen bu yorum tarzı; vekalet sözleşmesinin hukuksal niteliğine, özellikle de yukarıda belirtilen ve vekalet ilişkisinin kurulmasının adeta ön koşulunu oluşturan "karşılıklı güven" unsuruna, dahası, bu unsurla yakın bir ilgisi bulunan; kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte öğretide ve yargısal uygulamalarda vekilin borçlarından biri olarak kabul edilen ve vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi varlığını devam ettireceği benimsenen "sır saklama yükümlülüğü"ne de uygun bir sonucu ortaya koymaktadır. …

Kaldı ki, davacıların avukatlık mesleğini icra etmeleri nedeniyle, somut olayda davaya vekalet söz konusudur. Avukatlık hem bir serbest meslek, hem de bir kamu hizmetidir. Meslekleri gereği, avukatlar yürürlükteki mevzuatı en üst düzeyde bilmekle yükümlüdür. Davacılardan Av. M.U'nun, davalı kuruma gönderdiği yazılarda yer alan ve yukarıda atıf yapılmış olan bazı söz ve ifadeler ile kullandığı genel üslubun, kendisine yönelik güven duygusunun zedelenmesine neden olacağını, bu yazılarından dolayı vekillikten azledilebileceğini ve muhtemel bir azlin de hukuken haklı nedenlere dayalı bir azil niteliğinde olacağını öngörebileceğinin ve anılan yazıları bu öngörüyle kaleme almış olduğunun; hatta giderek azil bildirimine ilişkin davalı ihtarnamesinde belirtilmeyen, ancak azledilmesini haklı kılan başka nedenlerin mevcut bulunduğunu, daha azil anında çok açık olarak bildiğinin kabulü gerekir. Kamu hizmeti niteliğindeki avukatlık mesleğini icra eden bu davacının; bilgisi dahilindeki haklı azil nedenlerinin, kendisini hukuki yardım almak üzere vekil atamış olan müvekkilinin bu konudaki hukuksal bilgi ya da öngörü eksikliği nedeniyle veya başka nedenlerle azil bildiriminde yer almamış olmasını gerekçe gösterip, haksız azil iddiasına dayalı alacak isteminde bulunması, iyi niyet kurallarına uygun bir davranış sayılamaz ve hukuken korunamaz.[50]

---

(50) HGK E. 2006/13-610, K. 2006/639, T. 11/10/2006

16. Azil ve İstifanın Hukuki Niteliği

Avukat-müvekkil ilişkisi vekalet sözleşmesi görünümünde olup, özel nitelikte bir güven ilişkisi olduğundan vekillikten çıkarma (azli) ve vekillikten ayrılma (istifa) her zaman mümkündür. Vekalet sözleşmesi, müvekkil veya vekil tarafından herhangi bir sebebe dayanmak zorunluluğu bulunmaksızın tek taraflı varması gerekli bir beyanla her zaman ortadan kaldırılabilir. Tek taraflı bu geri alma vekâlet sözleşmesine özgü sona erme sebebidir. Gerek bu hakkın kullanımının haklı sebebe dayandırılması zorunluluğu bulunmayışı gerek bir önele bağlanması gerekmeyişi, onu hizmet sözleşmesinden farklılaştırır. Geri alma geçerlilik şekline bağlı değildir; zımni biçimde veya delalet edici bir eylemle yapılması mümkündür. Bu haklardan vazgeçme veya azil ve istifa haklarının amaca aykırı olarak sınırlandırılması mümkün değildir.[51]

Yargıtay haklı haksız azil durumuna dikkat çekmektedir: Taraflar arasında düzenlenen sözleşme hizmet-hukuk müşavirliği niteliğinde bir sözleşme olup geçerlidir. Sözleşme ile belirlenen ücretin, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilen anlamda ve asgari ücret tarifesi altında ücret olduğu kabul edilemez. Taraflar arasındaki ihtilafın, tarafların serbest iradeleri ile yaptıkları ve geçerli olan bu sözleşmenin hükümlerine göre çözümü gerekir. Sözleşmenin 3. maddesi ile sözleşme süresinin bitiminden bir ay önce veya her zaman bir ay sonra hüküm ifade etmek üzere, tarafların yazılı ihbarla sözleşmeye son verebilecekleri kararlaştırıldığına göre, davalının sözleşme bitim tarihinden önce 15.08.2003 tarihinde gönderdiği ihtarla sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmesi haksız fesih sayılamayacağı gibi, Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi anlamında haksız azilin sonuçlarını doğuran bir fesih değildir. Olayda, bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi hükmünün uygulanması düşünülemez. Ancak, feshin haksız olmaması davacının fesih tarihi itibariyle, hiçbir ücret isteyemeyeceği anlamına da gelmez. Öyle olunca davacı, sözleşmenin sona erdiği tarih itibariyle sözleşmenin 3. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, yine sözleşmenin 4. maddesi gereğince ücret istemeye hakkı vardır. Sözleşmenin sona erdiği tarih itibariyle, davacının tahsilatla sonuçlandırdığı veya henüz tahsilatla sonuçlanmayan, ancak tahsilatı mümkün hale gelen veya tahsilatı mümkün hale geldiği ve tahsilat yapılabileceği kabul edilebilecek dosyaları ile tahsilat yapılması mümkün olmayacağı anlaşılan dosyalardan dolayı davacının sözleşmenin 4. maddesine göre ücret isteyebileceğinin kabulü gerekir. Sözleşmenin sona erdirildiği tarih itibariyle sonuçlanmayan ve devam edip ne olacağı belli olmayan dosyalardan dolayı da davacının sarfettiği emek ve mesaisi nazara alınarak sözleşmenin 4. maddesine göre,

---

(51) Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Barış, İzmir 1999

isteyebileceği ücret baz alınarak ve bu miktarın altında olmak üzere hak ve nesafet kuralları da nazara alınarak, uygun bir miktarı ücret olarak isteyebileceğinin kabulü gerekir.[52]

Kural olarak azil ve istifa herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Uygulamada genellikle yazılı olarak ve noterler aracılığı ile yapılmaktadır ki, ispat yönü bakımından önemlidir.

Haksız olarak azledilen avukat, avukatlık ücretinin tamamına hak kazanır. (Avukatlık Kanunu 174/2. maddesi) Avukatın bu ücret alacağı kapsamında, müvekkili ile arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yoksa, Avukatlık Yasası'nın 163/son maddesi hükmünce avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesap edilecek ücret ile, aynı Yasanın 164/son maddesi gereğince aksine sözleşme yapılmadığı takdirde avukata ait olacağı açıklanan ve hasma tahmil edilmesi gereken ücretin bulunduğunda duraksama olmamalıdır. Ne var ki bu her iki ücret alacağının hesaplanması ve muacceliyet kazanması konusunda uygulamada süregelen tereddütlere de açıklık getirilmelidir. Avukatlık Yasası'nın 163/son maddesi delaletiyle asgari ücret tarifesi hükümleri gereğince hesaplanacak ücret avukat ile takip edilen dava ve icra takiplerinde, avukatın bu dava ve takiplere hangi tarihte katıldığına bakılmaksızın dava ve takip tarihlerinde yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre dava ve takibin konusu esas alınarak ayrı ayrı hesaplanır. Avukatın bu şekilde hesaplanan ücret alacağı dava ve takip hangi aşamada olursa olsun haksız azlin tebliği ile muaccel hale gelir. Müvekkillerinde ödeme borcu doğar. Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde açıklanan ve aksine sözleşme olmadığında avukata ait olacağı kabul edilen ücret alacağı ise, yargılama ve icra gideri niteliğinde olduğundan ancak dava ve takip sonuçlandığında miktarı belli olur ve bundan sonra müvekkil tarafından hasımdan tahsili mümkün hale gelir. Müvekkilin vekiline ödeme borcuda hasım taraftan tahsil edilmeden doğmaz. Diğer bir anlatımla henüz hasım taraftan vekalet ücreti alacağını tahsil etmemiş veya edememiş olan müvekkilden avukat bu alacağını isteyemez. Tahsil edilmiş olmasını beklemek durumundadır. Kural böyle olmakla birlikte, Hakim bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalmamalı, Avukatlık Yasası `nın 164/son maddesine işlerlik kazandıracak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapmalı, özellikle MK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılmasına ve dürüstlük kurallarının ihlaline izin vermemeli, gerektiğinde müvekkilin dava veya takip sonucunda belirlenen bu ücret alacağını tahsil etmiş kabul etmeli, aksi halde bu nitelikteki ücret alacağına ilişkin istemi henüz muaccel olmadığı gerekçesiyle reddetmelidir.[53]

---

(52) 13. HD. E. 2005/10612, K. 2006/3518, T. 13/03/2006

(53) 13. HD. E. 1992/5978, K. 1992/9106, T. 24/11/1992

Avukatın bağımsızlığını ortadan kaldıracak tarzda iş sahibinin talimat vermeye kalkması veya haklı ya da meşru hiçbir talimatının avukat tarafından yerine getirilmemesi azil veya istifa için haklı sebep sayılabilir.[54]

Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesine göre, avukatın haksız olarak azli halinde ücretin tamamı azil edilen vekile verilir ancak, avukat kusur veya ihmalinden dolayı azledilmiş ise, yani azil haklı ise avukatlık ücretinin ödenmesi gerekmez. HGK'nın 23.09.1987 gün 87/3-188 esas 87/657 karar sayılı ilamında da açıklandığı gibi, haklı olarak azledildiği halde, azle yol açan davranışının davalı aleyhine herhangi bir sonuç doğurmayan ve azle neden olan davranışı iş sahibine zarar vermeyen avukatın, azil tarihine kadar sarf ettiği emek ve mesaisine karşılık adalete uygun bir avukatlık ücretinin ödenmesi hakkaniyet gereği olarak kabul edilmelidir. Mahkemece, davacı avukatın azil tarihine kadarki emek ve mesaisi ile yapılan işin önemi ve işin bulunduğu aşama göz önünde bulundurularak, hakkaniyete uygun olarak takdir edilecek uygun bir miktarın davacı ücreti olarak davalıdan tahsiline karar verilmelidir.[55]

Her ne kadar dava konusu edilen Avukatlık ücreti alacağı, avukatın azledilmesi ile muaccel hale gelirse de borçlunun mütemerrit duruma düşmesi anılan paranın ödenmesi hususunda davacının usulen borçluya göndereceği ihtarın tebliği, burada borçluya bir süre tanınmış ise o müddetin geçmesiyle mümkündür ve ancak o tarihten sonra temerrüt faizine karar verilebilir. (BK m.104) davacı avukatın, davadan önce davalıyı temerrüde düşürdüğü kanıtlanamamıştır. Bu durumda davanın açılmasıyla temerrüdün oluştuğunun kabulü gerekir.[56]

Avukattan beklenen özenin derecesi yüksektir; zira avukatlık ruhsata tabi bir meslektir. Bu kapsamda maddi gerçeğin belirlenmesi için gerekli incelemeyi yapmalı, literatürü ve yargı kararlarını takip etmeli, belirsiz ve birbiriyle uyumlu olmayan noktaların tespiti için gerekirse iş sahibine yeni sorular sormalı, iş sahibinin talimatlarıyla bağlı kalmalı, yargılamayla ilgili zamanaşımı da dahil olmak üzere sürelere dikkat etmeli, işi sürüncemede bırakmamalı, iş sahibinin menfaatlerini korurken en emin yolu kullanmalı, değişiklikleri takip etmeli, riskler hakkında iş sahibini bilgilendirmeli, mesleğinin gerektirdiği uzmanlaşmanın bütün gereklerini kullanmalı, gerekiyorsa karşı dava açmalı, gerektiğinde kanun yollarına başvurmalıdır.[57]

---

(54) Yrd. Doç. Dr. Emre Gökyayla, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin, Ankara 2007

(55) 13. HD. E. 2006/528, K. 2006/5252, T. 10/04/2006

(56) E. Gökyayla a.g.e, 13. HD. 16.03.1992, 1667/2526

(57) E. Gökyayla, a.g.e.

17. Ücret Uyuşmazlığında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Ücret sözleşmeleri davalarında yetkili mahkemenin genel yetki kuralına göre belirleneceği konusunda görüş birliği vardır. Ancak HUMK m.15'te belirtilen yetki kuralı bu durumun istisnasıdır. Yargıtay bu istisnayı dar yorumlamaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık avukatlık ücret sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. HUMK'un 15. maddesine göre bir dava münasebetiyle iki taraf vekillerinin ücret ve masraf iddiaları, miktarı neyle baliğ olursa olsun o davaya bakan mahkemede görülür. Ne var ki olayda vekâlet ilişkisinin görüldüğü davaya İstanbul 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nde bakılmıştır. Anılan 15. madde hükmünün genel hukuk mahkemelerinde görülmüş davalarla ilgili avukatlık ücreti ve gider davaları ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Ağır Ceza Mahkemesi vekille müvekkil arasındaki ücret ve gider davasına bakamaz. Bu yönden olayda 15. maddenin bir istisnası söz konusudur ve genel yetki ve görev kurallarının uygulanması yasaya uygun olur. ... Davanın konusu olan ücret alacağı ise davalı müvekkilinin edimi teşkil etmektedir. Davalının edimi yönünden akdin icra yeri BK'nın 73. maddesi gereğince alacaklının oturduğu yer olan Tekirdağ'da HUMK'un 10. maddesi uyarınca davacı, akdin icra olunacağı yer mahkemesinde de davaya bakılabilir. O halde davaya bakmaya Tekirdağ Asliye Hukuk Mahkemesi yetkilidir.[58]

18. Zamanaşımı

Avukatlık Yasası'nda avukatlık ücreti zamanaşımı konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu konuda Borçlar Kanunu'nun vekalet hükümlerindeki zamanaşımı süreleri uygulanmaktadır.

BK'nın 126. maddesine göre, vekalet akdinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Buna göre, avukat ile iş sahibi arasındaki vekalet akdinin özel bir görünümü olan avukatlık sözleşmesinden meydana gelen ücret alacağı, alacağın muaccel hale gelmesinden itibaren beş yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir.[59]

Müvekkil tarafından avukatlara karşı açılacak sorumluluk davalarında Avukatlık Yasası'nın 40. maddesinde açık hüküm konulmuştur. Buna göre, iş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle düşer.

---

(58) M. Aydın, a.g.e. 13. HD, 29.03.1988 637- 1801

(59) M. Aydın a.g.e.

Dava 16.05.2005 tarihinde açıldığına ve davalı süresinde zamanaşımı itirazında bulunduğuna, davacı da zararı azil ile öğrendiğini bildirdiğine göre bir yıllık zamanaşımı süresinden sonra dava açılması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.[60]

19. Beraat Eden Sanık Lehine Ücret

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi ile "yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin" belirlenmesi görevi Türkiye Barolar Birliğine (TBB) verilmiş ve TBB'de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin (Tarife) 13/5. madde-fıkrası ile beraat eden sanık yararına vekalet ücretini hazinenin ödemesine ilişkin düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur.

CMK 324/1. madde-fıkrasına göre avukatlık ücreti yargılama giderlerinden olup ve yine aynı CMK'nın 327/2. madde-fıkrası uyarınca beraat eden *"kişinin önceden ödemek zorunda kaldığı giderler, Devlet Hazinesince üstlenilir."* Öte yandan *"29.05.1957 günlü 4/6 ve 02.05.1956 günlü 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında da yargılama giderlerinin neler olduğu sayılmış; karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin de bu giderler arasında olduğu açıkça belirtilmiştir."* Mülga CMUK'un 409. maddesinin 2. fıkrasındaki *"Bir kimsenin evvelce ödemek mecburiyetinde kaldığı masraflar, Devlet hazinesine tahmil olunabilir,"* şeklindeki düzenleme ile CMK'nın 327/1. maddedeki düzenlemenin aynı olduğu ve CMUK'un meriyette olduğu evrede uygulamanın ve özellikle Tarifenin bu biçimde düzenlenmediği ileri sürülebilirse de Tarifenin 13/5. madde-fıkrasındaki hükmü geçersiz kılmayacaktır.[61]

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü de bu konuda verdiği kararla tartışmalara noktayı koymuştur: Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 31.10.2007 tarihli ve 2007/8355-7699 sayılı ilamında da belirtildiği üzere 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 2007 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 13/5. maddesi gereğince beraat eden sanıklar yararına vekalet ücreti tayin olunması gerektiğinin gözetilmemesinde isabet görülmemiş ise de bu hususta mahalli mahkemesinden alınacak ek kararla meselenin halli mümkün bulunduğundan anılan karar aleyhine kanun yararına bozma yoluna gidilmemiştir.[62]

---

(60) 13. HD. E. 2008/366, K. 2008/8103, T: 10.06.2008, İstanbul Barosu Dergisi, 2010/1

(61) 8 CD. E. 2007/13484, K. 2008/1110, T. 25.2.2008

(62) Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.11.2008 günlü Beyoğlu 2.ACM 2008/36 K. Dosyası yazısı

20. Sonuç Yerine

Eski Roma'dan günümüze değin avukatların gördükleri işler karşılığında aldıkları ücretin niteliği tartışma konusu olmaya devam etmiştir. Yakın zamana değin avukatın ilminin satılık olmadığı, avukatların hizmetlerinin paha biçilemez olduğu, müvekkillerin bu anlayışla kendilerince uygun görecekleri bir ücreti avukata sunabilecekleri ifadelerine rastlanmaktadır.

Günümüzde süregelen kapital bazlı ekonomik sistem, her hizmete açık ve anlaşılır bir değer biçmektedir. Baroların avukatlara öneri niteliğinde sundukları avukatlık ücret çizelgeleri de eski görüşten farklı olarak, avukatın ilminin satılık olduğunu ortaya koyar. Sonuçta avukatlar da bu toplum içerisinde yaşam sürdürmekte bu yaşam standardını sağlayabilmek için bir ücrete gereksinim duymaktadırlar. Bu bakımdan Avukatlık Ücretinin özellikle mesleğe yeni başlayan avukatlar tarafından özgüvenli, açık ve anlaşılır biçimde müvekkillerden talep edilmesinde yarar vardır. Unutulmasın ki bedeli alınmadan yapılmaya kalkışılan bir iş, yeteri motivasyonla yapılmadığı ve paranın itici gücünden yoksun olduğundan verimli sonuçlardan mahrum kalacaktır.

Ne düşük ne de abartılı oranlara itibar etmeden, avukatlık mesleğinin yürütülmesindeki özveri göz ardı edilmeden ve nihayet müvekkilin ekonomik ve sosyal durumu yadsınmadan belirlenecek ve alınacak bir vekâlet ücretiyle girişilecek hak sağlama uğraşısı, avukatların işlerini sanıldığının ötesinde kolaylaştıracaktır.

Son zamanlarda mesleki niceliksel artışın da getirilecek sınav sistemiyle dengelenmesi sağlanmalı ve avukatlar asgari ücret tarifelerin altında ücretle iş yapmaktan mutlak surette kaçınmalıdırlar. Aksi takdirde kısa süreli çıkarlar, uzun erimde avukatlık mesleğini ciddi ölçüde tehdit edecek ve zaten sorunlu olan toplum nazarındaki mesleki saygınlık iyiden iyiye eriyecektir.

KAYNAKÇA

1- Avukatlık Ücreti, Murat Aydın, Seçkin, 4. Baskı, 2007, Ankara

2- Avukatlık sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Yrd.Doç.Dr. K. Emre Gökyayla, Seçkin, Ankara 2007

3- Avukatlık Ücret Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2008

4- Avukatlık Yasası ve Yönetmeliği, İstanbul Barosu yayınları 2008

5- İstanbul Barosu Dergisi, Ocak Şubat 2010/1 Sayısı, Avukatlık Hukukuna Dair Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Karar Derlemesi, sayfa 480

6- Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Yrd.Doç. Meral Sungurtekin Özkan, Barış Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, 1999

7- Avukatın Kitabı, Ali Haydar Özkent, İstanbul Barosu yayınları

8- İstanbul Barosu Dergisi, Eylül – Ekim 2009 / 5

9- www.hukukturk.com

10- http://www.yeniyaklasimlar.org

TAŞINMAZ KÜLTÜR ve TABİAT VARLIKLARINA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR

Av. Yeşim AKTÜRK

Giriş

Tarihi, bilimsel, sanatsal, kültürel ve arkeolojik açıdan önem taşıyan varlıklar, geçmişle günümüz arasında köprü oluşturur; ait oldukları dönemin yakın tanıkları olarak insanlığa bilgi sunar; ulusal ve uluslararası kültürün gelişimine katkı sağlar. Kültür ve tabiat varlıkları, sahip oldukları önem nedeniyle muhafaza edilmesi ve yaşatılması gereken varlıklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu muhafaza yapılırken, diğer varlıklardan farklı bir takım usuller izlenerek, söz konusu varlıklar açısından farklı hukuki yaptırımların getirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Kültür ve tabiat varlıkları, geleceğe ışık tutma işlevi dışında toplumların birleştirici ve yapıcı unsurlarından biri olması ve ulusal ölçekte devletlerin varlıklarının temelini teşkil etmesi nedenleriyle de son derece önemlidir.

Kültür ve tabiat varlıklarının söz ettiğimiz önemlerinden dolayı farklı bir hukuki rejime tabi olmaları kaçınılmaz olmakla beraber; suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bu varlıklara karşı işlenen suçların da ayrıca düzenlenip yaptırımların ortaya konulması da kaçınılmazdır.

2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına karşı işlenen suçlar, Kanunun genel sistematiğine uygun olarak ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Kanunun 65. maddesi taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına karşı işlenen suçlara ilişkin olup, bu maddenin içeriği zaman içinde yargı kararlarıyla da ortaya konmuştur. Kültür ve tabiat varlıklarına yapılan müdahaleler telafisi imkânsız sonuçlar doğurması nedeniyle bu eserlere karşı işlenen suçların mevzuatımızda yer alması zorunluluğu doğmuştur.

Kültür Ve Tabiat Varlıkları Tanımı

2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesinde kültür varlıkları ve tabiat varlıkları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Buna göre; kültür varlıkları, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır. Tabiat varlıkları ise, jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları kanunda ayrıca belirtilmiştir. Buna göre; korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19. yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar; belirlenen tarihten sonra yapılmış olup önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar; sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıklar; Milli tarihimizdeki önemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil söz konusu olmaksızın Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tespit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından kullanılmış evler, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarıdır. Belirtmek gerekir ki; Koruma Kurullarınca mimari, tarihi, estetik, arkeolojik ve diğer önem ve özellikleri bakımından korunması gerekli bulunmadığı karar altına alınan taşınmazlar, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı sayılmayacaklardır.

Kanunkoyucu korunması gereken taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını saymakla yetinmeyip, örneklendirme yoluna gitmiştir. Kaya mezarlıkları, yazılı, resimli ve kabartmalı kayalar, resimli mağaralar, höyükler, tümülüsler, ören yerleri, akropol ve nekropoller; kale, hisar, burç, sur, tarihi kışla, tabya ve isihkamlar ile bunlarda bulunan sabit silahlar; harabeler, kervansaraylar, han, hamam ve medreseler; kümbet, türbe ve kitabeler, köprüler, su kemerleri, su yolları, sarnıç ve kuyular; tarihi yol kalıntıları, mesafe taşları, eski sınırları belirten delikli taşlar, dikili taşlar; sunaklar, tersaneler, rıhtımlar; tarihi saraylar, köşkler, evler, yalılar ve konaklar; camiler, mescitler, musallalar, namazgâhlar; çeşme ve sebiller; imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeşhane, tekke ve zaviyeler; mezarlıklar, hazireler, arastalar, bedestenler, kapalı çarşılar, sandukalar, siteller, sinagoglar, bazilikalar, kiliseler, manastırlar; külliyeler, eski anıt ve duvar kalıntıları; freskler, kabartmalar, mozaikler, peri bacaları ve benzeri taşınmazlar; taşınmaz kültür varlığı bu örneklerdendir. Tarihi mağaralar, kaya sığınakları; özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları ile benzerleri; taşınmaz tabiat varlığı örneklerindendir.

Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarına Karşı İşlenen Suçlar

2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. maddesi, aynı kanunun 9. maddesine aykırı davranışta bulunanların cezalandırılacağını belirtmektedir. Kanunun 9. maddesi; Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaî ve fizikî müdahalede bulunulamayacağına, bunların yeniden kullanıma açılamayacağına veya kullanımlarının değiştirilemeyeceğine hükmetmiştir. Ayrıca, esaslı onarım,

inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işlerin inşaî ve fizikî müdahale sayılacağından söz etmiştir.

Kanunun *"izinsiz müdahale ve kullanma yasağı"* başlıklı 9. maddesi, 17.6.1987 gün ve 3386 sayılı kanun ile değişikliğe uğramış ve bu madde anlaşılmaz bir hale gelmiştir. Maddede sanki sadece Yüksek Kurulun ilke kararları çerçevesinde koruma kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak taşınmaz eski eserlere müdahale yasaklanmıştır gibi bir izlenim doğmaktadır. Oysa 9. maddenin amacı, madde başlığından anlaşılabileceği gibi taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına izinsiz olarak, denetim dışı müdahaleyi yasaklamaktadır. Nitekim 3386 sayılı kanun ile değiştirilmeyen ve orijinalliğini koruyan 65. maddenin b bendi ile 9. madde birlikte değerlendirildiğinde hem koruma kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına müdahale yasaktır; hem de sit şartlarına, koruma planlarına ve Yüksek Kurulca belirlenen koruma şartlarına aykırı izinsiz müdahaleler yasaktır.[1]

65. maddede gösterilen suç ve cezaları 4 grupta toplayabilmek mümkündür;

• Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verme suçu

• Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahalede bulunma suçu

• Kanuna aykırı olarak yıkma veya imar izni verme suçu

• Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden Kanunun 57. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı olarak tamirat ve tadilat yapma ile izinsiz inşaî ve fizikî müdahalede bulunma suçu

1) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verme suçu

Öngörülen ilk suç tipinde, suçun maddi unsurları; korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılması, bozulması, tahribi ve yok olması şeklinde belirtildikten sonra zarara uğramalarına sebebiyet verme unsuruna da yer verilmek suretiyle suçun kapsadığı alan genişletilmiştir. Bu ibare, geniş yorumlara neden olabilecek niteliktedir. Zira taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına yapılacak inşai müdahaleler de zarar verebilici

(1) Gündel Ahmet, Eski Eserler Ve Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi,Mayıs 1996, syf:198

niteliktedir. Kimi yazarlar, inşai müdahaleler neticesinde eski eserlerde önemli bir zarara yol açılmadıysa eylemin 65. maddenin b bendi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedirler.[2] Yıkılmaya, bozulmaya, tahribata ve yok olmaya yol açan, her an kırılıp dökülecek güvensiz koşullar yaratma eyleminin zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olan yazarlar vardır.[3]

Sayılan bu eylemlerin kasten işlenmesi gerekir. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Suçun oluşumu bakımından özel kastın gerekip gerekmediği hususu da tartışılan bir konu olmuştur. Failin, bozduğu, tahrip ettiği, yok ettiği ya da zarara uğrattığı taşınmazın kültür ve tabiat varlığı olduğunu bilmesi gerektiği yönünde özel kast arayan görüşlerin[4] yanı sıra failin belirli bir amaçla fiili işlemesinin şart koşulmamış olması nedeniyle özel kastın aranmadığını savunan görüşler de vardır.[5] Suçun manevi unsuru olan kast bakımından sanığın bilinç ve öğrenim düzeyinin büyük önemi vardır. Yıkma, bozma, tahrip etme, yok etme ve zarar verme eylemlerini bu eylemin böylesi bir sonuç doğurabileceğini bilerek yapan kişinin dahi cezalandırılabilmesi ayrıca o kişinin yaptığı işin suç olduğunu anlayabilecek bilinç ve öğrenim düzeyinde olmasına bağlıdır. Kişinin kanunun 9. maddesini çiğnemekten dolayı 65. maddeye göre cezalandırılabilmesi için eski eserleri bozmanın suç olduğunu anlayabilecek bilinç ve öğrenim düzeyinde olmasından başka, bozduğunun eski eser olduğunu anlayabilecek bilinç ve öğrenim düzeyinde olması da gerekir.[6]

Maddede belirtilen suçun oluşması bakımından tespit ve tescil şart koşulmamıştır. Tespit, tescil, ilan ve tapu kütüğüne kaydı yapılmamış olsa bile taşınmazın kültür ve tabiat varlığı olduğunu bilerek suç işleyen kişi cezalandırılacaktır.

Söz edilen suça teşebbüs mümkün değildir çünkü neticesi harekete bitişik bir suç söz konusudur ve şekli suç niteliğindeki bu suçun bölünmesi mümkün değildir.

65. maddenin (a) bendinde tanımlanan suç bakımından ağırlaştırıcı bir neden kabul edilmiştir. Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verme fiilleri, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak amacıyla

---

(2) Gündel Ahmet, age, syf: 199 / Kanadoğlu Sabih, Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, 3. bası, syf: 292

(3) Umar Bilge, Çilingiroğlu Altan, Eski Eserler Hukuku, Ankara; Ankara Üniversitesi Basımevi,1990,syf:338

(4) Gündel Ahmet, age, syf: 200

(5) Kanadoğlu Sabih, age, syf: 292

(6) Umar Bilge, Çilingiroğlu Altan, age, syf: 336

işlenmiş ise, verilecek cezalar bir kat artırılır. a bendinin ikinci fıkrasındaki ağırlaştırıcı nedenin uygulanması bakımından eski eserin fiilen yurt dışına çıkarılması gerekmeyip, yurt dışına kaçırılma niyeti dahi yeterli görülmüştür.

2) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahalede bulunma suçu

Sit, tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır. Sit alanlarında ilke kararlarla belirlenen şartlara aykırı olarak fiziki ve inşai müdahaleler yapılamaz. 17. maddeye göre bir alanın sit alanı olarak ilanı, o alandaki imar planı uygulamasını durduracaktır. İlandan itibaren 1 ay içinde Koruma Kurulu, geçiş dönemi yapı şartlarını belirler ve bu dönem içerisinde ancak Kurulca belirlenen şartlar dahilinde müdahale mümkün olabilir.

Tescil edilmemiş fakat 6. maddede belirtilen mutlak anlamda korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarına yapılan müdahale de 9. madde kapsamına girmektedir. Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına izin gerektiren müdahaleler söz konusu olduğunda Koruma Kurullarından izin alınması gereklidir. Yapılacak olan müdahale verilen iznin sınırları içinde olmalıdır. Koruma Kurullarından izin alınması gerektiği halde izin alınmadan taşınmaz kültür ve tabiat varlığına müdahalede bulunulması veya Koruma Kurulunca verilen iznin dışında müdahalede bulunulması 9. maddeye aykırılık teşkil edeceğinden 65. maddedeki suç oluşacaktır.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına yapılan izinsiz müdahale, inşai ve fiziki nitelikte olmalıdır. Bu husus, mahkemeler tarafından genellikle inşaat mühendislerine tespit ettirilmektedir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, fiziki ve inşai müdahalenin kültür ve tabiat varlığının özelliğini bozacak nitelikte ve derecede olmasını aramaktadır. Örneğin, sit alanına çadır kurulmasında, tahtalarla çevrilmiş her zaman sökülebilir yapılar yapılmasında, reklam panosu dikilmesinde inşai ve fiziki müdahale olduğunu söyleme imkânı bulunmamaktadır.[7] Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında yapılacak olan bakım ve onarımlarda gereken izin usulü izlenmediği zaman da izinsiz müdahale şartı gerçekleşmiş olacağından suç meydana gelmiş olacaktır.

---

(7) Gündel Ahmet, age, syf: 205

İzin bakımından irdelenmesi gereken bir diğer konu; sit alanında yer alan taşınmaz kültür ve tabiat varlığı üzerinde Koruma Kurulu'ndan izin almadan inşaat yapımına başlayan taşınmaz malikinin sonradan projesinin Kurul tarafından onaylanması halinde durumun ne olacağına ilişkindir. Bu halde maddenin öngördüğü aykırılık durumunun oluşmayacağı ve ceza yaptırımının uygulanmayacağı görüşünün varlığı karşısında,[8] izinsiz olarak fiziki ve inşai müdahalede bulunulması ile eylemin gerçekleşmiş olduğundan bahisle sonradan kuruldan izin alınmasının ya da kurulca projenin onaylanmasının suçu ortadan kaldırmayacağına ilişkin görüşler de mevcuttur.[9] Suçun oluşumu bakımından gereken koşul, maddede belirtilen müdahalenin kurul kararlarına aykırı olmasıdır. Koruma Kurulu'nun onayının önce veya sonra verilmesinin önemli olmadığı, netice itibariyle kurulun karar vermesinin ölçüt olarak kabul edilip suçun oluşmaması gerektiği kanısındayız.

3) Kanuna aykırı olarak yıkma veya imar izni verme suçu

Taşınmaz kültür ve tabiat varlığı yıkılma tehlikesi içinde (mail-i inhidam) olsa dahi yıkılma kararı Koruma Kurulunca verilebilir. Yıkılmaya yüz tutmuş eser, belediyeler veya valiliklerce boşaltılıp, tedbir alındıktan sonra konu Koruma Kurulu'na getirilir. Koruma Kurulu'nun kararı olmadan veya kurulun kararını beklemeden yıkma kararı verenlerin cezalandırılması söz konusudur. Eski eser olma vasfını devam ettiren taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılması kararı verenler bakımından ise 65. maddenin (a) bendinde yer alan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verme suçu oluşacaktır. Yıkma kararları dışında imara ilişkin müdahalelerde de izin şartı aranacağından kuruldan izin almadan imar izni veren yetkililer de bu suçun faili olarak sorumlu olacaklardır. (a) ve (b) bentlerindeki suçlardan farklı olarak bu suç, yalnızca yıkma ve imar izni vermeye yetkili olanlar tarafından gerçekleştirilebilecek bir suç olması nedeniyle özgü(mahsus) suç olma özelliği taşımaktadır.

Yapının yıkılmadığı veya fiziki ve inşai müdahalede bulunulmadığı hallerde usulsüz yıkım veya imar izni verenler görevi kötüye kullanma suçunu oluştururlar.[10]

---

(8) Kanadoğlu Sabih, age, syf: 354'te YCGK'nın 13.03.1995 gün ve 1995/9-41-64 sayılı kararına yaptığı atıf

(9) Gündel Ahmet, age, syf: 205

(10) Kanadoğlu Sabih, age, syf: 439

4) Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden, Kanunun 57. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı olarak tamirat ve tadilat yapma ile izinsiz inşaî ve fizikî müdahalede bulunma suçu

Bu suç tipi, 5226 Sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 65. maddenin (d) bendine eklenmiştir. 2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 57. maddesinde taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, bunların koruma alanları ve sit alanlarında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tâbi olmayan tadilat ve tamiratların; özgün biçim ve malzemeye uygun olarak, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılacağı öngörülmüştür. Bunların dışında her türlü inşaî ve fizikî müdahalenin ise koruma bölge kurulunun izni ile yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, koruma amaçlı imar plânı onaylanmış sit alanlarında, taşınmaz kültür varlığının bulunduğu parseller dışındaki inşaî ve fizikî müdahalelerin, koruma amaçlı imar plânı hükümleri doğrultusunda, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılacağı da eklenmiştir. Maddede bahsi geçen bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idareler, aynı kanunun 10. maddesinin 10. fıkrasında büyükşehir belediyeleri, valilikler ve Bakanlıkça izin verilen belediyeler olarak belirtilmiştir. Belediyeler belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde, valilikler ise bu sınırlar dışında yetkilidir. Bu bürolar koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen koruma amaçlı imar plânı, proje ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler.

Kanunda belirtilen ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tâbi olmayan tadilat ve tamiratlar; derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin özelliklerine göre belediyelerce hazırlanacak olan imar yönetmeliklerinde belirtilecek, taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilat ve tamiratlardır.

Dikkat edilecek olursa, 65. maddenin hem (b), hem de (d) bentlerinde *"inşai ve fiziki müdahale"*den bahsedilmektedir. İnşai ve fiziki müdahalelerde uygulanacak asıl madde 65. maddenin (b) bendidir. (d) bendi ancak şartların oluştuğu halde uygulanabilir. Suç tipi tespit edilirken önce yapılan tadilat ve tamiratların niteliğine bakılmalı, tamir ve tadilatın İmar Kanunu kapsamına girip girmediği tespit edilmelidir. Tadilat ve tamiratlar, İmar Kanunu'ndaki ruhsata tabi olmayan tamir ve tadilatlardan ise bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden izin alınıp alınmadığına bakılır. İzin alınmamışsa veya iznin

dışında bir uygulama varsa (d) bendi uygulanacaktır. Fakat İmar Kanunu'ndaki tadilat ve tamiratlar söz konusu değilse (b) bendi uygulama alanı bulacaktır.

İçtima

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesince fikri içtima; işlenen bir fiil nedeniyle birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmesi halinde failin bunlardan en ağır olanla cezalandırılması durumunu ifade eder.

2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. maddesinde yer alan suçların, içtimaı bakımından farklı görüşler mevcuttur; sit alanı içerisinde izinsiz olarak inşaat yapılırken, orada bulunan taşınmaz eski eserinin de tahrip edilmesi halinde 65. maddenin (a) bendinde gösterilen cezanın, (b) bendine göre daha fazla ceza içermesi nedeniyle suç failinin daha ağır ceza içeren a bendi ile cezalandırılması gerektiği görüşü[11] ve tek davranışla 65. maddenin ayrı ayrı bentlerine göre cezalandırılabilir duruma düşülmüş olması halinde öngörülen cezalardan daha ağır olanla cezalandırılmasını öngören aynı doğrultudaki görüş mevcuttur.[12] Buna karşılık aynı suç içerisinde bulunan seçimlik hareketlerin aynı suç kastı ile işlenmediğinden bahisle ayrı eylemlerin varlığını kabul eden ve gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasını gerekli bulan görüşler de vardır.[13] Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına karşı işlenen suçlarda farklı bentlerde belirtilen suçların tek bir fiil ile işlenmesi halinde bu suç tipleri bakımından ayrı kastların varlığından hareketle kişiyi her bir suçtan cezalandırıp, gerçek içtima hükümlerini uygulamanın hakkaniyete ve ceza amacına ters düşeceği kanısındayız. Bu gibi hallerde fikri içtima hükümlerinin uygulanması ve faile en ağır ceza yaptırımını öngören bent gereğince ceza verilmesi daha adil sonuçlar doğuracaktır.

Teşebbüs

Salt hareket suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün değildir; zira bu suçlarda hareketin yapılması ile birlikte tipiklik de gerçekleşmektedir. Teşebbüs kural olarak netice suçları bakımından söz konusu olabilir. Ancak, salt hareket suçlarının icra hareketleri kısımlara ayrılabiliyorsa yani bölünebiliyorsa; o zaman bunlara da teşebbüsün mümkün bulunduğu kabul edilmektedir.[14] 65. maddede yer alan suçlar neticesi harekete bitişik suçlardır ve bu nedenle kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Maddede

(11) Gündel Ahmet, age, syf: 207

(12) Umar Bilge, Çilingiroğlu Altan, age, syf:339

(13) Kanadoğlu Sabih, age, syf: 294

(14) Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık,10. baskı, 2008, syf: 303

yer alan bu suçların bölünerek icrası mümkün değildir çünkü zarar verme dahi suçun oluşumu bakımından yeterli sayılmıştır ve icra hareketinin yapılması ile suç işlenmiş olacak ve teşebbüs söz konusu olmayacaktır.

İştirak

Maddede öngörülen suç, iştirak iradesi taşıyan birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiği takdirde iştirak söz konusu olabilecektir.

Görevli Mahkeme

2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarının Korunması Kanunu'nun 65. maddesinde yer alan suçlar yönünden görevli mahkeme 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleri görevlidir. Çünkü maddede iki ila beş yıl arası ceza öngörülmüştür. Anılan Kanunun yürürlük tarihi olan 01.06.2005 tarihinden önce açılmış davalar bakımından ise Ağır Ceza Mahkemeleri görevli olmaya devam edeceklerdir.

Sonuç

Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasının sağlanması için özellikle caydırıcı etkiye sahip idari ve adli yaptırım ve tedbirlerin uygulamaya konulması gerekir. Bunun için öncelikle taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarından ekonomik çıkar sağlanmasının önüne geçilmelidir. Ayrıca adli yargı tarafından verilecek hapis cezalarının para cezasına çevrilmesinin ve ertelenmesinin önüne geçilmesi bu varlıklara karşı işlenen suçlar bakımından caydırıcı etki sağlayacaktır.[15]

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kimse kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz. Bu nedenledir ki, kültür ve tabiat varlıklarına karşı işlenen suçlar, kanunda tüm unsurları belirtilmek suretiyle açıkça yer almıştır. Kültür ve tabiat varlıklarının cezai yaptırımlarla korunmaması telafisi olmayan sonuçlar doğuracağından kültür ve tabiat varlıklarına karşı işlenen suçların ayrı suç tipleri olarak ortaya konulmuş olması olumlu bir uygulamadır.

---

(15) Çolak Nusret İlker, Kültür Ve Tabiat Varlıklarının Devlet Malı Niteliği Ve Sonuçları,e-akademi,Şubat2009, sayı 84, http://www.e-akademi.org/makaleler/icolak

KAYNAKÇA

1. Çolak Nusret İlker, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Devlet Malı Niteliği ve Sonuçları, e-akademi, Şubat 2009, sayı 84, http://www.e-akademi.org/makaleler/icolak-3. htm

2. Gündel Ahmet, Eski Eserler Ve Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, Mayıs 1996

3. Kanadoğlu Sabih, Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, 3. bası

4. Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık,10. baskı, 2008,

5. Umar Bilge, Çilingiroğlu Altan, Eski Eserler Hukuku, Ankara; Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990

CEZAİ ŞART

Sebla DEMİRTAŞ[1]

Giriş

Cezai şart, esas olarak, Borçlar Hukuku kurumudur ve Borçlar Kanunu'nun 158 ile 161. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Bu nedenle, genellikle sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır ve ahde vefa ilkesinin (pacta sund servanda) güvencesini oluşturmaktadır.

Sözleşme ilişkisinde tarafların amacı, kendilerine yüklenen edimi sözleşmeye uygun olarak ifa etmektir. Eğer sözleşme ile kararlaştırılan edim hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, alacaklının bu sebepten dolayı uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Dolayısıyla alacaklının uğramış olduğu zararı ispat etmesi gerekmektedir ancak bu ispat gerekliliği çok uzun bir prosedürü beraberinde getirmektedir. Bu zorluğu bertaraf etmek amacıyla taraflar, sözleşme ilişkilerinde cezai şart kararlaştırmaktadırlar. Cezai şartın kararlaştırılması ile alacaklının alacağı teminat altına alınmaktadır.

İş sözleşmesinde de cezai şart kurumuna sıklıkla başvurulmaktadır. Ancak İş Hukuku'nda temel prensip, işçinin korunması olduğundan, bu kurum hakkında Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan hükümler, bu kanunun liberal bir kanun olması nedeniyle tam olarak uygulanamamakta, bir sınırlandırma söz konusu olmaktadır. Bu konuda örnek vermek gerekirse, Borçlar Hukuku'na göre, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, tarafların ekonomik durumuna bakılmaksızın aleyhlerinde cezai şart kararlaştırılabilirken; iş sözleşmeleri bakımından, işçi aleyhine tek taraflı olarak öngörülen cezai şartı Yargıtay, işçinin korunması ilkesini dikkate alarak, geçersiz olarak kabul etmektedir.

İş sözleşmelerinde cezai şart kararlaştırılmasının nedeni, iş sözleşmesinde söz konusu yükümlülüklerin yapılan sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesini sağlamak ve haklı bir nedene dayanmaksızın feshedilmesini engellemektir. Böylece cezai şart, iş sözleşmesinin haklı bir sebebe dayanmadan feshedilmesinde ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde zarar gören tarafın uğramış olduğu zararı, ispat etmesine gerek olmadan, teminat altına almasını sağlamaktadır.

---

(1) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

I. CEZAİ ŞART KAVRAMI, TÜRLERİ, MUACCEL OLMASI ve HÜKÜMLERİ

A. CEZAİ ŞART KAVRAMI

1. Genel Olarak

Cezai şart kısaca, borçlunun alacaklıya karşı borcunu yerine getirmemesi durumunda ödemeyi üstlendiği paradır. Cezai şartın temel işlevi, asıl borcun yerine getirilmesi için borçluya bir baskı yaratmaktır.[2]

Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde de *"Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen elde edemediği takdirde, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur."* yani borcunu ifa etmeyen veya borca aykırı şekilde ifa eden borçlunun, alacaklının uğramış olduğu zararı tazmin etmesi gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu durumda alacaklının, zararın varlığını ve miktarını ispat etmesi gerekmektedir. Bu durumda çekişmeler söz konusu olabileceğinden alacaklı, alacağını kısa yoldan teminat altına alma yolları aramakta ve bu yollardan biri olan cezai şart kararlaştırarak söz konusu alacağını kısa yoldan teminat altına alabilmektedir.

Cezai şart ile ilgili düzenlemeler, BK'nın 158-161. maddeleri arasında bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerde cezai şartın tanımı yapılmamış ve şekline ilişkin bir hüküm de konulmamıştır.

Cezai şart, asıl borca ilişkin olarak yapılan ek bir anlaşmadır. Bu anlaşma ile borçlu, BK m.96'da da belirtildiği üzere, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya karşı tazminat niteliğinde bir edimi yerine getireceği taahhüdünde bulunmaktadır. Ayrıca cezai şart, müsbet zararı temsil etmektedir.[3]

Cezai şart olarak yüklenilen edim genellikle bir miktar para olabileceği gibi paradan başka bir edim de kararlaştırılabilmektedir. Ayrıca cezai şart tutarının önceden belirlenmesi zorunlu değildir, öngörülmüş kıstaslar çerçevesinde belirlenebilir olması yeterlidir.[4]

Borçlu, cezai şart ödemeyi taahhüt etmişse artık alacaklı herhangi bir zarara uğradığını iddia etmek veya zararın şumulünü ispat etmek zorunda kalmadan, tazminat elde etmek imkanını bulmaktadır.[5] Ancak alacaklının cezai şartı talep edebilmesi için ilk olarak ihtarda bulunup borçluyu temerrüde düşürmesi gerekmektedir. Çünkü, BK m.106/I'de belirtildiği

---

(2) Bağdatlı,Selahattin "Temel Hukuk Kavramları", Der Yayınları,İstanbul 1999, s. 58.

(3) Ekinci,Hüseyin "Cezai Şart,Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi"

(4) Reisoğlu,Safa "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta Basım, İstanbul 2006, s. 401.

(5) Tekinay,S.Sulhi/Akman,Sermet/Burcuoğlu,Haluk/Altop,Atilla "Tekinay Borçlar Hukuku", Filiz Kitabevi, İstanbul 1993 s. 342.

üzere, karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde müsbet zararın tazmini, borçlunun temerrüdüne bağlıdır.[6]

2. Cezai Şartın Unsurları

a. Asıl Borcun Varlığı Gerekir

Cezai şarttan söz edilebilmesi için, ilk olarak mevcut bir asıl borcun varlığı gerekmektedir. Çünkü cezai şart, asıl borcun yanında fer'i bir borç niteliğindedir.

Genellikle sözleşmeden doğan borçlar için cezai şart kararlaştırılmaktadır. Cezai şart, asıl borcu doğuran sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi sonradan da kararlaştırılabilir. Ancak sonradan kararlaştırılırsa, asıl borca ilişkin şekle uyulması gerekmektedir.[7] Ayrıca cezai şartın, sözleşmeden doğan bir borç için öngörülmüş olması da şart değildir. Cezai şart, sözleşme dışı doğan alacaklar için de kararlaştırılabilmektedir.

b. Cezai Şart Asıl Borca Bağlı Yan Edimdir

Cezai şart olarak kararlaştırılan edim, mali değer taşıyan bağımsız bir edimdir. Sözleşmenin tarafları, cezai şarta ilişkin edimi serbestçe kararlaştırabilirler.

Asıl borca ilişkin sözleşme şekil noksanlığı, imkansızlık,ehliyetsizlik, emredici kurallara vs aykırılık sebebiyle geçersizse, cezai şart da fer'i nitelikli olduğundan, geçersiz olacaktır. Ayrıca taraflar arasındaki hukuki ilişki geçerli olsa dahi cezai şartın hükümsüz olması da istisnai olarak söz konusu olabilmektedir. Örnek vermek gerekirse; 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kapsamına giren kira sözleşmelerinde, kiracı aleyhine öngörülen cezai şart geçersiz sayılmaktadır.[8]

c. Sağlararası İşlemle Öngörülmüş Olmalıdır

Cezai şartın geçerli olabilmesi için, sağlararası bir işlemle söz konusu olması gerekmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere, ölüme bağlı tasarruflarda cezai şart öngörülememektedir.

Cezai şartın hukuki bir işlemle belirlenmesi gerekmektedir. Borca aykırılık sebebiyle ödenmesi gereken edimin taraflarca değil, kanun tarafından belirlenmesi halinde cezai şarttan söz edilmemektedir.[9]

---

(6) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop , 349.
(7) Reisoğlu, 401.
(8) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop , 346.
(9) Tunçomağ,Kenan "Türk Hukukunda Cezai Şart", İstanbul 1963, s.16.

B. CEZAİ ŞARTIN TÜRLERİ

1. Genel Olarak

BK m.158'de cezai şartın üç türü düzenlenmektedir. Bunları seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve dönme cezası oluşturmaktadır.[10]

a. Seçimlik Cezai Şart

BK m.158/I, seçimlik cezai şartı düzenlemektedir. Buna göre, bir sözleşmenin yerine getirilmemesi veya eksik olarak yerine getirilmesi durumunda ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya sözleşmenin yerine getirilmesini ya da cezanın ödenmesini isteyebilmektedir. Bu durumda alacaklı, hem cezanın ödenmesini hem de ifayı talep edememektedir. Dolayısıyla alacaklı ya ifayı ya da cezanın ödenmesini seçecektir.[11]

b. İfaya Eklenen Cezai Şart

BK m.158/II, ifaya eklenen cezai şartı düzenlemiştir. Bu hükme göre, ceza sözleşmenin belirlenen zaman veya halde yerine getirilmemesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılmışsa alacaklı, borcun ifası ile birlikte kararlaştırılan cezanın ödenmesini de isteyebilmektedir.

Alacaklı, ceza ile ifayı birlikte isteme hakkından vazgeçmiş veya hakkını saklı tutmaksızın, gecikilerek veya başka bir yerde sunulan ifayı kabul etmişse cezanın ödenmesini isteyemez. Bu durum cezai şarttan vazgeçme anlamına gelmektedir.[12]

c. Dönme Cezası

Dönme cezası, BK m.158/III'de düzenlenmiştir. Taraflar eğer sözleşmede dönme cezası kararlaştırmışlarsa, borçlu dönme cezasını ödeyerek, sözleşmeden dönebilmektedir. Kararlaştırılmış olan bu ceza, karine olarak, akdi ceza olarak kabul edilmektedir.[13]

Dönme cezası öngörülen hallerde, alacaklı sadece cezai şartı isteyebilmektedir. Borçlu ise, cezai şartı ödeyerek, asıl borcu ifa etmekten kurtulmaktadır.[14]

---

(10) BK m.158; Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça,alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir. Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun. Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur.

(11) Reisoğlu, 402.

(12) Reisoğlu, 403.

(13) Nomer, 240.

(14) Karagöz, Veli "İş Sözleşmesinde Cezai Şart", Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 31.

2. İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Cezai Şartın Türü

İş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın türünün belirlenmesi, cezai şarta bağlanacak sonuçlar bakımından önem taşımaktadır. Belirtildiği üzere BK m.158/I-II, alelade cezai şartı; BK m.158/III ise, dönme cezasını düzenlemektedir. Bu nedenle her iki cezai şart türünün amaç ve hukuki sonuçları yönünden farklılıklar söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın türü konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; iş sözleşmesinde, geçerli veya haklı bir nedene dayanmayan fesih halinde ödenecek tazminat tayin edildiği düşüncesinden hareketle, alelade cezai şart söz konusudur. Diğer bir görüşe göre ise, öngörülen cezai şart, dönme cezası niteliğindedir.[15]

İş sözleşmesinde cezai şart uygulaması, genellikle, geçerli veya haklı neden olmadan söz konusu olabilecek fesihlere karşı bir müeyyide olarak düşünülmektedir. Ayrıca, ücretlerin zamanında ödenmesini sağlamak amacıyla da iş sözleşmesinde cezai şart öngörülmesi söz konusu olmaktadır.[16] Dolayısıyla iş sözleşmesinde cezai şartın türü konusunda, işçi açısından ve işveren açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart türlerine örnek vermek gerekirse; iş sözleşmesinde *"taraflardan biri iş sözleşmesini süresinden önce feshederse, diğer tarafa belli bir miktar cezai şart ödeyecektir."* Şeklinde bir kayıtla cezai şart öngörüldüğünde, kuşkusuz ki bu cezai şartın türü dönme cezasıdır. Çünkü dönme cezasında, sözleşmenin ihlal edilmesine gerek yoktur ve bu ödeme ile asıl edimin ifa edilmeyeceği kesin olarak ortaya konulmaktadır. Buna karşılık, *"işçi, sözleşmenin devamı süresince sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranırsa cezai şart öder."* şeklinde bir kaydın sözleşmede söz konusu olması halinde ise, alelade cezai şart bulunmaktadır. Bunun nedeni ise, sözleşmenin ifa edilmemesi söz konusu değildir ve alelade cezai şart alacaklının durumunu güçlendirmek amacıyla istenmektedir.[17]

---

(15) Görüşler için bkz. Karagöz, 32.

(16) Çabri,Sezer "Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı:11,2006 s.922.

(17) Karagöz, 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop , 353.

C. CEZAİ ŞARTIN MUACCEL OLMASI

1. Genel Olarak

BK'nın ilgili maddeleri, cezai şartın ne zaman muaccel olacağına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Ancak cezai şartın fer'i nitelikte olması nedeniyle, asıl borcun muaccel olması ile birlikte cezai şartında muaccel olacağı sonucuna varılabilmektedir. Cezai şartın muaccel olması için şu şartların bulunması gerekmektedir;

a. Asıl Borcun Muaccel Olması

Muacceliyet, borç ilişkilerinde vadenin dolması ya da şartın gerçekleşmesi gibi sebeplerle, borcun borçludan hukuken istenebilir hale gelmesidir.[18] Muaccel borç kısaca,vadesi gelen borç anlamına gelmektedir. BK m. 74'e göre, alacak doğduğu anda muaccel olmaktadır. Ancak taraflar borcun ne zaman muaccel olacağı konusunda anlaşmış olabilirler. Bu şekilde bir anlaşma yoksa, borç ilişkisinin hukuki niteliğine veya ilgili kanun hükmüne bakılması gerekmektedir.

Fer'i nitelikte olan cezai şartın muaccel hale gelebilmesi, asıl borcun muaccel olmasına bağlıdır.

b. Asıl Borcun İfa Edilmemesi veya Eksik İfa Edilmesi

Daha önce açıkladığımız üzere cezai şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline karşı, alacaklının söz konusu alacağını teminat altına almasına yarayan bir kurumdur. Cezai şart, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış kesin miktarlı bir tazminat olarak alacaklıya bir talep hakkı vermektedir.[19] Dolayısıyla cezai şartın muaccel olabilmesi için, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi gerekmektedir.

Ancak borçlu,borcunu kısmen ifa etmek isterse, bu durumda alacaklı kısmen ifayı reddederek cezai şartı talep etme hakkına da sahiptir.[20]

c. Borçlunun Kusurlu Olması

BK m.96'da; sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta, aksi ispat edilmedikçe borçlunun sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Alacaklının bu durumda tazminat talep edebilmesi için, borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Ancak bu durum cezai şart kurumunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü; cezaî şart borçlusunun cezaî şartı ödeme yükümlülüğünün doğması için kusurlu olma şartı olmasına rağmen, alacaklının üzerinde borçlunun kusurluluğunu ispat yükü bulunma-

---

(18) http://www.tuketicifinansman.net/2007/10/muacceliyet-nedir-muacceliyet-tanimi.html (22.11.2009)

(19) http://www.ongoren.av.tr/newsletter/tr/09-03.php (22.11.2009)

(20) Tunçomağ, 98.

maktadır[21] ki zaten cezai şartın kararlaştırılmasındaki amaç, alacaklının söz konusu alacağı hakkında kısa yoldan teminat altına alınmasıdır. Fakat bu durumun aksi sözleşme ile kararlaştırılabilmektedir.

D. CEZAİ ŞARTIN HÜKÜMLERİ

1. Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği üzere, cezai şartın farklı türleri bulunmaktadır. Bu nedenle her biri açısından farklı farklı değerlendirmeler yapılması gerekmektedir.

a. Seçimlik Cezai Şartın Hükümleri

BK m.158/I'de belirtildiği üzere, seçimlik cezai şartın söz konusu olması üzerine alacaklı ister cezai şartı isterse de asıl borcu talep edebilmektedir. Ancak kural olarak, aynı anda hem cezai şartı hem de asıl borcu talep edememektedir. BK'nın bu hükmü emredici nitelikte olmadığından, aksinin kararlaştırılması da mümkündür.[22]

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerini öngörerek kararlaştırılan cezai şart alacaklıya, asıl borcun yerine yedek bir edimi isteyebilme yetkisi vermektedir. Ancak burada yedek edim olarak ifade edilen cezai şartın talep edilebilmesi, ifa yükümlülüğünün ihlali halinde gündeme gelebilecektir.[23]

b. İfaya Eklenen Cezai Şartın Hükümleri

BK m.258/II'de belirtildiği üzere, ifaya eklenen cezai şartın söz konusu olması durumunda alacaklı, hem cezai şartı hem de asıl borcu talep edebilmektedir. Bu durumda da alacaklı, sadece asıl borcu istediğini belirtmişse artık cezai şartı isteyemeyecektir.

Uygulamada daha çok ifaya eklenen cezai şart ile karşılaşılmaktadır çünkü, seçimlik cezai şartı düzenleyen BK m.158/I hükmü, bu konuda yedek hukuk kuralını oluşturmaktadır.[24] Dolayısıyla aksi sözleşmeden anlaşılmıyorsa, mevcut sözleşmeye aykırılık halinde, asıl borç ile beraber cezai şartın da istenebilmesi esas teşkil etmektedir.

c. Dönme Cezasının Hükümleri

BK m.158/III'de düzenlenen dönme cezasında, borç ihlali bulunmadan, borçlunun kararlaştırılan meblağı ödemesi ile asıl borç sona ermektedir. Böylece borçlu, gerekçe göstermesine gerek olmadan, borcundan kurtulma imkanına sahip olmaktadır.

---

(21) Ekinci, Hüseyin "Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu" http://www.terazi.com.tr/makalegoster.aspx?id=107&ceza%C3%AE-sart-iliskisinde-kusur-sorunu.htm (23.11.2009)

(22) Karagöz, 42.

(23) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 348 vd.

(24) Karagöz, 43; Tekinat/Akman/Burcuoğlu/Altop, 351.

Borçlunun sözleşmeden dönmesi ile birlikte alacaklının uğradığı zarar, kararlaştırılmış olan dönme cezasından fazla olsa bile alacaklı, zararı ile dönme cezası arasındaki farkı borçludan isteyemeyecektir. Buradan anlaşıldığı üzere, diğer cezai şart türlerinin aksine, dönme cezası borçlunun lehine bir durum oluşturmaktadır.[25]

II. İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAİ ŞART

A. BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAİ ŞART KARARLAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.[26] Anlaşılacağı üzere iş sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (sinellag matik) bir sözleşmedir. Ayrıca tarafların, iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan başka borçları da bulunmaktadır. Bunlara, işçinin rekabet etmeme borcu, işverenin talimatlarına uyma borcu, sadakat borcu; işverenin ise ücret ödeme borcu, eşit işlem yapma borcu gibi borçları örnek gösterilebilir. Tarafların bu yükümlülüklerini ifa etmelerini güvence altına almak için başvurulan hukuki olanaklardan en önemlisini cezai şart oluşturmaktadır.[27]

Cezai şartın hem bireysel, hem de toplu iş hukukunda geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Ülkemizde özellikle iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmelerinde sıkça cezai şarta yer verildiği görülmektedir. Özellikle tarafların iş sözleşmesine ek olarak yaptıkları rekabet yasağı sözleşmelerinin ve haklı neden olmaksızın iş sözleşmesinin feshinin cezai şarta bağlanması sürekli hale gelmiştir. Yargıtay, cezai şartın iki taraflı olduğu takdirde, davalı işçinin iş sözleşmesini süresinden önce haklı nedenle feshettiğini ispatlayamadığı takdirde, işverenin cezai şart isteminin hüküm altına alınmasını isabetli bulmaktadır. İşçi tarafından, taahhütnamede işveren lehine tek taraflı olarak yüklenilen cezai şart ise geçersizdir. Çünkü iş hukukunda, işçinin korunması ilkesi söz konusudur.[28]

İş sözleşmesinde cezai şart uygulamasına günümüzde çok yaygın olarak başvurulmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin niteliğinin diğer sözleşme türlerinden farklı olması nedeniyle hukuki problemler ortaya çıkmaktadır.

---

(25) Reisoğlu, 403.

(26) Çelik, Nuri "İş Hukuku Dersleri", Beta Basım, İstanbul 2007, s.73.

(27) Karagöz, 73.

(28) Ekinci, Hüseyin "İş Hukukunda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri", http://www.yayin.adalet.gov.tr (23.11.2009)

2. İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Cezai Şartın Unsurları

a. Belirli Süreli İş Sözleşmesi Söz Konusu Olmalıdır

İş Kanunu m.11/I'de belirli süreli iş sözleşmesi, *"belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işçi ile işveren arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi"* şeklinde tanımlanmıştır. Belirli süreli iş sözleşmeleri, belirli bir süre için yapılmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmeler, süresi içinde bildirimli fesih yoluyla sona erdirilememektedir. Ancak bunun tek istisnası BK hükümlerine göre, süresi on yıldan fazla veya taraflardan birinin yaşamı boyunca yapılan sözleşmelerdir. İş hukukunda cezai şart özellikle, belirli süreli iş sözleşmelerinde,sözleşmenin taraflar arasında öngörülen süreden önce feshine karşı, cezai teminat amacıyla konulmaktadır.[29]

Belirsiz süreli sözleşmelerde cezai şartın kabul edilmemesinin nedeni, bu sözleşmelerin ne zaman sona ereceğinin bilinmemesidir. Belirsiz süreli sözleşmeye cezai şart konulmasıyla taraflar, belirsiz süre boyunca cezai şartla bağlı kalacaklardır. Bu nedenle cezai şartın hesaplanması da söz konusu olamayacağından, sözleşmeye cezai şart konulsa dahi geçersiz olacaktır. Ayrıca belirsiz süreli sözleşmelerde ihbar tazminatı söz konusu olmaktadır.[30] Bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesinin İŞK m.17'deki sürelere uyulmadan feshedilmesinde gündeme gelen ihbar tazminatı mevcutken cezai şart kararlaştırılmasının bir mantığı bulunmamaktadır.

Açıkladığımız nedenlerden dolayı cezai şartın kararlaştırılması, sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde gündeme gelmektedir.

b. Kararlaştırılan Cezai Şartın Miktarı Eşit Olmalıdır

Bilindiği üzere İş Hukuku'nun temelinde işçinin korunması ilkesi yer almaktadır. İşçinin korunması ilkesi, Anayasalarda yer alan *"sosyal devlet"* ilkesinin doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla işçi ile işveren arasındaki cezai şart miktarının işçi aleyhine işverene yüklenenden daha fazla olmaması da *"sosyal devlet"* ilkesinin bir sonucunu oluşturmaktadır.[31]

İş sözleşmelerinde zayıf taraf olan işçi aleyhine öngörülen cezai şart hükümlerinin geçerliliği sorunu, sıkça yargı kararlarına konu olmaktadır. Yargıtay cezai şartın geçerliliğini belirlerken, bunun işçi ile işveren açısından karşılıklı olup olmaması noktasından hareket etmektedir. Eğer cezai şart konusunda karşılıklılık söz konusu değilse yani sadece işçi açısından öngörülmüşse, bu durumun tek taraflı olarak işçi aleyhine yapılan bir

---

(29) Çabri, 922.

(30) Kaygusuz, Taner "İş Sözleşmelerinde Cezai Şart" http://www.mcozden.com/ (23.11.2009)

düzenleme olduğunu belirterek işçiyi bağlamayacağı sonucuna varmaktadır.[32]

Ayrıca işçi ile işveren arasında kararlaştırılan cezai şartın miktarı konusunda bir eşitsizlik söz konusu olursa, cezai şart işveren açısından bağlayıcıdır. Ancak işçi açısından öngörülen cezai şart fazla ise, sorumluluğu işverene öngörülen miktarla sınırlı olmaktadır.[33]

3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart Kararlaştırılması

Yukarıda tanımını yaptığımız belirli süreli iş sözleşmeleri, kural olarak, sürenin bitmesiyle kendiliğinden sona ermektedir. Ancak işçi veya işveren, İŞK m.24'te işçi için; İŞK m.25'te ise işveren için öngörülmüş olan haklı nedenlerden birine dayanarak sözleşmeyi süresinden önce haklı nedenle feshedebilmektedir.[34]

Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işçi tarafından feshedilmesi durumunda işveren bu fesih nedeniyle zarara uğramaktadır. Bu durumda işveren zararını, BK m.96 hükmü gereğince işçiden talep edebilir. Ancak bunun için işverenin uğramış olduğu zararını ispatlamış olması gerekmektedir. Bu nedenle cezai şart kararlaştırılması yoluna başvurulmaktadır. Diğer taraftan, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde, işverenin sözleşme süresi sonuna kadar işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin BK m.325'de düzenlenen *"işverenin temerrüdü"* hükmü karşımıza çıkmaktadır ve buna dayanarak işçi geriye kalan sözleşme süresine ilişkin alacaklarını tazminat olarak isteyebilmektedir. Görüldüğü üzere, işçi lehine olan BK m.325 hükmü karşısında işverenin sadece genel hükümler çerçevesinde tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla işveren lehine kararlaştırılan cezai şartı haklı ve geçerli olarak kabul etmek gerekmektedir.[35]

Bu konuda ortaya çıkabilecek tek problem, sözleşmenin işveren tarafından haklı bir sebep olmadan feshinde işçiye BK m.325 gereği ödenmesi gereken tutar ile, işçi tarafından sözleşmenin haklı bir neden olmaksızın feshinde ödenmesi söz konusu olacak cezai şart arasında denge sağlamaktır. Ancak bu konuda da işçinin, sözleşme işveren tarafından feshedileseydi kendisine ödenecek miktar ne olacak idiyse, en çok o miktarda bir cezai şartı ödemekle yükümlü tutulması kabul edilmelidir.[36]

---

(31) Günay, Cevdet İlhan "Cezai Şart", Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.43 vd.

(32) Özdemir, Erdem "İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart" www.calismatoplum.org/sayı 4/makale 4, pdf (25.11.2009)

(33) http://www.mcozden.com/(25.11.2009)

(34) Şakar, Müjdat "İş Hukuku Uygulaması", Der Yayınları , İstanbul 2006, s.194.

(35) Karagöz, 138.

(36) Soyer, Polat "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komitesi, Prof.Dr.Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 367.

4. Zincirleme İş Sözleşmesinde Cezai Şart Kararlaştırılması

İŞK m.11/II'de, belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı neden olmadıkça, zincirleme yapılamayacağı belirtilmiştir. İşverenin, kanundan doğan yükümlülüklerinden kurtulmak için işçiyi ard arda yenilenen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırması halinde bu durum uygulama ve öğretide zincirleme iş sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.[37]

Bilindiği üzere, iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmasına, belirli süreli iş sözleşmelerinde rastlanmaktadır ve bu cezai şartın amacı da iş sözleşmesinin süresinden önce sonlandırılmasının önlenmesidir. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden söz konusu olmadan zincirleme şeklinde yapılması halinde, iş sözleşmesi baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Bu nedenle de fesih açısından kararlaştırılan cezai şart geçerliliğini kaybedecektir çünkü belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilmesi için bildirim süreleri gündeme gelecektir. Ancak fesih dışında kalan sözleşmeye aykırılık halleri açısından (örneğin; işçinin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması konusunda cezai şart öngörülmesi) kararlaştırılan cezai şart söz konusu ise, geçerliliğini koruyacaktır.[38]

5. Azami ve Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart Kararlaştırılması

a. Asgari Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart

İş sözleşmesinin taraflarının, iş ilişkisinin devamı ile ilgili olarak asgari süre öngörmeleri söz konusu olabilmektedir. Taraflar, asgari süreli iş sözleşmesi yaparak, sözleşmenin asgari süre içinde (örneğin; 6 ay) süreli fesihle sona erdirilemeyeceğini, ancak bu süre geçtikten sonra bu yola gidebileceklerini kararlaştırabilmektedirler. Kararlaştırılan asgari sürenin sona ermesi ile birlikte mevcut olan sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak devam etmektedir. Ayrıca asgari süreli iş sözleşmeleri, İŞK m.11 de belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında belirtilen sınırlamalara tabi değildir. Asgari süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, iş güvencesinden ve feshe ilişkin olarak öngörülen tazminatlardan yararlanılabilmektedir.[39]

Asgari süreli iş sözleşmelerinde cezai şart, asgari süre içinde iş sözleşmesinin usulsüz olarak feshedilmesi durumu için öngörülmüşse, belirli süreli iş sözleşmesinde cezai şart konusunda yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.[40]

---

(37) Şakar, Müjdat "İş Kanunu Yorumu", Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009, s.164.
(38) Karagöz, 146.
(39) Süzek, Sarper "İş Hukuku", Beta Basım, İstanbul 2006 s. 210 vd.
(40) Karagöz, 149.

b. Azami Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart

İş sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin sona ermesi bakımından azami bir süre öngörebilirler.Taraflar, iş ilişkisinin devam edeceği azami süreyi önceden belirlemiş olmalarına rağmen, bu süre içinde sözleşmeyi feshetme haklarına da sahiptirler. Sözleşme süresi içinde fesih söz konusu olmadığı takdirde, azami sürenin sonunda sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmelerine uygulanan hükümlerin, azami süreli iş sözleşmelerine de uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla bir iş sözleşmesinin azami süreye bağlanabilmesi için, İŞK m.11'de belirtilen objektif nedenlerin söz konusu olması gerekmektedir. Aksi halde yapılan iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.[41]

Ayrıca azami süre boyunca iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilebildiğinden, söz konusu azami sürenin sonuna kadar sözleşmeye, belirsiz süreli iş sözleşmelerine ilişkin kurallar uygulanmaktadır.[42]

Yargıtay'ın azami süreli iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart konusunda da kararları bulunmaktadır. Bu kararlarından birine konu olan uyuşmazlıkta, iki yıl süreli bir iş sözleşmesi yapılmıştır ve sözleşmede, sözleşmenin süresinden önce işçi tarafından haklı neden söz konusu olmadan feshedilmesi halinde işverene cezai şart ödemesi ve işverenin haklı bir nedene dayanmaksızın sözleşmeyi feshetmesi halinde ise fesih bildirimlerine ilişkin hükümlerin uygulanması kararlaştırılmıştır. Her ne kadar olayda belirli süreli iş sözleşmesinin olduğu izlenimi bulunsa da, belirli süreli iş sözleşmelerinde bildirim sürelerine uyularak fesih söz konusu olmadığından, işçinin haklı bir nedene dayanmadan sözleşmeyi feshetmesi halinde cezai şart ödeyeceği ve işverenin sözleşmeyi haklı nedene dayanmadan feshetmesi halinde fesih bildirimlerine ilişkin hükümlerin uygulanması kararlaştırılmış olunması, azami süreli bir iş sözleşmesinin söz konusu olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir.[43]

Olayda kararlaştırılan söz konusu cezai şart ile işçinin fesih hakkı sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle Yargıtay olaya ilişkin olarak vermiş olduğu kararında cezai şartı, tek taraflı işçi aleyhine olduğu gerekçesi ile geçersiz saymıştır.[44]

6. Deneme Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart Kararlaştırılması

Sözleşme, ister belirli ister belirsiz süreli olsun, sürekli bir işi konu alarak yapılan iş sözleşmesinde, taraflar deneme süresi kararlaştırabilmektedirler. Deneme süresi içinde işçinin, işyerindeki çalışma ortamına

(41) Canbolat, Talat "İşçi Buluşları", Beta Basım,İstanbul 2007, s. 160; Süzek, 210.
(42) Süzek, 210.
(43) Karagöz, 150 vd.
(44) Karagöz, 151.

ayak uydurup uyduramadığı, verimliliği, uyumu gibi konular yaşayarak anlaşılmış olmaktadır. Deneme süresinin hukuki açıdan anlamı ise, bu süre içinde gerek işçi gerekse işveren, herhangi bir tazminat ödemeksizin derhal sözleşmeyi feshedebilme hakkına sahip olmalarıdır.[45]

Deneme süresi İŞK m.15'de azami bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu maddeye göre, deneme süresi en çok iki ay olabilmektedir. Ancak deneme süreleri, toplu iş sözleşmeleri ile en çok dört aya kadar da uzatılabilmektedir.[46]

Yukarıda da belirtildiği üzere, deneme süresinde sözleşmenin herhangi bir gerekçe göstermeden feshedilmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak söz konusu fesih hakkı dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Aksi halde yani bir kötü niyetin bulunması halinde, iş sözleşmesini fesheden tarafın, sözleşmenin diğer tarafının uğramış olduğu zararları tazmin etmesi gerekmektedir. Bu nedenle deneme süresi içinde iş sözleşmesinin kötü niyetli olarak feshine ilişkin olarak tarafların cezai şart kararlaştırmaları mümkündür. Ayrıca deneme süresi içinde işçinin sır saklama veya rekabet etmeme yükümlülüklerine aykırı davranmaması amacıyla da cezai şart kararlaştırılması söz konusu olabilmektedir.[47]

Ayrıca Yargıtay konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında, deneme süresi içinde iş sözleşmesinin önceden bildirmeye gerek olmaksızın ve tazminatsız olarak derhal feshedilebileceğini ancak cezai şartın deneme süresinin geçirilmesinden sonra hüküm ifade edip, talep edilebileceğini belirtmiştir.[48]

7. İşyeri İç Yönetmeliği ve İşyeri Uygulamalarıyla Cezai Şart Kararlaştırılması

3008 sayılı eski İŞK'ya göre işverenler, her türlü çalışma şartlarını ve işçilerin tabi olacakları kuralları gösteren bir iç yönetmelik hazırlamakla yükümlülerdi. Ancak 4857 sayılı İŞK'da böyle bir yükümlülük olmamakla birlikte, bunu engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır.[49] Ancak 4857 sayılı İŞK'nın 22. maddesinde işyeri iç yönetmeliği veya işyeri uygulamaları ile oluşan çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkin hüküm içermektedir.

İşyeri iç yönetmelikleri genel olarak çalışma saatleri, iş sağlığı ve güvenliği, disiplin hükümleri gibi çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler içermektedir. İşçinin iş sözleşmesinin içeriğine dahil olan işyeri iç yönetmelikleri ile işçinin iş görme borcunu ifa etmesi ve sözleşmeye uygun olarak

(45) Şakar (Uygulama), 128.
(46) Süzek, 212.
(47) Karagöz, 153.
(48) Karagöz, 154.
(49) Şakar (uygulama), 27.

davranmasını sağlamak amacıyla, bu konuda cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Ancak kararlaştırılan cezai şartın geçerliliği açısından açık ve anlaşılabilir bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.[50]

İşyeri uygulamaları ise, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde bulunmamasına rağmen, işveren tarafından süreklilik göstererek sağlanan yararlar işçilerinde örtülü kabulleri ile bağlayıcılık gösteriyorsa, iş sözleşmesi hükmü haline gelmektedir. Doğum, ölüm, evlenme gibi durumlarda parasal yardım yapılması, lojman sağlanması iş sözleşmesi hükmüne dönüşen işyeri uygulamalarına örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca işyeri uygulamaları, işçi aleyhine sonuç doğuracak şekilde iş sözleşmesi hükmü haline gelememektedir. Ancak işçi aleyhine sonuç doğuracak biçimde olması işçinin kabulüne bağlıdır. Nitekim İŞK m.22/I işyeri uygulamalarının işçi aleyhine değiştirilmesini, işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin de bunu altı işgünü içinde kabul etmesi şartına bağlı tutmaktadır.[51]

İşverenin, işyeri uygulaması haline dönüşmüş olan bazı ödemelerin zamanında yapılmaması durumunda belirli oranda arttırarak ödemeyi açıkça vaat etmesi veya fiilen bu tür uygulamalarda bulunması cezai şart olarak kabul edilebilir. Ayrıca işveren, kural olarak, açıkça veya fiilen işyeri uygulamalarıyla işçi aleyhine sonuç doğuracak biçimde tek taraflı olarak cezai şarta ilişkin uygulamalarda bulunamamaktadır. Ancak bunun istisnasını da işçinin yazılı ve açıkça kabul ettiği haller oluşturmaktadır. Çünkü bu durum işçi aleyhine değişiklik sonucunu doğurmaktadır.[52]

B. TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAİ ŞART KARARLAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

İşçiler ve işverenler,karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler (Anayasa m.53/I). Bu hak, işçiler tarafından sendikalar aracılığı ile kullanılabilmektedir. Anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi hakkı, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda düzenlenmektedir.[53]

Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması,muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve denetimi ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümleri de kapsayabilen ve

(50) Karagöz,159.
(51) Şakar (uygulama), 28; Karagöz, 160.
(52) Karagöz, 160.
(53) Şakar (uygulama), 420.

yazılı olarak yapılan bir sözleşmedir.[54] Tanımdan da anlaşıldığı üzere, toplu iş sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki iş ilişkisini düzenleyen kurallar koyabilmektedirler.

Cezai şart uygulaması, toplu iş hukukunda da söz konusu olabilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin içerik hükümleri arasında işçinin işverene karşı yükümlü olduğu borçlar da yer alabilmektedir. İşçinin bu borçları gereği gibi ifa etmesinin sağlanması ve işçinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işverenin uğraması muhtemel zararlarının tazmini amacıyla da toplu iş sözleşmesinde cezai şarta ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Ayrıca ücretin işçi için önemli olmasından ve tek gelir kaynağı teşkil etmesinden dolayı bu konuda söz konusu olan hükümlerin uygulanması amacıyla da cezai şart kararlaştırılabilmektedir.[55]

2. Borç Doğurucu Hükümlerde Cezai Şart Kararlaştırılması

Toplu iş sözleşmesinde taraflar borç doğurucu hükümlere de yer verebilmektedirler. Ancak borç doğurucu hükümlerin toplu iş sözleşmesinde bulunması şart değildir. Borç doğurucu hükümler, sadece toplu iş sözleşmesi tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ile işçi sendikası arasında sonuç doğurmaktadır. Taraflar toplu iş sözleşmesinde, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, çeşitli borçlar öngörebilirler.

Tarafların sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde borç doğurucu hükümlere yer vermesinin yanı sıra, bu hükümlerin uygulanabilirliği açısından da cezai şart öngörmeleri mümkündür. Taraflar kendilerine tanınmış olan toplu iş sözleşmesi özerkliği kapsamında bu yönde düzenlemeler yapabilmektedirler.[56]

C. CEZAİ ŞART KARARLAŞTIRILAN ÖZEL DURUMLAR

1. Genel Olarak

İş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezaî şart, çoğunlukla haklı bir sebep bulunmadan ve süresinden önce iş akdini feshedene yüklenmektedir. Ancak iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart sadece fesih konusunda söz konusu olmamaktadır.

2. Fesih Hakkının Sınırlandırılmasında Cezai Şart

İş hukukunda işçinin korunması ilkesi gereğince amaçlananlardan biri de iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin mümkün olduğunca

---

(54) Çelik, 494.
(55) Karagöz, 164.
(56) Karagöz, 166.

önlenmesidir. İşçinin feshe karşı korunması, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle veya iş güvencesi kapsamında ise geçerli nedenle ya da süreli fesih yoluyla gerekçe göstermeksizin söz konusu olabilmektedir.

Ancak İŞK'da sınırlı olarak yer alan, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedene dayanmayan feshi ile ilgili bazı düzenlemeler, işçinin feshe karşı korunması bakımından yeterli olmamaktadır.

İşverenin fesih hakkının bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin etkinliği ve işverenin bu hükümlere uygun davranması, cezai şart kararlaştırılarak sağlanabilmektedir. Yargıtay da genellikle,işverenin iş sözleşmesini sözleşmeye aykırı olarak feshetmesi durumunda ödenmesi gereken miktarı cezai şart olarak kabul etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin haklı nedene dayanmaksızın öngörülen tazminatın ödenmesi gerektiğine karar vermek suretiyle dolaylı olarak işverenin fesih hakkının sınırlandırılabileceğini de ifade etmiş bulunmaktadır.[57]

3. Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart

Sıkça görüldüğü üzere, kimi işverenlerin işyerlerinde istihdam ettikleri personellerinin daha vasıflı ve uzman kişiler olmalarını sağlamak amacıyla çeşitli programlar hazırlamakta ve ciddi miktarlarda masraflar yapmaktadırlar. İşverenin, nitelikli elemanlarını işyerine bağlamayı, işçisine sağladığı mesleki eğitim vb. karşılığında yapmış olduğu giderleri garantiye alıp, bunların işçinin işyerinden ayrılması durumunda geri alabilmenin en etkili yolu, sözleşmenin işçi tarafından belirli bir tarihten önce, haklı bir neden olmadan feshini sınırlandırmaktır.[58] Bu konuda da geri ödeme kayıtlarıyla ve cezai şart kararlaştırılması ile fesih hakkı sınırlandırılmaktadır.

İşverenin işçiye sağladığı eğitim karşılığı öngörülen cezai şartın tek taraflı olması nedeniyle geçersiz sayılmaması öğretide kabul edilmekte ve yargı kararları da bu doğrultuda söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte işçi aleyhine eğitim karşılığı öngörülen cezai şart hükümlerinin mutlak anlamda geçerliliği kabul edilmemektedir. Yargıtay da işçiye verilen eğitim ile işçinin ödemesi gereken bedel arasında denge olması koşulunu aramaktadır.[59]

İşveren tarafından işçisine sağlanan eğitime karşılık olmak üzere kararlaştırılan cezai şartın geçerliliği bazı unsurları içermesi şartına bağlıdır.

---

(57) Karagöz, 204.

(58) http://www.yayin.adalet.gov.tr

(59) Özdemir, Erdem "İş hukukunda Cezai Şart" http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale

a. İşverenin menfaati ile işçinin mesleki yararları

İşverenin gönüllü olarak işçinin eğitim giderlerini ödemesi durumunda işçiyi geri ödeme kayıtlarıyla veya cezai şartla belirli bir süre işyerine bağlamak istemesini kabul etmek gerekmektedir. Çünkü işçinin bu eğitim sonunda elde ettiği menfaat kalıcıdır. Ayrıca işçinin edinmiş olduğu bilgi ve yeteneklerinin halen çalışmakta olduğu işletmenin dışında kullanılabilir veya mesleki yükselmesine fayda sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir.[60]

b. İşverenin Yaptığı Eğitim Masrafları ile İşçinin Ödemesi Gereken Bedel Arasında Denge Olmalıdır

İşverenin bu kapsamda talep edebileceği cezai şart miktarının üst sınırının tespitinde; doğrudan eğitim için yapılan harcamaların, eğitim şirketlerine ödenen paraların, eğiticilere ödenen ücretlerin, eğitim malzemesi sağla mak için yapılan ödemelerin, yol paraları gibi giderlerin göz önünde tutulması gerekmektedir. İşveren yapmış olduğu bu masraflarla eğittiği işçiden fayda görmek istemektedir. Ayrıca, işverenin sağladığı eğitim ile işçi tarafından ödenmesi gereken cezai şart arasında denge kurulması bakımından, işçiye sağlanan eğitimden gerçek anlamda hangi tarafın daha fazla yararlandığının, söz konusu eğitimin asıl borcun ifa edilmesi için mutlak anlamda gerekli olup olmadığının, işçinin eğitim sayesinde mesleki gelişim ve ilerleme şansının artıp artmadığının da dikkate alınması gerekmektedir.[61]

Kural olarak eğitim sırasında işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları arasında yer almaması gerekmektedir. Ancak öğreti ve bazı yargı kararlarında, eğitim sırasında işçinin çalışmasına devam edip etmemesine göre bir ayırıma gidilerek değerlendirme yapıldığı da görülmektedir. Nitekim, eğitim çalışma saatleri içinde gerçekleştirilmişse, işverenin işçiye çalışma karşılığı olmaksızın ödediği ücretlerin geri ödeme kayıtları içinde yer alabileceği, böyle bir durumda, çalışmayarak kurs veya eğitimde geçen süreler hesaplanarak, bu sürelere ait ücretlerin geri ödeme kapsamı içinde nitelendirildiği de görülmektedir.[62]

c. Cezai Şartın Tenkisinde Çalışılan Süreye göre Oranlama Yapılması

İşçinin çalıştığı sürenin de cezai şart hesaplamasında dikkate alınması gerekmektedir. Yani işçinin çalıştığı süre ile yapılan eğitim masrafları birbirine oranlanmaktadır. Bu oranlama ile yapılan indirimin amacı ise, işçiden çalıştığı süre boyunca yararlanılmış olmasıdır.[63]

---

(60) Karagöz, 225 vd.

(61) http://www.yayin.adalet.gov.tr

(62) www.calismatoplum.org/sayı 4/makale 4. pdf

(63) www.calismatoplum.org/sayı 4/makale 4. pdf

4. Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart

İş sözleşmesi boyunca işçinin, işverenin izni olmadıkça onun faaliyet alanına giren işleri yaparak işverenle rekabet etmeme yükümlülüğü söz konusudur.[64] Bu nedenle taraflar iş sözleşmesini yaparken veya iş sözleşmesi sona ermeden önce rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmektedirler. Bu konu ile ilgili BK m.348'de ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi, sadece işçinin işverenin müşterilerini tanımak veya işlerin gizliliğine nüfuz etme durumunda olan bir işçi ile yapılabilmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı yapılması gerekmektedir.[65]

Rekabet etmeme borcunun cezai şarta bağlanması, işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında etkili bir araç oluşturmaktadır. Çünkü, işçi rekabet yasağına aykırı davranarak, işvereni zarara uğratabilmektedir ve doğal olarak bu zararını tazminle yükümlü olacaktır. İşverenin uğramış olduğu zararlarını ispat etmesi zor bir prosedür olmasından dolayı, rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması yoluna başvurulmaktadır.[66]

İşverenin veya işçinin iş sözleşmesini feshetmesi ve işverenin menfaatinin sona ermesi halinde rekabet yasağı sözleşmesi de sona ermektedir. Dolayısıyla da rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülmüş olan cezai şart sona ermektedir.

III. CEZAİ ŞARTIN İNDİRİLMESİ VE SONA ERMESİ

A. CEZAİ ŞARTIN İNDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Borçlar Hukuku'na hakim olan temel ilke, sözleşme serbestisi ilkesidir. Bu serbestinin bir görünümünü de sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğü oluşturmaktadır. Buna göre taraflar, iş sözleşmesinde de cezai şart kararlaştırma ve cezai şartın kapsamını da belirleme imkanına sahiptirler. Ancak tarafları cezai şartın miktarını kararlaştırmada serbest bırakan Yasa koyucu, BK m.161/III hükmü ile de *"hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir"* hükmüne de yer vermektedir.[67]

2. Aşırı Cezai Şartın İndirilmesi

Taraflarca iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart miktarının aşırı olması çok sık rastlanılan bir durumdur. Aşırı cezai şart kararlaştırılması,

---

(64) Şakar (uygulama), 140.

(65) Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim "Bireysel İş Hukuku", Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 110.

(66) Karagöz, 244.

ekonomik olarak güçsüz taraf olan işçinin sömürülmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle yasa koyucu, zayıf olan tarafı korumak amacıyla, hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirme yetkisini tanımıştır.[68]

Cezai şartın indirilmesinin istenebilmesi için, sözleşmede kararlaştırılan ceza miktarının fahiş, muaccel ve henüz ifa edilmemiş olması gerekmektedir.[69]

a. Geçerli Bir Cezai Şart Anlaşması Olmalıdır

Cezai şartın miktarında indirim yapılabilmesi için, öncelikle geçerli olarak yapılmış bir cezai şart anlaşması bulunması gerekmektedir. Daha önce açıklandığı üzere, cezai şart, asıl borca bağlı yan edimdir. Dolayısıyla asıl borcun geçersiz olması sonucunda, cezai şart da geçersiz olacaktır. Bu nedenle de indirim yapılması gündeme gelemeyecektir.

b. Cezai Şart Muaccel Olmalıdır

Cezai şartın indirilebilmesi için, muaccel olması gerekmektedir. Çünkü cezai şartın bağımsız bir edim niteliğine sahip olabilmesi için, muaccel olması gerekmektedir.

Cezai şart bağımsız bir edim niteliğine sahip olmadıkça, indirilmesi talep edilemeyecektir.

c. Cezai Şart Borcu İfa Edilmemiş Olmalıdır

Borçlu cezai şartı ifa ettikten sonra, indirilmesini isteyememektedir. Çünkü borçlunun borcunu ifa etmiş olması, cezai şartın indirilmesi talebinden vazgeçtiği anlamına gelmektedir.

d. Cezai Şart Miktarı Aşırı Olmalıdır

Hakim hakkaniyet ve adalet esaslarına uyarak, cezai şartın aşırı olup olmadığına karar verecektir. Kanun koyucu, hakimin cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede kullanacağı özel bir takım ölçüler belirlememiştir. Ancak, hakim aşağıdaki kriterlerden yararlanabilmektedir;

i. Alacaklının Çıkarları

Aşırı cezai şartın indirilmesinde hakim, alacaklının çıkarlarını dikkate almalıdır. Alacaklının çıkarları geniş anlamda ele alınmalı ve uğradığı zararın yanı sıra sözleşmenin ifasından beklediği diğer menfaatler de dikkate alınmalıdır.[70]

ii. Borca Aykırılığın ve Borçlunun Kusurunun Ağırlığı

Borca aykırılık borçlunun kusurundan farklıdır ve borçlunun kusurunun ağırlığı ile borca aykırılığı paralellik göstermeyebilir.

---

(67) Çabri, 922.
(68) http://www.ongoren.av.tr/newsletter/tr/09-03.php
(69) Çabri, 923.
(70) Karagöz, 52.

Burada önemli olan borçlunun borcuna ne kadar uygun davrandığıdır. Borca aykırılığın hafif olduğu hallerde, aşırı cezai şartın indirimi söz konusu olabilmektedir.[71]

iii. Tarafların Ekonomik Durumu

Tarafların ekonomik durumu da, aşırı cezai şartın indirilmesinde önemli bir unsurdur. Özellikle borçlunun ekonomik durumunun dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durum özellikle işçi açısından öngörülen cezai şart bakımından tarafların ekonomik eşitsizliği daha belirgin olarak görülmektedir.[72]

3. İş Sözleşmesi Bakımından Aşırı Cezai Şartın Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere, cezai şartın aşırı olup olmadığını belirleme yetkisi hakime aittir (BK m.161/III). Aşırı cezai şartın indirilebilmesi, zayıf durumda olan borçlunun sömürülmesini önlemek amacıyla konulmuş kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu nedenle borçlunun, indirime yönelik olan önceden feragati geçersizdir.[73]

Cezai şartın aşırı olup olmadığı belirlenirken hakim, ilk olarak zararın yüksekliği kriterine bakmaktadır. Ancak iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın indirilmesinde uğranılan zararın dikkate alınması, işçi açısından sakıncalı durumlar yaratabilmektedir. Bu gerekçe ile işçi yararına öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığına karar verilirken, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı esas alınmamalıdır. Ayrıca işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart konusunda ise, işverenin herhangi bir zarara uğramamış olması da cezai şartın indirilmesini gerektirmemektedir. Ancak hakim, diğer ölçütlerden hareket ederek, cezai şartın indirilmesine karar verebilir.[74]

Ayrıca tek taraflı olarak işçi için cezai şart kararlaştırılması durumunda ve bu cezai şartın da işverenin işçiye eğitim vermesi, yurt dışında kursa göndermesi gibi eğitim amacıyla yaptığı masraflar açısından söz konusu olması halinde, bu eğitim sırasında işçinin çalıştığı süre dikkate alınarak kararlaştırılan cezai şartın indirilmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda çalışılan süre ile orantılı bir indirim yapıldıktan sonra, kalan kısım için de fahiş görüldüğü takdirde, mahkeme tarafından BK m. 161/III uyarınca indirim yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca eğitime rağmen uzun bir sure işçiye hak ettiği pozisyonun verilmemesi gibi

---

(71) Karagöz, 52 vd.
(72) Karagöz, 53.
(73) www.calismatoplum.org/sayi4/makale4.pdf
(74) Karagöz, 105.

işverenin sorumlu olduğu haklı nedenlerde de cezai şart miktarının indiriminin kabul edilmesi gerekmektedir.[75]

B. CEZAİ ŞARTIN SONA ERMESİ

1. Genel Olarak

Cezai şart, kural olarak, asıl borca bağlı yan bir edim olduğundan dolayı, asıl borcun sona ermesi ile birlikte cezai şart da sona ermektedir.

Ancak muaccel hale gelen bir cezai şartın, asıl borcun sona ermesi halinde ortadan kalkması söz konusu olmamaktadır. Ayrıca asıl borç geçersiz ise, asıl borç ile birlikte cezai şartın fer'i nitelik taşıması nedeniyle sona ermesi de söz konusu olacaktır.

2. İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Cezai Şartın Sona Ermesi

Asıl borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesi durumunda cezai şart da sona ermektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı davranılmamış olarak sona erdirilmesi halinde de cezai şartın sona ermesi söz konusu olacaktır.

Ayrıca cezai şart, asıl borca bağlı olan yan bir edim niteliği taşıdığından, asıl borcun zamanaşımına uğraması halinde, cezai şart da sona ermektedir. Ancak cezai şart muaccel hale gelmiş ise, artık bağımsız bir borç niteliği taşıdığından, genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin geçmesi ile birlikte sona erecektir. İş sözleşmesi açısından da durum böyledir, yani muaccel olan cezai şart, genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre sonunda sona erecektir.[76]

Cezai şartın muaccel olması için, kural olarak sözleşmeye aykırı bir davranışın söz konusu olması gerekmektedir. İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart konusunda da işçi aleyhine aksi durumun kararlaştırılması, işçinin korunması ilkesine ters düşeceğinden, sözleşmeye aykırı davranışın işçinin kusuru olmadan söz konusu olması halinde de cezai şartın sona ermesi gündeme gelecektir.[77]

3. İş Sözleşmesinin Feshinin Cezai Şartın Sona Ermesine Etkisi

a. Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinin Cezai Şartın Sona Ermesine Etkisi

İşçi veya işveren, İŞK m.24 ve 25'te kendileri için öngörülen haklı sebeplerden birine dayanarak sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahiptir. Söz konusu maddelerde düzenlenen haklı sebepler; *"ahlak ve iyiniyet*

(75) Başbuğ, Aydın "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim", Kamu-İş, c. 7, sayı.2/2003 http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm

(76) Karagöz, 189.

(77) Karagöz, 190.

kurallarına uymayan haller ve benzerleri", *"sağlık sebepleri"* ve *"zorlayıcı sebepler"* dir. Bu sebeplerin kapsamına girecek herhangi bir halin varlığında, işçi veya işveren, belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin sonunu beklemeksizin ve tazminat ödemeksizin; belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise bildirim sürelerine uymaksızın ve ihbar tazminatı ödemeksizin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilmektedir.[78] Ayrıca iş sözleşmesinin *"ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"* ile haklı nedenle feshi söz konusu olabilmesi için, İŞK m.26'da belirtilen süre de fesih hakkının kullanılması gerekmektedir.

Aleyhine cezai şart öngörülen tarafın, söz konusu haklı nedenlerden birine dayanarak sözleşmeyi feshetmesi halinde, cezai şart sona ermektedir.[79] Çünkü iş sözleşmesinin feshi konusunda cezai şart öngörülmesinin nedeni, aleyhine cezai şart öngörülen tarafın sözleşmeyi keyfi olarak yani haklı bir neden olmaksızın feshetmesini engellemektir. Dolayısıyla haklı bir sebebe dayanarak sözleşmeyi fesheden tarafın, cezai şart ödemesi düşünülemez.

Ancak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olan tarafın cezai şart ödemesi açıkça sözleşmede kararlaştırıldıysa, cezai şart talep edilebilecektir. Ancak bu konuda kararlaştırılan cezai şartın, *"ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"* ile sınırlandırılması gerekmektedir.[80]

b. Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinin Cezai Şartın Sona Ermesine Etkisi

İş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandırılması konusu, İŞK m.18'de düzenlenmiştir.[81] Söz konusu maddede iş güvencesinden yararlanma şartları düzenlenmekte ve iş güvencesi kapsamına giren bir işçinin iş sözleşmesinin ancak geçerli bir nedene dayanarak feshedilmesinin mümkün olacağı belirtilmektedir. İŞK'nın madde gerekçelerinde geçerli neden sayılacak haller örnek olarak sayılmaktadır. Bunlar temel olarak; işçini yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan nedenler, işletmenin, işyerinin veya işin gerekliliklerinden kaynaklanan nedenlerdir.

Kural olarak, iş sözleşmesini geçerli nedene dayanarak fesheden işveren aleyhine cezai şart kararlaştırılması söz konusu olmamaktadır. Diğer yandan belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanarak feshedilmesine neden olan işçi aleyhine de cezai şart öngörülememektedir.

---

(78) Şakar (yorum), 374.

(79) Karagöz, 190.

(80) Karagöz, 190.

(81) İŞK m.18/I; Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Çünkü geçerli neden olarak kabul edilen haller, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık kadar ağır bir durum içermemektedir.[82]

c. İşyeri Devrinin Cezai Şartın Sona Ermesine Etkisi

İŞK m. 6'da da belirtildiği üzere, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki işleme dayanılarak başka birine devredilmesi halinde, devir tarihinde işyerinde veya işyerinin bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçmektedir. Bu durumda da iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart kayıtları varlığını devam ettirmektedir.

Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin devir tarihinden sonra işveren tarafından sözleşmeye aykırı olarak feshedilmesi halinde, kararlaştırılmış olan cezai şarttan sadece devralan işveren sorumlu olmaktadır. Ancak devir tarihinden önce muaccel hale gelmiş olan cezai şart söz konusu ise, bu durumda da devralan işvereni sorumlu tutmak mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, İŞK m.6/III'de belirtilen birlikte sorumluluk hali, cezai şart konusunda uygulama alanı bulamamaktadır.[83]

SONUÇ

Toplum yaşamında işverenler güçlü, işçiler ise güçsüz kişiler olarak kabul edilmektedir. Bu gerekçeden dolayı İş Kanunları ve diğer mevzuatlar ile Devlet, zayıf olan işçileri, güçlü olan işverenlere karşı korumayı amaçlamıştır. İşçinin korunması, anayasalarda da yer alan *"sosyal devlet"* ilkesinin de doğal bir sonucunu oluşturmakta ve sosyal devlet tarafından, çalışanlar ile çalıştıranlar arasından bir denge sağlanmaktadır.

Cezai şart, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmesini sağlamak amacına hizmet eden bir tür baskı aracıdır ve taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde diledikleri gibi borçlu açısından cezai şart kararlaştırabilmektedirler. Bu durum iş sözleşmeleri açısından farklılık göstermekte ve Yargıtay tek taraflı olarak işçi aleyhine ve sadece işverene, istihdam açısından güvence teşkil eden cezai şartı geçersiz kabul etmektedir. Bu durum, işçinin korunması ilkesinin bir sonucunu oluşturmakta ve ayrıca iş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şartın eşit olması gerekmektedir ve bu şart yine işçinin korunması ilkesinin, dolayısıyla da sosyal devlet ilkesinin bir sonucunu oluşturmaktadır.

Ancak belirli bir nedene bağlı olarak cezai şart öngörüldüğünde,cezai şartın sonuca etkili olmadığı düşünülebilir. Bu açıdan, işverenin işçisine yurt içi ve yurt dışında eğitim aldırması yani onu yetiştirmesi durumunda, işverenin söz konusu işçisinden faydalanması için iş sözleşmesine tek

(82) Karagöz, 191.
(83) Karagöz, 192.

taraflı olarak cezai şart koyması haklı görülmeli ve bu konuda tek taraflı işçi aleyhine öngörülen cezai şartın geçerli olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Cezai şart kurumu ile ilgili olan diğer bir konu ise, iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından haklı nedene dayanarak feshedilmesi halinde, cezai şartın talep edilememesidir. Bilindiği gibi, iş sözleşmesinin feshi ile ilgili konular iş hukukunda çok fazla gündeme gelmekte ve bu durumda iş sözleşmesinin tarafları açısından da olumsuz etkiler doğurmaktadır. Açıklandığı üzere, uygulamada iş sözleşmesinin haklı nedene dayanmadan feshedilmesi durumunda, işçi veya işveren tarafının zarar görmesini engellemek için cezai şart kararlaştırılması söz konusudur. Ancak haklı nedenin ortaya çıkması ve bu nedene dayanarak taraflardan birinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, cezai şartın talep edilmesi söz konusu olmayacaktır.

Bu konuda hakime tanınan fahiş cezai şartı indirme yetkisi, cezai şart kurumunun uygulanabilirliğini arttırmaktadır. Bu şekilde işçinin sömürülmesi ihtimali bir bakıma ortadan kaldırılmaktadır.

Sonuç olarak,uygulama ve doktrin tarafından da işçinin korunması amacı ile bazı ilkeler getirilmiştir. Özellikle Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardan, işçinin korunması ilkesinin dikkate alındığı ve bu ilkenin uygulanabilirliğinin sağlandığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

1.Bağdatlı, Selahattin *"Temel Hukuk Kavramları"*, Der Yayınları,İstanbul 1999

2. Başbuğ, Aydın "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim",Kamu-İş, c.7,sayı.2/2003 http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm

3. Canbolat, Talat *"İşçi Buluşları"*, Beta Basım,İstanbul 2007

4. Çabri, Sezer *"Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması"*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı:11,2006

4. Çelik, Nuri *"İş Hukuku Dersleri"*, Beta Basım, İstanbul 2007

5. Ekinci,Hüseyin *"Cezai Şart,Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi"* http://www.yayin.adalet.gov.tr/10_sayi%20i%C3%A7erik/H%C3%BCseyin%20EK%C4%B0NC%C4%B0.htm

6. Ekinci,Hüseyin *"Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu"* http://www.terazi.com.tr/makalegoster.aspx?id=107&ceza%C3%AE-sart-iliskisinde-kusur-sorunu.htm

7. Ekinci, Hüseyin *"İş Hukukunda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri"*, http://www.yayin.adalet.gov.tr/24_sayi

8. Eyrenci,Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim "*Bireysel İş Hukuku",* Legal Yayıncılık,İstanbul 2006

9.Günay, Cevdet İlhan *"Cezai Şart"*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002

10. Karagöz,Veli *"İş Sözleşmesinde Cezai Şart",* Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006

11. Kaygusuz,Taner *"İş Sözleşmelerinde Cezai Şart"* http://www.mcozden.com/

12. Nomer, N. Haluk *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Beta Basım, İstanbul 2006

13. Özdemir,Erdem *"İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart"* www.calismatoplum.org/sayi4/makale4.pdf

14. Özdemir, Erdem *"İş hukukunda Cezai Şart"* http://hukuk.erzincan.edu.tr/-dergi/makale/2005_IX_2.14.pdf

15. Reisoğlu,Safa *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Beta Basım, İstanbul 2006

16. Soyer, Polat *"Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu",* İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komitesi, Prof.Dr.Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000

17. Süzek, Sarper *"İş Hukuku"*, Beta Basım, İstanbul 2006

18. Şakar,Müjdat *"İş Hukuku Uygulaması"*, Der Yayınları,İstanbul 2006 (uygulama)

19. Şakar,Müjdat *"İş Kanunu Yorumu"*, Yaklaşım Yayıncılık,Ankara 2009 (yorum)

20. Tekinay,S.Sulhi/Akman,Sermet/Burcuoğlu,Haluk/Altop,Atilla *"Tekinay Borçlar Hukuku"*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993

21. Tunçomağ, Kenan *"Türk Hukukunda Cezai Şart",* İstanbul 1963

22. http://www.tuketicifinansman.net/2007/10/muacceliyet-nedir-muacceliyet-tanimi.html

23. http://www.ongoren.av.tr/newsletter/tr/09-03.php

24. 818 sayılı Borçlar Kanunu

25. 4857 sayılı İş Kanunu

8 MART'IN IŞIĞINDA ÇALIŞAN KADIN
- ALTIN BİLEZİK -

Av. Zeynep AYMAN*

8 Mart 1857'de New York'lu 40.000 kadın dokuma işçisinin *"eşit işe eşit ücret", "16 saatlik işgününe karşı 10 saatlik işgünü"* gibi çalışma koşullarının düzeltilmesi için başlattığı greve polis müdahele etmiş, çıkan yangında 129 kadın işçi yanarak ölmüştür.

1910 yılında Uluslararası Sosyalist Kadınlar Konferansı'nda Clara Zetkin'in, ölen kadın işçilerin anısına 8 Mart'ın Dünya Emekçi Kadınlar Günü olarak kutlanması önerisi kabul edildi.

O günlerde atılan bu tarihsel adım, süreç içinde kadın haklarına dair tüm dünyada verilen mücadele ile birlikte, 1977 de Birleşmiş Milletler'in 8 Mart'ı "**Dünya Kadınlar Günü**" olarak kabul etmesiyle amacına ulaşmış, 8 Mart'a evrensel ve uluslararası bir boyut kazandırmıştır.

Kimilerinin *"Dünya Kadınlar Günü"*, kimilerininse *"Dünya Emekçi Kadınlar Günü"* olarak andığı 8 Mart, ülkemizdeki çalışan kadınlar için ne ifade ediyor?

Küçük birer kızken annelerimizin, ninelerimizin bizlere söylediği bir söz vardı: *"Kızım, oku, çalış, altın bileziğini koluna tak."*

Onların yaşadıkları sıkıntıları yaşamayalım, okuyamadıkları kitapları okuyalım diye...

Onlar, yapamadıklarını bizlerin yapmasını sağlayarak tarihsel görevlerini yerine getirdiler. Ömürleri, bizleri ve kardeşlerimizi büyütmekle, bizlere annelik, eşlerine kadın, evlerine hanım olmakla geçti. Dayak yemeden, küçümsenmeden, aşağılanmadan, karnını doyurabilip ömür tüketenleri, en şanslılarıydı ve o grup, eşlerine bu yüzden bir ömür boyu minnet duydu.

Bizler, okuduk. Kimimiz üniversite bitirdik, kimimiz aldığımız eğitimin akabinde kurs vs. ile eksiklerimizi tamamlayıp, bir şekilde iş hayatında yer aldık. Sekreter, avukat, memur, öğretmen olduk. Analarımızın içinde kalan arzularına ve seslerine kulak verdik, onların elini boş çıkarmadık.

İşte o altın bileziğini koluna takmış gruptaki kadınlar olarak, bizlere beğendiğimiz, aşık olduğumuz kişiyi seçerek evlenme özgürlüğü tanındı. Evlendik.

Anne olduk. Anne olmanın verdiği o doyumsuz tatla, annelerimizin bizler için neden bu kadar çabaladıklarını bir kez daha ve çok daha iyi anladık.

(*) İstanbul Barosu

Kollarımız dolu şimdi, hem anneyiz, hem çalışıyoruz, hem ev hanımıyız, hem de eşiz.

Gündüzleri çalışır, akşamları eve gelir, çocuklarımızla ilgilenir, ev işlerini yapar, eşlerimize kısacık da olsa vakit ayırmaya çalışır ve her günümüzü böyle geçiririz.

Annelerin üstüne basa basa öğrettiği, kurtuluşun tek çözümü olarak gösterdiği, çalışan, ekonomik özgürlüğünü kazanmış olan kadın statüsünün, bugün özünde toplumsal, ekonomik, siyasal açılardan kadına ne kazandırdığı son derece tartışmalıdır.

Günümüz çalışan kadını, ekonomik özgürlüğünü kazanmış olmasına rağmen geldiği noktada ekonomik, sosyal, toplumsal açıdan bir sıkışmışlık ve tıkanıklık yaşamaktadır. Gerek çalışma hayatındaki, gerekse aile ve toplumsal yaşamdaki bu açmazların tespiti, sorunun çözümü açısından zorunludur.

Kadının iş yaşamındaki engelleri ve çıkmazları:

Ülkemizde, toplumsal anlayışımızın gereği ve verilen eğitimin doğal bir sonucu olarak kadınlarımız, en başta mesleklerini seçerken, hem çalışacak hem de annelik ve ev işlerini idare edebilecekleri meslek gruplarını tercih etmektedirler. Bu değerler kıstas alınarak yapılan meslek seçimi, kariyer hedefi sınırlı alanlara yönelmekte, bu yönelim hem kadınının az gelirle çok çalışmasına, hem de seçilen mesleğin daha fazla gelir imkanı sağlayabilecek açılımının kapanmasına yol açmaktadır. Türkiye'deki çalışan kadın nüfusun büyük çoğunluğu hala tarım işlerinde çalışmaktadır. Örneğin, ülkemizde mühendislik fakültelerinde okuyan kadınlar ile erkekler arasında büyük orantısızlık bulunmaktadır. Üst düzey yönetici, müdür pozisyonunda olan veya profesyonel meslek gruplarında çalışan kadın sayısı, diğer çalışan kadınlara ve özellikle erkeklere oranla son derece azdır.

Aynı ayırım işyerlerince de yapılmaktadır. Çoğunlukla çalışılan kurumda profesyonel olarak yükselme imkanı öncelikle erkeklere sağlanmakta, özellikle kadınların evli ve/veya çocuklu olması işveren açısından bir dezavantaj sayılmaktadır. Erkeğin evli olması işe alınırken düzenli bir hayat yaşaması bakımından bir avantaj olarak değerlendirilmekte iken, evli ve/veya çocuklu olmak kadının işe alınmasında bir dezavantaj olarak ortaya çıkmakta, yine aynı dezavantaj evli ve/veya çocuklu kadının işverenlerin işten çıkarılacaklar listesinin de en başında yer almalarıyla sürmektedir.

Kadınla erkek arasındaki aynı işyerinde aynı işe ayrı ücret uygulaması, ülkemizde maalesef hala uygulama alanı bulmaktadır.

Kadınlar işyerlerinde sözlü ve fiziksel olarak cinsel tacize uğramaktadır. Bu sorun, değişen oranlara sahip olmakla birlikte bugün tüm dünyada yaşanmaktadır. Cinsel taciz ülkemizde özellikle boşanan kadınlar üzerinde yoğun olarak uygulanmaktadır. Kadının işinde terfi etmesi, işten atılmaması gibi durumlarda önüne bir şart olarak konulmaktadır. İşten istifa ve başka bir iş arayışının kadın için oluşturduğu zorluk ve ekonomik baskı nedeniyle, çoğunlukla kadın işyerinde yaşadığı tacize karşı açık bir tavır sergilemekten çekinmekte, sessiz kalmakta, yasal yollardan bir hak arayışına gitmemektedir. *"Duyulursa ne olur"* endişesinin temeli olan toplumsal baskı da bu sessizliğe destek vermektedir. Sonuçta bu durum, kadını çalışma yaşamından soğutmakta ve yıldırmakta, çoğunlukla çalışma yaşamını sonlandıran bir neden veya başarısının önünde önemli bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir diğer sınırlama evli kadınlar üzerinde eşleri tarafından oluşturulmaktadır. Aile içerisinde gelir düzeyi iyi olan eşin çoğu zaman çalışan eşine yaklaşımı *"ne gerek var, benim kazancım bize yetiyor"* şeklinde olmakta, kadınların çalışma hayatında aktif olarak yer alması eşleri tarafından gereksiz bir çaba gibi görülmekte, desteklenmemekte ve hatta doğrudan veya dolaylı bir biçimde engellenmeye çalışılmaktadır.

Evli erkekler, kadının çalışmak istemesi kararına duydukları saygı nedeniyle değil, çoğunlukla ailenin maddi gereksinimlerini tam olarak karşılayacak gelir düzeyine sahip olmadıkları için eşlerinin çalışmasına rıza göstermektedir. Çalışan kadının mesleğinde kariyer yapma ve/veya daha fazla gelir düzeyi elde etme imkanı çoğunlukla, iş dışında kalan ve ailesine ayırdığı zamanın kısıtlanması ve dolayısıyla eşlerin ev içerisindeki sorumluluklarının artması anlamına geleceğinden, eşler tarafından destek görmemektedir. Bir diğer neden, erkeklerin iyi kazanç sağlama görevini sadece kendilerine hasretmesi, kadınını kazancını bir ek kazanç olarak düşündükleri için *"geldiği kadar"* anlayışı ile kanaat etmeleridir. Kadının evinde harcadığı enerji, işi için harcayacağı enerjiyi azalttığından iş yaşamında erkeğin gerisinde kalmasına neden olmakta, bütün nedenler ve sonuçlar birbirini tetikleyerek çalışan kadının işindeki başarısını ve ivmesini bir kısır döngüye dönüştürmektedir.

Netice olarak, cinsiyet ayrımcı anlayışı kapsayan toplumsal bakış açısı kadını belirli meslek gruplarını tercihe zorlamakta, kamu ve özel sektördeki cinsiyet ayırımcı genel bakış açısı, cinsel taciz, evli kadınların eş engelleri gibi sebepler, kadının çalıştığı alanda profesyonelleşmesi ve daha fazla gelir düzeyi elde etme imkanının önünde kırılmaz zincirlerin oluşmasına, çalışma yaşamında kadının tıkanmasına neden olmaktadır.

Kadının sosyal ve aile yaşamındaki engelleri ve çıkmazları:

Sınırlı gelir düzeyi ile çalışan evli kadının aile ve sosyal yaşamı da tam bir çıkmaz içerisindedir. Kadının çalışması, genel olarak toplumun ve eşlerin bakış açısına göre üzerine atılı olan ev idaresi ve çocuk bakımı gibi sorumlulukların hiçbirini azaltmamış veya üstünden kaldırmamıştır. Çalışan kadınlarımızın ev içerisinde yüklendiği sorumluluklarının evli ve bir ücret karşılığı çalışmayan kadınlardan hiçbir farkı yoktur. Aradaki tek fark çalışan kadının, ev emekçisi hemcinslerinin bütün güne yayarak yaptıkları ev/çocuk bakımına dair işleri, işten geldikten sonra ve hafta sonları çalışmadıkları kısacık zaman dilimlerinde çoğunlukla tek başlarına sıkıştırarak yerine getirmeye çalışmalarıdır. Bu durum, çalışan kadının işyerinde ve evinde psikolojik ve fizyolojik olarak neredeyse aynı güç ve emekte iki kat fazla çalışmasına ve yorulmasına neden olmaktadır. Üstelik çalışan olsun olmasın kadının bu özverili çabası, başka bir alternatif yokmuş ve içgüdüselmiş şeklinde değerlendirildiğinden ne göze görülmekte, ne takdir edilmekte, ne de kıymeti bilinmektedir.

Çalışan ve evli kadınlara yüklenen ev ve çocuk sorumluluğu konusunda eşlerin anlayışı, ya ilgisiz kalmak ya da genellikle ufak tefek yardımlar şeklinde olmakta, *"çocuğu da biz mi emzireceğiz"* mantığı ile çocuk bakımı, *"cam mı sileceğiz"* anlayışı ile yaşamın idamesine dair evde yapılması gereken her şey kadından beklenmektedir.

Çoğunlukla çalışan kadın ev ve çocukların bakımı için dışarıdan yardım almak zorunda kalmakta fakat bu yardım da neticede kadının gelir düzeyi ile sınırlı olduğu için sınırlı kalmaktadır. Hatta çoğunlukla gelir düzeyi düşük olan çok sayıda kadın için bu yardım imkanı da imkansız hale gelmektedir.

Çalışan kadının elde ettiği gelirin yetersizliği, yapmak istediği sosyal aktivitelerine bütçe ayırmasına engel olduğu gibi, çoğunlukla elde edilen gelir, evin ve çocukların ihtiyaçları için kullanıldığından, cep harçlığından öteye geriye bir şey kalmamaktadır. Kaldı ki bütçe ayrılabilse bile, bu tip faaliyetlere ayrılabilecek zaman kalmamaktadır. Bir hobi edinmek, herhangi bir siyasi faaliyette bulunmak, spor yapmak, arkadaşlarla vakit geçirmek, hatta kitap okumak gibi toplumda evli-bekar erkeklerin tartışma konusu bile olmaksızın en doğal hakları olarak kabul ettiğimiz bu tip faaliyetler, çalışan kadın için neredeyse bir hayaldir. Kadın bir anne, bir eş, bir emekçi olmasına karşın, kendini ne kariyerinde, ne sosyal yaşamında bir birey olarak ifade edememektedir.

Kadın işini kaybederse ekonomik sıkıntı yaşayacağının, çocuğuna ilgi gösteremezse onu iyi bir birey olarak yetiştiremeyeceğinin, evine bakmazsa düzensiz bir yaşamı olacağının, eşine ilgi göstermezse ikili ilişkinin zarar göreceğinin tehdidi altında yaşamaktadır. Her bir ayağın yerine getirilmemesinin sonucu, çalışan kadın için ayrı birer trajedidir. Bu

nedenle de çalışan kadınlarımız, bu dört sorumluluğu da ayrı ayrı en iyi şekilde yapmayı hedeflemektedir. Oysa ki kadına yüklenen bu sorumlulukların ağırlığı, başlı başına yerine getirilmesine engel en büyük neden olduğu için hiçbiri tam olarak yerine getirilemediği gibi, kadının bu sorumlulukların altında kalıp ezilmesine, kendisine çizilen ev hanımı ve çalışan kadın statüleri arasında kimlik bunalımına girmesine, mutsuz olmasına neden olmaktadır. Çalışan kadının hayatında en çok hissettiği duygu *"yorgunluk"*tur. Ülkemizde çalışan kadın işgücü oranında yaşanan düşmenin genel sebeplerinden biri elbette ki işsizliktir. Fakat bu düşüşte kadının *"aşırı yorgunluğu"* tercih etmemesinin etkisi olmadığını söylemek de imkansızdır.

Bu dörtgen kıskaçtaki çalışan kadının, bu sorunlarının çözümü boşanmak olmadığı gibi, boşanmak, kadını toplumda alt ve farklı bir statüye geçirmekte, taciz, *"dul kadın statüsü(!)"* gibi yaşanan sorunlara her açıdan daha fazla sorun taşımak dışında bir etki yaratmamaktadır.

Sonuç olarak; çalışan kadının ekonomik özgürlüğü, kadın işgücünün ekonomik hayata katılımını sağlamış, fakat toplumda bağımsız bir birey haline getirmemiş, ev hanımlığı ve anne statüsünün yanına emekçi sıfatının eklenmesi dışında bir katkı sağlamamıştır. Toplumsal ve sosyal açıdan yükünü ikiye katlamış, özünde özgürleştirmemiş, erkek egemen koltuğun altından çıkarmamıştır. Çalışan kadınlarımız tercih ettikleri değil, halen sistemin, toplumun ve eşlerinin kendilerine kurduğu ve sınırlarını çizdiği hayatı yaşamaktadırlar. Altın bileziğini alabilecek paraya sahip olan çalışan kadın, bu altın bileziği satın alıp koluna takamamış, taksa da bu altın bilezik, bugün erkek egemen ve cinsiyet ayırımcı anlayışı kıran ve toplumdaki kadına bakış açısını değiştirerek, kadına bir birey olarak bakan bir değere dönüşememiştir.

NELER YAPILMALIDIR?

Kadının bir birey olarak görüldüğü, cinsiyetinden kaynaklı ayırıma tabi tutulmadığı, erkek egemen olmayan bir iktidar ve toplum anlayışı içerisinde kadının yaşama hakkı, ütopik veya hayal ürünü bir düşünce değildir. Gelinen noktada toplumun her katmanındaki kadının yaşadığı sorun, işinde de çalışsa, evinde de çalışsa, çalışmasa da kendi evetleri ve hayırları, yaşamına dair kendi planları olmayan, kendi hayatını kendi yönetemeyen, toplumun, en yakınındaki erkeğin, eşinin ya da babasının, abisinin kendisine çerçevelediği hayatı yaşayan kadındır.

Öncelikli olarak, kadınların ağırlıklı olarak seçtiği meslek alanları dışındaki alanlara yöneliminin ve teşvikinin sağlanması, eşit işe ayrı ücret uygulamasının sona erdirilmesi ve bunun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması, kadınların sendikal faaliyetlere katılımının sağlanması ve teşvik edilmesi, çocuklu ailelere çocuk yardımı yapılması, çocuğun büyütülmesi

için yüksek maliyetler gerektirmeyen sağlıklı kreş olanaklarının yaratılması, kadınların siyasal yaşama katılımının desteklenerek politik düzeyde söz sahibi olmasının sağlanması, kadının çalışma yaşamına daha fazla katılımının sağlanması, bugün siyasi iktidarlara düşen en önemli görevlerden sadece bazılarıdır.

İşyerlerinde cinsel tacize karşı özel cezai yaptırımların düzenlenmesi, kadına çalışma yaşamında bir koruma kalkanı oluşturması bakımından önemli çözümlerden biridir. Bir diğer çözümü de kadına işyerinde cinsel tacizi tehdit olarak uygulayan erkek egemen anlayışının kırılması oluşturmaktadır.

Sorunun en önemli boyutlarından biri, kadınlarımızı bir birey olarak görmeyen toplumsal anlayışımızdır. Toplumsal bakış açısı, aynı zamanda her açıdan bir toplumun gelişmişlik düzeyini yansıtan bir göstergedir.

Ekonomik olarak kalkınamayan bir toplumun, sosyal ve kültürel açıdan değişmesi ve ilerleme kaydetmesi imkansızdır. Buna rağmen *"eğitimin"* toplumsal değişimin sağlanmasında önemli bir rol üstlendiği de yadsınamaz bir gerçektir. Ülkemizde maalesef halen cinsiyet ayırımcı bir eğitim anlayışı vardır. Sosyal devlet olmanın zorunlu bir gereği olarak siyasi iktidarlarca bu eğitim anlayışının terk edilerek, çağdaş ve ayırımcı olmayan bir eğitim anlayışı ve sisteminin acilen hayata geçirilmesi gerekmektedir. Ne yazık ki toplumumuzda, erkekler bir yana, cinsiyet ayırımcı yaklaşımın mağduru olan kadınlar dahi, bu mağduriyetin sebeplerini bilmekten uzak yaşamaktadırlar. Halen kız çocuklarına evlenmeyi (!), erkek çocuklarına okumayı ve çalışmayı öğütleyen annelerimizin sayısı hiç de az değildir. Kadını bir birey olarak görmeyen ayrımcı bakış açısı, izlediğimiz bir filmde, bir gazete haberinde, bir dizide bile gayet açık bir biçimde sergilenmekte ve fikir olarak desteklenmektedir. Bu bakış açısının değişiminin zorunluluğu kültürel, sanatsal tüm alanlarda vurgulanmak zorundadır. Yazılı, görsel her türlü araçla bu vurgunun iletilmesi, kitle örgütlerine, toplumun aydın insanlarına ve bireyler olarak her alanda hepimize düşmektedir.

Çalışan kadının yaşadığı sorunların aşılmasında en büyük köşe taşlarından birini de eşler oluşturmaktadır.

Kadın ve erkeğin, evli olsun olmasın, çocuk olsun olmasın birlikte kurma iradesi gösterdiği yaşam ortaktır. Dolayısıyla bu yaşam ortaklığında ivedilikle ve öncelikle, yaşamın tüm alanının paylaşıldığı gibi, ortak yaşamın getirdiği tüm sorumlulukların da eşlerce paylaşılması gerekmektedir. Erkeklerin, eline bir bez alıp cama çıkmaları veya yardım etmeleri şeklinde değerlendirilmeden, ayakta kalabilmek için gücünü ve emeğini son damlasına kadar işi ve ailesi için harcayan kadın gibi, erkeklerin de gözlerini kırpmadan, evin geçimi dışındaki ortak yaşama dair tüm sorumlulukları paylaşması gerekmektedir. Bu ortak paylaşımdan

geriye eşlere açılacak zaman aralığında, yine eşlerin sadece kendilerine ayırmak istedikleri zaman, neler yapmak istedikleri, karşılıklı konuşarak planlanmalı ve bu planda en az erkek kadar kadına da sadece kendi inisiyatiflerinde olan bağımsız zaman aralığı bırakılmalıdır. Bu paylaşımın nasıl yapılacağını, bireyler kurdukları ortak yaşamlarındaki gelir durumu, kişisel beceriler, evde geçirilen zaman gibi kendi öznel şartlarına göre belirlemelidirler. Bu paylaşımın temel kıstası *"eşime nasıl yardımcı olabilirim"* değil, *"ne yaparsam eşimin üzerinden bir sorumluluğu almış olurum"* olmalıdır.

Çalışan kadına ev içerisinde yükletilen sorumluluklar, evli erkeklerin aile hayatında bir iktidar olarak görüldüğü için *-ki öyledir-* kaybedilmesi göze alınmamaktadır. Oysa ki, eşler tarafından tüm sorumluluğun paylaşılması, kadına sadece kendi inisiyatifinde değerlendirebileceği bir serbest zaman aralığı yaratılması, kadının mesleki gelişimi ve kariyeri için koşulsuz her türlü desteğin gerekirse fedakarlık gösterilerek sağlanması, kadına toplumda bağımsız bir birey olma yolunda, eşleri tarafından önemli bir açılım sağlayacaktır. Neticede toplumsal olarak bugünden yarına değişmese de geleneksel rollerin kırılması, işverenlerin çalışan evli ve/veya çocuklu kadınlar üzerindeki işe alınmama, işten atılma gibi risklerini azaltacak, kadının mesleğinde önünün açılmasına katkı sağlayacaktır. Toplumun temel yapı taşını ailenin oluşturduğunu düşünürsek, aile içerisinde yapılan bu paylaşım, cinsiyet ayırımcı olmayan bir aile modeli içerisinde büyümesi bakımından gelecek nesiller olan çocuklarımıza önemli bir aktarım olacaktır. Çalışan kadının kendine ayırabileceği zaman, onun psikolojik ve fizyolojik olarak dinlenmesini, kendisini deşarj etmesini sağlayacaktır. Çoğunlukla eşler, paylaşmaları gereken bu sorumluluğun, aslında daha fazla gelir, daha iyi yaşam koşulları, mutlu bir eş olarak mutlak surette ortak yaşama geri dönüş yapacağının farkında değillerdir. Ülkemizdeki son yıllarda boşanma oranlarının büyük artış gösterdiğini, çalışan kadınların çalışmayan kadınlara göre boşanma oranının altı kat fazla olduğunu, aile reisi kadın olan hane halkları oranının sürekli arttığını göz önüne alırsak, boşanma oranlarında çalışan kadınların yaşadığı bu mutsuzluğun ve kimlik bunalımının az veya çok etken olmadığını iddia etmek olanaksızdır.

Bu çözümleri kabul etmezsek geriye tek çözüm kalır, madem sorumluluklar kadına ağır geliyor, madem ki bir tıkanıklık var, kadın iki mesai yapmasın, evinde mesai yapsın, işinde çalışmasın. Son yıllarda çalışan kadınların oranlarında yaşanan düşüş istatistiksel olarak maalesef bu fikri doğrulamaktadır.

Ne dersiniz? 129 kadın işçinin daha iyi çalışma şartları için 8 Mart'ta öldüğü günden 157 yıl sonra toplum olarak bunu yapalım mı?

TÜRK ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKU'NDA SÖZÜ EDİLEN TEK BORÇ İLKESİ İLE DOKTRİN ve TASARININ İLKEYE BAKIŞI

Av. Levent KÖSE

1- Türk Ticaret Hukuku'nda Ortaklık Kavramının Sınıflandırmaları ve Anonim Ortaklığın Bu Sınıflandırmalar İçerisindeki Yeri

Ticaret Hukuku'nda ortaklık kavramını Türk Hukuku bakımından çeşitli ayrımlara ve sınıflandırmalara sokmak mümkündür. Bu ayrımlardan biri de Kişi ortaklıkları ve Sermaye ortaklıkları şeklinde yapılan ayrımdır. Ayrımın temelinde Ticaret Ortaklıklarının paydaşlarının ortaklıktan doğan borçlarının ve haklarının sınırının çizilmesinde kişisel temelin mi baz alınacağı sermaye temelinin mi baz alınacağı ayrımı yatmaktadır. Fakat Türk Ticaret Kanunu (Çalışmanın devamında kanun olarak anılacaktır.) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın (Çalışmanın devamında Tasarı olarak anılacaktır.) aksine bu açıdan bir sınıflandırmayı öngörmemiştir. Kanunun 2. kitabı olan Ticaret Şirketleri Kitabının Genel Esaslar Kısmının ilk maddesi olan 136. madde hükmü[1] sadece ticaret şirketlerini saymak ile yetinmiş ancak bunları herhangi bir sınıfladırmaya tabi tutmamıştır.

Fakat tasarıda doktrinde kabul gören bu ayrım hüküm bazında ele alınmış ve 124. maddenin 2. fıkrası[2] şahıs ve sermaye şirketleri ayrımına yer vermiştir. Bu hüküm kanunlaştırma anlamında yeni bir hüküm olmakla beraber doktrin[3] açısından yeni bir fikir değildir. Hükmün lafzı açık bir şekilde anonim ortaklıkların; limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar ile birlikte sermaye ortaklığı sayıldığını belirtmiştir.[4]

---

(1) Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.

(2) Bu Kanunda, kollektif ile komandit şirket, şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılır.

(3) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar, 10.Bası N. 35

(4) Limited ortaklığı bu açıdan bir ayrıma tutmakta fayda vardır. Zira Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun 35. maddesi ve Vergi Usul Kanununun 35. maddesi Limited Ortaklıklar hakkında bir istisna teşkil etmektedir.Zira bahsi geçen hükümler ortakların ve kanuni temsilcilerin ortakların ortaklığın amme alacağı yüzünden ve kanuni temsilcilerin ortaklığın vergi borcu yüzünden şahsen sorumlu olacaklarını belirtmektedir.Limited ortaklıkların bu açıdan sermaye ortaklıkları ile şahıs ortaklıkları arasında karma bir nitelik taşıdığını söylemek yanlış olmaz.

2- Ortaklık Kavramı Unsurlarından Sermaye Unsuru

Ortakların sermaye koyma borcu adi ortaklık açısından Borçlar Kanunu'nun 521. maddesinde düzenlenmiştir. Madde *'Her şerik, nakit, alacak, veya diğer mal veya say olarak bir sermaye koymakla yükümlüdürler.'* diyerek ortağın sermaye koyma borcunu belirtmiştir.

Tasarıda açıkça sermaye şirketi olarak anılan anonim ortaklıklarda ise Kanun 405. madde[5] ile sermaye koyma borcu başlığı altında konuyu düzenlemiştir. Madde hükmü ortaklığın sermaye koyma borcunun hüviyetini belirlerken esasında tek borç ilkesine de yer vermiş olmaktadır.

Tasarı, Kanunun 405. maddesi hükmünü bir takım değişikliklere uğratmış olsa da özü itibari ile korumuştur. Tasarının 480.[6] maddesi anılan maddedin yeni halidir. Hükmün gerekçesi yapılan değişikliğin nedenini açıklamak ile beraber esasında Tek Borç İlkesinden bir cayma olmadığından da söz etmektedir.

3- Tek Borç İlkesi; Kavram ve Yorumlar

Tasarıda açıkça sermaye şirketi olarak belirtilen anonim ortaklıkta paydaşların sadece tek borcu sözkonusudur; bu borç paydaşın koymayı taahhüt ettiği sermaye borcunun ifasıdır. Bu borca ilişkin olarak doktrin tek borç ilkesi tanımını yapmaktadır. Anonim ortaklıklardaki sermaye ile sınırlı sorumluluk ilkesi gereğince ve yukarıda açıklandığı üzere limited ortaklıkların aksine emredici hükümler ile de korumaya alındığından cihetle doktrinde anonim ortaklığa *"tek borç ortaklığı"* adı da verilmektedir.[7]

Anonim ortaklığın günümüzde taşıdığı önem ve ticaret hayatı içerisindeki konumu incelenirse tek borç ilkesinin önemi daha iyi anlaşılabilir. Anonim ortaklık günümüzde sermayenin daha etkin kullanımı ve ticari hayatın yarattığı risklerin küçük sermaye sahiplerini korkutmaması amacıyla kullanılmakta olan bir ticaret hukuku müessesesidir. Bu açıdan amacına limited ortaklıktan daha yakın olduğunu söyleyebiliriz. Nihayetinde iki istisnai hüküm olsa dahi yukarıda sözü geçen Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesi ve Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi limited ortaklık paydaşlarının kişisel sorumluluğuna gidilebilmesinin önünü açmaktadır.

Yukarıda söz edilen nedenlerden dolayı anonim ortaklığın paydaşlarının limited ortaklığın paydaşlarına kıyasla sorumluluklarının

---

(5) Pay sahibi, hisse senetlerinin çıkarılması sırasında tayin olunan ve hisse senetlerinin itibari kıymetine müsavi veya ondan yüksek olan pay bedelinden fazla birşey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz.

(6) Kanunda öngörülen istisnalar, dışında esas esas sözleşmeyle paysahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yüklетilemez.

(7) Bkz. PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku, Ankara 2003

daha dar olduğunu söylemek yanlış olmaz. Paydaşlar ortaklık borçlarından dolayı sadece koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarları oranında sorumludurlar. Ancak bu sorumluluk şahsi malvarlıklarının tamamını içine alan bir sorumluluktur. Bu bağlamda, pay sahipleri, tek borç ilkesi gereğince, anonim ortaklıklarda sermaye ile sınırlı olarak ortaklık alacaklılarına sorumlu konumda iken, ortaklığa karşı taahhüt ettikleri sermaye tutarı ile kendi malvarlıkları ile sınırsız sorumlu konumdadırlar.

Kanun ve tasarının anılan hükümlerinin emredici nitelikte oldukları maddelerin gerekçelerinde de belirtildiğinden, aksinin gerek genel kurul kararı ile gerekse de esas sözleşme ile kararlaştırılması olası değildir.

Kanunun 405. maddesinin 3 fıkrası[8] ayrıca ek bir yükümlülük öngörmektedir. Bu ek yükümlülük tasarının 480. maddesinin 4. fıkrasında korunmuştur.[9] Ayrıca tasarının ilgili maddesi '*Kanunda öngörülen istisnalar dışında*' diyerek bir diğer istisnanın da önünü açmaktadır. Bu istisna tasarının 376. maddesinde[10] düzenlenmiş olan Bilanço zararlarına ilişkin olan hükümdür.

Doktrinde kanunun 405. maddesinin söyleminden ileri gelen bir ikilik yaşanmıştır. Zira maddede '*fazla bir şey ödemeye*' tanımı; hükmün başındaki '*sermaye koyma borcu*' ve '*ödeme*' kelimesinin geçmesi dar tanımlamalara yol açmıştır.[11] Ancak anonim ortaklığın günümüzde taşıdığı önem ve ilkenin uygulanmasının emredici niteliğe büründüğü de göz önüne alındığında böyle dar bir yorumun doğruluğu tartışma götürür bir şekle bürünmektedir. '*Fazla bir şey ödeme*' tanımı sadece sermaye koyma borcu olarak algılanmamalıdır. Zira aksi bir yorum yapılması sermaye koyma borcunun içinde sayılmayacak diğer yükümlülüklerin de ortaktan istenebilmesinin önünü açacaktır ki bu durum bir sınırlı sorumluluk amacı taşıyan anonim ortaklığı bu sınırdan çıkarıp kişisel ortaklık kimliğine bürünmesi sonucuna dahi götürebilir. Aksine çoğu geçersiz olan veya ikili sözleşmeler ile ayakta tutulabilen diğer yükümleri de içine alacak şekilde

---

(8) Hisse senetlerinin devri şirketin muvafakatine bağlı olan hallerde esas mukavele hissedarlara esas sermayeye iştirak borcundan başka muayyen zamanlarda tekerrür eden mevzuu para olmıyan edalarda bulunmak mükellefiyetini de yükleyebilir. Bu mükellefiyetlerin mahiyet ve şümulü hisse senetlerine ve ilmuhaberlere yazılır. Bu gibi tali mükellefiyetler hakkında esas mukavele ile cezai şart kabul edilebilir.

(9) Pay devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle paysahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebilir. Bu ikincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamları pay senetlerinin veya ilmühaberlerin arkasına yazılabilir.

(10) Son yıllık bilânçoya göre, sermaye ile kanunî yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhal toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket sona erer. Hükmün tarif ettiği durumun vukuu bulması halinde genel kurul; sermayenin tamamlanması kararı alırsa tamamlamaya yetecek orandaki miktar paydaşlar açısından ortaklık tüzel kişiliğine karşı bir borç arz edecektir.

(11) Yusuf AKIN, Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.'lerde Pay sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002

geniş bir biçimde yorumlanmalıdır. Bu tarz yükümlülüklere örnek vermek gerekirse; anonim ortaklıktan mal alma, anonim ortaklığa mal satma, hisse senetlerini devir özellikle belirli bir fiyattan satma mecburiyeti gibi yükümlülükler gösterilebilir.

Uygulamada ise bu tarz yükümlülüklerin Türk Hukuku'nda Hissedarlar Sözleşmesi adıyla anılan ancak uluslararası terminolojide değişik adlandırmaları olsa da yaygın kullanılan ismi ile '*shareholders agreement*' olan atipik sözleşme ile yürütülmeye çalışıldığı görülmektedir. Hissedarlar sözleşmesi esas sözleşmeye girecek veya girmiş olan kimi hükümlere yer verdiği gibi; esas sözleşmeye girmesi mümkün olmayan hükümlere yer vermesi açısından da bir yan düzen getirdiği açıktır.

Bu yan düzenin anonim ortaklık açısından nasıl bir sonuç doğuracağı ise tartışmalıdır. Hissedarlar Sözleşmesi çoğu zaman adi ortaklık hükmünde tezahür etmektedir.Bu ilişkide iki ortaklık ortaya çıkmaktadır. Ortaklıklardan birini anonim ortaklık diğerini ise adi ortaklık oluşturmaktadır. Paydaşların bir üst ilişki ile oluşturdukları adi ortaklık ile adi ortaklığın taraflarına borç yüklenebilir. Adi ortaklığın yüklediği borçların tarafların arasında nispi bir şekilde tezahür edeceğinden bahisle üçüncü kişilerin ve anonim ortaklığın kişilikleri üzerinde doğmayacağını söylemeliyiz.

Fakat bu noktada anonim ortaklığın üst ilişkide yer alan adi ortaklığa taraf olup olmaması önem kazanmaktadır. Zira adi ortaklığa taraf olmaması Borçlar Hukuku anlamında zaten bir sorumsuzluk hali doğurmaktadır ve fakat adi ortaklığa taraf olması durumunda adi ortaklık içerisinde tezahür eden nispi ilişkinin içine girecek ve hak ve borçların kişiliğinde doğması borçlar hukuku kuralları gereği olacaktır.

Ancak esas sözleşmeye konulamayan hükümlerin konulması için bir yan düzen sağlayan hissedarlar sözleşmesine tek borç ilkesine aykırı hükümler konulması halinde hükümlerin kaderi ne olacaktır?

Bu durumda kanunun ve tasarının da ifade ettiği üzere emredici nitelikte olan hükümler devreye girmekte ve hissedarlar sözleşmesinin ek yüküm ifade eden hükümleri ortaklık hukuku bakımından hiç bir hukuki sonuç ortaya koymamaktadır. Ancak ortada bir nispi hukuk ilişkisi olduğu da ortadadır. Bu durumda nispi hukuk ilişkisi bakımından geçerli hukuki sonuçları yok saymak doğru olmayacaktır.

Adi ortaklık hükümlerinin Borçlar Hukuku anlamında hüküm doğurması kaçınılmazdır. Anonim ortaklığın da taraf olduğu hissedarlar sözleşmesinin tek borç ilkesine ayrıkılık teşkil eden hükümleri ise ortaklık hukuku bakımından geçerli olmayacaktır.[12]

---

(12) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar, 10. Bası N. 1021

Tek borç ilkesinin söyleminden hareketle paydaşların birbirleri arasında daha ağır borç veya borçlar altına girmeleri ise olasıdır. Zira Tek borç ilkesi paydaşın ortaklığa olan borcunun sınırını ifade etmektedir. Hissedarlar sözleşmesi ile taraflar arasında yüklenilen borçların edimi tabi ki istenebilir ancak bu borcun ifası için anonim ortaklığa başvurmak sonuçsuz bir talep olacaktır. Bu talebin sonuç vereceğini düşünürsek ticaret hukukunun ortaklık ile ilgili düzenlemelerini yok sayarak sözleşmenin ve dolayısıyla borçlar kanununun egemenlik alanına sokmuş olunacaktır.

Tasarının 480. maddesinin gerekçesi de hissedarlar sözleşmesi ile yaratılmak istenen yan düzenin önüne geçilmek istendiğini açıkça ortaya koymaktadır. Gerekçede yaratılmak istenen yan düzenin ortaklık uyumu ile bağdaşmayacak sorunlar ortaya çıkarabileceğini ve güçlü ortağın gücünü pekiştirebileceği zeminler yaratma olasılığı bulunduğu belirtilmektedir. Bu sonucun ise amacı küçük sermayeleri ekonomik hayata kazandırmak olan anonim ortaklık müessesesinin sacayaklarından birini kıracağından şüphe yoktur. Tasarı hükmün emredici olmasından cihetle hissedarlar sözleşmesinin esas sözleşmenin uygulama alanına tecevüzünü önlediği ve emredici bir hüküm olması yüzünden hissedarlar sözleşmesinin belirli bölümlerini de sorgulanabilir hale getirebilir. Örneğin adi ortalık hükümlerinden anonim ortaklık lehine ayrıca bir borç öngörülmüş ve bu borç kanunda sayılan istisnalardan birinin içinde değil ise sözleşme hükmü hukukun emredici ilkelerine aykırılıktan geçersiz olacaktır.

4- İlkenin istisnaları

(i) İlkenin ilk ve uygulamada en çok rastlanılan istisnası itibari değerden yüksek bedelle hisse senedi çıkarılması halinde görülür. Primli pay da diyebileceğimiz bu payların bedellerini pay sahipleri ödemekle mükelleftirler. Ve fakat bu bedel sermaye koyma borcundan sayılmadığı için sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen paydaşa uygulanan müeyyideler (ıskat) primi ödemeyen paydaşa uygulanmaz.

(ii) İkincil yükümlükler ise ikinci istisnayı oluştururlar. Bu yükümlülükler kanunun 405. maddesinin 3. fıkrasında ve tasarının 480. maddesinin 4. fıkrasında açıklanmıştır.

(iii) Doktrinde tartışmalı olmak ile beraber bağlılık yükümü de üçüncü istisna olarak belirtilebilir.

(iv) Dördüncü istisna ise sır saklama yükümlülüğüdür.

(v) Bunların dışında tasarının 376. maddesinde belirtilen ve borca batık olma durumunu düzenleyen hükme göre eğer şirket sermayeyi tamamlama kararı alırsa tamamlama miktarı da paydaşlardan temin edilecektir ki bu da ortakların ortaklığa karşı olan bir başka borcunu ortaya çıkaracaktır.

5- Sonuç

Yukarıda açıklandığı üzere tasarı ve kanun anonim ortaklığa günümüzde taşıdığı önem ve üstlendiği görevi göz önüne yaklaşmaktadır. Bu bakış açısı anonim ortaklığının bir sermaye şirketi olması temelinden ortaya çıkmakta ve küçük sermayenin ortaklıklara katılmasını amaçlamakta ve olabildiğince az zarar görmesini garanti altına almak istemektir. Bu açıdan bakıldığında ortakların ileride sorumlu olacakları payı bilmeleri ve bu güven içinde ortaklığa katılmaları büyük önem arz etmektedir. Neticede tasarıda açıkça bir sermaye şirketi olarak sayılan anonim ortaklık için bu amaçlar olmazsa olmaz niteliktedir.

Bu amaçların gerçekleşebilmesi için gereken sacayaklarından birisi de tek borç ilkesidir. Nihayetinde anonim şirket paydaşının şirkete girme nedenleri somut olaya göre değişse de her zaman gözönünde tutulan özellik sınırlı sorumluluk ilkesidir. Paydaş böylece sorumlu olduğu miktarı bilerek hareket etmek ve bir zarar ortaya çıkması halinde malvarlığının sınırsız bir şekilde takip edilemeyeceğinin garantisini istemektedir. Limited ortaklıkta yukarıda belirtilen istisnaların aksine anonim ortaklıklar tek borç ilkesi altında bu garantiyi vermektedirler.

Kanunun 405. maddesi hükmünü lâfzî anlamda değiştiren tasarının 480. maddesi hükmü de tek borç ilkesini taşıyan maddedir. Maddenin gerekçesi açıkça tek borç ilkesine yer verildiğini açıklamış ve hissedarlar sözleşmesi ile açığa çıkarılmaya çalışılan yan düzenin önünü kesmeyi amaçladığını açıkça ifade etmiştir.

Gerekçede yer verilen örnek ise dikkate değerdir. *'Bu yan düzen güçlüye, hukukunu getirmek, hâkimiyet kurmak, istediği an istediği fiyatla karşı tarafın paylarını almak veya paylarını satmak hakkını sağlamaktadır. Veto hakları da bu düzenin önemli silahıdır'* denilerek yan düzenin yol açabileceği ortaklık demokrasisi ve uyumuna aykırı sonuçlara dikkat çekilmektedir.

Nihayetinde anonim ortaklığın limited ortaklık gibi karma bir düzenden ziyade kanunda öngörülen istisnalar dışında katıksız bir sermaye ortaklığı olması istenmiştir ve tek borç ilkesinin de bu anlamda emredici bir hüküm ile koruma altına alınmış olması gayet anlamlıdır.

5237 SAYILI TCK'YA GÖRE HAKSIZ TAHRİK ALTINDA İNSAN ÖLDÜRME SUÇU

Av. Yıldız POLAT

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN ÖLDÜRME SUÇU

Genel Olarak

Yaşam hakkı, insanın en kutsal, vazgeçilemez ve devredilemez temel hakkıdır. Bu hak gerek dinsel kurallarla gerekse hukukla ve toplumsal kurallarla tarihten bu yana en çok korunan ve ihlali halinde yaptırımı en ağır suçlar arasında yer almıştır. Anayasamızda da kişilerin hakları arasında ilk sırada sayılan yaşam hakkı, 17. maddede *"kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* başlığıyla düzenlenmiştir. Maddeye göre, *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz".*

5237 sayılı TCK'da *"kasten öldürme suçu"*, korunan hukuki değer ve dolayısıyla suçun ağırlığı dikkate alınarak *"Kişilere karşı suçlar"* kısmının *"Hayata karşı suçlar"* bölümünde ilk sırada yer almıştır. Madde 81'e göre, *"Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır".* Faillerin yargılanması ise Ağır Ceza Mahkemelerinde yapılır. Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri 82. maddede sayılmış olup, suçun temel şekline göre cezası daha ağırdır. Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerle işlenmesi halinde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinde ise TCK 83. maddeye göre; suçun temel şekline nazaran cezada indirim yapılacağı düzenlenmiştir. TCK'ya göre "intihara yönlendirme" ve *"taksirle öldürme"* suçları da cezalandırılacaktır. Öte yandan eğer kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, kasten yaralama suçunun temel şekline ve diğer nitelikli hallerine nazaran failin daha ağır cezayla cezalandırılacağı da TCK m.87/4'te düzenlenmiştir. Ayrıca TCK'nın *"hayata karşı suçlar"* bölümünde sayılı diğer suçların işlenmesi halinde ölüm meydana gelirse bunun yaptırımı da kastedilen suça nazaran daha ağır olacaktır.

A- Suçun Konusu-Korunan Hukuki Yarar:

İnsan öldürme suçunun yaptırıma bağlanmasının nedeni kişinin yaşam hakkının ihlal edilmesidir. Bu suçta korunan hukuki yarar, kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüdür. Korunan hukuki yarar ile suçun konusu aynı şeyler değildir. Bu ayrım suçun maddi konusu ile hukuki konusu şeklinde de adlandırılmaktadır.[1] Korunan hukuki yarar bir başka deyişle korunan hukuki değer, suçun hukuki konusu olup, insan öldürme suçunda hukuki konu kişinin yaşam hakkıdır. İnsan öldürme suçunun maddi konusu ise, fiilin yöneldiği kişinin yaşamıdır.

Bazı suçlarda suçun konusu ile mağdur karıştırabilmektedir. Ancak suçun konusu ile mağdur hukuken birbirinden ayrı kavramlardır. Örneğin, insan öldürme suçunda mağdur, ölen kişidir. Suçun konusu ise onun vücududur.

B- Suçun Maddi Unsuru:

Hareket, netice, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı, fail ve mağdur, suçun maddi unsurlarını oluşturur.

1) Hareket: Hareket, insanın iradi olarak gerçekleştirdiği icrai ya da ihmali bir davranışıyla kanuni tipi ihlal etmesidir.[2] Gerçekten, hareketin, özünde doğal bir kavram olduğu kuşkusuz olmakla birlikte, ceza hukuku açısından önem gösteren hareketin yasal normu ihlal eden ve böylece hukuki nitelik gösteren bir davranış türü olduğundan da kuşku yoktur. Modern ceza hukuku alanında dikkate alınan hareket, bireyin iradesinin ürünü olan ve suçun diğer unsurları ile bağlantı içinde sonuç alt unsurunu gerçekleştiren ya da teşebbüs durumunda olduğu gibi, sonuç alt unsurunu gerçekleştirmeye elverişli nitelik gösteren insan davranışıdır.[3] Hareket icrai nitelikte olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir. İnsan öldürme suçunda, failin öldürmeye yönelen davranışı örneğin; ateş açması, bıçaklaması, yüksek bir yerden itmesi, denize atması şeklinde aktif hareketlerle olabileceği gibi, annenin bebeğini aç bırakması, hemşirenin hastaya ilacını vermemesi gibi ihmali davranışlarla da ölüm gerçekleşebilir.

2) Netice: Hareket ile neticenin, yer ve zaman veya zaman ve nedensellik bağı bakımından birbirlerinden ayrılabildiği suçlara maddi ya da neticeli suçlar denir. Örneğin adam öldürme suçunda kanuni tipte hareketten ayrı bir neticenin (ölüm) gerçekleşmesi aranmıştır (TCK m.819 ve bu suçta hareket bir yerde netice başka bir yerde veya netice muayyen bir zaman sonra gerçekleşebilir.[4] İnsan öldürme suçunda netice mağdurun

---

(1) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi 3. Bası, Ankara Ekim 2007, s. 442

(2) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, age, s.394

(3) İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, İçel Suç Teorisi, Sebat Yayıncılık, İstanbul 1999, s.65,66

(4) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, age, s.407

ölmesidir. Bu suça teşebbüs de mümkündür. Netice hareketin hemen ardından gerçekleşebileceği gibi belirli bir süre sonra da gerçekleşebilir. Önemli olan aradaki illiyet bağıdır; yoksa suçun belirli süre sonra gerçekleşmesi kasten suçu işleyen failin cezai sorumluluğuna etki etmez.

3) Nedensellik Bağı: Suçtan dolayı bir kişinin cezai sorumluluğunun doğması için neticenin o kimsenin hareketinden meydana gelmesi gerekir. Failin öldürmeye yönelik fiili ile ölüm neticesi arasında bir sebebiyet ilişkisi yani nedensellik bağı bulunmalıdır. Fail öldürmeye yönelik hareketini icra etse bile netice başkasının hareketiyle veya başka bir sebeple de meydana gelebilir. Bir başka deyişle, failin eylemi ile ölüm arasına illiyeti kesen başka bir olay girebilir. Böyle bir durumda failin hareketiyle netice arasında nedensellik bağı olmadığından suçun maddi unsurlarının tamamlanmadığı dolayısıyla suçun oluşmadığı söylenebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, sanığın, sarhoş, hasta ve sakat olduğunu bildiği maktule yumrukla vurup onu havuza düşürdüğü olayda, eylemi ile ölüm arasına illiyeti kesen başka bir olay girmediğinden, kesin ölüm sebebi belirlenememiş olsa da, ölüm sanığın eylemi sonucu havuza düşmekten kaynaklandığından, sanığın eylemi ile ölüm arasında illiyet bağının bulunduğunu kabul etmiştir.[5]

4) Fail: Adam öldürme suçunun faili insandır. Zira madde metninde *"kişi"* tabiri kullanılmıştır. Kişiden kastedilen herkestir. Yani bu suçun faili tüm insanlar olabilir. Suçun faili hayvan olamaz. Örneğin kuduz bir köpeğin ısırması sonucu kişinin ölmesi halinde cezai sorumluluk hayvana ait değildir. Eğer hayvanın bir sahibi varsa köpeğin aşısını yaptırmamış, bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemişse, o kişi suçun faili olabilecektir.

5) Mağdur: Suçun mağduru insandır, ölen kişidir. Zira TCK'nın 81. maddesi *"bir insanı kasten öldüren..."* ifadesiyle yazılmıştır. Bu nedenle hayvanlar bu suçun mağduru olamaz. 765 sayılı TCK'da *"adam öldürme"* suçu tanımlanmıştı ki *"adam"* ifadesi cinsiyetçi bir kelime olup daha çok *"erkek"* anlamına gelir. Üstelik çocuklar için de *"adam"* sözcüğü günlük hayatta kullanılmamaktadır. Kuşkusuz eski TCK'da bu tanımlamayla hem kadın ve çocuk hem de erkek kastediliyordu. Ancak *"insan"* kelimesi kanaatimizce daha yerinde bir kullanımdır.

c. Suçun Manevi Unsuru: Suçun manevi unsurları kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardır. Adam öldürme suçu için genel kast yeterli olup saikin önemi yoktur. Öldürme suçu herhangi bir saik bulunmadan nedensiz olarak da işlenebilir.[6] TCK'nın 81. maddesinde temel

---

(5) Bkz. CGK.-20.03.2007-37/68 sayılı kararı. (Yalvaç Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.589)

(6) Parlar Ali-Demirel Güleç, Açıklamalı-İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s.146

şekil olarak *"kasten öldürme"* suçu düzenlenmiştir. Taksirle öldürme ise 85. maddede ayrıca düzenlenmiş, kasten öldürmeye göre ceza sınırları çok daha az belirlenmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi haline ilişkin düzenleme de m.87/4'de yer almaktadır. Failin bu durumda ölümden sorumlu tutulabilmesi için en azından bu neticeye yönelik taksirinin bulunması gerekir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada öngörülen ceza ise kasten öldürmeden daha az ancak taksirle öldürmeden ise daha fazladır.

İKİNCİ BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİK

Kavram ve Hukuki Nitelik

Arapça sözcük olan *"tahrik"* günümüz Türkçe'sinde *"bir kimseyi kötü bir iş yapması için ileri sürme, kışkırtma"* ve daha eskimiş kullanımıyla da *"yola çıkartma, hareket ettirme, kımıldatma"*[7] anlamlarında kullanılmaktadır. Ceza Kanunu'ndaki kullanım ise *"haksız tahrik"* olup; kötü bir işe yönelten kışkırtmanın aynı zamanda hukuk düzenince korunmamasını ifade etmektedir. Yani *"haksız"* nitelemesiyle sözcüğe daha güçleştirilmiş bir anlam yüklenmiştir. Haksız tahrik fiili; hukuka, ahlaka ve toplum değerlerine aykırı her türlü harekettir. Tahrike sebebiyet veren davranış icrai veya ihmali olabilir.[8]

Haksız tahrik cezayı azaltan sebepler arasında yer alır. Haksız tahrik insan psikolojisinde bir *"buhran"* haline hukuki neticeler tanınmasıdır.[9] Erem'e göre, haksız tahrike kanunun cezayı azaltıcı bir etki tanınmasında biri psikolojik, diğeri hukuki olmak üzere iki sebep vardır. Psikolojik esasa göre, ceza hukukunda *"haksız tahrik"* adını alan müessese psikolojide heyecanların bir çeşidi olan "hiddet"ten başka bir şey değildir. Hukuki esasa göre, tahrik neticesinde işlenmiş suçun münhasıran suçluya yükletilmesi doğru görülemez. Suçun mağduru da, faili tahrik etmek suretiyle, suça sebep olmuştur. Onun bu surette işlediği kusurun, failin kusurundan indirilmesi ve binnetice cezasının azaltılması lazımdır.[10]

Doktrinde haksız tahrik kimi müelliflerce *"cezayı"* yahut *"suçu"* ve kimi müelliflerce de *"kusurluluğu"* etkileyen haller arasında incelenmiştir.[11]

---

(7) http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx, e.t: 09.05.2009

(8) Noyan Erdal, Ceza Davası, Adalet Yayınevi, s.192

(9) Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C:1 Genel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 12. Baskı, Ankara 1984, s.50

(10) Erem, age, s.50, 51

(11) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler Madde 1-36, 1. Cilt, Ankara 2009, s.686

Kanaatimizce, haksız tahrik kusurluluğu etkileyen hallerdendir. Zira, fail tarafından bir suç işlenmekte ancak bu suçun işlenme nedeni ve koşulları değerlendirildiğinde failin toplumca kınanması, ayıplanma derecesi azalmaktadır. Çünkü fail toplumun yadırgamadığı ve *"kim olsa aynı şeyi yapardı"* denilebilecek bir davranışla, birtakım psikolojik etkenlerle sarmalandığı için suçu işlemiştir. 5237 sayılı TCK'da düzenlenme yeri de haksız tahriki kusurluluğu etkileyen haller arasında ele alan görüşü desteklemektedir.

Haksız tahrik kurumunun hukukî değerlendirmesini inceleyen teoriler, mağdurdan kaynaklanan haksız hareketleri veya failin psikolojik durumunu hareket noktası olarak ele almalarına göre objektif ve sübjektif teori diye ayrılmaktadır. Objektif teori, faile yöneltilen tahrikin haksızlığından yola çıkarak tahrik fiiline ilişkin hususları öne çıkarırken; subjektif teori ise tahrik fiilinin failde yarattığı hiddet ve elemi dikkate alarak psikolojik-bireysel bir çözümlemeden hareket ederek faile ilişkin hususları önemsemektedir. Objektif teorinin tahrik fiiline, sübjektif teorinin ise failin psişiğine değer veren açıklamalarını bağdaştırmaya çalışan karma teori ise iki görüşü bağdaştırarak hem faile yöneltilen tahrik fillini hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak değerlendirmektedir.[12]

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde haksız tahrik, *"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir"* şeklinde düzenlenmiştir. Haksız tahrik, kişinin haksız bir eylemin meydana getirdiği gazabın, hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür. Haksız tahrik halinde failin iradesinde bir zayıflama meydana gelmektedir.[13] 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 272, 462, 485/1. maddelerinde olduğu gibi özel haksız tahrik halleri 5237 sayılı Yasada kabul edilmemiştir. Bu nedenle koşulları oluştuğunda tüm suçlar için uygulanacaktır.[14] TCK'nın 29. maddesinde yer alan haksız tahrik, şartları gerçekleştiğinde her suç ve herkes hakkında uygulama olanağı bulabileceğinden hem suç, hem de kişi bakımından genel bir hükümdür.[15]

---

(12) Aydın Devrim, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHFD 2005, C.54 S.1, s.230

(13) İçel -Özgenç -Sözüer -Mahmutoğlu-Ünver, age, s.288

(14) Bakıcı Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.556

(15) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, age, s.650

Haksız tahrikin varlığından bahsedebilmek ve temel cezadan *"kanuni hafifletici sebep"*ten dolayı indirime gidebilmek için, öncelikle ortada mağdurdan kaynaklanmış haksız bir fiil bulunmalı, bu fiil fail üzerinde öfke ve kızgınlık veya şiddetli bir üzüntü oluşturmalı, fail de kendisinde oluşan bu öfke ve kızgınlık veya şiddetli üzüntünün etkisi ve sonucunda suç işlemelidir.[16]

765 sayılı TCK m.51'de ve 5237 sayılı TCK m.29'da düzenlenmiş olan *"haksız tahrik"* kurumu özünde aynı olmasına rağmen yeni kanunda temel fark, gerekçede açıklandığı gibi, kurumun doğru uygulanması ve özellikle töre ve namus saiki ile işlenen adam öldürme suçlarında tahrik indiriminin uygulanmamasıdır. Bu amacın sağlanabilmesi için eski metinde geçen "haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit elem" ifadesi yeni kanunda *"haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem"* şeklinde değiştirilmiştir. Hiddet ile gazap aynı anlama geldiğinden kurumun psikolojik esasında bir değişiklik olduğu söylenemez. Ancak kanunun gerekçesinde *"haksız tahrik"* ifadesi yerine *"haksız bir fiil"* denilmekle *"töre cinayetleri"*nde tahrik indiriminin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Yeni düzenlemede bir başka değişiklik ise *"ağır ve hafif tahrik"* ayrımının kaldırılarak, hakime tahrikin derecesini tespit etme ve buna göre cezadan belli bir oranda indirim yapma yönünde geniş bir takdir yetkisinin verilmiş olmasıdır.[17]

A- Genel-Özel Haksız Tahrik

Haksız tahrik hem suç hem de kişi bakımından cezayı azaltıcı genel bir kuraldır:

1- Suç bakımından: İşlenilen suç ne olursa olsun, şartları mevcut ise, haksız tahrik hükmü tatbik edilir. Bazı yabancı kanunlarda (ezcümle Fransız Ceza Kanunu) haksız tahrik ancak muayyen suçlarda (bilhassa kan suçlarında) ve özel hükümler halinde kabul edilmiştir. Haksız tahrik neticesinde işlenen suçların bilhassa adam öldürme ve müessir fiil suçları oluşu onları, bu şekilde harekete sevk etmiştir.[18] Türk Ceza Kanunu'na göre, suç bakımından haksız tahrik genel bir hükümdür. Bazı suçlar (TCK m.129) yönünden ise, haksız tahrik cezayı azaltıcı özel sebep sayılmıştır. Bunlara özel tahrik hali denilmektedir. Özel haksız tahrik halinin bulunduğu durumlarda, genel haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir.[19]

---

(16) Şen Ersan, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler" adlı makalesi, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, İstanbul, Nisan 2008, s.94

(17) Aydın, age, s.206, 207

(18) Erem, age, s.52

(19) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, age, s. 653

2- Kişi bakımından: Haksız tahriki teşkil eden fiili işleyen ile tahrik edilenin derecesi ne olursa olsun akrabalık bağı ile bağlı olmaları, şartları mevcut olduğu takdirde, faile cezayı azaltıcı hükmün tatbikine mani değildir. Bu sebeple anaya, babaya, karıya, kocaya karşı işlenmiş suçlarda da eğer fail haksız yere tahrik edilmiş ise, ceza indirilmesinden faydalanır.[20] TCK Böylece suç yönünden olduğu gibi, kişi bakımından da haksız tahrik hükmünün uygulanmasına sınırlama getiren mukayeseli hukuktaki kimi düzenlemelerden örneğin, 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 324. maddesinden (usule karşı adam öldürme suçunda tahrik mazereti kabul etmemiştir) ayrılmıştır.[21]

Yukarıda belirtildiği üzere, 5237 sayılı TCK'da basit (adi) ve ağır (mevsuf) tahrik ayrımı ise kaldırılmıştır.

B- Haksız Tahrikin Koşulları

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için gerekli koşullar, 29. maddenin ifadesine ve madde gerekçesine göre, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunmasıdır. Doktrindeki ortak görüşe göre haksız tahrikin ana koşulları şu şekilde sayılabilir:

a) Tahriki oluşturan bir fiil olmalıdır

b) Bu fiil haksız olmalıdır

c) Tahrik fiili failde hiddet veya şiddetli bir eleme neden olmalıdır

d) Suç hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmelidir. Artuk-Gökcen-Yenidünya'nın da iştirak ettiği bazı görüşler, haksız tahrikin koşullarını benzer şekilde dört başlık halinde incelerken;[22] suç ile tahrik fiili arasında oran gibi konuları *"mesele"* olarak ele almışlar, başlıkları çoğaltmamışlardır. Bununla birlikte, *"tepki suçu tahrik nedeniyle işlenmiş olmalıdır (nedensellik bağı)", "tepki suçu ile tahrik fiili arasında oran meselesi"* şeklinde ilave başlıklarla, haksız tahrik koşullarını altı madde halinde sayan görüşler de mevcuttur.[23]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, birden fazla kararında haksız tahrikin kabul edilmesi için gereken şartları aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

1- Tahriki oluşturan bir fiil olmalıdır.

2- Bu fiil haksız olmalıdır.

3- Fail öfke ve şiddetli elemin etkisi altında bulunmalıdır.

4- Failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalıdır.

---

(20) Erem, age, s.53

(21) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, age, s.654

(22) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, age, s.699

(23) Bkz. Aydın, age, s.231, 240

5- Haksız tahrik oluşturan eylem mağdurdan sadır olmalı veya mağdurun o haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmalıdır.

6- Suçun tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir.[24]

Kanaatimizce, haksız tahrikin kabul edilmesi için gerekli koşullar şöyle sıralanabilir:

1- Tahriki Oluşturan Bir Fiil Olmalıdır: Ortada tahrik eden bir fiilin objektif olarak mevcudiyeti, lazımdır. Vehim ve zan tahriki müstelzim değildir.[25] Failin, kuşkularına, şüphelerine, varsayımına dayalı olarak gerçekte var olmayan bir fiili varmış gibi zannederek suç işlemesi halinde tahrikten söz edilemez. Bu durumda haksız tahrikin maddi şartlarında bir hata söz konusudur. Böyle bir hata halinde, kişinin söz konusu hatasının, içinde bulunduğu koşullar bakımından kaçınılmaz olması halinde, haksız tahrik hükümlerinden faydalanması mümkündür. Ancak bu hata kaçınılabilir nitelikte ise, fail hatasından yararlanamaz.[26] Öte yandan tahrik eden eylemin ne olduğunu mahkemenin kararında belirtmesi ve irdelemesi gerekir. Böylece fiilin haksız olup olmadığı da tespit edilebilecektir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur.[27]

Tahriki teşkil eden fiilin icrai ya da ihmali olması fail lehine hükmün uygulanması açısından önemli değildir. Bir eylemin tahriki oluşturup oluşturmayacağı, eylemin gerçekten var olup olmadığı ve tahrikin derecesi hakimin takdirinde olup, kararın gerekçesinde kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve hangisinin yekdiğerine üstün tutularak kabul edildiğinin açıklanması gerekir. Tahriki oluşturan eylemin mutlaka faile yöneltilmiş olması gerekmez. Tahriki oluşturan fiil olumlu ya da olumsuz bir hareket olabileceği gibi failde öfke ve elem uyandırabilecek bir işaret, alaylı bir bakış, yazı ve resim gibi çeşitli davranışlar olarak ortaya çıkabilir.[28]

2- Bu Fiil Haksız Olmalıdır: Eylemin haksız olması koşulunu, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde ifadesini bulan *'Haksız Fiil'* kavramından ayrı tutmak gerekir.[29] Öte yandan eylemin ceza kanunlarında suç olarak vasıflandırılmasının bir önemi de bulunmamaktadır. Haksızlıktan anlaşılması gereken, eylemin toplum düzenince tasvip edilmeyen ve failde öfke veya ağır bir eylem yaratacak nitelikte olmasıdır. Haksız eylemin yalnızca bir davranış, aktif bir hareket olması da gerekmez. Haksız eylem,

---

(24) Noyan, age, s.193

(25) Erem, age, s.53

(26) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, age, s.699

(27) Bkz. Yargıtay 2. C.D- 18.04.2007-517/5594 sayılı karar. (Yalvaç, age, s.248)

(28) Parlar-Demirel, age, s.1031

(29) Tutumlu Mehmet Akif, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, Adil Yayınevi, 1. Basım, Ankara, Kasım 1999, s.24

sayısız biçimlerde ortaya çıkabilir: Hakaretimiz bir söz, yazı, resim, karikatür, işaret ya da mimik; basit etkili eylem; korumasız küçük bir çocuğa uygulanan şiddet; haksız rekabet; alaycıl bir gülüş; sarkıntılık, ırz ve namus değerlerine yönelen eylemler; bireyin saygınlığını zedeleyen davranışlar gibi.[30] Ancak toplumsal davranışlara aykırı her eylem de failde tahrik etkisi yaratsa bile haksız sayılamaz. Yani eylemin haksızlığı yalnızca failin psikolojik dünyasına veya karakterine göre ölçülemez. Örneğin, fail bir yakınının yoldan geçerken kendisine selam vermemesine öfkelenen bir karaktere sahip olsa bile, mağdurun selam vermemesi şeklindeki davranışı haksız bir eylem sayılmaz. Haksızlık nitelemesinin genel kanıya göre kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Mağdurun bir hakkını kullanması ya da görevini ifa etmesi de failde hiddet veya şiddetli eleme neden olsa bile haksız olmadığından, haksız tahrik hükmü uygulanmaz.

Fiilin haksız olması ve failde tahrik etkisi yaratması tek başına o fiille değil, çeşitli koşullarla birlikte değerlendirilebilir. Örneğin *"beni öldür"* demesi üzerine mağduru öldüren failin haksız tahrik altında kalarak fiili icra ettiği kabul edilemez. Zira, burada haksız tahrik koşulları oluşmamıştır. Mağdurun hukuk düzenince tasvip edilmeyen haksız bir fili söz konusu değildir. Ancak mağdurun bu sözlerinin fail üzerinde rahatsızlık yaratacak boyuta gelmesi halinde, fail haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir. Örneğin, gece geç saatlerde her gün mağdurun faili arayarak bu sözü sarf etmesi fail üzerinde rahatsızlık yaratabilecek nitelikte haksız bir fiildir. Fail bu durumda hiddetlenerek mağdura karşı öldürme suçunu işlediğinde haksız tahrik hükmünden faydalanabileceği kabul edilmelidir. Ancak böyle bir olayda hakim, mağdurun fiilinin haksızlık derecesini ve fail üzerinde bırakacağı psikolojik etkiyi gözeterek cezanın indirim oranını tayin edecektir.

Yargıtay bir kararında, dedikodulara dayanarak maktuleyi öldüren sanık hakkında, dedikoduların maktule tarafından çıkarıldığına dair delil bulunmadığı, maktuleden kaynaklanıp, sanığa yönelen haksız tahrik teşkil edecek bir söz ve haksız davranış bulunmadığı halde, tahrik hükümleri uygulanmasını bozma nedeni saymıştır.[31]

3- Haksız Fiil Hiddet veya Şiddetli Eleme Neden Olmalıdır: TCK'nın 29. maddesinde tahrike neden olan psikolojik haller, *"hiddet"* veya *"şiddetli elem"* olarak kabul edilmiştir. Hiddet sözlükte *"öfke, kızgınlık"* anlamına gelip elemin sözlük anlamı ise *"acı, üzüntü, dert, keder"* şeklindedir.[32] 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde ise tahrike neden olan psikolojik haller *"gazap"* veya *"şedit bir elem"* şeklinde kabul edilmişti.

---

(30) Tutumlu, age, s.25

(31) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-15.05. 2007-2006/2556-2007/3738 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.604)

(32) http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx e.t:16.05.2009

Buhranı doğuran şiddetli bir gazap heyecanını ifade eden hiddet ile ruhi bir çöküntüye delalet eden şiddetli elem arasındaki fark kesin olarak anlaşılamamakta, sadece nazari psikolojide mevcut bir ayırım olarak görülmektedir. Ancak bir enerji artışı ve gazap halini ifade eden *"hiddet"* durumunda, failin suç işleyebileceği kabul edilebilirse de, daha ziyade psikolojik bir iktidarsızlık, bitkinlik ifade eden *"elem"*in etkisindeki kimsenin suç işlemesi mümkün değildir. Bu sebeple kanundaki elem halini buhrana (bunalıma) dönüşen bir psikolojik durum olarak kabul etmek gerekir. O halde, hiddet ve şiddetli elem aynı neticeyi (buhran) doğurmak suretiyle kişiyi suça sevk etmektedir.[33]

4- Suç Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında İşlenmiş Olmalıdır: Fail içinde bulunduğu psikolojik halin etkisiyle bir tepki suçu işlemiş olmalıdır. Yani failde oluşan hiddet veya şiddetli elem ile işlenen suç arasında bir nedensellik bağı olmalıdır. Herkesin ruhsal yapısı birbirinden farklı olduğundan, eylemin hiddet veya şiddetli bir eleme neden olup olmadığı her olayda ve kişide ayrı ayrı irdelenmelidir. Her haksız eyleme karşı kişinin öfke ve üzüntü içine gireceği yolunda öncel bir mantık kuralı bulunmamaktadır.[34] Ayrıca kişinin içinde bulunduğu koşullara ve ruhsal duruma göre aynı eylemin tahrik niteliği de zamana göre değişebilir.

Haksız eylemin fail üzerinde hiddet veya şiddetli elem etkisi zamana yayılabilir niteliktedir. Meşru savunma sebebinden faydalanmak için fail haksız saldırıyı o anda defetme zorunluluğunda iken, haksız tahrik halinde böyle bir zorunluluk yoktur. Zira madde metninde de böyle bir şart aranmamıştır. Önemli olan failde o psikolojik hallerin etkisinin devam ediyor olmasıdır.

Suçun hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmiş olması koşulu doğal olarak suçun tahrike sebebiyet veren kişiye yönelik işlenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu hususun ayrı bir koşul olarak incelenmesi gerekli görülmemiştir.

---

(33) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, age, s.707
(34) Tutumlu, age, s.31

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İNSAN ÖLDÜRME SUÇUNDA TAHRİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI İLE İLGİLİ ÇEŞİTLİ DURUMLAR

1- İlk Haksız Hareketi Taraflardan Hangisinin Yaptığının Belirlenememesi: Süreklilik gösteren Yargıtay kararlarına göre iki tarafın da saldırı halinde bulunduğu, saldırıda kullanılan silahların eşit veya birbirine denk olduğu durumlarda her iki taraf lehine de tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.[35] Ceza yargılamasında *"şüpheden sanık yararlanır"* ilkesi gereği, ilk haksız hareketi hangi tarafın yaptığının belirlenememesi halinde fail lehine haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, taraflardan hangisinin olaya sebebiyet verdiğinin belirlenemediğinin kabulü karşısında sanık yararına haksız kışkırtma hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.[36]

2- Cezada İndirim Oranlarının Belirlenmesi: 765 sayılı TCK'da tahrik, hafif ve ağır tahrik olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Uygulamada hafif tahrik olarak kabul edilen haller sövme, tehdit, el kol hareketi yapma, tokat atmak, omuz vurmak, sarkıntılık, sataşma gibi hallerdi. Toplu saldırı, eşin zinası, yakınlarının öldürülmesi, büyük boyutlu ekonomik zararlar gibi haller ise ağır tahrik nedeni sayılmaktaydı. Ağır tahrikin varlığı halinde cezada daha fazla indirim öngörülmüştü. 5237 sayılı TCK'da ise hafif-ağır tahrik ayrımı kaldırılmıştır. İndirim oranlarını uygularken olayın oluş şekline ve koşullara göre hakim takdir hakkını kullanacaktır. Yargıtay bir kararında, maktulün *"senin gibi köpeğin kızını ağbim almış teşekkür etmesi gerekir"* şeklinde sözlerinin 765 sayılı TCK döneminde hafif tahrik kabul edildiğine değinerek, bu tür davranışlar nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi uyarınca verilecek cezanın üst hadde yakın olması gerektiğini belirtmiştir.[37] Yargıtayın hangi davranışlarda indirimin asgari düzeyde olması gerektiği hususundaki sınıflandırması da 765 sayılı TCK dönemindeki yerleşmiş içtihatlarına göre devam etmektedir. Yargıtay resmi olmayan evlilik sürecinde imam nikahlı eşiyle cinsel ilişkiye giren kişiyi öldüren sanık için haksız tahrik nedeniyle yapılacak indirimin asgari düzeyde olması gerektiğini belirtmiştir.[38] Yargıtay küfür, hakaret içeren sözlerin ise ancak basit derecede tahrik oluşturduğuna ve üst sınıra yakın bir ceza verilmesi gerektiğine karar vermektedir.[39]

---

(35) Ekinci Mustafa-Özcan Şerafettin, Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları-Eski ve Yeni Türk Ceza Kanunlarına Göre Kıyaslamalı, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2004, s.460

(36) Bkz. Yargıtay 4. C.D.-08.05.2007-1424/4325 sayılı karar (Yalvaç, age, s.247)

(37) Bkz. Yargıtay 1. C.D.- 29.11.2007-8387/8962 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.596)

(38) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-23.07.2007-2006/3570-2007/6139 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.600)

(39) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-20.07.2007-2006/3580-2007/6123, 25.05.2007-3330/4110 sayılı kararları (Yalvaç, age, s.601, 603)

Hakim takdir hakkını kullanırken, yasal gerekçelerini göstermek suretiyle tarafları tatmin etmek, denetime olanak sağlamak, hak nesafet ve adalet kurallarını gözetmek zorundadır. TCK'nın 29. maddesi gözetilerek tahrikte indirim oranı belirlenirken adalet ve nesafet kuralları haksız hareketin şekli, niteliği ve boyutları göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.[40] Haksız tahrik oluşturduğu kabul edilen davranışlar nedeniyle ceza adaletinin sağlanması açısından hak ve nesafet kuralları gereğince alt ve üst sınırlar arasında makul bir oranda indirim yapılması gerekir.[41] Yargıtay bir kararında, sanığın gelini olan mağdurun evi terk etmesinden kaynaklanan haksız tahrik nedeniyle yapılan indirimin hak ve nesafete aykırı şekilde üst sınırdan yapılması suretiyle eksik ceza tayinini bozma nedeni saymıştır.[42]

Tahrikin varlığını ve cezada yapılacak indirimi değerlendirirken haksız hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği ve zamanı ile tahrik edenin ve edilenin durumları ve yöresel koşullar dikkate alınmalıdır.[43]

Sanık haksız tahrikin varlığını ileri sürmese bile, bu husus yargılamada ortaya çıktığında fail haksız tahrik hükmünden yararlandırılmalıdır.[44] Nitekim Yargıtay bir kararında, maktulün, olaydan onbeş gün önce sanığın kardeşini bıçakla yaraladığı, sanığın da bu olayın yarattığı öfke ve üzüntünün etkisiyle suçu işlediği anlaşıldığı halde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmamasını bozma nedeni saymıştır.[45]

3- Haksız Tahrik-Tasarlayarak Adam Öldürme Suçu: Haksız tahrik ve tasarlama birlikte uygulanabilir mi? Bu soruya verilecek yanıt, tasarlamanın hukuki esası hakkında benimsenecek görüşe göre değişecektir. Tasarlamanın esası *"soğukkanlılık"* ise, bir heyecan haline tekabül eden haksız tahrikin taammüd ile bağdaşmaması gerekir. Buna karşın tasarlamayı *"plan kurma"*da ararsak, haksız tahrikin tasarlama ile bir arada bulunması mümkündür.[46]

Tasarlayarak adam öldürme ile tahrikin bağdaşabileceği Ceza Genel Kurulunun 20.10.1998 gün 250/325 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.[47]

---

(40) Ekinci -Özcan, age, s.461

(41) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-20.11.2007-2006/6074-2007/8577, 21.03.2007-1644/1760 sayılı kararları (Yalvaç, age, s.597, 605)

(42) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-23.02.2007-230/732 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.631)

(43) Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.06.2004-2004/(1)117-2004/148 vs. kararları (Noyan, age, s.194)

(44) Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.06.2003-2003/(1)143-2003/183 sayılı kararı (Noyan, age, s.193)

(45) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-13.02.2007-3429/375, 24.01.2007-2006/4373-2007/37 sayılı kararları (Yalvaç, age, s.609, 611)

(46) Polat, A. Zeki, Adam Öldürme Suçları, Alfa Yayınları, Mart 1999, s.102

(47) Bakıcı, age, s.558

Yargıtay bir kararında ise, sanığın olaydan uzun zaman önce mağdurun cinsel saldırısına uğramasının yarattığı ağır ve haksız tahrik altında kalarak, olaydan 3 ay önce silah temin etmesi ve mağduru öldürmeye karar vermesi, fırsat kollaması sonucu, olay günü yol üzerinde etkili mesafeden tabanca ile ateş ederek öldürmeye kalkışması olayında eylemin tasarlayarak öldürmeye kalkışma suçunu oluşturduğunu belirtmiştir.[48] Yargıtay bir başka kararında da, baldızıyla evlenmek istediğinde bu isteğe karşı çıkıp bıçakla üzerine yürüyen maktulü, olaydan bir hafta önce öldürmeye karar veren sanığın, vurma kararından caymaksızın fikrinde sebat ve ısrar ederek gece evinin bahçesinde beklediği maktulü öldürmesi olayında tasarlayarak adam öldürme suçunun oluştuğu ve sanık lehine haksız tahrik hükmü de kurulması gerektiğine karar vermiştir.[49]

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin süreklilik kazanan içtihatlarına göre öldürenin öldürülmesi hallerinde kan gütme saiki geçerli olmayacak, tasarlayarak insan öldürme suçu oluşacak ve haksız tahrik hükmü de uygulanabilecektir.[50]

4- Haksız Tahrik-Kan Gütme Saikiyle Adam Öldürme Suçu: Kan gütme saikiyle insan öldürme, daha önce ailesinden veya akrabalarından birisi öldürülen kişinin kan bedeli olarak öldürme suçunu işleyen kişiyi veya o kişinin ailesinden birisini öldürmesi veya öldürtmesidir. Burada kişiler kendilerince adaleti sağladıklarını düşünmekte ve devletin yargı organına ait cezalandırma yetkisini intikam duygusuyla kendileri kullanmaktadır. Çoğu zaman hiçbir suça karışmamış kişiler de sırf öldürenin yakını olduğu için masum olmasına rağmen öldürülmekte ve bu ilkel, feodal anlayışa dayalı haksız eylemler uzun bir zamana yayılarak sürüp gitmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin (j) bendinde *"kan gütme saiki"* ile adam öldürme suçunun cezası *"ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası"* olarak belirlenmiştir. Madde gerekçesinde, bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtayımız; kan gütme şiddet sebebinin nedeni olan önceki öldürmenin cezayı azaltıcı sebep sayılamayacağı, yasanın şiddet sebebi saydığı bir halin, aynı zamanda cezayı indirici bir sebep olarak kabulünün çelişki oluşturacağına karar vermiştir: *"Kan gütme saiki ile işlenen suçlarda yasal indirimden, hatta bu gerekçe ile takdiri indirimden dahi söz edilemez. Kanun kan gütmeyi özel bir ağırlatıcı sebep olarak kabul etmiş olduğundan artık bu halin ayrıca hafifletici bir sebep sayılması mümkün değildir".*[51]

---

(48) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-03.10.2007-2006/4672-2007/7131 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.626)

(49) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-04.12.2006-383-5380 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.613)

(50) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-29.11.2006-1375/5321, 01.03.2006-2004/1413-2006/388, 04.12.2006-5354/5382 06.06.2007-1819/4646 sayılı kararları (Yalvaç, s. 628, 633)

(51) Polat, age, s.126

Yargıtay yakın tarihli bir kararında da, intikam duygusuyla ve kan gütme saikiyle sanıkların bir kişiyi öldürdüğü ve bir kişiyi de öldürmeye teşebbüste bulunduğu olayda, maktul ve mağdur müdahilden kaynaklanan sanıklara yönelik haksız tahrik teşkil eden herhangi bir söz ve davranışın bulunmadığı gerekçesiyle haksız tahrik hükmünü uygulamamıştır.[52]

Bazı suçlarda suçun niteliği gereği haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Örneğin kan gütme ile adam öldürme suçunda, yakının öldürülmesi haksız tahrik sayılamaz. Zira yakının öldürülmesi nedeniyle suçun işlenmesi ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bu nedenin aynı zamanda yasal indirim nedeni olması olanaksızdır.[53]

Kan gütme saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.[54]

Bir görüşe göre, her öç alma duygusunun özünde tahrik bulunduğundan, kan davası olaylarında da koşulları gerçekleştiği takdirde haksız tahrik indirimi yapılabilir.[55] Kanaatimizce, kan gütme saikiyle insan öldürme suçu, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden sayılarak en ağır ceza yaptırımına bağlanmışken, haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilirliği birbiriyle çelişkili olacaktır... Yakını öldürülen bir kişinin hiddet ve elemin etkisi altında olacağı aşikardır. Bu durumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilirse, o halde bu suçu işleyen herkes lehe olan bu hükümden faydalanabilecektir. Bu da kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Önemli olan hakimin saiki araştırması ve belirlemesidir. Kan davası olan iki aileden bir kişi pekala bu saik dışında bir nedenle de öldürülmüş olabilir. İşte o halde haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Zira bu durumda kan gütme saiki yoktur.

5- Haksız Tahrik-Töre Saikiyle Adam Öldürme Suçu

(Namus Cinayeti): 765 sayılı TCK'nın uygulandığı dönemde Yargıtay bazı kararlarında hiçbir haksız hareketi olmayan kişiye yönelik eylemlerde haksız tahrik indirim nedeninin uygulanmasını kabul etmezken; bazı kararlarında *"töre"* ya da *"namus"* cinayetleri olarak adlandırılan kasten öldürme ya da kasten yaralama suçlarında aslında hiçbir haksız hareketi olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirilen eylemlere haksız tahrik indirim nedenini uygulamıştır.[56] 765 sayılı TCK m. 462'de *"Zina veya gayrimeşru cinsel ilişki esnasında adam öldürme veya müessir fiil"* suçu söz konusu ise mağdurun cezası belli bir oranda indirilmekteydi. Bu hüküm, belli bir suç

(52) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-02.04.2007-2006/1775-2007/2250 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.630)

(53) Bakıcı, age s.559

(54) Bkz. Yargıtay 1. CD. 27.02.2006 gün ve 2005/2974-2006/311 sayılı kararı (Noyan, age, s.195)

(55) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, age, s.693

(56) Yıldız Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz 2007, s.61

tipinde ancak belli kişiler yönünden söz konusu olduğundan *"özel bir haksız tahrik"* hali olarak kabul edilmekteydi. Maddede geçen *"gayri meşru cinsel ilişki"* ifadesinin belirsizliği, kadın ve erkeğin zinasını düzenleyen hükümlerin Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiş olması ve cezanın genel tahrik hükmüne oranla daha fazla indirilmesi nedeniyle m. 462 hükmü eleştirilmekteydi. Nitekim bu hüküm, 15. 07. 2003 tarih ve 4928 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştı.[57] 5237 sayılı TCK'da bu hükme yer verilmemiştir.

Belirtmek gerekir ki, *"töre saiki"* ve *"namus saiki"* kavramları birbirinin aynı değildir. İhtiras cinayeti olarak nitelendirilen *"namus saikiyle"* öldürmeler, erkeğin kadın üzerindeki iktidarının sürdürülmesi için gerçekleştirilirken; *"töre saikiyle"* işlenen öldürmeler daha çok feodal yapıda, aşiret içi ya da aşiretler arasında, aşiret sisteminin ve feodal yapının sürdürülmesi için gerçekleştirilmektedir.[58]

5237 sayılı TCK'ya göre haksız tahrikin varlığından bahsedebilmek için, hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle *"töre veya namus cinayeti"* olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.[59] Komisyon 29. maddenin gerekçesinde, maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla failin haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağını belirtmiştir: *"Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır".*[60]

Töre nedeniyle adam öldürmede, öldürülen kızın haksız bir eylemi olmayıp ona karşı üçüncü kişi tarafından haksız bir davranışta bulunulmuştur. Mağdura cinsel saldırıda bulunan kişiye karşı işlenen suçta haksız tahrik hükmü tartışmalıdır.[61]

Kanaatimizce, cinsel saldırıya uğrayan mağdura yönelik işlenen öldürme suçunda, mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiil söz konusu olmadığından fail lehine haksız tahrik hükümleri söz konusu olamaz. Zira aynı husus hem cezayı artırıcı hem de hafifletici neden olarak kabul edilemeyeceğinden, TCK'nın 82. maddesinin (k) bendi ile töre saiki ile adam öldürme fiili ağırlatıcı neden olarak kabul edildiğinden bu nedenle tahrik hükümleri uygulanamaz. Ancak öldürme suçu cinsel saldırıda bulunan

---

(57) Aydın, age, s. 245

(58) Yıldız, age, s. 175

(59) Bakıcı, age, s. 556

(60) Özmen Remzi, Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Ankara 2004, s.124

(61) Bakıcı, age, s. 558

kişiye karşı ve bu fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenirse, haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Zira cinsel saldırı haksız bir fiildir. Fail üzerinde hiddet veya şiddetli elem etkisi yaratması kuvvetli bir fiildir. Kanun koyucunun töre saiki ile adam öldürme suçunu ağır yaptırıma bağlaması, cinsel saldırıya uğrayan mağdura yönelik öldürme suçunun önüne geçmek içindir, yoksa saldırıda bulunan kişiyi korumak için değildir.

6- Haksız Tahrik-Meşru Müdafaa: Haksız tahrik ile meşru müdafaa hükümleri uygulamada sıklıkla karşı karşıya gelen ancak birbirinden farklı hükümlerdir. Haksız tahrik halinde failin eylemi yine suç sayılmakta ancak cezada indirim uygulanmaktadır. Meşru müdafaa halinde ise failin eyleminde *"hukuka aykırılık"* unsuru gerçekleşmediğinden suç oluşmamakta ve dolayısıyla fail cezalandırılmamaktadır.

Mağdur tarafından yapılan saldırının failde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle mi, yoksa failin içine düştüğü savunma zorunluluğundan dolayı mı karşı fiilin icra edilip edilmediğinin tespiti, bu ayırımdaki kilit noktayı oluşturur. Saldırıyla eş zamanlı savunma varsa ve bu savunmanın yapılması o an için korunması gereken hukuki yararlar bakımından zorunlu ise, meşru savunmanın varlığı kabul edilmelidir. Oysa haksız tahrikte, tamamlanmış bir haksız fiil var ve fail hukuki yararı korumak amacıyla zorunluluk içinde bulunmamakla birlikte duyduğu hiddet veya elemin etkisi altında kalarak tepkisini ortaya koymakta ve suç işlemektedir.[62]

Yargıtay bir kararında, kendisine sopayla saldırarak yaralaması üzerine bu olayın yarattığı ağır tahrik altında mağdura tabancası ile ateş ederek yaralayan sanığın eyleminin *"ağır tahrik altında adam öldürmeye teşebbüs niteliğinde olduğunu"*, olayda meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediğini belirtmiştir.[63] Yargıtay 2. Ceza Dairesi de bir kararında, sanık lehine tahrik hükümleri uygulanması gerekirken, mahkumiyet yerine koşulları oluşmadan yasal savunma halinin uygulanmasını bozma nedeni saymıştır.[64]

7- Haksız Tahrik - Taksirle Öldürme Suçları: Taksirle öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını savunan görüşe göre, tahrik eylemine maruz kalan failin TCK m.29'dan faydalanabilmesi için bizzat tahrikçiye karşı bilerek ve isteyerek tepki göstermesi lazımdır. Halbuki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde gerçekleşen taksirli suçlarda, tahrike maruz kalan failin kusurlu

(62) Şen Ersan, age, s.96
(63) Bkz. Yargıtay 1. C.D.-30. 05. 2007-5331/3409 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.602)
(64) Bkz. Yargıtay 2.C.D.-14.03.2007-1156/2267 sayılı kararı (Yalvaç, age, s.251)

bir hareketi bulunmakla birlikte, neticeye yönelik kastı yoktur.[65] Yargıtay da bu görüşe uygun içtihatlarda bulunmuştur. Yargıtay 1. Ceza Dairesi bir kararında, taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.[66] Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesi, sanığın hasmını hedef alıp ateş ettiği istikamette kendi babası olan maktulün de bulunduğunu görmesine ve onu da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen, babasını sakınmadan yaptığı ateşler sonucu onu vurup öldürmesinde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağını öngörmüştür.[67]

Aksi fikirde olan müelliflere göre ise, yasada haksız tahrikin sadece kastlı suçlara mahsus bulunduğunu belirten bir düzenleme yoktur. Bilakis bu müessese buhran halinde işlenen fiillere tatbik edilmek üzerek TCK'nın genel hükümleri arasında yer almıştır.[68] Bu nedenle iştirak ettiğimiz görüşe göre şartları oluşmuşsa, taksirle öldürme suçlarında da fail haksız tahrik ceza indiriminden yararlandırılabilir.

KAYNAKÇA

1- Aldemir Hüsnü, Gerekçeli ve Karşılaştırmalı Yeni 5237 Sayılı TCK, 5231 Sayılı CMK, 5275 Sayılı CGİK, Kartal Yayınevi, Ankara 2005.

2- Artuk M.Emin-Gökcen Ahmet-Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi 3. Bası, Ankara Ekim 2007.

3- Artuk-Gökcen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler Madde 1-36, 1. Cilt, Ankara 2009.

4- Aydın Devrim, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHFD 2005, C.54 S.1.

5- Bakıcı Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

6- Ekinci Mustafa-Özcan Şerafettin, Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları-Eski ve Yeni Türk Ceza Kanunlarına Göre Kıyaslamalı, Adalet Yayınevi, Ankara Kasım 2004.

7- Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C:1 Genel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 12. Baskı, Ankara 1984.

8- İçel -Özgenç -Sözüer -Mahmutoğlu-Ünver, İçel Suç Teorisi, Sebat Yayıncılık, İstanbul 1999.

9- Mercan Necati, Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

---

(65) Artuk-Gökcen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, age, s.694
(66) Bkz. Yargıtay 1. CD.-16.05.2007-2703/3776 sayılı kararı. (Yalvaç, age, s.246)
(67) Bkz. Yargıtay 1. CD.-30.11.2006-2006/2623-5280 sayılı kararı. (Yalvaç, age, s.613)
(68) Artuk-Gökcen-Yenidünya

10- Noyan Erdal, Ceza Davası, Adalet Yayınevi.

11- Özmen Remzi, Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

12- Parlar Ali-Demirel Güleç, Açıklamalı-İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

13- Polat, A. Zeki, Adam Öldürme Suçları, Alfa Yayınları, Mart 1999.

14- Şen Ersan, *"Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler"* adlı makalesi, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, İstanbul Nisan 2008.

15- Tutumlu Mehmet Akif, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, Adil Yayınevi, 1. Basım, Ankara, Kasım 1999.

16- Yalvaç Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

17- Yıldız Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz 2007.

18- http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx e.t: 09.05.2009

HIRSIZLIK SUÇUNDA DAHA AZ CEZAYI GEREKTİREN HALLER ve DEĞER AZLIĞININ UYGULAMASI

Özcan ÖZBEY*

A. Daha Az Cezayı Gerektiren Hâller

MADDE 144 - (1) Hırsızlık suçunun;

a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde,

b) Bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

İşlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (Sulh Ceza Mahkemesi)

GEREKÇE:

Madde metninde, hırsızlık suçunun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren hâlleri tanımlanmıştır.

(a) bendinde müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan bir malın çalınması durumu düzenlenmiştir. Suçun bu şeklinin oluşması için failin malın hukukî durumunu bilmesi gerekir.

Keza, (b) bendinde, hırsızlık suçunun bir hukukî ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi, bu suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren bir hâl olarak kabul edilmiştir.

Bu iki hâlde de soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdurun şikâyetine tabi tutulmuştur.

Maddenin 765 sayılı TÜRK CEZA KANUNU'ndaki karşılığı

Madde 494 - (Değişik: 06.06.1991 – 3756/14 md.)

Hırsızlık;

1. Geçici olarak kısa bir süre kullanılıp zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan veya iade edilmek üzere alındığı açıkça anlaşılan ve ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmiş olmayan özel bir ulaşım aracı,

2. Failin müşterek veya iştirak halinde mülkiyetine sahip olduğu mal,

3. Zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir mal,

---

(*) Yargıtay 6. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi

4. Hasadı veya bozumu yapılmış veya mahsulü toplanmış olmakla beraber henüz tamamı ile kaldırılmamış olan tarladaki başaklar veya bağ kütüklerinde yahut ağaçlarda kalmış mahsuller,

Hakkında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

Madde 308 - Bir kimse Hükümete müracaata muktedir olduğu ahvalde iddia eylediği bir hakkı istihsal maksadiyle eşya üzerinde kuvvet sarfiyle kendiliğinden hakkını ihkak ederse otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

Eğer fail eşya üzerine değil de şahıslara karşı tehdit veya şiddet istimal etmiş olursa bir aydan bir seneye kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahküm olur.

Şiddet silah ile veya dövmek veyahut yaralamak ile vuuka gelirse işbu dövmek veya yaralamaktan dolayı 456. maddenin birinci fıkrasında beyan olunan ahvalden daha ağır bir netice husule gelmediği takdirde hapis iki aydan ve ağır cezayı nakdi kırk liradan aşağı olamaz.

Cürmün faili hakkını ispat ederse göreceği cezanın dörtte üçü kadarı indirilebilir.

Resen takibi iktiza eden diğer bir cürüm dahi birlikte irtikâp olunmamış olmak şartiyle bu maddede beyan olunan cürümden dolayı takibat icrası şahsi dava ikamesine bağlıdır.

a. Hırsızlık Suçunun Paydaş Veya Elbirliğiyle Malik Olunan Eşya Üzerinde İşlenmesi

YTCK'nın 144/1-a maddesiyle 765 sayılı TCK'nın 494/2. maddesi benzer şekilde, müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan bir malın çalınması hususu, basit hırsızlığa göre daha az cezayı gerektirir biçimde düzenlenmiştir. İki madde arasında verilecek hapis cezaları açısından bir fark olmamakla birlikte, YTCK ile hapis cezasına alternatif olmak üzere adli para cezası da öngörülmüştür.[1]

Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesine göre, *"paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir."* Bu Yasa hükmünden çıkan anlam, paylı mülkiyete konu eşya üzerindeki mülkiyet hakkının paylı olarak birden çok kimseye ait bulunmasıdır. Bu durumda, paylı mülkiyet *"bir eşya veya mal üzerindeki mülkiyet hakkının paylı olarak birden çok kişiye ait olması durumudur"* biçiminde tanımlanabilir.[2]

(1) Mustafa Artuç, Mal Varlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 82.

(2) Mustafa Reşit Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Arıkan Y.Evi, İst. 2007, s.109.

Paylı mülkiyet bir hukuki işlemden meydana gelebileceği gibi, Yasa hükmünden, ihale veya mahkeme kararından da meydana gelebilir. Örneğin, birden çok kişinin birlikte eşya satın alması ya da kendilerine bağış veya vasiyet yapılması durumunda paylı mülkiyet hukuksal işlemden, TMK'nın 746. maddesi gereğince karışmış ya da birleşmiş eşyalar üzerindeki mülkiyet Yasa hükmünden, satış vaadi sözleşmesi sonrası birden fazla kimse adına taşınmazın tescil edilmesi durumunda mahkeme kararından doğan bir paylı mülkiyet söz konusudur. Paylı mülkiyette, eşya henüz taksim edilmemiştir ve pay sahibinin payına düşen kısım da belli değildir. Sadece hangi payda malik olduğu bellidir. Paydaşlardan her biri payını diğerlerinden bağımsız olarak devredebilir, rehin verebilir, hacze tabi tutabilir.[3]

Elbirliğiyle ortaklık ise, Türk Medeni Kanunu'nun 701. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliğiyle mülkiyettir. Elbirliği mülkiyetinde, ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı ortaklığa girilen malların tamamına yaygındır. Elbirliği mülkiyeti, birden çok kişi arasında meydana gelen kişisel bağa dayanır. Örneğin, mirasçıların tereke malları üzerindeki elbirliği mülkiyetine sahip olmaları, ölüm olayının meydana getirdiği bir kişisel bağa dayanır. Ancak, bu ortaklık tüzel kişiliğe sahip değildir. Ayrıca, elbirliğiyle mülkiyet, Yasa tarafından hangi hallerde oluşacağı açıkça belirtilmiştir. Öyle ki karı koca arasındaki mal ortaklığı, adi şirket, aile şirketi malları ve birlikte mirasçılık durumları dışında bir elbirliği mülkiyeti oluşturulamaz, meydana getirilemez. Elbirliği mülkiyetinden malikler paydaş değil, ortaktır. Bu mülkiyette maliklerin belli mülkiyet payları, ayrılmış değildir. Elbirliği mülkiyetinin konusunu oluşturan eşya için meydana gelen borçlanmalardan, ortaklar müteselsilen sorumludurlar.[4]

Yukarıda da açıklandığı üzere bu nitelikli halde suçun konusu, paydaş veya elbirliğiyle malik olunan eşyadır. Fail ve mağdur, bu eşyanın paydaş ve elbirliğiyle malikleridir. Ancak, tüm hırsızlık suçlarında olduğu gibi, bu nitelikli halde de suçun konusunun taşınabilir mal olması gerekir. Taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet, paylı veya elbirliğiyle mülkiyet olsa bile, hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz.

Bu suçun hareket unsuru da, taşınır malı zilyedinin rızası dışında bulunduğu yerden almaktır. Burada fail, paylı veya elbirliğiyle mülkiyete konu malın zilyedi değil, diğer paydaşı veya ortağıdır. Şayet bu eylem zilyet

---

(3) Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2006, s. 278.
(4) Karahasan, a.g.e., s. 259-260.

tarafından gerçekleştirilmişse, suç hırsızlık suçu değil, güveni kötüye kullanma suçu olarak isimlendirilecektir.[5]

Doktrinde bir kimsenin kendi payını geçmeyecek oranda, anılan nitelikteki bir eşyadan aldığında, hırsızlığın kişinin kendi malına karşı işlenemeyecek olması nedeniyle, bu suçun oluşmayacağı savunulmuş ise de,[6] bu düşünce kabul görmemiştir. Çünkü suçun unsurları arasında, failin malın paylı mülkiyete veya elbirliğiyle mülkiyete konu olduğunu bilmesi gereği bulunmaktadır. Fail, taşınır malın yalnızca kendisine ait olmadığını, başkalarıyla paydaş ve ortak olarak bu malın mülkiyetini paylaştığını bilerek malı faydalanmak amacıyla bulunduğu yerden alırsa, YTCK'nın 144/1-a maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun oluşacağını düşün-mekteyiz.[7] Ancak, Yüksek Mahkeme son dönemlere kadar aksi görüştedir.[8]

Paylı veya elbirliğiyle mülkiyet halinde, sahip olunan bir malın ortak veya paydaş olmayan kimseler tarafından zilyedinden alınması halinde, YTCK'nın 144. maddesinde düzenlenen hal değil, 141 ve 142. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu oluşacaktır.[9]

Hırsızlık suçu birden fazla kimsenin iştirakiyle işlendiğinde, bu indirim sebebinden yalnızca o mala paydaş olan kimseler yararlanır. Diğer faillerin bu indirim sebebinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.[10]

---

(5) Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s. 326.

(6) Durmuş Tezcan/Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 509; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s. 280.

(7) Aynı yönde, Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. 4, İstanbul 5.Bası, sh.581

(8) Sanığın müşterek hissedar olduğu tapulu araziden diğer müştereklerin iznini almadan suça konu 13 adet ağacı kestiğinin anlaşılmasına göre konusunda uzman orman mühendisi eşliğinde keşif yapılıp, saha üzerinde kesilen ve dikili halde bulunan bütün ağaçların miktarları ve vasıfları belirlenip, her hissedara isabet eden miktar nazara alındığında sanık tarafından kesilen miktar ile diğer hissedarların hisselerine tecavüz olup olmadığı tespit edilerek; ancak tecavüzün mevcut olması halinde eylemin TCK'nın 494/2. maddesinde belirtilen hırsızlık suçunu oluşturacağı, aksi halde eylemin orman olmayan yerlerden ormanlarda yetişen ağaç cinsinden emval kesmek suçunu oluşturup 6831 sayılı Yasanın 116/B maddesi delaleti ile 109. maddesiyle cezalandırılması gerekeceği gözetilmeden bu yönden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulmazı bozmayı gerektirmiştir. (3.CD'nin 8.5.2006 tarih ve 2006/1531-2006/4181 sayılı kararı) (Noyan, a.g.e., sh.372)

(9) Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e. s. 326; Aksi görüş, Necati Meran, Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara (2005), s. 60.

(10) Erdal Noyan, Hırsızlık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 370; Aksi görüşe göre, "144. maddenin (a) bendinde paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi öngörülen suçun, yalnızca paydaş veya elbirliği ile malik olan kimseler tarafından işlenebileceğini söylemek doğru olmaz. Çünkü, madde metninde suçun "paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde" işlenmesi öngörülmüş, failin yalnızca ortaklar olabileceğinden söz edilmemiştir." (Meran, Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları…sh.60)

b. Hırsızlık Suçunun Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağı Tahsil Amacıyla İşlenmesi

YTCK'nın 144/1-b maddesiyle, hırsızlık suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, faile daha az ceza verileceği öngörülmüştür. 765 sayılı TCK'nın 308. maddesinde kendiliğinden hak alma (ihkak-ı hak) suçu, bağımsız bir suç olarak düzenlenmişti. YTCK'da, bu şekilde bir bağımsız suça yer verilmemiştir. Bunun yerine hırsızlık (madde 144), dolandırıcılık (madde 159), sahtecilik (madde 211) ve yağma (madde 150) suçları yönünden, kişinin hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil veya ispat amacıyla eylemde bulunması, daha az cezayı gerektirir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden birisi de, hırsızlık suçunda yapılmıştır.

Maddede *"bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla"* dediğinden bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, aşağıdaki şartlar gereklidir;

- Failin mağdura yönelik bir alacak hakkı bulunması,
- Alacağın, hukuki ilişkiye dayanması,
- Hırsızlık eyleminin, hukuki ilişkiye dayanan bu alacağı tahsil amacıyla işlenmiş olması gerekir.

1. Hukuki İlişkiye Dayanan Alacak Kavramı

Hukuki anlamda alacak, bir edim ile yükümlü olan borçlunun şahsına karşılık alacaklılarının kullandığı bir haktır. Borç ilişkisinin içerdiği asıl alacak, alacak hakkıdır. Alacak hakkı, malvarlığına bağlı, geçici, herkese karşı değil, yalnızca borçluya karşı ileri sürülebilir, sayısı, içeriği, tip ve konuları sınırlı olmayan bir yararlanma hakkıdır.[11]

Bu alacak hakkının mutlaka para ile belirlenmiş olmasına gerek yoktur.[12] Ayrıca, bu alacak hakkı ekonomik bir değer ifade etmese bile, borç ilişkisinin konusu oluşturabileceğinden, maddede belirlenen alacağın içinde değerlendirilmesi uygun olacaktır. Örneğin, kendisine şehit olan babası tarafından gönderilen bir mektup hukuki ilişkiye dayanan alacak hakkına konu olduğunda, bu mektubun çalınması durumunda da, YTCK'nın 144. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir.[13]

Alacağın konusuyla, hırsızlık fiilinin konusunun aynı olması şart olmadığı gibi, değerlerinin eşit veya denk olmasına da gerek yoktur.[14] Örneğin, bir beyaz eşya dükkânında çalışan işçinin bir aylık maaşını

---

(11) Mehmet Nihat Kanbur, 'Kendiliğinden Hak Alma Fillerinin Yeni Türk Ceza Kanunun Bakımından Değerlendirilmesi', Ceza Hukuk Dergisi, Yıl 1, S. 2, Aralık 2006, s.74.

(12) Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. sh.509.

(13) Kanbur, a.g.m., s.74-75.

(14) Noyan, a.g.e., s.375; Kanbur, a.g.m., s.75.

alamaması nedeniyle dükkân sahibine ait arabayı çalması durumunda da bu nitelikli hal uygulanacaktır.

Bu nitelikli halin uygulanması için, faille mağdur arasında gerçek manada bir alacaklı ve borçlu ilişkisi bulunmalıdır. Burada iki sonuç çıkarılabilir.[15] Birincisi, borç ilişkisine gerçek anlamda taraf olmayıp alacak hakkına sahip olmayan kimse, bu nitelikli halden faydalanamaz.[16] İkincisi ise, borçlar hukukuna uygun olarak alacağın temliki veya borcun nakli kurumlarının gerçekleştiği durumlarda da, sonraki alacaklı bu hakkı ileri sürebileceği gibi, bu hak borcun nakli suretiyle borçlu hale gelen kimseye karşı da, ileri sürülebilir.

Mülkiyeti borçluya ait olan mal, hukuki bir nedenle başka birisinin zilyetliği altında ise, YTCK'nın 144. maddesindeki nitelikli hal uygulanmayacak, aynı yasanın 141 ve 142. maddelerine göre suçun vasfı belirlenecektir.[17]

İştirak halinde işlenen suçlarda, maddede öngörülen nitelikli halden yalnızca hukuksal ilişkiye dayanan alacak hakkının sahibi olan kimseler yararlanabilecektir. Bunun dışındaki kimseler açısından eylem, YTCK'nın 141 ve 142. maddelerindeki suçları oluşturacaktır.[18]

2. Alacağın Bir Hukuki İlişkiye Dayanması Zorunluluğu

Hukuki ilişki; hukuki olaylara konu oluşturan, hukuki sonuçlar doğuran ilişki olarak nitelendirilebilir. Ayrıca hukuki ilişki kavramı, hukuk düzeni tarafından korunan, geçerli kabul edilen ve hukuka uygun ilişkileri ifade eder.[19] Doktrinde hukuki ilişkinin hukuk tarafından korunan bir ilişki, alacağın da hukuk tarafından korunan bir alacak olması gerektiği belirtilmiş ve hukuken korunmayan yani meşru olmayan bir alacağın, bu nitelikli halden yararlanmayı sağlamamasını gerektiği vurgulanmıştır.[20] Örneğin, bir kimsenin çalışması karşılığında alacağı paranın ödenmemesi, emanet bırakılan eşyanın iade edilmemesi, ortak iş yapması nedeniyle sahip olduğu kar payının ödenmemesi, verdiği borcun geri verilmemesi durumlarında hukuki ilişkinin varlığından söz edilir.[21]

---

(15) Kanbur, a.g.m., s.75-76

(16) Karşı görüşe göre, "Bu durumda denge sağlamak gerekir. Aralarında miras ilişkisi sağlayacak derecede akrabalık bağı bulunan yakınlarının alacaklarını tahsil etmek amacıyla hareket eden failin hırsızlık eylemine daha az cezayı gerektiren bu maddenin uygulanması yerinde olacaktır. Bunların dışındaki kişilerin alacakları ise faile indirimden yararlanmayı sağlamamalıdırlar." (Noyan, a.g.e., sh.377)

(17) Kanbur, a.g.m., s.76

(18) Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. s.509.

(19) Kanbur, a.g.m., s. 77.

(20) Noyan, a.g.e., s. 376.

(21) Bu konuda kendiliğinden hak alma suçuyla ilgili ilginç bulduğumuz aşağıdaki kararı buraya almakta fayda görüyoruz. Kendiliğinden hak alma suçunda hakkın içeriği suçun oluşumu bakımından belirleyici unsur değildir. Resmi makamlara başvurularak takip edilebilecek her türlü hak iddiası bu suça konu olabilir. Dolayısıyla iştirak halinde mülkiyette de malikin diğer malike karşı bu suçu işlemesi

Bir hukuki ilişkiye dayanmayan, bu doğrultuda haksız fiilden kaynaklanan alacakların tahsili amacıyla yapılan hırsızlıkta bu bendin uygulanmayacağı ileri sürülmüştür.[22]

Kanaatimizce TKC'nın 144. maddesinde geçen hukuki ilişki, hukuka uygun olan her türlü ilişkiyi ifade etmek için kullanılmıştır. Başka bir deyişle, hukuka aykırı ilişkilerin dışında kalan her türlü ilişkiden doğan alacak, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu ilişkinin kanundan ya da sözleşmeden doğması arasında fark yoktur. Örneğin, bir kimse bir başkasını öldürtmek için kiralık katille anlaşıp ona parasını da vermesine karşın, anlaşılan kişi öldürülmezse, verdiği parayı almak amacıyla ondan hırsızlık yapılması veya kendisine uyuşturucu temin için verdiği parayı, uyuşturucuyu da getirmeyip parayı iade etmemesi nedeniyle, ondan hırsızlık yapılırsa, YTCK'nın 144. maddesinde düzenlenen bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Hukuka aykırı olmayan tüm ilişkiler bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Eksik borçların tahsili amacıyla hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, bu nitelikli hal uygulanacak mıdır? Doktrindeki ağırlıkta olan görüşe göre, eksik borçların hangi nedenden doğduğuna bakılmalıdır. Kumar ve bahisten doğan eksik borç, hukuki ilişkiden doğmaması nedeniyle, bu borcun tahsili amacıyla hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda, bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.[23] Ancak, evlenme tellallığından, ahlaki ödevlerden kaynaklanan borçlar ile zamanaşımına uğramış borç, hukuki ilişkiden kaynaklanması nedeniyle, bu şekilde doğan bir alacağın tahsili amacıyla hırsızlık yapıldığı durumlarda, YTCK'nın 144. maddesinde düzenlenen bu nitelikli hal uygulanacaktır.[24]

YTCK'nın 144/1-b maddesindeki hükmün uygulanması için, gerçek anlamda bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. Ancak, böyle bir hukuki ilişki olmamasına karşın, YTCK'nın 30/2. maddesinde belirlendiği gibi fail bir hukuki ilişki olduğu konusunda hataya düşerse veya bu hukuki ilişkiden kaynaklanan bir alacağının varlığı konusunda hataya düşerse, düştüğü hata YTCK'nın 30. maddesine uygun olmak koşuluyla, fail bu hatasından yararlanacaktır.[25] Yargıtay kendiliğinden hak alma suçunda bu

---

olanaklıdır. Bu nedenle, sanığın murisleri babalarından kalan ve müşteki kardeşinin oturmakta olduğu, iştirak halinde malik olduğu evdeki elektrik saatini söküp atmak şekilde gerçekleşen eylemi kendiliğinden hak alma suçunu oluşturur. (10.CD'nin 2.7.2002 tarih ve 2002/19755-2002/22197 sayılı kararı) (Noyan, a.g.e., sh.378)

(22) Ahmet Gündel, Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 38.

(23) Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e. s.323; Noyan, a.g.e., s.376.

(24) Kanbur, a.g.m., s.77-78; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e. s.323.

(25) İsmail Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. baskı C. 1, Malkoç Yayınevi, Ankara 2006, s. 991; Kanbur, a.g.m., sh.78-79; Aksi görüşe göre, "Gerçekte böyle bir hukuksal ilişki bulunmamasına rağmen failin böyle bir hukuksal ilişki bulunduğu düşüncesiyle malı alması durumunda bu hüküm uygulanmaz." (Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. s.509); Başka bir görüşe göre ise, "Hukuki ilişkinin varlığı zorunludur. Bu nedenle, alacağın dayandığı hukuki ilişkide hata korunmaz.

suçun gerçekleşmesi için, failin hak sahibi olduğu inancıyla eylemi yapmasını yeterli görmekte idi.[26] Ancak, YTCK döneminde bu konuda verilmiş bir karar mevcut değildir. Kanaatimizce hâkim YTCK'nın 30. maddesinde belirlenen hata koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, sanığın kişiliği ve suçun işleniş şekline göre belirlemelidir. Hata koşulları olayımızda gerçekleşmiş ise, hukuki ilişki ve alacak konusunda failin yanılması korunmalıdır.

3. Failin Hırsızlık Fiilini Alacağını Tahsil Amacıyla Gerçekleştirmesi Gerekliliği

Bu nitelikli halin uygulanması için, failin hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla devlet organlarına başvurmayıp, borçlunun taşınır bir malını, onun rızası olmadan bulunduğu yerden almalıdır. Burada failin amacı, alacağı tahsil olmalıdır. Alacağı tahsil dışında, örneğin mağduru ödeme yapmaya zorlamak amacıyla eylemi gerçekleştirdiğinde, bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Örneğin, fail mağdur için çok büyük manevi değerde olan bir bastonu, kendisinden olan alacağını ödemeye zorlamak amacıyla çalarsa bu durumda, daha az cezayı gerektiren nitelikli hırsızlık değil, genel hırsızlık hükümleri uygulanacaktır. Rızanın olmaması, taşınır mal ve bulunduğu yerden alma unsurları, diğer hırsızlık suçlarıyla aynıdır. Ancak, failin burada taşınır malı bulunduğu yerden, hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmek maksadıyla alması gerekir. Bu amaç olmadan fail bulunduğu yerden malı alıp, daha sonra bu malı aldığı kimsenin alacaklı olduğu kimse olduğunu anlarsa, bu nitelikli hal uygulanmaz. Fail, suç işlerken haklı bir iş yaptığına inanmalı ve başvurduğu yöntemin hukuka aykırı olduğunu bilmelidir. Faille mağdur arasında bir hukuki ilişki ve alacak olmasına karşın, failin bu amaç olmadan, genel amaçla hareket ederek mağdurun malını çalması durumunda, YTCK'nın 144. maddesindeki bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.[27]

Hırsızlık suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda, YTCK'nın 144. maddesindeki daha az cezayı gerektiren nitelikli halden yalnızca, eylemi hukuki ilişkiden doğacak alacak hakkına dayalı olarak işleyen fail yararlanabilecek, diğer ortakların eylemi ise, YTCK'nın 141 ve 142. maddesine göre belirlenecektir.[28]

Failin hukuki ilişkiden doğan bir alacağı tahsil amacıyla mağdurun konutuna girerek ve/veya malına zarar vererek ondan hırsızlık yapması

Ancak, hukuki ilişki var ise, alacak konusunda mağdurda oluşan hatanın korunması gerekir." (Meran, a.g.e., s. 62.)

(26) 4.CD'nin 12.9.1995 tarih ve 1995/2448-4147 sayılı kararı

(27) Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e. s. 324.

(28) Meran, a.g.e., s. 62.

durumunda, YTCK'nın 144. maddesinde düzenlenen daha az cezayı gerektiren nitelikli hırsızlık yanında konut dokunulmazlığını bozma ve mala zarar verme suçlarını da işlemiş olur. Burada gerçek içtima hükümleri uygulanır.[29]

B. Malın Değerinin Az Olması

MADDE 145 - (1) (29.06.2005 tarih ve 5377 Sayılı Kanun ile değişik fıkra) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.[30]

GEREKÇE:

Madde metninde, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim yapılması veya ceza vermekten sarfınazar edilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.

Maddenin 765 sayılı TÜRK CEZA KANUNU'ndaki karşılığı

Madde 522 - Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.

Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vakı zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez.

Eğer fail aynı neviden olan cürümlerden dolayı mükerrer bulunur veya bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa cezayı tenkise mahal yoktur.

YTCK'nın 145. maddesiyle hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı, indirim ve cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde malın değeri konusunda üçlü ayrım yapılmış, malın değerinin pek fahiş olması artırım nedeni olarak düzenlenirken; hafif veya pek hafif olması indirim nedeni olarak düzenlenmiş ve fail aynı neviden olan cürümlerden dolayı mükerrir ise, indirim nedeninin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu iki hüküm arasındaki farklara bakacak olursak; 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde malın değerinin fahiş olması artırım nedeni olarak öngörülürken, YTCK'da bu durum artırım nedeni olarak düzenlenmemiş, anılan Yasanın 61/1-d

---

(29) Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e. s. 322.

(30) 01.06.2005 ile 08.07.2005 tarihleri arasında yürürlükte olan metin: Malın değerinin az olması MADDE 145 - (1) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

maddesiyle *"suç konusunun önem ve değeri"* temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulacak hususlar arasında sayılmıştır. Ayrıca, YTCK'nın 145. maddesiyle 765 sayılı TCK'nın 522. maddesindeki gibi değerin azlığı konusunda hafif veya pek hafif ayrımı kaldırılarak, yalnızca değer azlığı öngörülmüştür. 765 sayılı TCK'da yer alan mükerrirler hakkında indirim nedenlerinin uygulanmayacağına ilişkin hüküm, YTCK'nın 145. maddesine alınmamış ancak, *"suçun işleniş şekilleri ve özellikleri"* göz önünde tutulacak unsurlar arasında belirtilmiştir. Ayrıca, YTCK'ya, 522. maddede yer almayan ceza vermekten vazgeçilebileceğine ilişkin hüküm de eklenmiştir.[31]

Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değeri suç tarihine göre belirlenir, suç tarihinden sonra malın değerinin azalması ya da artması sonuca etkili olmaz. Zincirleme suç hükümlerinin uygulandığı hırsızlıklarda malın değerinin az olup olmadığı toplam değer üzerinden hesaplanarak bulunması gerekir.[32] İştirak halinde işlenen suçlarda ise, değer çalınan eşyaların tamamının bedeli üzerinden hesaplanır.

Kullanma hırsızlığında çalınan eşyanın yıpranma, yağ, yakıt gibi kullanmadan doğan değeri esas alınır. Sanığın yaptığı kaza sonucu araçta meydana gelen hasarlar, bu kapsamında sayılmaz.[33]

Malın değerinin az veya çok olmasında, mağdur veya failin ekonomik durumu nazara alınmaz.[34]

Malın değerinin fazla olmasına karşın, fail değerinin az olduğunu düşünerek malı bulunduğu yerden alırsa fail, YTCK'nın 30/2. maddesine göre yanılmasından faydalanacaktır. Fail malın değerini fazla zannediyor ancak, değer az ise bu durumda, fail yine de YTCK'nın 145.maddesinden faydalanacaktır.[35]

Paydaş mülkiyette eşyanın failin hissesine düşen kısmının dışında kalan değer değil, alınan eşyanın bütününün değeri esas alınır.[36]

765 sayılı TCK döneminde değer hususu, Yargıtay'da mala karşı suçlara bakan daireler tarafından yılbaşında belirleniyor, uygulamada da bu değerler nazara alınıyordu. YTCK döneminde hangi malın değeri az sayılacaktır? Bu husus Yüksek Mahkeme kararlarıyla belirlenmiş ve bu kararlar istikrar kazanmış durumdadır. Yargıtay'ın *'5237 sayılı TCK'nın*

---

(31) Mustafa Artuç, a.g.e., s. 88.

(32) Ancak doktrinde, "Zincirleme suç şeklinde hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, tüm hırsızlıktan elde edilen malların toplam değeri değil, her bir suçu oluşturan değerin nazara alınacağı" ileri sürülmüştür. (Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e. s.327)

(33) Kubilay Taşdemir/Ramazan Özkepir, Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, Adil Yayınevi, Ankara 1999, s. 303.

(34) Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e. s. 327.

(35) Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. s. 511.

(36) Noyan, a.g.e., s. 380.

145. maddesindeki "malın değerinin azlığı" kavramının, 765 sayılı TCK'nın 522. maddesindeki "hafif" ve "pek hafif" ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, "değer azlığının" 5237 sayılı Yasa'ya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi ve olayın özelliği, sanığın kastı da gözetilmek suretiyle, daha çoğunu alma olanağı varken değer olarak gerekiyorsa ceza vermekten vazgeçilebileceği ölçüde düşük miktarlar esas alınmak, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanmak koşuluyla uygulanabileceği düşünülmeden, bu maddeye düzenleniş amacının dışında yorumlar getirilerek cezadan indirim yapılması...' şeklindeki içtihadı istikrar kazanmıştır.[37] Yargıtay'ın bu kararı doktrinde sübjektif bir ölçüte dayandığı için, eleştirilmiştir.[38]

765 sayılı TCK döneminde failin hangi malı alacağının belli olmadığı durumlarda, malın değerinin pek hafif olduğu sanık lehine kabul edilirken, YTCK döneminde teşebbüs aşamasında kalan suçlarda değer azlığı kavramı uygulama alanı bulamamıştır.[39]

Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı, suçun oluşmasını engellemez. Ancak, malın değerinin azlığı durumunda faile verilecek cezadan hâkim indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçebilir. Yapılacak indirim hâkimin takdirine bırakılmış, maddede belli bir oran gösterilmemiştir. Hâkim, suçun işleniş şekli ve özelliklerini göz önüne alarak malın değerinin azlığı nedeniyle faile ceza vermekten de vazgeçebilecektir.[40] Bu durumda hâkim, CMK'nın 223/3-d maddesi uyarınca, sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verecektir.

---

(37) Yargıtay 6.C.D. 13.10.2008 Karar No: 2008/16780.

(38) Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. sh.510

(39) Kalkışma aşamasında kalan suçlarda 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesi uyarınca değer azlığı nedeniyle indirim yapılamayacağı halde, takdir hakkı kullanılarak indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir. (6.CD'nin 31.10.2006 tarih ve 2006/7362-2006/10822 sayılı kararı); Ancak, doktrinde "Suçun konusunu oluşturan malın değerinin tespit edilememesi durumunda değerin az olarak kabul edilmesi gerekir" düşüncesi mevcuttur. (Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. sh.510)

(40) Parlar/Hatipoğlu. a.g.e., 2.Cilt sh.1114

KAYNAKÇA

Artuç, Mustafa. Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara (2007)

Centel/Zafer/Çakmut. Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul (2005)

Gözübüyük, Abdullah Pulat. Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt 4, İstanbul 5.Bası

Gündel, Ahmet. Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları. Seçkin Yayınevi, Ankara (2005)

Kanbur, Mehmet Nihat. Kendiliğinden Hak Alma Fillerinin Yeni Türk Ceza Kanunun Bakımından Değerlendirilmesi. Ceza Hukuk Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık (2006)

Karahasan, Mustafa Reşit. Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Arıkan Yayınevi, İstanbul (2007)

Malkoç, İsmail. Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2. Baskı 1.Cilt, Malkoç Yayınevi, Ankara (2006)

Meran, Necati. Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları Seçkin Yayınevi, Ankara (2005)

Noyan, Erdal. Hırsızlık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara (2007)

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer. Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara (2006)

Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan. Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, Adil Yayınevi, Ankara (1999)

Tezcan, Durmuş-Erdem, Ruhan-Önok, Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara (2006)

TAHVİL SAHİPLERİ HAKLARININ TAHVİL SAHİPLERİ GENEL KURULU YOLUYLA KULLANILMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Av. Erenalp RENÇBER*

I- Giriş

Tahvil, esas olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 420-433. maddelerinde düzenlenmiştir. Tahvil, Türk Ticaret Kanunu ("TTK") madde 420 hükmüne göre, *"Anonim Ortaklıkların Ödünç Para bulmak için itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetleridir"* şeklinde tanımlanmıştır. 1956 tarihli Ticaret Kanunumuzun tahviller hakkındaki hükümleri (m.420-433), 1882 tarihli İtalyan Ticaret Kanunu'nun tahvillere ilişkin hükümlerini esas alan 1926 tarihli Ticaret Kanunu *("ETK")*'dan kaynaklanmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (*"TTKT"* veya *"Tasarı"*)'nın ise tahviller açısından getirdiği en önemli yenilik TTK'nın 420-433. maddelerindeki ayrıntılı hükümleri kaldırmasıdır. Tahviller, Tasarı'da *"Borçlanma Senetleri Alma ve Değiştirme Hakkını İçeren Menkul Kıymetler"* başlığı altında, 504, 505 ve 506. maddelerde genel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, tahviller, bir menkul kıymet olmaları itibarıyla, Sermaye Piyasası Kanunu (*"SPK"*) ve alt düzenlemelerine de tabidir.[1]

Kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere, tahviller anonim ortaklıkların kredi ihtiyaçlarını tatmin amacıyla, borç para temini yoluyla seri halde çıkardıkları, itibari değerleri eşit kıymetli evrak olarak kabul edilen borç senetlerdir. Bu borç senetleri karşılığında tahvil ihraç eden ortaklık, tahvil sahiplerine belirli bir süre sonra borç aldığı miktarı iade etmek yükümlülüğü ile birlikte, borç ödeninceye kadar tahvil üzerinde belirlenen dönemsel bir faizi veya diğer bir menfaati de ifa etmeyi taahhüt eder.

Ancak, ortaklığın tahvil çıkarma yoluyla ödünç para temin etmesi, karşılıklı menfaatler açısından birtakım sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Ortaya çıkan yeni durumlar, koşullardaki değişiklikler, tedbir niteliğinde bazı kararların alınması gereği, tahvil sahiplerinin bir araya gelmesini ve bazı konularda birlikte hareket edip bağlayıcı nitelikte kararlar almalarını kaçınılmaz hale getirmiştir. Çünkü sayıları çoğu kez on

---

(*) Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

(1) Sermaye Piyasası Kurulu Seri II, No. 22, Borçlanma Araçlarının Kurul Kaydına Alınması ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliğ (29.01.2009 tarihli ve 27125 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır); Tahvil ve Sermaye Piyasası Aracı Niteliğindeki Diğer Borçlanma Senetleri İhraç Limitlerine Dair Karar (Karar sayısı: 93/3983).

binleri bulan tahvil sahiplerinin ne borçlu ortaklık tarafından tanınmaları ne de birbirlerini tanımaları olanaklı değildir.[2] Tahvil Sahipleri Genel Kurulu işte bu gereksinimden doğmuştur.

Her tahvil borcunun alacaklıları farklı gruplar oluşturur ve bu nedenle ortaklığın ihraç ettiği tahvil tipi kadar Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'ndan bahsetmek mümkündür. Bununla beraber, her tahvil türü için ayrı bir Tahvil Sahipleri Genel Kurulu oluşturmak da gerekli değildir. Aralarında hiçbir menfaat farklılığı olmadıkça, çeşitli kategori tahviller için ortak toplantı yapmak da mümkündür.[3]

Tahvil sahiplerinin haklarının kullanılması ve menfaatlerinin korunması bakımından ayrı bir önem arz eden tahvil sahipleri genel kurunun bu bakımdan incelenmesi çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir. Bu yüzden, çalışmamızda bir yandan Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun Türk Hukuku'nda mevcut düzenleme ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı açısından incelerken diğer yandan da yeri geldikçe karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılacaktır. İncelememizin ilk bölümü Tahvil Sahipleri Genel Kurulu kurumunun düzenlenme amacı, mevcut kanundaki yeri ve hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun işleyiş ve karar alma usulü incelenecek ve çalışmamız genel değerlendirme niteliğinde bir sonuç bölümüyle tamamlanacaktır.

II- Tahvil Sahipleri Genel Kurulu

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, TTK m.429-432 hükümlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplantıya daveti ve davete yetkili kişiler (TTK m.429), Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun görev ve yetkilerinin kapsamı (TTK m.430), karar yetersayısı (TTK m.431) ve son olarak da cetvel (TTK m.432) düzenlenmiştir. TTK'nın bu hükümleri fazla bir değişikliğe uğramadan dili sadeleştirilerek ETK'nın düzenlemesinden kaynaklanmaktadır.

Tasarıda ise, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, TTKT m.506/f.2 hükmünün *"Sermaye Piyasası ile ilgili mevzuat saklıdır"* ifadesinden[4] tahvili

---

(2) Ünal TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", İktisat ve Maliye Dergisi, C. XVI, S. 6, Eylül 1970, s. 214; Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş Dokuzuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2003, (TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu)), s. 707.

(3) Akar ÖÇAL, "Belçika Hukukunda Tahvil Sahipleri Genel Kurulu", İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXIX, S.1, Nisan 1982, s. 13.

(4) Moroğlu'nun da yerinde bir şekilde belirttiği üzere, Sermaye Piyasası ve ilgili mevzuat hükümlerini saklı tutan 506. maddenin ikinci fıkrası, Tasarının "özel kanunlara bağlı anonim şirketler" başlıklı 330. maddesinin "Özel kanunlara bağlı anonim şirketlere, kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kısım hükümleri uygulanır" şeklinde genel hükmü karşısında yersiz bir düzenlemedir. Erdoğan MOROĞLU, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005, s. 270.

bir sermaye piyasası aracı olarak değerlendirdiğinden bu konu ile ilgili düzenlemeleri Sermaye Piyasası düzenlemelerine bıraktığı anlaşılmaktadır. Ancak, yürürlükte olan ne mevcut Sermaye Piyasası Kanunu'nda ne de buna ilişkin mevzuat da Tahvil Sahipleri Genel Kurulu hakkında bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ile ilgili bir boşluk ortaya çıkmaktadır.

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, Kanunda gösterilen usullere göre toplantıya çağrılan ve belirli konuları karara bağlayan ve aynı serideki tüm tahvil sahiplerinin katılabileceği bir alacaklılar birliğidir. Bir anonim ortaklık birden fazla tahvil çıkardığı takdirde, her defada çıkarılan tahviller, ayrı birer seri teşkil eder ve her seri tahvil sahipleri ayrı birer genel kurul olarak yetkilerini kullanırlar.[5] Bu bakımdan Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun, hem borçlu ortaklık hem de tahvil sahiplerinin haklarını koruyucu bir şekilde düzenlenmesi gerektiği açıktır.[6]

Buna karşılık, bazı kanunlar ve özellikle TTK'da mevcut tahvil sahiplerine ilişkin hükümlere kaynaklık eden İtalyan ve Türk Hukuku'nda mevcut düzenlemeler,[7] bu iki taraflılık gereği gibi sağlanamamış ve tarafların menfaatleri gerekli koruma altına alınamamıştır. Bu kanunlarda, ortaklığın lehine tek taraflılık o derece açıktır ki, tahvil sahiplerinin bir birlik olarak oluşturmasına, bir birlik şeklinde hareket etmelerine hiç önem verilmemiştir. Belki tahvil sahiplerinin, bir birlik, bütünlük gösterdikleri ve çeşitli maddelerin (TTK m.421, 425, 430) yorumu ile anlaşılabilir. Ancak bu sonuç, tahvil sahiplerinin bir birlik oldukları düşünülerek getirilen bir sistemin güvenlik ve kolaylığını veremeyecektir.[8]

---

(5) Diğdem GÖÇ GÜRBÜZ, "Anonim Ortaklıkta Tahvil Sahipleri Genel Kurulunun Görev ve Yetkileri", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Mart 2008, S.51, s. 193.

(6) TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 254; TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s. 707.

(7) Tahvil sahipleri genel kurulunun işlevine ilişkin bu benzerlik her iki kanunun sistemine de 1882 tarihli eski İtalyan Kanunun kaynaklık etmesinden ileri gelmektedir. Devrin önemli ve ileri kanunlarından biri olan 1882 tarihli kanun, şüphesiz, bugün artık ihtiyaçların gerisinde kalmıştır.

(8) "Onun için birçok ülkede doktrin alanında tahvil sahiplerini bir birlik şeklinde nitelemek ve bir biçime kovuşturmak eğilimi vardır. Öğreti, tahvil sahiplerinin oluşturduğu birliğin, bütününün hukuki niteliğinin ne olduğunu araştırır ve bu konuda çeşitli görüşler ileri sürerken hep bu gaye ile hareket etmiştir.

Bunun yanında İsviçre, ilgi çekici bir gelişim geçirmiş, tahviller hukukunda ileri bir düzeye erişmiş ve tahvil sahipleri ile alacaklılar birliğinin oluşturduğunu kabul edip buna uygun bir kanuni düzenlemeye kavuşmuştur (İsv. BK. M. 1157 vd.). Bu ülkede tahvil sahipleri genel kurulu da alacaklılar birliğinin en üst organı olarak öngörülmüştür. İsv. BK. m. 1157 uyarınca, tahviller İsviçre'de ikametgâhı olan veya şubesi bulunan bir borçlu tarafından bir örnek borçlanma şartları ile doğrudan doğruya veya dolaylı olarak halka arz edilmek üzere çıkarıldıkları takdirde alacaklılar kanunen bir alacaklılar birliği teşkil ederler. Alınan ödünç birden çok ise her biri için ayrı alacaklılar birliği meydana gelir. Alacaklılar birliği, kanuni sınırlar içerisinde, ödünç alacaklıların birlikte çıkarlarını korumak için üzere ve özellikle borçlunun sıkıntılı duruma düşmesi halinde uygun tedbirler almaya yöneliktir (İsv. BK. m. 1164). Ödünç temsilcisi diye adlandırılan ve ödünç şartlarında anılmak yolu ile atanan özel temsilcilerin aksine sözleşmede bir kayıt yoksa borçlunun da mümessili sayılır. Fakat alacaklılar genel kurulu birlik için bir ya da daha fazla temsilci seçebilirler (İsv. BK. m. 1158)".

Türk Ticaret Kanunu sistemi işte böyle bir sorunu sadece borçlu anonim ortaklık açısından ele alan bir sistemdir. Ancak, tahvil sahipleri, sermaye piyasasının en az küçük pay sahipleri kadar korunması gerekli olan unsurlarıdır.[9] Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun görev ve yetkileri incelendiğinde, kurulun tahvil sahiplerinin menfaatlerini korumak için değil, sadece borçlu ortaklık yararına karar almak için düzenlendiği ortadadır.

Gerçekten Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, özel teminatın azaltılması, faiz miktarlarının indirilmesi, ödeme şartlarının değiştirilmesinin kararlaştırıldığı (TTK. m. 430) sadece borçlu ortaklık yararına kararlar alabilmek için toplanabilen bir taviz genel kurulu olduğu ortadadır. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na, borçlu ortaklık yararına kanunda belirtilmiş olan bu kararlardan başka herhangi bir yetki ve hukuki varlık tanınmamıştır.

Tekinalp'e göre, Türk Ticaret Kanunu başta olmak üzere bir takım ülkelerin kanunlarında yer alan bu menfaatlere aykırı ve hukuka ters düşen düzenlemelerin sebebi büyük bir olasılıkla yine İsviçre'dir. Çünkü 24.06.1874 tarihli özel bir İsviçre Kanunu[10] Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun oluşmasında çeşitli ülkelere örnek olmuştur.[11]

Gerçekten de, 1874 tarihli İsviçre Kanunu yapılırken, ne tahvil alacaklıları korunmak istemiş ne de onlardan bir birlik oluşturmak gayesi izlenmiştir. Sadece tek başına tahvil sahibinin sahip olduğu hakları kısıtlamak amaçlanmış, bunun için Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na başvurulmuştur.[12]

Tekinalp'in de ifade ettiği üzere, İsviçre'de birlik çok ayrıntılı olarak ve menfaatler dengesini gözetir şekilde düzenlenmiş ve hatta -haklı olarak ve anonim ortaklıklar hukukundaki gelişimlere uygun bir şekilde- tahvil sahiplerinin çıkarları önde tutulmuştur. Tahvil sahiplerinin gerek birlik olarak gerek temsilci ile nasıl çift taraflı menfaatleri koruduğu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 214.

(9) TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 214.

(10) Bundesgesetz Über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen.

(11) Bu kanun demiryolu işletmelerinin finansmanı için çıkarılmış tahviller ya da diğer bir deyişle ödünçlerin, ipotek ile sağlanmış anaparalarının ya da faizlerinin zamanında ödenmemesi halinde, alacaklılara tasfiyeyi isteme hakkını veriyordu. Fakat borçlunun temerrüdü nedeni ile Federal Mahkemeye, alacaklılardan biri veya bazıları başvurdukları zaman Federal Mahkeme, bütün tahvil sahiplerini bir toplantıya çağırmak ve onların tasfiye ya da duruma tahammül etmeye karar almalarını istemek zorundaydı. Böylelikle, bazı alacaklıların, genel bir zarara sebep olacak şekilde tek başlarına hareketleri önlenmek istenmişti. Kanunun temelinde yatan görüş demiryolu gibi büyük bir yatırımı korumak ve bunun finansmanı için halktan destek almaktı. Kanunun amacı, tahvil sahiplerine tasfiye talebi gibi bazı haklar vermek, fakat bu haklarını da tek başlarına kullanmalarını ve böylelikle işletme için tehlikeli olmalarını önlemektir. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 216.

(12) Bu özel düzenleme İsviçre'de daima bir örnek olmak niteliğini sürdürmüş ve örnek 25 Eylül 1917 Kanunu (Bundesgesetz Über Verpfändung und Eisenbahn und Schiffahrtsunternehmmungen) ile deniz ticareti işletmelerine de genişletilmiş ve 1918 Verordnung'u ile evrim birliğe varmış ve bugünkü düzenlemeye kadar gelinmiştir. Fakat İsviçre bir noktadan sonra menfaatleri dengelendirmiş hatta denilebilir ki denge bozulmuş ve daha önemli olan alacaklılar öne geçmiştir. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 217.

1874 tarihli özel İsviçre kanunu yürürlükteki bugünkü kanunda da varlığını devam ettirmektedir (İsv. BK m.1185). Tekinalp'e göre, bugün istisnai bir hüküm olarak kanuna sıkışmış olan İsv. BK m.1185 hükmünün bütün kanunu oluşturan bir model olduğu söylenebilir. Böylece,[13] Türkiye'nin halen 1874 modelini ve bu modeli oluşturan düşünceyi devam ettirdiğini ve uyguladığını söyleyebiliriz. Bu durum aynı zamanda neden birçok ülke gibi Türkiye'de, tahvil alacaklılarının bir birlik teşkil etmediklerini ve neden düzenlemenin tek taraflı olduğunu ortaya koyar.[14]

a. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun Hukuki Niteliği

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, anonim şirketlerin bir organı değildir. Tahvil sahiplerinin ortaklıkla ilişkilerinde bütün tahvil sahipleri için geçerli kararlar alabilen ve tahvil sahiplerinden meydana gelen bir kuruldur. Bu kurul ancak kanunda öngörülen hallerde karar alabilir ve bu kararları icrası amacıyla temsilci tayin edebilir.[15]

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Çünkü TTK m.430 hükmünde, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na toplanarak belli hususlarda karar alma yetkisini tanımakla birlikte, ne bu maddede ne de başka bir maddede tahvil sahipleri arasında hukuki bir birlik bulunduğuna işaret eden veya kurulun hukuki mahiyetini belirleyen bir hüküm getirmemiştir. Yabancı hukuklarda da Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun hukuki niteliği üzerinde fazlaca durulmamış ve bir vasıflandırmaya gidilmemiştir.[16]

Bununla birlikte, Fransız Hukuku'nda, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun dernek veya ortaklık niteliği gösterdiğini savunan yazarların yanı sıra bazı yazarlar da bunu reddederek, iflasta olduğu gibi sui generis bir teşekkül olduğunu kabul etmektedirler.[17] Belçika Hukuku'nda da,

---

(13) 1874 tarihli bu özel İsviçre Kanununun Fransa, Belçika, İtalya ve Türkiye'yi etkilediği söylenebilir. Çünkü 1926 tarihli ETK.'nun tahvillere ilişkin hükümlerine esas olarak, 1882 tarihli İtalyan Ticaret Kanunu kaynaklık etmiştir ve ETK. m. 420-433 hükümleri aynen bugün yürürlükte olan kanunumu aktarılmıştır. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 217.

(14) 1842 tarihli İtalyan Medeni Kanunu, 2415. maddesinde aynen TTK. gibi birliksiz bir genel kurula yer vermekle beraber bazı ekler ile düzenlemesini tek taraflı olmaktan kurtarabilmek gayretini göstermiştir. Belçika, tahvil sahiplerine, oy hakkına sahip olmamakla beraber, anonim ortaklığın genel kuruluna katılma, tartışmalarda bulunma, öneriler ileri sürme ve bilgi edinme hakkı tanımıştır (m. 78, 90 vd). Belçika Hukuku hakkında tahvil sahipleri genel kurulu hakkında daha geniş bilgi için bkz. ÖÇAL, "Belçika Hukukunda Tahvil Sahipleri Genel Kurulu", s. 14-17; Fransa ise kararlarda onay sistemini kabul etmiştir. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 217.

(15) Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar), s. 412; Oğuz İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 0nikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001 (Kara Ticareti), s. 439.

(16) Halil ARSLANLI, Anonim Ortaklıklar, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 295.

(17) ARSLANLI, s. 295-296.

kurul bir birlik teşkil etmekle birlikte, tüzel kişiliğe sahip değildir ve sui generis bir nitelik taşır.[18]

Türk Hukuku'nda Hirsch, tahvil sahiplerinin bir birlik teşkil ettiğini ilk defa savunmuştur. Buna göre, küçük alacaklıları bir hukuki birlik olarak tanınması, tahvil sahiplerinin genel kurul halinde bir araya gelerek karar almasından ileri gelir. Bu nedenle, Hirsch, birliği genel kurul dolayısı ile mevcut kabul etmektedir.[19]

Aynı şekilde, Arslanlı da tahvil sahiplerinin bir birlik teşkil ettiği görüşüne katılmaktadır. Arslanlı'ya göre, kanun açıkça birlik olarak tanımlamasa dahi, ortak amaç ve menfaatlerini gerçekleştirmek için bir araya gelen bir topluluğun birlik olarak nitelendirilecektir. Buna göre, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu iç ilişkide tahvil sahiplerini bir araya getiren iç organ niteliğinde bir kurul olmasına karşın, dış ilişkide bir araya gelme amaçlarının farklı olması sebebiyle dernek veya ortaklık olarak nitelendirilebileceği akla gelebilir. Ancak, her iki birliğin yapısı da Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na uymamaktadır.[20] Bu yüzden, Kanunda düzenlenen birlikteliklere uymayan topluluklara dahil olanlar arasındaki ilişkilere adi ortaklık hükümlerinin uygulanmasını önermektedir.[21]

Domaniç'e göre, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, kanunda belirtilen şekilde davet edilen ve belli konuları toplantı ile karara bağlayan ve aynı seriye dahil bütün tahvil sahiplerinin iştirak edebildiği bir alacaklılar birliğidir.[22]

İmregün ise, TTK m.430 hükmünde, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na verilmiş olan yetkilerden hareketle, kurulun konkordato alacaklıları toplantısına benzer bir işlevi olduğunu savunmaktadır.[23]

---

(18) ÖÇAL, "Belçika Hukukunda Tahvil Sahipleri Genel Kurulu", s. 14; TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 218.

(19) Ernest HİRSCH, Ticaret Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948, s. 544.

(20) Tahvil sahipleri genel kurulunda amaç ve ortak menfaatler tamamen iktisadidir. Bu yüzden dernek olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Öte yandan, tahvil sahiplerinin amaçları kazanç sağlamak ve paylaşmak da olmadığından ortaklık olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. ARSLANLI, s. 297.

(21) ARSLANLI, s. 298. Tekinalp'e göre de, Arslanlı tarafından savunulan ve belirli unsurların eksikliği nedeni ile dernek ya da ortaklık olarak "taazzuv" edemeyen kanuni birliklere adi ortaklık hükümlerinin uygulanması görüşü (BK. m. 520-544) kanuni dayanağı olan bir çözümdür. Ancak ne adi ortaklık ne de bu ortaklığın temsiline ilişkin sistem tahvil sahipleri birliğine uyar. Bu hükümlerin intibak ettirilerek uygulanması yanında Tekinalp'e göre İsviçre Hukukunda olduğu gibi Medeni Kanundaki temsilciden faydalanarak bir ödünç temsilcisi yaratma yolları da aranmalıdır. Çünkü TTK m. 430'daki temsilci çok sınırlı görevlere sahip olup, tahvil sahiplerinin çıkarlarını yeterince koruyamamaktadır. Bu konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 218-219; TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s. 708.

(22) Hayri DOMANİÇ, Anonim Şirketler, Bilimsel Kitaplar Yayınevi, İstanbul 1978, s. 1043; Hayri DOMANİÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1988, s. 1448.

(23) İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku, s. 440; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 412; Şükrü YILDIZ, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, Yargıtay Dergisi, C.XVI, Yıl 1990, S. 4, s. 544. Tahvil Sahipleri Genel

Tekinalp'e göre ise, her ne kadar tarihi oluşum sebepleri, tahvil sahiplerinin bir birlik meydana getirdikleri görüşüne uygun düşmese de, gerek Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinin içyapısı gerek tahvilin niteliği bu sonucu zorunlu kılmaktadır. Çünkü tahvil temelindeki aynı (tek) işleme dayanılarak çıkarılan, bazı hakların kullanılmasında bağımsız hareket olanağı tanımayan, bütünlük gösteren bir borcun nominal değer kadar olan kısmını temsil eden, kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir.[24]

Kanımca, Türk Hukuku'nda da Belçika ve Fransız Hukuklarındaki örneklere benzer bir şekilde Tahvil Sahipleri Genel Kurulu kendine özgü yapısıyla tüzel kişiliği bulunmayan sui generis bir birlik teşkil etmektedir. Tekinalp'in de isabetli olan görüşüne göre, tahvilde yer alan *"aynı (tek) işleme dayanarak çıkarılma"* ve *"bütünlük gösteren borç"* unsurları tahvil sahiplerinin bir birlik olduğu sonucunu ortaya koymaktadır.[25] Aynı şekilde, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun belirli yeter sayılar ile (TTK m.431) karar aldığı konularda (TTK m.430), bağımsız hareket etme olanağı ortadan kalkmakta ve böylelikle temeldeki tek işlem etkisini göstermekte ve birlik kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun hem tahvil sahiplerini hem de ortaklığı koruyucu biçimde düzenlenmesi gerekirken Türk Ticaret Kanunu sisteminin sorunu sadece borçlu ortaklık açısından ele alması, kurulun alacağı kararlar ile tahvil şartlarını daima ortaklık aleyhine değiştireceğini ortaya koymaktadır.

b. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun Toplantıları

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplanması hususunda TTK m.429 hükmü, tahvil sahiplerinin toplantıya daveti, toplantıya davet konusunda yetkili organlar ve icabında tahvil sahiplerinin mahkemeye başvurma haklarını genel olarak düzenlemiştir. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplantıya daveti, anonim ortaklık genel kurulunun toplanmasına ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır. Buna göre, TTK m.364-369 hükümleri Tahvil Sahipleri Genel Kurulu toplantıları bakımdan da uygulama alanı bulacaktır. Ancak iki kurulun toplantıları arasında bazı farklar mevcuttur.

Bu bakımdan, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu toplantılarına davet, toplantıya davete yetkililer, toplantıya davetin şekli, toplantı gündemi, toplantı ve karar yetersayısı, cetvel tanzimi ve oy hakkı aşağıda ayrı bölümler halinde anonim ortaklık genel kurul toplantıları ile karşılaştırmalı bir şekilde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Kurulu'nun, iflas ve konkordatodaki alacaklılar toplantısına benzetilmesinin tahvil sahipleri açısından bir katkıda bulunmadığına ilişkin olarak bkz. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 218.

(24) Aynı görüşte bkz. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 218.

(25) Birlik görüşü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 218.

i. Toplantıya Davet

Türk Ticaret Kanunu, genel kurul toplantıların aksine, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplanması için belli bir süre öngörmemiştir.[26] TTK m.429 uyarınca, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu *"icabında"* toplantıya çağrılır. Başka bir ifadeyle, bu toplantı her zaman yapılabileceği gibi, toplantıyı gerektiren herhangi bir sebep yoksa aynı tertip tahvillerin ihracından itfasına kadar toplantı yapmak da gerekmemektedir. Buna karşın, anonim ortaklık genel kurul toplantılarının kanunda öngörülen sürelerde yapılması gerekir.[27]

Kanunun *"icabında"* ifadesini TTK m.430'da öngörülmüş hususlar hakkında belirtilen Tahvil Sahipleri Genel Kurulunun yetki ve görev alanları içinde sınırlı olarak anlamak gerekir.[28] Buna göre, toplantıya davete yetkililerin TTK. m. 430'da öngörülmüş haller haricinde Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet yetkisi yoktur.[29] Bu hususlar dışında, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun herhangi bir karar yetkisi olmadığından genel kurul olarak toplanmasının bağlayıcı bir etkisi olamaz. Yönetim kurulunun tahvil sahiplerinin anonim ortaklın gidişatı hakkında açıklamada bulunması veya görüş bildirmesi amacıyla çağrılması ihtimalinde dahi böyle bir çağrı neticesindeki toplantı teknik anlamda bir Tahvil Sahipleri Genel Kurulu olarak nitelendirilemez.

ii. Toplantıya Davete Yetkililer

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, tahvil borçlusu anonim ortaklığın yönetim kurulu ve denetçileri tarafından toplantıya çağrılır. Ayrıca, tedavülde bulunan tahvillerin[30] bedelleri tutarının beşte birine sahip olan tahvil sahiplerinin talebi ile de yönetim kurulu veya denetçilerin Tahvil

---

(26) TTK m. 364 hükmüne göre, anonim ortaklıklar, olağan ve olağanüstü olmak üzere iki şekilde toplanırlar. Olağan genel kurul, her hesap devresi sonundan itibaren üç ay içinde ve en az yılda bir defa toplanır. Olağanüstü genel kurul toplantıları ise, TTK. m. 364/f.3 hükmüne göre, gerekli hallerde veya TTK. m. 355 hükmüne göre, "zaruri ve müstacel sebepler çıktığı takdirde" her zaman yapılabilir.

(27) Ürgüplü'ye göre, bir anonim ortaklık sadece olağan genel kurul toplantılarıyla yetinebilir ve hiçbir olağanüstü genel kurul toplantısı yapmayabilir. Bu bakımdan anonim ortaklık olağanüstü genel kurul toplantıları ile tahvil sahipleri genel kurulu arasında bir benzerlik olduğu ileri sürülebilir. Mehmet ÜRGÜPLÜ, "Ticaret Kanununun 429. Maddesinin Gereği Olarak Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulaması", Halil Arslanlı Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 678.

(28) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 680-681; YILDIZ, s. 546.

(29) TTK m. 430 hükmünde "Umumi Heyetin Selahiyetleri" başlığı altında sınırlı şekilde sayılan beş bent aşağıda bölüm c'de incelenmiştir.

(30) "Tedavülde bulunan tahvil" kavramı ile ifade edilen ortaklığın mülkiyetinde bulunmayan tahvillerdir. Ortaklığın satamadığı veya başka sebeple elinde bulundurduğu tahviller, toplantıya davet açısından etkili değildir. Toplantıdan önce yapılan devir, genellikle muvazaa olarak nitelendirmeye müsait olduğundan ne toplantıya davette ne de oy yetersayılarının hesaplanmasında dikkate alınmamalıdır.

Aynı kavrama İsviçre Hukukunda da yer verilmiştir. Tedavülde bulunan tahvil kavramı orada İsv. BK. m. 1172 ve 1167. ile birlikte düşünülerek saptanır. 1176/f.1 uyarınca, tedavülde bulunan sermayenin

Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet etmesi zorunludur. Bu zorunluluk yerine getirilmemişse, mahkeme kendisinden toplantıya davet hakkında talepte bulunan tahvil sahiplerini de çağrı için yetkilendirebilir[31] (TTK m.429).

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet yetkisi, TTK m.429 hükmünde toplantıya davete ilişkin yönetim kuruluna herhangi bir öncelik hakkı tanınmaksızın denetçilere da aynı yetki verilerek düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, toplantıya davet yetkisi, aralarında hiyerarşik bir sıra gözetilmeksizin yönetim kurulu ile denetçilere aynı düzeyde tanınmıştır.[32] Buna göre, denetçiler de yönetim kuruluna başvurmaya veya onun toplantı çağrısını ihmal etmesini beklemeye gerek kalmaksızın Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu *"icabı"* halinde toplantıya çağırabilirler.[33]

Anonim ortaklık genel kurulunu toplantıya davetten farklı olarak, denetçilerin Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet yetkisi, TTK m.353/f.2b.5 ve TTK m.355 hükmünde öngörüldüğü gibi sınırlandırılmamıştır.[34] Bu yetkinin doğabilmesi için sadece TTK m.430'da sayılan hallerle sınırlı olarak *"icabı halin"* mevcudiyeti yeterlidir.[35]

Tedavülde bulunan tahvillerin bedelleri tutarının 1/5'ine sahip olanların talebi ile yönetim kurulu veya denetçilerin Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet etmesi zorunludur.[36] Tahvil bedellerinin 1/5 oranındaki azınlık, tahvil sahipleri toplantısına yönelik bu iki organdan herhangi birine talepte bulunabilir. Bu talebin göz önüne alınmaması durumunda ise tahvil bedellerinin 1/5 oranındaki azınlığın mahkemeye başvurma yetkisi doğar.

Ancak, TTK. m. 429 hükmünün aynen uygulanması halinde yönetim kuruluna başvuran 1/5 oranındaki azınlığın, talepleri yerine getirilmez ise denetçilere de başvurulması gerekeceği ve ancak onların da faaliyete geçmemesi halinde mahkemeye başvuru imkanının doğabileceği

---

saptanmasında oy hakkı vermeyen tahviller hesaba katılmaz. Bir tahvilin malikinin veya onun mümessilinin ve tahvilin üzerinde intifa hakkı var ise, intifa hakkı sahibinin oy hakkı vardır (İsv. BK. m. 1167). Borçlunun mülkiyetinde olan ve onun intifasına tabi olan tahviller oy hakkı vermezler. Borçluya ait tahviller rehin edildiği takdirde rehin alan alacaklı tahvillerin zilyedidir. Tahviller üzerinde rehin veya hapis hakkının bulunması bunların malikinin oy hakkını ortadan kaldırmaz (isv. BK. m. 1167). Buna göre İsviçre'de oy hakkı olan tahviller tedavülde kabul edilir. Tedavülde bulunan tahvil kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 218-219.

(31) Tahvil sahipleri toplantısına ilişkin talebin yerine getirilmemesi, yönetim kurulu üyelerinin veya denetçilerin sorumluluğuna neden olabilir (TTK. m. 336 vd.).

(32) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 684; TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s. 708-709.

(33) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 681.

(34) ARSLANLI, s. 300.

(35) YILDIZ, s. 546.

(36) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 681; YILDIZ, s. 546.

düşünülebilir. Bir diğer ihtimal ise, önce denetçilere başvuran 1/5 oranındaki azınlığın talepleri göz önüne alınmaz ise mahkemeye başvurmadan önce yönetim kuruluna başvurmasının gerekip gerekmediğidir.[37]

Ürgüplü'ye göre, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu toplantısı talebinde bulunan tedavüldeki tahvil bedellerinin 1/5 oranındaki azlığın bu toplantıyı düzenlemek için mahkemeye başvurmadan önce aynı derecede yetkiye sahip diğer organa başvurması daha yerindedir. Çünkü mahkemeye başvurma, tahvillerin rehni vb. gibi sonuçlanması uzun aşamalar içeren bir süreçtir ve dolayısıyla mahkemeye başvurmadan önce aynı derecede yetkiye sahip diğer organa başvurması ve bu organın da ihmali halinde mahkemeden izin alınması yoluna gidilmesi çok daha pratik bir yol olacaktır.[38]

Kanımca, TTK m.429 mahkemeden izin için anonim ortaklık genel kurulunun toplantıya daveti hakkındaki hükümlere atıfta bulunmakla beraber yönetim kuruluna ve denetçilere başvurmada hiyerarşik bir sıra gözetmeyerek her iki organa da eşit yetki vermiştir. Bunun yanı sıra, denetçilerin, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet etmeleri için de yönetim kurulunun ihmali veya zaruri ve müstacel sebeplerin varlığını aramamıştır. Bu sebeple tahvil bedellerinin 1/5 oranındaki azınlığın toplantı talebinin söz konusu organların herhangi birisi tarafından göz önüne alınmaması halinde tahvil sahiplerinin toplantıya çağrılması amacıyla söz konusu talepte bulunanlar ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki Türk Ticaret Mahkemesi'ne başvurulabilir (TTK m.367).

Azınlığın mahkemeye başvurması ile ilgili diğer bir sorun da, TTK m.356'da öngörülmüş olan teminatı mahkemeye yatırıp yatırmayacakları ve yatıracaklarsa bunun miktarının ne olacağıdır. Hemen belirtelim ki, zaten ortaklık yararına kararlar almaktan başka bir yetkisi olmayan Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplanabilmesi için, tahvil sahiplerinin mahkemeye belli bir teminat yatırması ağır bir yükümlülüktür. Öğretide bu konuda iki görüş hakimdir.

Tekinalp, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu toplantısına TTK m.429'un atfı sebebiyle, TTK m.367 ve 356 örnekseme yoluyla uygulanacağından teminatın yatırılması gerektiğini ve teminatın miktarının da 1/10 yerine azınlığın toplantı talebi ile mahkemeye başvurması için gerekli olan tedavüldeki tahvillerin 1/5 (%20) oranında teminat yatırılması gerektiği görüşündedir.[39]

---

(37) Bu konu hakkında farklı görüşler için bkz. ÜRGÜPLÜ, "Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 685; YILDIZ, s. 547.

(38) Bu görüş hakkında daha geniş bilgi için bkz. ÜRGÜPLÜ, "Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 685.

(39) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 709; TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 258.

Yıldız da Tekinalp'in görüşünü destekleyerek, tahvil sahipleri için büyük sakıncalar ihtiva eden kurulun toplanmasında, azınlığın yetki alabilmek için teminat yatırmasını ağır bir yükümlülük olarak değerlendirmekle beraber yollama yapılan kanun hükmünün oranı %10 olarak belirtilmiş olduğuna göre, 1/5 azınlık için teminatın %20 olarak uygulanması gerekeceğini ileri sürmektedir.[40]

Ürgüplü ise, her iki genel kurulun niteliğinin ve onları meydana getiren kişiler statüsünün farklı olması sebebiyle kanunun, görüşüne göre hatalı bir şekilde koyduğu Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun mahkeme izniyle toplantıya çağrılması halinde, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu için teminat mecburiyetinin ağırlaştırılmadan 1/10 olarak uygulanmasının daha yerinde olacağını savunmaktadır.[41]

Kanımca, Yıldız'ın da yerinde olarak belirttiği üzere her ne kadar azınlığın, teminat yatırması zaten sadece borçlu ortaklık yararına kararlar alabilen Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplanması için ağır bir yükümlülük olarak değerlendirsek de Tekinalp'in görüşüne katılarak, TTK m.429'un atfı sebebiyle, TTK m.367 ve 356 örnekseme yoluyla uygulanacağından teminatın miktarının 1/10 yerine azınlığın toplantı talebi ile mahkemeye başvurması için gerekli olan tedavüldeki tahvillerin 1/5 (%20) oranında teminat yatırılması Kanunun açık hükmü uyarınca gerekmektedir.

Anonim ortaklık genel kurulunun ortaklık sermayesinin 1/10'una sahip pay sahipleri tarafından toplantıya çağrılması veya gündeme madde eklenmesi talebinde (TTK m.366) gerektirici sebeplerin *"yazılı olarak"* bildirilmesi zorunlu olduğu halde, TTK m.429 hükmünde tahvil sahipleri için bu zorunluluk öngörülmemiştir. Buna göre, denetçiler yönetim kurulunun ihmali halinde genel kurulu olağan veya olağanüstü toplantıya davet etmeye yetkilidir (TTK m.355/b.8).

Tekinalp ise, bu yönde bir taleple karşılaşan yönetim kurulu veya denetçiler Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya çağırmazlarsa, azlığın mahkemeye başvurma yetkisinin doğacağını, mahkemenin ise azlık tarafından gelecek bir talebi inceleyerek bu isteği kabul veya red konusunda karar verecektir. Mahkemedeki talebin başarılı olabilmesi için

---

(40) YILDIZ, s. 548.

(41) Tahvil sahibi, pay sahibinin aksine ortaklık karından pay almayan, sadece belli bir miktar parayı faiz ve belli menfaatler karşılığında belirli bir süre için ortaklığa borç olarak vermiş kişidir. Öte yandan, kanun, ortaklık genel kurulunun aksine tahvil sahipleri genel kurulunun toplanması için belli bir süre veya zorunluluk öngörmemiştir. Kurulun toplantıya çağrılması ise, tamamen kendi dışında oluşan yönetim kurulu ve denetçiler tarafından, gerekli görülmesi halinde yapılmaktadır. Bu görüş hakkında daha geniş bilgi ve tartışma için bkz. ÜRGÜPLÜ, "Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 686-689.

daha başlangıçta, gerektirici sebeplerin yazılı bir şekilde ileri sürülmesinin daha doğru olacağını savunmaktadır.[42]

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun yetkilerinin TTK m.430 ile sınırlanmış olduğu ve ilgili maddede belirtilen hususlar dışında karar alma yetkinsin bulunmadığı göz önünde tutulursa, toplantı hususunda azlık tarafından gelecek bir talebin ancak bu sınırlı konulara dayanabileceği ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu TTK m.430/b.5 hükmünde sayılan hususların dışında toplansa bile toplantıdan hukuken geçerli bir sonuç alınamaz.

Bu sebeple, durum mahkemeye intikal ettiğinde, Ürgüplü'ye göre, mahkemenin ilk işi gerektirici sebebi incelemek ve TTK m.430 çerçevesi dışında bir konuda toplantı talep ediliyorsa bu talebi herhangi başka bir inceleme yapmaya gerek duymaksızın red edecektir. Hatta, anonim ortaklık boşuna zaman kaybı ve masrafı uğramasını engellemek amacıyla azınlığın yönetim kurulu veya denetçilere yönelik toplantı talebinde TTK m.430 hükmünde öngörülen gerektirici sebepleri bildirmesi zorunluluğunu aramak yerinde olacaktır.[43]

Tahvil sahipleri, sadece, toplantı yapılması hususundaki taleplerinin gerek yönetim kurulu ve gerekse denetçiler tarafından reddedilmesi halinde değil, yönetim kurulu veya denetçilerin toplantı talebine hiç cevap vermemesi, amacın elde edilmesinin imkânsız olduğu bir zamanda toplantı çağrısının yapması veya uygun olmayan bir yerde toplantı yapılmasının kararlaştırılması hallerinde de, yine mahkemeye başvurabilirler.[44] Ayrıca, her tahvil sahibi ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki Ticaret Mahkemesine başvurarak bu toplantıların yapılmaması için tedbir koydurabileceği gibi, böyle toplantılarda alınan kararların iptalini de isteyebilir.[45]

Ticaret Kanunu'nda Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun düzenlendiği TTK m.429-432 maddeleri arasında, tasfiye memurlarının genel kurulu toplantıya çağırabilecekleri konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, TTK m.450/f.1'in TTK m.219/f.2 hükmüne yollaması uyarınca tasfiye halindeki ortaklığın yönetim ve temsil organı tasfiye memurlarıdır.[46]

---

(42) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 709.

(43) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 682.

(44) İsmail DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Genişletilmiş 4. Bası, Madde 420-815, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 1267.

(45) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 708.

(46) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 682; YILDIZ, s. 548.

Öte yandan, tahvil kavramının, anonim ortaklığın temin ettiği bir borç olduğu ve tahvil sahiplerinin anonim ortaklık karşısında alacaklı durumunda bulundukları göz önünde tutulursa Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplantıya çağırmaya tasfiye memurlarının da yetkili oldukları sonucuna varılabilir.[47] Ayrıca, bu tasfiye memurları için bir görevdir, çünkü tasfiye memurları TTK m.445/f.1 uyarınca alacaklı oldukları ortaklık defteri ve diğer belgelerden anlaşılanları çağırmakla görevlidirler.

iii. Toplantıya Davetin Şekli

Tahvil sahiplerinin toplantıdan haberdar edilmesi hakkında, kanun koyucu tahviller açısından özel bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle, TTK m.429 hükmünün atfı gereği, davetin şekli konusunda TTK m.368'da düzenlenen anonim ortaklık genel kurulunun davet şekli hakkındaki hükümler uygulanacaktır.

Buna göre, toplantıya davet hem anonim ortaklığın anasözleşmesinde, anonim ortaklık genel kurulu toplantısının yapılması için öngörülen şekilde, TTK m.37 hükmünde belirtildiği gibi, Ticaret Sicil Gazetesi'nde toplantı günü hariç olmak üzere en az iki hafta önce ilan edilmelidir.[48] Anasözleşme, ortaklığa ait ilanların ne şekilde yapılacağı hususunu ihtiva ettiğinden tahvil sahipleri de toplantıdan haberdar olabileceklerdir. Ayrıca, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na ait ilanların hangi gazetede ve ne şekilde yapılacağının TTK m.425 uyarınca düzenlenen izahname ile de belirtilmesi faydalı olacaktır.[49]

Toplantı günü ve gündemi nama yazılı pay senedi ve tahvil sahiplerine ve hamiline pay senedi veya tahvil sahibi olup da bunlardan birini yerleşim yeri adresi ile birlikte ortaklığa tevdi eden pay ve tahvil sahiplerine taahhütlü mektupla bildirilir. Davet mektupları da herhalde en geç ilan günü postaya verilmelidir.[50]

Talebin şekli konusunda ise, TTK m.366 hükmünde öngörülen *"gerektirici sebeplerin yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu"* TTK m.429 hükmünde bulunmamaktadır. Tekinalp ise, bu yönde bir talepte karşılaşan yönetim kurulu veya denetçilerin Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet etmekten kaçınmaları halinde, azınlığın mahkemeye

---

(47) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 682-683.

(48) Mehmet ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", İktisat ve Maliye Dergisi, Yıl 1979, C. XXVI, S.1-12, s. 338; ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 689; YILDIZ, s. 548.

(49) Aynı görüşte bkz. ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 689.

(50) Aynı görüşte bkz, ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", s. 338; ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 689.

götürecekleri taleplerin başarılı olabilmesi için talebin yazılı olmasının sisteme daha yatkın olacağı görüşündedir.[51]

Kanımca, Tekinalp'in görüşü isabetlidir. Çünkü azınlık böyle bir talepte mahkemeye gideceğine göre, mahkeme ilk olarak ortaklık organlarının bu konudaki görevlerini yerine getirip getirmediğini değerlendirecektir. Mahkemede talebin başarılı olabilmesi için daha başlangıçta, gerektirici sebepleri bildiren yazılı bir başvuru yapılmış olması, ispat açısından daha doğrudur.

iv. Toplantı Gündemi

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya davet için verilen ilan veya davet mektubunda, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya çağıran organ tarafından gündemi de belirtilir. Bu toplantının gündeminin sınırlarını TTK m.430'da sayılan Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun görev ve yetkileri belirleyecektir.[52] Bu toplantıda, beş bend halinde sayılan hususlardan bir veya birkaçı görüşülebileceği gibi, hepsi de görüşülebilir. Ancak, toplantıda hangi hususun görüşüleceği hem toplantı gündeminde belirtilmeli hem de ilan edilmelidir.

Maddede sayılanlar dışında başka bir husus gündeme giremez, girmişse yok hükmündedir.[53] TTK m.430'da tahdidi olarak sayılan ve Tahvil Sahipleri Genel Kurulu gündemini sınırlayan hususlar dışında her nasılsa genel kurulda bir karar alınmış ise bu karar tahvil sahiplerini bağlamayacak ve yoklukla malul olacaktır.[54]

TTK m.429, tahvil sahiplerinin toplantıya davet merasimi hakkında anonim ortaklık genel kurul toplantılarına yollamasının diğer bir sonucu, TTK m.370'de düzenlenen çağrısız genel kurul toplantısının Tahvil Sahipleri Genel Kurulu toplantısına da uygulanacaktır.[55] Başka bir ifadeyle, bütün tahvil sahipleri veya temsilcilerinin aralarından biri itiraz

---

(51) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 708. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 219. Aynı görüşte olan Ürgüplü, azınlığın tahvil sahipleri genel kurulunu toplantıya çağırması halinde TTK. m. 366 hükmünden farklı olarak TTK 429 uyarınca gerektirici sebepleri yazılı olarak bildirme zorunluluğunu şart koşmaması hususunun kanuni bir eksiklik olduğu görüşündedir. ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 682.

(52) Arslanlı'ya göre, toplantı gündemi konusunda kanunda açıklık bulunmadığı gibi, anonim ortaklık genel kuruluna da yollama yapılmadığı görüşündedir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. ARSLANLI, s. 300. Bu görüşe, Ürgüplü'nün de ifade ettiği gibi, TTK. m. 429'un TTK. m. 368'e yollaması sebebiyle katılmak mümkün değildir. ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", s. 338-339.

(53) Burada da anonim ortaklık genel kurul gündeminden bir faklılık söz konusudur. TTK. m. 369/f.5 hükmüne göre, "lüzumlu görülen sair hususlar" gündeme konur hükmüyle, görüşülecek konularda bir serbestlik getirdiği halde tahvil sahipleri genel kurulu gündeminin TTK. m. 430 ile kesin bir şekilde sınırlanmıştır. ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 690.

(54) ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", s. 340.

(55) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Oraklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 690; YILDIZ, s. 550.

da bulunmadığı takdirde, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu toplantısının da TTK m.370 hükmünden faydalanarak toplantıya davet hakkındaki merasime riayet etmeksizin toplanma imkanı vardır.[56]

Bu durumun günümüzde uygulanması çok zor olmakla birlikte imkânsız değildir. Tahvil ihraç eden şirket tahvil ihraç sınırı içinde üç dört yıl birbirinden farklı tahvil ihraç etmişse, alacaklı sayısı az olan serinin ortakları çağrısız genel kurul toplantısı yapabilirler.[57] Esasen, bütün tahvil sahipleri toplantıda mevcut olup, arlarından hiçbiri itirazda bulunmadıktan sonra ilan, davet mektubu, gündemin bildirilmesi gibi tahvil sahipleri toplantı tarihinden ve toplantının sebebinden haberdar etme gayesi güden kurallara uyulmasına herhangi bir gerek kalmamaktadır.[58]

v. Toplantı ve Karar Yetersayısı

Türk Ticaret Kanunda, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplantı karar yetersayısı düzenlemekle birlikte, toplantı yetersayısına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir.[59]

Tekinalp'e göre, TTK. sistemi ayrı bir toplantı yetersayısının varlığını kaçınılmaz duruma getirmez. Çünkü karar yetersayısına ilişkin maddede, toplantıda bulunan sahipler değil, fakat tedavülde olan tahviller esas alınmıştır.[60]

Karar yetersayılarında, TTK m.431 hükmünde ikili bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, TTK m.430 hükmünün 1, 2, 3 ve 4. bentlerinde öngörülen kararların alınabilmesi için karar yetersayısı, tedavülde bulunan tahvillerin üçte ikisini temsil eden tahvil sahiplerinin oyu şarttır. Bu durumda, gündeminde bu nitelikte karar bulunan bir Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nda en az bu kadar tahvil sahibinin olması şarttır. Bunun gibi, aynı maddenin 5. bendindeki diğer düzenlemede temsilci tayini için tedavülde bulunan tahvillerin yarısını temsil eden tahvillerin sahiplerinin oyu hem toplantı yapılabilmesi hem de karar alınabilmesi için gerekli olduğu belirtilmiştir.

Her iki durumda da toplantı yetersayısı aynı şekilde en az karar yetersayısı oranında olması gerekecektir. Bu yetersayıları temsil edenden daha az tahvil sahiplerinin bulunması halinde, karar alınmayacağı göre toplantı yetersayılarının da bu şekilde kabul edilmesi makuldür.

---

(56) Orhan Nuri ÇEVİK, Anonim Şirketler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 551-552.

(57) YILDIZ, s. 550.

(58) ÜRGÜPLÜ, "Anonim Orakluk Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kuruluna Uygulanması", s. 690.

(59) ARSLANLI, s. 301; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 413; TEKİNALP, Tahvil Sahipleri Genel Kurulunun Görev ve Yetkileri, s. 257.

(60) Ünal TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulunun Görev ve Yetkileri", İktisat ve Maliye Dergisi, C. XVII, S. 5, Ağustos 1970, s. 258.

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu toplantılarında geçerli kararlar alınabilmesi için yukarıdaki yetersayılara uyulması gerekir. Bu yetersayılara uyulmaması veya toplantıda temsil edilme hakkı bulunmayan tedavül dışı tahvillerin oylamaya katılması ile söz konusu yetersayılar temin edilmiş ise, alınan karalar bütün tahvil sahiplerini bağlayıcı bir genel kurul kararı olmayacaktır.[61] Yetersayıların hesaplanmasında tahvil sahiplerinin sahip oldukları tahvillerin değeri dikkate alınacaktır.

Görüldüğü üzere, TTK 340. maddenin ilk dört bendinde ağırlaştırılmış bir yetersayı öngörmüştür. İlk dört bendin özelliği, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun ortaklık yararına alacağı kararları düzenliyor olmasıdır. Gerçekten, bu yetkiler ortaklık ve tahvil sahipleri arasındaki ödünç sözleşmesinin koşullarını borçlu ortaklık lehine değiştirilmesine sebep olacak hükümlerdir. Bu sebeple, Kanunun bu değişikliği ağırlaştırılmış bir yetersayıya bağlamış olması oldukça isabetlidir.

Tasarıda bu yetersayılara ilişkin önemli değişiklikler TTKT m.504 hükmünde yapılmıştır.[62] Tahvil çıkarma konusunda genel kurul kararı, TTKT 421. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına yapılan atıfla hükmün son şekline göre, *"...sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır"* (TTKT m.421/f.3). *"...öngörülen nisaplara ilk toplantıda ulaşılamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır."* (TTKT m.421/f.4). Buna göre, TTKT m.421/f.3 hükmünde hem toplantı hem de karar yetersayıları öngörülmüş ve her ikisi için de tek bir yetersayı kabul edilmiştir.[63]

Tasarı mevcut yetersayıları oldukça ağırlaştırmakla birlikte 504. maddenin üçüncü cümlesinde bu yetersayıların anasözleşme ile değiştirilebileceği belirtilmektedir. Ancak, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, anasözleşmede farklı yetersayı öngörülebileceğine ilişkin hüküm hem hafifletici hem de ağırlaştırıcı yetersayıları kapsamaktadır.[64] Menkul değerlerin çıkarılmasında kolaylık sağlanmasının yararlı olacağı

---

(61) ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", s. 339.

(62) TTKT m. 504'e göre, "Her çeşidi ile tahviller, finansman bonoları, varlığa dayalı senetler, iskonto esası üzerine düzenlenenler de dâhil diğer borçlanma senetleri, alma ve değiştirme hakkını haiz senetler ile her çeşit menkul kıymetler, aksi kanunlarda öngörülmedikçe, ancak genel kurul kararı ile çıkarılabilirler. Genel kurul bu kararı, kanunlarda farklı bir düzenleme yoksa, 421 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası hükümlerine göre verir. Esas sözleşme farklı bir nisap öngörebilir. Genel kurul kararının çıkarılacak menkul kıymete ilişkin, gerekli bütün hüküm ve şartları içermesi gerekir. Genel kurul kararını yönetim kurulu yerine getirir. Bu hükme tâbi menkul kıymetler hamiline veya emre yazılı ve itibarî değerli olabilir. İtibarî değer genel kurul ve yetkilendirilmiş olması hâlinde yönetim kurulunca belirlenir. Borçlanma senetlerinin bedellerinin nakit olması ve teslimi anında tamamen ödenmesi şarttır."

(63) Bunun yerinde olmadığı yönünde bkz. MOROĞLU, s. 135.

(64) Acar'a göre, bir yandan mevcut nisapları ciddi şekilde ağırlaştırırken, diğer yandan bu nisapların anasözleşme ile bertaraf edilmesine imkân tanımak pek tutarlı görünmemektedir. "Alt komisyon tarafından yapılan düzeltme "421. maddenin birinci fıkrasına göre verir. Esas sözleşme farklı bir nisap öngörebilir"

düşüncesiyle kanunda öngörülenden daha düşük yetersayı ile karar alınabilmesine olanak sağlanmıştır.[65] Mevcut TTK sisteminde, bu yetersayıların anasözleşme ile ağırlaştırılabileceği fakat hafifletilemeyeceği kabul edilmektedir.

Kanımca, bir yandan mevcut nisapları ciddi şekilde ağırlaştırırken, diğer yandan bu nisapların anasözleşme ile bertaraf edilmesine imkân tanımak kanun yapma tekniği açısından pek tutarlı görülmemektedir. Çünkü kanunda belirlenen Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplantı ve karar yetersayılarının ağırlaştırabilme ve hafifletebilme imkânını aynı anda tahvil çıkaran ortaklığa tanımak, ortaklığa bu konuda düzenleme serbestîsi tanımaktan farksızdır. Oysa Kanunun amacı menfaatler dengesinin sağlanması bakımından daha güçsüz durumda olan tahvil sahiplerinin korunması için tahvil sahiplerinin hakları aleyhine kararlar alma yetkisine sahip bu kurulun toplantı ve karar yetersayılarının mevcut sistemde olduğu gibi anasözleşme ile ağırlaştırılabilmesi fakat hafifletilememesi daha uygun bir düzenleme olacağı kanısındayım.

vi. Cetvel Tanzimi

Toplantıya katılan tahvil sahiplerinin kimlikleri ve sahip oldukları tahvil miktarını, tahvillerin hangi seriye ait oldukları tahvil miktarını, tahvillerin hangi seriye ait oldukları, toplantı yeter sayısının bulunup bulunmadığını kontrol edebilmek için, pay sahipleri cetveline (TTK m.376) benzer bir cetvel, yönetim kurulu tarafından Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'ndan önce düzenlenir (TTK m.432). TTK m.432'nin amacı tedavülde bulunan tahvil miktarını tespit ederek, toplantı ve karar yetersayıları konusunda toplantıya katılan her tahvil sahibinin fikir edinmesini sağlamak ve ortaklığın elinde bulunan tahvillerin oylamaya katılmasını dolaylı olarak engellemektir.[66]

Bu cetvele, TTK m.428'de düzenlenen tahvil sahipleri defterine göre malik görünen nama yazılı tahvillerin sahipleri ile, ortaklığa başvurmuş bulunan hamiline yazılı tahvillerin sahipleri kaydedilir. Cetvelde, oy hakkına sahip bulunmayan, ortaklığın yazılmaması gerekir.[67] Daveti yapan yönetim kurulu veya denetçiler veya 1/5 azınlık tarafından imzalanması

Şeklinde olsaydı, bu herhalde maddenin ilk şekli ile güdülen amaca daha uygun olurdu. Böylece, TTK.'dakine yakın bir nisap muhafaza edilmiş olur, bunun hem ağırlaştırılmasına hem de hafifleştirilmesine imkân verilmiş olurdu." Bkz. Serdar ACAR, "Türkiye'de Anonim Şirket Tahvilleri Üzerine Bazı Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2008, S.71, s. 3707.

(65) Tasarının m.504 hükmünün gerekçesine bkz.

(66) Aynı görüşte bkz. ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", s. 339. Ancak, Ürgüplü'ye göre, TTK. m. 376 toplantıya katılan pay senedi sahipleri ve temsilcilerini bir cetvel ile tespit ederken TTK. m. 432 tedavülde bulunan tahvillerin bir cetvelinin düzenlenmesini öngörmektedir. ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", s. 339.

(67) TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulunun Görev ve Yetkileri", s. 258.

gereken bu cetvel toplantı yerinde herkesin görebileceği bir yere asılır. Bu cetvelin toplantıya katılan pay sahipleri tarafından da imzalanması gerekir.[68]

Ürgüplü'ye göre, TTK m.432 ile tahvil sahipleri cetveli düzenleme zorunluluğunun, tedavülde olmayan tahvillerin toplantıda temsil edilmesine itiraz hakkının tanınması amacıyla ve yetersayıların geçerliliğini tespit için konduğu açıktır. Bu duruma uyulmaması halinde, tahvil sahiplerinin itiraz hakkının bulunmaması ve toplantı esnasındaki itirazları dikkate alınmaz ise bu şekilde alınmış kararlar aleyhine iptal davası açma haklarının tanınması gereklidir. TTK. m. 431 hükmünde düzenlenen ve tahvil sahipleri gerekli yetersayılara uyulmaması halinde kararın yoklukla malul olacağı, yetersayıların toplantıya katılmaya hakkı olamayanlar veya tedavülde bulunmayan ortaklık elindeki tahvillerin de nisaba katılması ile sağlanıp karar alınması halinde ise kararların iptal edilebilecektir.[69]

vii. Oy Hakkı

TTK'da Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na katılabilecek olanların oy hakkını düzenleyici hükümler getirilmemiştir. Ancak, TTK m.429-432 hükümlerinden Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nda, tahvil sahipleri yani malikin oy hakkı olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, intifa hakkı, rehin hakkı sahibinin ya da başka bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyet olan kimsenin oy hakkı yoktur. Nama yazılı tahvillerde tahvil defterinden (TTK m.428), hamiline yazılı olanlarda ise zilyetlikten oy hakkı anlaşılır.[70]

Tahvil defteri TTK m.428'e göre, nama yazılı tahviller için ortaklık tarafından tutulması zorunlu olan bir defterdir. Yönetim kurulu tarafından tahvil sahiplerinin ad ve soyadlarını, yerleşim yerini, sahip oldukları tahvil miktarının bu deftere yazılması gerekir. Söz konusu defterin tutulması ortaklığa iki yönden yarar sağlar. İlk olarak, ortaklığın kime karşı ne miktarda borçlu olduğunu gösterir. İkinci olarak da, tahvil sahipleri genel kurul toplantısının gerektiği zamanlarda, defterdeki adreslerden tahvil sahiplerine kolayca haber verilmesinden ibarettir.[71]

Borçlu ortaklığın mülkiyetinde olan ve böyle sayılan, yani tahvilin inançlı işlemle devredildiği durumlarda tahvil borçlusu anonim ortaklık oy hakkına sahip değildir. Tahvil birden fazla kişiye aitse bunlar bir temsilci

---

(68) YILDIZ, s. 550.

(69) ÜRGÜPLÜ, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali", s. 339-340.

(70) TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulunun Görev ve Yetkileri", s. 258; YILDIZ, s. 553.

(71) Defterin notere onaylattırılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak sayfaların sıra numaraları olması gerekir. Tahviller ve sahipleri, tahvil numaralarına göre açılmış sayfalara kaydedilir. Tahvillerin sahip değiştirmesi hallinde durumun, yeni malik tarafından bildirilmesi halinde, tahvil defterinde gerekli düzeltmeler yapılır.

aracılığıyla oylarını kullanırlar.[72] Oy hakkının kullanılması için bir temsilci atayabilirler.[73]

Kanımca, Türk Hukuku'nda, TTK oy hakkına ilişkin özel hükümler getirmediğinden oy hakkının sadece malike ait olduğu sonucuna varmak gerekir. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nda oy hakkı bulunmadığı halde oy kullanan kişilerin varlığı tespit edilirse alınan karara karşı iptal davası açılabilmelidir.[74]

c. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun yetkileri ve dolayısıyla görevleri, TTK m.430 hükmünde beş bend halinde sayılarak belirli konular ile kanunen sınırlandırılmıştır.[75] Bu maddenin ifadesinden ve amacından, genel kurulun maddede sayılanlar dışında bir yetkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır.[76]

Maddeye göre, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun yetkileri şunlardır:

i. Tahvil sahiplerine ait hususi teminatın azaltılması veya kaldırılması,

ii. Faiz vadelerinden bir veya birkaçının uzatılması, faiz miktarının indirilmesi veya ödeme şartlarının değiştirilmesi,

iii. İtfa süresinin uzatılması veya şartlarının değiştirilmesi,

iv. Tahvil sahiplerinin alacaklarına karşılık, pay senedi almalarının kabul edilmesi,

v. Yukarıdaki hususların icrasına ve taşınmaz teminatının azaltılmasına veya kaldırılmasına dair işlemlerde tahvil sahiplerini temsil etmek üzere bir veya birden fazla temsilci atanması'dır.

TTK m.430 hükmü, tahvil sahiplerine, genel kurul halinde bir araya gelerek, madde metninde belirtilen hususlar hakkında karar almak ve hatta alınan kararları kendilerinin seçeceği bir temsilci aracılığıyla yerine getirme yetkisini vermektedir.[77]

Burada, ilk üç bentte tahvil çıkaran ortaklık ile tahvil sahibi arasındaki sözleşmenin tahvil sahibi aleyhine tadili, dördüncü bentte, tahvil

---

(72) TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulunun Görev ve Yetkileri", s. 258; YILDIZ, s. 554.

(73) Oysa İsv. BK. 1167'ye göre, oy hakkı tahvilin malikine veya onun temsilcisine aittir. Tahvil üzerinde intifa hakkı bulunuyorsa oy hakkının intifa hakkı sahibi veya temsilcisi tarafından kullanılması gerekir. Bununla beraber, intifa hakkı sahibi bu hakkı kullanırken, menfaatini hakkaniyete uygun şekilde gözetmemiş olmasından dolayı tahvil malikine karşı sorumludur. Borçlu şirketin maliki olduğu ve intifa hakkı sahibi olduğu tahviller oy hakkı vermezler. Ancak, borçluya ait tahviller rehin edilmişse, oy hakkı rehin hakkı sahibinindir. Üzerlerinde borçlu yararına rehin veya hapis hakkı bulunan tahvillerin maliki ise oy hakkının sahibidir. Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 218-219.

(74) Aynı görüş için bkz. YILDIZ, s. 554.

(75) ARSLANLI, s. 302-303.

(76) TEKİNALP, "Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması", s. 215-216; GÜRBÜZ, s. 195; YILDIZ, s. 551.

(77) DOĞANAY, s. 1268

sahiplerinin ortaklık alacaklısı sıfatını yitirip, ortak sıfatı kazanmaları, son halde de bir veya birden fazla temsilci seçilmesi söz konusudur.[78] Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na verilen bu yetkiler sınırlayıcıdır.[79] Bu yetkiler dışında kalan konularda, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu karar alamaz, alırsa, bu karar hüküm ifade etmez.[80]

SONUÇ

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, tahvil sahiplerinin katılımı ile oluşan bir kuruldur. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, anonim ortaklığın bir organı değildir. Bu kurul sadece, kendisini meydana getiren tahvil sahipleri ile tahvili çıkaran anonim ortaklık arasında geçerli ve tahvil ile ilgili kanunda öngörülen konularla sınırlı olarak karar alabilir. Söz konusu kurulun görev ve yetkileri TTK m.430'da belirtilenler ile sınırlıdır. Bunun dışındaki konularda karar alabilme yetkileri yoktur. Ancak esasen ortaklığın alacaklısı olan tahvil sahiplerinin haklarını korumak amacıyla kurulmuş bu kurulun Türk Hukuku'ndaki yetkileri sadece ortaklık yararına karar alabilecek şekilde tek taraflı olarak düzenlenmiştir.

Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu yönetim kurulu ve denetçiler toplantıya çağırabileceği gibi, tedavülde bulunan tahvillerin bedellerinin tutarının 1/5'ine sahip tahvil sahiplerinin gerektirici sebepleri bildiren bir yazılı başvuru ile yönetim kurulu veya denetçilere başvurmaları üzerine yönetim kurulu veya denetçiler Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu toplantıya çağırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, çağrı talebinde bulunan tahvil sahiplerinin ortaklık merkezindeki Ticaret Mahkemesine başvurusu neticesinde ilgili mahkeme de yetkili kılınabilir. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nu tasfiye memurlarının da toplantıya çağırabileceğini kabul etmek gerekir.

Toplantının yürütülmesi ve toplantıya ilişkin diğer konularda da anonim ortaklık genel kurul toplantılarına ilişkin hükümlerin uygulanacağından toplantı ve karar yetersayılarına uyulmaması halinde, bu karar yok sayılabileceği gibi, toplantıya katılan tahvil sahiplerinin oy hakkına sahip olmaması halinde bu kararların iptalini isteme hakkı her tahvil sahibine tanınmalıdır. Aynı şekilde, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun

---

(78) İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 414; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 441; GÜRBÜZ, s. 196.

(79) İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 414; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 441; DOĞANAY, s. 1268

(80) Öğretide, Domaniç'e göre, irade serbestisine dayanılarak tahvil senetlerine konan cezai şatı da TTK. m. 24 kuralları hilafına, tahvil sahipleri genel kurulu kararı ile azaltılabilir veya tamamen kaldırılacağını savunmakta ve şu gerekçeleri ileri sürmektedir. Her ne kadar TTK m.430 ceza şartı hakkında tahvil sahipleri genel kuruluna yetki verildiği yazılı değilse de, tahvilin normal ve medeni semeresini teşkil eden faizleri azaltma yetkisi bulunan genel kurulun, fevkalade bir karşılık teşkil eden ceza şartını da azaltabileceği evvelliyet icabıdır. Hayri DOMANİÇ, "Tahvil Senetleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1974, S.7, s. 322.

Kanımızca, her ne kadar bu görüş kendi içinde mantıklı ve savunulur gözükse de TTK m.430 sınırlı şekilde saydığı yetkiler dışında Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na bir yetki tanınması kanunun ifadesine ve amacına açıkça aykırıdır.

aldığı karar, tahvil sahiplerinin menfaatlerini aşırı derecede etkiliyorsa hakkaniyet kurallarına aykırılık nedeniyle iptal davası açma hakkını tahvil sahiplerine tanımak gerekir.

Öte yandan, TTK m.430 ileTahvil Sahipleri Genel Kurulu'na tanınan ve gereğinde tahvilden doğan bu hakları etkileyen bu yetkiler tahvil sahipleri için büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Bu yetkiler tahvil piyasasını korkutacak bu nevi senetlere güveni sarsacak niteliktedir. Bu yetkilerden herhangi birinin kullanılması tahvil sahibinin senedi iktisap ederken güvendiği ve kendini tahvil almaya iten bütün avantaj ve teminatları sarsacak veya tamamen ortadan kaldıracaktır. Örneğin, faiz ve anaparanın ödeme zamanlarının ertelenmesi, tahvil bedelinin ve faizlerin hisse senedine çevrilme zorunluluğunun genel kurul kararlarına tabi olup bütün tahvil sahiplerini bağlaması, bu yetkilerin sakıncasını ortaya koymaktadır.

Her ne kadar TTK m.431 bu yetkilerin kullanılabilmesini tedavülde bulunana tahvillerin üçte ikisine sahip olanların oyunu aramış ve bu ağır nisapla bir nevi tedbir alma amacını gütmüşse de özellikle bir miktar tahvilin borçlu anonim şirkete yakın çevrelerin eline geçmesi halinde bu tedbir yetersiz kalacağı ve tahvil sahiplerinin menfaatlerinin zarar göreceği açıktır. Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun üçte iki çoğunlukta alabilecekleri bu tehlikeli kararların sebepleri kanunda sınırlandırılıp gösterilmemiştir. Böylece kararlar tümüyle Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun insafına bırakılmıştır.

Tasarıda ise, Kanun koyucunu, tahvili bir sermaye piyasası aracı olarak değerlendirdiğinden tahvile ilişkin hükümleri Ticaret Kanunu'nda düzenlememiştir. Tasarının 506. maddesinin ikinci fıkrasında Sermaye Piyasası hükümlerini saklı tutan hüküm ile bu boşluğun Sermaye Piyasası Kanunu ve mevzuatında yapılacak değişiklikler ile düzenleneceği anlaşılmaktadır. Ancak, mevcut Sermaye Piyasası mevzuatında Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na ilişkin hiçbir düzenleme olmadığı göz önünde bulundurulursa, Tasarının kanunlaşmasından önce veya Tasarı ile eşzamanlı olarak bu konu hakkında düzenleme yapılmasının önemi daha iyi anlaşılacaktır. Çünkü Tasarının bu şekilde kanunlaşması halinde tahvil sahiplerinin menfaatleri Sermaye Piyasasında ilgili düzenlemeler yapılana kadar ortaya çıkan kanun boşluğunda büyük tehlike altında kalacaktır. Bu değişiklikler yapılırken çalışmamızda eleştirdiğimiz hususlar göz önünde bulundurmalıdır.

İlgili düzenleme ister Tasarı hükümleri ister Sermaye Piyasası Mevzuatı'nda yapılsın, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu kanuni bir organ olarak kabul edilmeli, görev ve yetkileri açıkça belirtilmelidir. Ancak bu görev ve yetkiler hala yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'ndaki gibi sadece ortaklığın menfaatlerini koruyacak şekilde tek taraflı değil; ortaklık

ile tahvil sahiplerinin menfaatlerini dengeleyecek bir şekilde her iki tarafın da menfaatlerini gözetmelidir. Çünkü esasen tahvil ortaklık ile tahvil sahipleri arasında kurulan bir ödünç sözleşmesidir; Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ise bu sözleşmenin koşullarını münhasıran değiştirme yetkisine sahip yegâne organdır.

Ayrıca, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin hüküm gözden geçirilmeleri, toplantı usulleri ve Tahvil Sahipleri Genel Kurulu kararlarına karşı başvuru yolları şüpheye yer bırakmayacak şekilde düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

Serdar ACAR, Türkiye'de Anonim Şirket Tahvilleri Üzerine Bazı Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2008, S.71, s. 3695-3712

Halil ARSLANLI, Anonim Ortaklıklar, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960

Orhan Nuri ÇEVİK, Anonim Şirketler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002

İsmail DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Genişletilmiş 4. Bası, Madde 420-815, Beta Yayınevi, İstanbul 2004

Hayri DOMANİÇ, Anonim Şirketler, Bilimsel Kitaplar Yayınevi, İstanbul 1978

Hayri DOMANİÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1988

Hayri DOMANİÇ, Tahvil Senetleri, BATİDER, 1974, S.7, s. 311-356

Diğdem GÖÇ GÜRBÜZ, Anonim Ortaklıkta Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun Görev ve Yetkileri, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Mart 2008, S.51, s. 192-201.

Ernest HİRSCH, Ticaret Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948, s. 544.

Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar)

Oğuz İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 0nikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001 (Kara Ticareti), s. 439

Erdoğan MOROĞLU, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005

Akar ÖÇAL, Belçika Hukukunda Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXIX, S.1, Nisan 1982, s. 13-17

Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş Dokuzuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2003

Ünal TEKİNALP, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu ve Toplantıya Çağrılması, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XVI, S. 6, Eylül 1970, s. 214-220

Ünal TEKİNALP, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'nun Görev ve Yetkileri, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XVII, S. 5, Ağustos 1970, s. 254-258

Mehmet ÜRGÜPLÜ, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu Kararlarının İptali, İktisat ve Maliye Dergisi, Yıl 1979, C. XXVI, S.1-12, s. 337-341.

Mehmet ÜRGÜPLÜ, Ticaret Kanununun 429. Maddesinin Gereği Olarak Anonim Ortaklık Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerin Tahvil Sahipleri Genel Kurulu'na Uygulaması, Halil Arslanlı Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 679-690

Şükrü YILDIZ, Tahvil Sahipleri Genel Kurulu, Yargıtay Dergisi, C.XVI, Yıl 1990, S. 4, s. 543-559

www.kazanci.com.tr

www.hukukturk.com

www.rega.com.tr

www.mevbank.com.tr

www.spk.gov.tr

TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARININ ve HÜKÜMLERİNİN ULUSAL-ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM ve YATIRIM TAHKİMİ IŞIĞINDA İNCELENMESİ

Av. Özen ATLIHAN[1]

GİRİŞ[2]

Tahkim, sözleşme özgürlüğüne dayanan ihtiyari bir yargı yoludur. Tahkimin milletlerarası ticari ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tercih edilmesinin başlıca sebepleri 20. yüzyılda bir devletin iç hukuk kurallarının milletlerarası ticari ilişkilerden doğan ihtilafları çözmede yetersiz kalması, milletlerarası ticari ihtilaflar hakkında karar verebilecek milletlerarası mahkemelerin mevcut bulunmaması, bazı devlet ve kamu kurumlarının başka devletin mahkemelerinin yetkisini kabul etmeyi kendi devletinin egemenliğine aykırı bulmalarıdır.[3]

Türkiye'de milletlerarası tahkimin gelişimi ile ilgili güncel gelişmelere bakıldığında, Yüksek Planlama Kurulu'nca (29.09.2009 tarihli ve 2009/31 sayılı karar ile) Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan *"İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Strateji Belgesi"*nin kabulüne karar verilmiştir. Söz konusu belgede, *"Hukuk Alt Yapısının Güçlendirilmesi"* başlıklı bölümde Önceliklerin arasında, *"İstanbul'da bağımsız ve özerk yapıya sahip uluslararası alanda rekabet edebilecek düzeyde kurumsal bir tahkim merkezinin oluşturulması ve arabuluculuk sisteminin etkin bir şekilde kullanılması"* da sayılmıştır. Buna göre, *"İstanbul'da bağımsız ve özerk yapıya sahip kurumsal bir tahkim merkezi kurulacaktır. Bu tahkim merkezi maliyet, hız ve kararların kesinleşme süreci gibi konularda uluslararası alanda rekabet edebilecek düzeyde olacak ve bu merkezle ilgili tanıtım çalışmaları yapılacaktır. Tahkim merkezinde kabul edilecek hakem listesi dışından da taraflara tercih edecekleri hakemleri seçme imkanı tanınacaktır. Tahkime ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümler ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer*

---

(1) İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Öğrencisi.

(2) Bu çalışmamdaki katkılarından dolayı sayın hocam Prof. Dr. Mahmut T. Birsel'e ve her zaman bana destek olan aileme teşekkür etmeyi borç bilirim.

(3) Mahmut T. Birsel, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları", Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Özel Sayı 2005, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2005, ss. 2-3.

alan hükümler birleştirilerek tek bir tahkim düzenlemesi yoluna gidilecektir. Uyuşmazlıkların mahkeme yoluna başvurmadan daha kısa sürede çözülebilmesi için arabuluculuk sistemi de geliştirilecektir. Ayrıca, kurulacak tahkim merkezinde, kurumsal olarak arabuluculuk imkanı da sunulacaktır. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde mahkemelerce kararların esasına girilerek inceleme yapılması ve böylece sürecin uzaması şeklinde ortaya çıkan uygulamadan kaynaklanan aksaklıklar giderilecektir.[4]"

Günümüzde, tahkim ve arabuluculuk gibi mahkemeler dışındaki yargı yolları giderek önem kazanmaktadır.

Tahkim yolunun hala rağbet görmesinde, şüphesiz, ticari uyuşmazlıklarda (New York Sözleşmesi'ne göre) verilen hakem kararının tenfizi kolaylıkları, yatırım uyuşmazlıklarında ise (ICSID Sözleşmesi'ne göre) verilen hakem kararının doğrudan icra edilebilmesi ve hakemlerin karar verecekleri konularda uzman kişiler olarak seçilebilmesi etkilidir.

Türkiye'nin milletlerarası tahkimde olduğu kadar, milli tahkimde de gelişmeler gösterdiği görülmektedir. Halihazırda mecliste bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Tasarısı hükümlerinin, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki hükümlerin hemen hemen aynısı olduğu; Tasarı hükümleri ile milli ve milletlerarası tahkim arasındaki farkın önlenmek istendiği; ayrıca dünyada pek çok ülkenin milli ve milletlerarası tahkim için esas aldığı UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın iç tahkim bakımından da benimsendiği belirtilmektedir.[5]

Çalışmamızın amacı, tahkim yargısının temelini oluşturan tahkim sözleşmesinin objektif ve sübjektif unsurlarının ve doğurduğu hükümlerin

i) milli-milletlerarası tahkim

ii) ticari tahkim-yatırım tahkimi farklılıkları dikkate alınarak tahkim müessesesinin incelenmesidir.

---

(4) İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Stratejisi ve Eylem Planı ile İlgili 29/9/2009 Tarihli ve 2009/31 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı (2 Ekim 2009 tarihli, 27364 sayılı Resmi Gazete). İstanbul'u tahkim merkezi haline getirme fikri, daha önce de doktrinde dile getirilmiştir. Bu yönde, ICC Türkiye Milli Komitesi'nin önderliğinde İstanbul'da bir tahkim merkezi kurulması yollarını araştıracak bir çalışma grubunun oluşturulması olumlu bir adım olarak değerlendirilmiştir. Mahmut T. Birsel, "Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçiminin Önemi", Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara, s. 77.

(5) http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf Doktrinde, Tasarının yasalaşıp yürürlüğe girmesi ile, ulusal alanda da etkin ve yaygın bir tahkim uygulamasının gerçekleşeceği yönünde görüş ileri sürülmektedir. Bkz. Cevdet Yavuz, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 177.

TAHKİM SÖZLEŞMESİ

1. Tanımı

Türk Hukukunda ticari tahkim, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mevcut bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı uyarınca -T.C. Anayasası, ilgili Türk kanunlarının emredici hükümleri ve Türkiye Cumhuriyeti'nin onayladığı İkili ve Çok Taraflı Tahkim Anlaşmalarının tayin ettiği sınırlar içinde [kanunla yasaklanmayan, tahkime elverişli (BK m.19-20)] ticari işlerde [Türkiye Cumhuriyeti New York Sözleşmesi Onay Kanunu (Kanun No. 3732, R.G. 25. 09.1991) m.2] çıkan uyuşmazlıkların adliye mahkemeleri yerine, tarafların serbest iradeleriyle doğrudan seçtiği veya tahkim kuruluşları aracılığı ile seçilecek bağımsız ve tarafsız, gerçek kişi hakem veya hakem heyetleri (Hakem Mahkemesi) tarafından çözümlenmesidir.

Tahkim yargılamasına tabi olmak isteyen ilgili taraflar, mevcut bir uyuşmazlığın veya ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini özel bir sözleşmeyle (*"Tahkim Sözleşmesi"*) veya aralarındaki temel sözleşmenin içinde onun bir maddesi olarak yer alan (*"Tahkim Şartı"*) ile kararlaştırabilirler. (HUMK m. 516, Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4) Çalışmamızda *"Tahkim Sözleşmesi"* terimi, *"Tahkim Şartı"*nı da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

2006 Tarihinde Değişikliğe Uğramış Olan 1985 Tarihli Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'nda (*"Model Kanun"*) (Madde 7[1]) Tahkim Sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır:

"Tahkim Sözleşmesi, akidden kaynaklansın veya kaynaklanmasın, muayyen (tanımlanmış) bir hukuki ilişkiyle ilgili olarak taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek olan ihtilafların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözümlenmesi için yapılan sözleşmedir. Tahkim anlaşması, (taraflar arasındaki) sözleşmedeki bir tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde olabilir.[6]*"*

Model Kanun'un bu madde hükmü Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'nden (*"New York Sözleşmesi"*) (Madde II/1) aynen alınmıştır.[7] Buna göre, *"Akit devletlerden her biri, tarafların akdi olan veya akdi olmayan, muayyen bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya doğabilecek, tahkim yolu ile halledilmesi mümkün bir konuya ilişkin*

---

(6) http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

(7) New York Sözleşmesi Türkiye tarafından 8.5.1991 tarih ve 3732 sayılı Onay Kanunu ile onaylanmış ve 25.9.1991 tarihli Resmi Gazetede yayınlananarak yürürlüğe konmuştur. Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta, İstanbul, Üçüncü Bası, 2005, s. 281

ihtilafların tamamını veya bir kısmını hakem önüne götürmek hususunda birbirlerine karşı taahhüdlerini içeren yazılı anlaşmalarını geçerli addeder.[8]"

Tahkim şartı, temel sözleşmenin içinde yer almasına karşın, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartları, temel sözleşmenin geçerlilik şartlarından ayrıdır. (*"Ayrılabilirlik Doktrini"*: Severability/Seperability Doctrine). Başka bir ifadeyle, tahkim sözleşmesi geçerli olduğu halde, temelindeki sözleşme geçersiz olabilir; ya da bunun tam tersi söz konusu olabilir. Zira, tahkim sözleşmesinin konu, amaç ve niteliği, temel sözleşmeden ayrıdır. Ayrılabilirlik doktrini, birçok ülkenin tahkim mevzuatında ve ulusalüstü mevzuatta yer almaktadır: UNCITRAL Model Kanunu m.16, İngiliz Tahkim Kanunu 30, UNCITRAL Tahkim Kuralları m.21(1), LCIA Kuralları m. 23(1) buna örnek olarak gösterilmektedir.[9]

Türk Hukuku'nda da, bu ilke Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda kabul edilmiş ve Yargıtay kararlarına konu olmuştur.

Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4/f.son gereğince, *"Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz."*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.10.2000 tarihli 2000/19-1122 E. ve 2000/1256 K. sayılı kararında açıkça, *"asıl sözleşmenin geçerli olması, sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermez"* denilerek bu ilke açıkça kabul edilmiştir.[10]

Yine, Tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin, maddi hukuk sözleşmesinden ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulacağına ilişkin olarak, Yargıtay 19. HD. bir kararında, "tahkim şartını içeren sözleşmeyi imzalayan dava dışı kişinin tahkim sözleşmesi yapmaya yetkili bulunmadığı hakkında davalı itirazı incelenmeden yazılı gerekçe ile karar verilmesinin yerinde olmadığı"nı belirterek, *"hükmün davalı yararına bozulmasına"* hükmetmiştir.[11]

Yargıtay 19. H.D.'nin bir kararında, temel sözleşme (satım sözleşmesi) temsil ve ilzama yetkili olmayan şirket ortağı tarafından imzalanmış olmasına karşın, taraflarca ifa edilmiş olması sebebiyle geçerli sayılmış;

---

(8) http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf

(9) Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 18, dn.3.

(10) Yargıtay'ın söz konusu kararına göre, "Sözleşmeyi imzalayanın sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığı, bu konuda özel yetki verilmediği, kamu düzeni nedeniyle BK.nun 388/3 maddesinde özel yetki kuralının zorunlu hale getirildiği, ayrıca asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermeyeceğinden" davanın reddine hükmedilmiştir. Bkz. http://www.kazanci.com/

(11) Yargıtay 19. H.D., 2007/380 E., 2007/5114 K. sayılı, 21.5.2007 tarihli kararı için bkz. Nuray Ekşi, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları, 1. Bası, XII Levha, İstanbul, 2009, ss.47-48.

buna karşılık, sözleşmede yer alan tahkim şartı ayrı değerlendirilerek, buna geçerlilik kazandıracak ifa hareketi bulunmaması sebebiyle geçersiz sayılmıştır.[12]

Milletlerarası Tahkim Kanunu m.7 H gereğince, *"Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz."*

Birçok hukuk düzeninde kabul edildiği üzere, hakem veya hakem heyeti yetkisine ilişkin itirazları bizzat karara bağlayacaktır. (*"Competence/Competence"* doktrini) Bu doktrini eleştirilenler, hakemlerin çoğu kez yetkili olduğuna karar vereceği fikrini dile getirmektedirler. Ancak diğer görüşe göre, tahkim sözleşmesi ile taraflar, tahkim sözleşmesinden kaynaklanan bütün uyuşmazlıkların hallini (hakemlerin yetkisine ilişkin uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere) hakemlere bırakmışlardır.[13]

Uygulamada kolaylık sağlamak üzere, çeşitli tahkim kurumları ve uluslararası kuruluşlar örnek standart tahkim şartları önermişlerdir.

Bu bağlamda, UNCITRAL (Ad hoc) Tahkim Kuralları'nın uygulanabilmesi için, örnek tahkim şartı şu şekilde önerilmiştir:

"İşbu Sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili ya da sözleşmenin ihlali, sona ermesi, geçersizliği ile ilgili bütün ihtilaflar veya talepler tahkim yoluyla halihazırda yürürlükte olan UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre çözümlenecektir.

Not: Taraflar aşağıdaki hususları eklemek isteyebilirler:

(a) Tayin edecek olan kişi/kurum (Appointing authority)

(b) Hakemlerin sayısı (bir/üç)

(c) Tahkim yeri

(d) Tahkim yargılamasının yapılacağı dil(ler)[14]*"*

ICC (Milletlerarası Ticaret Odası)[15] Tahkim Kurallarının uygulanabilmesi için, standart tahkim şartı ICC tarafından şu şekilde önerilmiştir:

---

(12) Yargıtay 19. H.D., 1995/9108 E., 9685 K. sayılı, 15.11.1995 tarihli kararı (yayınlanmamıştır) Bkz. Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta, İstanbul, Üçüncü Bası, 2005, ss. 312-313, özellikle dn. 266'daki açıklamalar.

(13) Moses, a.g.e., s. 88.

(14) http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf

(15) ICC Tahkim Divanının Sekreteryası Paris'tedir. ICC Tahkim Divanı, belirli aralıklarla toplanarak hakemlerce ICC Tahkim Kuralları'na göre yürütülen tahkimin denetimini sürdürmektedir.

"İşbu Sözleşmeden doğacak veya bu Sözleşmeyle ilgili bütün anlaşmazlıklar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uygulanarak, bu kurallar dairesinde tayin edilen bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır.[16]"

İsviçre Tahkim Kuralları ise, 1. Maddesine göre,

"Uluslararası tahkime, bir tahkim anlaşmasının işbu Kurallar'a veya Basel, Bern, Cenevre, Ticino, Vaud, Zürich Sanayi ve Ticaret Odaları'nın tahkim kurallarına veya bu Kurallar'ı benimsemiş olan diğer bir Sanayi ve Ticaret Odası'nın tahkim kurallarına atıfta bulunması halinde uygulanır."

Örnek Tahkim Maddesi:

"Sözleşmenin geçerliliği, hükümsüzlüğü, ihlali veya sözleşmenin feshi halleri de dahil olmak üzere işbu sözleşmeden kaynaklanan veya sözleşme hakkında çıkan her türlü uyuşmazlık, ihtilaf veya talep, Tahkim Bildiriminin bu kurallar uyarınca sunulduğu tarihte yürürlükte olan İsviçre Ticaret Odaları tarafından hazırlanmış İsviçre Uluslararası Tahkim Kurallarına uygun olarak çözümlenecektir.

Hakemlerin sayısı…(bir veya üç) olacaktır.

Tahkim yeri…olacaktır. (Taraflar yurt dışında bir şehir üzerinde anlaşmış olmadıkları sürece İsviçre'de bir şehrin ismi)

Tahkim yargılamasının yapılacağı dil … olacaktır. (tercih edilen dili yazınız.)[17]" olarak önerilmiştir.

LCIA (Londra Tahkim Mahkemesi) Tahkim Kurallarının uygulanabilmesi için, LCIA tarafından standart tahkim şartı benzer şekilde önerilmekle birlikte, i) ileride ortaya çıkacak ihtilaflar, ii) halihazırdaki ihtilaflar bakımından ayrım yapılmıştır.

i) İleride ortaya çıkacak ihtilaflar bakımından önerilen tahkim şartı:

"Sözleşmenin geçerliliği, hükümsüzlüğü, ihlali veya sözleşmenin feshi halleri de dahil olmak üzere işbu sözleşmeden kaynaklanan veya sözleşme hakkında çıkan her türlü uyuşmazlık, ihtilaf LCIA Tahkim Kurallarını dairesinde nihai olarak çözümlenecektir.

Hakemlerin sayısı…(bir veya üç) olacaktır.

Tahkim yeri…olacaktır. (şehir ve/veya ülke ismi)

Tahkim yargılamasının yapılacağı dil … olacaktır.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk …maddi hukuk kurallarıdır."

ii) Halihazırdaki ihtilaflar bakımından önerilen tahkim şartı:

---

(16) http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/mc_arb_turkish(1).doc
(17) https://www.sccam.org/sa/download/SRIA_turkish.pdf

"Taraflar arasında [ ]'den kaynaklanmış olan ihtilafa ilişkin olarak, işbu sözleşme ile taraflar ihtilafın LCIA Tahkim Kurallarına göre çözüleceği hususunda anlaşmaktadırlar.

Hakemlerin sayısı…(bir veya üç) olacaktır.

Tahkim yeri…olacaktır. (şehir ve/veya ülke ismi)

Tahkim yargılamasının yapılacağı dil … olacaktır.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk …maddi hukuk kurallarıdır.[18]*"*

İstanbul Ticaret Odası'nın Tahkim-Uzlaştırma-Hakem-Bilirkişilik Yönetmeliği m.13 gereğince, Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın İstanbul Ticaret Odası'nın Tahkim Yönetmeliği uyarınca çözümleneceği hususunun açık olarak yer alması gerekir.[19]

2. Kurucu Unsuru

Tahkim yargılaması irade serbestisine dayanır. Başka bir ifadeyle, taraflar, hakemlerin sayı ve niteliklerini, seçim tarzını ve tahkim sözleşmesinin muhtevasını (tahkim yerini, yargılamada esas alınacak lisanı, esasa uygulanacak maddi hukuku, tahkim sözleşmesine ve tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku, yargılamada başvurulacak ispat vasıtalarını serbestçe tayin edebilirler.[20]

Tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine *"rıza"* göstermeleri Tahkim Sözleşmesinin kurucu unsurunu teşkil eder. Bu unsur Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin bir kararında[21] şu suretle ifade edilmiştir.

"Tarafların uyuşmazlığı hakem önüne ya özel bir sözleşmeyle (tahkim sözleşmesi) veya aralarındaki sözleşmeye koyacakları bir hükümle (tahkim şartı) getirebileceklerinde kuşku yoktur. Fakat, her iki halde de önemli olan taraflarda uyuşmazlığı hakeme götürme iradesinin varlığıdır. Ne var ki, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsuru olan bu irade açıklaması sözleşmeye hiç bir karışıklığa yer bırakmadan açık ve kesin olarak yansıtılmalıdır."

Bu kararda vurgulanan husus, tarafların mahkeme yerine tahkim yolunu seçtiklerinin tahkim sözleşmesinden *"açık ve kesin olarak"* anlaşılmasıdır. Bu kararda belirtildiği gibi:

"... Sözleşmenin tahkim şartına ilişkin hükmünde duraksama yaratılmış ise, tarafların ... mahkemeleri görevli kıldıkları kabul olunmalıdır[22]*".*

---

(18) http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_english_main.htm#recommended

(19) http://www.ito.org.tr/wps/portal/mevzuat-bilgilendirme name = Tahkim Yonetmeligi & in it View = true & prmPageId = SH5.1.2

(20) Şanlı, a.g.e., s. 223.

(21) Yargıtay 15. HD. 1998/783 E.; 1998/979 K. sayılı, 12.03.1998 tarihli kararı. Bkz. Yasa Hukuk Dergisi Ocak 99/1, Cilt 18, Sayı 206, s. 107.

(22) Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin verdiği 25 Mayıs 1986 tarih (1969-2192) sayılı kararda da (Erol Ertekin, -, İzzet Karataş, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması,

Milletlerarası Ticaret Hukukunun, küreselleşme süreci içinde gelişen müesseselerinden biri de *"Tahkim"* müessesesi olmuştur. Sonuçta, özellikle milletlerarası tahkim bir çok devletin mevzuatında milletlararası ticari uyuşmazlıkların çözümü alanında, adli yargıdan bağımsız, ihtiyari bir yargı yolu olarak kabul edilmiştir. Bu sonuç, Model Kanun'un 5. Madde hükmünde aynen yer almaktadır:

"Madde 5. Mahkemelerin Müdahalesinin Sınırı

Bu Kanun'a tabi olan konulara, yine bu Kanun'da öngörülen durumlar dışında, hiç bir mahkeme müdahale edemez.[23]"

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.3/f.2 gereğince, *"Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanun hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler."*

Milletlerarası Tahkim Kanunu m.1 hükmünde *"...Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz..."* şeklinde ifade edilmek suretiyle rızanın tahkim sözleşmesinin kurucu unsuru olduğu düzenlenmiştir.

Yine, HUMK m.518'e göre, *"Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmıyan mesailde tahkim cereyan etmez."*

Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklikle (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4446 Sayılı ve 13.08.1999 Kabul Tarihli Kanun [Resmi Gazete: 14 Ağustos 1999]), esasen, Türkiye'nin kanunla onayladığı Çok Taraflı ve İki Taraflı Andlaşmalar içinde yer alan Milletlerarası Tahkim, kamu yatırımlarıyla ilgili İmtiyaz Sözleşmesi ve Şartlaşmasından doğabilecek ihtilafların çözümünde, seçimlik bir yargı yolu olarak kabul edilmiştir. Bu suretle milli ve milletlerarası tahkim, Anayasa sistemimiz içindeki yargı yolları arasında adli yargının yanında fakat ondan bağımsız yer almıştır. Bu bağlamda, yatırım tahkimi konusu Çalışmamızın *"Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümlenmesi"* başlıklı bölümünde incelenecektir.

3. Yazılı Şekil Koşulu

Tahkim Sözleşmesinin yazılı olması (adi yazılı şekil) geçerlilik şartıdır (HUMK m. 517; Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4/f.1). Buna karşılık, hakemlik müessesesine ilişkin milletlerarası andlaşmalarda Tahkim Sözleşmesinin yazılı şekilde olması şartı oldukça yumuşatılmıştır.

Ankara - 1997 s. 12-13) "hakem yoluyla halledilmediği takdirde mahkemeye gidileceği" gibi terditli kayıtların tahkim sözleşmesini hükümsüz kılacağı belirtilmiştir.

(23) http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

(UNCITRAL Model Kanunu m. 7, New York Sözleşmesi Madde II.2;[24] Milletler-arası Ticari Tahkim Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi (*"Avrupa Tahkim Sözleşmesi"*) Madde I.2[a]).[25] Teknolojik gelişmeler sonucu Milletlerarası tahkim hukuku uygulanmasında teleks, faks, telgraf, mektup gibi yazılı belgelerin yanı sıra, elektronik iletişim vasıtaları ile akdedilen Tahkim Sözleşmeleri de geçerli kabul edilmektedir.[26]

Bunların dışında, dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı iddiasına davalı tarafın cevap dilekçesinde itiraz etmemesi suretiyle de geçerli bir tahkim sözleşmesi kurulabilmektedir.[27] (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4/f.2)

Uygulamada yine tahkim sözleşmesi, tahkim şartı içeren belgelere ya da standart sözleşmelere (Örneğin, GAFTA: Hububat ve Yem Ticaret Birliği, FOSFA: Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu, Rafine Şeker Birliği Tahkim Kuralları) atıf yapılmak suretiyle (incorporation yoluyla) geçerli olarak akdedilebilmektedir. (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4/f.2)

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 8 Mayıs 1997 tarihli (1996/9619 E.; 1997/4669 K.) sayılı bir kararında tahkim yoluna başvurma iradesinin yazılı bir belgede (olayda karşılıklı irade beyanlarını ihtiva eden yazışmalarda) satış sözleşmesi kurulmuş ve bu satış sözleşmesinde 54 no.lu FOSFA Uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanmasını kabul etmişler ise, tarafların FOSFA sözleşmesinde yer alan Tahkim Kurallarını

---

(24) New York Sözleşmesi madde II/2 hükmüne göre, "Yazılı anlaşma" terimi, taraflarca karşıklı olarak teati edilmiş mektup ya da telgrafda veya taraflarca imzalanmış bir sözleşmede yer alan tahkim şartı veya tahkim sözleşmesini kapsar." Bkz. http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf

(25) Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi madde I/2(a) hükmüne göre, "Tahkim anlaşması"ndan maksat, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı veya taraflar arasında akdolunan tahkim sözleşmesidir; tahkim şartının içinde bulunduğu sözleşmenin veya tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanması veya tarafların birbirlerine yolladığı mektup, telgraf veya teleprinter metninde yer alması ve kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan devletler arasındaki münasebetlerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde akdedilmiş olması lazımdır." Bkz. http://www.jus.uio.no/lm /europe. international. commercial. arbitration. convention.geneva.1961/

(26) Teleks teatisi ile yapılan tahkim sözleşmesinin ve hakem tayininin geçerli olduğu, Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir. (Y. 11. HD. 2.10.1997, 3855-4351). Akıncı, elektronik ortamda yapılan tahkim sözleşmelerinde, ispat hukuku bakımından karşılaşılabilecek sorunlara dikkat çekmektedir. Bkz. Akıncı, a.g.e., ss. 92-94.

(27) Şanlı, a.g.e., s. 244. Detaylı bilgi için yine, bkz. Şanlı, a.g.e, ss. 275-279. Burada değinmek isteriz ki; "İnşaat İşlerine İlişkin FIDIC (Müşavir-Mühendisler Uluslararası Federasyonu) Standart Sözleşmesi'nin 67.maddesine göre, uyuşmazlık öncelikle yazılı olarak "mühendis"e havale edilecek; mühendis en geç 84 gün (12 hafta) içinde uyuşmazlık hakkında bir karar verecektir. Taraflar, mühendisin kararına uymadığında, karar tarihinden itibaren 70 gün içinde ICC Tahkim ve Uzlaştırma Kurallarına göre tahkim talebinde bulunulacaktır. Tahkim talebinin yapılmasından itibaren geçen 70 gün içinde ikinci kez dostane çözüm (uzlaştırma) yolu denenecektir. Bu safhadaki uzlaştırmadan da sonuç alınamaz ise, ihtilaf nihai bir kararla çözümlenmek üzere ICC Tahkim Kurallarına göre tahkime havale edilmiş sayılacaktır." Bkz. Şanlı, a.g.e., s. 383.

da kabul etmiş oldukları sonucuna varmıştır. Anılan kararda, aynen: "Davalı …FOSFA Kuralların(ı)…kabul ettiğinden ve yazışmalara göre geçerli bir sözleşme kurulduğundan taraflar arasında New York Sözleşmesinin 2. maddesine uygun bir tahkim şartı bulunmaktadır" denilmektedir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bu kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından (YHGK 15 Nisan 1998; 1998/19-256 E., 1998/279 K.) da benimsenmiştir.[28]

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin New York Sözleşmesi'nin Madde II [(a) bendi] hükmünün lafzına ve ruhuna uygun yukarıdaki kararı, verildiği tarihte Tahkime ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi müesseselerine sıcak bakmayan Yargıtay içtihadlarında Tahkim Hukukunun çağdaş gelişimine uygun bir dönüm noktası olma niteliğini taşımaktadır.

Tahkim Sözleşmesinin şekline ilişkin hüküm, bir geçerlilik şekli öngören bütün hukuk kuralları gibi, *"dürüstlük kuralı"*nın kontrolüne tabi tutularak dikkate alınmalıdır. Örneğin, yazılı olma şartının gerçekleştiği tartışmalı olan ve bu sebeple, başlangıçta, dar yorumla geçersiz sayılabilecek bir Tahkim Sözleşmesi; tarafların bu şarta uygun olarak hakemlerini seçmeleri, hakemler önündeki yargılamada aktif olarak yer almaları, hakem kararının verilmesi ve hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurulması gibi işlemlerden sonra, artık geçerlilik kazanmış sayılmalıdır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 26 Ocak 1996 tarihli kararları da aynı doğrultudadır (1995/6153 E.; 1996/610 K. - 1995/6154 E.; 1996/611 K.):

"... Davacı 14.2.1990 tarihli teleksinde belgelerin tüm diğer şartlar, Londra'da tahkim şartı da dahil FOSFA m.54'e uygun olacağını davalıya bildirmiştir. Davalı 15.2.1990 tarihli teleksinde işi teyit ettiğini bildirmiş, ancak tahkim şartına ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz bir tavır takınmamıştır. Ancak davacının Londra'daki hakem mahkemesine başvurması üzerine kendi hakemini seçerek yargılamaya katılmış ve hakem kararını temyiz etmiştir. Bu durumda davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının, 14.2.1990 tarihindeki telekseteki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir" (yayımlanmamıştır).

Medeni Usul Hukuku'nda, bir tarafın daha önce kendisinin gerçekleştirdiği bir hukuki durumla çelişen bir işlemi yapması *"çelişkili davranış yasağının"* (venira contra factum proprium) ihlali sayılmaktadır. Kanımca, tahkim yargılaması sırasında Tahkim Sözleşmesi'nin geçersiz olduğunu ileri sürmeyen davalının, temyiz veya tenfiz aşamasında onun geçersiz olduğunu ileri sürmesi, dürüstlük kuralları arasında yer alan, *"çelişkili davranış yasağı"*na aykırılık teşkil eder. Zira, davalının söz konusu

(28) http://www.kazanci.com/

davranışları, tahkim sözleşmesinin *"ifa"*sına yönelik hareketleri oluşturmaktadır.

Model Kanun'un Madde 7 (2) fıkrasında Tahkim Sözleşmelerinin şekil şartı düzenlenmiştir:

"(2) Tahkim anlaşması yazılı şekilde olmalıdır. Bir anlaşmanın yazılı olması için, taraflarca imzalanan bir belgede ya da mektup teatisinde, telekste, telegrafta veya anlaşmanın bir kaydını içeren diğer elektronik iletişim araçlarında yer alması ya da anlaşmanın varlığının bir tarafça iddia edilip diğer tarafça da inkar edilmediği dava ve cevap layihalarının teatisinde yer alması gerekmektedir. Bir sözleşmede tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapılması, sözleşmenin yazılı olması ve atfın söz konusu şartı sözleşmenin bir parçası haline getirmek amacını taşıması koşuluyla, bir tahkim anlaşması oluşturur."

Milletlerarası Tahkimi, (Almanya, Avusturya, Birleşik Krallık, İtalya, Hollanda ve Yunanistan gibi bazı devletlerde milli tahkimle birlikte) düzenleyen Kanunlarda Tahkim Sözleşmesinin içeriği, yazılı şeklin geçerlilik şartı olmasından daha önemli olmaktadır.[29]

Bu başlık altında ayrıca şu noktaya da değinmek isteriz ki; konuyu yatırım tahkimi açısından incelediğimizde, yabancı yatırımcı tarafından, iki taraflı ya da çok taraflı yatırım andlaşmalarında yer alan tahkim şartına istinaden tahkime başvurulduğunda, doğrudan, uyuşmazlığın tarafları (yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet) arasında akdedilmiş yazılı bir tahkim sözleşmesi bulunmamakta ve fakat yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş yatırım anlaşmasındaki tahkim şartı ("bir taraf ile diğer tarafın yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü"ne ilişkin hükmü)[30], yazılılık koşulunu karşılamaktadır.

4. İçeriği

Tahkim Sözleşmesinin (Milletlerarası Tahkim dahil) Anayasal temeli Sözleşme Özgürlüğüdür (1982 Anayasası m.48). Doktrinde tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler i) maddi hukuk sözleşmesi ii) usul hukuku sözleşmesi iii) karma görüş ve iv) bağımsız görüş olarak yer almaktadır.[31] Kanımızca, Tahkim Sözleşmesi Usul Hukuku sözleşmesi olmakla beraber, temelinde bir Borçlar Hukuku Sözleşmesi[32] olup, başlangıçta belirtildiği gibi, emredici kanun hükümleri ile

---

(29) Redfern, A. - Huter, M.; Law and Practice of International Commercial Arbitration 3. Bası Sweel - Maxwell London 1999, s. 141-143.

(30) Örnek olarak bkz. Türkiye ile Pakistan arasındaki yatırım andlaşması "Bir Taraf ile Diğer Tarafın Yatırımcısı Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü" başlıklı VII. Maddesi. (22903 Sayılı 12.02.1997 tarihli R.G.)

(31) Cevdet Yavuz, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 140-145.

(32) Aynı görüşte bkz. Yavuz, a.g.m., s. 148

Milletlerarası İki ve Çok Taraflı Tahkim Anlaşmalarının tespit ettiği sınırlar içinde (BK madde 19-20) geçerlidir.

Tahkim sözleşmesinin kurucu unsuru olan rıza, ancak *"tahkime elverişli konuda"* gösterilmiş ise, tahkim sözleşmesi geçerli olur. (HUMK m.518, Milletlerarası Tahkim Kanunu m.1) Başka bir ifadeyle, taraflar ancak iradeleriyle tasarrufta bulunabilecekleri konulara ilişkin olarak geçerli bir tahkim sözleşmesi akdedebilirler. Tahkime elverişlilik, maddi hukuka göre tespit edilecektir. Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmayan konuların belirlenmesi açısından şu hususlara değinmekte fayda vardır:

-Kamu düzenini ilgilendiren konulara ilişkin tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağı çeşitli Yargıtay kararlarında[33] ifade edilmiştir. Bu hususta, Yargıtay 3. HD"nin 02.12.2004 tarihli, 2004/13018 E. ve 2004/13409 K. sayılı kararında, Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre kira tespiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamayacağı vurgulanmıştır.[34]

-Gayrimenkullere ilişkin ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenemeyeceği doktrinde[35] kabul edilmektedir. Daha önce *"Kurucu Unsur"*u (*"Rıza"* unsurunu) incelerken belirttiğimiz üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi gereğince, *"... Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz..."*

-Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 23. maddesi (cümle 2) hükmüne göre *"Münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan mesail (işler)"* Türk mahkemelerinin münhasır yetki alanı içindedir. Örneğin, İflas Davası *"mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır"* (İİK m.154). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6 Mayıs 1998 tarihli 1998/12-287 E., 1998/325 K. sayılı kararında[36] belirtildiği gibi *"Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindedir"*.

(33) Yargıtay 18. HD'nin 1996/3347 E., 1996/4735 K. sayılı 13.05.1996 tarihli kararında, kat irtifakının "idari bir kararla" tesisi hususu "kamu düzeni"nden kabul edilerek, bu hususa dair hakeme başvurulamayacağı sonucuna varılmıştır. İlgili kararda aynen "634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 14. maddesine göre; kat mülkiyetine geçiş aşaması kabul edilen kat irtifakı, ancak arsa malikinin veya paylı mülkiyette bütün paydaşların bunu isteyen bir dilekçe veya istemle (yasada öngörülen diğer belgeleri de ekleyerek) Tapu İdaresine başvurmaları üzerine idari bir kararla tesis edilir. Paydaşlar arasında uyuşmazlık çıktığında, kat irtifakı tesisi için mahkemeye başvurulamaz. Yasa bu hususu, paydaşların oybirliğine bırakmıştır. Tüm paydaşların onayı olmaması durumunda müşterek mülkiyetten, ferdi mülkiyete geçiş için ortaklığın giderilmesi istenebilir. Bu bağıtta, ortak mülkiyetten, ferdi ve bağımsız mülkiyeti öngören kat irtifakına geçilmesi ve tapuya tescili kamu düzeni ile ilgili olduğu gibi, mahkeme veya hakem kararıyla geçişe yasal olanak da bulunulmadığından "kat irtifakı tesisine ve kat irtifakı tapuları verilmesine" dair olan hakem kararlarının mahkemece onanması yasaya aykırıdır"şeklinde belirtilmiştir. http://www.kazanci.com/

(34) Yine, bkz. http://www.kazanci.com/

(35) Yavuz, a.g.m., ss. 156-158

(36) Yargıtay Kararları Dergisi. C. 24, S. 9, Eylül 1998, ss. 1269-1276.

İş hukuku ile ilgili davaların da, işverene karşı zayıf konumda olan işçileri korumak amacıyla, tahkime elverişli olmadığı Yargıtay kararlarında ifade edilmektedir.[37]

Ayrıca tahkim konusu uyuşmazlığın *"belirli"* olması gerekir. (*"Belirlilik ilkesi"*) Bu bağlamda, belirli bir hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğinin kararlaştırılması yeterlidir. Buna karşılık, belirli bir hukuki ilişkiden söz edilmeksizin, muğlak bir ifadeyle, *"ileride tarafların aralarında çıkacak bütün uyuşmazlıkların"* tahkim yoluyla çözümleneceğinin kararlaştırılması halinde, tahkim sözleşmesi geçerli değildir.[38]

Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4'te *"mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların"* tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturacağı açıkça ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, tahkim yolu ile Tahkim Sözleşmesinin tarafları arasında mevcut veya ortaya çıkması muhtemel *"Ticari İş"* ve *"Yatırım Uyuşmazlıkları"* (İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar) çözümlenebilir.

New York Sözleşmesi'nin 1/3 maddesi hükmüne göre, onay sırasında devletler, Sözleşme'nin sadece kendi milli hukuklarına göre *"ticari"* sayılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacağı hususunda çekince koyabilirler. Türkiye de bu çekince ile New York Sözleşmesi'ni onaylamıştır.[39] Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti New York Sözleşmesi Onay Kanunu'nun (Kanun No. 3732, R.G. 25. 09.1991) 2. maddesinde *"(Bu) Sözleşmeyi yalnız akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve (Türk) hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını beyan eder"* hükmü yer almaktadır.

Tahkime elverişliliğinin sınırlarını çizen bir başka kanun hükmü *"Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkındaki ICSID Sözleşmesi Onay Kanunu'nun (Kanun No. 3460: R.G. 2 Haziran 1988) 1. Maddesinin (b) bendinde "Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve ayni hak uyuşmazlıkları"*nın çözümü *"Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunan"* olduğundan, bu uyuşmazlıklar için tahkim yolunun açık olmadığı hüküm altına alınmıştır.

---

(37) Yargıtay 9. HD, 4938 E., 5429 K. sayılı, 14.9.1964 tarihli kararı, Yargıtay 4. HD 3889 E. 3965 K. sayılı, 21.5.1959 tarihli kararı. Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, 6.Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 5951, dn. 41; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara, 2007, s. 205.

(38) Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 13. Bası, Yetkin, Ankara, 2001, 922; Yavuz, a.g.m., s. 160.

(39) Bkz. Şanlı, a.g.e., s. 283.

6 Ocak 1982 tarih ve 2577 İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (1). fıkrasının (C) bendi hükmüne göre:

"Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğanlar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" tahkim yoluyla çözümlenemez.

Bilindiği gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4446 Sayılı Kanun'un (RG 14 Ağustos 1999) 2. maddesiyle Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına:

"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" hükmü ilave edilmek suretiyle, İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla karara bağlanması kabul edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 3130 Sayılı Kanun'la onayladığı ve 23 Eylül 1991 tarihli Resmi Gazete'de (sayı 21000) yayımlanan Milletlerarası Ticari Hakemlik konusundaki 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre'de yapılan Avrupa Sözleşmesi'nde (*"Avrupa Tahkim Sözleşmesi"*), esasen, Madde II'de *"... Amme hukuku Tüzel Kişileri olarak vasıflandırılan tüzel kişiler muteber surette hakemlik anlaşmaları akdetmek yetkisini haizdirler"* hükmü yer almaktadır.[40] Tahkim Sözleşmesi'nin içeriği konusunda, son olarak belirtelim ki; (a) tenfiz aşamasında *"ihtilaf mevzuunun hakemlik yoluyla halle elverişli bulunmaması"* [New York Sözleşmesi Madde V/2(a)] re'sen veya (b) *"hakem kararı hakem mukavelesinde veya şartında derpiş edilmeyen bir ihtilafa müteallik"* olması, davalı tarafın itirazı ve itirazını ispat etmesi hallerinde [New York Sözleşmesi madde V/1 (c)] Türk Mahkemesi tarafından yabancı hakem kararının tenfizi reddedilebilir.[41]

II. Yabancılık Unsuru

Bu bölümde önce Milletlerarası Ticari Tahkimdeki yabancılık unsuru üzerinde durulacak, daha sonra, Anayasa'nın (değişik) 125. maddesinde yer alan *"kamu hizmetleri ile ilgili İmtiyaz şartlaşma ve Sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ... milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi(nin)"* tahkim sözleşmesinde öngörülmesi halinde tahkime konu işte bulunması şart koşulan *"Yabancılık Unsuru"* incelenecektir.

Ön açıklama olarak belirtmek isteriz ki; *"Yabancılık unsuru"*nun tespiti üzerinde durulmasının önemi şudur: Tahkim yeri Türkiye olduğunda, *"yabancılık"* unsurunun bulunup bulunmamasına göre, uygulanacak

(40) http://www.jus.uio.no/lm/europe. international. commercial.arbitration. convention. geneva.1961/
(41) http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf

tahkim prosedürü değişmektedir. Şöyle ki; Yabancılık unsuru bulunmadığında, tahkim yargılaması Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre (milli tahkim); yabancılık unsuru bulunduğunda ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre (milletlerarası tahkim) yürütülecektir. Ayrıca, diğer bir halde, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin taraflar veya hakemler tarafından seçildiği uyuşmazlıklar bakımından da, (m.1) tahkim yargılaması bu kanuna göre yürütülecektir.

Bu ayrımın önemli sonucu olarak, HUMK'a tabi olarak yürütülen hakem kararına karşı temyiz yoluna gidilebilir iken (HUMK m.533); Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi hakem kararına karşı temyiz yoluna gidilememekte ve fakat hakem kararı iptal edilebilmektedir. (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.15)

Nitekim, bu başlık altında, uygulamada tereddütlere yol açan bir konuya da özetle değinmekte fayda görmekteyiz. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, yürürlük tarihinden önce, tahkim yeri hukuku olması dolayısıyla HUMK'a tabi olan ve fakat tamamlanmamış yabancı unsurlu tahkimler açısından uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinde ve Yargıtay kararlarında uzun süre tartışılmıştır. Şöyle ki; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda zaman itibariyle uygulanma alanını düzenleyen özel bir hükme yer verilmemiş olması sebebiyle, Yargıtay'ın bu konuda farklı kararlarına rastlanmaktadır. Yargıtay bazı kararlarında (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/15-444 E., 2007/554 K. sayılı, 18.07.2007 tarihli[42]; 2006/15-609 E., 2006/656 K. sayılı kararları vb.), 4686 Sayılı Kanun'un *"sadece yürürlük tarihi olan 05.07.2001 tarihinden sonra akdedilen tahkim anlaşmalarından doğan davalara uygulanabileceğine ve fakat yürürlük tarihinden önce yapılmış tahkim anlaşmalarına uygulanamayacağına ... 4686 Sayılı Kanun uyarınca incelenip hükme varılmasının bozma nedeni sayılacağına"*; bazı kararlarında ise (örneğin, Yargıtay 19. H.D. 2003/2370 E. 2003/11658 K. sayılı 17.11.2003 tarihli kararı) bu Kanunun *"yürürlük tarihi itibariyle tamamlanmamış yabancı unsurlu tahkim davalarında derhal uygulanacağına"* hükmetmiştir. **Şanlı**, 4686 Sayılı Kanun'un *"Kanun koyucunun zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin"* bir hükme yer vermemesinin sebebini, bu Kanunun *"usul kanunu"* niteliğinde olması ve bu nedenle, Kanun koyucunun, kanunun yürürlük tarihinden sonra *–tamamlanmamış-* tüm yabancı unsurlu tahkimlere *"derhal"* uygulanacağını farz etmiş olması ile açıklamaktadır.[43]

---

(42) http://www.kazanci.com/

(43) Bkz. Şanlı, a.g.e., s. 241, dn. 237 g.

1. Milletlerarası Ticari Tahkimde

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6 Mayıs 1998 tarihli *"Yetki Anlaşması"* (MÖHUK md.31) hususunda verdiği bir kararda *"Yabancılık Unsuru"* yorumlanmıştır.

"Borç ilişkisi, yabancılık unsurunu taşımalıdır. Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir. Yabancılık unsuru taşımayan bir borç ilişkisi için yabancı ülke mahkemesine yetki veren anlaşma Türk hukuku yönünden geçerli olmaz."

Tahkim Sözleşmesinde ise, tarafların Türkiye dışındaki bir mahali tahkim yeri olarak kabul etmeleri, her iki taraf Türk olsa bile, sözkonusu yabancılık unsuru tahkimin milletlerarası olması için yeterlidir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12 Nisan 1990 [E. 2864- K. 3271] ve 10 Mayıs 1994 [E. 1993/5034 - K. 1994/4082] tarihli Kararları).

Zira, yabancı bir memleketteki Tahkim Yeri, tıpkı Yetki Anlaşmasında münhasır yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirtilmesi halinde (MÖHUK md. 31) olduğu gibi, bağlanma noktası olarak tahkimin hangi devletin milletlerarası tahkime uyguladığı usul hukuku düzenine (Lex Loci Arbitri) tabi olacağını tayin eden Sübjektif Esaslı Noktadır (BK m.2/ f.1).

Model Kanunu'nda da (md.1) yabancılık unsuru geniş kapsamlı olarak, fakat sonuçta aynı şekilde tespit edilmiştir:

"(a) Tarafların iş merkezlerinin, Tahkim sözleşmesinin akdedildiği tarihte farklı devletlerde olması, veya

(b) (i) Tahkim Sözleşmesinde veya ona dayanarak belirlenmiş olan hallerde tahkim yerinin veya (ii) ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği veya ihtilafın konusunun en çok bağlantılı olduğu yerin tarafların iş merkezinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması, veya

(c) tarafların tahkim sözleşmesinin konusunun birden çok memlekette ilişkili olduğunu açık bir şekilde kabul etmeleri hallerinde Tahkim milletlerarası nitelik taşır"

Buna paralel olarak, 21.6.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 1 hükmünde *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."* şeklinde düzenlendikten sonra *"yabancılık unsuru"* madde 2 hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır:

"Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır."

2. Anayasa'nın 125. maddesinde

Anayasa madde 125 gereğince, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2. md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."*

Anayasa'nın 125. maddesi kapsamındaki *"yabancılık unsuru"* 21.01.2000 tarihli ve 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun (*"4501 Sayılı Kanun"*)'un *"Tanımlar"* başlıklı 2/c. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, *"sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması"* hallerinden birinin varlığı halinde sözleşme yabancı unsurlu kabul edilecek ve milletlerarası tahkime gidilebilecektir.[44]

(44) Şanlı, a.g.e., s. 234.

Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan kamu hizmetleriyle ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde, taraflardan birinin muhakkak Türkiye Cumhuriyeti veya onu temsil eden kamu tüzel kişisi (idare) olacağı dikkate alınınca, Yabancı Yatırımcı, Türkiye'de kurulmuş Proje Şirketleri ve yatırımın gerçekleştirilmesi için gerekli krediyi sağlayan yabancı bankalar ve/veya yabancı finansman kuruluşları, İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklarda *"yabancılık unsuru"* oluşturabilirler.

Daha açık bir ifadeyle, İmtiyaz Sözleşmesinin tarafı:

(a) Yabancı Yatırımcı, veya

(b) Yatırımı gerçekleştirmek için Türkiye'de kurulan ve yabancı yatırımcı veya yatırımcılar tarafından dolaylı veya dolaysız kontrol edilen Proje Şirketleri, ayrıca

(c) Yatırımın finansmanının, önemli ölçüde, Yabancı Banka veya Finansman Kurumları tarafından yapılması kaydıyla Türk şirketleri, Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi akdedebilmelidirler.

Bu bağlamda, **Günday**, Anayasa'ya getirilen söz konusu düzenleme ile, yabancılık unsuru kavramının oldukça genişletildiğini ve yapılacak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hemen hemen tamamında yabancılık unsurunun bulunabileceğini ve dolayısıyla uluslararası tahkime gidilebileceğini dile getirmiştir. Yazar, düzenlemenin ne kadar geniş kapsamlı olduğunu aynen şu şekilde ifade etmektedir: *"Sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak olan şirket ortaklarından herhangi birinin şirketteki hisse oranı ne olursa olsun %1 dahi olsa böyle bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık yabancı ögeli uyuşmazlık sayılacaktır ya da sözleşmeye taraf şirket ortaklarının tamamı Türk menşeli olsa bile sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin yapılması gerekli ise sözleşmenin tarafı olan şirketin bütün ortaklarının Türk olmasına karşın yabancı unsurun kabulü gerekecektir.*[45]"

III. Tahkim Sözleşmesinin Sübjektif Esaslı Unsurları

1. Tahkim Yeri

Tahkim yerinin seçiminde, maddi ve hukuki nedenler etkili olacaktır.[46]

Milletlerarası Tahkimde, yabancı bir ülkedeki Tahkim Yeri, *-tıpkı Yetki Anlaşması'nda (MÖHUK md.31) yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirtilmesi halinde olduğu gibi-*, bağlanma noktası olarak tahkimin hangi devletin hukuk düzenine (Lex Loci Arbitri) tabi olacağını ve dolayısıyla Hakem Kararının tabiyetini tayin edici unsurdur.[47]

---

(45) Metin Günday, "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, ss. 192-193.http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc

(46) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 64.

(47) Şanlı, a.g.e., ss. 285-286.

Tahkime uygulanacak hukuk, tahkim sözleşmesinin yorumu ve geçerliliği, tahkim yerindeki mahkemelerin tahkime yardımcı olmak amacıyla geçici tedbirlere hükmedip hükmedemeyeceği, tahkimi olumlu ya da olumsuz yönde etkileyecek emredici kurallar, verilen hakem kararlarının temyiz ve iptali şartları ve kararın diğer ülkelerde tenfizinin mümkün olup olmadığı gibi hususlar Tahkim Yerinin seçiminde etkili olacaktır.[48] Bundan dolayı, Birsel tahkim yerini adeta *"yetkili mahkeme"*ye benzetmektedir.[49] Bu nedenle, taraflar, tahkim yargılamasına haksız yere müdahale etmeyen, tahkime ılımlı bakan ülkeleri tahkim yeri olarak tercih etmelidirler.[50]

New York Sözleşmesi'nde (m.V) esas alınan Toprak İlkesinin kapsamı içinde, Tahkim Yeri, Devletler Özel Hukuku'nun Milletlerarası Usul Hukuku Kurallarına göre bir bağlanma noktası olmaktadır. Tahkim sözleşmesinde Tahkim Yeri açıkça belli edilince, taraflar milletlerarası tahkime uygulanacak Tahkim Yeri Usul Kanunu'nun uygulanmayacağını yazılı olarak, açıkça, kararlaştırmadıkları takdirde, Milletlerarası Tahkim ve Hakem Kararı, tahkim yerinin bulunduğu ülkenin hukuk düzenine, daha açık bir ifade ile, milletlerarası tahkime uyguladığı mevzuata (Lex Loci Arbitri) tabi olacaktır.[51]

Gerek Türkiye'de Milletlerarası Tahkim Kanunu gerekse UNCITRAL Model Kanunu'nun incelenmesinden anlaşılacağı üzere Milletlerarası Tahkime uygulanan Tahkim Yeri Kanunu (Lex Loci Arbitri):

- Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Uygulama Alanı,
- Mahkemelerden yardım istenmesi,
- Tahkim Sözleşmesinin tanımı ve şekli,
- Tahkim Mahkemesinin yetkisi,
- Tahkim itirazı,
- Tahkim Mahkemesinin karar verme usulü,
- İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz,
- Sulh,
- Hakimi red sebepleri ve usulü,
- Tahkim süresi,
- Hakem kararlarına karşı başvuru,
- Hakem Kararının düzeltilmesi, yorumu ve tamamlanması,

gibi konulara uygulanır. Ayrıca Milletlerarası Tahkim Kanunları:

- Tahkim Mahkemesinin teşkili,

---

(48) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 66.
(49) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 64.
(50) Moses, a.g.e., s. 43.
(51) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 66.

• Tahkim yargılaması,

• Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk,

• Yargılamada kullanılan dil,

gibi konularda tamamlayıcı ve yorumla-yıcı hükümleri de ihtiva eder.[52]

New York Sözleşmesi, kural olarak, Milletlerarası (yabancı) Hakem Kararının Tanınması ve İcrasının (Tenfizinin) istendiği devlet arazisinden başka bir devlet arazisinde verilen hakem kararlarına uygulanacaktır (md.1/fıkra 1). New York Sözleşmesi'nde, milli (Yerel) hakem kararı ile milletlerarası (yabancı) hakem kararı ayrımı için kural olarak *"Toprak Esası"* kabul edilmiştir.[53]

2. Hakemliğin Teşkili ve Hakemlik Prosedürü

A. Hakemliğin Teşkili

Hakemliğin teşkilinin taraflarla hakem arasında yapılan *"hakem sözleşmesi"*ne dayandığı doktrinde ifade edilmektedir. Bu sözleşme ile taraflar, uyuşmazlığın hakem yolu ile çözülmesini teklif etmekte, hakem(ler) ise uyuşmazlığı çözmeyi kabul etmektedir(ler).[54] Taraflarca imzalanan görev belgesi (ICC Tahkim Kuralları m. 18: terms of reference, Milletlerarası Tahkim Kanunu m.10) ile, hakem sözleşmesi yazılı hale gelmektedir. Hakem sözleşmesinin niteliği itibariyle bir Borçlar Hukuku Sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.[55]

Hakemliğin Teşkili de Tahkim Sözleşmesi'nin sübjektif esaslı noktaları arasında yer alır. Bu konuda Avrupa Tahkim Sözleşmesi'nin madde IV (fıkra 1) hükmünde aynen şöyle denilmektedir:

"1. Tahkim anlaşması akdeden taraflar:

a) İhtilafların daimi bir hakemlik müessesesi (ICC Milletlerarası Tahkim Divanı gibi) tarafından halledileceğini; (bu takdirde hakemlik, tayin edilen müessesenin yönetmeliğine uygun şekilde cereyan eder); veya

b) İhtilaflarının özel olarak teşkil edilen (ad hoc) bir hakemlik usulüne tabi olacağını, bu takdirde taraflar bilhassa;

i) hakemlerin kimler olacağını ve ihtilaf halinde bunların hangi usullere göre seçilebileceğini;

ii) hakemliğin cereyan edeceği yeri;

iii) hakemlerin takip edecekleri usul kaidelerini; serbestçe kararlaştırabilirler.[56]*"*

---

(52) http://www.uncitral.org/pdf /english /texts /arbitration /ml-arb/07-86998_Ebook.pdf; http://www.mevzuat. adalet.gov.tr/html/1147.html

(53) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 72.

(54) B. Kuru-R. Arslan-E. Yılmaz, Medeni Usul Huk. Ders K. Gen. 13. Bası, Yetkin, Ank. 2001, s. 919.

(55) Şanlı, a.g.e., s. 223.

(56) http://www.jus.uio.no/lm/europe. international.commercial.arbitration. convention. geneva. 1961/

Hakemlerin seçimi konusunda, ICC, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve HUMK'daki düzenlemelerinde *"tarafların eşitliği"* ilkesi hakimdir. Kurallarda belirtilen süre içerisinde hakem seçilmediğinde ya da seçim konusunda uyuşmazlık çıktığında, ICC Kuralları gereğince *"Divan"*, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve HUMK gereğince ise *"mahkeme"* hakem tayininde rol oynamaktadır. Şöyle ki;

ICC Kuralları m.8'e göre, uyuşmazlıklar hakkında kararların *"bir veya üç hakem"* tarafından verileceği belirtilmektedir. Taraflarca uyuşmazlığın üç hakem tarafından görüleceğinin kararlaştırılması halinde, taraflardan her biri tahkim talebinde ve cevap lahiyasında (Divan tarafından yapılan tebliğden itibaren 15 gün içerisinde) kendi hakemini seçerek ICC Divanı'nın tasdikine sunacaktır. (Taraflardan biri hakemini seçmezse, bu seçim Divan tarafından yapılacaktır.) Eğer taraflar önerdikleri hakemlerin belli bir süre içinde üçüncü hakemi seçmelerini öngörmemişlerse ya da tespit edilen süre içinde seçim sonuçlanmazsa hakem mahkemesine başkanlık edecek üçüncü hakemi Divan tayin eder.

Milletlerarası Tahkim Kanunu m.7'ye göre ise, taraflar, hakemlerin sayısını belirlemekte serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır. Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa, üç hakem seçilir. Yine, üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri (diğer tarafın talebinin kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde) birer hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine, asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.

Yine, HUMK m.520'ye göre,

i) Tahkim sözleşmesinde hakemlerin taraflarca seçileceği kararlaştırılabilir. Bu halde, taraflardan her biri (diğer tarafın talebinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde) kendi hakemini seçer. Karşı taraf yedi gün içerisinde hakemini seçip bildirmezse, onun hakemi, hakemini seçmiş olan tarafın başvurusu üzerine, mahkeme tarafından seçilir. Bazen de, tarafların birer hakem seçecekleri ve üçüncü hakemin ise seçilen bu hakemler tarafından tayin edileceği kararlaştırılmış olabilir. Bu halde, tarafların hakemleri üçüncü hakemin tayininde uyuşamazlarsa, üçüncü hakem tarafların anlaşması ile; taraflar anlaşamazlarsa, mahkeme tarafından seçilir.[57]

ii) Tahkim sözleşmesinde hakemin kimin tarafından seçileceğine ilişkin bir açıklık yoksa, hakemler davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme tarafından seçilir. Tahkim sözleşmesinde hakemlerin sayısı konusunda bir açıklık yoksa, mahkeme üç hakem seçer.

(57) HUMK'a göre hakem seçimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuru-Arslan-Yılmaz, a.g.e., s. 925.

Adil bir tahkim yargılamasından söz edebilmek için, hakemlerin bağımsız ve tarafsız kişiler olması büyük önem arz etmektedir. Buna göre, hakemler ile taraflar arasında organik bir bağ ya da menfaat birliğinin bulunmaması gerekir.[58] ICC Tahkim Kuralları m.7 gereğince, hakemler atanmadan önce, imzalayacakları *"bağımsızlık beyannamesi (statement of independence)"* Sekreterya'ya tevdi edeceklerdir. Hakemler, söz konusu beyannamede, tarafların gözünde bağımsızlıklarına şüphe düşürebilecek hususları yazılı olarak Sekreterya'ya bildireceklerdir. Yine, tahkim yargılaması sırasında bu hususlar ortaya çıkarsa, hakemler bunları derhal Sekretarya'ya ve taraflara bildireceklerdir.[59] Ayrıca, tarafların milliyeti farklı ise, mahkeme, tarafların milliyetinden farklı, yabancı bir hakem seçmelidir.[60] (ICC Tahkim Kuralları m.9). Milletlerarası Tahkim Kanunu m.7(C) hükmüne göre de, *"hakem...tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartlar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir."*

B. Hakemlik Prosedürü

Hakemlik Prosedürü (Lex Arbitri) tahkim davasında uygulanacak usul kurallarını ifade eder.[61] Bu usul kuralları, tahkim sözleşmesinde daimi bir hakemlik müessesesinin (örneğin ITO: İstanbul Ticaret Odası, ICC: (Milletlerarası Ticaret Odası, LCIA: Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi), AAA: American Tahkim Derneği, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları) (kurumsal tahkim) veya daimi bir hakemlik müessesesine tabi olmayan ad hoc (geçici) tahkimi (UNCITRAL Tahkim Kuralları)[62] veya Uluslararası Sözleşmelerde yer alan Tahkim Kurallarını veya belirli bir devletin usul hukukuna atıf yapılmak suretiyle tesbit edilebilir. Tahkim Sözleşmesinde tahkim davasında uygulanacak hakemlik prosedürü hakkında bir düzenleme yapılmamış ise, bunu hakemler tayin ederler (YİBK tarih: 23 Ekim 1972 Sayı: 1972/2 E.;. 1972/12 K.).

ICC Tahkim ve Uzlaştırma Kuralları'nın 6.maddesinin 2.fıkrası gereğince, davalı tarafından Kurallar m.5'e uygun olarak cevap lahiyası sunmadığı takdirde ya da taraflardan biri tahkim sözleşmesinin varlığı, geçerliliği ya da kapsamı hakkında iddialarda bulunduğu takdirde, ICC Tahkim Divanı *"prima facie"* (ilk bakışta) incelemesi sonucu bir tahkim

---

(58) Şanlı, a.g.e., s. 247.

(59) Derains-Schwartz, a.g.e., s. 443.

(60) Şanlı, a.g.e., s. 247.

(61) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 66.

(62) Ad hoc tahkimin (geçici hakem mahkemelerinin) özellikle devlet veya kamu kurum ve kuruluşlarının taraf oldukları yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yaygın şekilde kullanıldığı belirtilmektedir. Bu tahkim prosedürünün tercih edilmesinin nedenleri, kurumsal hakem mahkemelerinin tahkim prosedürleri üzerindeki bürokratik denetim ve müdahaleden duyulan endişe, bu kurumların uluslararası sermayenin manivelası olduğuna ilişkin düşünceler olarak ifade edilmektedir. Bu tahkim prosedürünün milletlerarası kurallar çerçevesinde yürütülebilmesi amacıyla UNCITRAL Tahkim Kuralları geliştirilmiştir. Bkz. Ergin Nomer-Cemal Şanlı, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Beta, İstanbul, 2009, s. 516 ve aynı sayfada dn. 330.

sözleşmesinin varlığına kanaat getirirse, *"tahkim yargılamasının devamına"* karar verebilir. Aksi takdirde, Divan sadece şu hallerde tahkim talebini reddedecektir:

"ilk bakışta" incelemesi sonucu taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunmadığı kanaatine varırsa; ya da taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunmakla birlikte, ICC Tahkim Kuralları'na atıf yapılmıyor ise, ve davalı, tahkimi reddediyor ya da ICC Tahkim Kuralları'na belirtilen süresi içerisinde cevap layihası sunmuyor ise[63]*"*

Ayrıca ICC Tahkim Kuralları'nın 15. maddesi hükmü aynen şöyledir:

"Madde 15 Usul Kuralları

(1) Hakem Mahkemesi'nin takip edeceği usul bu Kurallar'ın (ICC Tahkim Kuralları) hükümlerine tabidir, burada hüküm mevcut değilse, taraflarca tayin edilmiş bulunan, tayin edilmemişse Hakem Mahkemesi tarafından belirlenen hükümler uygulanır, burada tahkim için bir milli usul hukukuna atıf yapılmış olup olmamasının önemi yoktur.

(2) Bütün hallerde, Hakem Mahkemesi adil ve tarafsız hareket edecek herbir tarafa davasını sunmada yeterli imkanı verecektir."

Buna göre, ICC Tahkim Kuralları'nın 15. maddesi gereğince, taraflar ICC tahkimini seçtiği takdirde, hakem mahkemesi artık ICC Tahkim Kuralları'ndaki usul hükümlerine göre yargılama yapacak; burada hüküm bulunmadığı takdirde, taraflarca tayin edilmiş hükümlere göre, bunlar da bulunmadığı takdirde, hakem mahkemesi tarafından belirlenen usul hükümlerine göre yargılama yapacaktır. Nitekim, hakem mahkemelerinin tahkim yargılamasının gerçekleştiği yerin emredici usul hükümleri (mandatory procedural rules) ile bağlı kalması gerektiği unutulmamalıdır. Aksi takdirde, verilen hakem kararlarının geçersiz kılınması (set aside) tehlikesi gündeme gelmektedir. İşbu nedenle, (ICC Kuralları madde 27 gereğince) taslak hakem kararları ICC Divanı (Court of Arbitration) tarafından incelenirken, tahkim yerinin emredici usul hükümlerine uygunluk denetimi yapılmaktadır.[64] ICC tahkimine göre hakem heyeti önünde görülen bir davada, bu hüküm şu şekilde vurgulanmıştır:

"Dava konusu ihtilaf, ICC Kurallarına atıf yapılarak, tahkim yerinin İstanbul ve uygulanacak hukukun Türk Hukuku olarak kararlaştırıldığı bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Tarafların sözleşmede açıkça ICC Kurallarına atıf yapması ile tarafların ve hakem heyetinin birlikte Görev Belgesi'ni (Terms of Reference) imzalamaları sonucu, tarafların ihtilafın ICC Tahkim Kurallarına göre çözümlenmesi hususunda mutabık kaldıkları anlaşılmıştır. Buna göre, davalının sözleşmede Türk Hukuku'nun

(63) Yves Derains-Eric A. Schwartz, A Guide to The ICC Rules of Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, ss. 76-78.

(64) Derains- Schwartz, a.g.e., s 228.

uygulanacağının ve tahkim yerinin İstanbul olarak belirtilmesi sonucu HUMK hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki itirazları reddedilmiştir. Bunun yanında, hakem heyeti, "kamu düzeni" konusuna ilişkin olarak, ICC Kuralları madde 15 hükmünü dikkate alarak, "Türk Hukuku'nun bütün emredici hükümlerini dikkate alarak" ihtilafı çözüme bağladığını belirtmiştir.[65]"

Aynı şekilde, Milletlerarası Tahkim Kanunu m.8/f.1'e göre de, *"Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür."*

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 20 Haziran 1996 tarihli 2781-3533 sayılı Kararında[66] Tahkim Yeri Usulü hükümleri (Lex Loci Arbitri) ile Tahkim Yargılama Usulü (Lex Arbitri) arasındaki ayrıma yer vermiştir. Bu Kararda:

"taraflarca uyuşmazlığın çözümünde MTO (ICC) Tahkim Kuralları uygulanacağı ön görülmüş ise buna ilişkin prosedüre göre işlem yapılmalıdır" sonucuna varılmakla, Tahkim Sözleşmesinde öngörülmüş ise ICC Tahkim Kurallarının (Hakemlik Prosedürü: Lex Arbitri) uygulanacağı açıkça kabul edilmiştir. Bununla birlikte,, Tahkim Yeri Türkiye'de olduğu için, tahkimin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabi olacağı (Lex Loci Arbitri) ve Hakem Kararının milli hakem kararı olduğu yukarıda değinilen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kararında şu şekilde belirtilmiştir:

"... hakem yargılaması Türkiye'de yapılmış ve hakem kararı da burada verilmiştir ... bu itibarla uyuşmazlık konusu hakem kararı yabancı bir hakem kararı olmayıp, Türk hakem kararıdır ve Türk hakem kararlarının tabi olduğu prosedüre tabi olması gerekir"

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.11.1951 tarihli kararında, *"... yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş kararların' yabancı hakem kararı sayılacağını"* dile getirmiştir. Buna göre, tahkim usulüne Türk Hukukunun uygulanmadığı hakem kararları yabancı hakem kararları addedilecektir. Bu husus, doktrinde de kabul edilmektedir.[67]

Bu hususta önemle belirtmek isteriz ki; Tahkim yeri Türkiye olan ve ICC Kuralları'nın uygulandığı bir hakem kararı yabancı hakem kararı sayılmayacaktır. Zira, ICC Kuralları (veya bir başka milletlerarası tahkim

---

(65) Gizlilik (confidentiality) ilkesi gereği, söz konusu davanın taraflarına Çalışmamızda yer verilmemektedir.

(66) Ertekin-Karataş, a.g.e., s. 543-546

(67) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 69; Ergin Nomer-Cemal Şanlı, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Beta, İstanbul, 2009, s. 518; Akıncı, a.g.e., s. 254.

enstitüsü kuralları) altında verilen kararlar muayyen bir yabancı kanuna tabiyen verilmiş sayılmazlar. Böyle bir hakem kararı, yabancılık unsuru taşıyor ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre; yabancılık unsuru taşımıyor ise HUMK kurallarına tabi olarak verilecektir ve kesinleştikten sonra, tenfize tabi olmaksızın Türkiye'de icra edilebilecektir.[68]

Diğer yandan, ICC Tahkim Kuralları'nın uygulandığı yabancı hakem kararları bakımından konu incelendiğinde:

Yargıtay'ın 10 Mart 1976 tarihli bir kararında, ICC Tahkim kuralları'na göre hakem kararlarının, ICC Tahkim Divanı'na tevdii ve tasdik ettirilmesini Türk kamu düzenine aykırı bulduğu;[69] ancak daha sonraki kararlarında bu görüşünü değiştirdiği görülmektedir.[70]

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 1 Ekim 1992 tarihli bir kararında, Hakemlik Prosedürü (Lex Arbitri) olarak ICC Tahkim Kuralları'nın uygulandığı bir yabancı hakem kararının tenfizine karar vermiştir:

"... Dosyadaki yazılara ibraz edilen ve toplanan belgelerin mahkemece isabetle değerlendirilmiş bulunmasına, özellikle Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Tüzüğü'nün bu tüzüğe tabi olmayı kabul eden taraflarca önceden bilinebilir olmasına, 3731 Sayılı Yasa'yla onaylanan -10.06.1958 tarihinde New York'da yapılan sözleşme hükümlerine uygun karar verilmiş olmasıyla kamu düzeninin ihlalinden ve mütekabiliyetin yokluğundan söz edilmeyeceğine göre, Dairemiz kararlarına (T. 10.07.1991 E. 1991/2383, K. 1991/3667) usul ve yasaya uygun tenfizine dair kararın **ONANMASINA***..."*[71]

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin ICC Tahkim Kuralları'nın Türk Kamu düzenine aykırı olduğunu belirten 10 Mart 1976 tarihli (1617-1052) Kararı[72] 3(b) paragrafı emsal olma niteliğini kaybetmiştir.[73] Buna karşın, aynı kararın Toprak Esasını kabul eden 3(a) paragrafında yer alan *"yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararı, yabancı hakem kararı olarak nitelemek gerekir"* içtihadı, New York Sözleşmesi'nin lafzına ve ruhuna uygun olup, geçerliliğini korumaktadır.[74]

Bir çok İki Taraflı Yatırım Andlaşmalarında, Türkiye Cumhuriyeti, yabancı yatırımcıya, ICSID Tahkimi yanında ICC veya UNCITRAL Tahkim Kurallarından birini Hakemlik Prosedürü olarak seçme olanağını da tanımıştır.[75]

---

(68) Bkz. Akıncı, a.g.e., s. 254.

(69) Yargıtay 15.HD 10.3.1976 tarihli 1617/1052 sayılı kararı metni için bkz. Mahmut T. Birsel, "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, İzmir, 1980, ss. 112-113.

(70) Akıncı, a.g.e. s. 288.

(71) Ertekin -Karataş, a.g.e., s. 508

(72) Ertekin -Karataş, a.g.e., s. 437-450

(73) Birsel, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları", s. 505

(74) İlgili karar, "Keban Tahkimi" olarak anılmaktadır. Bkz. Birsel, "Tahkim Yeri", s. 71.

(75) Birsel, Mahmut T. - Budak, Ali Cem: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından

Hakem kararları, i)nihai kararlar (final awards) ii) kısmi kararlar (partial awards) ya da ara kararlar (interim/provisionary awards) olarak çeşitli görünümlerde ortaya çıkabilir. Nihai kararlar, ihtilafı nihai olarak çözüme bağlarken; kısmi kararlar sadece ilişkin oldukları hususları nihai çözüme bağlarlar. Ara kararlar ise, ihtilafı nihai olarak çözüme bağlamazlar; genellikle *"geçici tedbirler"* niteliğindedirler.[76]

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde yetkili asliye hukuk mahkemesinde dava açılarak veya mahkemece re'sen hakem kararlarının iptal edilebileceği haller sayılmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi hükmüne göre, *"Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür.*

Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:

1. Başvuruyu yapan taraf;

a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini,

d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini,

e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını,

f) Tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu,

---

Sorunlar ve Öneriler - Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar (Cilt I) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstütüsü, 1997, ss. 191-192

(76) Detaylı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, "Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 2004/1'den Ayrı Bası, ss. 4-6. ICC Kuralları m.24'de, nihai kararların verilmesi için süre (Görev Belgesinin son imza tarihinden veya m.18(3)'ün uygulanması halinde, Görev Belgesinin Divan tarafından onaylandığının Sekreterya tarafından Hakem Mahkemesine tebliğ tarihinden itibaren) kural olarak altı ay olarak belirlenmiştir. Ancak ICC Tahkim Kuralları m.24/f.2 gereğince, bu süre Divan tarafından, hakem heyetinin gerekçeli yazılı talebi üzerine veya re'sen uzatılabilir. Yine, HUMK m. 529 gereği, hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hükmü vermeye mecburdurlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olup, ihtilaf yetkili mahkemece halledilir. Bu süre ancak iki tarafın sarih ve tahriri muvafakatleriyle veya mahkeme reisinin veyahut hakimin kararıyla uzatılabilir.

g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, ispat ederse veya,

2. Mahkemece;

a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse."

Yine Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/2(c) bendine göre, *" ...İptal davası otuz gün içinde açılabilir...İptal davası hakkında verilen kararlara karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yolu açık olmakla birlikte, karar düzeltme yoluna gidilemez..."*

"Olimpiyat Kurulu Kararı" olarak anılan karara konu uyuşmazlık İstanbul Olimpiyat Stadı İnşaatı Yapım işinden doğmuştur. Verilen hakem kararının iptali üzerine, iptal kararı Olimpiyat Kurulu tarafından temyiz edilmiştir. Bunun üzerine, Yargıtay 15. HD'nin 23.11.2006 tarihli kararında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/1(e) maddesine atıf yapılarak, hakem tarafından davada *"talep edilmeyen bir konuda karar verildiği"* kabul edilerek; temyiz itirazının kabulü ile iptal davasının reddine ilişkin kararın Olimpiyat Kurulu lehine bozulmasına hükmedilmiştir.[77]

Buna karşılık, milli tahkimde *"hakem kararlarına karşı temyiz yolu"* açık tutulmuştur. HUMK madde 533 hükmü gereğince,

"Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur:

1- Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,

2- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

3- Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri,

4- Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri,

Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur."

Bu hususta, milli-milletlerarası tahkim ayrımına ilişkin olarak Akıncı *"kamu düzeni"* müdahalesinin Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulaması bakımından, HUMK (milli tahkim) uygulamasına nazaran daha dar kapsamlı olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.[78]

Bu başlık altında ayrıca, Türkiye'de icra edilmek istenen yabancı hakem kararlarının New York Sözleşmesi'ne göre tanınması ve tenfizi prosedürüne kısaca değinmek istemekteyiz. New York Sözleşmesi madde 1

---

(77) Bkz. Ekşi, Yargıtay Kararları, ss. 43-46.

(78) Bkz. Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara, 2007, s. 208.

hükmüne göre, i) tanınması ve tenfizi söz konusu devlet arazisinden başka bir devlet arazisinde verilen hakem kararları (Toprak Esası) ve ayrıca ii)tanınması ve icrası istenen devlette milli addolunmayan hakem kararları New York Sözleşmesine göre *"yabancı hakem kararı"* addedilecektir. Yabancılık unsurunun bu şekilde tespit edilmesi sonucu, yabancı hakem kararları New York Sözleşmesi gereğince tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi olacaktır. Bu bakımdan, önemle vurgulanmalıdır ki; taraflar hakem mahkemesince uygulanacak yargılama kurallarını tahkim kurumlarının kurallarına ya da muayyen bir devletin usul hukukuna atfen düzenlemiş olsalar dahi, her halde 4686 Sayılı Kanun'un emredici hükümleri uygulama alanı bulacaktır. (4686 Sayılı Kanun m.8) Ancak Türkiye'de verilmiş ve fakat yabancı bir devlet usul kanununun düzenlediği tahkim usulünün uygulanmış olduğu hakem kararları *-tahkimin 4686 Sayılı Kanun'a tabi olmayacağı tarafların iradelerinden açıkça anlaşılmak kaydıyla-* asıl kural olan Toprak Esası'nın istisnasını teşkil eder ve New York Sözleşmesi'ne tabi olarak Türkiye'de tenfize tabi tutulacaktır.[79]

New York Sözleşmesi'ne paralel olarak, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) madde 60 gereğince, ancak *"Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir."* Buna göre, yabancı hakem kararına karşı taraflardan biri tarafından iptal yoluna gidilmiş ve sonuçta karar kesinleşmiş ya da taraflarca iptalden feragat edilerek (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15) yabancı hakem kararı kesinleşmiş olabilir. Ancak bu prosedürden sonra, yabancı hakem kararının Türkiye'de icra edilebilmesi için tenfiz prosedürü söz konusu olacaktır. Tenfizin reddi sebepleri ise New York Sözleşmesi Madde V hükmüne paralel olarak MÖHUK m.62'de belirtilmiştir. Yabancı hakem kararının *"tanınması"* hususunda ise, MÖHUK m.63'de tenfiz hükümlerine atıf yapılmıştır.

3. Uygulanacak Maddi Hukuk

Avrupa Tahkim Sözleşmesi'nin VII. maddesinde Uygulanacak Maddi Hukuk, aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Madde VII- Taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler. Eğer taraflar tatbik edecekleri hukuku kararlaştırmışlar ise hakemler ihtilafın nev'ine göre münasip görecekleri Kanunlar ihtilafı kaidesinin tayin ettiği kanunu tatbik edeceklerdir. Her iki halde hakemler mukavele hükümlerini ve ticari adetleri nazara alacaklardır".

ICC Tahkim Kuralları'nda da Uygulanacak Maddi Hukuk şu şekilde düzenlenmiştir:

---

(79) Bu konuda açıklamalar için bkz. Şanlı, a.g.e., ss. 285-286.

"Madde 17 - Uygulanacak Maddi Hukuk

(1) Taraflar Hakem Mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuku belirlemekte serbest olacaklardır. Bu hususta bir anlaşma yoksa, Hakem Mahkemesi uygun olduğuna karar verdiği hukuku tatbik edecektir.

(2) Bütün hallerde, Hakem Mahkemesi esas sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari örf ve adetleri göz önünde bulunduracaktır.

(3) Hakem Mahkemesi, ancak taraflar yetki vermişse, bir amiable compositeur (muslih hakem) yetkisine sahip olacak veya hak ve nisfet esasları dairesinde karar verebilecektir."

Taraflarca *"yürürlükteki Türk Kanunlarına"* yapılan atfın maddi ve usul hukukunu kapsayıp kapsamadığı sorunu Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay'ın bu konuda birbirinden farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay 15. HD'nin, 1997 tarihli bir kararına[80] konu, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartına göre, taraflar tahkim yerini Zürich olarak kararlaştırmışlardır. 15. HD, taraflar arasındaki, tahkim şartı içeren sözleşmede yer alan, *"yürürlükteki Türk Kanunları"* ibaresini sadece maddi hukuk değil, usule ilişkin kuralları da kapsayan bir ibare olarak kabul etmiştir. Böylece, Türk Usul Hukuku uygulanması gerekirken, İsviçre Usul Hukuku'nun uygulanması suretiyle verilen hakem kararının tenfizi talebini reddetmiştir. Buna karşılık; yerel mahkeme direnmiş ve konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınmıştır. Nihayet, Yargıtay HGK 1999 tarihli kararında,[81] 15. HD. ile aynı yönde görüş bildirerek, yerel mahkemenin *"direnme kararının bozulmasına"* hükmetmiştir.

Kanımızca, Yargıtay 15. HD ve HGK'nın söz konusu kararları, tarafların serbest iradeleri ile tahkim yerini (Lex Loci Arbitri) Zürich (İsviçre hukuku) olarak kararlaştırdıkları dikkate alınmaksızın verildiğinden isabetli değildir.

Bu yönde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 26.05.2000 tarihli bir kararında,[82] taraflarca Türk Kanunlarının seçilmiş olmasını, sadece Türk maddi hukukuna yapılan bir atıf olarak değerlendirmiştir. Yüksek Mahkemenin, söz konusu kararı uyarınca, sözleşmede ICC kurallarına atıf yapılması sonucu *-taraflar ayrıca Türk usul hukuku kurallarına açıkça atıf yapmadıkça-* artık taraf serbest iradelerinin bu otoritenin usul kurallarının

---

(80) Yargıtay 15. HD 1997/4213 E., 1997/5603 K. sayılı, 25.12.1997 tarihli kararı. http://www.kazanci.com/

(81) Yargıtay HGK, 1999/15-235 E., 1999/273 K. sayılı 5.5.1999 tarihli kararı. http://www.kazanci.com/

(82) Yargıtay 11. HD. 2000/3992 E., 2000/4704 K. sayılı, 26.5.2000 tarihli kararı. http://www.kazanci.com/

(ICC tahkim ve uzlaşma kuralları) uygulanması yönünde olduğu sonucuna varılacağını kabul etmiş ve Türk usul hukukunun uygulanmamış olmasını New York Sözleşmesi'nin [V(1)(d)] ihlali olarak görmemiştir.[83] 11. HD'nin kararında, aynen, *"...sözleşmenin 4. maddesinde mevcut "bu anlaşma T.C. Kanunlarına uygun olarak idare edilecek ve yorumlanacaktır" ibarelerinin bu maddeden ve uyuşmazlık safhasından önceki vecibelerle ilgili olup, aynı Sözleşmenin 5. maddesinde, "anlaşma ile ilgili bütün ihtilafların uluslararası ticaret odasının uzlaşma ve arbitrasyon kurallarına uygun olarak yabancı hakemde halledileceğinin" açıkça belirtilmiş olmasına, bu safhada ayrıca ve sarahaten T.C. Usul Hukuku'nun geçerli olacağının belirtilmemiş olup, esasen tarafların serbest iradeleri ile ihtilafın çözümünü yabancı bir otoriteye bırakmakla o otoritenin Usul Hukuku'nun uygulanmasını da kabullenmiş olduklarının tabii bulunmasına ... göre"* davalılar vekilinin karar düzeltme talebinin reddine hükmetmiştir.[84]

Nomer bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmektedir:

"Eğer taraflara uygulanacak usul hukukunu tayin yetkisi tanınmış ise, bu yetkinin tereddüde ve yoruma meydan vermeyecek bir açıklıkla kullanıldığının tesbit edilmesi zarureti vardır. Sadece bir ülkenin kanunlarından söz edilmesi, irade muhtariyeti ilkesine dayanılarak, o ülkenin usul kurallarını da ifade ettiği şeklinde anlaşılamaz... Türk usul kurallarının uygulanacağına dair bir açıklık olmadığı sürece, kanunlar ibaresi usul hukuku kurallarını değil, fakat sadece maddi hukuk kurallarını ifade eder".[85]

Doktrinde oybirliğiyle benimsenen bu yorum 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12.(c) maddesinde, açıkça şu şekilde yer almaktadır:

"Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de gözönüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir."

---

(83) Bkz. Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar", Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, 15 Kasım 2007, Beta, İstanbul, 2008, s. 131

(84) Yargıtay 11. HD. 2000/3992 E., 2000/4704 K. sayılı, 26.5.2000 tarihli kararı. http://www.kazanci.com/

(85) Bkz. Prof. Dr. Ergin Nomer, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 728

4. Tahkim Dili

Tarafları Türk olan Milli Tahkimde, tahkim dilinin Türkçe olması gerekir ise de gerek Türkiye'de gerekse yurt dışındaki Milletlerarası Tahkimde tahkim dili, çoğu kez, Türkçe dışında bir lisan olarak (örneğin İngilizce) belirlenmektedir.

ICC Tahkim Kuralları'nın 16. maddesinde Tahkim Dili düzenlenmiştir:

"Taraflarca varılmış bir anlaşma yoksa, Hakem Mahkemesi, esas sözleşmenin dili de dahil olmak üzere ilgili tüm hususları göz önüne alarak, tahkimin dil veya dillerini belirleyecektir."

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, Ankara'da cereyan eden ve davacısının bir Alman Şirketi, davalısının ise bir kamu iktisadi teşekkülü olduğu bir hakem kararının temyizi üzerine 26 Ocak 1995 tarihinde (Esas: 1994/5790 Karar: 1994/345) aşağıdaki kararı vermiştir:

"Dosyada Türkçe metin halinde sadece hakem kararıyla davalının cevap dilekçesi bulunmaktadır. Diğer tüm evrak İngilizce yazılmıştır. Dava dilekçesi, cevaba cevap vs. tarafların tüm dilekçelerinin davaya dayanak sözleşme ve ekleriyle, ihale evrakının, hakemlerin seçimleriyle ilgili yazışmalar ve oturum tutanaklarının karara dayanak yapılan tüm evrakın taraflarca veya hakemlerce onaylı, okunaklı Türkçe örneklerinin eklenerek gönderilmesi için dosyanın mahalline **GERİ ÇEVRİLMESİNE***, 26.01.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi (yayımlanmamıştır)."*

IV. Tahkim Sözleşmesinin Hükümleri

1.Tahkim Sözleşmesinin Olumlu ve Olumsuz Etkileri

Tahkim Sözleşmesi olumlu ve olumsuz etkileri bulunmaktadır. Olumlu etkisi: Tahkim sözleşmesinin mevcudiyetine rağmen taraflardan biri tahkim yargılamasına katılmak istemese dahi, tahkim yargılaması ilgili tarafın yokluğunda devam edebilmektedir.

Olumsuz etkisi: Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir ihtilafa ilişkin dava açılması önlenmiştir.[86] Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5 gereğince, *"Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder."*

---

(86) Mahmut T. Birsel-Ali Yeşilırmak-Ahmet Erdinç Çavuşoğlu, International Handbook on Commercial Arbitration, Offprint, Kluwer Law International, s. 13.

2. Tahkim Sözleşmesi'nin Üçüncü Kişilere Teşmili

Günümüzde, tahkim sözleşmesinin uygulanması bakımından, hakemler şekli bakımdan tahkim sözleşmesini geçerli addetmek hususunda eğilim göstermekte iseler de, tahkim sözleşmesine rıza göstermemiş (imzalamamış) bir üçüncü kişinin tahkim yargılamasına dahil edilmesine tereddütle yaklaşmaktadırlar.[87]

Türk Hukuku'nda, kural olarak, tahkim sözleşmesi sadece tarafları bağlar. Bununla birlikte, tahkim sözleşmesi tarafların külli haleflerini (örneğin, mirasçıları) ve cüzi haleflerini (ihtilaf konusu alacağı devralan kişiyi) de bağlayacağı belirtilmektedir.[88]

Yargıtay 19. HD. çeşitli kararlarında, tahkimin sadece sözleşmenin taraflarını bağlayacağını; aksi takdirde, bu durumun *"Anayasa'nın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde kullanılacağına ait kurala ve tabii hakimde yargılanma hakkına aykırılık teşkil edeceği"* vurgulanmıştır.[89]

Nitekim, taraflar arasında karmaşık hukuki münasebetler bulunduğunda ortaya çıkan *"çok taraflı tahkim"* (multi-party arbitrations) konusu çeşitli ICC Tahkim Divanı kararlarına konu olmaktadır. Çeşitli teoriler sonucu, tahkim sözleşmesini imzalamamış olan üçüncü kişilerin buna rağmen, Tahkim Divanı'nın ilk bakışta (prima facie) tahkim anlaşmasının varlığına yönelik incelemesi sonucu tahkim yargılamasına dahil edilmesi söz konusu olmuştur. Şöyle ki; Tahkim Divanı, davacının, *"temsil", "alacağın temliki", "grup şirketler", "tüzelkişilik perdesinin kaldırılması"* gibi teorilere dayanarak, üçüncü kişinin tahkim sözleşmesini imzalamamış olmakla beraber, tahkim sözleşmesinin müzakere edilmesi, akdedilmesi ya da ifa edilmesi gibi safhalarına katıldığı yönündeki iddialarını *-Tahkim Divanı tarafından ilk bakışta ("prima facie") tahkim anlaşmasının varlığına yönelik olarak yapılacak incelemede anlaşılabilecek şekilde ortaya koyması şartıyla-* kabul edebilmektedir. (Örneğin ana şirketin, yavru şirketin sözleşmeyi ifa edeceğine dair teminat göstermesi hali.) Böylece, tahkim sözleşmesini imzalamayan üçüncü kişi belirli şartlarla tahkim yargılamasına davalı olarak dahil edilebilmektedir.

Öte yandan, davalının üçüncü kişiyi davacı olarak tahkim yargılamasına dahil etme iddiası halinde, ICC Tahkim Divanı'nın bu duruma ılımlı yaklaşmadığı belirtilmektedir. Şöyle ki; üçüncü kişinin davacı olarak tahkim yargılamasına dahil edilebilmesi için *-ICC Tahkim Kuralları altında sadece davacının tarafları belirlemeye yetkisi olduğu göz önüne alarak-*

i) üçüncü kişinin tahkim sözleşmesini imzalamış olması ve

---

(87) Moses, a.g.e., s. 33.

(88) Bkz Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 5982

(89) Yargıtay 19. H.D.'nin 11.03.2004 tarihli, 2003/2654 E. ve 2004/2603 K. sayılı ve 24.10.2002 tarihli, 2002/7495 E. ve 2002/6932 K. sayılı kararları için bkz. Yavuz, a.g.m., ss. 137-138.

ii) davalının üçüncü kişi hakkında iddia ileri sürmesi ICC Divanı tarafından olmazsa olmaz koşullar olarak aranmaktadır.[90]

Tahkim Sözleşmesi'ni imzalamamış olan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesi için ICC Tahkim Divanı tarafından aranan şartlar bu şekilde belirtilmekle birlikte, Türk hukuku bakımından, söz konusu hakem kararının iptale tabi olması ya da Türkiye'de tenfiz edilebilirliği sorunu akla gelmektedir. Zira, bu yöndeki kararlar, üçüncü kişi, iradesi hilafına, imzalamadığı bir tahkim sözleşmesi sebebiyle tahkim yargılamasına tabi tutulmaya zorlanamayacağından, kamu düzeni müdahalesi ile (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.15, New York Sözleşmesi m. V) karşılaşabilir. Bu nedenle, kanımızca, ancak istisnai hallerde tahkim sözleşmesinin üçüncü kişiye teşmili kabul edilebilir. Bu bakımdan, doktrinde Esen tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmili için, üçüncü kişinin, tereddüde mahal bırakmayacak şekilde, tahkim anlaşmasını kabul etme yönündeki zımni irade beyanının mevcudiyetinin aranmasının şart olduğunu vurgulamaktadır.[91]

Bu başlık altında değinmek istediğimiz başka bir konu da, konişmentoya konulan tahkim şartının geçerliliğidir. Yargıtay 11. HD'nin 13.03.1998 tarihli kararına göre, *"kıymetli evrak olan konişmentoya, bono gibi, tahkim koşulunun yazılması mümkün ve yasal olup; ciro yolu ile meşru hamil olan gönderileni bağlar... Hamil bu şartı kabul etmiyorsa konişmentodaki tahkim şartını çizerek ciro etmesi gerekir. Aksi halde, bu tahkim şartı gönderileni bağlayacaktır.*[92]**"**

Bunların yanı sıra, ortaklıklar hukuku bağlamında, özellikle anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptali bakımından tahkimin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. **Poroy**'a göre, GK kararlarının iptali için anonim ortaklık esas sözleşmesiyle ya da sonradan bütün pay sahiplerinin oybirliği ile alınan bir kararla tahkim usulü öngörülebilir. Zira, tahkim şartı usul elastikiyeti bakımından tarafların çıkarlarına daha uygun geleceği için, kabul olunabilir.[93] Öte yandan, **Moroğlu**'na göre, GK kararlarının iptali konusunda tahkim caiz değildir. Yazar, TTK'nın tahkim müessesini dışlamış olduğu görüşünün gerekçeleri olarak:

---

(90) Bkz. Anne Marie Whitesell-Eduardo Silva-Romero, "Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Complex Arbitrations-Special Supplement 2003, ss. 8-11.

(91) Emre Esen, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta, İstanbul, 2008, s. 342.

(92) Yargıtay 11. H.D. 1997/9447 E.i 1998/1703 K. sayılı kararı (Bkz. II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009,ss. 489-491)

(93) Reha Poroy-Ünal Tekinalp-Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2000, ss. 396-397.

i) HUMK m.518 gereğince, tarafların ancak tarafların arzularına tabi konularda tahkime gidebileceklerini

ii) TTK m.381'de belirtilen ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan hükmün emredici olduğunu,

iii) TTK m.383 gereği GK kararlarının iptali konusunda verilecek hükmün bütün pay sahipleri ve organlar için geçerli ve bağlayıcı olacağını saymaktadır.[94] **Helvacı** ise, aynı görüşe katılarak, anonim ortaklıklar bağlamında tahkimin kurucular tarafından ana sözleşmeye konulacak bir hükümle veya daha sonradan ana sözleşme değişikliği ile mümkün olacağını kabul etmekle birlikte, ortaklık ile ortaklar arasındaki her türlü uyuşmazlığın tahkime elverişli olmayacağını dile getirmektedir. Yazara göre, GK kararlarının iptali davasında sulh olabilme imkanı, tahkime elverişlilik açısından tek başına yeterli değildir. TTK m.381 ve yine TTK Tasarısı m.445'de özel bir yargılama usulü (davaların birleştirilmesi, teminat yatırılması, verilecek kararın bütün paysahipleri ve alacaklılar (üçüncü kişiler) bakımından bağlayıcı olması gibi önemli hususlar) öngörülmüştür. Bu özel yargılama usulü *"kamu düzeni"*ne dayanmaktadır. Bu sebeple, yazar, GK kararlarının iptali konusundaki tahkim sözleşmesinin, kanunkoyucunun emredici hükümlerle, kamu düzenini koruyucu şekilde getirdiği hükümleri bertaraf etmesi sebebiyle, (BK m.19-20) geçersiz olacağını savunmaktadır.[95]

Mukayeseli hukuka bakıldığında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1955 tarihli bir kararında GK kararlarının iptali bütün paysahipleri hakkında hüküm ifade edeceğinden, tahkim yoluna gidilemeyeceği belirtilmiştir. Cenevre Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin 1959 tarihli kararında ise, oybirliği esasına dayanan bir tahkim şartının geçerliliğini kabul etmiştir. Doktrinde, Patry de özellikle az sayıda ortağı bulunan anonim ortaklıklar bakımından söz konusu kararı isabetli bulmaktadır.[96]

Burada vurgulamak gerekir ki; tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmili hususunda Türk doktrininde ve Yargıtay içtihadlarında genel kabul gören bir sonuca ulaşılamamıştır.[97] Kanaatimizce, bu konuya ilişkin genel prensiplerin belirlenmesi önem arz etmektedir.

---

(94) Bkz. Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004, ss. 240-241.

(95) Bkz. Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerinde Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, "Tahkim", 14 Şubat 2009 Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, ss. 179-202.

(96) İsviçre Hukuku ile ilgili açıklamalar için bkz. Poroy-Tekinalp-Çamoğlu, a.g.e., ss. 396-397.

(97) Nuray Ekşi, "Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey", International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication, No: 2007/45, s. 112.

3. Tahkim Sözleşmesine Rağmen İlamsız İcra Takibi Yapılması

Taraflar arasında bulunan tahkim sözleşmesine rağmen, alacaklının hakeme gitmeyip doğrudan ilamsız icra takibi yoluna başvurup başvuramayacağı hususu tartışılmıştır. **Kuru**'ya göre, alacaklı hakeme başvurmaksızın, İcra ve İflas Kanunu m.58 vd. gereğince, doğrudan doğruya ilamsız icra takibi yapabilir. Zira, ilamsız icra takibine gidilebilmesi için, alacaklının elinde bir belge dahi bulunması gerekli değildir. Borçlunun ödeme emrine süresinde itiraz etmemesi üzerine, ilamsız icra takibi kesinleşir; alacaklının hakeme başvurmasına gerek kalmaz.

Aksi takdirde, yine, borçlunun itirazı üzerine, alacaklı icra mahkemesinde *"itirazın kaldırılması"* yoluna giderse (İİK m.68-68a), itirazın kaldırılması talebi bir *"dava olmadığından"*, borçlu tahkim itirazını ileri süremeyecektir.[98]

Diğer yandan, önemle vurgulamak gerekir ki; borçlunun itirazı üzerine, alacaklı itirazın kaldırılması yoluna gitmek yerine *"itirazın iptali davası"* (İİK m. 67) açmak isterse, tahkim sözleşmesi gereği tarafların iradelerine uygun olarak, hakeme gitmesi gerekir. Aksi takdirde, borçlu, esasa cevap süresi içinde tahkim itirazını ileri sürebilir. Kanımızca, itirazın iptali için tahkime gidildiğinde, alacaklı hakem heyetinden icra-inkar tazminatına hükmedilmesini talep edemeyecektir. Zira, İcra İflas Kanunu m.67'ye göre, icra-inkar tazminatı bir müeyyide niteliğinde (punitive) olduğundan, ancak hakim tarafından bu tazminata hükmedilebilir.

Bu hususta, Yargıtay 12. HD. ve 13. HD. arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Zira, 12. HD. *"alacaklı ile borçlu arasında bir tahkim sözleşmesi bulunsa dahi, alacaklı hakemde dava açmadan icra takibinde bulunabilir. Borçlu, "alacaklının hakemde dava açması gerektiğinden" bahisle itiraz edemez"* şeklinde görüş bildirmektedir. Oysa, 13. HD. *"...davacı hakem koşulundan vazgeçmediğine göre, davalı bu koşuldan tek yanlı vazgeçerek icra takibine geçemez. Bu nedenle davacının borçsuzluğunun değil, hakem yargısı yoluyla borçlu olduğunun saptanmamış bulunması nedeni ile icra takibinin haksızlığına karar verilmesi gerekir. Davalı hakeme başvurarak davacının kendisine borçlu olduğunu belirlediği takdirde, hakkında kovuşturmaya geçebilir"* şeklinde zikrederek karşı görüş bildirmektedir.[99]

Kanımızca, **Kuru**'nun ve Yargıtay 12. HD'nin görüşü isabetlidir. Şöyle ki; ilamsız icra takibine gidilebilmesi için herhangi bir *"ilam"* gerekli olmadığından, alacaklının doğrudan bu yola başvurulabileceği kabul edilmelidir. Nitekim, ilamsız icra takibi başlatıldıktan sonra, itirazın iptali

---

(98) Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2001, ss. 5980-5982.

(99) Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve ilgili Yargıtay kararları hakkında bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2001, ss. 5980-5982.

davası açılması ihtimalinde, yukarıda açıkladığımız üzere, artık *"bir dava"* söz konusu olacağından; irade serbestisi ilkesi gereği, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesine riayet edilerek; işbu davanın hakem önünde görülmesi gerekir.

V. Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümlenmesi

İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Türkiye Cumhuriyeti ve onu temsil eden Kamu Tüzel Kişisi ile Türkiye'de yatırım yapan ve ilgili İki Taraflı Yatırım Andlaşmasının diğer taraf devletin vatandaşı veya şirketi (Yabancı Yatırımcı) veya Yabancı Yatırımcının malik olduğu veya kontrol ettiği şirketler (Türkiye'de kurulu Proje Şirketleri dahil) arasında çıkan yatırım uyuşmazlıklarının (i) ICSID Tahkim Merkezinde veya (ii) UNCITRAL ya da (iii) ICC Tahkim Kuralları uyarınca kurulacak bir hakem mahkemesi tarafından karara bağlanması öngörülmüştür.[100]

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına, 4446 sayılı kanun ile, *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğacak uyuşmazlıkların milli veya milletler arası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir"* cümlesi eklenmiştir ve milletlerarası tahkimin söz konusu olması için *"yabancılık unsuru"*nun bulunması koşulu aranmıştır.[101]

Anayasa'nın 125. maddesinde 4446 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, Türk hukukunda milletlerarası tahkimin sınırlarının, kamu yatırımları ile ilgili uyuşmazlıkları da içine almak suretiyle, genişletildiğini ortaya koymaktadır.[102]

Bu itibarla, İkili Yatırım Anlaşmaları bağlamında, Devletin veya onu temsile yetkili Kamu Tüzel kişisinin, *"kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için"* yatırımcı ile yaptığı yatırım sözleşmeleri sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar, idari yargıya tabi olmayıp tahkim yoluyla çözümlenebilecektir.[103]

I. ICSID, Enerji Şartı Anlaşması ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları (BITs) Çerçevesinde Yatırım Kavramı ve Yatırım Tahkimi

Çalışmamızın bu bölümünde tahkim sözleşmesinin hükümleri bağlamında, yatırım tahkimi özetle incelenecek ve konunun i) yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye aleyhine açılan davalar ii) Türk yatırımcılar

---

(100) Birsel, "Tahkim Yeri", s. 75.

(101) Metin Günday, "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, s. 189 http://www.tcmb.gov.tr /yeni/ evds/yayin /kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc

(102) Mahmut T. Birsel, "Enerji Yatırımları ve Anayasa'nın 125. Maddesi'nde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri", Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali Ulusoy, s. 131.

(103) Birsel - Budak; a.g.m., s. 198.

tarafından yabancı devletler aleyhine açılan davalar bakımından önemi tartışılacaktır.

Dünya Bankası tarafından hazırlanan ICSID (Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma) ile yatırım uyuşmazlıkları için özel bir kurumsal tahkim usulü öngörülmüştür.[104] ICSID Tahkimi "sui generis" bir tahkim müessesesidir. Zira, ICSID Merkezi'nin yargılama yetkisi uluslararası bir sözleşmeye dayanır. Bu uluslararası sözleşme ile Merkeze ve uyuşmazlığı çözecek hakem heyetine adeta bir ulusalüstü (supra-national) mahkeme rolü verildiği söylenebilir. ICSID Tahkimi, tamamı ile kendi içinde, kendi organları ile işleyen bir tahkim müessessesi ortaya çıkar. Dolayısıyla, tahkim yerindeki tahkime uygulanacak usul kuralları (lex loci arbitri) ICSID tahkimi bakımından uygulanmaz.[105]

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesine göre, ICSID Merkezi'nin yargılama yetkisi, bir yatırımla doğrudan doğruya ilgili olarak akit bir devletle diğer akit bir devletin uyruğu arasında çıkan ve tarafların Merkez'e arzını yazılı olarak kabul ettikleri hukuki nitelikteki uyuşmazlıkları kapsar. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi, Türkiye, Sözleşmeyi onayladığı 3460 sayılı Onay Kanunu'nda Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve ayni hak uyuşmazlıkları"nın çözümü *"Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisinde"* olduğundan, bu uyuşmazlıkların ICSID tahkimine götürülemeyeceğini beyan etmiştir.

Son yıllarda pek çok yabancı yatırımcı Türkiye devleti aleyhine ICSID tahkimine başvurmuştur. Bu bakımdan yatırım tahkimi konusunun değerlendirilmesi ülkemiz açısından büyük önem arz etmektedir.

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinde, ICSID tahkimine gidilebilmesinin ön koşulu, uyuşmazlığın doğrudan bir *"yatırım"*dan kaynaklanmış olması olarak öngörülmüştür. Nitekim, ilgili düzenlemede yatırım kavramı tanımlanmamıştır.[106] Yabancı yatırımdan söz edilebilmesi için şu üç unsurun bulunması gerektiğinden söz edilmektedir:

i) ev sahibi (yatırım yapılan) devlet,

ii) kaynak(yabancı yatırımcının tabi olduğu) devlet

iii) yabancı yatırımcı.[107]

Yatırım kavramına ICSID tahkimine atıf yapan çok taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarında rastlanmaktadır.[108] Çalışmamızda çok taraflı

---

(104) Şanlı, a.g.e., ss. 414-415

(105) Birsel, "Tahkim Yeri" , ss. 72-73.

(106) İlhan Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta, İstanbul, 2004, s. 147

(107) S. Tuygun, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel, İzmir, 2007, s. 22

(108) Yılmaz, a.g.e., s. 152

yatırım anlaşmaları, Türkiye'nin taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması (ECT) ile sınırlı olarak ele alınacaktır.[109] Enerji Şartı Anlaşması madde 1(6)'ya göre, *"yatırım"* yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrol edilen her türlü malvarlığıdır. Özellikle, yatırımın;

"Maddi ve gayrı maddi, taşınabilir ve taşınmaz mülkiyet,

Şirket hissesi, hisse senedi veya bir şirkette sahip olunan her türlü hisse,

Tahvil ve diğer şirket borçları,

Bir yatırım anlaşmasına dayanan paraya ve bir fiili edime yönelik talep edilebilecek ekonomik haklar,

Fikri sınai haklar,

Kar ve benzeri gelirler,

*Kanun, bir anlaşma veya lisans tarafından sağlanmış haklar"*ı kapsadığı belirtilmiştir.[110]

Hükmün lafzına bakıldığında, malvarlığının yatırım olarak kabul edilebilmesi için yatırımcının dolaylı olarak sahip olması yeterli görülerek, yatırım kavramı çok geniş biçimde tanımlanmıştır.[111]

ECT madde 26'da, yabancı yatırımcı ile devlet arasındaki ihtilaflarda seçenekli olarak ICSID, UNCITRAL ya da Stockholm Ticaret Odası Tahkimine başvurulabilmesi öngörülmüştür.[112]

İki taraflı yatırım anlaşmaları incelendiğinde, bu anlaşmalarda genellikle yatırımların (*"her türlü malvarlığı"* gibi) geniş bir ifadeyle tanımlandığı ve ardından bazı yatırım türlerinin özel olarak belirtildiği görülmektedir.[113] Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında (BITs) yatırım kavramının birbirine benzer biçimde tanımlandığı görülmektedir.[114] Örneğin, Türkiye ile Pakistan arasındaki yatırım anlaşmasına göre (m.I/2):

"Yatırım" terimi, ev sahibi Tarafın kanun ve nizamlarına uygun olmak kaydıyla, her türlü malvarlığını ve sınırlayıcı olmamakla beraber özellikle aşağıdakileri kapsayacaktır:

(a) hisse senedi, sermaye ya da şirketlere katılımın diğer şekilleri,

---

(109) Türkiye, 5 Nisan 2001 tarihinde Enerji Şartı Anlaşması'na taraf olmuştur. Tuygun, a.g.e., s. 55.

(110) http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=55

(111) Bkz. Domenico Di Pietro, "Enerji Şartı Anlaşması: Genel Değerlendirme", Çeviren: Muzaffer Eroğlu, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, Beta, İstanbul, 2008, s. 155

(112) http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=55

(113) Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 129.

(114) Bkz. Yılmaz s. 154 vd.

(b) yeniden yatırımda kullanılan hasılatlar, para alacakları veya bir yatırımla ilgili kanunen ifa edilebilen diğer haklar

(c) taşınır ve taşınmaz mallar, aynı zamanda, ipotek, tedbir, rehin gibi ayni ve benzeri diğer haklar

(d) telif hakları, patent, lisans, sınai tasarım, teknik yöntem ve aynı zamanda ticari marka, peştemaliye, know-how gibi sınai ve fikri mülkiyet hakları

(e) doğal kaynakların aranması, işlenmesi, istihracı, işletilmesi dahil olmak üzere her bir Tarafın ülkesinde kanunen ya da sözleşme ile tanınmış iş imtiyazları.[115] *"*

Bir başka örnek olarak, Türkiye ile ABD arasındaki yatırım anlaşmasına göre (m.I/1/c) *"yatırım"*:

"Bir tarafın vatandaşları veya şirketlerince dolaylı veya dolaysız malik olunan veya kontrol edilen ve malvarlığı, öz varlık, borç, alacak ve hizmet ve yatırım sözleşmeleri dahil, diğer tarafın ülkesindekiğ her türlü yatırımı ifade eder ve aşağıdakileri ihtiva eder:

i- ipotek, ihtiyati haciz ve rehin gibi haklar dahil olmak üzere maddi ve gayrimaddi her türlü mameleki;

ii- bir şirketi veya hisse senetlerini veya bir şirketteki başka menfaatleri veya malvarlığından doğan diğer menfaatleri;

iii- bir para alacağını veya ekonomik değeri olan ve bir yatırımla ilişkili bulunan bir işlemin yapılması talebini;

iv- telif hakları, patentler, markalar, ticaret ünvanları, endüstriyel tasarımlar, ticari sırlar ve know-how ve peştemaliye dahil, fikri ve sınai mülkiyet haklarını;

v- kanun veya sözleşme ile elde edilen her türlü hakkı ve kanuna uygun olarak sağlanan tüm lisans ve izinleri;

vi- hasılatın ve kredi anlaşmalarından doğan anapara ve faiz ödemelerinin yeniden yatırımı.[116]*"*

İkili Yatırım Anlaşmalarındaki tahkim şartının değişkenlik gösterdiği görülmektedir. Şöyle ki; Türkiye'nin taraf olduğu bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında ICSID Tahkim Kurallarına atıf yapılırken, bazılarında ICSID Tahkimi yanında ICC Tahkim Kurallarına veya UNCITRAL Tahkim Kurallarını seçme hakkı tanınmış; yine bazı anlaşmalarda sadece ICC Kurallarına ya da UNCITRAL Tahkim kurallarına atıf yapılmıştır.[117]

---

(115) 22903 Sayılı 12.02.1997 tarihli R.G.

(116) Yılmaz, a.g.e., s. 154.

(117) Birsel, "Enerji Yatırımları", ss. 133-134

Bilindiği üzere, uluslararası hukukta ahde vefa ilkesi önem taşımaktadır.[118] Gerek ECT'de, gerekse iki taraflı yatırım anlaşmalarında sıklıkla *"ulusal muamele (national treatment)", "en çok gözetilen ulus (most favoured nation)", "adil ve eşit davranma yükümlülüğü (fair and equitable treatment)", "istikrar (stabilization)"* ve *"tahkim"* kayıtlarına rastlanmaktadır.[119]

Burada önemle üzerinde durmak istediğimiz bir konu da, ikili yatırım anlaşmalarında yer alan *"şemsiye hükümlerdir (umbrella clauses)"*. Bu hükümler, ilgili devletin yatırımcılara karşı her türlü taahhütlerini yerine getireceği şeklindeki geniş kapsamlı düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.[120] İkili yatırım anlaşmalarından başka, ECT m.10/f.1'de de bu hükme yer verildiği görülmektedir.[121] Şemsiye hükümlerin önemi şudur ki; bu geniş düzenlemelerin yatırım anlaşmalarında yer alması sonucu, idare ile yatırımcı arasında imzalanan *"ticari sözleşme"*den kaynaklanan bir uyuşmazlığın *"yatırım anlaşması tahtında"* bir uyuşmazlığa dönüştüğü iddiasıyla açılan tazminat davaları ile karşılaşılabilmektedir.[122] Şemsiye hükümler konusunun tahkim heyetleri tarafından tutarlı olmayan bir şekilde yorumlanması sorunu doktrinde dile getirilmektedir.[123] Dolayısıyla, şemsiye hükümlerin doğurabileceği sonuçlar dikkate alınarak, bu hükümlerin lafzının (language) önem taşıdığı vurgulanmaktadır.[124] Bu nedenle, yatırım anlaşmalarının imzalanmasından önceki müzakere sürecinde yatırım tahkimi konusunda uzman hukukçulardan yardım alınmasının önemli olduğu vurgulanmaktadır.[125]

Türkiye'nin taraf olduğu yatırım anlaşmalarından son yıllarda imzalananlar arasında şemsiye hükümlere yer verilmediği, bu durumun

---

(118) Birsel, "Enerji Yatırımları", s. 115.

(119) Bilgin Tiryakioğlu, "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, s. 171 http://www.tcmb.gov.tr/ yeni/evds/yayin /kitaplar /kitap2 /dogrudanyabyatirimci.doc

(120) Sedat Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin, Ankara, 2009, s. 294. İkili yatırım anlaşmalarında yer alan şemsiye hükümlerden örnekler için bkz. OECD, "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", Working Papers on International Investment, Number 2006/3, Ekim 2006, ss. 23-27. http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf

(121) http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=55

(122) Doktrinde şemsiye hükümlerin işlevleri ile ilgili çeşitli görüşler bulunmaktadır: i) Bu hükümlerin yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki her türlü sözleşme ihlalini kendiliğinden uluslararası hukuk tahtında bir anlaşma ihlaline dönüştüreceği, ii) ancak ve sadece egemen gücün kullanımı derecesindeki sözleşme ihlallerinin anlaşma ihlali olarak addolunabileceği iii) sözleşme ihlallerinin hiçbir koşul altında anlaşma ihlaline dönüşemeyeceği yolundaki görüşler. Sedat Çal, "Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 334-335.

(123) Pietro, a.g.m., s. 158.

(124) OECD, "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", s. 9.

(125) Sedat Çal, a.g.e., s. 295.

anılan hükümlerin sakıncalarının farkına varılmasından kaynaklandığı fikri doktrinde dile getirilmektedir.[126]

2. ICSID Tahkim Prosedürü ve Türkiye Aleyhinde/Türk Yatırımcılar Tarafından Açılmış olan ICSID Davalarından Örnekler

Yabancı yatırımcının yatırımı ile ilgili ihtilafların ortaya çıkış sebepleri, genellikle ev sahibi devlet tarafından yatırımın doğrudan ya da dolaylı olarak kamulaştırmaya (direct/indirect expropriation)[127] tabi tutulması ya da yatırım yapıldıktan sonra karının transfer edilmesine engel olunması olarak görülmektedir.[128] Bu sebeplerle, gerek ECT gibi çok taraflı anlaşmalar, gerekse yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki iki taraflı yatırımların korunması ve teşvikine dair anlaşmalar yoluyla, yabancı yatırımcı uluslararası alanda korunmaktadır.

ICSID Sözleşmesi madde 25 gereğince, ICSID tahkimine gidilebilmesinin ön koşulu, akit devletin bu prosedüre "rıza" göstermesidir. Dolayısıyla, önemle vurgulanmalıdır ki bir devletin ICSID Sözleşmesi'nin tarafı olması, ICSID tahkimine rıza gösterdiği anlamına gelmez. Akit devletin ICSID prosedürüne rıza göstermesi çeşitli şekillerde söz konusu olabilir: i)Uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan bir anlaşma ile, ii)ev sahibi devletin ulusal mevzuatındaki bir düzenleme ile, iii)çok taraflı uluslararası anlaşmalardaki bir hüküm ile ya da iv) iki taraflı yatırım anlaşmaları ile ICSID tahkimine rıza gösterilebilir.[129]

ICSID Tahkiminin yabancı yatırımcılar bakımından en büyük avantajı, verilen kararların doğrudan icra edilebilirliğidir. Zira, ICSID hakem kararları, Türkiye'de bir Türk mahkemesi tarafından verilmiş kararlar gibi icra edilmelidir. Şöyle ki, milletlerarası ticari tahkimde yabancı hakem kararlarının icrası, New York Sözleşmesi (madde 5)'ndeki tanıma ve tenfiz şartlarının gerçekleşmesine bağlı iken, ICSID hakem kararlarının icrası bakımından bu şartlar aranmamaktadır. Buna karşılık, ICSID Ek Mekanizma Tahkim Kurallarına (*"Ek Mekanizma Kuralları"*: Additional

---

(126) Bkz. Çal, a.g.e., s. 339.

(127) Önemle belirtmek gerekir ki; ev sahibi devletin doğrudan kamulaştırma yoluyla uluslararası hukuku ihlal etmesi, ancak kamu yararının bulunmaması ve karşılığında hemen adil bir bedel ödenmemesi durumunda söz konusu olur. Diğer yandan, ICSID kararlarına sıklıkla konu olan husus, ev sahibi devletin "dolaylı kamulaştırma" yoluyla uluslararası hukuku ihlal etmesidir. Dolaylı kamulaştırmaya örnek olarak yabancı yatırımcının lisansının iptal edilmesi, fillen ticari faaliyette bulunmasının engellenmesi ya da yatırımcının korunması yükümlülüğünün ihlali gösterilmektedir. Bkz. Ziya Akıncı, "Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 286

(128) Bilgin Tiryakioğlu, "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, s. 167 http://www.tcmb.gov.tr/ yeni/evds/yayin /kitaplar / kitap2 / dogrudanyabyatirimci.doc

(129) Bkz. Yılmaz, a.g.e., özellikle ss. 51-72

Facility Rules) göre verilmiş yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icra edilebilmesi için bu kararların tenfizi gerekmektedir.[130] Zira, Ek Mekanizma Tahkimi, Merkez'in tahkim yetkisi dışında kaldığından, ICSID Sözleşmesi hükümleri bu tahkim usulüne uygulanamayacaktır. Bu nedenle, ICSID Ek Mekanizma kurallarına tabi tahkim, teknik anlamda bir ICSID tahkimi olarak değerlendirilmemektedir. Sadece Ek Mekanizma Kuralları'nın 2. maddesine göre ICSID Ek Mekanizma Tahkimine başvurulabilecek haller: I) *"Uyuşmazlık tarafı devletin ya da yatırımcının vatandaşı olduğu devletlerden birinin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmaması nedeniyle"* tahkimin Merkez'in yetkisine girmemesi ve uyuşmazlığın da bir yatırımla doğrudan ilgili hukuki uyuşmazlık olması ii) Uyuşmazlık tarafı devletin ya da yatırımcının vatandaşı olduğu devletlerden birinin ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devlet olması şartıyla, *"uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan doğmaması nedeniyle"* Merkez'in yetkisine girmemesi iii) uyuşmazlık bir devlet ile diğer devletin vatandaşları arasında *"vakıa tespitine ilişkin"* olması halleri olarak sayılmıştır.[131] **Schreuer**, ICSID Sözleşmesi'ndeki yatırım kavramının çok geniş kapsamlı olarak kabul edildiğinden bahisle, uyuşmazlığın konusunu oluşturan bir yatırımın bulunmaması olasılığının nadiren ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Yine de, taraflar bir yatırımın mevcudiyeti hususunda şüpheye düşmekte iseler, şu şekilde bir şart öngörebilirler:

"Merkez, uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmaması sebebiyle ICSID Sözleşmesi madde 25 uyarınca yargılama yetkisinin bulunmadığına hükmettiği takdirde, Taraflar işbu Sözleşme ile uyuşmazlığın Merkez'in Ek Mekanizma Kuralları (Additional Facility Rules) uyarınca çözümlenmesine rıza göstermektedirler.[132]"

ICSID tahkiminde, hakem kararları kesin hüküm niteliğinde ve bağlayıcıdır. ICSID Sözleşmesi m. 54 gereğince, *"akit devletlerden her biri, bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş bir kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir.[133]"* ICSID Anlaşması'nda yer alan yollar (post awards remedies) dışında hakem kararlarının icrasını durdurmak ya da engellemek mümkün değildir.[134]

---

(130) Mahmut T Birsel, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Conventions) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, (Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan'dan Ayrı Bası), Banka ve Ticaret Hukuku Enstütüsü Yayını, Ankara, 1998, s. 533.

(131) http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf Ek Mekanizma Kuralları hakkındaki açıklamalar için bkz. Şanlı, a.g.e., s. 430.

(132) Schreuer, a.g.e., ss. 136-137.

(133) http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

(134) Tuygun, a.g.e., s. 136

ICSID Anlaşması'na göre (madde 50-52), ICSID tahkimi aleyhine gidilebilecek yollar:

i) ek karar ve kararın tashihi,

ii) kararın yorumu,

iii) kararın düzeltilmesi,

iv) kararın iptali olmak üzere sınırlı sayıda belirlenmiştir.[135]

Nitekim, Türkiye aleyhine verilen ICSID kararlarıyla ilgili olarak, İcra İflas Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan *"devlet malları haczedilemez"* ilkesinin kararların icrası bakımından sorun teşkil edeceği gündeme getirilmiştir.[136] Ancak ICSID tahkimi sonucu verilen kararı ilgili devletin uygulaması uluslararası itibarı gereği zaruridir. Nitekim, yine Türkiye'nin onayladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün *"Mülkiyetin Korunması"* başlıklı 1. maddesi[137] göz önünde bulundurulduğunda, ICSID kararlarını uygulaması gerektiği sonucuna varılacaktır. Ek 1 No'lu Protokol m.1 gereğince, *"Her gerçek ya da tüzelkişi, mülkiyetinden rahatsız/(müdahale) edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılamayacaktır..."*[138]

Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye aleyhine ICSID nezdinde açılmış olan davalardan örnek verirsek, bunlardan bazıları (Güney Kıbrıs Rum Kesimi'nde kurulu Libananco Holdings Co. Ltd, Polonya'da kurulu Cementownia *"Nowa Huta"* S.A. ve Europe Cement Investment and Trade S.A. şirketleri tarafından açılan davalar) iki taraflı yatırım anlaşmalarına (BITs) dayanılarak; bazı davalar ise (Saba Fakes ile PSEG Global ve diğerleri tarafından açılan davalar) ECT'ye dayanılarak açılmıştır.[139]

---

(135) Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, a.g.e., s. 425; Tuygun, a.g.e., ss. 121-125.

(136) Şanlı, a.g.e., s. 428; Tuygun, a.g.e., s. 174

(137) http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a /0/ englishanglais.pdf. 1 No'lu Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzalanmış ve 6.maddeye uygun olarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Ek Protokolü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon /insanhaklari/ pdf01/349-350. pdf

(138) Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt 1, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 124.

(139) Bkz. Aslı Yıldırım, "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 294-295. Libananco ve Saba Fakes davaları devam etmektedir. Devam eden davaların durumu hakkında detaylı bilgi için bkz. http://icsid.worldbank.org /ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending

Europe Cement kararı 13 Ağustos 2009 tarihinde; Cementownia kararı ise 17 Eylül 2009 tarihinde verilmiştir. Bkz.http://icsid.worldbank.org/ICSID/ FrontServlet?requestType = GenCaseDtlsRH & action Val = ListConcluded Europe Cement davasında, hakem heyeti görevsizlik kararı vererek, davacının taleplerini reddetmiştir. 13 Ağustos 2009 tarihli Europe Cement kararı için bkz. http://www. encharter.org/ fileadmin/user_upload/document/Europe_Cement_Turkey_Award.pdf

Konya-Ilgın (PSEG Global ve diğerleri v. Türkiye) davasında, ihtilaf, elektrik santrali projesiyle ilgili olarak, idarenin başlamış olan yatırımı etkileyen sonraki tarihli mevzuat değişikliği yapmasından kaynaklanmıştır. İşbu davada, davacı Amerika ile Türkiye arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan *"adil ve eşit davranma yükümlülüğünün"* ihlali gündeme gelmiştir. Hakem heyeti, davacının taleplerinin kısmen kabulüne hükmetmiş; dava Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Bu karar uyarınca ahde vefa ilkesi ve başlamış yatırımı etkileyen daha sonraki mevzuat değişikliklerinden kaçınmak gerektiği vurgulanmıştır.[140]

Türk yatırımcılar tarafından yabancı devletler aleyhine açılmış olup sonuçlanan davalardan örnek verirsek; Bayındır (Bayındır İnşaat v. Pakistan) davasında, ihtilaf Bayındır şirketinin Pakistan'da üstlendiği otoyol inşaatı ile ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Davacı, Türkiye ile Pakistan arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan yükümlülüklere dayanarak iddialarını ileri sürmektedir.[141]

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Tahkim sözleşmesinin unsurları dikkate alındığında, bu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin temelindeki maddi hukuk sözleşmesinden ayrılabilirliği, gerek Türk ve yabancı doktrinde, gerekse Yargıtay içtihadlarında açıkça kabul edilmektedir.

Tahkim sözleşmesinin yazılı olması geçerlilik koşulu olmakla birlikte, bir yandan teknolojik gelişmeler ışığında, bu şart yumuşatılmış; diğer yandan da tahkim sözleşmesinin, sözleşmede imzası bulunmayan üçüncü kişiler bakımından istisnai durumlarda geçerliliği ve bağlayıcılığı gündeme gelmiştir.

Tahkim sözleşmesi/şartı, ticari tahkimde ve yatırım tahkiminde farklı hükümler doğurmaktadır. Ticari tahkim açısından önemle belirtmek gerekir ki; Türkiye uluslararası gelişmelere uyum sağlayarak, mevzuatını uluslararası düzenlemelere paralel hale getirmiştir. Nitekim, özellikle Türkiye'de henüz bir uluslararası tahkim merkezinin kurulamamış olması ve milli tahkimin istenilen boyuta ulaşamamış olması, Türkiye'nin mevzuat bakımından gösterdiği bu başarıyı, uygulama bakımından da sürdürmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.[142]

---

(140) Hakem kararında vurgulanan hususlar için bkz. Ercüment Erdem, "Enerji Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü", http://www.globalenerji.com.tr/yaz140-230003-105,58@2300.html

(141) Bkz. http://icsid.worldbank.org/ICSID/ FrontServlet?requestType = GenCaseDtlsRH & actionVal = ListConcluded

(142) Ekşi, "Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey", s. 116.

Yatırım tahkimine ilişkin olarak doktrinde bir yandan, yatırım iklimini yaratmanın önemi dile getirilmiş, diğer bir yandan yatırım tahkiminin ticari tahkimden farklı nitelikleri vurgulanarak; bu iki tahkim prosedürünün ayrıştırılması gerektiği vurgulanmıştır.[143]

Yatırım tahkiminin:

i) iki taraflı yatırım anlaşmalarında tahkim hükmünün ve yatırım kavramının çok geniş olarak düzenlenmesi,

ii) yabancı yatırımcı konumunda olmayan kişilerin ev sahibi devletten olan alacaklarını usulsüz olarak yabancı yatırımcıya temlik ederek, yabancı yatırımcının ev sahibi devletten dava yoluyla talep etmesi şeklinde suistimal edilebildiğine dikkat çekilmektedir.[144]

Yukarıda belirttiğimiz alacağın usulsüz temliki gibi davranışlar kanuna karşı hile teşkil ettiğinden hukuken himaye edilemez. (MK m.2) Bu bakımdan, yatırım tahkiminde *"gerçek yatırımcı"*nın tespiti önem taşımaktadır. Haksız olarak yöneltilen tazminat taleplerini engellemek için, önerilen çözümlerden biri olarak, davacının *"teminat"* göstermesi yükümlülüğünün ICSID Sözleşmesi'ne eklenmesi gösterilmektedir.[145]

Sonuç olarak belirtmek isteriz ki; kanımızca, yatırım sözleşmeleri imzalanmadan önce henüz müzakere safhasında iken, uzman hukukçuların görüşlerinden de yararlanılarak, bu sözleşmelerde yer alan hükümlerin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara, 2007.

Akıncı, Ziya: "Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 277-287

Birsel, Mahmut T.: "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, İzmir,1980, ss. 97-128.

Birsel, Mahmut T.: Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Conventions) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, (Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan'dan Ayrı Bası), Banka ve Ticaret Hukuku Enstütüsü Yayını, Ankara, 1998, ss. 499-538 ("İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları").

Birsel, Mahmut T.: "Enerji Yatırımları ve Anayasa'nın 125. Maddesi'nde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri", Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve

(143) Bkz. Çal, a.g.e., s. 259 vd.

(144) Hamid G. Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 311-312; Yıldırım, a.g.m., ss. 306-308.

(145) Bkz. Yıldırım, a.g.m., s. 308.

Kamu Hizmeti, Editör Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, 1. Bası, Ekim 2001, ss. 113-139 ("Enerji Yatırımları").

Birsel, Mahmut T. - Budak, Ali Cem: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler - Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar (Cilt I) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstütüsü, 1997, ss. 169-223.

Birsel, Mahmut T.: "Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçiminin Önemi", Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara, ss. 64-77. ("Tahkim Yeri").

Birsel, Mahmut T.: "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları", Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Özel Sayı 2005, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2005, ss. 1-37.

Birsel, Mahmut T. – Yeşilırmak, Ali – Çavuşoğlu, Ahmet Erdinç: International Handbook on Commercial Arbitration, Offprint, Kluwer Law International.

Çal, Sedat: Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin, Ankara, 2009.

Çal, Sedat: "Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 327-338.

Derains, Yves - Schwartz, Eric A.: A Guide To The ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law International, Second Edition, Netherlands, 2005.

Di Pietro, Domenico: "Enerji Şartı Anlaşması: Genel Değerlendirme", Çeviren: Muzaffer Eroğlu, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, Beta, İstanbul, 2008

Ekşi, Nuray: "Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar", Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, 15 Kasım 2007, Beta, İstanbul, 2008, ss.116-131.

Ekşi, Nuray: "Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey", International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication, No: 2007/45, ss. 85-116.

Ekşi Nuray: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları, 1. Bası, XII Levha, İstanbul, 2009. ("Yargıtay Kararları")

Esen, Emre: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta, İstanbul, 2008.

Ertekin, Erol - Karataş, İzzet: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Ankara, 1997.

Gemalmaz, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, Cilt 1, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.

G. Gharavi, Hamid: "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 309-315.

Günday, Metin: "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, ss. 183-201.

http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc

Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerinde Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, "Tahkim", 14 Şubat 2009 Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, ss. 179-202.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2001.

Kuru, Baki – Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 13. Bası, Yetkin, Ankara, 2001.

Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004.

Moses, Margaret L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2008

Nomer, Ergin: "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, ss. 685-730.

Nomer, Ergin - Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Beta, İstanbul, 2009.

OECD, "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", Working Papers on International Investment, Number 2006/3, Ekim 2006, ss. 3-29. http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf

Poroy, Reha – Tekinalp, Ünal - Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2000.

Özsunay, Ergun: "Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 2004/1'den Ayrı Bası.

Redfern, A. - Huter, M.; Law and Practice of International Commercial Arbitration 3. Bası Sweel - Maxwell, London 1999.

Schreuer, Christoph H.: The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta, İstanbul, 2005.

Tiryakioğlu, Bilgin: "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye ,http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc

Tuygun, Salih: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel, İzmir, 2007.

Whitesell, Anne Marie – Romero, Eduardo Silva: "Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Complex Arbitrations-Special Supplement 2003, ss. 7-18.

Yavuz, Cevdet: "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 133-177

Yılmaz, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta, İstanbul, 2004.

Yasa Hukuk Dergisi Ocak 99/1, Cilt 18, Sayı 206

Yargıtay Kararları Dergisi. C. 24, S. 9, Eylül 1998

Yıldırım, Aslı: "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 289-315.

Resmi Gazete

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf

http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=55

http://www.adr.org/sp.asp?id=22440#A2

http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_english_main.htm#recommended

http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/mc_arb_turkish(1).doc

http://www.ito.org.tr/wps/portal/mevzuat-bilgilendirme?name=Tahkim Yonetmeligi&initView=true&prmPageId=SH5.1.2

http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf

http://www.kazanci.com/

https://www.sccam.org/sa/download/SRIA_turkish.pdf

http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded

http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf

http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Europe_Cement_Turkey_Award.pdf

http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1147.html

http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf

İCRA ve İFLAS SUÇLARINA İLİŞKİN YAPILAN YARGILAMALARDA SANIĞA ULAŞILAMAZSA SANIK HAKKINDA YAKALAMA KARARI VERİLEBİLİR Mİ?

Av. Refik AY*

Giriş

İcra ve İflas suçlarına ilişkin icra mahkemelerinde yapılan yargılamalarda İcra ve İflas Kanunu'ndaki açık hükümler gereğince (İİK 349. md.) sanığın savunmasının tespiti için davetiye göndermek suretiyle duruşmalardan haberdar etmek zorunluluğu söz konusudur. Duruşma için tebligat yapılmadan, doğrudan sanık hakkında hüküm veya karar verilemez. Örneğin İİK'in 331. maddesine göre alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudu azaltmak suçundan dolayı yapılan bir yargılamada sanığa mutlaka tebligat yapılarak, duruşmaya çağrılmalı, sorgusu yapılarak savunma delilleri tespit edilmeli ve şikayetçinin delilleri de toplanmak suretiyle hasıl olacak duruma göre karar veya hüküm verilmelidir.

Ancak sanık adresinden taşınmış ise yani kendisine ulaşılamıyorsa bu durumda ne olacaktır? Mernisteki adresinden de bulunamıyorsa ve kolluk marifetiyle de zorla getirilemezse ne yapılacaktır?

İİK'in 353/1 maddesine giren disiplin veya tazyik hapsini gerektiren suçlar yönüyle herhangi bir sıkıntı söz konusu değildir. Zira disiplin hapsini gerektiren suçlar bakımından yapılan yargılamalarda sanığa duruşma günü için davetiye gönderilir. Eğer sanığa tebligat yapılmasına rağmen veya yapılamadığı durumlarda tebligat kanunun 35. maddesine göre tebligat yapılıp da duruşmaya gelmezse bu takdirde sanığın yokluğunda karar verilebilir.(örneğin İİK 340, 341. md. suçlardan dolayı) Nitekim uygulama da bu şekilde sürmektedir.

Fakat suçun yaptırımı Hapis cezası veya Adli Para cezası olan fiiller bakımından durum ne olacaktır? Bu gibi hallerde diğer ceza mahkemelerinde de uygulandığı üzere Ceza Muhakemeleri Kanunu'na göre sanığa duruşma gününün tayini için davetiye gönderilecek, sanık bu davetiyeye rağmen gelmediği takdirde, sanık hakkında zorla getirme kararı çıkarılarak duruşmaya getirilmesi sağlanacaktır. (CMK 193, 199 md.)

(*) İzmir Barosu

Dolayısıyla Ceza yargılamasında temel kural, sanığın gıyabında yargılamanın yapılmamasıdır. Bu ana kuralın istisnası ise CMK 193/2 ve 195. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince sanık hakkında toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa sorgusu yapılmamış olsa da yokluğunda yargılama bitirilebilir. Yine sanık hakkındaki suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmesi halinde sanık gelmese bile yokluğunda yargılama yapılabilir. Bu gibi hallerde sanığa çıkarılacak davetiyede açıkça bu durumun belirtilmesi gerekmelidir. Aksi takdirde sanığın yokluğunda duruşma yapılıp karar verilemez.

Peki sanığa ulaşılamama durumunda ne olacaktır. Bu takdirde Ceza Muhakemesi Kanunumuzdaki çözüm açıkça düzenlemeye bağlanmıştır. Yani sanığa davetiye yapıldığı halde sanık duruşmalara icabet etmezse bu defa CMK'nın 193. maddesine göre bu durum geçerli bir mazerete de dayanmıyorsa bu takdirde zorla getirilmesine karar verilecektir. Yine CMK'nın 199. maddesine göre, *"Mahkeme, sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilir."*

Anılan düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere sanık hakkında herhangi bir suçtan dolayı yapılan yargılamada yakalama kararı verilip verilmeyeceği hususunda görevli ve yetkili mahkemenin takdir yetkisi vardır. Bu takdir yetkisi çerçevesinde mahkeme öncelikle sanığı davetiye ile çağıracak, makbul bir mazereti bulunmadığı halde yine gelmiyorsa bu defa hakkında zorla getirme kararı alınacaktır. Sanık buna rağmen gelmediği takdirde bu kez hakkında yakalama kararı çıkarılacaktır.

Şimdi İcra ve İflas Kanunu'na göre suçun nevi ve yaptırımı disiplin hapsi veya tazyik hapis cezası değil de hapis veya adli para cezasını gerektiren bir yargılama olduğu takdirde sanığa zorla getirme kararı verilmesine rağmen ulaşılamama halinde sanık hakkında yakalama kararı verilebilecek midir?

Çok spesifik bir konu olmasına rağmen uygulamada ülkemizde yerleşmiş, iyi işleyen sağlam bir adres veri tabanı bulunmağından (MERNİS olmasına rağmen) maalesef sanıklara ulaşılamamakta ve yıllar süren dosyalara rastlanmaktadır. Bu sebeple icra mahkemelerinde dosyalar birikmekte ve gerçekten alacaklı yani şikayetçi olan insanların mağduriyetine sebebiyet vermekle birlikte üzülerek belirtmek gerekir ki bazen de mağdur olan kişilerin kendi hakkını kendisi almaya yeltenmesinden dolayı da toplumsal bir infial veya toplumsal barış ortamının da bozulmasına yol açmaktadır. Bu nedenle konu önem arz etmektedir.

İcra Ve İflas Kanunu'na Göre Yapılan Yargılamalarda Yakala Emrinin Uygulanıp Uygulanmaması Meselesi;

İİK'in 331. ile 345. maddeleri arasında icra ve iflas suçlarına ilişkin düzenleme yapılmış ve suç tipleri tek tek belirlenmiştir. Bu suç tiplerine ilişkin yapılacak yargılama usullerine ilişkin ise İİK 349. maddede tanzim edilmiştir.

Anılan hükme göre *"Şikayet, dilekçeyle veya şifahi beyanla yapılır. Dilekçeyi veya dava beyanını alan İcra Mahkemesi duruşma için hemen bir gün tayin edip şikayetçinin imzasını alır ve maznuna celpname gönderir. Şahit gösterilmiş ise o da celp olunur.*

İki taraf tayin olunan gün ve saatte icra mahkemesi huzuruna gelmeye veya vekil göndermeye mecburdur.

İcabında mahkeme tarafların bizzat hazır bulunmasını emredebilir.

Maznun başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoluyla sorguya çekilir.

Maznun şikayeti alan veya istinabe edilen mahkemenin huzuruna gelmez veya müdafi göndermezse yahut bizzat bulunmasına lüzum görülürse zabıta marifetiyle getirilir. Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür.

Şikayetçi muayyen zamanda gelmez veya vekil de göndermezse şikayet hakkı düşer.

Gelmeyen şahitlere yapılacak muamele ile borçlunun gıyabında verilen karara karşı eski hale getirme talebi hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri tatbik olunur."

Yasa hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere sanık mahkemeye gelmez veya müdafi de göndermezde veya bizzat bulundurulması gereken hallerde de gelmediği takdirde hakkında zorla getirme kararı çıkarılır. Bu ihzara rağmen de gelmezse muhakeme yokluğunda sürdürüleceği hükme bağlanmıştır.

Örneğin gerçeğe aykırı mal beyanı veren kişilerle ilgili olarak Yasa Koyucu 338. maddesinde *"Bu kanuna göre istenen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikayeti üzerine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır,"* şeklinde cezalandırma yoluna gitme irade tesis etmiştir.

Şimdi İİK'in 338. maddesine aykırılıktan dolayı yargılanan sanığa ulaşılamadığında İİK'in 349. maddesindeki usul gereğince öncelikle davetiye yapılacak, duruşmaya gelmediği takdirde hakkında zorla getirme kararı verilecek bu kez de gelmediği takdirde muhakeme yokluğunda görülmesi gibi bir durum söz konusu olacaktır. Dolayısıyla sanık duruşmaya gelip sorgusu yapılmadan 1 yıla kadar hapis cezasıyla karşı

karşıya kalma ihtimali de bahis konusudur. Ancak böyle bir şey ne evrensel hukuka ne de ceza muhakemesi hukukumuzun temel ilkelerine uygun düşmemektedir.

Sanığın yokluğunda yargılama yapılmaması temel bir kuraldır. Yani sanığın sorgusu yapılmadan sanık hakkında karar verilmemelidir. Bu kaidenin esasen istisnai hallerine yukarıda değinilmişti.

İİK'in 349. maddesindeki belirtilen usul yani sanığın duruşmalara zorla getirilme kararına karşın gelmemesi halinde muhakemenin yokluğunda görülmesi hali, disiplin hapis cezalarında veya tazyik hapis cezalarına münhasır olduğu düşüncesindeyiz. Dolayısıyla İİK 340. maddeden yani icra dosyasında borcunu belli taksitlere bağladığı halde bu taahhüdünü yerine getirmemeden dolayı yapılan yargılamada mahkeme sanığa duruşma günü için davetiye gönderecek, tebligat eline geldiği halde duruşmalara gelemese dahi yokluğunda tazyik hapis cezası verilebilecektir. Hatta sanığa icra dosyasında yapılan tebligat adresine davetiye tebliği yapılamazsa bu kez Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre tebliğ yapılarak yokluğunda tazyik hapis cezasına ilişkin karar verilebilecektir.

Ancak yaptırımı hapis cezası gerektiren bir suçtan dolayı yapılan yargılamada zorla getirme kararına rağmen sanığa ulaşılamazsa sanık hakkında yakala kararı çıkarılmasına ilişkin İİK'in 349. maddesinde açık bir düzenleme bulunmadığı ilk bakışta görülmektedir. Peki bu sanık hakkında bu tedbir hiçbir şekilde uygulanamayacak mıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemesi Hukukumuzda, kıyas yasağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla İcra ve İflas Kanunu'nda Ceza Muhakemesine atıf[1] yapılan düzenlemeden de yararlanmak suretiyle bu konudaki boşluğun CMK'nın 199. maddesinin uygulanmasıyla doldurulabileceği düşüncesindeyiz.

Yakalama emri tedbiri, yapısı gereği zorla getirme müessesesinden daha etkin bir tedbirdir. Bu nedenle ulaşılamayan sanıklarla ilgili sorunlara çare olacağı düşüncesindeyiz.

---

(1) İİK'in 349/son maddesinde "Gelmeyen şahitlere yapılacak muamele ile borçlunun gıyabında verilen karşı eski hale getirme talebi hakkında Ceza Muhakemeler Kanunundaki usuller tatbik olunur." denilmektedir.

İİK 353/son "İcra Mahkemesinin bu bapta yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 04.12.2004 tarihli 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununu kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır." denilmektedir.

SONUÇ

İcra ve iflas Kanunumuzda İcra ve İflas suçlarına ilişkin yargılama ile ilgili hükümlere bakıldığında bir an önce yargılamaların bitirilmesi esası üzerine kurulu olduğu gözlenmektedir. Örneğin İİK'in 351/1. maddesine göre *"şikayetçinin dilekçe veya beyanında göstermiş olduğu delillerle bağlı olduğu,"* İİK'in 351/2. maddesinde ise *"Maznunun müdafaası için tahkikatı tevsiini ancak bir kere isteyebileceği"* hükümleri getirilmiştir. Benzer bir düzenleme 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunumuzda da mevcuttur. Bu yasamızda da yargılamaların bir celse de bitirilmeleri esası üzerine dizayn edilmiştir. Bu nedenlerle yargılamaların bir an önce bitirilmelerinin sağlanması için sanıklara ulaşmak sorunsalının çözümü için sağlam bir adres sorgu sistemine gereksinim duyulduğu açıktır.

Yargılamaların uzamaması bu hususta mağduriyetlerin yaşanmaması konusunda kendisine ulaşılamayan sanıklar hakkında savunmalarının tespitine yönelik olarak CMK'nın 199. maddesine göre haklarında yakalama emri çıkarılabileceği düşüncesindeyiz. Uygulamada bazı mahkemelerin bu yönde kararlar verdikleri, bazı mahkemelerin ise yakalama kararı verdikleri halde İcra ve İflas Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmadığından dolayı bu ara kararından vazgeçerek geri döndüklerine rastlanmaktadır. Oysa bu durum yukarıda da açıklandığı üzere sanıkların yakalanamamaları nedeniyle yargılamaların gereksiz yere uzamalarına neden olmaktadır ve bu da mahkemelerin iş yüklerinin daha da artmasına davetiye çıkarmaktadır.

YASAL FAİZ
BÜTÇE KANUNLARI
ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARI
YARGITAY KARARLARININ DOĞURDUĞU SONUÇLAR
ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Av. Mehmet BAYRAKTAR*

I- GİRİŞ

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1. maddesinde düzenlenmiş bulunan kanuni faiz oranının 2003, 2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunları ile; Bütçe Kanunlarının kapsadığı dönem için yeniden düzenlenmesi/değiştirilmesinin yarattığı sorunlar hakkındaki ayrıntılı incelememiz[1] ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 14.02.2006 tarih, 2005/25748 Esas, 2006/2355 Karar sayılı kararı hakkındaki inceleme/eleştirimiz[2] daha önce İstanbul Barosu Dergisi'nde yayımlanmıştır.

Bu yazımızda dile getireceğimiz düşüncelerimizin daha iyi anlaşılabilmesi ve konunun gelişimi açısından; okuyucuların öncelikle anılan yazılarımızı yeniden gözden geçirmelerinin yararlı0 olacağını düşünüyoruz.

Konu ile ilgili ayrıntılı incelememizin sonuç bölümünde aynen;

"1- 3095 sayılı Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı 2003, 2004 ve 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunları ile değiştirilmiştir.

2003 Malî Yılı Bütçe Kanun'un 51. maddesinin (t) bendi hükmü TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nun "sadece genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için değil, anılan Kanun'un kapsamına giren tüm borçlar için uygulanması"na dair değişiklik teklifi doğrultusunda TBMM tarafından kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Bu nedenle: Bütçe Kanunları ile yapılan değişikliklerin sadece genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarıyla sınırlı bir düzenleme olduğu, bu nitelikte olmayan borçlara uygulanamayacağı görüşünde isabet yoktur.

(*) İstanbul İl Özel İdaresi Avukatı.

(1) İstanbul Barosu Dergisi cilt: 79 sayı: 2005/3

(2) İstanbul Barosu Dergisi cilt: 80 sayı: 2006/3

2004 ve 2005 Malî Yılları Bütçe Kanunu Tasarılarının sehven 2003 Yılı tasarısındaki şekliyle yazıldığına inandığımız madde gerekçeleri, bu görüşümüzü değiştirmemektedir.

2- Bütçe uygulamaları ile ilgili olmayan konularda Bütçe Kanunları ile düzenleme yapılması, Anayasa'ya aykırı ise de; bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesince iptal edilmedikçe geçerlidir.

2003 Malî Yılı Bütçe Kanun'un 51. maddesinin (t) bendi hükmü 08.12.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2004 tarih, 2003/41 Esas ve 2004/4 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümeyeceği ve Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilen kanunla yürürlükten kaldırılmış olan kanun hükümleri, iptal kararı ile yeniden yürürlüğe girmeyeceğinden henüz tahsil edilmemiş alacaklar açısından 01.04.2003-01.12.2004 dönemi için yasal boşluk oluşmuştur.

3- Kanuni faiz uygulanması gereken durumlarda: 5027 sayılı 2004 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 49. maddesinin (o) bendi ve 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) bendi uyarınca 3095 sayılı Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunu'nun 1. maddesindeki faiz oranı 01.01.2004 tarihinden itibaren aylık %1.25, 01.01.2005 tarihinden itibaren aylık % 1 olarak uygulanmalıdır.

4- Yargıtay kararları doğrultusunda oluşan uygulama kanuna aykırı olduğu gibi; enflasyon rakamları ile Bütçe Kanunlarına ve 3095 Sayılı Kanuna göre uygulanması gereken kanuni faiz oranları (TABLO-1) dikkate alındığında, hakkaniyete de uygun değildir.

5- 2004 ve 2005 yılı Bütçe Kanunlarının da Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinin kuvvetle muhtemel olduğu, halen icra dairelerindeki iş yükünün (TABLO-2, TABLO-3) önemli bir miktarının kanuni faiz uygulanması gereken alacaklardan oluştuğu ve milyonlarca kişiyi ilgilendirdiği, özellikle kamu idarelerinde icra takibine konulmadan tahsil edilen alacakların sayısının da azımsanmayacak kadar çok olduğu dikkate alındığında, ortaya çıkan sorunun boyutları daha iyi anlaşılacaktır.

Bu nedenle uygulamada ortaya çıkan sorunun, 3095 Sayılı Kanunda düzenleme yapılarak bir an önce çözüme kavuşturulması gerekmektedir." şeklinde ki görüşlerimizi dile getirmiş idik.

Yine; Yüksek Mahkemenin hatalı yorumunda daha da ileri giderek; *"reeskont faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş bir ticari alacakta: borçlunun genel bütçeye dahil bir daire olması sebebiyle; yerleşik uygulamamız diyerek; 2004 ve 2005 yılları Bütçe Kanunlarındaki oranların uygulanmasına karar vermiş olduğu";* konu ile ilgili karar eleştirimizde açıklanmış idi.

Bütçe Kanunları ile yapılan düzenlemelerden sonra; 27.04.2005 tarih ve 25798 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5335 sayılı BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN'un 14. maddesi ile 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesindeki faiz oranı 01.05.2005 tarihinden itibaren yıllık yüzde 12 olarak düzenlenmiş, 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere % 9 olarak belirlenmiştir.

Biz ısrarla; 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 5335 Sayılı Yasa ile yeniden düzenlenmiş olmasına rağmen; yasal faiz uygulaması ile ilgili sorunun devam ettiğini ve Yüksek Mahkeme hatalı yorumundan dönmediği sürece 2003, 2004, 2005 Bütçe Kanunlarının kapsadığı döneme ilişkin tahsilâtlar sona erinceye kadar da devam edeceğini; Ülke genelinde binlerce icra dosyasında: hesaplanan faize itiraz olacağı, şikâyet yoluyla İcra Hâkimlikleri ve temyiz sonucu da Yüksek Mahkemede dosyaların açılacağını ileri sürmüş; gerek önceki yazılarımızda gerek Yüksek Mahkemeye sunmuş olduğumuz temyiz ve karar düzeltme dilekçelerimizde bu görüşümüzü açıklamış, bu kadarla da kalmamış; TBMM Başkanlığı, Adalet Bakanlığı ve Maliye Bakanlığı'na yazdığımız resmi yazılar ve yasa teklifi önerilerimizle soruna dikkat çekmeye ve çözümüne katkı sağlamaya çalışmış idik.

Ancak; sorunu ortaya koymak ve çözümü için öneride bulunmak yolundaki bütün ısrarlı çabalarımıza rağmen bir sonuç almak mümkün olmamıştır.

Bugün gelinen noktada uygulamada karşılaşılan sorunlara yanıt vermek ve çözüm önerilerimizi açıklamak üzere tekrar konuyu ele almak zorunlu olmuştur.

İlk yazımız incelendiğinde; burada anlatılacak olan uygulama sorunlarına o günden işaret edildiği görülecektir.

Biz yine de konunun önemine binaen tekrara kaçmaktan korkmuyoruz.

2- BÜTÇE KANUNLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARLARI

Uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü için öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin 2003, 2004 ve 2005 Mâli yılı Bütçe Kanunlarındaki düzenlemelerle ilgili vermiş olduğu iptal kararlarına bakmak gerekmektedir.

KANUN	RESMİ GAZETE TARİH / SAYISI	UYGULAMA DÖNEMİ	AYM İPTAL KARARI	İPTAL KARARI R.G. TAR./SAYI
29.03.2003 t. 4833 sayılı 2003 Mâli Yılı Bütçe Kanunu Madde: 51(t)	31.03.2003 25065	01.04.2003 31.12.2003	22.01.2004 E.2003/41 K.2004/4	08.12.2004 25664
24.12.2003 t. 5027 sayılı 2004 Mâli Yılı Bütçe Kanunu Madde: 49 (o)	28.12.2003 25330 mükerrer	01.01.2004 31.01.2004	07.06.2005 E.2004/12 K.2005/35	19.07.2006 26233
28.12.2004 t. 5277 sayılı 2005 Mâli Yılı Bütçe Kanunu Madde: 37(e)	31.12.2004 25687 1. müker.	01.01.2005 30.04.2005 (5335 sayılı Yasa gereği)	28.02.2008 E.2008/11 K.2008/64	28.05.2008 26889

2.1. İPTAL KARARLARININ ETKİSİ

Anayasa'nın Anayasa Mahkemesinin kararları başlıklı 153. maddesi hükmü[3] uyarınca: İptal kararları geriye yürümez.

---

(3) MADDE 153.– Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.

Ancak; aynı maddedeki; *"Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar"* hükmü ile Yargıtay'ın yerleşik kararları uyarınca uyuşmazlığın sürdüğü davalarda bu kural uygulanmaz.

Bu kuralların yorumlanması sonucunda: öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayım tarihine kadar Bütçe Kanunlarında belirlenen oranlarla yapılan hesap sonucunda icra müfredatı tamamen ödenmiş borçlar açısından (ileride açıklanacak olan bir husus dışında) konu kapanmıştır.

Örneğin; Anayasa Mahkemesi iptal kararının yayımlandığı 08.12.2004'ten önce 01.04.2003-31.12.2003 dönemi için 2003 Mâli Yılı Bütçe Kanunu'ndaki yıllık % 30 oranı üzerinden hesaplanan ve tamamı ödenen bir borç için Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının her hangi bir etkisi olmayacak, iptal kararına dayanarak 3095 Sayılı Yasa'ya göre oluşan faiz farkını talep etmek mümkün olmayacaktır.

Yine; bu tarihten sonra; 19.07.2006 tarihine kadar kapanmış bulunan dosyalarda 2004 yılı için 2004 Mali yılı Bütçe Kanunu'ndaki oran (yıllık %15) ve 28.05.2008 tarihine kadar kapanan dosyalarda 2005 Mali yılı Bütçe Kanunu'ndaki oran (yıllık %12) uygulanmış ise durum aynıdır.

Ancak; borç tamamen kapanmamış ise, Anayasa Mahkemesi kararlarının eldeki davalara uygulanacağı ilkesi gereği bu sefer (Yargıtay'ın yorumuna göre) 3095 Sayılı Yasa'ya göre faiz hesaplaması yapılacaktır. (Bize göre ise yasal boşluk mevcut olup; uygulanacak faizin hakim tarafından belirlenmesi gerekecektir.)

Bugün artık hangi aşamada olursa olsun; (ister icra aşamasında, ister icra hukuk mahkemesinde, ister temyizde, ister bozmadan sonra) uyuşmazlığın devam ettiği bütün durumlarda: *"usulî müktesep hak"* dahi söz konusu olmayacak ve Anayasa'nın 153. maddesinin emredici hükmü gereği 01.04.2003-30.04.2005 dönemi için Yüksek Mahkemenin yerleşik kabulüne göre 3095 Sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki halinin göndermesiyle reeskont oranları uygulanacaktır. Burada bazı yanlış anlamaları önlemek için önemle belirtmek gerekir ki:

Uyuşmazlığı sona erdiren mahkeme kararlarının, Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlük tarihinden önce veya sonra olmasının hiçbir önemi yoktur. Önemli olan; iptal kararlarının yürürlük tarihine kadar borcun tüm ferileriyle birlikte ödenmiş/ödenmemiş olmasıdır.

2.2. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

2.2.1- 2003 MALİ YILI BÜTÇE KANUNU İLE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

"2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun "Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler" başlığını taşıyan 51. maddesinde yürürlükte olan yasaların 2003 yılında uygulanmayacak hükümleri sayılmıştır. Bu niteliğiyle 51. madde, uygulamama veya farklı uygulama biçimi öngörme yoluyla, madde başlığı altında sayılmış olan yasa kurallarının tümünü 2003 yılı için değiştirici bir nitelik taşımaktadır. Maddede yer alan bu düzenlemeler bütçeyle ilgili olmaması nedeniyle olağan yasa konusu olup, bunlara bütçe yasasında yer verilmesi, Anayasa'nın 87, 88, 89 ve 161. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri yönünden incelenmelerine gerek görülmemiştir.

- 51. maddesinin; (t) fıkrasının; Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE, 22.01.2004 gününde karar verilmiştir.[4]"

51. maddenin (t) ve (u) fıkralarının, Ali HÜNER'in karşı oyu ve OYÇOKLUĞUYLA, koşulları oluşmadığından YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 17.07.2003 gününde karar verilmiştir.

2.2.2- 2004 MALİ YILI BÜTÇE KANUNU İLE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

"...49. maddenin iptali istenen ...(o) fıkrasında ise, 3095 Sayılı Kanun'la düzenlenmiş olan kanuni faiz oranının aylık %1.25 olarak uygulanacağı, taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının tatbik edileceği hüküm altına alınmaktadır.

49. maddenin iptali istenen (b) ve (o) fıkraları ile anlam, kapsam ve teknik içerik yönlerinden aynı kuralları içeren 4833 sayılı "2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu"nun 51. maddesinin (b) ve (t) fıkraları 22.1.2003 günlü, E.2003/41, K.2004/4 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir.

2004 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun, 49. maddesinin (b) ve (o) fıkraları ile daha önce iptal edilmiş olan aynı kuralların yeniden yasalaştırılması Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır. Kuralların iptali gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 2, 11, 87, 88, 89 ve 161. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

---

(4) Anayasa Mah. Kararı: Esas Sayısı: 2003/41, Karar Sayısı: 2004/4, R.G. 08.12.2004 gün, 25664 sayı.

49. maddesinin; 1- (a) fıkrasının (1), (2), (6), (7) ve (9) numaralı bentleri ile (b), (e), (o) ve (ö) fıkralarının, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 07.06.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.[5]*"*

Düzenleme ile ilgili yürürlüğü durdurma talebi ve kararı söz konusu değildir.

2.2.3- 2005 MALİ YILI BÜTÇE KANUNU İLE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

2005 Mali yılı Bütçe Kanunu'na ilişkin iptal kararının diğer kararlarına oranla geç çıkmasına sebep; Anayasa Mahkemesi'nin yanlış olarak vermiş olduğu bir başka karardır.

Şöyle ki;

2.2.3.1- Anayasa Mahkemesi: 28.10.2006 tarih, 26330 sayılı R.G'de yayımlanmış bulunan 29.11.2005 tarih, Esas: 2005/6, Karar: 2005/93 sayılı kararı ile: *"5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrası 21.04.2005 günlü 5335 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi ile değiştirildiğinden KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA"* oybirliğiyle karar vermiştir.[6]

2.2.3.2- Aynı Kanunla ilgili Yürürlüğü Durdurma istemine ilişkin kararında ise; 29.11.2005 gün, Esas: 2005/6 Karar: 2005/21 sayılı kararı ile; *"...hakkında 29.11.2005 günlü, E. 2005/6, K. 2005/93 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu ibare, paragraf, bent ve fıkralara ilişkin KONUSU KALMAYAN YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA"* oybirliğiyle karar vermiştir.[7]

2.2.3.3- Nihayetinde; 28.02.2008 gün, Esas: 2008/64, Karar: 2008/64 sayılı kararında:

"Başvuru kararında, kanuni faiz oranının 2005 yılı için Bütçe Kanunu ile değiştirilmesi suretiyle kamu kuruluşlarının alacakları için uyguladık-ları faiz oranı ile borçları için uyguladıkları faiz oranının farklılaştırılması nedeniyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere

---

(5) Anayasa Mah. Kararı: Esas Sayısı: 2004/12, Karar Sayısı: 2005/35, R.G. 19.07.2006 gün, 26233 sayı.

(6) Anayasa Mah. Kararı: Esas Sayısı: 2005/6, Karar Sayısı: 2005/93, R.G. 28.10.2006 gün, 26330 sayı.

(7) Anayasa Mah. Kararı: Esas Sayısı: 2005/6, Karar Sayısı: 2005/21,(Y.D.) Karar Günü: 29.11.2005 R.G.10.12.2005 gün26019 sayı.

bağlı kalmak zorunda değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de karar verebilir. Bu nedenle itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 153. maddesi yönünden incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralla, ilgili yasada düzenleme yapılıncaya kadar, 2005 yılında 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 4489 Sayılı Yasa'yla değişik 1. maddesindeki, T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranının uygulanmayacağı, bunun yerine "aylık % 1" oranının uygulanacağı belirtilmiştir. 21.04.2005 günlü, 5335 Sayılı Yasa'nın 14. maddesiyle, itiraz konusu kuralda gönderme yapılan 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi değiştirilmiş, aynı Yasa'nın 29. maddesinin (c) fıkrasıyla da 2005 Malî yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin itiraz konusu (e) fıkrası 1.5.2005 günü itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının, yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yeni yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları aynen yasalaştırmamak yükümlülüğündedir.

Bir yasa kuralının, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, bu kuralın iptal edilen önceki kural ile aralarında "özdeşlik", anlam ve nitelik ile "teknik, içerik ve kapsam" yönlerinden benzerlik olması gerekir.

İtiraz konusu kuralla "anlam, kapsam ve teknik içerik" yönlerinden aynı kuralı içeren, 2003 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin "İlgili kanununda düzenleme yapılıncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır" şeklindeki (t) fıkrası, bütçeyle ilgili olmaması nedeniyle olağan yasa konusu olup, bütçe yasasında yer verilmeyeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 87, 88, 89 ve 161. maddelerine aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi'nin 22.1.2004 günlü, E.2003/41, K.2004/4 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Daha sonra yürürlüğe giren 2004 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 49. maddesinin "İlgili Kanununda düzenleme yapılıncaya kadar, 04.12.1984 tarihli ve 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, 01.04.2003 tarihinden itibaren aylık % 1,25 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz

oranı uygulanır" şeklindeki (o) fıkrasında yer alan benzer hüküm ise 07.06.2005 günlü, E.2004/12, K.2005/35 sayılı kararla Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin itiraz konusu (e) fıkrası da, 2003 ve 2004 yılları Bütçe Kanunlarının Anayasa Mahke-mesi'nce iptal edilen daha önceki kurallarla aynı kapsam ve içerikte olduğundan Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır. İptali gerekir," gerekçesi ile; 28.12.2004 günlü, 5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 28.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar vermiştir.[8]

Anayasa Mahkemesi'nin aynı kanun ile ilgili iki farklı kararının usul açısından tartışılması ayrı bir konu olmakla birlikte; Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin 7. fıkrasında yer alan; 10 yıl içinde yeniden Anayasa Mahkemesi önüne getirilemeyeceği kuralının; bu olayda ihlal edilip edilmediğinin tartışılmasını anayasa hukukçularının dikkatine sunuyoruz.

Bizzat Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında vurgulandığı üzere:

"Anayasa'nın bu fıkrasında *"Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz"* denilmektedir. Anayasa'nın amacı, hem gereksiz başvurmaları önleyerek Mahkemenin çalışma düzenini korumak, hem de uygulamada sürekliliği sağlamaktır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin iptalini istediği .... ibaresi, bir başka itiraz davasına konu olarak incelenmiş ve buna ilişkin ... Anayasa Mahkemesi kararı ... Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Böylece gerek Anayasa'nın 152. maddesinin 4. fıkrasının, gerek Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin yed. fıkrasında öngörülen koşul gerçekleşmiştir. İtirazcı Mahkemenin başvurusu 11.07.1985 tarihini taşımakta ise de esas inceleme aşamasında Anayasa Mahkemesi'nin aynı konu hakkında işin esasına girerek verdiği yukarda belirtilen red kararı yürürlüğe girdiğine göre itirazın incelenmesine olanak yoktur. Zira Anayasa'nın 152. maddesi yalnız dava mahkemelerini değil Anayasa Mahkemesini de bağlar. Anayasa Mahkemesi, önceki kararın yayımı tarihinden sonra karar vermek durumunda ise başvurunun daha önce olup olmamasına bakmadan itirazı reddetmek zorundadır. Bu nedenle itirazcı Mahkemenin *"... sözcüklerine ilişkin itirazı yetkisizlik nedeniyle reddedilmelidir.[9]"*

---

(8) Anayasa Mah. Kararı: Esas Sayısı: 2008/11, Karar Sayısı: 2008/64, Karar Günü: 28.02.2008 R.G. 28.05.2008 gün, 26889 sayı.

(9) Anayasa Mah. Kararı: Esas Sayısı: 1985/33, Karar Sayısı: 1986/22, Karar Günü: 11.9.1986

2.3.- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI VE YASAL BOŞLUK SORUNU

2.3.1. Genel Olarak; Yasal Boşluk Var mı Yok mu?

Anayasa Mahkemesi Bütçe Kanunlarının ilgili maddeleri hakkında iptal kararlarını verirken uygulama dönemi geçti düşüncesiyle olsa gerek; iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ertelemek ve Yasakoyucu'ya ortaya çıkacak yasal boşluğu doldurmak için süre vermek gereğini duymamıştır.

Ancak; Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş bulunan kanunun yürürlükten kaldırdığı önceki kanun maddesi, iptal kararıyla birlikte tekrar yürürlüğe girmez.[10]

Yasa koyucu'nun herhangi bir kanunu değiştirirken veya belli hükümlerinin uygulanmayacağını belirtirken eski kanun ile ilgili ortaya koymuş olduğu irade Anayasa Mahkemesi kararı ile ortadan kalkmaz. Anayasa Mahkemesi'nin yeni kanunu iptal etmesi üzerine yapılacak olan; doğan yasal boşluğun yeni bir kanun ile doldurulmasından ibarettir.

Bu nedenle; 2003, 2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunlarının (ilgili hükümlerinin) iptali üzerine Bütçe Kanunu ile değiştirilmiş bulunan 3095 Sayılı Kanun'un eski hükmünün yeniden uygulanma imkânı bulunmadığından: henüz talep ve tahsil edilmemiş alacaklara uygulanacak kanuni faiz oranı konusunda 01.04.2003 tarihi ile 30.04.2005 tarihine isabet eden dönem için yasal boşluk doğmuştur.

Yargıtay kararlarındaki görüşün doğru olduğu kabul edilir ise; bu yasal boşluk yalnızca *"genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları"* ile sınırlı olacaktır.

Bütçe Kanunları ile 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesinin yıllar itibariyle değiştirilmiş olduğu düşünüldüğünde ise; (nitekim Anayasa Mahkemesi de 2003 Mâli Yılı Bütçe Kanunu'na ilişkin iptal kararının bu madde ile ilgili gerekçesini *"Bu niteliğiyle 51. madde, uygulamama veya farklı uygulama biçimi öngörme yoluyla, madde başlığı altında sayılmış olan yasa kurallarının tümünü 2003 yılı için değiştirici bir nitelik taşımaktadır."* şeklinde açıklayarak bu düşünceyi doğrulamaktadır.) Anayasa Mahkemesi'nin İptal kararları sonrasında henüz tahsil edilmemiş, yasal faiz uygulanması gereken bütün alacaklarda (*"genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları"* da dahil olmak üzere) 01.04.2003-30.04.2005 dönemi için ortada yasal bir boşluk söz konusudur.

Bu sebeple; Anayasa Mahkemesi, 3095 Sayılı Kanun'un, Bütçe Kanunlarının kapsadı dönem için yürürlükten kalktığını kabul etmiş

(10) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.12.1997 gün, Esas: 1997/19-665 E., Karar: 1997/1018 sayılı kararı

olduğundan ve iptal kararları ile bu dönemler için 3095 Sayılı Kanun yeniden yürürlük kazanamayacağından: oluşan yasal boşluğun doldurulması için; iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ertelemeli ve Yasakoyucuya düzenleme yapması için süre tanımalı idi.

Bize göre ortaya çıkan bu hukuki boşluk; Yasakoyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme göre hakim tarafından re'sen doldurulmalıdır.

2.3.2- Anayasa Mahkemesi'nin E. 2005/6, K.2005/21 sayılı Kararı ve Yasal Boşluk

Burada üzerinde durmak istediğimiz; genel olarak yasal boşluk konusunda yukarıda belirtmiş bulunduğumuz düşüncemizden başka; 5335 Sayılı Kanunun yürürlük tarihi ile 2005 Mâli Yılı Bütçe Kanunu'nun yürürlük tarihleri arasında 4 aylık bir fark olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nce bunun atlanmış olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda bahsedilen 2005/21 K. ve 2005/93 K. sayılı kararları ile; 5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrası 21.04.2005 günlü 5335 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi ile değiştirildiğinden KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA karar verirken; 5335 Sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinin 01.05.2005 olduğunu göz ardı ederek 01.01.2005-30.04.2005 dönemi için 5277 Sayılı Yasa'yı yürürlükte bırakmıştır.

Ta ki; konu yeniden önüne gelip de 28.02.2008 gün, E.2008/11, K.2008/64 sayılı kararı ile bu kez iptal kararı verinceye kadar.

2.4. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI

Anayasa Mahkemesi, her üç yasa ile ilgili olarak; yürürlüğün durdurulmasına karar vermemiştir.

Oysa; Anayasaya aykırılığı açık olan bu düzenlemelerin yürürlüğü derhal durdurulmalı ve Yasakoyucu'nun bu şekilde Anayasaya aykırı düzenleme yapmaya devam etmesinin önü tıkanmalı idi.

3- BÜTÇE KANUNLARI VE YARGITAY KARARLARI

3.1- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun; *"...4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51/t maddesinde yer alan "İlgili kanununda düzenleme yapılıncaya kadar, 04.12.1984 tarihli ve 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık %2.5 olarak uygulanır." hükmünün, sadece genel bütçeye dahil daire katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarıyla sınırlı bir düzenleme getirmiş, bu nitelikte olmayan borçların kapsam dışında tutulmuş, Kanunun gerekçe-*

sinde de bu yönün açıkça belirtilmiş olmasına; somut olayda, icra takibine konu edilen, boşanma ilamındaki tazminat borcunun anılan Kanun kapsamı dışında kaldığının da açık bulunmasına göre, direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.[11]*"* şeklindeki kararı ile uygulama sorunları başlamıştır.

Oysa; 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51/t maddesi hükmü, TBMM tarafından; Plan ve Bütçe Komisyonu'nun raporundaki görüş doğrultusunda, Hükümet tasarısındaki aylık % 2,5 faiz oranının, sadece genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarına değil, 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamına giren tüm borçlar için uygulanmak üzere komisyondan gelen şekliyle kabul edilmiş ve kanunlaştırılmıştır.

Bu nedenle, Kanunun gerekçesine bakarak; 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesindeki faiz oranını değiştiren 4833 Sayılı Kanun'un 51/t maddesi hükmünün, sadece genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlanmış borçlarına uygulanacağına, bu nitelikte olmayan borçlara uygulanamayacağına dair kararda isabet yoktur.

3.2. HGK kararından bu yana Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de aynı doğrultuda karar vermiştir.

Ancak; bu doğrultuda karar vermeye devam eden 12. Hukuk Dairesi ısrarlı uyarılarımıza rağmen hata üstüne hata yapmış ve bu hatalarını halen de devam ettirmektedir.

Bu güne kadar tespit edebildiğimiz uygulama hatalarına sırayla yer vereceğiz.

3.2.1. Yargıtay 12. HD. ilk hatayı evvelce yayımlanan karar eleştirimizde açıkladığımız üzere; reeskont faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş bir ticari alacakta: borçlunun genel bütçeye dahil bir daire olması sebebiyle; yerleşik uygulamamız diyerek; 2004 ve 2005 yılları Bütçe Kanunlarındaki oranların uygulanmasına karar vermiştir.

Şişli 3. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 27.10.2005 tarih, 2005/1223 E. 1266 K. sayılı kararı ile gayet isabetli bir şekilde; *"...Mahkeme kararında alacağa reeskont faizi uygulanmasına karar verilmiş olduğu, ...reeskont faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş olmasının yasal faiz uygulanması anlamında yorumlanmasının mümkün olmadığı, ... alacaklının tacir olması da dikkate alındığında 3095 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinde belirlenen tarihler dikkate alınarak ...bu yöndeki itirazların da reddine..."* karar verilmiş olmasına rağmen. Kararın, borçlu Milli Savunma Bakanlığı tarafından temyiz edilmesi üzerine; 12. Hukuk Dairesi 14.02.2006 tarih, 2005/25748 E. 2006/2355 K. sayılı kararı ile; *"borçlunun genel bütçeye*

(11) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.12.2004 gün, Esas: 2004/667, Karar: 2004/628 sayılı kararı

dahil dairelerden olması sebebiyle Bütçe Kanunlarında belirlenen oranlar uygulanarak faiz hesaplamasının yapılması" gerekçesiyle İcra Hakimliği kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Oysa; Bütçe Kanunları ile yalnızca 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesindeki yasal faiz düzenlenmiştir, 2. maddedeki temerrüt faizi (ticari işlerde istenebilecek reeskont / 01.01.2000 tarihinden sonra avans faizi) ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

Bu kararından sonra vermiş olduğu bir başka kararında ise; yanlış bir çıkıştan hareket etse de doğru bir sonuca varmış ve bu hatasını düzeltme yolunda ilk adımını atmıştır.

Şöyle ki;

"İcra takibinin dayanağı Şişli 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/1176 esas 2003/1341 karar sayılı ve 30.09.2003 karar tarihli ilamının bozulmasından sonra verilen İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2005/266-545 sayılı 20.10.2005 tarihli ilamının hüküm fıkrasında 119.963.043.450.-TL'nin 20.10.2002 tarihinden değişen oranlarda reeskont faizi ile tahsiline karar verildiği görülmektedir.

5335 Sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi değişmiş olup, maddedeki reeskont oranı ibaresi kaldırılmış ve 01.05.2005 tarihinden itibaren yasal faiz oranı %12 olarak düzenlenmiştir. Bu durum-da ilamın karar tarihi olan 20.10.2005 tarihi itibari ile 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinde reeskont oranı ibaresi bulunmadığından, ilamda hüküm altına alınan reeskont faizinin anılan yasanın 1. maddesinde düzenlenen yasal faiz olduğunun kabulü mümkün bulunmamaktadır.

HGK'nın 08.10.1997 tarih 1997/12-517E. 1997/776 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere (ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur. İcra Mahkeme-since ilamın infaz edilecek kısmı yorum yolu ile belirlenemez.) Bu ilke gereği ve yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda ilamda hüküm altına alınan reeskont faiz oranının T.C. Merkez Bankası'nın reeskont faiz oranları olduğunun kabulü gerekir.

O halde Mahkemece TC. Merkez Bankası'nın reeskont faiz oranları esas alınarak faiz hesabının yapılması gerekirken, 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinde düzenlenen yasal faiz oranları üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak sonuca, gidilmesi isabetsizdir.

***SONUÇ:** Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'in 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 11.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.*[12]*"*

---

(12) Yargıtay 12. H.D. 11.03.2008 gün, Esas: 2008/2115, Karar: 2008/4731 sayılı kararı

Burada doğru olan sonuç: Hukuk Genel Kurulu kararına atıf yapılan düşüncedir. Yani İcra Mahkemesince ilamın infaz edilecek bölümünün yorum yoluyla belirlenemeyeceğidir. Biz bu yöndeki düşüncemizi yukarıda belirttiğimiz karar eleştirimizde açıklamış idik.

Yanlış olan çıkış ise; 5335 Sayılı yasa ile 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinin değiştirilmiş olması ve artık maddede reeskont ibaresinin bulunmadığından hareket edilmesidir.

Önceki yazımızda da belirttiğimiz gibi; alacaklı/davacılar tarafından reeskont faizi istenmesi; 01.01.2000 tarihinden önceki uygulamadan kaynaklanmaktadır. Çünkü; maddede yapılan düzenleme ile bu tarihten sonra ticari işlerde avans faizine gönderme yapıldığı halde; uygulamada bir çok dava ve icra takibinde: avans faizi yerine, eski alışkanlıkla sehven reeskont faizi istenmeye devam edilmiştir.

Mahkemeler taleple bağlılık kuralı gereği talebin üzerinde karar veremeyeceklerinden önlerine gelen iş ticari bir iş de olsa reeskont faizi talep edilmişse avans faizine hükmedemeyecektir.

Şimdi bu kural uyarınca mahkeme ticari bir işte reeskont faizine hükmetti diye; bunu sırf 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinde 5335 Sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikten önce yer alan reeskont faizi ibaresi sebebiyle *"yasal faiz"* olarak anlamak mümkün değildir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu kararında; Hukuk Genel Kurulu kararına atıfla doğru bir sonuca varmış ise de çıkış noktası yanlıştır.

Bu mantıkla bakılırsa: 3095/1. madde değişmemiş olsa idi; 12. HD'nin hatalı uygulamasında ısrar edeceği sonucuna varılır.

Ancak; 12. Hukuk Dairesi aşağıda açıklayacağımız bir başka kararında nihayet doğru yorumla doğru sonuca varılmıştır.

"Ayrıca sözü edilen Asliye Ticaret Mahkemesi kararı ile taraflar arasındaki ilişki ticari iş olarak belirlendiğinden bu alacağa değişen dönemlere ilişkin olarak ticari reeskont faizi uygulanması gerekirken yasal faiz uygulanması da doğru değildir." (dip not 17'deki 12. HD. 16.03.2009 gün, E.2008/25682, K.2009/5442 sayılı kararı)

3.2.2. Bizzat bizim takip etmiş olduğumuz bir davada ise: *"2005 Yılı Bütçe Kanunu'nun faiz düzenlemesi getiren 37/e maddesi 5277 Sayılı Kanun'un 25. maddesi ile 01.05.2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda 01.01.2005-01.05.2005 tarihleri arasıda kalan dönem için Bütçe Kanunu'nda öngörülen yıllık %12 oranına göre asıl alacak faizinin hesaplanması gereklidir. O halde mahkemece anılan tarihler arasında %38 oranına göre faiz hesabı yapılarak sonuca gidilmesi isabetsizdir.*[13]*"* şeklinde karar vermiştir.

(13) Yargıtay 12. H.D. 21.06.2007 gün, Esas: 2007/10224, Karar: 2007/12746 sayılı kararı

Bu karara olan eleştirilerimizin başlıcası şunlardır:

- Öncelikle; metinde geçen 37/e hükmünü yürürlükten kaldıran Kanun 5277 değil 5335 Sayılı Kanun'dur. 5277 Sayılı Kanun ise zaten 2005 Mâli Yılı Bütçe Kanunudur.

- 5277 sayılı 2005 Mâli Yılı Bütçe Kanunu'nun yasal faizi düzenleyen 37/e maddesi 5335 Sayılı Kanunun 25. maddesi ile değil 29. maddesinin (c) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

- İşin esasına gelince: temyiz konusu kararın borçlusu İl Özel İdaresidir. Yani; genel ve katma bütçeli idare değil; özel bütçeli bir idaredir.

O halde burada yerleşik uygulamaya aykırı karar verilmiştir, denilebilir.

3.2.3. 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun iptali sonrasında verdiği kararlar:

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tespit edebildiğimiz kadarıyla konu ile ilgili bütün kararlarında iptal edilen yılla ilgili 3095 Sayılı Kanun'un uygulanmasına, henüz iptal edilmemiş ise Bütçe Kanunlarının uygulanmasına karar vermiştir.[14-15-16-17]

Bu kararları burada tek tek almıyor yalnızca genel mantığını belirtiyoruz.

Yüksek Mahkeme'nin, Anayasaya aykırılığı çok açık olan düzenlemelerin iptali için; hele de 2003 yılı Bütçe kanunu ile ilgili iptal kararı yayımlandıktan sonra neden bizzat Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunmadığını ise ayrı bir eleştiri konusu yapıyoruz.

3.2.4. Ancak; bir kararı var ki anlayabilmemiz mümkün olmamıştır.

Şöyle ki;

Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2004 günlü, 5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE dair 28.02.2008 gün, Esas: 2008/64, Karar: 2008/64 sayılı kararı 28.05.2008 gün ve 26889 sayılı Resmi Gazetede yayımlamıştır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu tarihten sonra vermiş olduğu bir kararlarında ise Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararını atlamıştır.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu makalenin yazılmasının vesilelerinden birisi olan olayı başından almak daha doğru olacaktır.

---

(14) Yargıtay 12. H.D. 15.09.2005 gün, Esas: 2005/12976, Karar: 2005/17103 sayılı kararı.
(15) Yargıtay 12. H.D. 17.04.2007 gün, Esas: 2007/5013, Karar: 2007/7588 sayılı kararı.
(16) Yargıtay 12. H.D. 10.10.2007 gün, Esas: 2007/14684, Karar: 2007/18337 sayılı kararı.
(17) Yargıtay 12. H.D. 16.03.2009 gün, Esas: 2008/25682, Karar: 2009/5442 sayılı kararı.

Hazinenin borçlu olduğu ilamlı bir takipte; İstanbul 5. İcra Hukuk Mahkemesi'nce verilmiş bulunan 19.12.2006 gün, E. 2006/1777, K.2006/1753 sayılı karar: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 17.04.2007 gün, E.2007/5013, K. 2007/7588 sayılı kararı ile bozulmuştur.

Karar gerekçesi aynen şöyledir: *"2003 yılı Bütçe Kanunu'nun 51/t maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2004 tarih ve 2003/41 E.-2004/4 K. sayılı kararı ile; 2004 yılı Bütçe Kanunu'nun 49/o maddesi yine Anayasa Mahkemesi'nin 07.06.2005 tarih ve 2004/12 E.-2005/35 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Ancak elde bulunan ve uyuşmazlığın sürdüğü davalarda iptal kararının "geriye yürümeme" kuralı uygulanamayacağından, mahkeme kararı 2003 ve 2004 yılı için yapılan hesaplama bakımından yasaya uygun ise de, 01.01.2005-30.04.2005 tarihleri arasındaki dönemde işleyecek faizin 2005 yılı Bütçe Kanunu'nun 37/e maddesindeki oranlar esas alınarak hesaplanması yerine 3095 Sayılı Kanuna dayalı faiz oranları üzerinden ve faiz başı ve sonu tarihleri de belirtilmeksizin hesap yapılarak sonuca gidilmesi isabetsizdir."*

Bozma kararına uyan İstanbul 5. İcra Hukuk Mahkemesi'nce bilirkişiden ek rapor alınmış, ancak bilirkişinin sehven 2004 yılı için yine Bütçe Kanununda yer alan yıllık %15 üzerinden yaptığı hesaba dikkat edilmeden karar verilmesi üzerine; iş bu karar da Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 05.03.2009 tarih, E.2008/23620, K.2009/4575 sayılı kararı ile tekrar bozulmuştur.

Burada dikkati çeken husus Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 05.03.2009 tarihli iş bu kararında 5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrasının iptaliyle ilgili Anayasa Mahkemesinin 28.05.2008 gün ve 26889 sayılı Resmi Gazetede yayımlamış bulunan kararını atlamış olmasıdır.

Yukarıda belirtilen ve Yargıtay'ın konu ile ilgili bütün kararlarında (bu karar hariç) yer aldığı üzere *"elde bulunan ve uyuşmazlığın sürdüğü davalarda iptal kararının "geriye yürümeme" kuralı uygulanamayacağından"* artık 2005 Yılı Bütçe Kanunu'ndaki oranın da uygulanamayacağına karar vermesi gerekirdi.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bu kararını verirken 2005 Bütçe Kanunu'nun iptal edildiğinden haberdar olmadığını söylemek; kararın Resmi Gazetede yayımlanmış olması sebebiyle mümkün değildir.

Kaldı ki; 11 gün sonra vermiş olduğu 16.03.2009 gün, E.2008/25682, K.2009/5442 sayılı kararında:

"Mahkemece bilirkişi raporu dikkate alınarak 01.05.2005-31.12.2005 dönemine ilişkin olarak bütçe kanununda öngörülen yıllık %12 faiz uygulanmış ise de; 2005 yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 28.02.2008 tarih, 2008/11-64 sayılı kararı ile iptal

edildiğinden ve bu karar 28.05.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayınlandığından uyuşmazlığın sürdüğü davalarda iptal kararının geriye yürümeme kuralı uygulanmayacağı için, yukarıdaki döneme ilişkin olarak Bütçe Kanunundaki faiz oranları esas alınarak hüküm kurulması doğru değildir. Ayrıca sözü edilen Asliye Ticaret Mahkemesi kararı ile taraflar arasındaki ilişki ticari iş olarak belirlendiğinden bu alacağa değişen dönemlere ilişkin olarak ticari reeskont faizi uygulanması gerekirken yasal faiz uygulanması da doğru değildir." diyerek iptal kararından haberdar olduğunu göstermiştir.

4- YARGITAY NEDEN İPTAL DAVASI YOLUNA BAŞVURMADI?

Yukarıda da değindiğimiz üzere Yüksek Mahkeme'nin Anayasaya aykırılığı çok açık olan düzenlemelerin iptali için, hele de 2003 yılı Bütçe Kanunu ile ilgili iptal kararı 08.12.2004 gün, 25664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra neden önüne gelen olaylarda bizzat Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunmadığını ve Anayasaya aykırı olduğunu bildiği 2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunlarının uygulanmasını istemekte ısrar ettiğini anlamak mümkün değildir.

Yargıtay'ın bu konudaki tutumunun mantıklı bir izahını beklemek hepimizin hakkıdır.

5- ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN DOĞRUDAN UYGULAMASI

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devleti ilkesi ve mülkiyet hakkını güvence altına alan 35. maddesi; kişilerin mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Yine Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca bu hakkın özüne dokunulamaz.

Diğer taraftan; Anayasa'nın 90. maddesine 07.05.2004 tarihli 5170 Sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla Kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."* kuralı uyarınca doğrudan esas alınması gereken Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no.lu ek protokol'ün *"mülkiyetin korunması"* başlıklı 1. maddesi ile mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır.

Yargıtay kararları ve bu kararları destekleyen yazılardaki yorumlar doğru ise; düzenlemeler yalnızca: Bütçe Kanunu ile yapılmasından dolayı değil, eşitlik ilkesi açısından da Anayasa'ya aykırıdır. Çünkü; genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için diğer alacak ve borçlara göre çok düşük bir faiz öngörmektedir.

Bu durumda; Bütçe Kanunları ile yapılan düzenlemenin eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu gören Yüksek Mahkeme, uygulama ile 1 no'lu ek

protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vererek; Anayasa'ya aykırılığı sabit olan Bütçe Kanunlarının iptal edilinceye kadar uygulanmasında ısrar etmeyerek, gerek eşitliğe aykırı uygulamanın başlangıcı olan HGK kararı, gerekse 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu ile ilgili iptal kararının yayımı sonrasında: eşitlik ilkesine aykırı sonuç doğuran uygulamayı sona erdirebilir ve doğrudan Anayasa'nın 90. maddesinin göndermesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulayarak 2004 ve 2005 yılı Bütçe Kanunlarının iptalini beklemeden hakkaniyete ve eşitliğe uygun bir içtihat oluşturabilirdi.

6- YASAL BOŞLUĞUN DOLDURULMASI

6.1. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonrasında; ısrarla bu konuda yasal boşluk oluştuğunu ve bunun Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca hakim tarafından re'sen doldurulması veya yasal düzenleme yapılması gerektiğini söylemiştik.

İlk makalemize eklediğimiz not aynen şöyle idi:

"Bu boşluğun, MK'nın 1. maddesi uyarınca hakim tarafından re'sen doldurulması mümkün olmakla birlikte; 3095 Sayılı Kanun'a eklenecek geçici bir madde ile (2004 ve 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunlarının ilgili hükümlerinin de Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilme olasılığını gözeterek, bu yılları da kapsayacak şekilde) sorunun bütünü ile çözüme kavuşturulabileceğine inanıyoruz.

Bu sebeple; yeni yorum ve tartışmalara mahal vermemek açısından 3095 Sayılı Kanuna aşağıdaki şekilde bir madde eklenmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

EK GEÇİCİ MADDE : 5335 Sayılı Kanunun 14. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihe kadar henüz tahsil edilmemiş, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme

01.04.2003 tarihinden itibaren yıllık % 30

01.01.2004 tarihinden itibaren yıllık % 15

Yasa koyucu bu konudaki boşluğu görmediğinden olsa gerek başvurularımıza rağmen yasal düzenleme yapmak ihtiyacını hissetmemiştir.

Yüksek Mahkemeye göre ise; 3095 Sayılı yasa uygulanacağından yasal boşluk diye bir sorun zaten yoktur.

Bizim önerdiğimiz oranlar Bütçe kanunlarındaki enflasyon beklentisi ve gerçekleşen enflasyon oranlarına uygun oranlar idi. Bütçe hedeflerini yine ilk yazımızın dipnotunda vermiş idik.

Bütçe Kanunu Tasarılarının Gerekçelerinde Enflasyon Hedefleri

- 2003 yılı için TÜFE'de %20, TEFE'de %17.4
- 2004 yılı için TÜFE ve TEFE'de %12
- 2005 yılı için TÜFE ve TEFE'de %8 olarak amaçlanmıştır.

Hedeflenen ve gerçekleşen enflasyon oranlarına karşılaştırmalı olarak bakarsak karşımıza şöyle bir tablo çıkar:

Enflasyon (TÜFE) Hedef ve Gerçekleşmeleri[18]

	2002	**2003**	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**
Hedef	35	20	12	8	5	4	4	7,5	6,5	5,5
Gerçekleşme	29,7	18,4	9,3	7,7	9,7	8,4	10,1	6,5	-	-

Bu tablodan hareketle; Bütçe Kanunlarında düzenlenen ve yasal boşluk sebebiyle yapılmasını istediğimiz düzenlemede önerdiğimiz oranlarla, gerçekleşen enflasyon oranlarını karşılaştırdığımız yeni bir tablo yaparsak:

Bütçe Kanunlarındaki faiz oranları ve gerçekleşen enflasyon oranları

	2003	**2004**	**2005**
Bütçe Kanunlarındaki yasal faiz	30	15	12
Gerçekleşen enflasyon	18,4	9,3	7,7

Bu tablo bize; Yasa koyucunun Bütçe Kanunu ile düzenleme yapmış olmasının yanlışlığı bir yana bırakılacak olursak; yasal faiz oranı olarak hedeflenen enflasyona uygun ve alacaklıları mağdur etmeyecek bir oran belirlendiğini göstermektedir.

Uygulamada bu oranların benimsenmesi ile yasal boşluğun MK/1 uygulanarak veya yasa yoluyla doldurulmasının neden gerekli ve önemli olduğu aşağıda anlaşılacaktır.

6.2. Şu ana kadar yukarıda açıkladığımız düşüncemize kimseyi ikna edemediğimiz anlaşılmaktadır. O halde biz de Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesindeki yasal boşluk doldurma görevini yanlış bir yorumla da olsa Yargıtay'ın üstlenmiş olduğunu (mecburen) varsayarak; bundan böyle

(18) http://www.hazine.org.tr/

derdest olan bütün dosyalarda 01.04.2003-30.04.2005 dönemi için 3095 Sayılı Yasa'daki uygulama biçimiyle Merkez Bankası'nca belirlenmiş bulunan reeskont faizi oranlarının uygulanmasından başka bir yol kalmadığını anlıyoruz.

Artık hangi aşamada ve kimin önünde olursa olsun; ister icra aşamasında, ister icra hukuk mahkemesinde, ister temyizde, ister bozmadan sonra; bütün durumlarda: *"usulî müktesep hak"* dahi söz konusu olmayacak ve 01.04.2003-30.04.2005 dönemi için Yüksek Mahkemenin kabulüne göre 3095 Sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki halinin göndermesiyle reeskont oranları uygulanacaktır.

Ancak; bu durumda ortaya yeni ve çözümü daha zor bir sorun çıkmaktadır; alacağını iptal kararlarından önce tahsil etmiş olanların faiz farkından doğan kaybı nasıl giderilecektir?

Hukuk Devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğuran bu soruna nasıl bir çözüm önerilecektir.

7- FAİZ FARKININ TELAFİSİ

Şimdi sıra geldi bu sorunun çözümü için tartışma açmaya.

Yargıtay kararlarının kamuoyuna yansımasından hemen sonra, bir yıl civarındaki bir genel uygulama sonrasında: Kanuni Faiz uygulanması gereken işlerde, sözü edilen Bütçe Kanunlarındaki düzenlemenin *"genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için"* yapılan bir düzenleme olduğu ve genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları dışındaki kanuni faiz uygulanması gereken alacaklara 3095 Sayılı Kanun'da Bütçe Kanunları ile yapılan değişiklikler dikkate alınmaksızın TCMB'nın kısa vadeli kredilere uygulanan reeskont faiz oranı uygulanması gerektiği düşüncesi hakim olmuş ve bu yönde uygulama başlamıştır.

Bu bir yıllık sürede 2003 ve 2004 yılı Bütçe Kanunları ile getirilen faiz oranları: kamu-özel ayrımı yapılmadan bütün alacak/borçlar için, Yargıtay kararlarından sonra ise; yalnızca genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için uygulanmıştır.

Hatırlanacağı üzere; ilk yazıda: ***"YARGITAY KARARLARININ DOĞURDUĞU SONUÇLAR"*** başlığı altında: düzenlemenin eşitlik ilkesi açısından da Anayasa'ya aykırı olduğuna işaret etmiş idik.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve ilk yazıyı okumamış olanlar için ilgili bölümü aşağıya aynen alıyoruz.

"VI.1.- GENEL VE KATMA BÜTÇELİ İDARELERİN İLAMA BAĞLI BORÇLARI DIŞINDA KALAN DİĞER ALACAKLAR AÇISINDAN

Yargıtay kararları ve bu kararları destekleyen yazılardaki yorum doğru ise; düzenleme yalnızca: Bütçe Kanunu ile yapılmasından dolayı değil, eşitlik ilkesi açısından da Anayasa'ya aykırıdır. Çünkü; genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için diğer alacak ve borçlara göre çok düşük bir faiz öngörmektedir.

Yani; bu idarelerden ilama bağlı alacağı olanlar diğer alacaklılara göre daha az oranda faiz alacaklardır.

Sonuç olarak;

Kanuni faiz ödenmesi gereken durumlarda;

- Bu idarelerin İlama bağlı olmayan borçlarına,
- Kanuni faiz uygulanması gereken alacaklarına,
- Özel idareler, belediyeler ve köylerin alacak ve borçlarına;

Bütçe Kanunları ile belirlenen oranlar uygulanmayacaktır.

Bu arada mahalli idarelerin (özel idare, belediye, köy) genel ve katma bütçeli idareler dışında özel bütçeli idareler olduğunu anımsatmakta yarar görüyoruz.

VI.2.- 6183 SAYILI KANUN'UN 51. MADDESİNE TABİ ALACAKLAR AÇISINDAN

6183 Sayılı Kanun'un 51. maddesinde, bu Kanuna göre tahsil edilecek alacaklara uygulanacak gecikme zammı oranı belirlenmiştir.

2002/6345 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile vadesinde ödenmeyen amme alacaklarına aylık %4 gecikme zammı uygulanacağına karar verilmiştir. (BKK'nın yürürlük tarihi 12.11.2003, bilahare; 5035 Sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yapılan düzenleme ile de aynı oran belirlenmiştir.)

Bu durumda henüz tahsil edilmemiş alacaklar açısından 12.11.2003-31.12.2003 döneminde adi alacaklara uygulanacak olan yıllık %50 faiz oranı amme alacaklarına uygulanacak olan yıllık %48 oranının üzerinde olmaktadır.

02.03.2005 tarihli R.G'de yayımlanan 23.02.2005 tarih ve 2005/8551 sayılı BKK ile gecikme zammı oranı aylık %3 olarak kararlaştırılmıştır. (Yıllık %36) bu oran da Yargıtay kararları doğrultusunda 3095 Sayılı Kanun'a göre 30.06.2005 tarihine kadar uygulanacak olan yıllık %38 oranının altında kalmaktadır.

VI.3.- KAMULAŞTIRMA BEDELLERİ AÇISINDAN

Anayasa'nın 4709 Sayılı Yasa ile değişik 46/son fıkrası hükmüne göre: 17.10.2001 tarihinden sonra, taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerine kesinleşme tarihinden itibaren kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması gerekmektedir. Söz konusu bütçe kanunlarında da bu hüküm aynen yer almıştır.

Kamu alacakları için öngörülen faiz oranından kasıt: 6183 sayılı AATUHK'da belirtilen gecikme zammı oranı olup; yukarıda açıklandığı üzere bu oran 12.11.2003-31.12.2003 dönemi ile 02.03.2005 tarihinden sonrası için reeskont faizi oranının altında kalmaktadır.

VI.4.- KIDEM TAZMİNATI ALACAKLARI AÇISINDAN

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca *"...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."*

Maddenin lafzına sadık kalarak; kamu bankası-özel banka ayrımı yapmadan Merkez Bankasınca açıklanan faiz oranları dikkate alındığında:

30.07.2003 tarihinden itibaren (yıllık %46 ve azalan oranlarda, 29.03.2005 tarihi itibariyle %24'tür.) bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının reeskont (yasal) faiz oranının altında kaldığı görülmektedir.

Eğer Yargıtay'ın kararları ve bu yöndeki görüşler doğru ise; kıdem tazminatları için uygulanacak faiz oranı da yasal faiz oranının altında kalmaktadır.

Oysa; Yasakoyucu, özel bir düzenleme ile bu alacaklara uygulanacak faiz oranının yasal faiz oranının üzerinde olmasını amaçlamış idi.

Bu durumda: hakimin maddedeki *"..İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır." ibaresinden ve genel hükümlerden hareketle işçilerin lehine olan yasal faiz oranını uygulaması gerekmektedir.*

Konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için Yargıtay'ın kamu bankalarınca uygulanan faiz oranının uygulanması yönündeki kararının doğru olup olmadığını tartışma dışında tutuyoruz." demiş idik.

Bu gün geldiğimiz noktada Yargıtay'ın bize göre yanlış olan uygulaması sonucunda alacağını bütçe kanunlarıyla belirlenen faiz oranları ile tahsil etmiş olanlar diğerlerine göre zarara uğramış durumdadırlar ve bu zarar öyle azımsanacak bir zarar da değildir.

Yine, önceki yazımızda da yer alan aşağıdaki tabloda görüldüğü üzere; 1.000.000,00.-TL'lik bir alacakta bu fark 504.166,00.-TL. olmaktadır.

BÜTÇE KANUNLARI İLE 3095 SAYILI KANUNA GÖRE UYGULANACAK KANUNİ FAİZ ORANLARININ KARŞILAŞTIRMALI TABLOSU

MİKTAR (TL)	DÖNEMİ	3095 SAYILI KANUNA GÖRE UYGULANACAK FAİZ ORANI VE MİKTARI	BÜTÇE KANUNLARINA GÖRE UYGULANACAK FAİZ ORANI VE MİKTARI	FARK
1.000.000	01.04.2003-30.06.2003	% 55 137.500	%30 (Aylık % 2.5) 75.000 (An. Mah. İptal-Yasal Boşluk)	62.500
	01.07.2003-31.12.2003	% 50 250.000	%30 150.000	100.000
	01.01.2004-30.06.2004	%43 215.000	%15 (Aylık % 1.5) 75.000	140.000
	01.07.2004-31.12.2004	%38 190.000	%15 75.000	115.000
	01.01.2005-30.04.2005	%38 126.666	%12 (Aylık %12) 40.000	86.666
		919.166	415.000	504.166

Bu durumda; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonrasında alacağına kavuşan kişiler (Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2004 gün, Esas: 2004/667, Karar: 2004/628 sayılı kararına kadar herkes, bu karardan sonra ise yalnızca genel ve katma bütçeli idarelerden alacaklı olanlar) ülkemizde ilk defa hakkına geç kavuştuğu için aradaki faiz farkından dolayı kârlı çıkacaklardır.

Yasal faizle ilgili düzenlemelerin; bütçeyle ilgili olmamasına rağmen, bütçe yasalarında yer alması: Anayasa'nın 87, 88, 89 ve 161. maddelerine aykırılığı dışında; Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine, 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ve 11. maddesinde yer alan Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine aykırı bir sonuç doğurmuştur.

Şimdi ortaya çıkan bu eşitsiz durum nasıl giderilecektir.

7.1- ALACAKLILAR AÇISINDAN (YARGITAY'IN KABULÜNE GÖRE)

Bunun için iki yol üzerinde düşünülmesini öneriyoruz.

7.1.1- Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenen Munzam Zarar

Madde 105 - Alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemiyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir.

Bu munzam zarar derhal takdir olunabilirse hakim, esasa dair karar verir iken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir.

Munzam zarar için;

- temerrüt faizini aşan bir zarar olacak,
- temerrütle munzam zarar arasında bir illiyet bağı olacak,
- borçlu kusursuzluğunu ispatlayamamış olacak.

Munzam zararın istenebilmesi için; davacı temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olduğunu kanıtlamalıdır. Burada ise temerrüt faizini aşan bir zarar değil, temerrüt faizi için farklı/daha az bir oran belirlenmesi söz konusudur.

Olaya bakıldığında burada borçlunun kusurundan ziyade Devletin kusuru ortaya çıkmaktadır.

Konumuz munzam zarar olmadığı için bu konunun üzerinde daha fazla durmuyoruz ve oluşan zararın nasıl telafi edilebileceği noktasına geçiyoruz.

7.1.2- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru

Yasa koyucunun hatası sebebiyle alacağını düşük faizle alan alacaklı aradaki fark için tekrar müracaat etse bile; ödeme anındaki yasal düzenlemeye göre borcunu kapatmış olan borçlunun faiz oranı ve hesabından dolayı herhangi bir kusuru bulunmaması sebebiyle bu konuda yeniden aleyhine karar çıkması mümkün görülmemektedir.

O halde geriye bir tek seçenek kalmaktadır; konuyu AİHM'e taşımak.

Hem eşitlik ilkesine aykırı sonuçtan dolayı adil yargılama ilkesi ihlal edilmiştir. Hem de mülkiyet hakkına tecavüz vardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no.lu ek protokol'ün *"mülkiyetin* korunması" başlıklı 1. Maddesi ile mülkiyet hakkı güvence altına alınmış olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne giden mülkiyet ihlali ile ilgili başvuruları istikrarlı bir şekilde kabul etmektedir.

7.2- BORÇLULAR AÇISINDAN

7.2.1- Halen derdest olan ve 01.04.2003-30.04.2005 dönemini kapsayan ihtilaflarda ısrarla bu konuda yasal boşluk olduğunu ileri sürmeye devam etmek ve bu yasal boşluğun Yasakoyucunun iradesi ve fiilen gerçekleşen enflasyon oranları dikkate alınarak Bütçe Yasaları ile belirlenen oranlarda MK/1 uyarınca hakim tarafından re'sen doldurulmasını talep etmek.

7.2.2- Bu konuda 3095 Sayılı Yasa'ya ek; geçici bir madde düzenlenmesi için her türlü yolla Yasakoyucuyu harekete geçirmek.

7.2.3- Kapanmış olan dosyalarda: borçlarını reeskont faizi ile ödeyenler açısından; adil yargılanma hakkının ihlali ve mülkiyet hakkına tecavüz iddiasıyla AİHM'e başvurmak.

8- SONUÇ:

Yargıtay'ın kabulüne göre:

Anayasa Mahkemesi kararları; ayrıca bir süre verilmemişse Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren hüküm ifade edeceği, ancak; yerleşik Yargıtay kararlarına göre: eldeki uyuşmazlıklarda geriye etkili olarak da hüküm ifade edeceğinden;

- İptal kararlarının yayımlandığı tarihe kadar uyuşmazlık sona ermiş, alacak sükût etmiş ise; iptal kararına dayalı olarak Bütçe Kanunlarıyla belirlenmiş bulunan oranların üzerinde (3095 Sayılı Yasaya göre) faiz talep edilmesi mümkün değildir.

- Alacağın aslı ve ferileri iptal tarihine kadar geçen sürede tamamen ödenmemiş ve ihtilaf halen devam ediyor ise; bugün için her üç (2003, 2004 ve 2005) Bütçe Kanunu da iptal edilmiş bulunduğundan Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre 3095 Sayılı Yasa'ya göre belirlenen faiz oranları uygulanacaktır.

-Alacaklının Bütçe Kanunlarındaki oranları belirtip faiz talep ettiği hallerde; Anayasa Mahkemesinin iptal kararları sonrasında: alacak henüz sükût etmemiş ise; zamanaşımı süresi içerisinde Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi uyarınca Bütçe Kanunları ve 3095 Sayılı Kanun'la belirlenen oranlar arasındaki fark; icra müdürlüğüne yapılacak bir taleple veya ek bir takip ile talep edilebilir.

- Yargıtay'ın, 2005 Yılı Bütçe Kanunu'nun iptaline dair Anayasa Mahkemesi kararlarını görmeden verdiği bozma kararları üzerine yargılaması devam etmekte olan davalarda dahi durum değişmeyecek; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı dikkate alınarak 3095 Sayılı Kanun'a göre hesap yapılacaktır.

Faiz farkı için zarara uğrayanların ise bunun telafisi için AİHM'e başvuru yollarını düşünmekten başka çareleri yoktur. Usulüne uygun müracaat şartlarının oluşturulması halinde:

- Yargıtay'ın yorumu doğru ise; uygulamada hazine borçları lehine bir eşitsizlik yaratıldığı göz önüne alındığında AİHM'den bu konuda alacaklı lehine hüküm çıkması pek de zor olmayacaktır.

- Diğer borçlular açısından ise; bize göre yargı kararları ile yasaya aykırı olarak cari faizin üzerindeki uygulama sonucunda eşitlik ilkesine ve mülkiyet hakkına tecavüz çok bariz olduğundan; AİHM'den bu konuda borçlu lehine hüküm çıkmasının kuvvetle muhtemel olduğunu düşünüyoruz.

Bizim görüşümüz:

Biz, eski görüşümüzde ısrarla: bu konuda yasal boşluk olduğunu, bu boşluğun; Yasa koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar; Bütçe Kanunlarıyla belirlenmiş oranlar (aynı dönemde gerçekleşen enflasyon oranları karşısında) makul oranlar olduğundan: bu oranların benimsenerek; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasındaki hükme göre hakim tarafından re'sen doldurulması gerektiğini düşünüyoruz.

9- NE YAPILMALI?

9.1- Yeni sorun ve tartışmalara mahal vermemek açısından 3095 Sayılı Kanun'da yeni bir düzenleme yapılmalı ve aşağıdaki şekilde bir madde eklenmelidir.

EK GEÇİCİ MADDE 1- 5335 Sayılı Kanun'un 14. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihe kadar Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme

01.04.2003 tarihinden itibaren yıllık % 30

01.01.2004 tarihinden itibaren yıllık % 15

01.01.2005 tarihinden itibaren yıllık % 12

oranı üzerinden yapılır.

9.2- Bu eski önerimize bu kez fantastik bir öneri daha ekliyoruz. Eğer biz gerçekten Hukuk Devleti isek(!) İnsanlarımızı AİHM kapılarında süründürmemek için:

EK GEÇİCİ MADDE 2- 2003, 2004 ve 2005 Mali yılı Bütçe Kanunlarının kapsadığı dönemde borçlarını reeskont faizi üzerinden ödeyenlere (aksi görüş kabul edilirse; alacaklarını Bütçe kanunlarındaki oranlardan tahsil edenlere); dosyalarındaki uygulama dönemi ile ilgili olarak aradaki faiz farkı: bu Kanunun yayım tarihinden itibaren bir yıl içerisinde müracaat etmeleri halinde dosyadaki ödeme/tahsil tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte Hazine tarafından ödenir.

Bu hüküm icra dosyası haricinde yapılan tahsilatlar için de geçerlidir.

Müracaatlar icra hakimliklerince altı ay içinde incelenerek karara bağlanır.

KİM NEREDE YANLIŞ YAPTI?

YASA KOYUCU, 2003 Yılı Bütçe Kanunu'yla; Bütçe Kanunu'nda olmaması gereken bir düzenleme yaptı.

2003 Bütçe Kanunu'na ait iptal kararı 08.12.2004 günlü R.G'de yayımlanmış olmasına ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına rağmen 31.12.2004 tarihli 2005 Bütçe Kanunu'na aynı yönde hüküm koydu.

YARGITAY, Yasanın gerekçesine bakarak karar verdi. Tasarının değiştirildiğini görmedi ve yasa metnini dikkate almadı.

Bizzat Anayasa Mahkemesine müracaat etmeyi düşünmedi

Yerleşik uygulama diyerek ticari işlerde bile bu yönde karar verdi.

2005 yılı ile ilgili bir kararında 5335'in uygulama tarihini 01.01.2005 tarihine çekti, bir kararında Anayasa Mahkemesi. iptal kararını atladı.

ANAYASA MAHKEMESİ, Olayı şeklen inceledi. Esasına girerek hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri açısından irdelemedi.

Konunun Bütçe Kanunlarının uygulama dönemi ile sınırlı olduğunu varsaymış olsa gerek; Yasal boşluk sorunu doğduğunu görmedi.

Hiçbir başvuruda yürürlüğü durdurma kararı vermedi.

2005 yılı ile ilgili olarak 28.10.2006 günü yayımlanan karar verilmesine yer olmadığı kararı ile sorunun uzamasına sebep oldu. (İptal kararını ise; başka bir davada 28.05.2008 günü yani 1 yıl 7 ay sonra verdi.)

MALİYE BAKANLIĞI, Bütçe Kanunu'nu hazırlarken bütçe ile ilgili olmayan hükümleri sevk etti.

2003 Bütçe Kanunu tasarısını hazine lehine ve eşitlik ilkesine aykırı olarak hazırladı.

2003 Bütçe Kanunu tasarısı TBMM'de genele teşmil edilerek kanunlaştırılmış olmasına rağmen 2004 ve 2005 tasarılarının gerekçesini değiştirmeyi unuttu. Madde metnini değiştirmesine rağmen gerekçeleri 2003'ten aynen kopyalayarak aldı.

İstanbul İl Özel İdaresi olarak resmen müracaat etmemize rağmen; konuyu BAHUM'a havale ederek aldığı görüşü bildirmekle yetindi.

ADALET BAKANLIĞI, sorunu hiç sahiplenmedi.

BAROLAR, konuyu incelemeden Yargıtay kararları doğrultusunda görüş açıkladı.

İCRA HAKİMLERİ, konuyu yeterince incelemediler.

Yargıtay'a ters düşmekten kaçındılar.

(Konuyu görmüş ve üstüne gitmemiş iseler; bu hepsinden daha vahim)

AVUKATLAR, Konuya hukuki değil ekonomik yaklaştılar.

Yalnızca alacaklı vekili oldukları dosyaları düşündüler, borçlu vekili oldukları dosyaları düşünmediler.

Borçluların hukuku açısından olaya yaklaşmadılar.

AKADEMİSYENLER, Bu konuyla ilgili her hangi bir akademik çalışmaya rastlamadık.

Konunun akademik çevrelerde ele alınması için taraf olduğumuz dosyalarda ısrarla Üniversiteden bilirkişi istememiz üzerine İstanbul Üniversitesi'nden seçilen bir profesör Kanunun metnini dikkate almadan gerekçesindeki ifadeye göre rapor yazmış, sonradan şifahi görüşmemizde ise; Yargıtay öyle diyor şeklinde görüş açıklamıştır.

BİLİRKİŞİLER, Hukuk eğitimi almamış olan; bankacı, icra müdürü veya müdür yardımcısı sıfatlı bilirkişiler konuyu anlamamışlardır.

Konuyu anlayan ve bize hak veren bir kişi ise, Yargıtay uygulamasının dışında görüş beyan etme cesaretini gösterememiştir.

YARGITAY KARARLARI

HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/3-754 **K:** 2006/757 **T:** 29.11.2006

VASİYET BENZERİ İŞLEMLER • MİRASÇILARIN HAKLARI • SAKLI PAY KURALLARI

Özet: *Murisin belirli bir parayı mirasçısına verilmek üzere üçüncü bir kişiye teslim etmesi, üçüncü kişinin de söz konusu parayı mirasçıya vermesi halinde; ortada vasiyet benzeri bir kazandırma bulunduğu kabul edilerek, diğer mirasçıların haklarının saklı pay ilkelerine göre korunması gerekecektir.*

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kocaeli 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 18.05.2004 gün ve 2003/2 E. 2004/197 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 06.12.2004 gün ve 12296 – 13423 sayılı ilamı ile;

(...A) UYUŞMAZLIK KONUSU OLAY: Muris İsmet'in sattığı kahvehanenin bedeli olan 15 bin doları Antalya yolculuğu sırasında dava dışı Ali'ye "şayet yolda bir şey olursa bu parayı kardeşim Nuri'ye teslim et" diyerek verdiği, bilahare murisin Kocaeli'ne döndükten sonra depremde göçük altında kalarak ölmesi üzerine sözü edilen paranın davalıya teslim edildiği hususlarında bir uyuşmazlık bulunmaktadır.

Murisin davacı ve davalıdan oluşan iki mirasçısı bulunmaktadır.Davacı davaya konu edilen Ali'ye tevdi edilen para üzerindeki yarı payını (miras hissesini) istemiş, mahkemece dava kabul edilmiştir.

Sorunun çözümlenmesi için aşağıdaki bilgilerin verilmesinde yarar görülmüştür.

B) ÖLÜMDEN SONRA ETKİNLİK KAZANMASI ÖNGÖRÜLEN VEKALET: (mandatum post mortem).

Bu tür vekalet sözleşmesinde görevlendirilen vekilin yapacağı işlemin kapsamı, türü ve zamanı saptanmaktadır. Yapılacak görevin icrası belirsiz bir geleceğe, ölüm sonrasına ertelendiği için sağlıklı bir sağlar arası işlemin varlığından kuşku duyulmamalıdır.

Gönderen Av. Ertuğrul SAKAOĞLU / Kocaeli Barosu

Müvekkilin ölümünden sonra bir iş görülmesi için vekaletin hukuksal niteliği, kapsamı ve vasiyeti tenfiz memuru ataması ile olan karşılıklı ilişkileri, ölüme bağlı tasarruf şekline tabi olup olmadığı hususu çok tartışılmalıdır. Baskın görüşe göre, müvekkilin ölümünden sonra bir üçüncü kişiye karşılıksız bir kazandırmada bulunmaya yönelik vekaletin, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamaya ilişkin BK m.240/II hükmüne tabi tutulması gerektiği yolundadır. Böylece bu çeşit bir vekaletin asgari olarak ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılması gerekecektir. Öyle ki, üçüncü kişiye yapılacak kazandırmaya ilişkin kayıt, bir sözleşme (vekalet sözlesmesi içinde) yer alsa bile, bu sözleşmesel kayıt tek taraflı bir vasiyete dönüşür (Bkz. Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3. Bası, Ank.1987, sh.655 ve orada anılan: Piotet, Guisan, Tuor, Escher, Kocayusuf paşaoğlu, İmre, Oğuzman, BGE 89 II 87).

*Azınlıkta kalan görüşe göre ise; ölüme bağlı bir kazandırmaya yönelse dahi mandatum post mortem'in ölüme bağlı bir tasarruf şekline tabi bulunmadığından. Örneğin, **Andreas von Tuhr**'a göre; "Murisin ölümünden sonra mümessil tarafından yapılacak faydalandırıcı işlem, ölüme bağlı faydalandırıcı işlem sayılmak gerekir; bununla beraber, bu faydalandırıcı işlemler (ölüme bağlı tasarruflar) için emredilen şekle tabi değildirler" (Tuhr, Andreas von: Borçlar Hukuku'nun Umumi kısmi, C.1-2, çev. Cevat Edege, Ank. 1983, sh. 333. Ayrıca bkz. Tandoğan, sh. 657 ve orada anılan: Esener, Gürsoy ve Rona Serozan: Sağlar arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İst. 1979 sh. 177, 178).*

C) ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME

aa) Genel olarak:

Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan bir kişiye, onun yararına bir edim kararlaştırılmasıdır (bkz. Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İst. 1976, sh. 10).

Üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişiye özgü bir hak tanınmış olur. Üçüncü kişi, yararına kurulan sözleşmeden doğan hakkını derhal, her hangi bir irade açıklamasına, sözleşmeye katılmasına, kabul açıklamasında bulunmasına, hatta bu durumu bilmesine gerek kalmadan kazanır. Alacak doğrudan doğruya üçüncü kişinin (davalının) kişiliğinde doğar. Bu durum Miras Hukuku'nda mirasçıların terekedeki mallar üzerinde doğan tam hakları ve zilyediliklerine benzemekte ise de, davalı murisin halefi (ardılı) sayılmamaktadır (Tuhr, sh.733, Akyol, sh.183).

Üçüncü kişi (davalı), sözleşmeden doğan alacağı muaccel (ivedi) olur olmaz, bunu borçludan (muristen) doğrudan doğruya talep edebilir (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.III, Ank. 1991, sh 333).

bb) ÖLÜME BAĞLI ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME:

Uyuşmazlık konusu olaydaki ayırt edici belirgin özellik, kazandırma lehtarı olarak öngörülmüş üçüncü kişinin (davalının) BK m.111 kuralı anlamında somut ve gerçek bir alacak hakkına kavuşturulması (vekalet sözleşmesinin bir lehdar kaydıyla pekiştirilmesi) isteğinin varlığıdır (Bkz. Uyuşmazlık konusu olayla özdeş bir örnek için: Serozan, sh. 180).

Eğer, miras hukukçularının önderlik ettiği görüş dikkate alınacak olursa, miras bırakanın ölüm sonrası mal varlığı ilişkilerini ancak Miras Hukuku'nun (vasiyetname ile veya miras sözleşmesiyle mirasçı nasbi, vasiyet, külfet, vakıf gibi) geleneksel düzenlemeleri içerisinde yapabileceklerdir. Oysa, ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme aracılığı ile gerçekleştirilen ölüme bağlı kazandırmalar (sağlar arası işlem yoluyla) pekala geçerli sayılabilmelidir.

BK m.111'de üçüncü kişi yararına sözleşmenin tabi olacağı şekil düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte tarafların yapmak istedikleri sözleşme için Kanun herhangi bir şekli öngörmüşse, bunun üçüncü kişi yararına yapılması halinde de aynı şekle uymak gerekir. Temel ilişkisi bir vekâlet olması durumunda da bu çözüm değişecek değildir.

ÖLÜME BAĞLI ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME:

Ölüme bağlı kazandırmayı amaçlayan sağlar arası işlem olup şekle bağlı olmaksızın gerçekleştirilebilmektedir. Zira hukuksal işlemi elden geldiğince kurtarıcı yorum ilkesi ve şekil kurallarının elden geldiğince dar tutulup kıyas yoluyla yaygınlaştırılmaması yolundaki ana kural bu tür yorumu gerektirmektedir. (Serozan, sh.69).

ÖLÜM SONRASINDA ETKİLİ YETKİLENDİRME, ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME İLE BÜTÜNLEŞTİRİLMİŞTİR (Bkz. Serozan, sh. 180). Böylece ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme aracılığı ile gerçekleştirilen ölüme bağlı kazandırmalar korunup geçerli tutulmuştur.

C) DEĞERLENDİRME:

aa) İŞLEMİ GEÇERLİ KILICI YORUM:

Bizatihi ölüme bağlı tasarruf şekline uyulmamış olsa bile tarafların bir sağlar arası işlemi kurmak istediklerini ve böyle bir işlemin ölüme bağlı tasarruf hükümlerine bağlanmasının zorunlu olmadığını gösterebilir. Kuşku durumunda (kazandırıcı işlemin sağlar arası işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu sayılacağı sorunun çözümünde) favor negotii (işlemi kurtarıcı, geçerli kılıcı yorum) ilkesi doğrultusunda, geçersiz bir ölüme bağlı işlem yerine geçerli bir sağlararası işlemin varlığı kabul ed ilmelidir (BGE 99 11 268)

bb) Hukukumuzda terekeyle ilgili tüm işlemlerin özellikle ölüme bağlı kazandırmaların mutlaka miras hukuku ilkelerine göre gerçekleştirilmesi yolunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Zira, pozitif hukukun belirli bir

amaca ulaşmak üzere birden fazla hukuki yolu yurttaşların önüne açtığı olasılıklarda, yurttaşların bu yollardan mutlaka birisini kullanmaları kendilerinden beklenemez. Gerçekten de ölüme bağlı bağışlama hakkında kıyasen ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin uygulanmasını öngören BK m. 240/II kuralını, ölüme bağlı kazandırmayı amaçlayan üçüncü kişi yararına sözleşme dahil ölüm sonrasında etkili vekalet ve temsil yetkisi sağlama işlemleri BK m.240/II açısından değerlendirilemez.

cc) Muris, kazandırılacak değeri (15 bin doları) sağlığında aracı kişiye (Ali'ye) devretmiş; Ali'de (aracı kişi) 15 bin doları kendi malvarlığından davalıya intikal ettirmiştir.

Miras bırakanın terekesinden bir kazandırma söz konusu değildir. Ölüme bağlı üçüncü kişi yararına bir sözleşme gündemdedir. Gerçekten de (ancak) aracısız kazandırmalar, ölüme bağlı bağışlama kavramı ve dolayısıyla BK m.240 kuralı çerçevesi içinde toplanabilecek kazandırmalardır. Bu nedenle aracılı kazandırmalar, ölüme bağlı bağışlama kavramı ve BK m.240 kuralı dışında tutularak, ayrı bir çatı altına sokulmalıdır (Bkz. Serozan, sh. 44.195, 215 ve 216).

dd) Şu varki, münferit kazandırmanın beraberinde getirdiği menfaatler çatışmasında tereke ilgililerin (davacının) çıkarı ile kazandırmada bulunan kişinin (miras bırakanın) çıkarını tutarlı bir biçimde uyumlu bir hale getirmek gerekir. Aynı sonuç, ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme içinde geçerlidir. Burada da hem ölüme bağlı kazandırmanın amacına ulaşmasına yardımcı olmak üzere sağlar arası işlem hükümleri, hem de tereke ilgililerini (davacıyı) bu kazandırma türünün beraberinde getirebileceği sakıncalarına karşı koruyucu Miras Hukuku'nun öncelikler düzeni birlikte uygulanmalıdır. Öyle ki, bir yandan hukuksal işlemin geçerliliğini kurtarırken, öte yandan tereke ilgililerinin (davacının) çıkarlarını da kollayan bir çözüm yolu benimsenmelidir.

Çatışan menfaatleri adaletli ve uyumlu bir biçimde düzenleyen, miras bırakanın son dileklerine uyan ve tereke ilgililerinin çıkarları da gözetip kollanmalıdır.

O halde, saklı paylı mirasçılar yararına kazandırmanın tenkisine öncelikle bu tur kazandırmalardan başlanmalıdır (TMK m.563/570).

Öte yandan, miras bırakanın ivazlı sağlar arası işlem alacaklarının hakkı bu tür kazandırıcı işlem alacaklılarının hakkının önünde yer alacaktır (TMK m.603/1) Önce murisin alacaklıları tatmin edilecek, ancak geriye bir şey kalırsa ölüme bağlı kazandırmalar terekeden yerine getirilecektir.

D) SONUÇ:

Uyuşmazlık konusu sözleşmede davalıya karşı gerçekleştirilen kazandırma, vasiyet benzeri kendine özgü bir kazandırmadır; yoksa

davalının kabulünü gerektiren bir bağışlama değildir. O nedenledir ki işlem şekle bağlı tutulmamıştır.

Bu böyle olmakla birlikte, davacının (murisin) alacaklarının ve saklı paylı mirasçılarının bu ivazsız ve şekilsiz kazandırmanın risklerine karşı maddi açıdan korunmaları gerekmektedir. (KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunstenritter, Dritter, Friborg, 2000, -tez- N.1678 vd; Serozan,Miras Hukuku, İradi Mirasçılık, sh.200). Kaldı ki TMK 567 kuralı da üçüncü kişi yararına ölüme bağlı hayat sigortaları konusunda böylesine uzlaştırıcı bir yaklaşımı seçmiştir.

Mahkemece yukarıdaki ilkeler dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Kabule göre, reddedilen kısım üzerinde davalı yararına vekalet ücreti taktir edilmemesi de usul ve kanuna aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda 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:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429 maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 29.11.2006 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-326 **K:** 2008/325 **T:** 16.04.2008

MADDİ-MANEVİ TAZMİNAT DAVASI • ZAMANAŞIMI SÜRESİ • UZAMIŞ ZAMANAŞIMI

(TCK (765 SK) m.102/4, 103, 104; BK m.41, 60)

Özet: *Zararın veya failin uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenildiği durumlarda; tazminat talebi, öğrenme tarihinden itibaren 2918 Sayılı Kanun'un 109. maddesindeki, iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir, öğrenme tarihinden itibaren yeni bir uzamış (somut olaydaki gibi beş yıllık) zamanaşımı süresi işlemez.*

...ıslah yoluyla artırılan maddi tazminat tutarı yönünden zamanaşımı gerçekleşmiştir.

Taraflar arasındaki "**Maddi ve Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 07.12.2004 gün ve 1999/1045 – 2004/481 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2006 gün ve 2005/10112-2006/12226 sayılı ilamı ile:

("……1-Dosyadaki yazılara, kararındayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davaya konu olay 13.01.1996 tarihinde gerçekleşmiştir. Eldeki dava ise 22.11.1999 gününde açılmış ve 2.000.000.000.-TL. maddi tazminat hüküm altına alınması istenilmiştir. Yargılama sırasında 25.02.2004 tarihli dilekçe ile bilirkişi tarafından bildirilen miktar itibariyle dava konusu 19.485.911.250 TL. olarak ıslah edilmiş ve mahkemece de bu miktara

---

Gönderen: Av. Muzaffer SARI

hükmedilmiştir. Islah her ne kadar önceden açılan bir davadaki isteklerin somut olayda olduğu gibi fazlaını içeren bir talep ise de; daha önce açılan dava ile ıslah edilen bölüm yönünden zamanaşımı kesilmiş olmaz. Davalı, ıslah edilen kısım ile ilgili olarak zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Islah tarihi itibariyle zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu da anlaşılmaktadır. O halde ıslah edilen bölüm yönünden zamanaşımı nedeniyle davanın reddi gerekirken istemin tümünün kabulü doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, yaralanma ile sonuçlanan trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı Muzaffer vekili, 13.01.1996 tarihinde yaya olarak yolun karşısına geçmek isteyen davacıya, davalı Nurettin'in kullandığı aracın çarparak yaralanmasına neden olduğunu, sonuçta davacının S. Devlet Hastanesi'nce düzenlenen 16.09.1999 tarihli rapora göre %51 oranında sakat kaldığını, olayda tüm kusurun davalıda olduğunu, kaza nedeniyle davacının aylarca çalışamadığını, yeşil kart almak zorunda kaldığını, olayın yaralamalı trafik kazası niteliğinde olması nedeniyle beş yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunduğunu ileri sürerek, maddi tazminat miktarı yönünden fazlaya ait talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla, şimdilik iki milyar TL. maddi ve üç milyar TL. manevi tazminat olmak üzere toplam beş milyar TL. tazminatın olay tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş; yargılama sırasında maddi tazminat talebini ıslah yoluyla 19.485.911.250.-TL'ye yükseltmiştir.

Davalılar (Nurettin'in mirasçıları) İkbal ve arkadaşları vekili, kazanın meydana gelmesinden kusurun, trafik ışığı ve trafik polisi bulunmayan bir yerde yolun karşısına geçmeye çalışan davacıda olduğunu, o nedenle tazminat istemeyeceğini, istenilen miktarın da fahiş bulunduğunu cevaben bildirmiş; 03.03.2004 günlü dilekçesinde ise, 2918 S.K.'nın 109. ve TCK'nın 102/4. maddeleri uyarınca olayda beş yıllık uzamış zamanaşımının geçerli bulunduğunu, bu hususun dava dilekçesinde de ifade edildiğini, olayn 13.01.1996 tarihinde meydana geldiğini, aradan yaklaşık sekiz yıllık bir sürenin geçtiğini, bu durum karşısında ıslah dilekçesiyle

talep edilen miktar yönünden zamanaşımı süresinin dolduğunu belirtmiş ve zamanaşımı definde bulunmuştur.

Yerel Mahkeme; Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi uyarınca olayda uzamış ceza zamanaşımının uygulanması gerektiğini, olay tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun102/4. maddesine göre uygulanacak ceza zamanaşımı süresinin beş yıl olduğunu, davacının yarasının süreç içerisinde gelişme gösterdiğini, S. Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu'nun 21.09.1999 tarih ve 1999/549 no'lu raporuna göre maluliyet oranı %51 iken, H. Numune Hastanesi Sağlık Kurulu tarafından düzenlenen 02.02.2000 tarihli raporda maluliyet oranının %56 olarak belirlendiğini, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 18.04.2001 günlü raporunda ise %13 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin açıklandığını, haksız eylemin etkileri devam ettiği sürece zamanaşımından söz edilemeyeceğini, davacının maluliyet oranı ile ararın kapsamını ancak Adli Tıp Kurumu raporu ile öğrenmiş olacağından, zamanaşımının Adli Tıp Kurumu raporunun tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğini, bu durumda ise ıslah ile istenilen tazminat bölümü yönünden zamanaşımı süresinin dolmadığını gerekçe göstererek, kusur oranlarına ve tazminat hesabına ilişkin bilirkişi raporlarını esas almak suretiyle davanın kısmen kabulüne, 19.495.911.250.-TL. maddi, 1.000.000.000.-TL. manevi tazminatın 13.01.1996 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermiş; davalılar vekilinin temyizi üzerine Özel Daire metni yukarıda bulunan ilamla kararı bozmuş; Yerel Mahkeme, gerekçesinini tekrar ederek önceki kararında direnmiştir.

Yargılama sırasında ölen davalı Nurettin yönetimindeki minibüsün, 13.01.1996 günü, yaya olarak yolun karşısına geçmekte olan davacıya çarptığı ve yaralanmasına neden olduğu çekişmesizdir. Görülmekte olan dava 22.11.1999 tarihinde açılmış; dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hak saklı tutulmak suretiyle iki milyar TL. maddi ve beş milyar TL. manevi tazminatın tahsili istenilmiş, tazminat hesabı konusundaki 05.02.2004 tarihli bilirkişi raporunun sunulmasından sonra, davacı vekili 25.02.2004 tarihli ıslah dilekçesiyle maddi tazminat talebini 19.485.911.250.-TL. olarak ıslah etmiş; davalı vekili, ıslah yoluyla talep edilen miktar yönünden, usulune uygun şekilde zamanaşımı definde bulunmuştur.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, ıslah yoluyla talep edilen maddi tazminat bölümü yönünden zamanaşımı gerçekleşmiş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Olaydan sonra davacı hakkında S. Devlet Hastanesi'nce düzenlenen 21.09.1999 gün ve 4664 sayılı sağlık kurulu raporunda, davacının mevcut durumunun iş ve gücüne %51 oranında mani olduğu belirtilmiş; H.

Numune Hastanesi'nce düzenlenen 02.02.2000 gün ve 614/E-38 no'lu (özürlüler için) sağlık kurulu raporunda, sakat işçi olarak çalışabileceği, özür grubuna göre çalışma gücünde %56 oranında kayıp bulunduğu açıklanmıştır. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nca düzenlenen 18.04.2001 gün ve 1769 no'lu raporda ise, davacının %13 oranında meslekte kazanma gücünden kaybetmiş olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

Somut olayda, davacının uğradığı zararın kapsamının Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nca düzenlenen 18.04.2001 tarihli raporuyla belirlendiği ve davacının bu rapor içeriğinin 11.09.2001 günlü oturumda elden yapılan tebliğ üzerine öğrenmiş oldugu davalı tarafında kabulündedir.

Bu noktada, trafik kazalarından doğan maddi zarraların tazmini istemiyle açılan davalarda zamanaşımı konusuna ilişkin olarak, yasal durum ve yerleşik uygulamaya egemen ilkeler hakkında şu genel açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür.

Somut olayda olduğu gibi, trafik kazası sonucunda bir kimsenin yaralanmasına neden olunması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde genel olarak haksız fiil tanımlanmış, 60. maddesinde de, haksız fiilden zarar görenin, bundan kaynaklanan zararının tazmini istemiyle açacağı davanın, zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir ve her halde haksız fiil tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunduğu belirtilmiştir. Buna karşılık, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesinin ilk fıkrasında, yine bir haksız fiil niteliğindeki trafik kazalarından doğan tazminat taleplerinin tabi bulunacağı zamanaşımı süresi yönünden Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki düzenlemeden farklı, özel bir hüküm getirilmiş; anılan hükümdeki bir yıllık zamanaşımı süresi, bu tür tazminat davaları yönünden iki yıl olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, davanın cezayı gerektiren bir eylemden doğması ve Ceza Kanunu'nun bu eylem için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmesi halinde, bu sürenin, maddi tazminat talebiyle açılacak davalar için de geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu'nun 60. ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/2. maddesindeki düzenlemeler, zamanaşımı süresinin başlangıcı yönünden birbirine paraleldir. Aralarındaki tek fark, zamanaşımı süresinin trafik kazalarından doğan tazminat talepleri bakımından bir yıl yerine, iki yıl olarak öngörülmesidir.

2918 Sayılı Kanun'un 109/2 maddesindeki düzenlemenin gözden kaçırılmaması gereken yönü, ceza kanununa öngörülen daha uzun zamanaşımı (uzamış zamanaşımı) süresinin tazminat talebiyle açılacak davalar için de geçerli olabilmesinin, sadece eylemin Ceza Kanunu'na göre

suç sayılması koşuluna bağlanmış bulunmasıdır. Eylemin Ceza Kanunu'nda suç sayılmış olup olmadığı, kural olarak hukuk hakimince belirlenecektir. Söz konusu hüküm, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için, sadece eylemin aynı zamanda br suç oluşturmasını yeterli görmekte; fail hakkında mahkumiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığı, hatta böyle bir ceza davasının açılması ya da zarar görenin o davada tazminat yönünden bir talepte bulunmuş olması koşulu aranmamaktadır. Ceza davasının açıldığı hallerde, sanığın mahkumiyet kararından önce veya sonra ölmüş olması da sonuca etkili değildir. Yine söz konusu hükümde, ceza zamanaşımının uygulanması bakımından, sürücü ve diğer sorumlular (örneğin işleten) arasında bir ayırım da yapılmamış; böylece kuralın bunların tümü için geçerli olduğu öngörülmüştür.

Ceza Kanunu'nda öngörülen daha uzun zamanaşımı (uzamış zamanaşımı) süresi, her halde olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz. Ancak veya onun faili, uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenilmiş ise; davanın öğrenme tarihinden itibaren, 2918 Sayılı Kanun'un 109. maddesindeki iki yıllık süre içerisinde açılması gerekir.

Öte yandan, uzamış zamanaşımı, suç sayılan eylemin failinin, tazminat davasının açılmasından önce veya davanın görülmesi sırasında ölmüş olduğu durumlarda, mirasçıları bakımından da uygulanır.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde:

Görülmekte olan davadaki tazminat isteminin dayandırıldığı eylemin, aynı zamanda olay tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 456. maddesi çerçevesinde müessir fiil suçunu da oluşturduğu; yaralanmanın derecesi ve anılan hükümdeki cezanın tür ve miktarı itibariyle, somut olayda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/2. maddesi uyarınca, tazminat istemi bakımından, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/4. maddesinde öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği açıktır. Esasen, bu konuda Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık da bulunmamaktdır. Uyuşmazlık, söz konusu beş yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağı noktasındadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, uzamış zamanaşımı süresi olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu kurralın dayanağı, somut olay bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesindeki *"Müruruzamanın başlangıcı tamamiyle icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden..... itibar olunur"* hükmüdür. Öte yandan, aynı Kanunun 104. maddesinde zamanaşımının kesildiği haller için salt ceza davaları

yönünden öngörülen *'yarı oranında uzama'* kuralı, hukuk davalarında uygulanamaz.

Açıklanan bu duruma göre;

Görülmekte olan davadaki tazminat isteminin dayandırıldığı trafik kazası 13.01.1996 günü meydana gelmiş; dava 22.11.1999 tarihinde; yani 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/1. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin bitiminden sonra ve ancak aynı maddenin ikinci maddesi uyarınca uygulanması gereken beş yıllık uzamış zamanaşımı süresinin dolmasından önce, dolayısıyla da süresi içerisende açılmıştır.

Eldeki davada, davacının olay nedeniyle uğradığı zararının kapsamını, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun buna ilişkin 18.04.2001 tarihli raporunun tebliğ edildiği 11.09.2001 günlü oturumda öğrenmiş olduğu, taraflar arasında çekişmesizdir. Bu öğrenme tarihi itibariyle, beş yıllık uzamış zamanaşımı süresi dolmuştur.

Yukarıda değinildiği gibi, zararın veya failin uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenildiği durumlarda, tazminat talebi, öğrenme tarihinden itibaren 2918 Sayılı Kanun'un 109. maddesindeki ikiyıllık zamanaşımı süresine tabidir; öğrenme tarihinden itibaren yeni bir uzamış (somut olaydaki gibi beş yıllık) zamanaşımı süresi işlenmez. Buna göre uzamış zamanaşımı süresi içerisinde açılan ve fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulduğu eldeki davada, davacı, maddi tazminat talebini ıslah yoluyla en geç 11.09.2003 tarihine kadar artırabilecekken, ıslah konusundaki dilekçesini zamanaşımı süresinin bitiminden çok sonra 25.02.2004 tarihinde vermiş; davalı taraf da, süresi içerisinde ve usulüne uygun şekilde, ıslahla artırılan tutarla sınırlı olarak zamanaşımı definde bulunmuştur.

Hal böyle olunca, ıslah yoluyla artırılan maddi tazminat tutarı yönünden zamanaşımının gerçekleşmiş olduğunun kabülü ve ıslaha konu talep bölümünün zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.

Yerel Mahkemece, Özel Dairenin aynı gerekçeye dayalı bozma ilamına uyulması gerekirken, olaya ve hukuksal duruma uygun düşmeyen gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 16.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-655 **K:** 2008/664 **T:** 05.11.2008

USUL İŞLEMLERİ • KESİN SÜRENİN KOŞULLARI

Özet: *Kesin süreye ilişkin ara kararında, yapılması gereken işlerin neler olduğunun ve her iş için ne miktar ücret yatırılacağının belirtilmesi, özellikle tanınan sürenin yeterli ve elverişli olması, ayrıca kesin süreye uyulmamasının yaptırımları ayırım yapılmadan açıklanması gereklidir.*

"Bilirkişi ücretinin yatırılması" şeklindeki genel ifadeyle verilmiş olan kesin sürenin usul ve yasaya uygun bir "kesin süre" olduğundan söz edilemez.

Taraflar arasındaki "**Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Pendik Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 25.10.2005 gün ve 2004/119-2005/457 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 08.03.2007 gün ve 2006/4620-2007/2912 sayılı ilamı ile;

"(...Dava, trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, kesin süreye uyulmadığı gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece, tarafların istemi üzerine kusur oranları hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş ve 19.07.2005 günlü oturumda; "...bilirkişi ücretini yatırması için bir ay kesin mehil verilmesine, yapmadığında talebinden sarfınazar etmiş sayılacağının ihtarına (ihtarat yapıldı)..." biçiminde ara kararı verilmiştir.

HUMK'un 163. maddesi hükmüne göre; kesin mehil sebebiyle bir hakkın düşmüş sayılabilmesi icin kesin süreye konu olan işlerin yapılması icin gerekli olan giderlerin ara kararında açıkca belirtilmiş olması, süreye konu işin süre verilen tarafın gücü dahilinde bulunması ve kesin süreye uyulmaması durumunda kesin süre verilen tarafın nasıl bir işlemle karşılaşacağının açık bir şekilde anlatılması gerekir.

Mahkemece, kesin süreye ilişkin verilen ara kararda; bilirkişi ücretinin miktar ve bu ücretin yatırılması için verilen kesin süreye uyulmamasının hukuki sonucları açıkça anlatılmamıştır. Kesin süreye ilişkin ara kararı, HUMK'un 163. maddesine uygun değildir. Şu durumda usul ve yasaya

uygun olmayan kesin süre nedeniyle davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiştir.

Öte yandan dava konusu olay nedeniyle açılan kamu davasında Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesi'nden rapor alınmış olup bu raporda belirlenen kusur oranlarının olayın oluşuna uygun olduğu da anlaşılmıştır. Yukarıda açıklanan nedenle ve ceza dosyasında alınan Adli Tıp Trafik ihtisas Dairesi raporu nazara alınmadan yanılgılı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı vekili; davalılardan Fehmi'nin, diğer davalı Mehmet'e ait otomobil ile seyrederken müvekkiline çarparak yaralanmasına sebebiyet verdiğini ve olayda tüm kusurun dikkatsiz ve aşırı hızlı araç kullanan davalıda olduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 3.000.000.000.-TL. manevi ve 3.000.000.000.-TL. maddi olmak üzere toplam 6.000.000.000.-TL. tazminatın yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili; kaza sebebi ile müvekkillerine atfedilebilecek her hangi bir kusur bulunmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, *"Tarafların kusur oranlarının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmesinden sonra 18.05.2005 tarihli oturumda davacı vekilinden bilirkişi ücretini yatırmasının istenildiği, bilirkişi ücretini yatırmayan davacı vekiline takip eden 19.07.2005 tarihli oturumda bir ay kesin mehil verilmesine rağmen, bu süre içinde de bilirkişi ücretinin karşılanmadığı, dolayısıyla davacı tarafın talebinden vazgeçmiş sayılacağı ve davanın halli için bilirkişi düşüncesine başvurulmasının zaruri olduğu"* gerekçesiyle *"Usul yönünden davanın reddine"* dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş, Yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Bilindiği gibi; bir davada tarafların bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin talebinin mahkemece kabul edilmesi halinde, eş söyleyişle bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmesi durumunda; bu kararında, bilirkişi incelemesi isteyen tarafa, bilirkişi giderlerini, özellikle bilirkişi ücretini mahkeme veznesine yatırması için bir süre verilir. Taraf bu süre içinde bilirkişi giderlerini ödemezse, mahkeme kendisine ikinci bir süre verir ve bu süre kesindir (HUMK m.163 c.4-6); bu kesin süre içinde de

bilirkişi giderlerini ödemezse, bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m.414 c.2). Bu halde, bilirkişi incelemesi yapılmasını isteyen taraf davacı ise, iddiasını ispat edemediğinden, davanın reddi gerekir.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki; bilirkişi incelemesi yapılmasını isteyen tarafın kesin süre icinde bilirkişi giderlerini yatırmamış olması nedeniyle bu talebinden vazgeçmiş sayılabilmesi için, mahkemenin bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin kararında ve ikinci defa süre verirken, bilirkişinin isim olarak belirlenmesi, tebligat masrafının gösterilmesi ve özellikle bilirkişi ücretinin açık bir şekilde belirtilmesi ve tarafa bildirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Salt, bilirkişi giderlerinin yatırılması gibi genel bir ifade ile veya açık olmayan, noksan bir kararla verilen kesin süreye uyulmamış olması, tarafın bilirkişi incelemesi yapılması talebinden vazgeçmiş sayılması için yeterli değildir.

Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.11.1972 gün E: 8/832, K: 935; 26.02.1975 gün E: 1972/l-1273 K: 1975/258; 18.02.1983 gün E:1980/l-1284 K:1983/141; 30.12.1992 gün E:1992/16-666 K:1992/769; 26.12.2001 gün E:2001/2-1112 K:2001/1161; 01.05.2002 gün E:2002/20-393 K:2002/337; 12.06.2002 gün E;2002/2- 473 K:2002/483; 07.05,2003 gün E:2003/ll-319 K:2003/335; 30.04.2008 gün E:2008/12-344 K:2008/337 sayılı ilamlarında, mahkemelerin gerek Maddi Hukuka ve gerekse Usul Hukukuna ilişkin hak düşürücü ara kararlarının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık olması ve sonuçlarının sıfatı ne olursa olsun ilgilisine bildirilmesinin zorunlu olduğu, ilkesi vurgulanmıştır.

Kısaca; Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 414. maddesi uyarınca mahkemece verilen keşif kararında ve bilirkişi dinlenmesinde, bilirkişi ücreti, bilirkişi başka mahkemede dinlenecek ise dosyanın talimat mahalline gidiş geliş ücreti, bilirkişiye tebligat ücreti, bilirkişi dinlenmesi sırasında tarafların hazır bulunması için davetiye giderinin yatırılması için, aynı Kanunun 163. maddesi uyarınca ilgili tarafa kesin süre verilmeli; kesin süreye ilişkin ara kararında, yapılması gereken işlerin neler olduğunun ve her bir iş için ne miktar ücret yatırılacağının belirtilmesi, bilhassa tanınan sürenin yeterli ve elverişli olması, ayrıca kesin süreye uymamanın doğuracağı sonuçların ayrım yapılmadan açıklanması ve tarafların uyarılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olayda; taraf vekillerinin talebi ve bilirkişi de anlaşamadıkları yönündeki beyanları üzerine Yerel Mahkemece, 18.05.2005 tarihli celsede verilen ara kararında aynen, *"160 milyon lira bilirkişi ücreti yatırıldığında re'sen bilirkişi seçilerek kusur konusunda rapor alınmasına" karar verilmiş; takip eden 19.07.2007 tarihli celsede ise, "...bilirkişi ücretini yatırması için 1 ay kesin mehil verilmesine, yapmadığında talebinden sarfınazar etmiş sayılacağının ihtarına (ihtarat yapıldı)"* şeklinde ara kararı oluşturulmuş;

kesin süre gereği bilirkişi ücretinin yatırılmaması, davanın reddi gerekçesi olarak gösterilmiştir. Ne var ki, kesin süreye ilişkin 19.07.2007 tarihli ara kararında; bilirkişi ücretinin açıkça takdir edilmediği, bilirkişiye tebligat ücretinin belirtilmediği ve özellikle tarafların bilirkişi seçiminde anlasamadıklarına dair beyanlan gözardı edilerek bilirkişinin ismen belirlenmediği, tartışmasızdır. 0 halde, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ile yerleşik ilkelere uygun, usulen verilmiş bir kesin sürenin bulunmadığı açıktır. Bu itibarla, *"bilirkişi ücretinin yatırılması"* şeklindeki genel bir ifadeyle ve noksan bir kararla verilen süreye uymayan davacı tarafın, bilirkişi incelemesi yapılması talebinden vazgeçmiş sayılması olanaklı değildir.

Hal böyle olunca; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında ve yukarıda açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, yanılgılı gerekçeyle davanın reddine dair verilen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulu ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcinin geri verilmesine 05.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/3-752 **K:** 2008/741 **T:** 17.12.2008

ÖDEMENİN BAŞKA BİR BORCA YÖNELİK OLDUĞU SAVI • İSPAT KÜLFETİ

Özet: *Ödemenin başka bir borca yönelik olduğu iddiasını davalının ispatlamakla yükümlü olduğu yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.*

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; K... Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 23.06.2006 gün ve 2004/670 E- 2006/345 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2006 gün ve 2006/12442-14000 sayılı ilamı ile;

"(...Davalının dava dışı ortağı Mehmet ile birlikte halı ticareti yaptığını, davacının da davalı taraftan halı alıp buna dair senetleri davalıya verdiğini, davalının da bu senetleri dava dışı ortağı Mehmet'e ciro ettiğini, bu senetler nedeniyle davacının banka havalesiyle toplam 3.480.-TL. para gönderdiğini ancak, verilen senetlerinde aynı alacağa ilişkin olması nedeniyle ödemenin mükerrer hale geldiğini beyan ederek ödenen 3.480.-TL. alacağın yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir,

Davalı savunmasında, davacının halı alışverişi nedeniyle kendisine 7.500-TL. borcunun olduğunu, senetler ciro edilmeden evvel 2.000.-TL'yi ödediğini, kalan borcu içinde davacının verdiği senetleri dava dışı ortağına ciro ettiğini, davacı ile 30.03.2004 tarihinde yaptıkları hesaplaşma sonucunda davacının 3.480.-TL. borcunun kaldığını banka ile gönderilen paraların havale hükmünde olup bunun hangi senet ile ilgili olduğunun gösterilmediğini, bu durum ise davacının dava konusu alacak dışındaki kendisinden satın aldığı halıların bedellerine ilişkin olduğunu gösterdiğini ifade etmiştir.

Mahkemece, davacının iddiasını ispat edemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Somut olayda, taraflar arasında halı alışverişinin yapıldığı konusunda bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, yapılan ödemenin davaya konu edilen halı alımı dışında senede bağlanmayan başka alışverişten kaynaklanan borçtan ötürü yapılmış olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

MK md.6 gereğince "kural olarak herkes, iddiasını ispat etmekle mükelleftir." Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre "ödemenin, başka bir borca yönelik olduğu iddiasını, davalı ispat etmekle mükelleftir".

Bu durumda, davalı taraf savunmasında, davacının ödeme yaptığını, ancak bu ödemelerin dava konusu senetlerin karşılığı yapılan ödeme değil, davacı ile aralarındaki başka ticari ilişkilerden kaynaklanan borcuna karşılık yapılmış ödeme olduğunu iddia ettiğine göre bu iddiasını ispat etmekle mükelleftir.

O halde mahkemece, yukarıdaki ilkeler ışığında, davalının bu iddiasını ispata yönelik yasal delilleri sorulup toplanmalı, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış gerekçeler ile ispat yükü tersine çevrilerek, davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)" gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda 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 göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 17.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/9-586 **K:** 2010/31 **T:** 27.01.2010

TEMYİZ AŞAMASINDA KANIT SUNMA YASAĞINA AYRIK DURUM • BORCU KESİN OLARAK ORTADAN KALDIRAN KANITIN NİTELİĞİ

Özet: *Kural olarak, yargılama aşamasında sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delilin o davaya konu olan borcu kesin olarak ortadan kaldıran bir nitelik taşımasıdır. Borcun ödendiğini gösteren makbuz veya ibraname bu istisnanın tipik örneğidir.*

Temyiz aşamasında ibraz edilen belgede imza bulunmamaktadır. İmzasız olan bu belgenin yukarıda söz edilen istisna kapsamında olduğu kabul edilemez.

Taraflar arasındaki "**İşçi Alacağı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Denizli Kadıköy 1. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 18.12.2006 gün ve 2006/1159 E.-748 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekilince istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 27.06.2008 gün ve '2008/17306 E.-17930 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı 1999, 2000, 2001 yıllarında yapmış olduğu fazla çalışmalarının ödenmediğini belirterek davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, "ibra ve sulh sözleşmesi" başlıklı belge gereğince davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece ibranameye değer verilerek dava reddedilmiştir.

Davalı tarafından sunulan "sulh ve ibra sözleşmesi" başlıklı belgede davacı fazla çalışma ücretlerini aldiğini ve isvereni ibra ettiğini belirtmiştir. Yargılama sırasında da söz konusu belgeye bir itirazi olmamıştır. Mahkemece ibranameye itibar edilerek dava reddedildikten sonra temyiz aşamasında "ibraname ve tesellüm belgesi" başlıklı fazla mesai alacağı yönünden miktar içeren, davacının imzasını taşımayan yeni bir belge sunulmuştur. Mahkemece, bu yeni belgeye karşı davacıdan diyecekleri sorulmalı, belgenin davacı tarafından imzalanıp imzalanmadığı araştırılmalı

Gönderen: Kazım GÜZELGÜN / Kadıköy I. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

sonucuna göre her iki belgede bir değerlendirmeye tabii tutularak karar verilmelidir,...) 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:

Dava, fazla mesai ücret alacağı istemine ilişkindir

Davacı Recai, 1999 yılının Kasım ayında 112 saat, Aralık ayında 100 saat, 2000 yılında ise toplam 783 saat, 2001 yılında da toplam 768 saat, olmak üzere toplam 1763 saat, fazla mesai çalışması yaptığını, fazla mesai alacaklarının ödemediğini belirterek, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla 500.000.000.-TL. (islah talebiyle birlikte 2.785.200.000.-TL.) fazla çalışma ücretinin yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı V. Isı Sanayi Tic. Ltd. Şti. vekili, yazılı savunmada bulunmamış, yargılama aşamasındaki beyanlarında, 01.11,2004 tarihli *"ibrave sulh sözleşmesi"* doğrultusunda davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; dosyaya ibraz edilen *"sulh ve ibra sözleşmesi"* başlıklı belgede, davacının, fazla çalışma ücretlerini, hafta tatili, genel tatil ücretleri aldığını ve işvereni ibra ettiğini beyan ettiği ve bu ibranamedeki imzasını inkar etmediği, ibranın hakkı ortadan kaldıran belge olduğu, gerekçesiyle, ibranameye değer verilerek davanın reddine karar verilmştir.

Özel Dairece, yukarıda belirtilen nedenle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece; önceki gerekçelerle ve ayrıca temyiz aşamasında ibraz edilen ve davacı tarafından imzalanmadığı açık olan ibraname ve tesellüm belgesinin, davacıya imzalanıp imzalanmadığının sorulmasının olmayan imzanın varlığının araştırılması anlamına geleceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir,

Mahkemenin direnmeye ilişkin kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu online gelen uyuşmazlık; davacı tarafından temyiz aşamasında, *"ibraname ve tesellüm belgesi"* başlıklı davacının imzasını taşımayan yeni bir belge ibraz edilmesi karşısında, bu yeni belgeye karşı davacıdan diyeceklerinin sorulmasına ve belgenin davacı tarafından imzalanıp imzalanmadığının araştırılmasına, dolayısıyla yargılama aşamasında ibraz edilen diğer *"ibra ve sulh sözleşmesi"* belgesi ile

birlikte değerlendirmeye tabi tutulmasına gerek olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalardaki incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delilin, o davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olmasıdır. (Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2000 gün ve 2000/11-745 E.-734 K., 28.05.2003 gün ve 2003/13-354 E.-368 K. sayılı Kararları).

İbra sözleşmesi, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği halde özellikle İş Hukuku uygulamasında önemli bir yere sahiptir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay uygulamasında borcu sona erdiren hallerden birisi olarak kabul edilmektedir. İbra, alacak ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldırmaktadır. Tam ibrada borcun tamamı, kısmi ibrada ise borcun ibra edilen kısmı sona ermektedir. Bunun sonucu olarak da, borçlu borcundan kısmen ya da tamamen kurtulmaktadır. (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2008 gün ve 2008/9- 639 E.-653 K. sayılı Kararı)

Öte yandan, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 188. maddesinde, *"Hakimin re'sen nazan dikkate alması kanunen iktiza eden hususlar"* deyimi i!e dava şartlarının kastedildiği ve bu nedenle dava şartlarının mahkemece kendiliğinden gözetileceği hususu öğretide de kabul edilmektedir. (Prof. Dr. Baki Kuru; Hukuk Muhakemeleri Usulu, 2001 Bası, Cilt 2, s.1343. Prof. Dr. Saim Üstündağ; Medeni Yargılama Hukuku Cilt 1-II-İst. 1997 s.28 ve 871). Bu noktada, dava hakkının bir anlamda dava şartı olduğu da dikkate alınmalıdır. Dava hakkının varlığı ya da yokluğunun incelenmesi, doğrudan hakime verilmiş ödevlerden olması karşısında, Yüksek Özel Dairece, önceden ileri sürülmemiş olsa bile temyiz aşamasında dava şartının var olup olmadığını kendiliğinden gözetmesinde bir usuli engel bulunmamaktadır.

Davanın hukuksal niteliği ve somut olayın özelliği gereği davalı, temyiz aşamasında dava konusu borcu söndüren nitelikte bir belge vermişse, bu belge üzerinde gerekli inceleme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla yargılama aşaması, borcu itfa eden belge değerlendirilmeye alınmalıdır. Gerçekten de, yargılamada davayı inkar eden davalının savunması borcun bulunmadığı savunmasını da kapsar. O nedenle, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklama ve iddianın aksine, delillerini ikame etme hakkının ortadan kalktığından söz edilemez. Belirtilen nedenlerle, temyiz aşamasında sunulan ve borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin (HUMK m.202) kabulü zorunludur.

Ne var ki, somut olayda; temyiz aşamasında, davacı tarafından ibraz edilen *"ibraname ve tesellüm belgesi"*, davacının imzasını taşımadığından, borcu söndüren bir belge niteliğinde değildir. Diğer yandan anılan belge, davacının el yazısı ile yazılmış bir belge olmadığından, yazılı delil başlangıcı kabul etme imkanı da bulunmamaktadır.

O halde, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **ONANMASINA**, 27.01.2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/17-21 **K:** 2009/55 **T:** 04.02.2009

KARAR DÜZELTME TALEPLERİ • KARAR DÜZELTMEDE UYGULANACAK HÜKÜMLER

(İİK m.277)

Özet: *İstisnalar dışında Sulh Mahkemesi kararlarına, miktar veya değeri bakımından 2006 yılında 6.580,00.-TL, 2007 yılında 7.090,00.-TL, 2008 yılında 7.600,00.-TL, 2009 yılında 8.510,00.-TL'den az olan davalarda verilen kararlara, usule ilişkin nihai kararlara, yetkisizlik kararlarına, hakimin reddinden doğan kararlara, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlara, karşılık davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlara, davaların birleştirilmesine ilişkin kararlara, hakemlerin verdiği kararlara ilişkin kararlara ve İş Mahkemesi kararlarına karşı karar düzeltme istenemez.*

Taraflar arasındaki davadan dolayı, "**bozma üzerine direnme**" yoluyla Gaziantep 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın açılmamış sayılmasına dair verilen 28.05.2008 gün ve 2008/216 E. - 272 K. sayılı Kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 24.09.2008 gün ve 2008/17-588 Esas, 2008/573 Karar sayılı ilamın, karar düzeltilmesi yoluyla incelenmesi davalı Muharrem vekili tarafından verilen

dilekçe ile istenilmiş olmakla; Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, İcra İflas Kanunu'nun 277. ve devamı maddelerince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Yerel mahkemenin, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 409/son maddesi gereğince davanın açılmamış sayılmasına dair verdiği karar, Özel Dairece; HUMK'un 409/son maddesinde öngörülen; *"dava, ilk yenilemeden sonra, bir defadan fazla takipsiz bırakılamaz."* koşulunun gerçekleşmediği gerekçesiyle bozulmuş, Mahkemenin direnme kararı, Hukuk Genel Kurulu'nca; Özel Daire bozma ilamı doğrultusunda oybirliği ile bozmuştur.

Burada Yargıtay'ca verilen hangi kararlar aleyhine karar düzeltme yoluna gidilemeyeceğinin açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Şöyle ki,

1086 sayılı Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 440/III-3. maddesi gereğince;

1- Sulh Mahkemesi Kararları hakkındaki Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Ancak (istisnaları);

a) Mirascılık belgesi verilmesi hakkındaki isteklerle bu belgenin değiştirilmesi veya iptali davaları hakkındaki Sulh Hukuk Mahkemesi kararlan hakkındaki Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilebilir (Md.440/III-l).

b) Kira sözleşmesi ile ilgili,

aa- Kira sözleşmesine dayanan tahliye (ve akdin feshi) davalarına ilişkin olmak üzere Sulh Hukuk Mahkemesi kararları hakkındaki Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilebilir (yalnız bunun için gayrimenkulün bir yıllık kira bedeli toplamının karar düzeltme sınırından az olmaması gerekir (Md.440/III-2).

bb- Tahliye veya kira akdinin feshi davaları ile birlikte açılmış kira alacağı veya tazminat davalarına ilişkin olmak üzere Sulh Hukuk Mahkemesi kararları hakkındaki Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilebilir (yalnız bunun için istenen kira alacağının veya tazminat tutarının karar düzeltme sınırından az olmaması gerekir) (Md.440/111-2).

ec- Tahliye veya kira akdinin feshi davalarına veya bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı veya tazminat davalarına karşılık olarak açılan karşılık davalara ilişkin olmak üzere Sulh Hukuk Mahkemesi kararları hakkındaki Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilebilir (yalnız bunun için karşılık davanın miktar veya değerinin karar düzeltme sınırından az olmaması gerekir) (Md.440/III-2).

c) Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan davalarda Sulh Hukuk Mahkemesi kararları hakkındaki Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme

yoluna gidilebilir (yalnız bunun için davanın miktar veya değerinin karar düzeltme sınırından az olmaması gerekir) (Md.440/III-2).

2- Miktar veya değeri altı milyar lira (2006 yılında 6.580,00.-TL; 2007 yılında 7.090,00.-TL; 2008 yılında 7.600,00.-TL; 2009 yılında 8.510,00.-TL.)'den (m.427, V) az olan davalara ait hükümlerin onanması veya bozulmasına ilişkin Yargıtay Kararları hakkında karar düzeltme yoluna gidilemez (Md.440/111-1).

3- Usule ilişkin nihai kararlar hakkındaki Yargıtay Kararları için karar düzeltme istenemez;

a) Görevsizlik kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez (Md.440/111-3).

b) Yetkisizlik kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez (Md.440/III-3).

c) Hakimin reddi hakkındaki merci kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez (Md.440/III-3).

d) Davanın açılmamış sayılması kararlarının (Md.l93/IV; md.194; md.409/V) temyizi üzerine verilen Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez (Md.440/III-3).

e) Karşılık davanın açılmamış sayılması kararının temyizi üzerine verilen Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez (md.440/III-3).

f) Başka mahkemelerde açılmış olan davaların birleştirilmesi kararının temyizi üzerine verilen Yargıtay Kararına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez (Md.440/III-3).

g) Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin yargı yeri belirlemesine (merci tayinine) ilişkin kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez (Md.440/III-3).

4- Hakemlerin verdikleri hükümlerin ve HUMK'un tahkim hükümlerine göre mahkemece verilecek kararların (örneğin md.519) onanmasına veya bozulmasına ilişkin Yargıtay Kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez.

5- İş Mahkemesi Kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay Kararlanna karşı karar düzeltme istenemez (İş Mahkemeleri Kanunu md.8/III). (Prof. Dr. Baki Kuru; Hukuk Muhakemeleri Usulü; Baskı; 2001, cilt; 5, sayfa; 4851 vd.)

Bu durum karşısında, HUMK'un 440/III-3. maddesi uyarınca, Hukuk Genel Kurulu'nun davanın açılmamış sayılmasına ilişkin bozma kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz. O nedenle karar düzeltme istemine ilişkin dilekçenin reddine karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı Muharrem vekilinin karar düzeltme istemine ilişkin dilekçenin **REDDİNE**, istek halinde karar düzeltme harcının iadesine, 04.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/8-59 **K:** 2009/106 **T:** 04.03.2009

TAPU İPTALİ • DAVADA HUSUMET • İDARİ İŞLEME DAYANAN KANIT • İZLENECEK YOL

Özet: *Taşınmaz mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıktan doğan davaya Adli Yargı yerinde bakılacaktır.*

Tapu iptali ve tescili davası kayıt malikine karşı açılır. Kayıtla ilgisi olmayanın bu davayla ilgisi yoktur.

İptali istenen imar çapının dayanağı olan idari işlem ayakta olduğuna ve İdari Yargıda iptal davası açılmadığına göre, Adli Yargıda açılan iptal davasının reddedilmesi gerekecektir.

Taraflar arasındaki "**Tapu İptal ve Tescil**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gaziosmanpaşa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 26.7.2005 gün ve 227-510 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2007 gün ve 3127-3552 sayılı ilamı ile;

(... Davacılar vekili, mülkiyeti vekil edenlerine ait taşınmazların imar uygulanması sonucu 4552 ada 4 parsel numarasıyla davalılar adına Tapuya tescil edildiğini açıklayarak tapu kaydının iptali ile vekil edenleri adına Tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Belediye vekili, dava konusu parselin oluşumuna esas olan idari işlem iptal edilmeden iptal ve tescile karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı gerçek kişiler yargılama oturumlarına katılmamışlardır.

Gönderen: Mustafa AY / Gaziosmanpaşa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Mahkemece, uyuşmazlığa bakmanın idari yargının görevine girmesi nedeniyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

10.03.1999 tarihinde imar uygulaması sonucu oluşan 4552 ada 4. parselin öncesi 945, 952 ve 961. parsellerdir. 945. parsel dayanak kayıtlara göre 20.06.1995 tarihinde Hasan, 952 parsel 08.01.1985 tarihinde Agop adına, 961. parsel 18.01.1985 tarihinde Nevzat adına tespit ve tescil edilmiş, tapudaki temlikler ve el değiştirmeleri sonucu 10.03.1999 tarihinde davalı gerçek kişiler adma, Tapuya tescil edilmiştir. Davalı Boğazköy Belediyesi'nin kayıtla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Dava tapu iptali ve tescil isteğine ilişkin olmakla davanın kayıt maliki veya maliklerine yöneltilmesi yeterli olup, ayrıca somut olayda olduğu gibi Belediyenin dava edilmesine gerek bulunmamaktadır. Belediye hakkındaki davanın husumet yokluğu sebebiyle reddine karar verilmesi gerekirken bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş ise de, görev yönünden redde ilişkin hüküm davalı Belediye yönünden sonucu itibariyle doğru görülmüştür.

İşin esasına gelince; az önce de açıklandığı üzere dava konusu parselin son tapu kaydı imar uygulaması sonucu oluşturulmuştur. İmar uygulamasına ilişkin işlemler idari nitelikte olup, idari yargı yerince iptal edilmedikçe davaya bakılması mümkün değil ise de, görülmekte olan dava mülkiyet uyuşmazlığına ilişkin bulunmaktadır. Dairemizin son yıllardaki uygulamalarına göre mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda imar uygulaması iptal ettirilmeden davanın yürütülüp sonuçlandırılması mümkündür. Kaldı ki, imar uygulamasının iptali için davacılara süre ve imkan tanınmadan davanın görev yönünden reddine karar verilmiş olması da doğru değildir. Bu durumda yapılacak iş, idari işlemin iptali için davacılara süre ve imkan tanınması, açılacak davanın sonucunun beklenmesi, ondan sonra uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmesi gerekirken, davacılara bu imkan tanınmadan davanın görev yönünden reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Davacılar, davalı Boğazköy Belediye Başkanlığı tarafından yapılan imar uygulaması sonucu davalılar adına oluşan dava konusu 4552 ada, 4 parsel

sayılı taşınmazın, gerçekte kendilerine ait olduğunu, davalıların edinimlerinin yolsuz ve hukuka aykırı bulunduğunu ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile adlarına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

Davalı Belediye, imar işlemine karşı idari yargı yerinde dava açılması gerektiğini bildirerek, davanın reddini savunmuş; diğer davalılar esas hakkında beyanda bulunmamışlardır.

Dosyada bulunan çap kaydı ve imar belgelerinin incelenmesinde; dava konusu 4552 ada, 4 parsel sayılı taşınmazın Boğazköy Belediyesi'nin 12.10.1998 tarih ve 174 sayılı Encümen kararı ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yapılan imar şuyuulandırması sonucu oluştuğu anlaşılmaktadır.

Davacı imar işlemine konu Encümen kararının iptalini ve idari işlemin ortadan kaldırılmasını istemediğine, tapu iptal ve tescil isteğinde bulunduğuna göre, ortada mülkiyet uyuşmazlığı söz konusu olduğundan, uyuşmazlığın İdari Yargı yerinde değil Adli Yargı yerinde görülmesi zorunludur. Yerel mahkemenin uyuşmazlığın İdari Yargı yerinde görülmesi gerektiğine ilişkin gerekçesi yerinde değildir.

Bilindiği üzere, tapu iptal ve tescil davaları kayıt maliklerine karşı açılır. O halde davalı Belediyenin kayıtla bir ilgisi olmadığına göre davada Belediyeye husumet yöneltilemez.

İptali istenen imar çapının dayanağı olan idari işlem ayakta olduğuna, idari yargı yerinde iptal edilmediğine göre, eldeki davanın dinlenme olanağı da bulunmamaktadır. Yerel mahkemece bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmelidir.

Bu nedenle sonucu itibariyle doğru olan yerel mahkemenin direnme kararı usul ve yasaya uygun olduğundan onanmalıdır.

SONUÇ: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan, başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 04.03.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/4-77 **K:** 2009/114 **T:** 11.03.2009

İNTİHAL (BİLİM HIRSIZLIĞI) • UYGULANACAK KURALLAR

*(*HUMK m.429*)*

Özet: *Yabancı bilimsel makalelerden alıntı yapan ve eski yayınları isim değiştirerek yayınlayan ve bu eylemlerinin doğru olduğu saptanan davacının haksız yere suçlandığı savıyla açtığı manevi tazminat davası tümden reddedilmelidir.*

Taraflar arasındaki "**Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kayseri 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 21.07.2005 gün ve 2005/15 E. 581 K. sayılı kararın incelenmesi, davacı ve davalılardan A.Ç. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 10.05.2007 gün ve 6545-6127 sayılı ilamı ile;

(...Dava, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, davalı A.Ç'nin diğer davalı A. Ajansı ile işbirliği yaparak ulusal basın ve yayın kuruluşlarına taşıdığı iddiası ile davacıyı "bilimsel hırsızlık" yapmakla suçladığını belirtmiştir.

Davalı A.Ç'nin iddialarının doğru olduğunu savunmuştur.

Diğer davalı A. Ajansı davalı A.Ç'nin iddialarının aynen yansıtıldığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davalı A. Ajansı hakkındaki davanın husumetten reddine, diğer davalı hakkındaki davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Hüküm davacı ve davalı A.Ç. tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyada bulunan 02.12.2003 tarihli gazete haberleri incelendiğinde, davalının davacının da içinde bulunduğu bir kişinin bilim adamlarını yabancı bazı bilimsel makalelerden alıntı yapmak, yayın çoğaltmak amacıyla birbirlerinin çalışmalarına isim koymak ve eski yayınları isim değiştirerek yayınlamakla suçladığı görülmektedir.

Dosya içinde yer alan ve Erciyes Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi tarafından oluşturulan komisyonca düzenlenen 03.6.2002 tarihli soruşturma raporu ile yine aynı Dekanlıkça oluşturulan başka bir komisyonca düzenlenen 12.01.2005 tarihli soruşturma raporu dikkate alındığında, davalının davacı hakkındaki iddialarının tamamen gerçek dışı olmayıp

kısmen doğru olduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda davanın tümden reddi gerekirken kısmen kabul edilmiş olması bozma nedenidir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılardan A.Ç. 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, davalı A. Ajansı A.Ş. yönünden verilen hüküm temyiz edilmemekle kesinleşmiş bulunmasına, dosyadakı tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.2002 gün ve 2002/4-410 esas, 2002/358 karar sayılı ilamında da aynı ilkenin kabul edilmiş olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalılardan A.Ç. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 11.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-558 **K:** 2008/547 **T:** 17.09.2009

HAKSIZ FİİLDE ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICI • FAİLİ VE ZARARI ÖĞRENME KOŞULU

Özet: *Haksız fiillerde zamanaşımı süresinin başlaması için zarar görenin hem zararı, hem de failini öğrenmesi gerekir. Bunlardan sadece birinin öğrenilmesi zamanaşımı süresinin işlemesi için yeterli değildir.*

Somut olayda haksız fiilden doğan zarar için açılan dava husumet nedeniyle reddedilmiş ve bu ret kararıyla haksız fiil failinin kim olduğu belirlenmiştir. O halde ret kararının tebliği tarihi failin kim olduğunun öğrenildiği tarihtir. Bu tarihten itibaren zamanaşımı işletilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Maddi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 09.11.2005 gün ve 2005/143E-344K sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 02.04.2007 gün ve 2006/6189E-2007/4346K sayılı ilamı ile;

(.....1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere göre davacının, davalılardan A.....G....'e yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının, diğer davalı şirkete yönelik temyiz itirazlarına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı gerçek kişi hakkındaki davanın kesin hüküm nedeniyle, davalı şirkete yönelik davanın ise zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalı tarafça yapılan harfiyat çalışması sırasında zarar gören evi ve eşyaları nedeniyle tazminat isteminde bulunmuştur. Mahkemece, zarar tespitinin 09.04.2001 gününde yapıldığı; davanın ise 10.05.2002 tarihinde açıldığı ve yasada ön görülen bir yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle yazılı biçimde karar verilmiştir. Zamanaşımının başlangıcı bakımından, failin ve zararın öğrenildiği tarih esas alınmalıdır. Davacı, 09.04.2001 gününde yapılan tespit sonrasında düzenlenen 14.05.2001 tarihli bilirkişi raporunun 28.05.2001 gününde tebliği ile zararı öğrenmiştir. Şu durumda, BK.'nın 60/1. maddesinde düzenlenen

zamanaşımı süresi dolmadan 10.05.2002 günü eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, davalı şirkete yönelik davanın esasının çözümlenmesi gerekir. Karar, açıklanan nedenle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmş.....) 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 düşünüldü:

Dava; Haksız eylem nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı N. dava dilekçesinde; Davalı A'nn komşu 9 no'lu parsel üzerinde gerekli önlemleri almadan hafriyat çalışmasına başlaması nedeniyle kendisine ait taşınmaz üzerinde bulunan ev ve müştemilatının yıkıldığını, 09.04.2001 tarihinde mahkemeye yaptırdığı tespit sonucu ibraz edilen bilirkişi raporunun kendisine 28.05.2001 tarihinde tebliğ edildiğini, bilirkişi raporu ile 8.160.000.-TL. zarar meydana geldiğinin belirlendiğini, eldeki davadan önce, davalı A. aleyhine aynı konuda Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2001/491 E. sayılı dava açtığını, anılan mahkemece, zararın davalı A. tarafından değil, komşu parsel malikleri ile kat karşılığı inşaat sözleşmesini imzalayan G. Turizm Limited Şirketi tarafından verildiği gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddedildiğini, kararın temyiz ve karar düzeltme aşamasından geçerek 02.12.2002 tarihinde kesinleştiğini, eldeki davada; 8.160.000.-TL. zararın 09.04.2001 tarihinden itibaren yasal faiziyle davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar A. ve G. Turizm Limited Şirketi vekili cevap dilekçesinde; A. yönünden davanın kesin hüküm nedeniyle reddi gerektiğini, davalı şirket yönünden ise, 15.02.2001 tarihinde yapılan hafriyat nedeniyle meydana gelen zararın tespitinin 09.04.2001 tarihinde yapıldığını, bu durumda davacının haksız fiili öğrenme tarihinin 15.02.2001 olduğunu, davanın ise 10.05.2002 tarihinde 1 (bir) yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra açıldığını ileri sürerek davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesini cevaben istemiştir.

Mahkemece, davalı A. aleyhine açılan davanın kesin hüküm sebebiyle reddine, davalı şirket yönünden ise; davacı Mahkemedan 09.04.2004 tarihinde tespit talebinde bulunduğundan, en geç bu tarihte fiili ve faili öğrenmiş olduğu kabul edilerek; davanın, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen 1 (bir) yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra

10.05.2002 tarihinde açıldığı belirtilerek zamanaşımı sebebiyle reddine karar verilmiştir.

Özel Dairece, yukarıda belirtilen gerekçe ile karar bozulmuş, yerel mahkemece ilk hükümde direnilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun zamanaşımını düzenleyen 60. maddesinde; *"Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, matazarrır olan tarafın zarara ve failine ıttılaı tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz. Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucubince müddeti daha uzun ve müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur"* hükmü yer almaktadır.

Anılan maddede haksız fiillerle ilgili üç tür zamanaşımı öngörülmektedir. Bunlar, bir yıllık kısa zamanaşımı; on yıllık uzun zamanaşımı ile olağanüstü nitelikteki ceza zamanaşımıdır.

Haksız fiil nedeniyle tazminat alacakları bir yıllık kısa zamanaşımına tabi tutulmuş olup, bu süre *"mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ıttıla tarihinden itibaren"* işlemeye başlayacaktır.

Zamanaşımı süresinin başlaması için zarar görenin hem zararı, hem de failini öğrenmesi gerekmektedir. Bunlardan sadece birinin öğrenilmesi kısa zamanaşımı süresinin işlemesi için yeterli değildir.

Gerek uygulamada gerekse bilimsel görüşlerde de bir senelik zamanaşımının zarara ve faile ıttıladan itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 gün ve 2003/4-603 E. - 594 K.; 16.02.2005 gün ve 2004/4-764 E. – 2005/75 K.; 12.07.2006 gün ve 2006/4518 E. – 526 K. sayılı kararları, Tazminat Hukuku, Mustafa Reşit Karahasan, Cilt: 2, Sayfa:457-467; Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, Çeviren: Cevdet Edege, Cilt: 1-2 Sayfa: 697).

Somut olayda, davacı 09.04.2001 günü tespit talebinde bulunduğu sırada zararı öğrenmişve önce davalı A. aleyhine 04.07.2001 tarihinde dava açmıştır. Ancak Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi 05.12.2001 gün ve 2001/491 E. – 962 K. sayılı kararı ile; harfiyatı A.'nın değil G. Turizm Limited Şirketi'nin yaptığı gerekçesiyle dava husumet nedeniyle reddedilmiştir. Davacı gerçek faili, anılan red kararının kendisine tebliğ edildiği 07.03.2002 tarihinde öğrenmiştir. Eldeki bu dava ise bir sene geçmeden 10.05.2002 tarihinde açılmıştır.

Davalılar, davacının gerçek faili daha önce öğrendiğini yeterli delillerle kanıtlayamamışlardır. Aksine davacı tanıkların inşaatın önündeki levhada şirket adının yazmadığını söylemişlerdir. O halde dava süresinde açılmıştır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen ndenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 17.09.2008 gününde, oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/9-397 **K:** 2009/453 **T:** 21.10.2009

FAİLİN TEMMERRÜT TARİHİNDEN BAŞLAMASI • GEREKÇELİ KARARLA KISA KARAR ARASINDAKİ ÇELİŞKİ

(HUMK m. 381, 388, 389; AY 141/3)

Özet: *Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kısa ve gerekçeli kararların hüküm fıkralarının açık anlaşılır çelişkisiz uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar karar o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini kurulan hükmün hangi nedenlerle ve hukuksal düzenlemelerle dayandırıldığını ortaya koyarak; kısaca maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir.*

Taraflar arasındaki "**İşçilik Alacakları**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 4. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 05.06.2007 gün ve 2006/293 Esas, 2007/399 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11.11.2008 gün ve 2007/30206 Esas, 2008/30705 karar sayılı ilamı ile,

(…davacı işçinin çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Fazla çalışma ücreti niteliğinde olup 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesine göre gününde ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

İş verenin dava tarihinden önce temerrüde düşürülmesi durumunda istekle bağlı olarak temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir. Bunun

dışında dava ve ıslah/ek dava tarihinden itibaren talep edilen miktarlarla sınırlı olarak faize karar verilmelidir.

Somut olay yönünden davacı 24.11.2005 tarihli dilekçesi ile davalı işverenden çalışma süresinde hak ettiği fazla çalışma ücretinin hesaplanarak ödenmesini talep etmiş davalı işverenlikçe dilekçenin 25.11.2005 tarihli havale ile işleme konulduğu anlaşılmaktadır. Fazla çalışma alacağı yönünden davalı işveren dava tarihinden önce temerrüde düşürülmüştür. Talep doğrultusunda temerrüt tarihinden itibaren faize karar verilmemiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir), gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda diren ilmiştir.

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:

Dava, fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacı yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; bu davacı vekilinin temyizi üzerine karar, başlık bölümüne aynen alınan bozma ilamında açıklanan nedenlerle davacı yararına bozulmuştur.

Bozma üzerine yeniden yapılan yargılama sırasında davalı vekili önceki kararla diren ilmesini; davacı vekil ise bozmaya uyulmasını istemişlerdir.

Yargılamanın 24.03.2009 tarihli son oturumunda mahkemece bozma ilamına uyulup uyulmaması yönünden kısa kararda aynen;

"Davanın bilirkişi raporunda yapılan hesaba göre fazla mesai alacağı yönünden taktiren % 30 indirim yapılarak kabulüne, dava tarihinden ve ıslah tarihinden itibaren en yüksek banka mevduat faizi yürütülmesine"

Gerekçeli direnme kararının hüküm fıkrasında ise aynen;

"Davanın kısmen kabulüyle,

2.189.76.- TL. fazla mesai ücreti alacağı ile 194.15.- TL. hafta tatili ücreti alacaklarının toplamı olan 2.189.91.-TL. alacağın dava tarihi olan 24.04.2006 tarihinden itibaren işleyecek en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Fazlaya ilişkin isteğin reddine..."

Şeklinde hüküm oluşturulmuş; dolayısıyla, bu hüküm ile kısa karar arasında çelişki yaratılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nda işin esasının incelenmesine geçilmeden önce, yukarıda aynen içeriklerine yer verilen önceki kararda direnilmesine ilişkin mahkemece oluşturulan kısa ve gerekçeli kararların usulüne uygun olup olmadığı; kendi aralarında çelişki içerip içermedikleri; usulü sorunlar olarak öncelikle incelenip değerlendirilmiştir.

Durum bu olunca konuya ilişkin şu genel açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür:

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Aynı kural HUMK'un 389. maddesinde tekrarlanmış; keza yine aynı Kanunun 381. maddesinde *"kararın tefhimi en az 389. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur"* hükmüne yer verilmiştir.

Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinde davalar doğar. Hükmün hedefine ulaşmasını engeller, Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden ona atıf suretiyle hüküm tesisi yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği gibi bozma kararı karşısında uyulup uyulmama yönünden varılacak sonucun ortaya konulması dolayısıyla direnme ve uymaya yönelik hüküm fıkralarının da aynı unsurları taşıması gerektiği aşikardır.

Diğer taraftan, yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kısa ve gerekçeli kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlerle ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir.

Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenice hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetiminin yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması, zorunludur.

Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3. maddesi ve ona koşut bir düzen-

leme içeren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesi, işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.

Öte yandan, mahkeme kararlarının taraflar, bazen de ilgili olabilecekleri başka hukuki ihtilaflar yönünden etkili ve bağlayıcı kabul edilebilmeleri, bu kararların yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle ve kısa karar ile gerekçeli karar arasında tereddüte yol açacak çelişkiler taşımaması ile mümkündür.

Önemle vurgulanmalıdır ki, direnme kararlarının hukuksal niteliklerinin doğal sonucu ve gereği olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yapacağı inceleme ve değerlendirme sırasında gözeteceği temel unsurlardan birini, bozmaya karşı tarafların beyanlarının tespiti ile uyulup uygulamama konusunda verilen ara kararları ile sonuçta hüküm fıkrasını içeren kısa ve gerekçeli kararların birbiriyle tam uyumu ve buna bağlı olar akta kararın ortaya konulan sonucuna uygun gerekçesi oluşturmaktadır. Bunlardan birisine ortaya çıkacak farklılık ya da aksama çelişki doğuracaktır ki bunun açıkça usul ve yasaya aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur.

Başka bir ifadeyle, mahkemece düzenlenecek kısa ve gerekçeli kararlara ilişkin hüküm fıkralarında, Özel Daire bozma ilamına hangi açılardan uyulup hangi açılardan uyulmadığının hüküm fıkrasını oluşturacak kalemler yönünden tek tek ve anlaşılır biçimde kaleme alınması, varsa hükmedilen miktarların doğru ve çelişki oluşturmayacak biçimde ortaya konulması; kararın gerekçe bölümünde de bunların nedenlerinin ne olduğu ve bozmanın niçin yerinde bulunmadığı ve dolayısıyla mahkemenin bozulan önceki kararının hangi yönleriyle hukuka uygun olduğunun açıklanması, kararın yargısal denetimi açısından aranan ön koşullardır.

Nihayet, direnme kararları, yapılan gereği, Yasa'nın hukuka uygunluk denetimi yapmakla görevli kıldığı bir Yargıtay dairesinin bu denetimi sonucunda hukuka aykırı bularak, gerekçesini açıklamak suretiyle bozduğu bir yerel mahkeme kararının aslında hukuka uygun bulunduğuna, dolayısıyla bozmanın yerinde olmadığına ilişkin iddiaları içerdiklerinden, o iddiayı yasal ve mantıksal gerekçeleriyle birlikte ortaya koymak zorunda olduğu gibi, dilenilen ve uyulan kısımlarlıda kalem kalem net ve birbirine uygun bir biçimde içermelidir.

Nitekim, aynı ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.03.2008 gün ve 2008/15-278 E. 2008/254 sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında:

Mahkemece yukarıya aynen alınan kısa kararda hüküm altına alınan kısım bilirkişi raporuna atıf yapılarak dava ve ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesine hükmedilirken direnmeye ilişkin gerekçeli kararda ise hüküm altına alınan miktarlar açık ve net olarak gösterilip dava tarihinden

itibaren faiz yürütülmesine karar verilerek birbiriyle çelişik kararlar verildiği anlaşılmaktadır. Aslolan kısa karar ve burada ortaya konulan hüküm fıkrası olduğu gibi, direnme kararının kapsamını belirleyen kısa kararının da yasanın amacı doğrultusunda çelişki ve tereddüde meydan vermeyecek şekilde açık ve anlaşılır olması dolayısıyla da gerekçeli karara etkisi gözardı edilmemeli; bu kararlar birbiriyle çelişik olmamalıdır. Mahkemenin, çelişki içeren ve bununla olduğu kadar birbiriyle de uyum içinde olmayan kısa ve gerekçeli hüküm fıkraları, usul ve yasaya uygun bulunmamıştır.

Yerel mahkeme kararının işin esasına yönelik temyiz itirazları incelenmeksizin salt bu usulü eksikliğe dayalı olarak bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davacının işin esasına yönelik temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 21.10.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2009/4-471 **K:** 2009/578 **T:** 23.12.2009

İNSAN SAĞLIĞI • DEVLETİN TEMEL GÖREVİ • SAĞLIK HARCAMALARI • ACİL DURUMLAR • HAZİNE ZARARI • PERSONELİN SORUMLULUĞU

Özet: *Sağlık hakkı temel bir insan hakkı olup, sağlık hizmetlerinin devlet tarafından sunulması sosyal devlet ilkesinin gereğidir. Bu nedenle özellikle insan yaşamının söz konusu olduğu acil durumlarda sağlık hizmetlerinden yararlanılmasının bir takım yasal prosedürlere bağlanması doğru değildir.*

Somut olayda hastane personeli ile tıbbi malzeme temin eden firma arasında acil durumdan dolayı malzeme alımı konusunda sözlü bir sözleşme yapıldığı, hastanenin itirazının olmaması ve alınan malzemenin kullanılması sebebiyle yapılan sözlü sözleşmenin geçerlilik kazandığı anlaşıldığından, hastane personelinin usulsüz işlem yaparak hastanenin (Hazinenin) zararına sebebiyet verdiği düşünülemez.

Taraflar arasındaki "**Rücuan Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 03.12.2007 gün ve 393-736 sayılı kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 10.11.2008 gün ve 3365-13745 sayılı ilamı ile;

"(....dava, kurum zararının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece istemin reddine karar verilmiştir. Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Davacı Hazine, davalıların görev yaptığı hastanede bir hastanın ameliyatında kullanılmak üzere, malzeme alım sözleşmesi biten firmadan malzeme almaları sonucu, firmanın açtığı dava neticesi hazinenin yargılama gideri ödemesine neden olduklarını iddia ederek zararın tahsilini istemiştir.

Davalılar, davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Gönderen: Av. Hulki ÖZEL / Mersin Barosu Başkanı

Mahkemece, davacının takip aşamasında borcu kabul ederek yargılama giderlerine engel olabilecekken borcu inkar ettiği, davalıların borcun ödenmemesi nedeniyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmalarının yasal olamayacağı gerekçeleriyle istemin tümden reddine karar verilmiştir.

Davalılar malzemenin alındığı hastanede görev yapan personeldir. Davalıların imzasının yer aldığı sevk irsaliyesiyle dava dışı firmadan malzeme alınıp kullanılmıştır. Adı geçen firma ile malzeme alım sözleşmesi 31.12.2002 tarihinde sona ermişken fatura tarihi 08.01.2003 tarihidir. Dava dışı firma faturadan kaynaklanan alacağının tahsili istemi ile icra takibi başlatmış ve itiraz üzerine açılan itirazın iptali davası sonucu davanın kısmen kabulüne yönelik verilen karar onanarak kesinleşmiştir. Davacı hazine asıl alacak, faiz ve bir kısım yargılama giderlerini icra dosyasına ödemiştir. Olay sonucu düzenlenen soruşturma raporunda, firma ile hastane arasında yapılan malzeme alım sözleşmesinin 31.12.2002'de sona erdiğinin bilinmesine rağmen firmaya 06.01.2003'de sipariş verilerek alınan malzeme nedeniyle sevk irsaliyesinde imzası bulunan davalıların sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Aksi iddia edilmeyen soruşturma raporunda açıklandığı gibi kamuda hizmet veren personelin her ihtiyaç duyduğu malzemeyi doğrudan satış yapan firmayı arayarak talepte bulunmasının kabulü mümkün değildir. Dava konusu zarara neden olan malzeme için, görevleri gereği firma ile sözleşmenin bittiğini bilmeleri gerekirken davalılar herhangi bir "Muayene Komisyon Raporu" veya "ihale" kararı olmadan malzeme alımını gerçekleştirmişlerdir. Davacı hazine, yasal prosedür çerçevesinde alımı yapılmayan malzeme bedelinin tahsili için başlatılan takip ve dava aşamasında savunmalarını dile getirmiştir.

Şu halde, ret gerekçesinde belirtilen nedenler BK'nın 43. maddesi gereğince tazminat miktarında indirim sebepleri kabul edilerek davalıların sorumlulukları yönünde hüküm tesis edilmesi gerekirken istemin tümden reddi doğru görülmediğinden bozmayı gerektirmiştir,..)" gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dosya kapsamına göre, 2003 yılı Ocak ayı içerisinde davalı doktorların yatan hastaların ameliyatı için gerekli olduğu anlaşılan bir kısım tibbi malzemeleri, bir önceki yılda bu tür malzemelerin ihale yoluyla alındığı medikal firmasına sipariş verdikleri, anılan firmanın da bu siparişleri teslim ettiği ve bu malzemelerin hastalarda kullanıldığı anlaşılmıştır.

Hastalar için kullanılan söz konusu malzemelerin bedellerinin firmaca talep edilmesi üzerine, 2003 yılında bu tür malzemelerin alımı için ihale yapılmadığından ve satın alma komisyon kararı olmadığından bahisle idarenin ödemeden kaçındığı, bu nedenle söz konusu alacağın tahsili için firma yetkilileri tarafından icra yoluyla takibine geçildiği, sonuçta anapara, faiz, icra-inkar tazminatı ve masraflar olarak tahsil edildiği anlaşılmaktadır.

Davacı idare, bu şekilde ödediği anapara (malzeme bedeli) ve faiz dışındaki icra inkar tazminatı, avukatlık ücreti, mahkeme masrafı, vekalet ücreti, harç vb. giderler toplamı olan 7.368.341.280.- (Eski) liralık, bu fazla ödemenin davalı kurum çalışanlarının kusurundan kaynaklandığı yolundaki inceleme raporunu da dikkate alarak rücuan davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, davacı idarenin takip aşamasında borcu kabul ederek yargılama giderlerine engel olabilecek iken borcu inkar ettiği, davalıların borcun ödenmemesi nedeniyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmalarının yasal olamayacağı gerekçeleriyle istemin tümden reddine karar verilmiştir.

Bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamları itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; yasal prosedür çerçevesinde alımı yapılmayan malzeme bedelinin tahsili için başlatılan takip ve dava aşamasında davacı Hazinenin savunmalarını dile getirmiş olması ve bu nedenle de davaya konu takip ve mahkeme masraflarının oluşmuş olması karşısında, davalıların sorumlulukları yönünden, mahkemenin ret gerekçesinde belirtilen nedenlerin davanın reddi gerekçesi yapılmasının mı, yoksa BK'nın 43. maddesi gereğince tazminat miktarından indirim sebepleri olarak kabul edilmesinin mi daha uygun olacağı noktasında toplanmaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile bu kanuna paralel olarak düzenlenmiş 84/8213 sayılı Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliği 01.01.2003 tarihinden itibaren uygulamadan kaldırılmış, yerine ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu yürürlüğe girmiştir.

10.04.2002 tarihinde hastanece yapılan ihalede; firmaların hastaneye belirlenen birim fiyattan malzeme verme işleminin 31.12.2002 tarihinde sona ereceği kararlaştırılmıştır.

2886 Sayılı Kanun uyarınca yapılan ihale ile 31.12.2002 tarihine kadar ilgili medikal firmasından malzeme alımı yapılmıştır. İhale ile alım süresi 31.12.2002 tarihinde dolmuştur. 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Yeni Kamu İhale Kanunu'na göre acil ihtiyaç durumunda, bu ihtiyaçların temini için nasıl bir yol izleneceği yasanın yeni uygulanması nedeniyle İdarece bilinmediğinden ve ayrıca malzeme alımı için gerekli

yasal prosedüre uyulmadığı gerekçesi ile ödeme yapılmaması nedeniyle mevcut zararın ortaya çıktığı anlaşılmıştır.

Bilindiği üzere, sağlık hakkı temel bir insan hakkıdır. Sağlık hizmetlerinin devlet tarafından sunulması Anayasa'da açıkça ifade edildiği üzere sosyal devlet niteliğinin bir gereğidir. Sağlıklı yaşam hakkının herhangi bir şarta tabi kılınmaksızın gerçekleştirilmesi gereklidir. Her birey sağlık ihtiyaçlarının karşılanması için sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir. Bu nedenle özellikle insan yaşamının söz konusu olduğu acil hallerde sağlık hizmetlerinden yararlanılmasının bir takım yasal prosedürlerin gerçekleşmesine bağlanması doğru değildir.

Nitekim, yeni yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre acil hallerde nasıl bir uygulama yapılması gerektiği yönünde Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 14 Ocak 2003 tarihinde 867 sayılı bir genelge yayımladığı anlaşılmaktadır. Bu genelgede, dava konusu somut olayda gerçekleşen şekilde ihale süreci sona erdiği ve acil durumlar ortaya çıktığında nasıl bir yol izlenmesi gerektiği açıklanmıştır. Ne var ki, bu genelge malzeme alımının yapıldığı 02.01.2003 ila 10.01.2003 tarihleri arasında henüz yayınlanmadığından idarece bir ödeme yapılamamıştır.

Somut olayda, dava dışı medikal firmasının, sözü edilen tıbbi malzemelerin hastaneye teslim edilmesi sonucu oluşan alacağının tahsili istemi ile Mersin 8. İcra Müdürlügü'nün 2003/1113 esas sayılı icra takip dosyasıyla, davacı hakkında düzenlenen faturalara dayalı olarak 21.03.2003 tarihinde masrafla birlikte toplam 22.067.635.616.-TL'nin tahsili için Saglık Bakanlığı Merkez Devlet Hastanesi Döner Saymanlığı-Mersin aleyhine ilamsız icra yoluyla takipte bulunduğu, takip borçlusu devlet hastanesine ödeme emrinin tebliği üzerine, hastane adına Hazine vekilinin aradaki ilişkiyi inkar ile tüm borca itiraz ettiği ve takibin durdurulmasına karar verildiği, bunun üzerine alacaklı firmanın itirazın iptali istemi ile Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'ne dava açtığı anlaşılmaktadır. Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 29.12.2004 gün 2003/395 esas 2004/913 sayılı ilamla; *"İlaçların alındığı ve hastanede kullanıldığı konusunda bir ihtilafın olmadığı, ilaçların teslim alınıp hastalarda kullanılmasına göre bedellerinin ödenmesinin gerektiği, aksi takdirde davalının sebepsiz zenginleşeceği, öte yandan ihale şartının ileri sürülmesinin, malların teslim alınıp kullanıldığından 4721 sayılı Turk Medeni Kanun'un 2. maddesine aykırı düşeceği, bu nedenle davalının prosedüre uymayan alım nedeniyle ödeme yapılamadığı savunmasına itibar edilemeyeceği"* gerekçeleri ile itirazın kısmen iptaline, 21.428.000.000 (Eski) TL. üzerinden takibin devamına ve faize ve icra inkar tazminatına karar verildiği, verilen bu kararın Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin

25.11,2005 gün ve 2005/4097 esas 2005/11675 karar sayılı ilamıyla onandığı ve masrafları ile birlikte toplam 54.441,52.-TL'nin 05.01.2006 tarihinde İcra Müdürlüğünce borçludan tahsil edildiği anlaşılmıştır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 38. maddesine göre; *"Bir kimse selahiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde, bu şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmaz. Diğer tarafın, temsil edilenin münasip bir müddet içinde o akde icazet verip vermiyeceğini beyan etmesini talebe hakkı vardır. Bu müddet zarfında icazet verilmediği halde, o kimse mülzem olmaz."*

Ticaret Mahkemesi kararı ve bu madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, hastane personeli ile medikal firması arasında acil durumda ihtiyaç duyulan malzemenin alımı konusunda bir sözlü sözleşme yapıldığı, alınan malzemenin kullanılması ve buna hastanenin bir itirazının olmaması nedeniyle artık yapılan sözlü sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği belirgindir.

Hal böyle olunca, Ticaret Mahkemesinin kararı ile hastalar için alınıp kullanılan malzeme bedellerinin takibin başında ödenmesi gerektiği ve ödeme yapılmaması ve itirazda bulunulmasında davacı İdarenin haksız ve kusurlu olduğu hususları kesinlesmiş bulunmaktadır. Her ne kadar, davalılar o davada taraf değillerse de, İdarenin aleyhine 2004 sayılı İİK'in 67. maddesi uyarınca icra inkar tazminatına da hükmedilmesi yönündeki bu karar ile davacı İdarenin süresinde malzeme bedeli ödememede haksız olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca malzeme bedeli bir önceki sene yapılan ihale bedelleri üzerinden yapıldığından ve malzeme fiyatları piyasa raiçlerine uygun bulunduğundan, İdarenin bir zararının bulunmadığı da belirgindir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12/2. maddesine göre, personelin sorumluluğuna gidilebilmesi için yapılan eylem ve işlemden kamunun zarar görmüş olması gerekir. O halde, hastane ve davacı Hazine'nin kusuru ile oluşan zarardan davalıların sorumlu tutulması doğru bulunmadığı gibi, somut olayda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 43, 44. maddelerinde açıklanan tazminattan indirim nedenlerinin de uygulama yeri bulunmamaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dosyadaki tutanak ve kayıtlara, mahkeme kararında açıklanan geciktirici nedenlere ve özellikle, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekili temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, Harçlar Kanunu'nun değişik 13. maddesinin (j) bendi gereğince harç alınmamasına, 23.12.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY
1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/4531 **K:** 2009/5348 **T:** 07.05.2009

TAPU İPTALİ • İNANÇLI İŞLEMLER • İSPAT YÖNTEMİ • ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİNİYETİ

(BK m.81; TMK m.1023; MK m.873; HUMK m.428)

Özet: *Hukuk Sistemi'nde "İnançlı işlem" veya "nam'ı müstear" olarak isimlendirilen muvazaalı işlemlerin yazılı belge ile kanıtlanması zorunlu olup, buradaki yazılı belgenin resmi şekilde yapılmış olmasına gerek yoktur.*

Taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişinin bu mülkiyeti bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, tapu kaydının iptali gündeme gelmiş ise Medeni Kanun hükümlerine göre üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı araştırılmalıdır.

Taraflar arasında görülen davada, davacı, adına kayıtlı 1 parselde 64 no'lu bağımsız bölümü borç para aldığı davalı Fatih'e teminat olarak verdiğini, borcunu ödemesine rağmen taşınmazın iade edilmediğini, Fatih'in daha sonra taşınmazı iş ortağı olan davalı Abdurrahman'a devrettiğini ileri sürerek, kaydın iptali ile adına tescilini istemiştir.

Davalılar, davacının iddialarının doğru olmadığını belirtip, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacının iddialarının yazılı delil ile kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 13.01.2009 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili ile temyiz edilen vekili geldiler, davetiye tebliğine rağmen diğer temyiz edilen vekili avukat gelmedi, yokluğunda duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlu açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; davacı Mefkure'nin 1 parseldeki maliki olduğu 64 no'lu bağımsız bölümü davalılardan Fatih'ten kardeşi ile birlikte aldığı borcun karşılığı olarak Fatih'e 03.09.2001 tarihinde satış suretiyle devrettiği, Fatih'in de 20.04.2004 tarihinde yine satış şeklinde taşınmazı diğer davalı Abdurrahman'a intikal ettirdiği anlaşılmaktadır.

Davacı, dosyaya mübrez tarihsiz tarafların imzasını havi belgeyi ibraz ederek davalı Fatih'ten aldığı borcu ödediğini ve taşınmazın temlikinin sebebinin ortadan kalktığını, oysa Fatih tarafından taşınmazın muvazaalı olarak diğer davalı Abdurrahman'a temlik edildiğini ileri sürerek eldeki davayı açmış, mahkemece anılan ve taraflar arasında düzenlenen belgeye itibar edilmeyerek davanın reddine karar verilmiştir.

İddianın ileri sürülüş biçimi ve içeriğine göre, taraflar arasındaki çekişmenin teminat mukabili temlikten (inançlı işlemden) kaynaklandığı açıktır.

Bilindiği üzere; inanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder.

Taraflar böyle bir sözleşme ve buna bağlı işlemle genellikle, teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere, mal varlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki muamelelerden daha güçlü bir hukuki durum yaratarak, inanılana inançlı olarak kazandırmak için başvururlar.

Diğer bir anlatımla, bu işlemle borçlu, alacaklısına malını rehin edecek, yani yalnızca sınırlı ayni bir hak tanıyacak yerde, malının mülkiyetini geçirerek rehin hakkından daha güçlü, daha ileri giden bir hak tanır.

Sözleşmenin ve buna bağlı temlikin, değinilen bu özellikleri nedeniyle, taşınmazı inaç sözleşmesi ile satan kimsenin artık sadece, ödünç almış olduğu parayı geri vererek taşınmazını kendisine temlik edilmesini istemek yolunda bir alacak hakkı; taşınmazı, inanç sözleşmesi ile alan kimsenin de borcun ödenmesi gününe kadar taşınmazı başkasına satmamak ve borç ödenince de geri vermek yolunda yalnızca bir borcu kalmıştır.

Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı

gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez.

Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan MK'nın 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur. Nitekim bu düşünce Hukuk Genel Kurulu'nun 23.05.1990 gün ve 1990/1-202-315 sayılı kararında da aynen benimsenmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, inanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir. (Borçlar Kanunu mad.81) Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair akit hükümleri de Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır.

İnanç sözleşmesine ve buna bağlı işlemle alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi *"ifa uğruna edim"* olarak kendisinde alıkoyabileceği gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestce satıp satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir. Bu sonuçlar kendine özgü bu akdin tabiatında mevcuttur. Sözleşme ile öngörülen ifa süresi içerisinde, sırf sözleşmeyi imkansız kılmak amacıyla muvazaalı olarak yapılan temliklerin yasal koruma altında tutulamıyacağı izahtan varestedir. Meri hukuk sistemimizde her hangi bir düzenleme olmamasına karşın; inanç sözleşmelerinin, yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde uygulama yeri bulan kendine özgü bir müessese olduğu, öğreti ve uygulamada kabul edilegelen bir olgudur.

İnanç sözleşmelerinin tarafları arasında, onların gerçek iradelerini ve akitten amaçladıklarını yansıtması bakımından geçerli olduğu; taraflarına Borçlar Kanunu çerçevesinde nisbi haklarını talep etme olanağını verdiği tartğşmasızdır.

Burada üzerinde durulması gereken husus, taşınmaz mallar ya da şekle bağlıı akitlerde inanç sözleşmelerinin ne gibi hukuki sonuç doğuracağıdır. Diger bir anlatımla, sözleşmede öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, taşınmaz mülkiyetinin naklinin sebebini oluşturup oluşturmayacağıdır.

Bilindiği üzere; uygulamada mesele, 05.02.1947 tarih 2O/6 sayılı İnançları Birleştirme kararı ile ilişkilendirilip, bu karar dayanak yapılmak suretiyle çözüme gidilmektedir.

Söz konusu kararda; eski hukuka göre mümkün ve geçerli olan muvazaa ve nam-ı müstear iddialarının, Medeni Kanun'un yürürlüğünden sonra taşınmaz mallar hakkında dinlenip dinlenemeyeceği tartışılmıştır.

Anılan kararda; çeşitli sebep ve amaçlarla bir taşınmaz kaydına gerçek malik yerine başka bir nam ve bir sözleşmede akitlerden biri yerine üçüncü bir şahsın gösterilmesinin mümkün olduğu, bu gibi hallerde vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına yaptığı tasarruflarda olduğu gibi hukuki bir durum veya herhangi bir maksatla üçüncü şahıslardan gerçeği gizleme gayesi güdülebileceği, *"kötüniyetli ve haksız gizlemeler"* dışında, belirtilen olasılıklara göre açılacak bir davanın, gerçekten, ya mevcut bir hakka dayanarak bir el değiştirme veya bir hakkın korunması niteliğini taşıyacağı; bu durumun da, temsil ve vekalet ilişkisinde, mülkiyette halefiyet esası olarak kabul edilmiş bir husus olup, halefiyeti düzeltme amacıyla öncelikle mülkiyetin vekile aidiyeti düşünülse bile, temsil hükümlerine aykırı olduğundan bunun korunması ve devamına hükmolunamıyacağı, zira Borçlar Kanunu'nun *"müvekkil vekiline karşı muhtelif borçlarını ifa edince vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü sahıstaki alacağı müvekkilin olur"* hükmünün bu düşünceyi doğruladığı, öte yandan gerek taşınır, gerek taşınmaz mallara ilişkin olsun nam-ı müstear hadiselerinde, meselenin bir istihkak ve mülkiyet davası niteliğini geçemeyeceğinden, ne resmi senet, ne de şekil meselesinin bahse konu olamıyacağı, meselenin akitte ve isimde muvazaayı kapsamına alan Borçlar Yasası'nın 18. maddesi kapsamında düşünülmesinin Kanunun amacına uygun düşeceğine, değinildikten sonra sonuçta, nam-ı müstear davalarının dinlenebilir ve yazılı delil ile isbatının mümkün olduğuna, hükmolunmuştur.

İçtihadi Birleştirme kararlarının konularıyla sınırlı, sonuclarıyla bağlayıcı bulunduğu tartışmasızdır. Nam-ı müstear için düzenleme getiren 1947 tarihli kararın, teminat amacıyla temlike dair inanç sözleşmelerini kapsadığı da kuşkusuzdur. Uygulamada anılan sözleşmeler gerek özü, gerek işleyişi açısından, genelde muvazaa, özelde ise nam-ı müstear başlıkları altında nitelendirilegelmektedir.

Belirtilen İçtihadi Birleştirme Kararı'nda da değinildiği üzere; inanç sözleşmeleri bir yandan mülkiyeti nakil borcu doğurması bakımından tarafları bağlayıcı, diğer yandan, mülkiyetin naklinin sebebini teşkil etmesi açısından tasarruf işlemlerini bünyesinde barındıran sözleşmelerdir. Bu durumda koşulların oluşması halinde taşınmaz mülkiyetini nakil özelliğini taşıdığı kabul edilmelidir.

İçtihadi Birleştirme Kararı'nın sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenilirliği kabul edilen iddiaların isbatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi gereklidir.

Somut olaya gelince; gerçekten de davalı Fatih ve davacı Mefkure tarafından düzenlenen tarihsiz fotokopisi dosyaya ibraz edilen belgede, davacının davalı Fatih'ten borç para aldığı ve borcunu ödediği, ancak kardeşi olan Macide'nin de davalı Fatih'ten 350.000 Dolar borç aldığı, borç ödendiğinde iade edilmesi kararlaştırılarak davacının maliki olduğu taşınmazı teminat almak üzere davalı Fatih'e temlik ettiği, onun tarafından da diğer davalıya intikal ettirildiği yapılan yazılı sözleşme ve dosya kapsamı ile sabittir.

Hemen belirtilmelidir ki, yukarıda değinildiği üzere; taraflar arasındaki çekişmenin 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadi Birleştirme Kararı gereğince yazılı belge ile kanıtlanması zorunludur. Anılan belgenin resmi şekilde yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Dosyaya ibraz edilen tarihsiz belgedeki imzalar ve münderecaatına karşı çıkılmamış ve inkar edilmemiştir. 0 halde, anılan belge gözetildiğinde, yapılan temlikin teminat karşılığı olduğu açıktır. Keza, davacı Mefkure'nin davalı Fatih'e olan borcu anılan belge muhtevasında da belirtildiği üzere ödenmek suretiyle son bulmakla beraber, kardeşi olan Macide yönünden de tekaffül edildiği gözetildiğinde Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi hükmü uyarınca anılan borcun ödenip ödenmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Oysa, mahkemece yanılgılı değerlendirme ile anılan belgenin İçtihadi Birleştirme Kararının öngördüğü belge niteliğini taşımadığı benimsenmek suretiyle neticeye gidilmiştir.

Halbuki, yukarıda değinilen ilkeler karşısında söz konusu belgenin taşınmazın naklinin sebebini teşkil eden belge niteliği taşıdığı tartışmasızdır.

SONUÇ: Öyleyse, öncelikle Borçlar Kanunu'nun 8l. maddesi hükmü gereğince Macide'nin davalı Fatih'e herhangi bir borcunun bulunup bulunmadığının, borcun ödenip ödenmediğinin saptanması, herhangi bir borcunun olmadığının saptanması halinde, diğer davalı Abdurrahman yönünden Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü uyarınca edinmesinde iyiniyetli olup olmadığının tespit edilmesi ve değerlendirilmesi, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir. Davacının bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 19.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi'nin 14. maddesi geregince gelen temyiz eden vekili için 625.00.-TL. duruşma avukatlık parasının temyiz edilenlerden alınmasına ve alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 07.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/12439 **K:** 2008/12833 **T:** 08.10.2008

BOŞANMADA KUSUR • MADDİ ve MANEVİ TAZMİNAT

(TMK m.4, 174/1, 186; BK m.42, 43, 44, 49)

Özet: *Boşanmaya sebebiyet veren olaylarda karısına şiddet uygulayan ve ilk açtığı boşanma davası reddedilip boşanma nedeni yaratan koca tam kusurludur.*

Boşanmaya yol açan olaylarda daha az kusurlu olan ve boşanmayla maddi desteğini yitirecek olan kadın lehine maddi tazminata hükmedilmelidir.

Boşanmada daha az kusuru olan ve kişilik hakları saldırıya uğrayan kadın lehine manevi tazminata hükmedilmelidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm nafakalar, tazminatlar ve kocanın 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 davalı-karşı davacı kocanın tüm, davacı karşılık davalı kadının ise aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Boşanmaya sebebiyet veren olaylarda; karısına şiddet uygulayan ve ilk açtığı boşanma davası reddedilip boşanma sebebi yaratan koca tam kusurludur.

a- Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz yada daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi

---

Gönderen: Av. Hulki Özel / Mersin Barosu Başkanı

(MK md.4, BK md.42 ve 44) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

b- Türk Medeni Kanunu'nun 174/2. maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK 4, BK 42, 43, 44, 49) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Hükmün yukarıda 2. maddenin (a) ve (b) bentlerinde gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin 1. bentte gösterilen nedenlerle **ONANMASINA**, aşağıda yazılı harcın Ali'ye yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna, temyiz peşin harcının yatıran Sevil'e geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5860 **K:** 2009/9095 **T:** 08.05.2009

DAVA ve TARAF EHLİYETİ • MAHKEMECE YAPILACAK İŞLER

Özet: *Dava taraf ve ehliyeti kamu düzenine ilişkindir. Eğer bir davada taraflardan birinin ruhsal rahatsızlığını gösteren ciddi belirtiler varsa, mahkemece re'sen vesayetin gerekip gerekmediği araştırılmalıdır.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya (resen) göz önünde tutulur. Davada davalı kadının ruhsal rahatsızlığı ileri sürülmüş ve bu iddia dosya arasındaki bir kısım delil ile doğrulanmış bulunmasına göre mahkemece yapılacak iş, Türk Medeni Kanunu'nun 405 ve Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nun 42. maddeleri uyarınca davalı kadının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön mesele sayılmasından ibarettir. Bu yön göz önünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre diğer yönlerin incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14398 **K:** 2009/20160 **T:** 19.11.2009

AİLE KONUTU • EŞLERİN HAKLARI • ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI • İYİNİYET KOŞULU

(TMK m.194/1-2, 1023)

Özet: *Eşlerden biri diğer eşin açık rızası olmadıkça aile konutunu devredemez. Bu kurala aykırı işlem yapılırsa rızası alınmayan eş hakimin müdahelesini talep edebilir.*

Konutu devralan üçüncü kişinin kazanımının korunması için iyiniyetli olması gerekir. Tarafların aile dostu olan üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilemez.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldu.

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi gereğince eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez. Rızayı sağlamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir. (TMK md.194/2)

Dava konusu meskenin aile konutu olduğu, hak sahibi olan kocanın, eşinden habersiz olarak bu taşınmazı 23.06.2006 tarihinde diğer davalı Fatih'e satış suretiyle devrettiği anlaşılmaktadır. Yapılan bu işleme davacının açık rızası bulunmadığından, devir geçersizdir. (TMK md.194/1) Konutu devralan davalı Fatih'in kazanımının korunması için iyiniyetli olması gerekir. (TMK md.1023) Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı Fatih'in tarafların aile dostu olduğu, yapılan işlemin aile konutuyla ilgili ve işlemin tarafı olan davalı Ömer'in evli olduğunu bildiği gerçekleşmiştir. Bu durumda davalı Fatih, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinden yararlanamaz. Kanun diğer eşin açık rızasını aradığına göre davacının devir işlemini öğrendikten sonra dava hakkını kullanması da dürüstlük kuralına (TMK md.2) aykırı davranış olarak görülemez. O halde isteğin kabulü gerekirken, reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 19.11.2009 günü

YARGITAY
3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/13859 **K:** 2008/16353 **T:** 09.10.2008

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME • ÖDENEN PARANIN İADESİ • PARA DEĞERİNİN GÜNCELLENMESİ • HESAPLAMA YÖNTEMİ

Özet: *Taşınmaz satışının geçersiz olmasından dolayı alıcının satıcıya ödemiş olduğu satış bedeli sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilecek ve bu iş yapılırken denkleştirici adalet ilkelerine göre değerlendirme yapılacak ve satış bedeli olarak ödenen paranın değeri ilk ödeme günündeki alım gücüne ulaştırılıcaktır.*

Bu iş yapılırken; enflasyon, tüketici eşya endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur ve işçi ücretlerindeki artışlar dikkate alınarak hesaplama yapılacaktır.

Dava dilekçesinde 24.750,00.-TL. alacağın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsil istenilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkilinin 775 Sayılı Yasa'dan istifade ederek konut sahibi olmak için, davalı Belediyeden tahsis talebinde bulunarak 3298 A.12 parsel sayılı taşınmazın 1/2 payına sahip olduğunu, ancak yasa uyarınca 2 yıl içinde inşaat yapılmamış olması nedeniyle davalının açtığı tapu iptali ve tescil davası ile taşınmaz elinden alınmakla, davalı taşınmazın değeri kadar zenginleştiginden taşınmazın tapu iptali ve tescil davasında belirlenen rayiç bedeli olan 49.500,00.-TL'nin 1/2'si olan 24.750,00.-TL'nin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile, davacının 1995 tarihinde ödediği 16,50.-TL'nin dava tarihi olan 12.09.2006'dan itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerin eksiksiz iadesi denkleştirici adalet düşünce-

sine dayanır. Denkleştirici adalet ilkesi ise, haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder.

Bilindiği gibi ülkemizde yaşanan enflasyon uzun yıllar boyu yüksek oranlarda seyretmiş ve paranın değeri (alım gücü) de bununla ters orantılı olarak devamlı düşmüştür. Belli bir miktar paranın aradan geçen zamana bağlı olarak iade günündeki alım gücünün farklı ve çok daha az olduğu bir gerçektir.

Uygulanan İade Hukuku esaslarına göre yapılan bu sözleşme gereğince, davacının akit tarihinde verdiği paranın aynı miktarda iadesine karar verilmesi, gerçek hayatta büyük sıkıntılara, tutarsızlıklara, adalete karşı var olması gereken güvenin sarsılmasına neden olmuş, kamu vicdanına haklı eleştiri konusu yapılmıştır. Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu, toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatiyetini devam ettirip, saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur. O nedenle hukuk kuralları gerçek hayata uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır.

Taraflar arasındaki hukuksal ilişki haksız iktisap kuralları uyarınca tasfiye edilirken denkleştirici adalet kuralı hiçbir zaman gözardı edilmemelidir. Bu husus hem hakkaniyetin hem gerçek adaletin bir gereğidir. Bu bakımdan iadeye karar verilirken satış bedeli olarak verilen paranın taşınmazın değerini geçmemek koşulu ile alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması gerekir.

Aksi halde iade dışındaki zenginleşme iade borçlusu yedinde haksız zenginleşme olarak kalacaktır.

O halde davacının ödediği paranın çeşitli ekonomik etkenler nedeniyle azalan alım gücünün, enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaş ve işçi ücretlerindeki artışlar vs. ortalamaları alınarak ödediği tarihten dava tarihine kadar ulaşacağı alım gücünün değerinin ne olabileceği konusunda uzman bilirkişi kurulundan nedenlerini açıklayıcı denetime elverişli rapor alınarak verilmelidir.

Belirtilen nedenlerle yeterli inceleme yapılmadan mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 09.10.208 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/13020 **K:** 2008/18230 **T:** 30.10.2008

ISLAH • İSTİRDAT DAVASI
• TALEBİN BÜTÜNÜ ÜZERİNDE HÜKÜM KURULABİLECEĞİ

(HUMK m.388/son)

Özet: *Dava tarafından her biri yaptığı işlemi kısmen veya tamamen ıslah edebilir. HUMK md. 388/son'da belirtildiği gibi istek sonuçlarının her biri hakkında hüküm verilmelidir.*

Mahkemece, taleplerden bazıları ve ıslah edilen kısım hakkında hüküm kurulmamış olması bozma nedenidir.

Dava dilekçesinde 4.383,16.-TL. borçlu olmadığının tespiti (ıslahen 5.012,25.-TL'nin tahsili) istenilmiştir Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı, kiraladığı işyeri için davalı kuruma elektrik abonesi olduğunu, sayaç satın alarak taktırdığını, ancak davalı çalışanlarının başvurduğu halde gelip sayacı mühürlemediğini, buna rağmen mühürsüz kullanım suretiyle kaçak elektrik kullandığından bahisle 4.383,16.-TL'lik fatura gönderildiğini, elektrikler kesilince, mecburen borcun 1.000,00.-TL'yi ödeyerek kalan miktarı ödemek üzere taksit yaptırdığını, kaçak kullanım söz konusu olmadığından ödenen bu miktardan sayaçtaki tüketim bedeli olan 385,35.-TL. düşülmek suretiyle kalan 614,65.-TL'nin istirdadı, borçlu olmadığının tespiti, faturanın iptalini talep etmiştir. Dava devam ederken kalan borcu da ödediğini bu nedenle talep ettiği alacağın 5.012,25.-TL. olduğunu söyleyerek talebini bu miktara ıslah etmiştir.

Davalı, davacının mühürsüz sayaçtan elektrik kullandığını, bu nedenle talep edilen ve davacı tarafından ödenen kaçak elektrik kullanım bedelinde yasaya aykırı bir durumun olmadığını savunmuş, mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesine göre davanın istirdat talebi yönünden kısmen kabulü cihetine gidilmiştir.

Dava kaçak elektrik kullanımının olmadığı iddiası ile taksit yapılması sonucu kısmen ödenen kaçak elektrik kullanım bedelinin iadesi, kalan miktarı borçlu olmadığının tespiti, faturanın iptali için açılmıştır.

HUMK'un 388/son maddesinde; *"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 ve şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir,"* denilmektedir.

O halde, davacının faturada talep edilen 4.383,16.-TL. borcun 1.000,00.-TL'sini davadan önce ödemiş ise de, sayaç tüketimine göre, gerçek borcu 385,35.-TL. olmakla fazla tahsil edilen 614,65.-TL'nin istirdadı talebi hakkında hüküm kurulmuş, kalan fatura borcu için borçlu olmadığının tespitini ve faturanın iptalini talep etmiş, yargılama sırasında kalan borcu da ödenmekle tespit talebi istirdada dönüştüğü ve alacak miktarını ıslah ettiği halde bu kısım hakkında hüküm kurulmamıştır.

Mahkemece taleplerden bazıları ve ıslah edilen kısım hakkında hüküm kurulmamış olması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 30.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/529 **K:** 2009/3139 **T:** 02.03.2009

TEBLİGAT HUKUKU • USULSÜZ TEBLİGAT • YARGILAMANIN YENİLENMESİ • USULSÜZ TEBLİGAT SONUCU VERİLEN HÜKMÜN GEÇERSİZLİĞİ

Özet: *Taraflar usulüne uygun olarak iddia ve savunma için mahkemeye çağrılmadıkça mahkemece karar verilemez.*

Usulsüz tebligatla verilmiş olan karar, kesinleşme şerhi olsa bile hukuki sonuç doğurmaz.

Dava öğrenildikten sonra, verilen kararın hukuki sonucu olmadığından yargılamanın yenilenmesi değil, kararın temyizi istenebilir.

Dava dilekçesinde yargılamanın yenilenmesine karar verilmesine masraflarla birlikte davalı taraftan istenilmiştir. Mahkemece, dava dilekçesinin temyiz dilekçesi olarak kabulü ile esasın bu şekilde kapatılarak dosyanın Yargıtay ilgili Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı dava dilekçesinde, taraflar arasında ecrimisil davasının görülüp karara bağlandığını, kararın kesinleştiğini, ancak o davada olan bu dosya davacısına askerde olduğu bir sırada tebligat kanununa aykırı bir şekilde usulsüz tebligat yaptırıldığını, savunma hakkının kısıtlandığını ve davanın yokluğunda bitirildiğini, kendisinin icra aşamasında davadan haberdar olduğunu ileri sürerek yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü ile ecrimisil davasının reddine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, hukuki nitelendirmenin hakime ait olduğu, ecrimisil davasında tebligatların usulüne uygun olarak yapılmadığı, usulsüz tebligatlar sonucunda kararın kesinleşmesinin de mümkün olamayacağı, dolayısıyla ortada kesinleşen bir karar bulunmadığından yargılamanın yenilenmesi şartlarının oluşmadığı, ancak davacının icra aşamasında ecrimisil davası ve kararından 24.09.2008 gününde haberdar olduğu,

06.10.2008 gününde de yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduğu, tebligatın (öğrenmenin) henüz yeni olduğu, bu itibarla da dava dilekçesinin temyiz dilekçesi olarak kabulüne karar verilmek gerektiğinden bahisle, dava dilekçesinin temyiz dilekçesi olarak kabulüne, esasın bu şekilde kapatılmasına, dosyanın ilgili Yargıtay Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmiş, hüküm davalı (Vakıflar İdaresi) tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı dava dilekçesinde ecrimisil davasının görüldüğü sırada askerde olduğunu, usulsüz ve geçersiz tebligatlar sonucunda davanın yokluğunda bitirildiğini, usulsüz kesinleştirme yapıldığını ileri sürerek yargılamanın yenilenmesini istemiştir.

Dava dilekçesinin tebliğine ilişkin tebligat *"davalının gösterilen adresten ayrıldığı, yeni adresinin bilinmediği"* gerekçesiyle muhtar tasdikiyle iade edilmiş, sonraki safhadaki zabıta araştırması yazı cevabına göre *"söz konusu adrese ait binanın yıkıldığı davalının bu adresi yaklaşık beş yıl kadar önce terk ettiği, çevreden sorulduğunda da yeni adresini bilenin bulunmadığı"* bildirilmiş, bunun üzerine de mahkemece başka adres araştırılması yapılmamış, dava dilekçesi ve karar ilanen tebliğ edilmiştir.

Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine göre tebligat, tebliğ yapılacak kişiye bilinen en son adresine yapılır. Adreste bulunmama halinde, tebliğ memuru bulunabileceği yeri araştırır, bulamazsa durumu köy muhtarlığına doğruluğunu onaylatarak tespit etmeli (Tebligat Tüzüğü 28. md.) ve bu durumu da tebliği çıkaran kuruluşa bildirmelidir. Gösterilen adreste tebligat yapılmayan durumda, tebligat çıkaran merci tarafından memurların ve diğer meslek ve sanat erbabının adresleri, mensup oldukları teşkilattan, avukatlarınki Barodan veya Adliye Vekaleti'nden, askeri şahısların adresleri Askerlik Şubesi, Mülki Müdafa Vekaleti gibi salahiyetli mercilerden sorulur. (Tebligat Tüzüğü 13. md.) Belirtilen özel ve resmi kuruluşların içinde adres tespitinin yapılabileceği Nüfus, Tapu İdareleri, Belediye, Sivil Savunma gibi kuruluşlar da yer almaktadır. Adres araştırmasının sadece zabıtaya yapılan bir inceleme ile sınırlı tutulması Tebligat Tüzüğü'nün 13. maddesine aykırıdır.

Tebligat Tüzüğü'nün 13. maddesine uygun bir inceleme ve soruşturmayı kapsamayan adres araştırılmasıyla yetinilip, adresin meçhul olduğu kabul edilerek tebligatın ilanen yapılması davada davalının savunması hakkını kısıtlar. O nedenle adres araştırmasının titizlikle yapılması zorunludur. HUMK'un 73. maddesi gereğince taraflar usulüne uygun olarak iddia ve savunma için mahkemeye çağrılmadıkça mahkemece karar verilemez. Davacının adres araştırmasının Tebligat Kanunu ve Tüzük hükümlerine uygun olarak yapılmadığı anlaşıldığından mahkeme kararının hukuken kesinleşmiş olduğu kabul edilemez ve mahkemece verilen

kesinleşme şerhide bu nedenle hukuki sonuç yaratmaz. Mahkemenin bu yöndeki saptaması doğrudur.

Ancak, davacı dava dilekçesinde açıkça HUMK'un 445. ve devamı maddeleri gereği, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduğundan bu talep doğrultusunda inceleme yapılıp, karar vermek gerekir.

HUMK'un 445/1. maddesi gereğince ancak kesinleşmiş kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilir. Olayımızda ortada kesinleşmiş bir karar yoktur. Ayrıca davacı, karşı tarafın tebligata yarar açık adresini bildiği halde hileye başvurarak dava dilekçesinde yanlış adres göstermek suretiyle ilanen tebligatla yokluğunda yargılamanın bitirilip kesinleşmesini sağladığını da ileri sürmemiştir. Bu nedenle yargılamanın yenilenmesi talebinin dinlenemeyeceği açıktır.

Bu durumda yargılamanın yenilenmesi istenilen ecrimisil dosyasının davalısı olan bu dosya davacısına ecrimisil hükmünün Tebligat Yasası'na uygun bir şekilde tebliğ edilerek sonucuna göre o dosya üzerinden işlem yapılması gerekir. O nedenle karar kesinleşmeden açılan yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin davanın bu nedenle reddine karar vermek gerekirken, dava dilekçesinin temyiz dilekçesi olarak kubulüne karar verilip esasen kapatılması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bozma nedenine göre diğer temyiz nedenlerinin incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve şimdilik diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 02.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/11496 **K:** 2009/15766 **T:** 15.10.2009

MİRAS HUKUKU • MİRAS ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET REJİMİ • İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYET • DAVA AÇMA HAKKI • ECRİMİSİL DAVASI

Özet: *Murisin ölümü ile mirasçılara geçen mal varlığı üzerinde iştirak halinde mülkiyet hükümleri geçerli olur. Bu durumda mirasçılar sahip oldukları mal varlığı üzerinde bağımsız olarak hareket edemezler; ya birlikte hareket edeceklerdir ya da miras ortaklığına temsilci atanacaktır.*

Bu kuralın istisnası terekedeki hakların korunması için mirasçılara tanınan yasal yetkilerdir.

Ecrimisil davası terekedeki hakları korumaya yönelik olmayan, terekeden yararlanmayı amaçlayan bir girişim olduğundan kural uygulanmalı ve mirasçılar birlikte hareket etmelidirler.

Dava dilekçesinde 20.310,00.-TL. ecrimisilin (ıslahen) faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsil istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiştir, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili; müvekkilinin babası Osman'ın, H. Mah. 397 ada, 11 no'lu parselde kayıtlı taşınmazın maliki ve hissedarı olduğunu davalının ise 10 no'lu bitişik parselin maliki olduğunu ve kendi parsellerine tecavüzü nedeniyle İstanbul 6. AHM'sinde 2003/416 E. sayı ile ecrimisil bedelinin tahsili için açılan davada davanın kabulüne karar verilerek kesinleştiğini, davacı 24/120 hisseye sahip olduğu için 05.09.2003 - 01.01.2008 tarihleri arasındaki hissesine düşen ecrimisil bedeli olarak 20.310,00.-TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

TMK'nın 640. maddesi uyarınca; miras bırakanın ölümü ile miras, mirasçılara geçmekte ve miras üzerinde, iştirak halinde mülkiyet hükümleri cereyan etmeye başlamaktadır. Bu mülkiyet rejiminde mirasın bütünü mirasçıların tamamına ayit olmakla tüm haklardan oluşan tereke üzerinde iştirak halinde ortaklık devam ettiği sürece mirasçıların bağımsız payları ve tasarruf hakları bulunmamaktadır. Tüm mirasçıların birlikte hareket etmeleri veya miras ortaklığına temsilci atanması gerekir.

TMK 702/IV ve TMK 640/IV maddeleri; mirasçılardan biri yada bir kısmının başvurabileceği yasal yolları *"terekedeki haklarının korunması"* ile sınırlı tutulmuştur.

Bu nedenle, iştirak halinde mülkiyet konusu olan bir mal veya hakka ilişkin (örmeğin uyuşmazlık konusu olan olayda olduğu üzere *-ecrimisil-*) davalarının, bağımsız olarak açıldığı taktirde elbirliği (iştirak) halinde maliklerin (paydaşların) hepsi tarafından veya hepsine karşı birlikte açılması zorunludur.

Somut olayda, taşınmaz davacıların murisi Osman adına tapuda kayıtlı olup, veraset ilamına göre davacı dışında başka mirasçılarda vardır. Davalı ise 3. kişi konumundadır. Bu nedenle önceki davada miras şirketine mümessil tayin edilmiştir.

Ancak, bu davada davacı mirasçı sadece kendi payına ilişkin olarak ve ecrimisil istemiyle dava açmış olduğundan ecrimisil davası, *"terekedeki hakların korunması"* ile ilgili olmayıp terekedeki taşınmazdan yararlanmaya yönelik bulunmaktadır. Böyle bir durumda ana kural gereğince birlikte hareket etme gereği vardır.

Davacını (Mirasçının) iştirak halinde payı üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı cihetle, dava diğer mirasçıların paylarını kapsamayıp bu nedenle davaya diğer mirasçıların katılması veya terekeye temsilci atanarak devamına da imkan yoktur. Davanın bu nedenle reddine karar vermek gerekirken, yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı gerekçeyle kısmen kabulü doğru görülememiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklana 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 alının temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/1430 **K:** 2006/3027 **T:** 21.03.2006

HATIR TAŞIMASI • SÜRÜCÜNÜN ALKOLLÜ OLMASI • MÜTERAFİK KUSUR

Özet: *Akollü sürücünün kullandığı araca durumu bilerek hatır taşıması için binmiş olan davacının olayda müterafik kusuru olduğu kabul edilmelidir.*

Davacının kazaya neden olan araçların sigortacısından tazminat almadığı araştırılmadan hüküm kurulması doğru olmamıştır.

Davacı Hamdi vekili tarafından, davalı Sadık ve diğerleri aleyhine 22.03.2000, 02.11.2001 ve 21.10.2004 gününde verilen dilekçeler ile haksız eylem nedeniyle tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen 10.12.2004 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalılardan Sadık, Ali ve Erdinç vekilleri tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 21.03.2006 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalılardan Erdinç vekili geldi, diğer davalılar ile karşı taraftan davacı adlarına kimse gelmedi. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz diiekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özelikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş, kararı Remzi dışındaki davalılar temyiz etmişlerdir.

Davacı, trafik kazası nedeniyle uğradığı zararı; dava, birleşen dava ve islah dilekçesi ile istemiştir. Dava dilekçesinde davacının daimi işgücü kaybına uğradığı belirtilerek 6.000.000.000.-TL. manevi tazminat istenmiş

Gönderen: Av. Güner AŞKIN

iken bu kez islah dilekçesi ile de daimi işgücü kaybına uğradığı belirtilerek manevi tazminat miktarı 15.000.000.000 liraya çıkartılmış ve yerel mahkemece 14.000.000.000.-TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Manevi tazminat, olaydan duyulan elem, üzüntü ve acının karşılığı olup, niteliği itibariyle bölünemez ve sonradan artırılamaz. Yerel mahkemece *"manevi tazminatın tekliği ve bölünmezliği"* ilkesi gözetilmeden artırılan manevi tazminat miktarına göre karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

3- Davacının arkadaşı olan davalı Erdinç'in aracında hatır yolcusu olduğu ceza dosyası ve buradaki tanık beyanı ile anlaşılmış olduğu halde hükmedilecek maddi ve manevi tazminat miktarı belirlenirken bunun gözardı edilmesi usül ve yasaya aykırı olduğu gibi, davalı Erdinç'in alkollü yemek sonrası aracı kullandığı ve davanın da Erdinç'in alkollü olduğunu bildiği halde araca bindiği sabit olduğundan bu hususun davacının bölüşük kusuru olduğunun kabulü ile hükmedilecek tazminatlardan Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddesi gereğince uygun bir miktar indirim yapılmaması da doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

4- Davacı tarafın, zorunlu mali sorumluluk sigortası nedeniyle davalılara ait araçların sigorta şirketlerinden ödeme yapılıp yapılmadığı da usulünce araştırılarak, ödeme varsa belirlenen tazminattan düşülmesi gerekirken bu yönün gözardı edilmesi de bozma nedeni yapılmıştır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda 2, 3 ve 4 no'lu bentlerde gösterilen nedenlerle davalılar Sadık, Ali ve Erdinç yararına **BOZULMASINA**, davalıların diğer temyiz itirazlarının yukarıda 1 no'lu bentte gösterilen nedenlerle reddine ve temyiz eden davalılardan Erdinç yararına takdir olunan 450,00.-TL. duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 21.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/4899 **K:** 2009/3452 **T:** 29.03.2006

FİİLEN KULLANILAN SU BEDELİ • ABONELİK SÖZLEŞMESİ • SORUMLULARIN SAPTANMASI

Özet: *Abone kaydı olmasa da, İdare'ye ait sayaçtan fiilen su kullandıkları anlaşılan davalıların tüketilen su borcundan sorumlu oldukları kabul edilmelidir.*

Davacı İSKİ Genel Müdürlüğü vekili tarafından davalılar Ahmet ve Süleyman aleyhine 24.07.2002 gününde verilen dilekçe ile su bedelinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın husumet nedeni ile reddine dair verilen 06.07.2004 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, davalıların başkası adına abone kaydı bulunan sayaçtan su kullanmaları nedeniyle başlatılan icra takibine itiraz etmelerinden dolayı istenen kullanılan su ve atık su bedelinin ödetilmesi istemine ilişkindir.

Olaya ilişkin olan 07.10.2000 tarihli tutanakta, *"Abdullah"* isimli kişi abone olarak gösterilmiş ve 5 katlı binada fiilen su kullanan kişilerin 1. kattaki çay ocağını işleten Ahmet, 2. kattaki gemi fenerleri yapan Süleyman, 3. kattaki plastik makinaları yapımı işi ile uğraşan Mustafa ve Yılmaz olarak belirlenmiştir. Adı geçen davalılardan Ahmet ile Süleyman aleyhine icra takibi yapılmış, davalıların itirazı üzerine bu alacak davasının açıldığı anlaşılmıştır. Davalı Süleyman 1994 yılına kadar bu iş yerini kullandığını, o tarihte suların akmadığını, yakındaki camiden su alındığını, 1994 yılından önceki su alacaklarının zamanaşımına uğradığını belirtirken, diğer davalı Ahmet ise davalılar dışında 3 kişinin daha fiilen su kullandığını, sadece davalıların hasım gosterilmesinin doğru olmadığını, çay ocağında sular genellikle akmadığı için dışardan su getirdiğini, diğer su kullananlarla birlikte borcunu ödemeyi kabul ettiğini beyan etmiştir. Mahkemece; İSKİ Nizamnamesi'nin 70. maddesine göre borcu abonenin ödemesi gerektiği, diğer su kullananlardan rücuen tahsil edebileceğinden abone olmayan davalılar hakkındaki davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Gönderen: Av. Güner AŞKIN

Davalıların savunmalarından da anlaşılacağı üzere davalı Süleyman'ın 1994 yılına kadar, davalı Ahmet'in ise çay ocağı işletmek suretiyle halen adlarına abone kaydı bulunmayan sayaçtan fiilen su kullandıkları ve davalılar dışında başka kişilerin de fiilen su kullandıkları anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında sorumluluk kapsamı belirlenerek, davalıların rücu hakları saklı kalmak kaydı ile su ve atık su bedelinden dayanışmalı olarak sorumlu tutulmaları gerekirken, abone olmadıkları gerekçesiyle davalılar hakkındaki davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 29/03/2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1913 **K:** 2009/2811 **T:** 26.02.2009

SAHTE VEKALETNAMEYLE SATIŞ • İDARENİN SORUMLULUĞU • NEDENSELLİK BAĞI • ZARAR GÖRENİN KARŞI KUSURU

Özet: *Sahte vekaletnamedeki nüfus bilgileriyle Tapu Dairesi'ndeki nüfus bilgilerinin birbiriyle uyuşmadığı görülmekte olup, bu durumu dikkate almadan işlem yapan Tapu İdaresi görevlilerinin ihmali ile doğan zarar arasında nedensellik ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu zarardan İdare sorumludur. Ancak burada zarar görenin de karşı kusuru gözardı edilmemelidir.*

Davacı Zeki vekili tarafından, davalı Maliye Hazinesi aleyhine 23.09.2004 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 24.05.2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının manevi tazminat isteminin reddine yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının maddi tazminat istemine yönelik temyiz itirazına gelince; dava, tapu sicilinin tutulmasından dolayı uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istem reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Dava konusu taşınmaz, tapu kayıt maliki Musa adına düzenlenen sahte nüfus cüzdanı ve bu nüfus cüzdanına dayalı olarak düzenlenen vekaletname ile davacıya satılmıştır. Tapu kayıt maliki Musa tarafından tapu iptal ve tescil davası açılmış ve mahkemece satış işleminin sahte vekaletnameye dayalı olarak yapıldığı belirlenerek davacı adına olan tapunun iptali ile taşınmazın eski maliki Musa adına tesciline karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Davacı, MK'nın 1007. maddesi gereğince eldeki bu tazminat davasını açmıştır. Yerel mahkemece, *"...sahte kimlikle noterde vekaletname tanzim edilmiş ve o vekaletname ile de vekil tayin edilen kişi satışı gerçekleştirmiştir. İlliyet bağı bu şekilde kesilmiş bulunduğundan Hazine'nin sorumluluğundan bahsedilemez. Davacı, kusursuz iyiniyetli alıcıdır, istemini sahte vekaleti düzenleyenlerden isteyebilecektir"* gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, davacıya satılan taşınmazın gerçek sahibinin Tapu İdaresindeki dosyasında nüfus bilgileri ve yeni fotoğrafının bulunduğu, sahte olarak düzenlenen nüfus kimlik belgesi ve buna dayanılarak düzenlenen vekaletnamedeki nüfus bilgilerinin, Tapu İdaresindeki gerçek taşınmaz sahibinin kimlik bilgileri ile fotoğrafına uymadığı anlaşılmaktadır. Taşımazın gerçek sahibine ait bilgileri karşılaştırmayarak özensiz davranan Tapu İdaresi görevli1erinin bu eylemleri ile davacının gördüğü zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Bu durumda, MK'nın 1007. maddesi gereğince davalı İdarenin uğranılan zarardan sorumlu tutulması ve davacının da özensizliği gözetilerek BK'nın 44. maddesi gereğince uygun bir miktarda indirim yapıldıktan sonra zarar kapsamının belirlenmesi gerekirken, davacının maddi tazminat isteminin tümden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**; öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 26.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/13027 **K:** 2009/14195 **T:** 02.11.2009

KAMULAŞTIRMA HUKUKU • KAMULAŞTIRMA • AĞAÇLARIN DEĞERİNİN SAPTANMASI

Özet: *Dava konusu taşınmazda bulunan ağaçların yaş, cins ve adetleri belirlenip somut olarak değer biçilmesi gerekirken böyle bir araştırma ve inceleme yapılmadan varsayıma dayanarak bedel takdiri olmamıştır.*

Taraflar arasındaki kamulaştırma bedelinin tesbiti ve tescil davasının kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca BOZULMASI hakkında Daireden çıkan kararı kapsayan 20.04.2009 gün ve 2009/3264 Esas - 2009/6123 Karar sayılı ilama karşı taraf vekillerince verilen dilekçe ile kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosyadaki belgeler okunup gereği konuşulup düşünüldü;

KARAR

Dosyada bulunan delil ve belgelere, kararın dayandığı gerekçelere göre davacı idare vekilinin karar düzeltme talebi HUMK'un 440. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından yerinde değildir.

Davalı vekilinin karar düzeltme talebine gelince;

Dosya içeriğinden; hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda dava konusu taşınmazda bulunan ağaçlara yaş, cins ve verim durumları dikkate alınmadan değer biçildiği gibi, ağaçların yaş, cins ve sayılarının da belirtilmediği anlaşılmıştır.

Hükmün bu nedenle de bozulması gerekirken sadece zemin değeri yönünden bozulduğu anlaşılmakla davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle Dairemizin 20.04.2009 gün ve 2009/3264-6123 sayılı bozma kararının kaldırılmasına karar verildikten sonra işin esasının incelenmesinde;

Dava, 4650 Sayılı Kanun'la Değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Alınan rapor değer biçme yöntemi bakımından yasa hükümlerine uygundur.
Kamulaştırılan taşınmaz üzerindeki yapıya resmi birim fiyatları esas alınmak suretiyle değer biçilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

1- Yapılan incelemede; dava konusu taşınmaz ile aynı cadde üzerinde bulunan bitişik parsele aynı değerlendirme tarihi itibariyle Bakırköy 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/336 esas sayılı dosyası ile metrekaresine 1.000,00.-TL. değer biçildiği ve bu dosyanın temyiz incelemesinden geçerek onandığı anlaşılmıştır.

Belirtilen dosya celbedilip birlikte değerlendirilerek bilirkişi kurulundan ek rapor alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması,

2- Dava konusu taşınmazda bulunan ağaçların yaş, cins ve adetleri belirlenip somut olarak değer biçilmesi gerekirken böyle bir araştırma ve inceleme yapılmadan varsayıma dayanılarak bedel takdiri, doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle ve HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, davacı İdareden peşin alınan karar düzeltme ve davalıdan alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine, 02.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/7141 **K:** 2009/10701 **T:** 08.12.2009

ÖNALIM HAKKI • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE
• NOTER KANALIYLA BİLDİRİM KOŞULU

(TMK m.733)

Özet: *Önalım hakkının kullanılması için belirlenen üç aylık hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için satışın önalım sahibine alıcı veya satışı tarafından noter kanalıyla bildirilmiş olması gerekir. Önalım sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması hak düşürücü sürenin işlemesine yol açmaz. Burada "Noter kanalıyla bildirim yapılması" koşulu emredici yasa hükmünden doğan mutlak bir koşuldur.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı önalım davasına dair kararın temyiz incelemesi duruşmalı olarak davacı tarafından süresi içinde istenilmekle gün tayin edilerek taraflara gönderilen davetiyelerin tebliğ edilmesi üzerine belli günde davacı vekili ve davalı vekili geldiler. Hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, önalım hakkına konu edilen payın iptali ile davacı adına tesciline ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin 11 no'lu parselin paydaşlarından olup 20.03.2008 tarihinde Tapu Sicil Müdürlüğü'nden davalının taşınmazın 1/2 payını 20.000.-TL. bedelle satın aldığını öğrendiğini, satışın davacının bilgi ve rızası dışında yapıldığını, müvekkilinin önalım hakkını kullanmak istediğini, önalım bedelini yatırmaya hazır olduğunu belirterek, davalı adına kayıtlı payın iptali ile davacı adına tescilini talep etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin dava konusu payı 25.08.2006 tarihinde satın aldığını, pay satışını bildirmek üzere davacıya 14.09.2006 tarihinde ihtarname gönderdiğini, ancak bu ihtarnamenin davacının adreste tanınmadığından söz edilerek iade edildiğini, bunun üzerine davacıya 28.09.2006 tarihinde gazete ile ilanen duyuru yapıldığını, müvekkilinin pay satışını davacıya bildirmek için gerekli çabayı gösterdiğini, Tapuya doğru adresi bildirmenin davacının

sorumluluğunda olduğunu, davacıya geçerli şekilde tebligat yapıldığından ve gazete ilamından sonra süresinde dava açılmadığından dava hakkının düştüğünü, diğer yandan payın satışından sonra taşınmazın değerini etkileyebilecek önemli değişiklikler meydana geldiğini, satıştan itibaren uzun zaman geçtiğinden taşınmazın değerinin değiştiğini, dava haksız olmakla birlikte aksi düşüncenin oluşması halinde davacının taşınmazın güncel değerini ödemesinin gerektiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla da kullanılabilir hale gelir.

Önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava açmak suretiyle kullanılır. Türk Medeni Kanunu'nun 733/3. maddesi hükmüyle yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup Mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

Olayımıza gelince; dava konusu edilen payın ilişkin bulunduğu 11 no'lu parselde 1/2 pay, taşınmazın paydaşlarından Kirkor tarafından 25.08.2006 tarihinde 20.000.-TL. bedelle davalıya satılmış, davacı da 24.03.2008 tarihinde açtığı işbu dava ile önalım hakkının tanınmasını istemiştir. Uyuşmazlığın satış tarihi itibariyle 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Anılan Yasanın 733/3 maddesinde yukarıda açıklandığı üzere satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda geçerli olan kural *"öğrenme"* olgusu değil *"bildirim"* olgusudur. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil noter aracılığı ile yapılacak bildirimdir. Madde metninde *"bildirilir"* şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin *"bildirimden"* başlayacağı da devamı fıkrada açıkca ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir. Bir başka deyişle yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre satışın önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığı ile bildirildiği tarihten itibaren

işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz. Bu hüküm emredici nitelikte olup Hukuk Genel Kurulu'nun 13.04.2005 gün ve 2005/6-230 Esas 2005 / 244 Karar sayılı kararı da bu doğrultudadır. Davalı söz konusu payı satın aldıktan sonra davacıya 14.09.2006 tarihinde noter aracılığı ile ihtarname keşide etmiş ise de bu ihtarname muhatabın adreste tanınmadığından söz edilerek tebliğ edilemeden iade edilmiştir. Bunun üzerine davalı aynı bildirimi 28.09.2006 tarihinde Tercüman Gazetesi aracılığı ile yapmıştır. Muhatabına tebliğ edilemeyen ihtarname hukuki sonuç doğurmayacağı gibi yasada bildirimin noter aracılığı ile yapılacağının düzenlenmesi karşısında davalı tarafından gazete ilamı ile yapılan bildirim Türk Medeni Kanunu'nun 733/3 maddesi hükmü gereğince üç aylık hak düşürücü süreyi başlatmaz. Davacıya yasanın aradığı şekilde noter aracılığı ile bir bildirim yapılmadığından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan usulüne uygun bir bildirim olmadığından satıştan itibaren iki yıl içinde 24.03.2008 tarihinde açtığı dava süresindedir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davanın süresinde açıldığının kabulü ile işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesinden ibaret olup, bu yön gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA** ve Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davacı yararına takdir olunan 625.-TL. vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine 08.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/13691 **K:** 2004/22966 **T:** 12.10.2004

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMANIN KANITLANMASI • İŞYERİNİN DEVRİ

(BK m.179)

Özet: *Salt davacı tanıklarının ifadesine göre sonuca gidilmesi yerine; davacı işçinin işyerindeki çalışma şeklini gösteren bir iş sözleşmesi dosyaya sunulmamış olmakla, bu husus Milli Eğitim Müdürlüğü'nden araştırılmalıdır. Ayrıca, işyerinde ders saatleriyle ilgili düzenlenmiş programlar ve iş yeri kağıtları getirilmelidir.*

Davacı işçinin davalı gerçek şahısların adi ortaklık hükümlerine göre işlettiği işyerinde çalıştığı ve iş sözleşmesinin feshinden sonra işyerinin diğer davalı şirkete devredildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. BK'nın 179. maddesine göre işyerinin devri halinde devrolan da işyerinin doğmuş olan borçlarından devreden ile birlikte sorumludur.

Taraflar arasındaki ihbar tazminatı ile ücret alacağının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizen incelenmesi davacı ile davalılardan Mahmut avukatlarınca istenilmesi ve davacı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 12.10.2004 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davacı adına Nevzat geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi davalılara ait işyerinde öğretmen olarak çalıştığı dönemde 453 saat derse girdiğini ve bu çalışmaların karşılığı olan ücretlerin eksik ödendiğini, yine bazı sınav ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek bu yönde isteklerde bulunmuştur. Mahkemece talep doğrultusunda karar verilmiştir.

Davacı tanıkları ise, bu konuda tahmine dayalı ya da davacıdan duyduklarını belirterek açıklamada bulunmuşlar ve aynı zamanda birbirinden farklı sayıda ders saatinden söz etmişlerdir. Bu durumda, salt davacı tanıklarının soyut nitelikteki beyanlarına göre sonuca gidilmesi doğru değildir.

Öte yandan, davacı işçinin işyerindeki çalışma şeklini gösteren bir iş sözleşmesi dosyaya sunulmamış ve mahkemece bu husus Milli Eğitim Müdürlüğü'nden araştırılmamıştır. Yine işyerinde ders saatleriyle ilgili düzenlenmiş olan programlar ve diğer işyeri kayıtları getirilmemiştir. Karar bu yönüyle eksik incelemeye dayalı olup hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

3- Davacı işçinin davalı gerçek şahısların adi ortaklık hükümlerine göre işlettikleri işyerinde çalıştığı ve iş sözleşmesinin feshinden sonra işyerinin diğer davalı şirkete devredildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. BK'nın 179. maddesine göre, işyerinin devri halinde devralan da işyerinin doğmuş olan borçlarından devreden ile birlikte sorumludur. Davacının iş sözleşmesinin feshinde kendisine ödenmemiş ücretlerin varlığının kanıtlanması durumunda, bundan, işyerini tüm aktifleri ve pasifleriyle birlikte devralan işverenin de sorumlu olacağı açıktır. Devir protokolünde bunun aksine hükme yer verilmiş olmasının işçi yönünden bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 375.000.000.-TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.10.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/34772 **K:** 2008/34278 **T:** 19.12.2008

İŞ HUKUKU • İŞÇİNİN HİZMET SÜRESİ • SSK KAYITLARININ İŞLEVİ

Özet: *Davacının SSK hizmet döküm cetvelinde görünen işyerlerinin davalı işverenlikle ilgisinin olup olmadığı araştırılmadan hizmet süresinin belirlenmesi doğru olmamıştır*

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, fazla çalışma ücreti, hafta ve genel tatil 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

Davacı iş sözleşmesinin ekonomik kriz nedeniyle feshedildiğini belirterek kıdem, ihbar tazminatı ve bazı işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı işten kendinin ayrıldığını daha sonra belirli sürelerde çalışıldığını savunmuştur.

Mahkemece davacının kesintisiz çalıştığı kabul edilerek hüküm kurulmuştur.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının işyerinde devamlı çalışıp çalışmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacının SSK hizmet döküm cetveli incelendiğinde başka işyerleri tarafından da prim ödemesi yapıldığı görülmektedir. Mahkemece bu işyerlerinin davalı ile bağlantısı olup olmadığı araştırılmadan kesintisiz çalıştığı kabul edilerek hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Cengiz Özbilgin

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/44602 **K:** 2008/35169 **T:** 23.12.2008

İŞ HUKUKU • EKSİK ÖDENEN İKRAMİYE • ÜCRET UYGULANACAK FAİZ

(2822 SY. m 61; 4857 SY m 34)

Özet: *Toplu iş sözleşmelerine dayanan eda davalarında en yüksek işletme kredi faizi, yasal düzenleme ile ödenen ikramiye yüksek maliyetinde olduğundan en yüksek mevduat faizi uygulanmalıdır.*

Davacı, davacı işçinin son yevmiyesinin tespiti ile eksik ödenen ücret, ikramiye ve diğer bazı fark işçilik alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel rnahkeme, 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 bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı vekilinin ıslah yoluyla dava konusu miktarları arttırmasının ardından davalı vekili tarafından verilen dilekçede zamanaşımı defi ileri sürülmüştür. Mahkemece anılan savunma üzerinde durulmaksızın eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olmuştur.

3- Davacı işçi bu davada, ücret, ikramiye, ilave tediye ve benzeri fark isteklerde bulunmuş ve 2822 Sayılı Yasa'nın 61. maddesinde sözü edilen en yüksek işletme kredisi faizinin uygulanmasını talep etmiştir. Mahkemece istek doğrultusunda, en yüksek işletme kredisi faiziyle birlikte tahsile dair karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hüküm altına alınan işçilik alacakları içinde ilave tediye alacağı da bulunduğuna göre 6772 Sayılı Yasa'dan doğan söz konusu işçilik alacağı için 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde öngörülen faizin uygulanması hatalı olmuştur.

Diğer taraftan, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde, *"Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkum edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkum edilir"* şeklinde kurala yer verilerek uygulanması toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik alacaklarında uygulanması gereken faiz türü belirtilmiştir.

Somut olayda davanın konusunu, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden yararlanma isteği oluşturmamaktadır. Mahkeme kararında da belirtildiği üzere işyerinde uygulanan kapsam içi personel yönetmeliğinin 5. maddesinin davacı işçiye uygulanıp uygulanamayacağı sorunu temel uyuşmazlık konusudur. Davacının davalıya ait işyerinde muvazaalı alt işveren ilişkisi kapsamında bir süre çalıştırıldığı, ardından davalı işveren kadrosuna geçirildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İzin süreleri ile kıdemli işçiliği teşvik pirimi noktasında da görünüşte alt işveren işçisi olarak işe başlatılan dönemin dikkate alındığı davalı işverenin kabulündedir. O halde davacının ücretinin, kapsam içi personel yönetmeliğinin 5. maddesi hükmü uyarınca işe ilk giriş tarihine göre belirlenmesi yerindedir. Bununla birlikte davaya konu olan istekler toplu iş sozleşmesi yerine, kapsam içi personel yönetmeliğine dayandığına göre 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde öngörülen faizin uygulanması doğru değildir. Hüküm altına alınan alacaklar için usuli müktesep hak ilkesi de gözetilerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/34347 **K:** 2009/1626 **T:** 05.01.2009

İŞ HUKUKU • İHBAR TAZMİNATI • İHBAR TAZMİNATINDA ZAMANAŞIMI • İHBAR TAZMİNATININ HUKUKİ NİTELİĞİ • SON İŞVERENİN İHBAR TAZMİNATI SORUMLULUĞU

(4857 SK. m.17, 24, 25, 26, 32; 1475 SK. m.14; 818 SK. m.125)

Özet: *İşverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık için tahsis isteminde bulunması işveren feshini ortadan kaldırmaz. İşverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi, anlamına gelmez. İhbar tazminatının miktarı bildirim süresine ait ücrettir. İhbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. 10 yıllık zamanaşımına tabidir.*

İş akdi son işveren tarafından feshedilmiştir. İhbar tazminatından bu işveren sorumludur.

Davacı, ihbar tazminatı ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılar 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, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İhbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş sözleşmesi, taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi biri iş sözleşmesini bozmak için

karşı tarafa yönelttiği irade açıklaması ile ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı, iş sözleşmesinin derhal veya belli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu nitelik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır. Madde düzenlenen bildirimli fesih belirsiz süreli sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlarımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanıması gerekmez.

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle tam süreli kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine hatta takım sözleşmesiyle çalışma arasında, bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

Fesih bildirimi, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimi geçerli değildir.

Fesih bildiriminde *"fesih"* sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizeli yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağrılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir. (Yargıtay 9. HD. 18.4.2006 gün 2006/4823 E. 2006/10605 K.)

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanun'un 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hakimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez. Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanmaz 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 yönüyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanun'un sistamatiğine 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 tahsisde 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. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır. (Yargıtay 9. HD. 26.06.2008 gün ve 2007/2400 E. 2008/17671 K.)

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanun'un 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir.

Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin arttırılabileceği Yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı Hakimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir. (Yargıtay 9. HD. 21.03.2006 gün ve 2006/109 E, 2006/7052 K.) Üst sınırın en çok ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir. (Yargıtay 9. HD. 14.07.2008 gün ve 2007/24490 E, 2008/20203 K.)

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25. maddeleri yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanunun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün

olmaz. Yine, işçinin 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini fesetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz. İşçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullandırılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir. Böyle bir indirim yapılmışsa, geçersiz sayılan fesihte ödenen ihbar tazminatı, en son işe başlatmama sebebiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan ihbar tazminatından faizsiz olarak mahsup edilmelidir.

İhbar tazminatının miktarı *"bildirim süresine ait ücret"* olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibariyle BK'nın 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süesine tabidir.

İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalah parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda; davacı işçi aynı yerde çalışmıştır. Çalışmaları arasızlıktır. İş akti son işveren K. Oto Yan. San. Tic. A.Ş. tarafından fesedilmiştir. İhbar tazminatından bu işveren sorumludur. Önceki çalışmada fesih olmadığı gibi, iş sözleşmesi devrinde de son işveren sorumludur. Bu halde, K. Isı Cihazları San. Tic. A.Ş. hakkındaki ihbar tazminatı isteği reddedilmeli idi. Karar bu yönüyle hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebebten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/34640 **K:** 2009/608 **T:** 21.01.2009

İŞ HUKUKU • ÜCRET HESAP PUSULASI • BANKADA AÇILACAK HESABA ÖDEME YAPILMASI ZORUNLULUĞU • ÜCRETİN ÖDENDİĞİNİ İSPATLAMANIN İŞVEREN SORUMLULUĞUNDA BULUNMASI

(4857 SK m. 32, 37)

Özet: *Ücret hesap pusulasında işçinin imzasının olması ücretin ödendiği anlamına gelir. Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir.*

Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de, para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir.

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, genel tatil ücreti, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukat tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- İşçi ücretlerinin ödenmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 37. maddesine göre, işçiye ücretinin elden veya banka kanalıyla ödenmesi durumunda, ücret hesabını gösteren imzalı ve işyerinin özel işaretini taşıyan *"ücret hesap pusulası"* verilmesi zorunludur. İşverence verilmesi gereken bu belgede işçinin imzasının alınmış olması ücretin ödendiği anlamına gelir.

Uygulamada çoğunlukla *"ücret bordrosu"* adı verilen belgeler düzenlenmekte ve periyodik ödemelerde işçinin imzası alınmaktadır. Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir. Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de, para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5754 Sayılı Yasa'yla değişik 32. maddesinde, *"Çalıştırılan işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle*

ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı işçi sayısı, işyerlerinin bulunduğu il ve benzeri gibi unsurları dikkate alarak işverenleri veya üçüncü kişileri zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı'ndan sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir. Çalıştırdığı işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişiler, işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler," şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre, belli koşulların varlığı halinde ödemeler işçi adına açılacak banka hesabına yatırılmalıdır.

Uzun süre ücretlerinin ödenmediği iddiası karşısında, işverence cevap dilekçesinde dayanılmak kaydıyla yemin teklifi hakkının olduğu hatırlatılmalı ve gerekirse bu yönde usulü işlemler tamamlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Dairemizce, çok uzun süre ücret ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek, hakimce resen yemin teklifinde bulunulabileceği de kabul edilmektedir. (Yargıtay 9. HD. 18.10.2004 gün 2004/7006 E. 2004/23275 K.)

Somut olayda zamanaşımı süresi dışında kalan ücret alacağının ödendiği hususu davalı tarafça yukarıda açıklanan şekilde ispat edilememiştir. Söz konusu alacağın kabulü yerine reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

2- Davacı, davalılara 23223 26/01 sicil no'lu işyerinde çalıştığını ileri sürmüştür. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 26.07.2002-08.07.2003 tarihleri arasında çalışmasının geçtiği 23223 26/01 no'lu işyerinin SSK İl Müdürlüğü'nden aldığı şifai bilgiye göre başka bir işyerine ait olduğu, internet sitesindeki SSK hizmet cetvelinden de hangi işveren yanında çalıştığının belli olmadığı, her iki ihtimalde de davalı işverenlerin yanında çalışmasının olmadığı mütalaa edilmiş; buna ilişkin dosyaların bulunamadığı gerekçesi ile bu işyerindeki çalışması çalışma süresinden sayılmamıştır.Mahkemece, ilgili SSK kayıtlarının celbi ile, davacı işçinin çalıştığını ileri sürdüğü 23223 26/01 sicil no'lu işyerinin davalılara ait olup olmadığının tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenerek çalışma süresinin tespiti gerekirken eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 21.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/23503 **K:** 2009/1639 **T:** 05.02.2009

İŞ HUKUKU • KIDEM TAZMİNATI • MEMURİYETTE GEÇEN SÜRENİN HESABA EKLENMESİ • ZAMANAŞIMI

(1475 SK m.14)

Özet: *Memuriyetten ayrılıp işçi olarak çalışan biri, ayrılma tarihinden başlayarak 10 yıl geçmişse istemde bulunamaz. Memuriyet süresine ilişkin kıdem tazminatı zamanaşımına uğrar.*

Davacı, kıdem tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesine 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

Davacı işçinin kıdem tazminatı hesabında daha önce memur olarak kamu kurunmuda çalışılan sürenin dikkate alınıp alınmayacağı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde beli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağıladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya *"kıdem tazminatı"* denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin iş verene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm

olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş söleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınmasıgereken süreyi başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilmeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimi muhabata ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin iş yerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş söleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 Sayılı Yasa'nın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenmez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen seneler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aşnı işverene ait işyeri ya da iş yerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında *"şirketler arasında organik bağ"*dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9. HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilmeyeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup

bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem kazminatının hesabında organik bağ çercevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 Sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşcinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşcinin daha önce aynı ya da başkaca kamu kurumunda memur veya sözleşmeli personel olarak çalıştığı süreler kural olarak kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır. Yargıtay kararların da memuriyette geçen süre için de kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir *(27.03.2006 gün 2005/ 29328 E, 2006/7379 K.)*. Öğretide de bu görüş benimsenmiştir *(Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 429; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 2008, s. 822; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. bası İstanbul 2008,s.708.)*.

Bununla birlikte, işçinin kamu kurumlarında işçilikte geçen hizmetlerinin birleştirilmesi için önceki çalışmaların, fesih şekli itibariyle kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği 1475 Sayılı Yasa'nın 14/5. madesinde açık biçimde düzenlenmiş olmakla, aynı kuralın memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışılan süre yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Temel amacı işçiyi korumak olan İş Kanunu'nun,

işçi yönünden öngörmediği bir kuralın memur olarak çalışılan süre için uygulanması düşünülemez. Aksine çözüm tarzı, tüm süreyi işçilikte geçirdiği halde ilk dönem çalışması istifa ile sona eren işçi bakımından bir eşitsizlik ortaya çıkarır.

İş yerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği oldugunda da söz edilemez. İşci daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personeldöneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da bu doğrultudadır. (Yargıtay HGK. 15.10.2008 gün 2008/9-586 E, 2008/633 K; 28.11.2007 gün 2007/9-814 E, 2008/896 K.)

İstifa ile sona ermemiş olan memuriyet dönemi ile sözleşmeli personel olarak çalışılan süreler 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 6. maddesinde sözü edilen özel tavan gözelitlem süretiyle tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davacı 16.05.1994 tarihinde istifa ederek memuriyette geçen çalışmasını sona erdirmiş, 18.05.1994 tarihinde işçi statüsünde çalışmaya başlamıştır. Bu nedenle davacının memuriyette geçen çalışma süresi kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı için davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.02.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı, 09.06.1976-16.05.1994 tarihleri arasında yardımcı hizmetler sınıfında (temizlik hizmetleri) 657 Sayılı Yasaya tabi memur statüsünde belediyede görev yapmıştır. Daha sonra belediye memur ve müstahdemler tüzügünün 56. maddesi gereğince İçişleri Bakanlığının 03.11.1993 tarih ve 5445 sayılı emirleri ile ihdas edilmiş bulunan boş temizlik işçisi kadrosuna aynı belediye işyerine başkanlık oluru alınarak ataması yapılmıştır.

İlk görev yerinden, 657 Sayılı Yasa'nın 94. maddesi gereğince 16.05.1994 tarihli dilekçesi ile istifa etmek suretiyle ayrılmıştır. İstifanın kabulünden sonra, 18.05.1994 tarihinde sürekli işçi kadrosunda Belediyede işe başlatılmış, emeklilik tarihi olan 15.04.2000 tarihine kadar İş Kanunu'na tabi işçi olarak çalışmıştır.

Davacıya, 657 Sayılı Yasa'ya tabi memur statüsünde geçen 5434 sayılı Emekli Sandığı Yasası ile ilgilendirilerek, 19 yıl 5 ay 16 günlük hizmet süresi ile 1475 Sayılı Yasa'yla işçi statüsüne geçtikten sonra da 5 yıl 11 ay 1 günlük süre ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasa'sı ile ilişkilendirilerek çalıştıktan sonra, askerlik borçlanması ve özel sigorta çalışmaları ile tüm hizmetleri birleştirip, 14.04.200 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunarak, tüm süre üzerinden Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan yaşlılık aylığı bağlanmıştır.

Davacıya işverenince yalnızca işçilikte geçen süreye karşılık gelmek üzere 5 yıl 11 ay 1 gün üzerinden kıdem tazminatı ödenmiştir.

Davacının işçilikte geçen süresi kıdem tazminatında değerlendirilmiş ise de, 657 Sayılı Yasaya tabi memuriyette geçen süresinin (19 yıl 5 ay 16 gün) kıdem tazminatı hesabına dahil edilmediği görülmektedir.

Öncelikle davacı 28.09.2000 tarihli dilekçesi ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Elazığ Bölge Müdürlüğü'ne başvurarak, işverence toplam çalışma süresi üzerinden ödenmeyen kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğine dair şikayette bulunmuştur. Kurumun 09.01.2001 tarihli cevabı yazısında; İlgili, 09.06.1976'da başlayan memuriyet statüsünden, 16.05.1194 tarihinde istifa ederek ayrılmış ise de, 18.05.1194'de münhal bulunan işçilik kadrosunda aynı işyerinde çalışmaya başlaması için, zorunlu olarak eski görevinden istifaen ayrılmasının ve yeni görevine 3 gün içinde başlamış olmasının tamamen hukuki prosedürün tamamlanması mahiyetinde olduğu, kıdem tazminatının ödenmesini engelleyen hal olmadığı, olaydaki istifanın bu şeklide değerlendirilmesi gerektiği, 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi gereğince hizmet birleştirmesi yapıldığından toplam hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatı ödemesi yapılması gerektiği, ancak bu tazminatın T.C. Emekli Sandığı'na tabi geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar yaşlılık veya malüllük aylığına başlangıç tarihinden T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre *"emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olmama koşulu ile yapılması gerektiği, sonuç alınmadığı taktirde yargı yoluna başvurulabileceği"* yolunda olumlu görüş bildirdiği görülmüştür.

Davacı, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün raporu üzerine Belediyeye başvurarak 29.01.2001 tarihli dilekçesi ile, emekli olduğu 15.01.2000 tarihi itibariyla memurluk ve işçilikte geçen tüm süreye ait kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğini talep etmiştir.

Belediye Başkanlığınca davancının istekleri incelenmiş ve istifa etmek suretiyle memurluk görevinden ayrılmış bulunduğundan kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmediğini, Bölge Çalışma Müdürlüğü rapor içeriğinin de yoruma dayalı bulunduğundan, yasal dayanak gösterilmediğinden bahsolunarak, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün

resmi görüşü de asas alınıp, bu görüş doğrultusunda davacının istemi reddedilmiştir.

Davacı, red yazısı üzerine memuriyet dönemine ait fark kıdem tazminatını talep eden eldeki işbu davayı açmıştır.

Davalı işveren Belediye Başkanlığı davanın esasına cevaben özetle, davacının memur kadrosundan işçi statüsüne, maaşının yaklaşık iki katı artacağı ve yıllık 92 günlük de ikramiye alacağından, menfaatlerini düşünerek geçiş yaptığını, istifaen ayrılmış olduğundan memuriyette geçirilen sürelere ilişkin kıdem tazminatına hak kazanmayacağını, 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu ve bu nedenlerle davanın reddi gerektiğini ileri sürmüştür.

Davacının istemi ile davalının itirazları, toplanan deliller birlikte mahkemece değerlendirilerek, BÇM raporu ve sonrasında alınan bilirkişi raporu doğrultusunda isteğin kabulü halinde oluşacak kıdem tazminatı ayrıca bilirkişiye hesaplattırılıp istemin kabulüne karar verildiği görülmektedir.

Yüksek Dairece yapılan inceleme sonunda çoğunlukça, yerel mahkemenin kabul hükmü isabetli bulunmayarak bozma kararı verilmiştir. Bozma kararında somut olaya birebir uyan hiçbir paragraf bulunmamaktadır. Genel olarak memuriyet veya sözleşmeli personellikten işçiliğe geçişte kıdem tazminatının verilebileceği kabul edilmekte ise de , ayrılma yönteminin istifa etmek suretiyle gerçekleşmesi halinde 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 6. fıkrasında anlatılan iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi olarak nitelendirilerek istifa eden işçinin memuriyetten işçiliğe veya işçilikten işçiliğe naklolması hallerinde bir ayrıma gitmeksizin kıdem tazminatının istifadan önceki dönem için hak edilmeyeceği ylunda görüş bildirilmektedir.

Yüksek Dairenin son yıllardaki (2005-2006) uygulamasının bu yolda olduğunu, doktrinde de çoğu görüşünün bu doğrultuda olduğu vurgulanarak, referans olarak bazı akademisyenlerin ders kitaplarının konuyla ilgili bölümlerine bozma kararında yer verildiği görülmektedir. Ayrıca emsal olarak gösterilen benzer konudaki davalara ilişkin yüksek daire bozma kararlarının, Hukuk Genel Kurulu önüne geldiğinde, Dairenin bozma kararı doğrultusunda sonuçlandığı, dolayısıyla istifa suretiyle işinden ayrılma hallerinde kıdem tazminatına hak kazanılamayacağı görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır.

Bozma ilamında emsal gösterilen Hukuk Genel Kurulu kararları incelendiğinde somut olay ile benzerlik göstermediği, farklılık arzettiği, bu nedenle de emsal teşkil edilemeyeceği görülmektedir.

Şöyle ki; 28.11.2007, 15.10.2008 günlü Hukuk Genel Kurulu kararlarının içeriği incelendiğinde; davacı tarafın istifa etmek suretiyle

kamudaki görevinden ayrılmış ise de, ertesi gün ve iki gün gibi çok kısa bir zaman sonra yine kamudaki diğer bir göreve, adeta bir nevi nakil yaptırmak suretiyle işe başlatılmıştır. Emsallerde, davacıların nakillerinin, işçilikten işçiliğe ve işçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçiş şeklinde olduğu görülmekle, memuriyetten işçiliğe geçen dava konusu işçinin durumu ile benzerliği bulunmamaktadır.

Bozma ilamındaki diğer bir gerçekçe de, bu istifa suretiyle geçişin dışında genel olarak daha iyi imkanlarda iş bulan işçinin yeni işine bu nedenle geçişinin haklı görülmeyeceği ve bu nedenle de kıdem tazminatını hak etmeyeceği gösterilmekte ise de, bu görüş, klasik iş hukuku normları ile uygunluk arzetmemekte, *"işçi lehine yorum"* ilkesine de uygun düşmemektedir. Çalışan kesime fırsatlar doğduğunda, kendi mevcut şartlarını daha iyisine taşıma adına hareket etmesinden daha akılcı bir yöntem olamaz (yüksek ücret ve prim için memuriyetten işçiliğe geçiş). Aksi halde işverenin işçiyi mevcut şartlarından daha kötü şartlarda çalıştırmak üzere görevlendirdiğinde, işçinin haklı feshini uygun gören iş hukuku ilkelerini yok saymış oluruz. (4857 Sayılı Yasa'nın 22.maddesi). Salt işçi lehine şartların değerlendirildiği gerekçesiyle anayasal eşitliğin bozulduğu görüşü akla getirilmemelidir. Çoğunluğun bozma gerekçesinin bu kısmına da katılamamaktayım.

Somut olayın daha net biçimde değerlendirilmesine geçildiğinde, dayanağı olan ilgili yasa maddelerinden zorunlu olarak söz etmek gerekmektedir. Davacı 657 Sayılı Yasa'ya tabi memur statüsünde çalışmakta iken istifa etmek suretiyle işinden ayrıldığında ve sırf bu nedenle (istifası nedeniyle) memuriyette geçirdiği uzun süreli hizmetine dair kıdem tazminatını alamamaktadır. 657 Sayılı Yasa'nın 4. maddesinde çalışanlar gört gruba ayrılmakta olup memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olmak üzere sıralanmıştır. Yine 657 Sayılı Yasa'da görevden ayrılabilmek için şekli bir prosedür olan istifanın yer aldığı madde 94. madde incelendiğinde *"Devlet Memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilebilir."* denilmektedir. 97. madde şıklarında 6 ay, 1 yıl 3 yıl ve hiçbir surette gibi kavramlarla memuriyette çekilme ihtimallerine göre eski görevine geri dönebilme veya dönememe olgusu yer almaktadır. Diğer bir anlatımla çekilen (istifa eden) bir memurun görevine dönebilme ihtimali bulunmaktadır. Yine aynı yasanın 98. maddesinin incelenmesinde memurluğun sona ermesi şıklarında çıkarılma ve kaybettirilme, çekilme, emekliye ayrılma ve ölüm halleri bulunmaktadır. Tüm bu anlatılanlardan devlet memurunun bir başka göreve geçebilmesi için çekilmesinin (istifa etmesinin) zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Başkaca görevden ayrılma şekli bulunmamaktadır. Davacı da bu yasal yöntemi kullanarak işinden ayrılıp 2 gün sonra yeni bir statüde işe başlatılmıştır. Bu başlatma, davacının ayrıldığı

işyerinden geçiş nedeni bilinerek ve *"olur"* verilerek yeni görev yerine başlamıştır.

Esasen, 1475 Sayılı Yasa'daki kavramlar incelendiğinde işçinin çalışmakta olduğu işyerinden ve işvereninden ayrılmasının yöntemleri ve ihtimalleri sıralanmasından istifa veya çekilme kavramı yasa maddesi olarak bulunmamaktadır. İş akdini sonlandıran temel kavram, iş akdinin feshidir. Bu fesih olgusu zaman zaman işçi tarafından yazılı olarak işverene ihtar çekilerek (noterden, elden veya posta ile) , işyerini terk etmek suretiyle (eylemli fesih), iş yerine yasada belirtilen sürelerde gelmemek şeklinde gerçekleşebilmektedir. İşveren açısından da iş akdi benzer yöntemlerle fesih (yazılı veya sözlü) kovma, eylemli olarak attırma, işyerine almama şeklinde gerçekleşmektedir. Görüldüğü üzere 657 Sayılı Yasa'da tadat eden haller İş Hukuku'nda daha esnek tutulmuştur. İhtimallere göre ve yorumlanmak suretiyle çoğaltılabilmektedir. Demek ki istifa olgusu, iş hukuku terminolojisinde doğrudan yer almamasına rağmen, çalışma hayatında memurlarınkine benzer ancak sonuçları aynı olmayan işçilerin iş aktilerini sonlandıran işten ayrılma biçimi ve kavramı olarak değerlendirilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, T.C. Devlet geleneği ve yönetim politakaları ile kamu idaresinin yapılandırılması ve yönetilmesi, çalışanların hukuki statüleri, terfi ve çalışma şartlarının belirlenmesi amaçlanarak hazırlanmıştır. Bu yasa ile Devlet, çalışanını korumak ve kollamak durumundadır. Her devlet bu geleneğini kendine özgü kuralları ile belirlemektedir. Devletin yönetim biçimi de bu kuralları kendiliğinden ortaya koymakta ve anayasasında yer almaktadır. Türk İş Hukuku ise klasik disiplin içerisinde dünya milletlerinin iş hukuku ile birlikte hareket ederek, İLO Sözleşmeleri ile getirilen kurallara sahip çıkıp, ilkelerini benimseyerek norm ve standart birliğine geçmeyi hedeflemiştir. Daha sonrasında T.C. hükümetlerinin çabaları ile AB standartlarına uyum çalışmalarında AB ülkelerinin İş Hukuku normaları ile birlikte hareket etme amacı ve yöntemi geliştirmiştir. Esasen İLO ile sonrasındaki AB normaları pek çok konuda zaten birliktelik arzetmektedir. Demek oluyor ki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun T.C. devletinin geleneksel çalışma hukukunu memurlar için düzenlemekte olup kendine özgüdür. İş hukuku ise anlatılan nedenlerle dünya devletleri normları ile benzerlik sağlamaya çalıştığı için evrensel ve geneldir. Benzerlik arzetmeyen iki yasanın ilkeleri, birbiri için geçiş hükmü olarak kullanılmalıdır (memuriyetten istifanın işçilikten istifa ile özdeleştirilmesi gibi).

1475 sayılı İş Yasası'nın yürürlükte kalan tek maddesi olan 14. maddesinin 4. ve takip eden diğer fıkralarında yer alana hükümler, dava konusu olayda uygulanması gereken geçen süreye ait ek kıdem

tazminatının ödenmesine ilişkin davada, 14. maddede belirtilen ihtimaller sayıldıktan sonra, davacının durumu ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

Özetle kamu kesiminde çalışanların emeklilik hallerinde bu maddede anlatıldığı üzere başvurulması halinde hizmetlerin birleştirilmesi gerekmektedir. Ancak, son işyeri, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı iş yeri olmalıdır. Yasanın davacı için uyarlanması söz konusu olduğunda, çalışması başlangıçta memur iken işçiliğe geçiş şeklinde gerçekleşmiştir. Durum böyle olabileceği gibi, işçilikten işçiliğe geçiş veya memur (sözleşmeli personel de olabilir) iken işçiliğe geçiş şeklinde de gerçekleşebilir. Emeklilik zamanı geldiğinde, yaşlılık aylığı bağlanması için 506 Sayılı Yasa'daki ön koşullar gerçekleştiğinde (prim ödeme gün sayısı, hizmet süresi, yaş) 2829 Sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile 12. maddesi hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi sonucu aylık bağlanacaktır. Somut olayda davacı da bu hakkını kullanmıştır.

Ancak bir çalışanın çalışma yaşamının sonunda elde ettiği hak yalnızca yaşlılık aylığı olmayıp çalışma süresine ilişkin olmak üzere tazminat türünden toplu bir paranın da son işverenince ödenmesidir. Bu toplu paranın adı iş hukukunda kıdem tazminatı olup, devlet memuriyetinde ise emekli ikramiyesidir. Bunlardan birisinin eksikliği, şahsı yaşlılık hayatında beklentilerinin gerçekleşmemesi veya eksilmesi nedeniyle son derece olumsuz etkileyecek, mağduriyetine sebebiyet verebilir.

657 Sayılı Yasa gereğince çalışanların emeklilik hallerinde hak kazanacakları emekli aylığı ve emekli ikramiyesinin hangi hallerde ve şartlarda ödeneceği 5434 Sayılı Yasa'nın 39. maddesinde anlatılmaktadır. Yine aynı yasanın 89 ve 91. maddelerinde ikramiyenin hesaplama biçimi ile aylık başlangıçları anlatılmış olup 92. madde de emeklilik haklarının düşmesi ve bağlanan aylıkların devamlı olarak kesilmesini gerektiren sebebin sadece Türk vatandaşlığını bırakanlar veya yabancı memleket uyruğuna girenler olarak tanımlamaktadır. Hatta Türk vatandaşlığını muhafaza eden veya geri dönenlerin bu haklarına kavuşabilecekleri yer almaktadır. Demek oluyor ki memurun emekli ikramiyesi ve emekli aylığını kaybettirmek çok kolay ve sık olan bir yöntem değildir. Bu hallerin arasında sayılan istifa olgusu yer almadığı gibi, uzun vadeli ve kalıcı hakların kaybedilmesini gerektirmemektedir. İstifa etmenin fonksiyonu sadece görevden ayrılmaktadır. Kamuda çalışan kimsenin istifa edip diğer kamu kuruluşuna geçmesi demek bir nevi işvereni olan devlet kurumundan ayrılma anlamına gelmemektedir.

İş Hukuku'nda ise böyle benzer bir halde (istifa etmesi, ayrılma iradeli dilekçe vermesi, vb. işçinin işyerini ve işverenini terk ettiği, çalıştığı döneme ilişkin tüm haklarını tasfiye ettiği anlamına gelir. Bu konuma iradesi ile geçtiğinden ötürü, kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Memur olarak çalışanın tabi olduğu yasalarda (657, 5434), sosyal güvenlik haklarını olumsuzlaştıran ve yok eden hükümler bulunmazken tabi olmadığı bir yasanın (1475) olumsuz hükümlerine maruz bırakılması düşünülmez. Diğer yandan, bir işçiye aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışmış olması halinde, hizmetlerin birleştirip toplam hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi gerekeceği iş hukukunun ana kurallarından birisidir. Olayımızda da, bir işveren olan kamuya ait bir işyerinden ayrılıp, diğer bir işyerine geçen çalışan için benzer uygulamanın düşünülmesi ve hizmetlerinin birleştirilmesinin gerekeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim davacının yaşlılık aylığının bağlandığı son kamu işyeri ile önceki kamu işyerindeki hizmetleri toplanarak yaklaşık 25 yıl üzerinden aylık tahsisi yapılmıştır. Aynı çalışma dönemi için son 5 yılı geçerli sayılıp, memurluktaki sürenin kıdemden sayılmaması, her iki hakkın kıyaslanmasında öncekini inkar etmek durumuna düşüleceğinden hakkaniyete de, hukuk mantığınına da uygun düşmemektedir.

Kanun koyucu 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin hazırlanırken son hizmetin mutlaka işçilikte geçmesi ve aylığın Sosyal Sigortalardan bağlanması gerektiğini zamanlama olarak ele almıştır. Amaçlanan, hizmeti birleştirmesidir. Önceki çalışmanın yine kamuda geçmesi ön şart ise de statu olarak memur, sözleşmeli personel ve işçi ayrımına girmeksizin kıdem tazminatını hak etme olgusu üzerinde durulmuştur. Kıdem tazminatı kelimesi terminoloji olarak İş Hukuku'na aittir. Genelde 5006 Sayılı Yasa ile çalışan sigortalıların emeklilik tazminatının adıdır. 657 Sayılı Yasa'ya tabi memur veya sözleşmeli personelin özlük hakları 5434 Sayılı Yasa ile ilişkilendirilmiş olup, burada emeklilikte alınacak hakkın niteliği ve adı emekli ikramiyesi olup, kıdem tazminatının karşıyılığıdır. Kısaca muhattabı memur ve sözleşmeli personelidir. Kanun koyucu kıdem tazminatı diyerek ihtimallerden birisi olan işçi iken kamuda diğer işçi statüsüne geçenleri kastederek kıdem tazminatını hak etmeyecek biçimde iş aktinin sonlanmaması gerektiğini vurgulamak istemiştir. Bu durumda, varsa istifa olgusu yine kendi şartları dahilinde oeğerlendirilerek gerçek iradeyi de saptayarak belki birinci dönem çalışmayı sonlandırmak anlamına gelebileceği söz konusu olacaktır. Buna karşın, bir memur veya sözleşmeli personelin istifa etmek suretiyle işinden ayrılması iş sözleşmesini sonlandırmak anlamına gelmeyeceğinden ve emekli ikramiyesini hak etmemesi gibi bir durum yasada yer almadığından, benzer uygulamaya tabi tutmak mümkün değildir. Daha net bir ifade ile memur ve sözleşmeli personelin istifa etmek suretiyle işinden ayrılması ve diğer bir kamu iş yerine geçmeşi amaçlaması halinde, yasada terim olarak yer almayan emekli ikramiyesinden mahrum bırakılamaz. (yasada sadece kıdem tazminatı denmektedir). Zaten devamı olan 7. fıkrada kıdem tazminatının emekli ikramiyesi şeklinde hesaplanması gerektiği de vurgulanmaktadır. Dosya içerisinde mevcut bulunan

BÇM raporu da hesaplamayı bu şekilde önermektedir. Çünkü memuriyetten ayrılmanın şeklen istifadan başka bir yöntemi olmadığı için Kanun koyucu emekli ikramiyesi veya kıdem tazminatını hak etmeme gibi iki olumsuz ihtimalle birlikte yasada yer vermemiş olup, emekli ikramiyesi alacakları ayrık tutmak istemiştir. Yasada yalnızca kastedilen kıdem tazminatı alabilecek olan işçilerdir.

Yasada yer almayan hükümden yola çıkılarak memur olan davacının istifa dilekçesi vererek işinden ayrılmış olması ve diğer işe geçmesi hali için kıdem tazminatının (emekli ikramiyesinin) yok edilmesi söz konusu olamaz. Yasaya yanlış anlam ve yorum katılarak çalışanların Anayasa 49, 65 ve 90 ile Uluslararası Sözleşmeler gereğince tanınan sosyal haklardan yoksun bırakılarak yaşlı ve yorgun yıllarında telafisi imkansız, zararlandırıcı durumlara maruz bırakılması düşünülmemelidir. Aksine yorum, sosyal devletin koruma kollama amacına da ters düştüğü gibi kamu vicdanı ile hakkaniyete de uygun olmayacaktır.

SONUÇ: Yukarıda anlatılan tüm bu nedenler ve ilgili yasa maddeleri, dosyadaki deliller birlikte değerlendirildiğinde, mahkemece varılan sonuç tarafınca isabetli bulunduğundan Yerel Mahkemenin usul ve yasaya uygun kararının onanması gerekirken aksi görüşü benimseyen Daire çoğunluğunun bozma kararına katılamamaktayım.

Asuman CELKAN
9. Hukuk Daire Üyesi

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/30301 **K:** 2009/6217 **T:** 09.03.2009

İŞ HUKUKU • ÇALIŞANIN BANKAYA VERDİĞİ ZARAR • ZAMANAŞIMI

(4389 SK Ek. m.5; 5411 SY m.141; 5472 SY Geç. m.11)

Özet: *Uyuşmazlık, T. Bank'ta görevli işçinin eylemi nedeniyle doğduğu iddia edilen işveren banka eylemi nedeniyle, daha sonra bankanın fona devredilmesi üzerine, zarar sebebiyle alacak davasında uygulanacak zamanaşımı süresinin yasal dayanağına ilişkindir.*

5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 141. maddesi gereğince, bu konudan kaynaklanan fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı 20 yıldır.

Davacı uğranılan zararın tahsiline 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, T.Bank eski şube müdürü olan davalının görevi sırasında kaydi olarak gerçekleştirilmeyen arbitraj işlemini yapılmış gibi göstererek, müşterilere daktilo ile düzenlenmiş hesap cüzdanı verdiğini, kur riskini 30 ay boyunca taşınmasına neden olarak bankayı zarara uğrattığını, hakkında iki ayrı soruşturma raporu düzenlendiğini belirterek banka alacağının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Zamanaşımı definde bulunan davalı, dava konusu işlemin başlangıç tarihinin 01.06.1995 olup, müfettiş raporu ile zararın 14.06.2002 tarihinde öğrenildiğini ifade etmiş, ayrıca bankayı zarara uğratmasının söz konusu olmadığını savunmuştur.

Mahkemece işçinin çalışırken haksız eylem niteliğindeki hareketi ile işvereni zarara uğratması eylemi nedeni ile zamanaşımı sürelerinin BK. 66'da yer alan 1 ve 10 yıllık süreler olduğu, davacı tarafından bildirilen 5020 Sayılı Yasa ile Bankacılık Yasası'na eklenen ek madde 3'teki

düzenlemenin zararın banka alacağından kaynaklanmaması nedeniyle uygulanmasının olası olmadığı, işlemin 01.06.1995 tarihinde yapılmasının yanı sıra 14.06.2002 tarihli müfettiş raporu ile varlığı iddia edilen zararın ve sorumlunun öğrenildiği, 1 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin dolduğu gerekçesiyle zamanaşımı nedeniyle dava reddedilmiş, sorumluluk ve zarar hususları araştırılmamıştır.

Uyuşmazlık T .Bank'ta görevli işçinin eylemi nedeniyle doğduğu iddia edilen işveren banka eylemi nedeniyle, daha sonra bankanın fona devredilmesi üzerine, zarar sebebiyle alacak davasında uygulanacak zamanaşımı süresinin yasal dayanağına ilişkindir.

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2006 tarih ve E. 2006/12-110, K 2006/122 sayılı kararı ile; *"4389 Sayılı Kanun ve bunu değiştiren tüm Kanunlar 01.11.2005 gün ve 25983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5411 Sayılı Kanun 5472 Sayılı Kanunla değişikliğe uğramış, bu değişiklik 14.03.2006 tarih ve 26108 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.*

Öncelikle; alacaklı bankanın ve alacağının yasal konumunun belirlenmesine yönelik olarak, 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve bu kanunu değiştiren tüm kanunlar ile 01.11.2005 gün ve 25983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak bu kanunları yürürlükten kaldıran 5472 Sayılı Kanunla değişik 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun ilgili hükümlerinin irdelenmesinde yarar vardır.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'na 5020 Sayılı Kanun'un 27. maddesi ile eklenen ek. 5. maddede; "Kamu bankalarında "tasfiye halindeki Emlak Bankası A.Ş. dahil" ve sermayesinin yarıdan fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalarda bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce bankacılık teamüllerine göre teminatlı ve veya yetersiz teminatlı kredi kullanıp da vadesi geçtiği halde henüz ödenmemiş, süresi uzatılmamış veya yeniden yapılandırılmamış kredileri kullananlar ya da yeniden yapılandırma şartlarını ihlal edenler ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri ve availer, taşınır ve taşınmaz rehini, ipotek, üst hakkı, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı ayni hak tesisine ilişkin sözleşmeden doğan haklarında diğer bankaların ve üçüncü kişilerin muvazaadan ari hakları aleyhine olmamak üzere Fon ve Hazine alacaklarına ilişkin tedbir, takip ve tahsil hükümleri bankalarınca uygulanır."

Denilmekte;

5020 Sayılı Kanun'la eklenen ek madde 3'te de;

"... Bu kanundan kaynaklanan fon alacaklarına ve bu kanuna göre hazine alacağı sayılan alacaklara ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıldır. Fon alacakları ve bu kanuna göre hazine alacağı sayılan alacaklar bakımından bu sürenin başlangıcı fon tarafından ödeme yapılamasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişilerin fiillerini gerçekleştirdiği tarihten itibaren başlar."

Hükmü yer almaktadır.

Davanın devamı sırasında 01.11.2005 gün ve 25983 sayılı Resmi gazetede yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık kanunu ile 4389 sayılı Bankalar Kanun ve bunu değiştiren tüm kanunlar, bu kanunun geçici maddelerindeki düzenlemeler hariç olmak üzere yürürlükten kaldırılmış; 5411 sayılı kanun 5472 sayılı kanunla değişikliğe uğrayarak, bu değişiklik de 14.03.2006 tarih ve 26108 sayılı Resmi gazetede yayımlanmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun;

"Yürürlük" başlıklı 170. maddesinde;

"Bu Kanunun; 90 ve 91. maddeleri bu Kanunun yayımı tarihinden iki ay içinde, 168. maddesinin (B), (C), (D) ve _ fıkraları 01.01.2006 tarihinde, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer."

"Zamanaşımı" başlıklı 141. maddesinde;

"Bu Kanundan kaynaklanan fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıldır."

"Kaldırılan ve Değiştirilen Hükümler" başlıklı 168. maddesinde A fıkrasında;

"Bu Kanunun geçici maddelerindeki" düzenlemeler hariç olmak üzere, 18.06.1999 tarihli 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırmıştır."

Geçici madde H'de;

"Bu Kanunun yayımı tarihinden önce, 26.12.2003 tarihine kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilişkili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri fon eliyle yürütülen veya fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında başlatılan işlemler sonuçlanıncaya ve her türlü fon alacakları tahsil edilinceye kadar bu kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 Sayılı Kanun'un 14, 15, 15/a, 16, 17, 17/a ve 18. maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5 ve 6. maddeleri ile geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulamasına devam edilir..."

Geçici madde 13'te;

"Sermayesi yarıdan fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil

yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalarda (Tasfiye Halinde T. Emlak Bankası A.Ş. dahil) 26.12.2003 tarihinden önce bankacılık teamüllerine göre teminatlı ve/veya yetersiz teminatlı kredi kullanıp da vadesi geçtiği halde henüz ödenmemiş, süresi uzatılmamış veya yeniden yapılandırılmamış kredileri kullananlar ya da yeniden yapılandırma şartlarını ihlal edenler ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri, ve availer, taşınır ve taşınmaz rehni, ipotek, üst hakkı, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı ayni hak tesisine ilişkin sözleşmeden doğan hakların da diğer bankaların ve üçüncü kişilerin muvazaadan ari hakları aleyhine olmamak Fon alacaklarının tahsiline ilişkin 123, 134, 136, 137, 138, 140, 142 ve 165. madde hükümleri, tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası şartı aranmaması, tüzel kişilerin kanuni temsilcileri ile borçlu ve borçla diğer ilgililerin yurt dışına çıkmasını yasaklama dahil bankalarınca uygulanır."

Geçici madde 16'da;

"Bu kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda fon lehine getirilen hükümler makable şamildir."

Hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü üzere; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, bu Kanunun geçici maddelerindeki düzenlemeler hariç olmak üzere, 18.06.1999 tarihli 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile ek ve değişikliklerini yürürlükten kaldırmıştır. Yukarıya içerikleri aynen alınan geçici maddeler hükümlerinde ise, açıkça 4389 Sayılı Kanun'un ek 1, 2, 3, 4, 5 ve 6. maddeleri ile geçici 4. maddesi hükümleri uygulanmasına devam edileceği ifade edilmiştir.

Uygulamaya devam edilecek hükümlerden 4389 Sayılı Kanun ek 5. madde kapsamında alacaklı T. Vakıflar Bankası A.Ş. girmektedir. Bunun sonucu olarak, yine aynı Kanunun 5020 Sayılı Yasa ile eklenen ek madde 3'te yer alan; bu Kanundan kaynaklanan fon alacaklarına ve bu Kanuna göre hazine alacağı sayılan alacaklara ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresinin 20 yıl olduğunu ifade eden hükmün de alacaklı yönünden uygulanacağının kabulü gerekir. Zira, açıklanan bu hükümleri ayakta tutarak yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, yukarıya aynen alınan Geçici madde 16'da da açıkça bu alacaklar yönünden getirilen fon lehine hükümlerin fon alacakları yönünden geçmişe etkili olacağını düzenlemiştir. Bu hükümden hazine alacaklarını ayrı düşünmek, ayakta tutulan eski yasa hükümleri de birlikte değerlendirildiğinde olanaklı değildir. Bu bakımdan 5411 Sayılı Kanun'un geçici madde 16'nın hazine alacakları yönünden de geçerli olduğu belirgindir.

Uyuşmazlığın çözümünde ayakta bırakılan eski yasa hükümleri ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hükümlerinin birlikte ele alınıp, sonuca

varılması gerekmektedir. Zira, Yasa koyucunun geriye etkinlik unsurunu açıkça getirmiş olması, bu alacakların tahsilinin sağlanması amacını ortaya koymaktadır. Şu durumda, geriye etkinliği (makable şamil olmayı) kabul eden 5411 Sayılı Yasa'nın bu açık hükmü karşısında yürürlük tarihi bu hükümler yönünden yayım tarihi olmakla birlikte, etkisini Yayım tarihinden önceki alacaklar yönünden doğuracağının kabulü gerekir.

Öte yandan zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için haksız eylemin tüm unsurları ile gerçekleştiği ve hukuken bu niteliğe büründüğü tarihten itibaren başlayacağı Yargıtay'ca benimsenmiştir. (YHGK, 4.6.2003 tarih ve 2003/4-400 E. 2003/390 K).

Somut olayda davalıya isnad edilen eylemin başlangıç tarihi 01.06.1995'tir. Kur riskinin taşınmasıyla sürdüğü anlaşılmaktadır. Banka müşterilerinin paralarını çekmek istemeleri nedeniyle banka tarafından belirtilen meblağlar 03.06.1998 tarihinde karşılanmıştır. Davacı hakkında her ikisi de 14.06.2002 tarihini taşıyan iki müfettiş soruşturma raporu bulunmaktadır.

5411 sayılı Bakanlar Kurulu'nun 141. maddesi gereğince, bu kanundan kaynaklanan fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı 20 yıldır. Yine aynı yasanın geçici 16. maddesine göre anılan kanun ile fon alacağının tahsili bakımından zamanaşımı ve diğer kanunlarda fon lehine getirilen hükümler geriye etkilidir. (makable şamil olmak). Sözü edilen açık hükmü karşısında yürürlük tarihi yayım tarihi olmakla birlikte, etkisinin yayım tarihinden önceki alacaklar yönünden hüküm doğuracağının kabulü gerekir. Öte yandan buradaki zarar doğurucu eylem temadi etmektedir. Tüm unsurları ile gerçekleşmemiştir. Bankanın ilk zararın doğduğu tarih müşterilerin paralarını çekmek istemeleri üzerine banka tarafından ödemenin yapıldığı 3.6.1998'dir. Kaldı ki 10 yıllık zamanaşımı süresi de dolmamıştır. Banka çalışanının eylemi nedeniyle bankaya verdiği zarar bankanın alacağıdır. Toprakbank'ın fona devredilmesiyle aynı alacak fon alacağı olarak değerlendirilir. Bu durumda zamanaşımının geçtiğinden söz edilemez. Zarar sorumluluk ve kusur hakkında gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 09.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/41415 **K:** 2009/12145 **T:** 30.04.2009

İŞ HUKUKU • YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKININ ÜCRETE DÖNÜŞMESİ • İŞTEN AYRILMA KOŞULU • YILLIK İZNİN KULLANILDIĞININ KANITLANMASI

(4857 SK m.59)

Özet: *Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.*

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 olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Davacı, yıllık ücretli izin, fazla mesai, fazla çalışma, genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında uyuşmazlık, davacı işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

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.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığı imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlanmalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Somut olayda davacı işçi 1998 ve 1999 yıllarına ait yıllık ücretli izinlerini kullanmadığını iddia ederek izin ücretinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı işveren davacının iddia edilen yıllara ilişkin izinlerini kullandığını, hatta kullanmadığı 44 günlük izin alacağı karşılığı 3.572.-TL'nin de ödendiğini savunmuştur.

Mahkemece istek hüküm altına alınmıştır.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içerisinde 1998 ve 1999 yıllarına ait davacının ismi altında imza bulunan yetkililerce onaylı yıllık izin talep formları mevcut olup, kıdem tazminatı bordrosu ve davacı namına yazılı çek fotokopisinde ise 44 günlük izin ücreti karşılığında 3.572.-TL. ödendiği görülmektedir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda söz konusu belgeler değerlendirilmemiş olup, izin talep formları ve bordroya karşı davacıdan diyecekleri sorulmamıştır. Eksik inceleme ile anılan isteğin kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/34750 **K:** 2009/12896 **T:** 07.05.2009

İŞ HUKUKU • KAMU KURUMUNDA MEMURİYETTE GEÇEN SÜRENİN KIDEM TAZMİNATINA ETKİSİ • KIDEM TAZMİNATINI HAKETME KOŞULLARI • KIDEM SÜRESİNE EKLENMEYECEK SÜRELER • KENDİ İSTEĞİ İLE İŞYERİNDEN AYRILANIN KIDEM TAZMİNATINI HAKEDEMEYECEĞİ KURALI

(4857 SK m.120;1475 SK m.14; 2822 SK 42/5)

Özet: *İşçinin daha önce aynı ya da başkaca kamu kurumunda memur veya sözleşmeli personel olarak çalıştığı süreler kural olarak kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır. Ayrılma kıdem tazminatını hak eder biçimde olmadıysa dikkate alınamaz. Kıdem tazminatları bir tam yıl çalışınca hak edilir.*

Davacı, kıdem tazminatı v izin ücreti alacağının 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

Davacı işçinin kıdem tazminatı hesabında daha önce memur olarak kamu kurumunda çalışılan sürenin dikkate alınıp alınamayacağı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerinde sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya *"kıdem tazminatı"* denir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklarda olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilmeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimi muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımınsan dikkate alınmaz.

2822 Sayılı Yasa'nın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı guruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için dairemizin önceki içtihatlarında *"şirketler arasında organik bağ"*dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi. *(Yargıtay 9. HD. 26.3.1999 gün, 1999/18733 E. 1999/6673 K.)* Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir. *(Yargıtay 9. HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.)* Dairemizin bu yöndeki kararları son

yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen kıdem sürelerinin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır. (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/5762 E, 2007/30979 K.). Ancak bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 Sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin daha önce aynı ya da başkaca kamu kurumunda memur veya sözleşmeli personel olarak çalıştığı süreler kural olarak kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır. Yargıtay kararlarının da memuriyette geçen süre için de kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir. (27.3.2006 gün 2005/29328 E, 2006/7379 K.) Öğretide de bu görüş benimsenmiştir. (Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 429; Mollamahmutoğlu Hamdi: İş Hukuku, 3.bası, Ankara 2008, s. 822; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. bası İstanbul 2008, s. 708)

Bununla birlikte, işçinin kamu kurumlarında işçilikte geçen hizmetlerinin birleştirilmesi için önceki çalışmaların, fesih şekli itibariyle kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği 1475 Sayılı Yasa'nın 14/5. maddesinde açık biçimde düzenlenmiş olmakla, aynı kuralın memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışılan süre yönünden de

değerlendirilmesi gerekir. Temel amacı işçiyi korumak olan İş Kanununun, işçi yönünden öngörmediği bir kuralın memur olarak çalışılan süre için uygulanması düşünülemez. Aksine çözüm tarzı, tüm süreyi işçilikte geçirdiği halde ilk dönem çalışması istifa ile sona eren işçi bakımından bir eşitsizlik ortaya çıkarır.

İşyerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğundan da söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da bu doğrultudadır. (Yargıtay H.G.K. 15.10.2008 gün 2008/9-586 E, 2008/633 K. ; 28.11.2007 gün 2007/9-814 E. 2008/986 K.)

İstifa ile sona ermemiş olan memuriyet dönemi ile sözleşmeli personel olarak çalışılan süreler 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 6. maddesinde sözü edilen özel tavan gözetilmek suretiyle tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davacı, yaşlılık aylığına hak kazandığından işyerinden ayrıldığını ileri sürerek, 1980-1983 dönemi toplam iki yıl, dört ay, dokuz günlük çalışması karşılığı fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Davalı, önceki dönem çalışmasının istifa suretiyle sona erdiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının 01.04.1980 - 30.09.1983 tarihleri arasında iki yıl, dört ay, dokuz günlük çalışmasının Topraksu Genel Müdürlüğü'nde çalıştıktan sonra kendi isteği ile ayrılarak, davalı kurumda çalışmaya başladığı, 2000 yılında ise yaşlılık aylığına hak kazandığından iş sözleşmesinin sona erdirildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere kendi isteği ile işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacağından önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Bu sebeple davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 07.05.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/372 **K:** 2009/15530 **T:** 02.06.2009

İŞ HUKUKU • İŞÇİNİN KİŞİSEL ÖZELLİKLERİ, KIDEMİ, MESLEK ÜNVANI
• KIDEM VE İHBAR TAZMİNATLARI İLE İŞÇİLİK ALACAKLARI

(4857 SK m. 8, 32, 37)

Özet: *Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarına gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda, gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında, imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.*

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.

1- Dosyadaki yazılarla toplanan delillere ve kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm ve davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

3- 4857 sayılı İş Kanunu'ndan 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret, kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine, dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde bu süre, en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2. fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde yada başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde, en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını, temel ücret ve arsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı Yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin iş yerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde, ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak, böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir. (Yargıtay 9. HD. 23.09.2008 gün 2007/27217 E., 2008/24515 K.)

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8 ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de gözardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi çalışma yaşamındaki kayıt dışılığın önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma

koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecekleri durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda, gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda, vardiya ustası olarak çalışan davacı işçinin aldığı ücret konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için, davacının yaptığı iş, kıdem ve diğer özelliklerinden söz edilerek alabileceği ücret miktarı ile ilgili meslek kuruluşlarından sorulmalı ve alınacak cevaplar dosya içeriği ile birlikte değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre ücret miktarı belirlenmeli ve saptanan ücret üzerinden dava konusu ihbar ve kıdem tazminatları ile işçilik alacakları hüküm altına alınmalıdır. Eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14702 **K:** 2009/18522 **T:** 02.07.2009

İŞ HUKUKU • ÜCRET • ÜCRETİN MİKTARININ BELİRLENMESİ • BORDRO İLE FİİLEN YAPILAN ÖDEMENİN BİRBİRİNİ TUTMAMASI • İLK DİLEKÇE İLE ZAMANAŞIMI DEFİNDE BULUNULMAMASI

(4857 SK m 8, 31, 32, 53/4; 818 SK m. 323; 1475 SK m. 43/1)

Özet: *İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, BK'nın 313. maddesi hükümlerine göre saptanmalıdır.*

İşçinin kıdemi, meslek ünvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek ünvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.

Davacı kıdem, ihbar tazminatı, izin, fazla çalışma ve ücret alacağı ile hafta, genel tatil, bayram tatili gündeliklerinin 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 işçi 22.10.2001 - 23.04.2004 tarihleri arasında çalıştığı döneme ilişkin kıdem, ihbar, kötüniyet tazminatı, izin, fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil çalışma alacağının ödetilmesi talebiyle dava açmıştır.

Davalı işveren davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacı işçinin 22.10.2001 - 23.4.2004 tarihleri arasında izin, fazla çalışma ve genel tatil çalışma alacağı bulunduğuna karar verilmiştir.

Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabl ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine; dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2. fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı Yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir. (Yargıtay 9. HD. 23.9.2008 gün 2007/27217 E, 2008/24515 K.)

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8 ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de gözardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlemesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte araştırılarak sonuca gidilmelidir.

Somut olayda davacı işçi son aylık ücretinin 650.-TL. net olduğunu ileri sürmüştür. Davalı işveren cevap dilekçesinde yevmiye ile çalıştığını ve daha az ücret aldığını belirterek bir takım bordro niteliğinde olmayan belgeler ibraz etmiştir. Davalı tanıklarından ikisi aylık 600.-TL. ücret ödendiğini açıklamıştır. Davacı işçi ekmek fırını yerinde hamur karma yardımcısı olarak çalışmış olup ücret konusunda gerçek durumun tespiti için ilgili meslek kuruluşlarından araştırmaya gidilmelidir. Alınacak olan cevap ve dosya içerisindeki belgeler yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmesi gerekir.

3- Davacı işçinin 22.10.2001 - 23.4.2004 tarihleri arasında 2 yıl 4 ay 1 gün çalışmıştır. Çalıştığı 2 tam yıl için ücretli izin hakkı kazanmıştır.

Davacının 22.10.2001 - 22.10.2002 yılları arasında 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte olup 49/1-a maddesi uyarınca 5 yılını doldurmayan işçilerin 12 gün yıllık ücretli izin halkları vardır. Davacı işçinin tüm çalışması 22.05.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu döneminde geçtiği kabul edilerek bu Kanunun 53/4-a maddesine göre izin hesaplanarak karar verilmesi hatalıdır.

4- Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre davanın ıslah edilmesi halinde davalı zamanaşımı definde bulunabilir. Dava 14.12.2007 tarihinde ıslah edilmiştir. Davalı işverene ıslah dilekçesi 25.12.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davalı işverenin ıslahı üzerine usulüne uygun biçimde zamanaşımı definde bulunmasına karşın bu konu üzerinde hassasiyetle durulup hafta tatili, fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil alacağı tespit edilmemiştir. Dava dilekçesinde belirtilen ve zamanaşımı defin de bulunulmayan miktar davalıyı bağlamaktadır. Dava 14.12.2007 tarihinde ıslah edildiğine göre anılan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabi olup ancak 14.12.2002 tarihinden önceki döneme ilişkin alacağın dava dilekçesinde belirtilen miktar ile bu tarihten sonra gerçekleşen bölümleri hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Bu husus araştırılmadan verilen karar hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/15255 **K:** 2009/18578 **T:** 03.07.2009

İŞ HUKUKU • TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • SENDİKAL TAZMİNAT • ZAMANAŞIMI

Özet: *Sendikal tazminat davaları 10 yıllık zamanaşımına tabidir.*

Sendika üyeliğini değiştiren işçi, ayrıldığı sendikanın imzaladığı eski Toplu İş Sözleşmesine'sine göre ödeme yapılmasını isteyemez.

Taraflar arasındaki, "**Sendikal Tazminatm Ödetilmesi**" davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm

süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 30.06.2009 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı vekili ile karşı taraf vekili geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan vekillerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, işyerinin Türkiye Gemi Sanayi A.Ş. tarafından 15.11.1999 tarihinde davalı Milli Savunma Bakanlığı'na devredilmesinin ardından, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikadan baskıyla istifa ettirildiğini ve işverenin diğer işyerlerinde örgütlü olan sendikaya üyeliklerin sağlandığını, bu işlemlerin işyerine noter getirtilerek ve işçiler üzerinde baskı uygulanmak suretiyle gerçekleştirildiğini ileri sürerek sendikal tazminat isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacı işçiye bir baskının yapılmadığını ve kendi iradesiyle toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikadan istifa ettiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, sendikal tazminat taleplerinin 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde ileri sürülebileceği ve davada zamanaşımı süresinin dolmadığı, işverence baskı sonucu üyeliklerden istifa ile diğer sendikaya üyeliklerin gerçekleştirildiğinin sabit olduğu gerekçesiyle sendikal tazminatın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının da aralarında bulunduğu çok sayıda işçi, işyerinin davalı tarafından devralınmasının ardından işyerinde uygulanmakta olan ve süresi 31.12.2000 tarihine kadar devam edecek olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika üyeliğinden istifa etmişler ve kısa süre içinde diğer sendikaya üye olmuşlardır. Davalıya ait diğer işyerlerinde örgütlenen sendika ile toplu iş sözleşmesi bağıtlanmış olup, işçilerin büyük bir kısmı anılan toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için önceki sendika üyeliklerinden istifa edip, diğer sendikaya üye olmuşlardır. Davalı işverenin sendikal örgütlenmeye karşı olmadığı da dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

İşyerinin davalıya devrinin ardından iş kolu da değişmiş ve önceki sendikanın bir daha toplu iş sözleşmesi bağıtlaması da imkansız hale gelmiştir. Bu nedenle davacı işçi sendika üyeliğinden istifa etmiş ve davalı işverene ait diğer işyerlerinde de örgütlü bulunan sendikaya üye olmuştur. Böylece davacı işçi işyerinde uygulanmakta olan ve son olarak üyesi olduğu sendika ile bağıtlanana toplu iş sözleşmelerinden yararlanmaya devam etmiş ve yıllar sonra emekli olmak suretiyle işyerinden ayrılmıştır.

İşyerinde çalıştığı sırada sendikal baskılar ve sendikal tazminat haklarının varlığından hiç söz etmemiştir. Aradan 9 yıl gibi bir süre geçtikten sonra sendikal tazminata dair bu davalar açılmıştır. Sendikal tazminat davaları 10 yıllık zamanaşımına tabi olsa da, aradan geçen uzun süre içinde bu hakkın talep edilmemiş olması, vakıaların sendikal tazminatı gerektirmeyecek şekilde geliştiğinin de bir göstergesidir. Davacı işçi sendika üyeliğini değiştirmiş, değişen sendikanın bağıtladığı toplu iş sözleşmelerinden yararlanmış, uzun yıllar işyerinde bu şekilde çalışmış ve emekliliğinde de toplu iş sözleşmesine göre hakları ödenmiştir. Davacının önceki toplu iş sözleşmesi ve sendika üyeliğine bağlı olarak fark alacak talebi de bulunmamaktadır.

Davalı işveren tarafından aynı dönemde İzmir Alaybey Tersanesi de devralınmış, devir anında mevcut toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına devam olunmuş, toplu iş sözleşmesinin süresinin bitimini takiben, Türkiye Harb İş Sendikası tarafından alınan yetki çerçevesinde toplu iş sözleşmesi bağıtlanmıştır. Bu durum da işverenin devir anındaki toplu iş sözleşmesini uygulamamak için sendika üyeliklerinden baskıyla istifa ettirme yönünde genel bir tavrının olmadığını göstermektedir.

Benzer durumdaki işçilerin açtıkları bazı davalar temyiz incelemesine konu olmuş, bazı davalarda sendikal tazminat isteklerinin kabulüne dair kararlar Dairemizce onanmıştır. Bazı davalarda ise sendikal tazminat isteklerinin reddi yönünde kararlar verilmiş, yerel mahkemenin direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu tarafından direnme kararı bozulmuş ve somut olay yönünden sendikal nedenin bulunmadığı sonucuna varılmıştır (Yargıtay HGK 16.05.2007 gün 2007/9-272 E, 2007/282 K.). Konuyla ilgili Hukuk Genel Kurulu kararına uygun olarak somut olay yönünden de sendikal nedenin varlığının kanıtlanamadığı sonucuna varmak gerekmiştir. Böyle olunca davanın reddi gerekirken yazılı şekilde isteğin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 625,00.-TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının iadesine, 02.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/37063 **K:** 2009/19394 **T:** 06.07.2009

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA - HAFTA TATİLİ - GENEL TATİL • DAVADA DERDESTLİK • HAFTA TATİLİ ÜCRETİNE HAK KAZANMA KOŞULU

Özet: *Fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil alacakları birbirlerinden farklı işçilik hakları olup, fazla çalışma ücreti alacağı için dava açıldığından bahisle hafta tatili ve genel tatili için açılan davada derdeslikten söz edilemez.*

İki gün çalışıp 24 saat dinlenen işçi hafta tatili ücretine hak kazanamaz.

Davacı, hafta tatili, vardiya prim alacağı, resmi ve dini bayram tatili, yol yemek ve koruyucu gıda alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Y. Tekbaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı bu davada hafta ve genel tatil isteğinde bulunmuştur. Aynı döneme ilişkin olarak daha önce açtığı ve derdest bulunan diğer davada ise sadece fazla çalışma isteğinde bulunmuştur.

Fazla çalışma, hafta ve genel tatil iş yasasında ayrı ayrı maddelerde yer alan farklı alacaklardır. Bu nedenle HUMK'un 187/4. maddesinde belirtildiği şekilde derdest bir dava bulunmadığından derdestlik itirazı kabul edilerek hafta ve genel tatil alacak istekleri de ilgili davanın anılan nedenle reddine karar verilmesi hatalıdır.

Davacı iki gün çalışıp izleyen gün 24 saat dinlendiğinden İş Yasası'nın 46. maddesi gereğince hafta tatili alacağını kullanmış olmaktadır. Dairemizin bu tip çalışmalardaki yerleşmiş uygulaması ve 2007/2456 E,

2007/31585 sayılı kararı da aynı şekildedir. Bu nedenle hafta tatili alacağının esastan reddine karar verilmelidir.

Davacının puantajlarda yer alan fiilen çalıştığı ve ücreti ödenmeyen genel tatil günlerine ilişkin alacağının ise bilirkişi tarafından hesaplanmalı, gerçekleştiğinde hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/21710 **K:** 2009/22886 **T:** 15.09.2009

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI
• DAVACININ DAVA SIRASINDA ÖLÜMÜ • VERİLECEK KARAR

(4857 SK m.18, 20/3, 21; BK m.347/1; 1475 SY m.14; 4721 SY m.11, 599)

Özet: *İşe iade davası sırasında ölen işçinin 4 aya kadar başka geçen süreye ait ücret ve diğer haklara dair isteğinin kabulüne karar verilmelidir.*

Boşta geçen süreye ait 4 aylık süre için ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacı ölen işçinin mirasçılarına ödenmesine karar verilmelidir.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davacının yargılama sırasında ölmesi sebebiyle konusuz kalan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı Elif, Figen ve davalı avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sabaplara göre, davalının temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının temyizine gelince:

Davacı işçi feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesi istendiğinde bulunmuş, davalı işveren feshin geçerli nedene dayandığını savunmuştur.

Yargılama sırasında davacı işçi ölmüş, mirasçıları davaya devam etmişlerdir.

Mahkemece, yapılan yargılama sonunda feshin geçerli bir nedene dayanmadığı yönünde karar vermiş ancak, davacı işçi ölmüş olmakla işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri yönünden davanın konusuz kaldığından söz edilerek karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekirki, somut olay yönünde uyulan bozma ilamına uygun yapılan araştırmaya göre davacı işçi yönünde fesih için geçerli bir nedenin bulunmadığı belirlenmiş olup, somut olayın özelliği dikkate alındığında mahkemenin bu kararı dosya içeriğine de uygundur.

Öte yandan, iş sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona (BK m.347/1) erdiği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır.

İşçinin ölümü halinde kıdem tazminatının mirasçılara geçtiği (İş Kan. 14) de bir gerçektir. O halde dava konusu haklar irdelenmelidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesine göre Kanunda ön görülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar miras bırakanın alacaklarını doğrudan doğruya kazanırlar.

Davacı işçinin iş sözleşmesi 01.12.2006 tarihinde iş yerinde yeniden yapılanma ve alt işveren uygulamasına gidilmesi nedeniyle fes edilmiştir. Dava 13.12.2006 tarihinde açılmıştır. Davacı yargılama sırasında ölmüştür.

Davacı, davayı açmayla işe iade iradesini belirtmiştir. Amaç, işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı haklardan yararlanmaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen 4 aya kadar ki boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar işverenin işe başlatma veya başlatmamaya bağlı bir sonuç değildir.

Ölüm olgusu bir hukuki ilişkide alaya olarak yorumlanmamalıdır. İşçi ölmeseydi ne tür davranışa üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa hukuki sonuç bağanmalıdır. Öte yandan bir yasa yorumlanırken yasanın konuluş amacı dikkate alınmalıdır. Yasadaki işe iade hükümleri işçinin işe iadesini amaçlamıştır. Ölüm olaylarnıda nasıl bir sonuç bağlayacağı yasada belirtilmediğine göre bu boşluğu doldurmak yargıcın görevidir. (TMK m.1/II) Yargıç burada Kanun koyucu olarak davranmalıdır. Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddaa etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadar ki boşta geçen süre ücretine yasal 4 aylık sınırlama dikkate alınarak hükmetmelidir. Böyle bir sonuç genel olarak yasanın amacınada uygundur. Aksi halde iş verenin

haksız davranışı işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalmaktadır. Bu durum da adalet duygusunu incitir.

Geçerli nedene dayanmayan feshin tespiti ile yetinilmesi, ölen işçinin mirasçıları yönünden hiç bir imkan sağlamayacaktır. Oysa konu, sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirmektedir. 4 aya kadar ücret ve diğer haklar yönünden Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim yaptırılması ve ölen işçinin mirasçılarının buna göre sosyal güvenlik haklarından buna göre yararlanması gerekir.

İşe iade yargılaması sırasında işçinin ölümü daha önce Dairemizin önüne uyuşmazlık olarak gelmiş ve işçinin ölümü sebebiyle işe başlama yönünde başvuruda bulunulmasının imkansız olduğu gerekçesiyle boşta geçen süreye ait ücret isteklerini reddine karar verilmiştir. (Yargıtay 9. HD. 06.11.2006 gün 2006/20109 E, 2006/29326 K.). Konu, temyize bu konu olayda Dairemizce bir kez daha ve etraflıca değerlendirilmiş ve yukarıda belirtilen gerekçelerle işe iade yargılaması sırasında ölen işçi yönünden 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara dair isteğinin kabulüne karar vermek gerekmiştir.

Böyle olunca işçinin ölümü feshi izleyen 4 ay geçtikten sonra gerçekleşmiş olmakla, ölen işçinin mirasçılarına 4 aylık süre için boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir. Mahkemece davanın kısmen kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup 4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının bozularak **ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2- Feshin geçerli nedene dayanmadığının **TESPİTİNE**,

3- Davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olmakla işe iade ve işe başlatmama tazminatı istekleri konusuz kalmakla bu yönlerden **KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA**,

4- Boşta geçen süreye ait 4 aylık süreye ait ücret ve diğer haklarının davalıdan alnarak davacı ölen işçinin **MİRASÇILARINA VERİLMESİNE**,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacının yapmış olduğu 60.-TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerine bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575.-TL. ücreti vekaletin davalıdan alanarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

Kesin olarak 15.09.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davacı işçi, işten çıkarılma nedeninin geçerli olmadığını ileri sürerek, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesini talep etmeştir.

Yargılama sırasında davacı işçi ölmüş olduğundan mirasçıları davaya katılarak davayı sonuçlandırmışlar. Mahkemece, işçinin işten çıkarılma nedeninin geçerli bir nedene dayanmadığına ancak, davacının ölmesi nedeniyle işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret talep leri yönünden bir karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

İş sözleşmesi, çalışma gücünü karşı tarafın emrine, o şahsa bağımlı şekilde ve bir bedel karşılığında vermeyi kabul eden bir sözleşmedir.

İş sözleşmeleri, işçinin kişiliği ve nitelikleri nazara alınarak işverenle yapılan sözleşmelerdir. Bu nedenle işçinin ölümü ile sözleşme sona erer. (BK m.347/1) Bu durumda iş görme borcu mirasçılarına geçmediği gibi görülmekte olan dava yönünden kesinleşmiş maddi bir alacakta oluşmadığından mirasçıları herhangi bir hak talep edemezler.

Mirasçıları ilgilendiren davalar ölüm sonucunda mirasçılara geçen alacaklara ilişkin davalardır.

İşe başlamayı isteme hakkı ise kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardanır. Bu hak kişinin ölümü ile son bulur. Ölenin mirasçıları tarafından istenemez. Zira sağlığında kullanılmayan haklar mirasçıları tarafından kullanılamaz. Bu itibarla dava devam edereken işçinin ölümü halinde mirasçılar 4 aylık ücret talebinde bulunamazlar.

Zira İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının açık hükmü boşta geçen süreyle ilgil iücrete hak kazanabilmenin şartı, kesinleşen işe iade hükmünün tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işçinin işe başlamak için işveren başvurması gerekir. İşçinin ölümüyle anılan başvuru imkansız hale geldiğinden boşta geçen süreyle ilgili ücret hakkında karar verilemez.

Diğer bir deyişle, mirasçılar işçinin yerine işe başlamak için başvuramazlar. Diğer taraftan işçi iş sözleşmesinin feshinden sonra 1 aylık dava açma süresinde ölmesi halinde de mirasçılar ölen işçi yerine işe iade davası açamazlar.

Dava konusu olayımızda da dava görülürken, davacı işçi ölmüş olması nedeniyle işverene başvurması imkansız hale geldiğinden, yukarıda açıklanan nedenler ve Dairemizin şimdiye kadar ki uygulamaları da nazara alındığında anılan mahkeme kararının onanması görüşünde olduğundan, çoğunluğun kararın bozulması görüşüne katılmıyorum. 15.09.2009

Üye

Sami ÖZFIRAT

KARŞI OY

Feshin geçersizliği davalarında üç aşama mevcuttur. Birincisi; mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi, ikincisi; karar kesinleştikten sonra işçinin 10 iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvurması, üçüncüsü; işverenin işçiyi işe başlatma iradesinin işçiye uluştırmasıdır. (B.Kar. İş Güvencesi ve Uygulaması, s.809)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesine göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçi kesinleşen kararın tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene baş vurmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Buna göre işçinin işe başlatmama tazminatı ile çalıştırılmadığı en çok 4 aylık ücret ve diğe haklara hak kazandırılması için kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için iş vere başvurmak zorundadır. Aksi halde, işverence yapılmış olan fesih geçerli hale gelir.

Yüksek Dairenin son yıllarda kararlılık kazanmış görüş ve uygulamalarına göre, işçinin kesinleşen mahkeme kararından sonra işvere-ne işe başlamak için başvurması tek başına yeterli görülmemektedir. İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmadır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının sonuçlarından yararlan-mak 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. (Dairemizin 14.10.2008 gün ve 2007/29383-2008/27243 sayılı kararı)

Somut olayda davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. İşe başlatılma talebi inşai bir hak olup mirasçılar tarafından kullanılması mümkün değildir. Yasal düzenleme ve Dairemizin yukarıda açıklanmaya çalışılan uygulamaları göz önüne alındığında yargılama sırasında vefat eden işçinin dava açmakla işe iade iradesini belirttiği amacın işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı haklardan yarralanmak olduğu gerekçesiyle davaya devam eden mirasçılar yararına 4 aya kadar boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi yönünden yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum. 15.09.2009

Üye

Ömer Hicri TUNA

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/30270 **K:** 2009/23153 **T:** 15.09.2009

İŞ HUKUKU • İŞ GÜCÜ KAYBI TAZMİNATI • İŞ GÜCÜ KAYBI TAZMİNATINA ESAS ÜCRETİN ASGARİ ÜCRETİN İKİ KATI OLACAĞI •506 SAYILI YASA'DA BELİRTİLEN SINIRLARIN ÖNEMİ • TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEKİ YARDIMLARIN YAPILACAK HESAPLAMAYA ETKİSİ

(4046 SK m.21; 506 SY m.77-78)

Özet: *İş kaybı tazminatının yasal dayanağı 4046 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi hükmüdür. Sözü edilen hükümde, "Bu Kanuna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştirakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen yada tamamen durdurulması, süreli yada süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışanlardan iş sözleşmeleri tabi oldukları iş kanunları ve toplu sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında iş kaybı tazminatına hak kazanma koşulları gösterilmiş ve "İş kaybı tazminatı, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 77 ve 78. maddesindeki usul ve esaslar çerçevesinde belirlenecek günlük net kazanç tutarıdır." Demek suretiyle hesap yöntemi açıklanmıştır. 4046 Sayılı Yasa'da değişikliğin yapıldığı 5398 Sayılı Yasa ile sözü edilen metin maddeden çıkarılmış ve yerine, iş kaybı tazminatının asgari ücretin 2 katı tutarında belirleneceği hükme bağlanmıştır. O halde 5398 Sayılı Yasa ile 03.07.2005 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde iş sözleşmesi 4046 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca feshedilen işçiler yönünden iş kaybı tazminatı*

506 Sayılı Yasa'nın 77. ve 78. maddelerine göre belirlenmeli, 03.07.2005 tarihi sonrasında yapılan fesihler bakımından ise iş kaybı tazminatı hesabında asgari ücretin 2 katı tutarı esas alınmalıdır.

Davacı, eksik ödenen iş kaybı tazminatının 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:

YATGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı, dava dışı S. Holding Anonim Şirketi'ne ait B. Konfeksiyon İşletmesi'nin Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararıyla devredilmesi sonucu iş sözleşmesinin feshedildiğini ve 4046 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca iş kaybı tazminatının eksik ödendiğini ileri sürerek T. İş Kurumu hakkında açtığı bu davada iş kaybı tazminatı farkı isteğinde bulunmuştur.

Davalı kurum, yapılan ödemenin doğru olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece bilirkişi hesap raporu alınarak iş kaybı tazminatı farkı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, davalı kurum süresi içinde temyiz etmiştir.

İş kaybı tazminatının yasal dayanağı 4046 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi hükmüdür. Sözü edilen hükümde, *"Bu kanuna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştirakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli yada süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışanlardan iş sözleşmeleri tabi oldukları iş kanunları ve toplu sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir"* şeklinde kurala yer verilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında iş kaybı tazminatına hak kazanma koşulları gösterilmiş ve *"İş kaybı tazminatı, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 77 ve 78. maddesindeki usul ve esaslar çerçevesinde*

belirlenecek günlük net kazanç tutarıdır" demek suretiyle hesap yöntemi açıklanmıştır. 4046 Sayılı Yasa'da değişikliğin yapıldığı 5398 Sayılı Yasa ile sözü edilen metin maddeden çıkarılmış ve yerine, iş kaybı tazminatının asgari ücretim 2 katı tutarında belirleneceği hükme bağlanmıştır. O halde 5398 Sayılı Yasa ile 03.07.2005 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde iş sözleşmesi 4046 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca feshedilen işçiler yönünden iş kaybı tazminatı 506 Sayılı Yasa'nın 77 ve 78. maddelerine göre belirlenmeli, 03.07.2005 tarihi sonrasında yapılan fesihler bakımından ise iş kaybı tazminatı hesabında asgari ücretin 2 katı tutarı esas alınmalıdır.

506 Sayılı Yasa'nın 77. maddesi işverenlerin ödeyecekleri sigorta primini belirlemesine dair olup, işçinin o ay için hakkettiği ücreti, prim ikramiye gibi her çeşit istihkakların ve idare yada yargı makamı tarafından verilen karar gereğince aynı türdeki ödemelerin prime esas alınacağı belirlenmiştir. Buna göre ücretin yanı sıra akdi ikramiye, prim, ilave tediye gibi ödemelerin bu hesaplamada dikkate alınması gerektiği açıktır. O halde 03.07.2005 tarihine kadar yapılacak olan fesihler yönünden iş kaybı tazminatının hesabında ücret, ikramiye, ilave tediye ve prim gibi ödemeler dikkate alınmalıdır. 506 Sayılı Yasa'nın 77. maddesinin 2. fıkrasından yola çıkarak, yolluk, çocuk ve aile yardımı, ölüm doğum evlendirme yardımları, ayni ve sosyal yardımların bu hesaplamada gözetilemeyeceği belirtilmelidir. Yine 506 Sayılı Yasa'nın 78. maddesinde öngörülen yasal sınırlamaların dikkate alınması gerekir.

Somut olayda özelleştirme işlemi ve davacının iş sözleşmesinin feshi 2004 yılında gerçekleşmiş olmakla iş kaybı tazminatının, 4046 Sayılı Yasa'nın 5398 Sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki 21. maddesi hükmüne göre belirlenmesi gerekir. Anılan hükme göre 506 Sayılı Yasa'nın 77. maddesi uyarınca, işçiye son ay içinde ödenen ücret, prim, ikramiye gibi her çeşit istihkaklar ile idare ya da yargı makamları tarafından verilen karar gereğince aynı türdeki ödemelerin prime esas tutara göre iş kaybı tazminatı hesaplanmalıdır. İlgili hükümde yer alan *"işçinin o ay içim hak ettiği ücreti, prim ikramiye gibi"* sözcüklerinden son ay ödenen miktar yerine, o ay için hak kazanılan ve son ay çalışma süresine göre ödenmesi gereken miktar anlaşılmalıdır. İşçinin son birkaç yıl için hak kazandığı ancak ödenmemiş olan ücret, akdi ikramiye, ilave tediye, izin ücreti ve benzeri işçilik alacaklarının iş sözleşmesinin özelleştirme uygulamaları sebebiyle feshedildiği son ay için ödenmiş olması durumunda, toplam ödeme tutarına göre iş kaybı tazminatı hesaplaması doğru olmaz. İşverenin söz konusu ödemeleri son ay yerine bir önceki ay yapmış olması durumunda ise, son ay ödeme miktarına göre iş kaybı tazminatının belirlenmesi işçi aleyhine sonuçlar doğurabilir. 506 Sayılı Yasa'nın 77. maddesi hükmü uyarınca *"işçinin o ay için hakkettiği"* miktar belirlenmeli ve iş kaybı tazminatı buna göre hesaplanmalıdır. Buna göre prim, ikramiye

ve sosyal hakların ilavesinde son bir yılda ödenenler toplamı 365'e bölünerek hesaplamaya gidilmelidir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, 506 Sayılı Yasa'nın 77. maddesinden söz edilmiş ve hesaplamanın Yargıtay emsal kararları doğrultusunda yapıldığı bilgisine yer verilmiştir. Davalı vekili hesap yönünden bilirkişi raporuna karşı ayrıntılı biçimde itirazda bulunmuştur. Sözü edilen itiraz dilekçesinde, toplu iş sözleşmesinin 70. maddesinde müstahsil işçiliklerde ve gayri müstahsil işçiliklerde farklı şekilde prim öngörüldüğü, bilirkişi raporunda bu ayrıma dikkat edilmediği belirtilmiştir. Yine, Yargıtay kararları uyarınca ikramiyenin son bir yılda ödenenlerin 365'e bölünmesi yerine, son aylık ikramiye tutarının önce 12 ile çarpılması ardından 360'a bölünmesinin hatalı olduğu itiraz dilekçesinde ileri sürülmüştür. Toplu iş sözleşmesinin sosyal yardımları düzenleyen 111. maddesinde de ilk altı ay için 40.-TL. ikinci altı ay için 45.-TL. sosyal yardım öngörüldüğü halde tamamı için 45.-TL. ödenmiş gibi hesaplama yapılmış olması da itiraz konusu yapılmıştır. Davalının sözü edilen itirazları üzerinde durulmalı ve gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınarak hesaba dair itirazların tek tek karşılanması istenmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/31028 **K:** 2009/23196 **T:** 15.09.2009

İŞ HUKUKU • KAMU GÖREVLİSİNİN SENDİKAYA ÜYE OLMADIĞI HALDE MAAŞINDAN ÜYELİK AİDATI KESİLMESİ • KESİLEN AİDATLARIN İADESİ

(4688 SK m.14, 25)

Özet: *Davacılar, sendika üyeliğinin gerçekleşmediğinin tespiti ve haksız kesilen üyelik aidatının iadesine kara verilmesini istemiştir.*

Somut olayda, Yasanın 10. maddesine göre üyelik ise de 25. madde doğrultusunda üyelik aidatı alınmıştır. Mahkemece, davacıların sendika üyeliği bulunmadığının tespitine karar verilmelidir.

Davacı, sendika üyeliğinin gerçekleşmediğinin tespiti ve haksız kesilen üyelik aidatının iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacılar, Y. İlköğretim Okulu'nda öğretmenlik yaparken, 08.05.2007 tarihinde sendika üyeliğini öğrendiklerini, siyasi kimliği tüm eğitim camiası tarafından bilinen ve siyasi kimliğini öne çıkaran davalı sendikaya haksız ve kanunsuz üye yapılmalarının yayılmasının olumsuz tepkilere yol açtığından söz ederek sendika üyeliğinin bulunmadığının tespiti, üyelik kayıtlarının mutlak butlan sebebiyle iptaline ve kaydın defterden terkinine, üyelik aidatının geri verilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalılar, davacıların üyelik kartlarının bulunmadığı nedeniyle davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacıların davalı sendika üyesi olmadıklarının anlaşılması nedeniyle sendika üyeliklerinin iptaline ilişkin istemin reddine; sendika üyesi olmadıklarının anlaşıldığından davacıların maaşından

kesilen aidatların sendikadan alınarak davacılara verilmesine karar verilmiştir.

Karar davacı vekilince, sendika üyeliklerinin bulunmadığına ilişkin tespit hükmü kurulamayışı nedeniyle temyiz edilmiştir.

Tespit davası bir hukuki ilişkinin var olup olmadığını belirler. İstemde bulunanın hukuki yararı olması gerekir. Başka bir anlatımla hukuki ilişki ve hukuki yarar dava şartıdır.

Eda davasında, davacı davalının bir iş yapmaya bir şey vermeye mahkum olmasını ister. Hukuki yararının bulunması gerekir. Eda davasının kabulüne ilişkin hükümde, tespit ve eda hükmü birlikte verilmelidir.

4688 Sayılı Kanun Görevlileri Sendikalar Kanunu prosedürel, disiplin hükümleri içerir ve ağırlıklı olarak mutlak emredici hükümler ihtiva eder. Kanun koyucu yasanın birinci maddesindeki kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi amacını bu yolla gerçekleştirmeye çalışmıştır.

Somut olayda Yasanın 14. maddesine göre üyelik yok ise de 25. madde doğrultusunda üyelik aidatı alınmıştır.

Davalı sendika aidatın iadesine ilişkin kararı temyiz etmeyerek bu olguyu kabul etmiştir.

Şu halde mahkemece verilecek kararda davacıların sendika üyeliği bulunmadığının tespitine karar vermek gerekir. Bu yolla davacı tarafından dava dilekçesinde belirttiği fayda gerçekleşecektir. Üyelik aidatı, üyeliğin bir sonucu olarak ikincil bir sonuçtur. İlkinin karinesidir. Bu nedenle aralarında kurulmuş olan bu ilişkinin talep gibi *"sendika üyeliğinin bulunmadığının tespitine"* ilişkin kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeple **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/14860 **K:** 2009/23822 **T:** 18.09.2009

AVUKATLIK HUKUKU • AVUKAT İLE VEKİL EDEN ANLAŞMAZLIĞI

(1136 SK m.164)

Özet: *Ödenmeyen avukatlık ücretleri ile ilgili anlaşmazlık İş Mahkemesinde değil Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmelidir.*

Davacı, vekalet ücretine 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

Davacı İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat olduğunu, 07.01.2002 tarihinde B.... A.Ş. kadrosuyla davalı Kurumda sözleşmeli avukat olarak çalışmaya başladığını, B.... A.Ş. ile İSKİ arasında hukuk hizmetleri protokolü olduğunu ancak dava ve icra dosyalarından tahsil edilerek emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden yararlandırılmadığını bu ücretin memur avukatlar arasında dağıtıldığını belirterek vekalet ücreti isteğinde bulunmuştur.

Davalı Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğunu, Hukuk Genel Kurulu'nun Asliye Mahkemelerinin görevli olduğuna dair kararı olduğunu savunmuştur.

Mahkemece 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesindeki degişiklikten sonra yönetmeliğin 30. madde hükmünün İSKİ Yönetim Kurulu'nun 04.11.2003 gülü kararı ile genişletildiğini, işyeri uygulaması ve yönetmelik hükmü ile iş, şartı haline gelen emanet hesabında biriken vekalet ücretinden diğer avukatlara ödenen paylar oranında yararlanması gerektiği gerekçesiyle dava kabul edilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının talep ettiği vekalet ücretinin hizmet aktine dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı ile aynı yerde çalışan başka bir avukatın açtığı dava sonucunda Hukuk Genel Kurulu'nun 09.05.2007 tarih ve 2007/13-247 E. - 2007/262 K. sayılı ilamında istemin dayandığı hukuki esasın hizmet sözleşmesi ile

davalının üzerine aldığı *"ücret"* borcuna ilişkin olmayıp; emanet hesabında toplanan vekalet ücretinin, teamül ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak ödenmemesi esasına dayandığı belirtilmektedir. Başka bir deyimle, yargı kararıyla karşı tarafa yükletilen ve davalı tarafça emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden payına isabet eden bölümün, anılan yönetmelik hükümlerine ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine dayanarak talep edilmesi olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde, yanlar arasındaki hukuki ilişkide öncelikle Borçlar Kanunu'nun vekalet akdi hükümleri uygulanabileceği için açık kanun hükmü ile İş Mahkemesinde görüleceği belirtilmemiş olan bu tür davalar Genel Mahkemelerde görüleceği karara bağlanmıştır.

Bu durumda mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine dair karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/31489 **K:** 2009/25565 **T:** 05.10.2009

İŞ HUKUKU • İŞE İADE • ÖLÇÜLÜLÜK DENETİMİ • FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ • YARGILAMA GİDERLERİ

(4857 SK m.20/2-3; 1086 SK m.417)

Özet: *Davalı İşveren yeniden yapılanma sonrası küçülme nedeni ile iş sözleşmesinin feshinde, davacının istihdam fazlası olduğunu bu işletmesel kararı tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin geçersizliğine karar verilmesi doğru olmakla birlikte, haksız çıkan davalının yaptığı giderlerin davalı üzerinde bırakılması gerekir.*

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

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

Davacı vekili davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının satış ve pazarlama bölümünde çalıştığını, son görevinin tıbbi mümessillik olup yeniden yapılanma sebebi ile satış ve pazarlama kadrolarında öngörülen küçülme nedeni ile davacının iş aktinin davacıya hakları ödenerek feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece keşif sonrası alınan bilirkişi heyet raporuna itibar edilerek, davalı işverenin almış olduğu yönetimsel karar ile davalı işyerinin nasıl bir yeniden yapılanma içinde olduğunu, çalışanların pozisyon değişiklikleri, yer değişiklikleri, görev değişikliklerini somut olarak ortaya koyamadığı ve zararının istihdamla ilgisi ispat edilemediğini, bu duruma göre yapılan feshin geçerli sebebe dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine, keşif ve bilirkişi giderleri dahil, tüm giderlerin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca *"feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir"*. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız). 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.

Yargılama harç ve giderleri, HUMK'un 417. maddesi uyarınca kural olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekir. Bu durumda yapan taraf haklı ise yaptığı gider karşı tarafa yükletilmeli, haksız ise yapılan yargılama gideri üzerinde bırakılmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren yeniden yapılanma sonrası küçülme nedeni ile iş sözlesmesinin feshinde, davacının istihdam fazlası olduğunu, bu işletmesel kararı tutarı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığı anlaşıldığından, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi yerindedir.

Ancak dosya içeriğine göre keşif gideri ve bilirkişi ücreti olan 461,76.-TL'nin davalı tarafından yatırıldığı, bu giderin davanın sonucuna göre davalı üzerinde bırakılması gerektiği halde, davacı yapmış gibi tekrar davalıdan bu miktarın tahsiline karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1) Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2) Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3) Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen; davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4) Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsiline **GEREKTİĞİNE**,

5) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6) Davacının keşif gideri ve vekalet ücreti dışında yapmış olduğu 45,00.-TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575.-TL. ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 05.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/24548 **K:** 2009/23645 **T:** 18.09.2009

İŞ HUKUKU • KÜÇÜK ESNAF SANATKAR-TACİR AYRIMI • BEDENİ ÇALIŞMA ÖLÇÜTÜ

(5521 SK m.1; 4857 SK m.4/1-1; 507 SK m.2; 5362 SK m.763)

Özet: *Uyuşmazlık, davalıya ait işyerinin esnaf niteliğinde olup olmadığı ve bu işyerinde çalışan işçinin iş konusu kapsamında kalıp kalmadığı noktasındadır.*

5362 Sayılı Yasa'daki düzenleme ile esnaf ve tacir ayırımında başka kriterlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. 507 Sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

5362 Sayılı Yasa'nın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 Sayılı Yasa'nın 4/ı bendi uyarınca, üç kişinin çalışması halinde bu işyeri kanunu kapsamı dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine "üç kişiden" söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri İş Kanunu'na tabi olacaktır.

Somut olayda; dosya içeriğine ve özellikle davalı tanıkları Seyfettin ve Faik'in beyanları-

na göre davalıların davaya konu ticari taksi işletmesinde çalışmadığı, işyerindeki faaliyetini nakdi ya da ayni sermaye yanında emeğine yani bedeni çalışmaya dayandırmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalıların esnaf olduğundan söz esilemez. Taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilerek uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin ücreti, fazla mesai, genel tatil, hafta tatili alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı görev yönünden 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

Uyuşmazlık davalıya ait işyerinin esnaf niteliğinde olup olmadığı ve bu işyerinde çalışan işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların 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 asliye hukuk mahkemesine açılan dava *"iş mahkemesi sıfatıyla"* açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, asliye hukuk mahkemesi ara kararı ile *"iş mahkemesi sıfatıyla"* baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

İşçinin iş kanunu kapsamında kalmaması halinde iş 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 Mahkemesi Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş

akdinden 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 1 bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun *"üç kişinin çalıştığı işyerlerinde"* bu Kanun hükümleri uygulanamaz. Kısaca, işçi esnaf niteliğindeki işyerinde çalışıyor ve bu işyerinde çalışan işçi sayısı 3 ve daha az ise, işçi ile işveren aralarındaki uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesine çözümlenmesi gerekir.

507 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde *"İster gezici olsun ister bir dükkan veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar ticari sermaye ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, ayni niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmeti meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu Kanun hükümlerine tabidir"* denilmektedir.

507 Sayılı Kanun 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5362 Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 76. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin 2. cümlesi ile diğer yasaların 507 Sayılı Yasa'ya yaptıkları atıfların 5362 Sayılı Yasa'ya yapılmış sayılacağı da açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde 507 Sayılı Yasa'ya yapılan atıf, 5362 Sayılı Yasa'ya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkar tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3. maddesine göre "Esnaf ve sanatkar: İster ezici ister sabit bir mekanda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayici Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatlar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir ve sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri olarak belirtilmiştir. 507 Sayılı Yasa'da yazılı olan *"geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin"* sözcükleri yeni yasada yer verilmemiştir. Yeni yasanın düzenlemesi karşısında artık 21.06.2005 tarihinden sonra İş Kanunu'nun kapsamını belirlerken, *"geçimini münhasıran bu işten sağlama"* ölçütü dikkate alınmalıdır.

5362 Sayılı Yasa'daki düzenleme ile esnaf ve tacir ayırımında başka kriterlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. 507 Sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

5362 Sayılı Yasa'nın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 Sayılı Yasa'nın 4/ı bendi uyarınca, üç kişinin çalışması halinde bu işyeri kanunu kapsamı dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine *"üç kişiden"* söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri İş Kanunu'na tabi olacaktır.

Somut olayda; dosya içeriğine ve özellikle davalı tanıkları Seyfettin ve Faik'in beyanlarına göre davalıların davaya konu ticari taksi işletmesinde çalışmadığı, işyerindeki faaliyetini nakdi ya da ayni sermaye yanında emeğine yani bedeni çalışmaya dayandırmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalıların esnaf olduğundan söz esilemez. Taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilerek uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/42886 **K:** 2009/24409 **T:** 28.09.2009

İŞ HUKUKU • İŞE İADE • İŞİ DEĞİŞTİRİLEN İŞÇİ • PERFORMANS DÜŞÜKLÜĞÜ • İŞ DEĞİŞİKLİĞİNİ KABUL ETMEYEN İŞÇİ

(4857 SK m.18, 20/3, 22, 25/II-4)

Özet: *Operatör olan davacının fesihten 5 ay önce görev yerinin değiştirilerek, daha önce çalışmadığı ve eğitim verilemeyen bölüme nakledilmesi ve burada günlük üretime göre performansının değerlendirilmesi, iş şartlarında esaslı değişikliktir. Davacı bu değişikliği kabul etmemiştir. O halde bu değişiklik 4857 sayılı İş Kanunu m.22 uyarınca davacıyı bağlamaz. Davacının kabul etmemesine rağmen bu işte çalıştırılması değişikliği geçerli kılmaz.*

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini, fesihten 5 ay önce uzmanlık alanı dışında olan zımpara-bıyık bölümünde istemediği halde görevlendirildiğini, el becerisi ve vasıfsız bir elamanın yapabileceği, farklı iş kolunda çalışmaya zorlandığını, adapte olmayı beklerken, uyarı üzerine uyarı verildiğini, bezdirildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin tüm uyarılara rağmen verilen görevleri hatırlatıldığı halde ısrarla yapmamaktan dolayı haklı olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya ve keşif sonrası, alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, işverenin zımpara-bıyık bölümündeki üretimin *"adet ve kalite"* kriterleri dikkate alınarak ve bu değerlerin işçi performans değerlendirilmesinde kullanıldığı, davacının 5 ay bu bölümde çalışmayı

kabul etmemesine rağmen, fesih tarihine kadar (5 ay) çalıştığı, davacının bu bölümdeki 3 aylık performans düşüklüğünün eğitimsizliğinden ve işlerin zorluğundan değil, şahsi tutumundan kaynaklandığı, feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

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 şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından 6 işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir."* Bu maddeye dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde, değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin de yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur. (Dairemizin 02.06.2008 gün ve 2007/39341 Esas, 2008/13324 Karar sayılı ilamı)

Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir. (08.04.2009 gün ve 2007/27829 Esas, 2008/7831 Karar sayılı ilamımız)

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır.

Dosya içeriğine göre yaklaşık 12 yıldır davalı işyerinde çalışan ve operatör yetkinliğine sahip davacı işçinin fesihten 5 ay önce yıkıma bölümünde iken zımpara-bıyık bölümüne nakledildiği, davacının yazılı yapılan görev değişikliğini kabul etmemesine rağmen, burada çalışmaya zorlandığı ve günlük üretim ve kalite sonuçlarına göre 02.07-28.07.2007 tarihleri arasında %36.99, 30.07-25.08.2007 tarihleri arasında %35.24 ve 27.08-29.09.2007 tarihleri arasında %38.24 randımanla çalıştığının belirtilerek ve savunması alınarak iş sözleşmesinin görevleri hatırlatıldığı halde ısrarla yapmama nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Operatör olan davacının fesihten 5 ay önce görev yerinin değiştirilerek daha önce çalışmadığı ve eğitimi verilemeyen zımpara-bıyık bölümüne nakledilmesi ve burada günlük üretime göre performansının değerlendirilmesi, iş şartlarında esaslı değişikliklerdir. Davacı bu değişikliği kabul etmemiştir. O halde bu değişiklik 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca davacı işçiyi bağlamaz. Davacının kabul etmemesine rağmen bu işte çalıştırılması, değişikliği geçerli kılmaz. Bu değişiklikten sonra davacının buradaki çalışmasının günlük üretim ve kalite sonuçlarına göre diğer işçilere göre değerlendirilerek, verilen görevi eksik yaptığı, randımanın, kısaca perfonmansının düşük olduğunun belirtilmesi, davacının yetkinliği ve görev tanımı ile uyumlu olmadığından doğru değildir. Davacının görevleri hatırlatıldığı halde, yapmamakta ısrar ettiği kabul edilemez. Somut uyuşmazlıkta haklı ve geçerli fesih nedeni gerçekleşmediğinden, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1) Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2) Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3) Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen; davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4) Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsiline **GEREKTİĞİNE**,

5) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6) Davacının yapmış olduğu 348,12.-TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575.-TL. ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 28.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/43245 **K:** 2009/22668 **T:** 05.10.2009

İŞ HUKUKU • ALT İŞVEREN • ASIL İŞVEREN • BİRLİKTE SORUMLULUK • MÜTESELSİL SORUMLULUK

Özet: *Asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı, İş Kanunu, iş veya toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca alt işverenle birlikte sorumludur. Birlikte sorumluluğu, müteselsil sorumluluk olarak anlamak gerekir.*

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve ise iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Davacı feshin geçersizliğine, işe iadeye, boşta geçen süre ücreti ve 8 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılardan M. Gıda San. ev Tic. A.Ş. avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı, davalı M. Gıda San. ve Tic. A.Ş'nin bazı işlerini taşerona verdiğini, bunlardan birisinin de iş güvenliği ve itfaiye işi olduğunu, çalıştığı şirketlerin M.Grup, A. Güvenlik ve en son diğer davalı B. Servis A.Ş. olduğunu, M'de taşeron M. Grup işçisi olarak işe başladığını, taşeronlar değişmesine rağmen çalışan işçiler ve iş değişmediğini, çıkarıldığı tarihe kadar sürekli çalıştığını, en son M. yetkilisi tarafından gerekçe gösterilmeden sözlü olarak sözleşmesinin feshedildiğini, asıl işverenin M. olduğunu belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesini istemiştir.

Davalı M. Gıda San. ve Tic. A.Ş. davacının diğer davalının işçisi olduğunu, davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu kabul edilse dahi, diğer davalıya iade edilmesi gerektiğini savunmuştur. Diğer davalı B. Servis A.Ş. davacının sözleşmesinin 2 aylık deneme süresi içimde performans düşüklüğü nedeniyle sona erdirildiğini, işin sevk ve sorumluluğunun kendilerine ait olduğunu beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının taşeron firma elemanı olarak M. A.Ş'ye ait taşeron şirketlerde çalıştığı, düşük performansın neye göre belirlendiğinin açıklanmadığı, davacının tecrübesiz bir eleman olmayıp, taşeron B. Servisten önce de çalışması bulunduğu, iş başına gelen yeni şirketim feshi haklı göstermek için bu yola başvurduğu, davalının feshi haklı hale getirmek için bunu getirdiği, davacının çalıştığı B. Servis ve diğer şirketlerin M'nin taşeronu olduğu, asıl işverenin M. olduğu değerlendirilerek B. Servis ve Danışmanlık Hizmetleri A.Ş. hakkında davanın husumetten reddine, feshin geçersizliğine, M. Gıda San. Ev Tic. A.Ş'de işe iadeye karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin bu kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun

kullandığı *"birlikte sorumluluk"* deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır. (Dairemizin 09.06.2008 gün ve 2007/40942 Esas, 2008/14420 Karar sayılı ilamı)

Somut uyuşmazlıkta, davalılar arasında işyeri güvenliği ve itfaiye işinin yapılması için sözleşme bulunduğu, davacı işçinin işvereni olan şirketinin bu işi üstlendiği, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi olduğu, davacının iş sözleşmesinin davalı alt işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiği de dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Davalılar arasında sözleşmeye konu olan kamu kurumuna ait işyerlerinin güvenliğinin sağlanması ve itfaiye işi asıl işin bir bölümü olmayıp, hizmet alım sözleşmesine konu iş alt işverenliğe verilebilecek niteliktedir. Davalı M. A.Ş. ile diğer davalı firma arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan ve iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olacağı kuralı dikkate alınmadan ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden birlikte sorumlu olduğu gözden kaçırılarak, alt işveren yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

Hüküm yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2- Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının B. Servis ve Danışmanlık Hizmetleri A.Ş. işyerinde **İŞE İADESİNE**,

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak **BELİRLENMESİNE**, davalıların müteselsilen sorumluluğuna,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakların davalılardan müteselsilen tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacının yapmış olduğu 72,30.-TL. yargılama giderinin davalı K. şirketinden tahsili ile davacıya verilmesine adı geçen davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575.-TL. ücreti vekaletin davalı K. şirketinden alınarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgililere iadesine, kesin olarak 05.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/29071 **K:** 2009/23664 **T:** 18.10.2009

İŞ HUKUKU • TAKSİ ŞOFÖRÜ • İŞÇİLİK ALACAKLARI • GÖREVLİ MAHKEME • KÜÇÜK ESNAF ÖLÇÜTÜ

Özet: *Davalı ticari taksi işletmesinde fiilen çalışmışsa, işyerindeki faaliyetini nakdi ya da ayni sermaye yanında emeğine dayandırmışsa, fiilen çalışması sonucu geçimini sınırlı olarak ticari taksi işletmeciliğinden temin etmişse esnaf sayılır. Davalıda bu özellikler olmadığından ayrıca emekli geliri de olduğundan esnaf sayılamaz. Dosya İş Mahkemesinde bakılır.*

Davacı kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, bayram ücreti, hafta tatili ücreti ve işsizlik sigortasının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, görevsizlik kararı vermiştir.

Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibariyle duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla dava

dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Uyuşmazlık davalıya ait işyerinin esnaf niteliğinde olup olmadığı ve bu işyerinde çalışan işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş mahkemelerini görev alanının, tarafların 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 asliye hukuk mahkemesine açılan dava *"İş Mahkemesi sıfatıyla"* açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile *"iş mahkemesi sıfatıyla"* baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde iş 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 akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarında doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, işçi esnaf niteliğindeki işyerinde çalışıyor ve bu işyerinde çalışan işçi sayısı 3 ve daha az ise, işçi ile işveren aralarındaki uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil, görevli hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.

507 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde *"İster gezici olsun ister bir dükkan veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar ticari sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tabir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odalarına kayıtları gerekmeyen, ayni niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve*

şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir" denilmektedir.

507 Sayılı Kanun 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5362 Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 76. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin 2. cümlesi ile diğer yasaların 507 Sayılı Yasa'ya yaptıkları atıfların 5362 Sayılı Yasa'ya yapılmış sayılacağı da açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde 507 Sayılı Yasa'ya yapılan atıf, 5362 Sayılı Yasa'ya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkar tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3. maddesine göre *"Esnaf ve sanatkar: ister gezici ister sabit bir mekanda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayici Belirleme Koordinasyon Kurulu'nca belirlenen esnaf ve sanatlar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir ve sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri olarak"* belirtilmiştir. 507 Sayılı Yasa'da yazılı olan *"geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin"* sözcükleri yeni Yasada yer verilmemiştir. Yeni Yasanın düzenlenmesi karşısında artık 21.06.2005 tarihinden sonra İş Kanununun kapsamını belirlerken *"geçimini münhasıran bu işten sağlama"* ölçütü dikkate alınmalıdır.

5362 Sayılı Yasa'daki düzenleme ile esnaf ve tacir ayrımında başka kriterlere yer verilmiş olup kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 Sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

5362 Sayılı Yasa'nın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 Sayılı Yasa'nın 4/ı bendi uyarınca, üç kişinin çalışması halinde bu işyeri iş kanununun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri İş Kanununa tabi olacaktır.

Somut olayda; yukarıda belirtilen ilkeler ışığında, ilk olarak davalının davaya konu ticari taksi işletmesinde fiilen çalışıp çalışmadığı, işyerindeki faaliyetini nakdi ya da ayni sermaye yanında emeğine yani bedeni çalışmaya dayandırıp dayandırmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre taraf tanıkları yeniden dinlenmeli davalının fiilen çalışıp çalışmadığı sorulmalı tarafların bu konuda gösterecekleri diğer delillerle bir değerlendirmeye tabi tutularak neticede fiilen çalışma olgusu gerçekleşmemiş ise davalının esnaf olduğundan söz edilemeyeceğinden taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilerek uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekir.

Fiilen çalışma olgusu gerçekleşmiş ise davacının çalışmalarının 507 Sayılı Yasa dönemini kapsadığı nazara alınarak davalının geçimini sınırlı olarak ticari taksi işletmeciliğinden temin edip etmediği araştırılmalı özellikle dosyaya yansıyan emekli geliri üzerinde durularak görev konusunda bir karar verilmelidir.

Eksik inceleme ve değerlendirme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliyi iadesine, 18.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/42859 **K:** 2009/27865 **T:** 19.10.2009

İŞ HUKUKU • HAKLI NEDENLE FESİH • İSPAT YÜKÜ

(4857 SK m.17, 20, 25)

Özet: *Feshin geçerli nedene dayanmadığının ispat yükü işverendedir. Feshin başka bir nedene dayandığını iddia etmesi halinde, işçi bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.*

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:

Davacı, sözleşmenin işverence sendikal nedenle feshedildiğini, 08.05.2007 tarihinde gece vardiyasında çalışmaktayken şirket ortağının keyfi tutumu ile işten çıkarıldığını, ertesi gün sendika şube temsilcilerinin girişimi ile 15 gün izin verildiğini, izin dönüşü 01.06.2007 tarihinde işbaşı yaptığını, disiplin kuruluna sevk edilerek sözleşmesinin 4857 Sayılı Yasa'nın 17. maddesi gereği feshedildiğini, ihbar önelini kullanırken bu kez de madde 25 gereği fesih yapıldığını, gerçek fesih nedeninin işyerinin sendikasızlaştırılması amacı olduğunu belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadeye, işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6. maddesine göre belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, sözleşmenin önel verilmek suretiyle 05.06.2007 tarihinde geçerli nedenle, sonra 15.06.2007 tarihinde madde 25/11-e ve h uyarınca derhal ve tazminatsız olarak feshedildiğini, fesih nedeninin kötüniyetli davacının iş yerinde işi yavaşlatma eylemlerinde bulunması, ısrarla düşük performans ile çalışması ve lakayt tavırlarını bilinçli şekilde sürdürmesi olduğunu, en son işverenin imalathaneye girdiğinde davacıyı çalışırken takmak zorunda olduğu eldivenini elinden çıkarmış, sohbet ederken gördüğünü, işçinin bu işi savsaklar durumunu hazmedemeyip davacıyı çalışma sahasından çıkması için uyardığını, feshin haklı nedene dayandığını, sendikal nedenin söz konusu olmadığını ifade ederek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davalı tanık anlatımları ve kamera görüntülerinin 14.05.2007 tarihinde davacının mesai saatinde işinin başından ayrılarak

arkadaşıyla konuştuğu, işvereni görünce tezgahının başına gittiğine ilişkin olduğu, bu konuda disiplin kurulunun toplandığı, oyların eşitliği nedeniyle kararın genel müdüre bırakıldığı, genel müdürün fesih yönünde oy kullandığı, ancak fesih bitiminde belirtilen performans düşüklüğünün tespit edilebilmesi için objektif kriterlere göre düzenlenmiş performans çizelgesinin ibraz edilmediği, yine davacının laubali davranışlarda bulunduğunun ispat edilemediği, davacının kısa süreli işinin başından ayrılması nedeniyle uygulanan işten çıkarma yaptırımının olayla orantılı olmadığı, buna göre feshin geçerli nedene dayanmadığı, fesih bildiriminde davacının 08.06.2007 tarihinde davacının yapmakla ödevli olduğu işi hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar ettiği iddia edilmiş ise de, davalı tanıklarının dahi bu yönde beyanı bulunmadığı, feshin haklı nedene dayandığının kanıtlanamadığı, yeminle dinlenen ve ifadelerine bu nedenle üstünlük tanınan tanık beyanlarına göre işverenin işyerindeki sendikal örgütlenmeyi engellemek için işçilere baskı yaptığı, işten ayrılmaya ve sendikadan istifaya zorladığı, 15 sendika üyesinin istifa ettiği, 22 işçinin işten çıkarıldığı, sendikanın yetkisini kaybettiği, davacının sendika işyeri temsilcisi olduğu, olaylar sırasında bütün olarak değerlendiğinde feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesiyle, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiş, işe başlatmama tazminatı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6. maddesi uyarınca belirlenmiştir. Karar davalı vekilince temyize getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesi uyarınca *"feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir"*. İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise, işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. (m. 20/f.2) İşçinin feshin başka bir sebep dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz.

Gerek işverenin geçerli sebebin varlığı, gerekse işverenin gösterdiği sebep dışımda bir sebeple dayandığı ileri sürülmesi durumunda bu vakıalar bir hukuki işlen olmadığından takdiri delillerle ispatı mümkündür.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin fesih nedeni olarak gösterdiği işçinin yapmakla ödevli olduğu görevleri hatırlatıldığı halde ısrarla yapmaması olgusunu kanıtlayamadığı anlaşıldığında, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği,

işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçüler belirlenmiştir.

Somut olayda, yargılama sırasında dinlenen davacı tanıkları iddia doğrultusunda davalı tanıkları ise savunmayı teyit eder şekilde beyanda bulunmuşlardır. Dosya içeriğinden, işyerinde fesih tarihi itibarıyla çalışanlardan kaç işçinin sendika üyesi olduğu, kaçının üyelikten çekildiği, üyelikten çekilenlerden çalıştırılan işçi olup olmadığı, kaç kişinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve işten çıkarılanların tamamının sendika üyesi olup olmadığı, işyerinde çalışması devam eden sendika üyesi işçiler bulunup bulunmadığı gibi hususlar anlaşılamamaktadır. Feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı konusunun kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde açıklığa kavuşturulması için belirlenen yönlerden gerekli araştırmaya gidilmeli ve toplanacak deliller dosya içeriği ile yeniden değerlendirmeye tutularak bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/12186 **K:** 2009/32934 **T:** 02.12.2009

İŞ HUKUKU • BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞME • ZİNCİRLEME SÖZLEŞME

(4857 SK m.11, 15; BK m.338)

Özet: *Yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tanımlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. İş Yasası'nda esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste yapılamayacağı kuralı ile belli bir koruma sağlanmak istenmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz.*

Davacı, bakiye süreye ilişkin 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 işçi, davalıya ait işyerinde 16.06.2000 - 15.5.2003 tarihleri arasındaki belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta iken, iş sözleşmesinin 04.07.2002 tarihinde süresinden önce feshedildiğini ileri sürerek bakiye süreye ilişkin ücret isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, isteğin reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık, taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı ve belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi

halinde işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücret konusunda toplanmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve yapılması için objektif nedenlerin varlığı gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 338. maddesinde, *"Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet işin maksut olan gayesinden anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin müruriyle, akit nihayet bulur"* kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterli görüldüğü halde, 1475 Sayılı Yasa uygulamasında da Yargıtay kararları ile belirli süreli iş sözleşmelerine sınırlama getirilmiş ve sürekli yenilenen sözleşmeler bakımından ikiden fazla yenilenme halinde sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüşeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 9. HD. 7.12.2005 gün 2005/12625 E. 2005/38754 K)

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır. (Yargıtay 9. HD. 13.06.2008 gün 2007/19368 E. 2008/15558 K.) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde, *"İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı olarak yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli bir süre olma özelliğini korurlar,"* şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.

Öte yandan 11. madde, 18 mart 1999'da sosyal taraflar arasında imzalanan çerçeve antlaşması yasal nitelik kazandıran 1999/70 EC Konsey Yönergesi ile birlikte ele alınmalıdır.

Çerçeve sözleşmesinin 4. maddesinde ayrım gözetmeme ilkesi vurgulanmıştır. Buna göre iş koşulları açısından, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere, yapılacak farklı muamele esaslı nedenlere dayandırılmadığı sürece, yalnızca belirli süreli iş sözleşmesi ve iş ilişkisi ile çalışmadan dolayı, emsal kadrolu işçilerden daha kötü davranılmayacaktır.

5. madde de ise kötü niyete karşı önlem işlenmiştir. Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismarın önlenmesi için, istismarı önleyecek yasalar yoksa Üye Devletler

sosyal taraflara danıştıktan sonra uluslar arası yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre belli başlı bazı sektörlerin ihtiyaçları dikkate alınarak aşağıdaki tedbirlerden bazılarını alır.

1. (a) Bu türden akit veya istihdam ilişkilerinin yenilenmesinin haklı kılacak nesnel gerekçeler tespit edilmesi,

1. (b) Yinelenen belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkilerinin azami toplam süresini belirlenmesi,

1. (c) Bu türden sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin kaç kez yenileneceğinin belirlenmesi,

2. Sosyal taraflara danıştıktan sonra Üye Devletler elverişli olan durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin

2. (a) Yenilenmiş sayılacağına,

2. (b) Belirsiz süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisi sayılacağına dair koşullar belirleyeceklerdir.

Öte yandan 1999/70 sayılı Konsey Direktifi'nin önsözünde (5), Essen Konseyi sonuç bildirgesi *"çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme"* anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemleri vurgulamaktadır. 1999 yılı İstihdam politikası Ana Hatları Hakkında 9 şubat 1999 tarihli *"Konsey Tavsiye kararı, Sosyal tarafları işletmeleri daha verimli ve rekabetçi kılmak ve esneklik ile iş güvenliği arasında gereken dengeyi sağlayabilmek amacıyla bulundukları her düzeyde esnek çalışma düzenlemeleri dahil iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya çalışmıştır."* Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesine göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşın yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır. (m. 2/3)

Gerek 158 sayılı İLO sözleşmesi, gerek 1699/70 sayılı Konsey Direktifi bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek bir denge amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerin kötüye kullanılmaması gereğini vurgulamıştır.

Sözü edilen normatif dayanaklara göre işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Buna karşın yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme bağlaması uygulamayı rahatlatacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile belli bir koruma sağlanmak istenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, 4857 Sayılı Yasa'nın 15. maddesinde belirtilen sürenin aşılmaması koşuluyla deneme süresi konulabilir.

Somut olayda davacı, davalı işyerinde uzman doktor olarak 01.07.1986 tarihinden itibaren çalışmakta iken taraflar arasında; birincisi 15.12.1998-15.12.1999 tarihleri arasında ve ikincisi 15.05.2000 - 15.05.2003 tarihleri arasında olmak üzere davacının Başhekim ve Hariciye Bölümü hekimi olarak çalışacağına dair belirli süreli olduğu belirtilen iş sözleşmeleri imzalanmıştır. 15.05.2000 - 15.05.2003 tarihleri arası için imzalana sözleşmeyi işveren tarafından süresinden önce sonlandıran 04.07.2002 tarihli yazı ile; davacının Başhekimlik görevinden alınarak, uzman doktor olarak çalışmasına devam edeceği aynı gün tebliğ edilmiş ve davacı bir süre daha işyerinde çalışmasını sürdürmüş ve iş sözleşmesi işveren tarafından 17.07.2002 tarihinden itibaren davacının devamsızlık yaptığı gerekçesiyle 24.07.2002 tarihinde feshedilmiştir.

Davacının açıklanan çalışma şekli ile süreli sözleşme yapılmasını gerektiren objektif koşullar bulunmamaktadır. Bu durumda iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir. Mevcut olgulara göre davacının bakiye süre ücreti tutarında alacak isteğinin reddine karar verilemesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 02.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/22738 **K:** 2009/33863 **T:** 08.12.2009

İŞ HUKUKU • ŞİRKET ZARARLARININ ZARARI VEREN İŞÇİ TARAFINDAN KARŞILANMASI • SİGORTA ŞİRKETİNCE GİDERİLEN ZARAR MİKTARININ MUNZAM ZARARDAN İNDİRİLMESİ

(HUMK m.74)

Özet: *Davacı işveren, şirket adına tahsil edilen çek bedellerinin hesaba aktarılmaması nedeniyle oluşan zararın davalı işçilerden tahsilini istemiştir.*

Davalıların usulsüz eylemleri nedeniyle işvereni asıl alacağı, davacının talebiyle bağlı kalınarak munzam zararıyla birleştirilip gerçek zarar bulunur. Söz konusu tutardan sigorta şirketinin ödediği tutar indirilince davalıların sorumlu olduğu tutar bulunur.

Taraflar arasındaki, şirket zararının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalılar avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 08.12.2009 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılar vekili ile karşı taraf vekili geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan vekillerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi ve gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işveren, şirket adına tahsil edilen çek bedellerinin hesaba aktarılmaması sebebiyle oluşan 25.533.864.047.-TL. zararın davalı işçilerden tahsili isteğiyle bu davayı açmıştır.

İşyerinde muhasebe biriminde görev yapan davalı işçiler vermiş oldukları savunmalarında olayı doğrulamışlar ve olayın ortaya çıkması

üzerine 2.550.000.000.-TL'nin 08.06.2001 tarihinde iade edilmiş olması sebebiyle bu miktarın indirilmesiyle 22.983.867.047.-TL. borçlu olduklarını bildiklerini kabul ettiklerini bildirmiştir.

Davacı işveren vekili 15.04.2002 tarihli dilekçe ile işverenin aynı dönemde krediler kullandığını ve şirkete ait çek bedelleri zamanında şirket hesaplarına geçmiş olsaydı sözü edilen miktar kadar kredi kullanmamış olacakları gerekçesiyle ödeme zorunda kaldıkları faiz zararını 18.714.271.048.-TL. olarak açıklamış, 13.01.2003 tarihinde verdiği ıslah dilekçesinde, anapara ve munzam zarar toplamından sigorta şirketinden tahsil edilen miktarın düşülmesiyle 23.572.094.099.-TL'nin tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece talebi aşacak şekilde 22.983.864.047.-TL. asıl alacağın ve 18.714.230.052.-TL faiz zararının tahsiline karar verilmiş, işverenin sigorta şirketinden tahsil ettiği 20.676.000.000.-TL. de zarar kapsamında değerlendirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı işveren sigorta şirketinden tahsil ettiği tutarı indirmek suretiyle bakiye zarar ve munzam zararı talep ettiğine göre sigorta şirketinin ödediği tutarın kabulü HUMK'un 74. maddesinde yazılı olan taleple bağlılık kuralına aykırılık oluşturur.

Öte yandan davacı vekilinin 15.04.2002 tarihli dilekçesi ile daha sonraki ıslah dilekçesinde, çek tutarlarının işverene verilmemiş olması sebebiyle kullanmak zorunda kaldıkları kredilerden dolayı oluşan faiz zararını 18.714.271.048.-TL. olarak açıkladığına göre, bilirkişi heyet raporunda belirtilen miktarı aşan munzam zarar hesabına değer verilmesi de doğru olmaz.

Davalıların usulsüz eylemleri sebebiyle işverenin asıl alacağı 22.983.864.047.-TL. olup, davacının talebiyle bağlı kalınarak munzam zararı 18.714.230.052.-TL. eklendiğinde gerçek zarar 41.698.094.099.-TL. olur. Sözü edilen miktardan sigorta şirketinin ödediği miktar indirildiğinde davalıların sorumlu olduğu tutar 21.022.094.099.-TL. olarak belirlenir. Mahkemece davalılar hakkında 21.022.094.099.-TL. yönünden tahsile dair hüküm kurulması gerekirken, talep aşılarak ve mükerrer yararlanmaya yol açacak şekilde karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalılar yararına takdir edilen 625.00.-TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/11733 **K:** 2009/34774 **T:** 14.12.2009

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI • FESHİN SON ÇARE OLMASI • EKONOMİK KRİZİN GEREKLİ NEDEN OLABİLECEĞİ

(4857 SK m.12, 18, 18/3, 20, 20/2, 21, 22)

Özet: *Davalı işveren, ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle davacının iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanılarak feshedildiğini savunmasına karşın, yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.*

Dosya içeriğine göre davalıya ait işyerinde satış danışmanı olarak çalışan davacı işçinin sözleşmesi ülkede yaşanan ekonomik kriz ve buna bağlı olarak piyasadaki durgunluk nedeniyle feshedildiği bildirilmiştir. Davalı işveren, aynı sebeplerle toplam 55 personelin işine son verildiğini belirtmiş, ayrıca temyiz dilekçesinde de yine ekonomik kriz sonucu 5 şubeyi kapattıklarını açıklamıştır. Cevap dilekçesinde iş yeri kayıtları, banka kayıtları, tanık anlatımları, keşif ve bilirkişi gibi delillere de dayanılmıştır. Davalı işveren vekili, duruşmada başka delillerinin bulunmadığını belirtmiş ise de, cevap dilekçesinde dayanıldığı belirtilen delillerin incelenmesi ile bir sonuca varmak mümkün olduğu halde sözü edilen deliller değerlendirilmeden hüküm kurulmuştur. Her ne kadar davacının kapatıldığı belirtilen şubelerde çalışmadığı anlaşılmakta ise de, ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk sonucu istihdam fazlalığı doğmuş olabilir. Bu nedenle, bilirkişi aracılığı ile gerekirse işyerinde keşif yapılarak; davalı şirketin yukarıda belirtilen kriterlere göre ekonomik krizden etkilenip etkilenmediği, istihdam fazlalığı doğup doğmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, fesihten önce ve sonra davacı ile aynı nitelikte veya davacının kısa süreli bir eğitimle yapabileceği işler için

yeni işçi alınıp alınmadığı tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

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

Davacı işçi, sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre için ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle davacının iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı vekilinin duruşmada tüm delillerini sunduklarını başka delillerinin bulunmadığını belirttiği, sunulan delillerin şirketin ekonomik krizden etkilendiğini ispattan uzak olduğu, feshin geçerli nedene dayandığının kanıtlanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirtmekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilirler. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işim düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karadır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya

devam etmesi gerekliliğini doğuran veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amacına uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenini serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararın 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.

İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. (m. 20/f.2) İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 6294-32601 sayılı kararı) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3 maddesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırımcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden ayılacağını düzenlemiştir. İşçi Yasada sayılı nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlaması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında, iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı bir 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. Dairemizin kararlılık kazanan ilkesi bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 30274-25209; 11.09.2008 gün ve 25324-23401 sayılı kararlar)

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 kaçılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin yerinde istihdam edilme imkanına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa,işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

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 davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı Yasanın 18, 20, 21, ve 22. maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçinin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir

Ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretimde düşüşler nedeni ile işçi çıkarılması kararı bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel kara ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Ekonomide durgunluk ve kriz dönemlerinde, ekonomik daralmaya bağlı olarak işten çıkarmanın gerçekleşmesi halinde öncelikle genel ekonomik kriz var ise tüm sektörler baz alınarak, işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde kriz var ise sadece faaliyet alanı için sektörel denetim, daha sonra ise işletmenin iç denetiminin yapılması gerekir.

İşletmenin faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik göstergeler geçerli nedenin açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz eder. Bu göstergelerden biri; ilgili sektörde iktisadi faaliyet kollarına göre Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYİH)'in zaman içinde nasıl değiştiğidir. Buna göre işten çıkarmanın gerçekleştiği sektörün GSYİH' ye katkısı diğer faaliyet kollarına oranla son dönemlerde azalmışsa sektörel bir olumsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir. İkinci bir gösterge ise, sektörel bazda ekonomik faaliyetler hakkında bilgi veren Sanayi Üretim Endeksidir. İşten çıkarmanın olduğu sektörün yer aldığı alt endeksin zaman içinde gelişimi incelenerek ilgili sektörün zor durumda olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir başka gösterge de; işten çıkarmanın olduğu sektörde son dönemde istihdam edilenlerin sayısında önemli bir değişiklik olup olmadığını gösteren *"istihdam edilenlerin iktisadi faaliyet konularına göre dağılımı"*dır. İlgili sektörde son dönemde istihdamda bir azalma ya da diğer iş kollarına göre daha az bir artış gerçekleşmişse sektörel bir olumsuzluktan söz edilebilecektir.

Ekonomide yaşanan değişimler bölgesel bazda da farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bazı bölgelerin zaman içinde ülke geneline oranla daha hızlı büyüyüp ekonomik büyümeye katkıları artarken, bazı bölgelerin GSYİH'ye katkısı zaman içinde daha düşük olabilir. Bu nedenle, işten çıkarmanın gerçekleştiği sektör kadar coğrafi bölgenin de önemi vardır. Bu konuda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayınlanan Karşılaştırmalı Bölgesel Gösterge Yayınlarından yararlanılarak; işten çıkarmanın gerçekleştiği şirketin faaliyet gösterdiği bölgenin ekonomik kalkınmasına ve iş durumuna bakarak daha sağlıklı bir karar varılabilir. Aynı zamanda her bir bölgenin GSYİH'ye katkısı dolayısıyla bölgesel kalkınma ve ekonomik canlılık yine TÜİK tarafından hazırlanan raporlardan tespit edilebilir.

Genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli neden olamaz. Bunun için yukarıda belirtilen makro ekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olması ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekir.

Genel ve sektörel şartlar olumlu seyretse de, işletmenin kötü yönetimi veya diğer özel sebeplerden dolayı zarar görmesi de istihdamı olumsuz etkileyebilir.

Ekonomik krizin yansıması ile şirketin mali durumundaki değişim, bilançosuna bakılarak anlaşılabilir. Şirketlerin çoğunluğunda dönem sonunda mali tablolar (bilanço, gelir-gider tablosu) hazırlanır. Bu mali tabloların karşılaştırılmasından hareketle, şirketin ekonomik krizden ne kadar etkilendiği tespit edilebilir. Bunun için, kriz öncesi döneme ait muhasebe verileriyle kriz dönemi esnasındaki muhasebe verileri karşılaştırılmalı, değişimin ne büyüklükte olduğu ve sebebinin krizle ilişkili olup olmadığı belirlenmelidir.

Tüm bu durumlarda yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, hesap uzmanı, gelirler kontrolörleri veya üniversitelerde sadece maliyet bölümü vergi alanındaki öğretim üyeleri ile işletme bölümü finansman ve muhasebe öğretim üyelerinden en az biri aracılığıyla ilgili kurumlardan kayıtlar getirildikten sonra işyerinde keşif yapılarak ve şirket mali ve ticari kayıtları, personel giriş ve çıkış kayıtları, sermayesi ve öz varlıkları, borçları-alacakları, satış ve üretim değerleri, kısaca mali bilançosu ve defterleri incelenerek bir sonuca varılabilir.

Dosya içeriğine göre davalıya ait işyerinde satış danışanı olarak çalışan davacı işçinin sözleşmesi ülkede yaşanan ekonomik kriz ve buna bağlı olarak piyasadaki durgunluk nedeniyle feshedildiği bildirilmiştir. Davalı işveren, aynı sebeplerle toplam 55 personelin işine son verildiğini belirtmiş, ayrıca temyiz dilekçesinde de yine ekonomik kriz sonucu 5 şubeyi kapattıklarını açıklamıştır. Cevap dilekçesinde iş yeri kayıtları, banka kayıtları, tanık anlatımları, keşif ve bilirkişi gibi delillere de dayanılmıştır. Davalı işveren vekili, duruşmada başka delillerinin bulunmadığını belirtmiş ise de, cevap dilekçesinde dayanıldığı belirtilen delillerin incelenmesi ile bir sonuca varmak mümkün olduğu halde sözü edilen deliller değerlendirilmeden hüküm kurulmuştur. Her ne kadar davacının kapatıldığı belirtilen şubelerde çalışmadığı anlaşılmakta ise de, ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk sonucu istihdam fazlalığı doğmuş olabilir. Bu nedenle, bilirkişi aracılığı ile gerekirse işyerinde keşif yapılarak; davalı şirketin yukarıda belirtilen kriterlere göre ekonomik krizden etkilenip etkilenmediği, istihdam fazlalığı doğup doğmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, fesihten önce ve sonra davacı ile aynı nitelikte veya davacının kısa süreli bir eğitimle yapabileceği işler için yeni işçi alınıp alınmadığı

tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/34598 **K:** 2009/37902 **T:** 28.12.2009

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI • İŞE BAŞLATMAMA HALİNDE KARARIN KESİNLEŞMESİNE KADAR GEÇECEK DÖNEMDE YENİ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

(4857 SK m.21)

Özet: *Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının dört aylık boşta geçen süreye ait ücretleri ve diğer haklarının çıkış tarihindeki ücrete göre hesaplandığı bildirilmiştir.*

Somut olayda, işe iade yargılaması sırasında boşta geçen dört aylık süre içinde iş yerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Bu durumda geçersiz sayılan feshi izleyen en çok dört aylık döneme ait ücret ve diğer hakları her iki toplu iş sözleşmesi kapsamına giren süreler bakımından ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplanmalıdır.

Davacı, kıdem, ihbar, işe başlatmama tazminatlarıyla boşta geçen süreye ait ücret alacaklarının ödetilmesine 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

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin hak kazandığı dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının hesabı yönünden taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının dört aylık boşta geçen süreye ait ücretleri ve diğer haklarının çıkış tarihindeki ücrete göre hesaplandığı bildirilmiştir. Davalı vekilinin vermiş olduğu itiraz dilekçesinde, dört aylık boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar yönünden hesaplamaların hatalı olduğunu savunmuştur.

Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. (Yargıtay 9. HD. 20.11.2008 gün, 2007/30092 E, 2008/31546 K.) Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işçinin işe iade yönünde başvurusu halinde, işçinin feshi izleyen dört aya kadar boşta geçen süre içinde çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer hakları belirlenmelidir.

Somut olayda, işe iade yargılaması sırasında boşta geçen 4 aylık süre içinde işyerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Bu durumda geçersiz sayılan feshi izleyen en çok 4 aylık döneme ait ücret ve diğer hakları her iki toplu iş sözleşmesi kapsamına giren süreler bakımından ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplanmalıdır. Davalı vekilinin bu yönde rapora itirazları üzerinde durulmalı, sözü edilen 1. dönem toplu iş sözleşmesi getirtilmeli ve gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınarak bir karar verilmelidir. Konuyla ilgili olarak eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/996 **K:** 2007/19434 **T:** 20.11.2007

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU • YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANMA • KURUMUN TESPİT BELGESİ VERMESİ

Özet: *Sigortalının 1475 sayılı İş Yasası'nın 14/5. maddesi uyarınca yıl ve primi ödeme günü itibariyle yaşlılık aylığına hak kazandığının belirlenmesi için SGK'ya yaptığı başvuruya kurumca yanıt verilmeli ve koşullar gerçekleşmiş ise sigortalının istediği belge de kendisine verilmelidir.*

Davacı, ayrıldığı işyerinden kıdem tazminatı alması için geçici 81. maddenin C-a bendi uyarınca SSK Başkanlığı'ndan kıdem tazminatına esas yazıyı almaya hak kazandığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, bozmaya uyarak ilamında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Kıdem tazminatını düzenleyen ve 4857 Sayılı Yasa'nın 120. maddesinde yürürlükten kaldırılmadığı belirtilen 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 5. bendine göre; iş sözleşmesinin, 506 Sayılı Yasa'nın 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yasalar dışında kalan diğer şartları veya aynı Yasanın geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle feshedilmesi, haklı fesih sayılmış ve bu durumdaki kişilere kıdem tazminatı ödeneceği belirtilmiştir. Anılan yasal düzenlemede, 506 Sayılı Yasa'nın geçici 81. maddesinin (A), (B) veya (C) bentlerine göre bir ayrıma gidilmemiş olması nedeniyle; anılan Yasa'nın (C) bendi gereğince sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak, kendi istekleriyle iş akdinin feshedilmesi de, haklı fesih sebebi olarak kabul edilmelidir.

Davacı, haklı fesih sebebine dayalı olarak, işverenden talep edeceği kıdem tazminatı alacağına esas olmak üzere Kuruma başvurarak, 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 5. bendi uyarınca, geçerli prim ödeme gün

sayısı ve sigortalılık süresinin bildirilmesi isteğiyle Kuruma başvurmuş; Kurumca bu talebinin reddedilmesi üzerine, işbu davayı açmıştır. Davacının, bu dava ile isteği, tahsis şartlarının varlığını tespit veya 506 Sayılı Yasa'nın geçici 81. maddesine dayalı bir istek olmadığı halde, hukuki tavsifte hata edilerek, davanın reddine karar verilmiş olması, isabetsiz bulunmuştur. Mahkemece yapılacak iş; davacının prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresini Kurumdan sorup belirlemek ve talep tarihi itibariyle davacının prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresinin, 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 5. bendine göre kıdem tazminatı almaya esas olmak üzere tespite karar vermekten ibarettir. Mahkemece, aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

0 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, 20.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5267 **K:** 2009/14829 **T:** 29.09.2009

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU • BAĞ-KUR'UN RÜCU HAKKI • ARAÇ ZARARI • İŞLETEN SIFATI

Özet: *Trafik sicilinde araç adına kayıtlı olan kişi aynı zamanda aracı kendi nam ve hesabına kullanıyor ve çıkar sağlıyorsa işleten sayılacaktır.*

Davacı, trafik kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün davacı Kurum tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından

---

Gönderen: Av. Güner SÖNMEZ

2007 Eylül ayında yayımlanan İş Hukuku Özel Sayısının 235. sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararına bakınız.

düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davanın yasal dayanağı 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 63. maddesidir.

Söz konusu maddede üçüncü bir kişinin sayılır hareketi ile Kanunda sayılan yardımların yapılması durumunda Kurumun bu yardımların ilk peşin değer için araç sahiplerine (araç sahibinin kusuru olmasa bile) rücu edeceği hükmü öngörülmüştür. Mahkemece, araç sürücüsü davalı Erol olayda %100 kusurlu olduğu kabul edildiğine göre araç maliki davalı Çiğdem yönünden 1479 Sayılı Kanun'un 63. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"...araç sahiplerine..."* ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin 27.03.2002 tarih 2001/343 Esas-2002/41 sayılı Kararı ile Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermesi karşısında Kanunun 63. maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı karşısında araç maliki Çiğdem'in işleten sıfatı yoksa sorumlu tutulamayacak, araç maliki Çiğdem aynı zamanda işleten ve sorumlu tutulacaktır. Burada değerlendirilmesi gereken husus davalı Çiğdem'in işleten sıfatı ile sorumlu olup olamayacağına ilişkindir. Trafik sicilinde adına kayıtlı bulunan kişi aracı kendi hesabına ve kendisine ait olmak üzere kullanıyor ve araçtan çıkar sağlıyor ise karşılığında hem şekil hem de maddi anlamda işletenlik sıfatı birleşmiş olur. 2918 Sayılı Yasa'nın 8. maddesinde araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatı ile sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişinin işleten olduğu ancak ilgilisi tarafından başka bir kişinin aracı, kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufta bulunduğu işpat edilirse bu kişinin işleten sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Somut olayda kazaya karışan özel otomobilini günlük bir ihtiyacında kullanması için davalı (sürücü) Erol'a rızasıyla veren, buna göre aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerindeki fiili tasarrufu devam ettiği anlaşılan araç maliki Çiğdem'in, yukarıda belirtilen şekilde aracın işleteni olduğunun anlaşılması karşısında, davalılardan Çiğdem yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 29.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8521 **K:** 2009/12939 **T:** 14.12.2009

SİGORTA HUKUKU • TRAFİK KAZASI
• ZORUNLU KOLTUK SİGORTASI
• MADDİ TAZMİNATTAN YAPILACAK OLAN İNDİRİMLER

Özet: *Otobüsün zorunlu koltuk sigortasından yapılan ödemeler; işgücü kaybından ya da ölümden doğan maddi tazminattan indirilemez.*

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce bozmaya uyularak verilen 03.04.2008 tarih ve 2007/551-2008/169 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekilleri tarafından ayrı ayrı istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanaklan ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacılar vekili, davalıların maliki, sürücüsü ve sigortacısı bulundukları otobüs içerisinde hostes olarak bulunan müvekkilleri murisi Behiye'nin meydana gelen trafik kazası neticesinde vefat ettiğini ileri sürerek, toplam 8.400,00.-TL. destekten yoksunluk tazminatı ve her bir davacı için de 2.000,00.-TL. manevi tazminatın faiziyle birlikte davalı sigorta şirketinin sadece maddi tazminattan sorumlu olması kaydıyla davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, yargılama esnasında davalılardan sürücü hakkındaki davasını atiye terk etmiş ve manevi tazminat talebinden feragat etmiştir.

Davalılar vekilleri, Otobüs Zorunlu Koltuk Sigortası'ndan davacılara ödeme yapıldığını savunarak, davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne ilişkin olarak verilen kararın temyizi üzerine Dairemizce bozulması sonrasında, bozma kararına uyan yerel mahkemece yeniden yapılan yargılamada, dosya kapsamına göre, davacılardan Satılmış'a Otobüs Zorunlu Koltuk Sigorta Poliçesi nedeniyle yapılan ödeme miktarının talep hakkı olan destek tazminatı miktarından mahsubunun gerekmediği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davacılardan Satılmış için 4.000,00.-TL. destekten yoksunluk tazminatının

---

Dergimizin 2010/1 sayısının 446. sayfasında yayımlanan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararına bakınız

davalılardan tahsiline, diğer davacı istemlerinin ise reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalılar vekilleri ayrı ayrı temyiz etmişlerdir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre, davalılar vekillerinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalılar vekillerinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve Kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, istek halinde aşağıda yazılı 54,00.-TL. harcın temyiz edenlere iadesine, 14.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/16259 **K:** 2007/16017 **T:** 10.09.2007

ÇEK ALACAKLISI • İYİNİYET KOŞULU • İMZA VE YAZI İNCELEMESİ

Özet: *Lehdarın cirosuyla çek alacaklısı sıfatını kazanan kişinin kötüniyetli veya ağır kusurlu olduğu kanıtlanmadan tazminat ve para cezasıyla sorumlu tutulması doğru olmamıştır.*

İmza ve yazı incelemesinin denetlemeye elverişli şekilde yöntemine uygun hazırlanmış olan bilirkişi raporuyla yapılması gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temziyen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Herhangi bir belgedeki imza ve yazının atfedildiği kişiye ait olup olmadığı hususunda yapılacak bilirkişi incelemesinin, konunun uzmanınca ve yeterli teknik donanıma sahip bir laboratuvar ortamında optik aletler ve o incelemenin gerektirdiği diğer cihazlar kullanılarak, grafolojik ve grofometrik yöntemlerle yapılması, bu alet ve yöntemlerle gerek incelemeye konu ve gerekse karşılaştırmaya esas belgelerdeki imza ve yazının tersimi, seyir, baskı derecesi, eğim, doğrultu gibi yönlerden taşıdığı özelliklerin tam ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenip karşılaştırılması; sonuçta, imza veya yazının atfedilen kişiye ait olup olmadığının dayanakları gösterilmiş, tarafların, mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli bir raporla ortaya konulması, gerektiğinde karşılaştırılan imza veya yazının hangi nedenle farklı ve aynı kişinin eli ürünü olduklarını fotoğraf ya da diğer uygun görüntü teknikleriyle de desteklemesi şarttır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hangi ortamda, ne tür teknik cihazlar kullanılarak inceleme yapılıp sonuca varıldığı açıklanmamış, sadece grafoljik ve grafometrik metotların uygulandığının belirlenmesi ile yetinilmiş, ulaşılan sonucun maddi dayanakları denetime elverişli şekilde ortaya konulmamıştır. Bu nitelikteki bir bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulmaz. (HGK'nın 30.05.2001 tarih ve 2001/12-246E. 2001/467K. Sayılı Kararı)

Mahkemece yapılacak iş yukarıda açıklanan yöntem ve ilkelere uygun olarak yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve oluşacak sonuca göre bir

karar verilmesidir. Eksik incelemeye ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı karar verilmesi isabetsizdir.

Kabule göre de; İİK'in 170/3. maddesine göre tetkik mercii aynı Kanunun 68/a maddesine göre yapacağı inceleme sonunda inkar edilen imzanın borçluya ait olmadığı kanaatine varırsa itirazın kabulü birlikte takibin durdurulmasına karar verileceği ve 4. fıkra uyarınca ise senedi takibe koymada kötü niyeti veya ağır kusuru bulunduğu taktirde alacaklının takip konusu alacağı %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminatla ve %10 para cezası ile sorumlu tutulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda, takip dayanağı çek bono lehdarın cirosu ile alacaklıya geçmiş olup keşideci borçlu ile doğrudan ilişki içinde bulunmadığının kabulü zorunludur. Bu durumda adı geçenin çeki takibe koymada ne surette kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu kanıtlanmadan tazminat ve para cezası ile sorumlu tutulması yasaya uygun bulunmamıştır.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 10.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/26976 **K:** 2009/489 **T:** 15.01.2009

HACZE KARŞI ŞİKAYET SÜRESİ • BORÇLUNUN HACZİ ÖĞRENDİĞİNİ BEYAN ETMESİ

Özet: *Hacizli taşınmazın kıymet takdir raporu borçluya 19.09.2006 tarihinde Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre tebliğ edilmiş, ayrıca borçlu İcra Ceza Mahkemesi'ne verdiği 25.01.2007 tarihli mal beyanı dilekçesinde bütün taşınmazlarının hacizli olduğunu beyan etmiştir.*

Borçlunun hacizden en geç 25.01.2007 tarihinde haberdar olduğu dikkate alınmalı ve 7 günlük şikayet süresi buna göre belirlenmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlunun, haczedilen gayrimenkulun tek evi olduğundan bahisle İcra Mahkemesine başvurusu *"şikayet"* niteliğindedir. İİK'in 16/1. maddesi gereğince şikayetin öğrenme tarihinden itibaren 7 günlük sürede yapılması zorulunudur.

Borçluya ödeme emri 17.09.2005 tarihinde usulüne uygun olarak tebliğ edilmiştir. Aynı adrese çıkarılan kıymet takdir tebligatı 13.06.2006 tarihinde bila tebliğ dönünce 19.09.2206 tarihinde sözü edilen adrese Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre tebliğ işlemi gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, borçlu İcra Ceza Mahkemesine verdiği 25.01.2007 tarihli mal beyanı dilekçesinde de tüm taşınmazlarına haciz konulduğuna dair açıklamada bulunmuştur. Hacizden en geç bu tarihte haberdar olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda adı geçenin 06.03.2007 tarihli şikayetinin yasal 7 günlük süreden sonra olup, istemin süreden reddi yerine 27.02.2007 tarihli satış tebligatı ile satıştan haberdar olduğunun kabulü ile işin esası incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 15.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1556 **K:** 2009/3273 **T:** 19.02.2009

AVUKATLIK HUKUKU • KARŞI TARAFA YÜKLENEN VEKALET ÜCRETİ • AVUKATIN HAKLARI

Özet: *Karşı tarafa yüklenecek olan vekalet ücretinin avukata ait olacağına ilişkin yasa hükmü vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkiden doğan uyuşmazlıkları düzenlemek için öngörülmüştür.*

Bu nedenle ilamdaki vekalet ücreti avukatın şahsı için istenemez; avukat bu ücreti asil adına borçludan isteyebilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahalinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Borçlu S.E'nin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

İlk karar, süresi geçtikten sonra temyiz edilmiştir. Bu nedenle temyiz isteğinin reddine ilişkin son karar İİK'in 365 ve HUMK'un 432. maddeleri gereği yasaya uygun bulunmakla ONANMASINA, 14,00.-TL. temyiz harcının mahsubuna 1,60.-TL. harcın temyiz edenden alınmasına.

2- Borçlu H. Bankası vekilinin temyiz itirazların incelenmesinde;

HUMK'un 423/6. maddesinde avukatlık ücreti, yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Aynı yasanın 424. maddesinde de yargılama gider olarak hükmolunan avukatlık ücretinin ancak (yargılamanın tarafları) arasında geçerli olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde; (dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir.) hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm vekil ile müvekkil arasında çıkacak ve iç ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacıyla öngörülmüştür. (HGK. 07.04.2004 tarih ve 2004/12-213 esas, 2004/215 karar)

Somut olayda alacaklı, müvekkili S.E. lehine hükmedilen vekalet ücretini kendi adına karşı taraf olan H. Bankası'ndan genel haciz yoluyla talep edilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere ilamdaki vekalet ücreti vekille asil arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden vekil ancak alacaklı asil adına vekalet ücreti alacağını borçludan iseyebilir.

Açıklanan nedenlerle, mahkemece itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine kabulüne dair hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlulardan H. Bankası vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda 2 no'lu bentde yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 19.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/11169 **K:** 2009/18774 **T:** 12.10.2009

İLAMSIZ TAKİP • DAYANAK BELGELERİNİN İBRAZI • BORÇLUNUN İZLEYECEĞİ YOL

Özet: *Seçilen takip şekline göre şikayet niteliğinde olan ve dayanak belgelerini ödeme emrine eklenmediğine yönelik istemlerin icra mahkemesine yapılması gerekir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı kredi kartı alacağına istinaden borçlu aleyhine genel haciz yolu ile icra takibine geçmiş bulunmaktadır. Borçlu vekili süresinde (13.11.2008) İcra Dairesine başvurarak borç miktarına, istenen faize itiraz etmiş, ayrıca takibe dayanak alınan hesap özeti, ihtarname v.s. belgelerin ödeme emrine eklenmediğini ileri sürmüştür.

Seçilen takip şekline göre borcun aslına ve faize yönelik itirazların dışında kalan şikayet niteliğinde bulunan dayanak belgelerin ödeme emrine eklenmediği yönündeki istemlerin İcra Mahkemesine yapılması zorunlu bulunmaktadır. Mahkemece bu hususlar re'sen gözetilmeyeceği gibi bu iddialara dayanılarak alacaklının isteminin reddine karar verilemez.

Yapılacak iş, borçlunun borca ve faize yönelik itirazları İİK'in 68. ve 68/B maddeleri uyarınca incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir.

O halde eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 12.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Hulki ÖZEL / Mersin Barosu Başkanı

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/12611 **K:** 2007/734 **T:** 29.01.2007

900'LÜ HATLAR • ABONENİN İSTEĞİ OLMAKSIZIN HAT AÇILMASI • KURUMUN BİRLİKTE KUSURU

Özet: *Abonenin isteği olmaksızın 900'lü hatların açılması halinde telefon kurumunun sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir.*

Hal böyle olunca, dava konusu somut olayda telefon kurumunun müterafik kusurunun tespiti sonucunda yapılacak indirimden sonra abonenin borcu belirlenmelidir.

Taraflar arasındaki menfi tesbit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, murisleri Mehmet adına kayıtlı telefon için Mart 2001 döneminde 1.597.600,00.-TL, Nisan 2001 döneminde ise 8.173.600.600.-TL. borç tahakkuk ettirildiğini, fatura bedelinin çok büyük kısmının 900'lü hatlara ait olduğunu, abonelik tesis edilirken 900'lü hatlar bulunmamasına rağmen davalının bu hatların hizmete girmesinden sonra 900'lü hatları kendiliğinden hizmete açtığını, telefonu kullanan davacı Mahmure'nin 85 yaşında olup bu hatlarla konuşma yapmasının mümkün olmadığını belirterek Nisan dönemine ait faturadan 8.170.391.500.-TL, diğer faturadan dolayı 1.581.648.700.-TL. borçlu olmadıklarının tesbitini istemişlerdir.

Davalı, abonenin sorumluluğunda bulunan telefonlardan yapılan konuşmalardan abonenin sorumlu olduğunu, tesis tarihinde 900'lü hatlar kullanılmadığı için Genel Müdürlüğün talimatı doğrultusunda ayrıntılı fatura veren santral sistemine bağlı telefonların doğrudan bu hatlara açıldığını, davacılara ait telefonunda bu nedenle 900'lü hatlara açık hale geldiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Gönderen: Av. Öngen SAKALLI / Edremit

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere yasaya uygun geciktirici nedenlere ve özellikler delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacıların murisi Mehmet adına kayıtlı olan telefona ilişkin abonelik sözleşmesinin 05.06.1978 tarihinde tesis edildiği, aboneliğin tesis edildiği bu tarihte 900'lü hatların kullanılmadığı, sözleşmede bu hatlara ilişkin herhangi bir bölüm ve hüküm bulunmadığı, dava konusu telefonun sonradan 900'lü hatlara açıldığı anlaşılmakta olup, bu husus taraflar arasında ihtilafsızdır. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme ve abonelik tesis edilirken bulunmayan 900'lü hatların, abone sahibi veya mirasçılarınca daha sonraki tarihte açılması talep edilmede, doğrudan doğrudan doğruya davalı kurumun tasarrufu ile konuşmalara açılması halinde davalı kurumunda sorumluluğunun bulunduğunun kabulü zorunludur.

Mahkemece öncelikle, dava konusu telefondan yapılan normal konuşmalardan abonelik tesis sahibi veya mirasçılarının sorumlu olacağı kabul edilerek, sözleşme anında bulunmayan 900'lü hatların kullanıma açılması için abone veya mirasçıları tarafından talepte bulunulup bulunmadığı belirlenmeli, böyle bir talebin bulunması halinde davalı kurumun da BK'nn 98. maddesinin atıfta bulunduğu 44. madde hükmü uyarınca müterafik kusurunun var olduğu kabul edilmeli, davalı kurumun müterafik kusuru nedeniyle sorumluluğunun oran ve miktarı gerekirse konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınmak suretiyle mahkemece takdir ve tespit edilip, tespit edilen bu bedelin 900'lü hatlara yapılan konuşmalara ait miktardan mahsubu ile hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin değinilen bu yönü gözardı ederek yazılı şekilde hüküm tesis etmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlere; davacıların diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bent uyarınca temyiz olunan hükmün davacılar yararına **BOZULMASINA**, 29.01.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/13308 **K:** 2008/3334 **T:** 10.03.2008

İŞ HUKUKU • İŞÇİDEN ALINAN TEMİNAT SENEDİNİN İPTALİ • İŞ MAHKEMESİNİN GÖREVİ

Özet: *İşçinin işe girerken kendisinden teminat amacıyla karşılıksız senet alındığını iddia ederek açtığı senet iptali davasına İş Mahkemesinde bakılmalıdır.*

Taraflar arasındaki menfi tesbit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı, davalının müdürü olduğu dava dışı şirkette ağır vasıta şoförü olarak işe girdiğini, işe girerken iki adet boş bono imzalayarak verdiğini, çalışırken geçirdiği iş kazası sonunda davalının müdürü olduğu şirket hakkında dava açtığını, davalının da buna istinaden boş senedi doldurarak aleyhinde icra takibi yaptığını ileri sürerek icra takibine konu senet ile diğer boş senetlerin iptaline ve borçlu olmadığının tesbitini istemiştir.

Davalı, müdürü olduğu şirkette çalışan davalının geçirdiği iş kazası sonucunda tedavi olduğunu, tedavi süresince davacının SKK'ya istirahatli olarak bildirildiğini, davalının istirahatli olduğu dönemdeki sigorta ödemelerini yaptıkları gibi, davacıya çeşitli paralar ödediklerini, ancak davalının istirahatli olduğu bir dönemde başka bir şahsın yanında sigortalı olarak işe başladığını, kendisi için şirket tarafından ödenen prim ve diğer borçlar ile aldığı paraların tahsili için takip yapıldığını, savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahmekece, davacının takip konusu bonodan dolayı borçlu olmadığının tesbitine ve senedin iptaline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmişdir.

1- Taraflar arasındaki ilişki hizmet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu gibi hizmet sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların İş Mahkemelerinde görülmesi 4857 ve 5521 Sayılı Kanunların 1. maddeleri hükümleri gereğidir.

O halde Keşan'da ayrıca İş Mahkemesi varsa veya İş Mahkemesi mevcut olmadığı gibi iş davalarına bakmaya Keşan 1. Asliye Hukuk

Mahkemesi'ni yetkili de kılınmamışsa dava dilekçesinin görev yönünden reddi şayet ayrı bir İş Mahkemesi bulunmayışından dolayı iş davalarına bakmaya Keşan 1. Asliye Mahkemesi yetkili kılınmışsa ara kararı verilerek davaya İş Mahkemesi niteliği ile bakılması gerekir.

Bu yönlerin gözden kaçırılması bozma nedenidir.

2- Bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle; temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, (2) numaralı bent uyarınca davalının diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 10.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/13957 **K:** 2009/4805 **T:** 09.04.2009

KİRA SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ OLARAK FESHEDİLMESİ • KİRACININ HAKLARI • GABİN ve EHLİYETSİZLİK SAVININ SONUÇLARI

Özet: *Kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde kiracının oluşan menfi zararını talep etme hakkı vardır. Buna göre kiracı ya dönem sonuna kadar peşin ödediği kira paralarını ya da kar kaybı bedelini talep edebilir.*

Bir sözleşmenin ehliyetsizlik veya gabin nedeni ile geçersiz olduğu iddia ediliyorsa, bu iddianın kanıtlanması halinde sözleşme başından itibaren geçersiz hale gelecek olaya uygulanacak yaptırımlar da bu olguya göre belirlenecektir.

Taraflar arasındaki alacak, tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı, davalıya ait 3 parça taşınmazı şeftali bahçesi haline getirmek üzere, 5 parça taşınmazı da alabalık üretim çiftliği haline getirmek üzere 08.11.2001 tarihli 15 yıl süreli sözleşme yaptıklarını, kira bedellerini peşin ödediğini ve ağaçlar dikip tesise ilişkin imalatları yaptığını ancak davalının 15.11.2002 tarihli ihtar ile tek taraflı olarak kira sözleşmelerini feshedip tahliye talep ettiğini ve taşınmazlardan fiilen de el çektirildiğini ileri sürerek, haksız tahliye nedeniyle yapılan imalatlar bedeli, 15 yıllık peşin ödenen kira bedeli ile kar kaybı toplamı olarak şimdilik 42.000.-TL'nin yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiş ıslah ile talebini artırmıştır.

Davalı, davanın reddini dilemiş karşı dava ile de sözleşmelerin geçersizliğinin tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Gönderen: Av. Hulki ÖZEL / Mersin Barosu Başkanı

Mahkemece, asıl dava açısından fesih nedeniyle ödenen peşin kira bedeli, yapılan imalatların bedeli ve tahliye nedeni ile gelir kaybı toplamı 58.821.-TL'nin faizi ile davalıdan tahsiline, karşı dava açısından tahliye nedeni ile konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Davalı yapılan kira sözleşmesinin ehliyetsizlik ve gabin nedeni ile geçersiz olduğundan sözleşmelerin bu nedenle iptaline ve feshine karar verilmesini istemiş ve mahkemece davalının tek taraflı fesih ihbarını davacı kiracının da dava açarak feshi kabul ettiği gerekçesi ile, konusuz kalan karşı dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Oysa davalının davasını ispatı halinde sözleşmeler başlangıçtan itibaren geçersiz hale geleceğinden, mahkemece bu iddialar üzerinde durularak gerekli araştırma yapılmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usül ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2- Davacı, 08.11.2001 tarihli 15 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiraladığı taşınmazdan, davalının 15.11.2002 tarihli ihtarı ile tek taraflı olarak fesih iradesini bildirerek, tahliyeyi talep ettiğini ve fiilen de taşınmazdan el çektirildiğini ileri sürerek bu davayı açmıştır. Davalı tarafından sözleşmenin haksız nedenle feshi halinde, davacı kiracının oluşan menfi zararını talebe hakkı vardır. Yani davacı kiracı dönem sonuna kadar olan kira bedellerini ya da kar kaybı bedelini talep edebilir. Bu nedenle davacı kiracıya bu kalem istediklerinden hangisini talep ettiği hususu açıklattırılarak sunucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemece, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usül ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

3- Bozma nedenine göre, davalının diğer temyiz itirazları ile davacının temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan 1. ve 2. bent gereğince temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, 3. bent gereğince bozma nedenine göre, davalının diğer temyiz itirazları ile davacının temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığını, peşin alınan harcın istek halinde taraflara iadesine 09.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14684 **K:** 2009/5645 **T:** 27.04.2009

SİTE YÖNETİMİ • TÜZEL KİŞİLİK • DAVADA TARAF OLABİLME KOŞULU

Özet: *Değişik parseller üzerindeki taşınmazların birleşmesi ile kurulan sitelerde, yönetimlerin yetkilerini malikler adına kullanabilmesi için "Tüzel Kişiliğin" varlığı aranmamalıdır. Bir diğer deyişle, tüzel kişiliği olmasa da site yönetimlerinin davada taraf olabileceği kabul edilmelidir.*

Taraflar arasındaki muarazanın önlenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı site yönetimi, kendileri ile davalı sitenin aynı taşınmaz üzerine inşa edilmiş iki ayrı site olduğunu, iki site yönetimi arasında imzalanan 29.02.2002 tarihli sözleşme ile davalı site içinde bulunan arıtma tesisinin ortak kullanımının kararlaştırıldığını ancak davalı site yönetiminin arıtma tesisinden kendilerini yararlandırmadıklarını ileri sürerek bu hususstaki muarazanın giderilmesini istemiştir.

Davalı davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, site yöneticiliğinin tüzel kişiliğinin ve bu nedenle taraf ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davalının husumet yokluğu nedeni ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, iki ayrı site yönetimi arasında imzalanan 29.02.2002 tarihli sözleşme uyarınca, davalı site içinde bulunan arıtma tesisinden davacının yararlandırılmamasına yönelik davalıca çıkarıldığı iddia edilen çekişmenin giderilmesine ilişkindir. Ülkemizde yaşanan ekonomik ve sosyal gelişme ile nüfus artışının doğurduğu işyeri ve konut ihtiyacının karşılanması amacıyla inşa edilen toplu yapıların kullanıma başlandığı bilinen bir

---

Gönderen: Av. Hulki ÖZEL / Mersin Barosu Başkanı

Dergimizin 2009/6 sayısında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 9. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

gerçektir. Bu nitelikteki toplu yapılaşmalarda sitenin yönetilmesi gerekmektedir. Bu nedenle özellikle yönetim ve davada taraf olabilme ehliyeti yönünden doğan yasal boşluğun doldurulmaması tüm maliklerin birlikte dava açabileceğinin veya tüm maliklere karşı dava açılması gerektiğinin kabulü uyuşmazlıkları çözümsüzlüğe terk etme sonucunu doğurur. Bu durumda hak ve adalete, usül ve dava ekonomisine uygun bir çözüm bulunması gerektiğinde duraksama olmamaktadır. Bu şekilde oluşturulan yönetimlerin sözleşmeden kaynaklanan yetkileri malikleri adına temsilci sıfatıyla kullanabilmeleri için tüzel kişiliğinin oluşması da gerekmez. Kaldı ki davaya konu sözleşmenin tarafların davacı ve davalı site yönetimlerinin de olduğu da anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında gerek davacı site ve gerekse davalı site yönetimlerinin davada taraf olma ehliyetlerinin bulunduğunun kabulü gerekir. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek işin esasına girilip hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usül ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 27.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/8051 **K:** 2009/11129 **T:** 08.10.2009

KİRALANAN YERDE YAPILAN TADİLAT • KİRACININ HAKLARI

Özet: *Kiralayanın muvafakatı olmaksızın kiralanan yerde tadilat yapan kiracı; kiralanan yere yapmış olduğu faydalı ve zaruri masrafları kiralayandan isteyebilecektir.*

İsmail vekili ile Ayten ve Melehat vekili aralarındaki dava hakkında İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nden verilen 18.03.2009 gün ve 266-64 sayılı hükmün Dairemizin 24.03.2009 tarih ve 2008/13331-2009/3859 sayılı ilamıyla bozulmasına karar verilmişti. Süresi içinde taraflar avukatınca kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalılara ait taşınmazda en son yenilenen 01.01.2000 tarihli kira sözleşmesi ile kiracı ikan 3 katlı işyerini iyileştirmeler yaparak lüks mağaza haline getirdiğini, 15.06.2002 gününde kiralananı tahliye ettiğini, davalalıların yapılan imalat bedelini ödemediğini ileri sürerek, tesbit raporu ile belirlenen 44.979.-TL. imalat bedeli ile değer artışı nedeni ile oluşan tutarın belirlenerek faizi ile ödetilmesini istemiştir.

Davalılar, yapılan tadilatlar için bir onay alınmadığını, kira bedeli ödenmediğinden tahliyesine karar verildiğini savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, belirlenen imalat bedelinden takdiren 25.000.-TL. ödenmesi gerektiği gerekçe gösterilerek bu miktarın tahsiline, iadeye tabi eşyaların da davacıya iadesine karar verilmiş, hükmün davacı ve davalılarca temyizi üzerine hüküm, Dairemizce davalılar yararına bozulmuş, davacı ve davalılar bu kez karar düzeltme talebinde bulunmuşlardır.

1- Davacının, davalılara ait mecurda 01.01.2000 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesiyle kiracı iken kiralanana bir kısım faydalı imalatlar yaptığı, daha sonrada kira borçlarını ödemede temrrüde düşmesi nedeniyle alınan mahkeme kararı sonucu 15.06.2002 gününde icraen tahliye edildiği toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Yine davalı kiralayanlar tarafından davacı kiracı aleyhine temerrüt nedeni ile tahliye sebebi olan ödenmeyen kira bedellerinin tahsili için açtığı davanın da kabul edilip, davacı kiracıdan tahsiline karar verildiği de dosyadaki belgelerden anlaşılmakdatır.

Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 6. maddesinde *"kiracı mecurda yapacağı tadilat için mal sahiplerinin veya vekillerinin yazılı onayını almak zorundadır.Aksine hareket akte aykırılık teşkil edecektir"* yazılıdır. Davalı kiralayanlar, davacının kendilerinden muvafakat almadığını, sözleşmenin bu hükmü karşısında davacının talepte bulunamayacağını savunmuşlar, davacı da yapılan bu imalatlar yönünden davalıların muvafakatlarını aldığını yasal delillerle ispat edememiştir. Bu durumda temerrüt nedeniyle tahliye olmak durumunda kalan davacının kiralanana yapmış olduğu faydalı ve zaruri masraf bedellerine BK'nın 414. maddesi kapsamında vekaletsiz iş görme hükümlerine göre isteme hakkı vardır.Hal böyle olunca konusunda uzman bilirkişi aracılığıyla kiralanana kullanım amacına uygun olarak yapılan faydalı ve zaruri imalatların yapıldıkları tarih itibariyle değerleri belirlenip, belirlenen bu miktarda davacının talebe hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

Mahkemece davacı kiracı tarafından yaptırılan faydalı imalat bedelleri toplamı 40.522.-TL'den, kira bedellerini ödemeyip tahliyeye sebep olduğundan takdiren indirim yapılarak 25.000.-TL'ye karar verildiği ancak yukarıda açıklanan şekilde işlem yapılmadığı gibi, davalı kiralayanların ödenmeyen kira bedelleri için açtığı dava ile tahsile karar verildiği gözetilmeden, indirim yapıldığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle inceleme yapılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup kararın bu nedenle davacı temyizi görülmeyerek bozulduğu bu kez yapılan inceleme ile anlaşıldığından, davacının bu konudaki karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemize ait 24.03.2009 tarihli, 2008/13331 E. 20009/3859 K. sayılı *"bozma"* ilamının kaldırılmasına, hüküm açıklanan nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

2- Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan bozma nedenine göre, bu aşamada davacının diğer ve davalıların tüm karar düzeltme nedenlerinin incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: 1. bent gereğince açıklanan nedenlerle, Dairemize ait 24.03.2009 tarihli, 2008/13331 E. 2009/3859 K. sayılı *"bozma"* ilamının kaldırılmasına, hükmün açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 2. bent gereğince davacı ve davalıların diğer karar düzeltme nedenlerinin bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde taraflara iadesine, 08.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/1958 **K:** 2009/11222 **T:** 12.10.2009

SULH İLE SONUÇLANAN DAVA • VEKALET ÜCRETİ • HESAPLAMA YÖNTEMİ • TEMERRÜT FAİZİ

Özet: *Davanın sulh ile sonuçlanması ve bu sulhün davanın seyri esnasında yargıç huzurunda gerçekleşen sulh protokolü ile sonuçlanması halinde sulh sonucunda avukatın müvekkiline sağladığı menfaat esas alınarak vekafet ücreti hesaplanmalıdır.*

Bu hesaplama yapılırken Avukatlık Kanunu hükümlerinin zaman itibariyle ne şekilde uygulanacağı dikkate alınmalıdır.

Alacaklının borçluya gönderdiği ihtarda tanıdığı süre sonundan itibaren temerrüdün gerçekleştiği kabul edilerek faiz işletilmelidir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabülüne yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatınca durşmalı davacı avukatınca duruşmasız olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmiştir. Belli günde davalı vekili avukatı ile davacı ve vekili avukat gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının vekili olarak, Afyon 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/603 E. Sayılı (Afyon 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/588 E. Sayılı dosyasıyla birleşik) Dava dosyası ile dava dışı Ç. Limited Şirketi tarafından davalı şirket aleyhine açılmış olan davayı takip ettiğini, yargılama sırasında 11.04.2003 tarihinde davanın tarafları arasında sulh anlaşması yapıldığını, açılmış olan davalardan karşılıklı olarak feragat edilmesi karşılığında davalı şirket adına karşı taraftan 70.000.-TL. tutarlı

Gönderen: Av. Korhan ENGİNDENİZ

Dergimizin 2010/1. sayısında yayımlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

ve her biri 10.000.-TL'lik 7 adet çek alındığını, uyuşmazlığın bu şekilde sulhle çözümlenmiş olmasına rağmen, hak etmiş olduğu, gerek müvekkilin ödemesi gereken, gerekse karşı taraftan tahsili gereken vekalet ücretinin ödenmediğini, 01.11.2004 tarihli ihtarının da sonuçsuz kaldığını ileri sürerek, 30.100.-TL. vekalet ücretinin 01.11 2004 tarihinden itibaren yasal ticari reeskont faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacı avukat tarafından takip edilen davada davanın tarafları arasında düzenlenen 11.04.2003 tarihli sulh protokolünde vekalet ücreti alacağının bulunmadığının belirtildiğini, protokolü bizzat imzalayan davacının iş bu ibraname gereğince vekalet ücreti talep edemeyeceğini savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 17.03.2008 tarihli bilirkişi raporu hükme esas alınarak, davacının takip ettiği dava değeri üzerinden ve taleple bağlı kalınmak suretiyle 30.100.-TL. vekalet ücretinin dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazalarının reddi gerekir.

2- Davacı avukatın, dava dışı Ç. Limited Şirketi tarafından davalı şirket aleyhine *"itirazın iptali"* istemiyle açılan Afyon 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait 2002/588 E. sayılı dava ile, davalı şirket tarafından dava dışı Ç. Limited Şirketi'ne karşı Afyon 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan 2002/603 E. sayılı davada davalı şirketi temsil ettiği, söz konusu davaların birleştirilerek yapılan yargılamaları sırasında, 11.04.2003 tarihli sulh protokolü ile tarafların karşılıklı olarak davalardan vazgeçtikleri, reddine karar verildiğini, 04.12.2003 tarihinde azledilen davacının, ödenmeyen vekalet ücreti alacağının tahsili için de eldeki iş bu davyı açtığı anlaşılmaktadır.

Davacıya ödemesi gereken vekalet ücretinin tespit edilebilmesi için öncelikle, uyuşmazlığa uygulanacak Avukatlık Kanunu hükümlerinin belirlenmesi zorunludur. Blindiği üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 02.05.2001 tarihinde 4467 Sayılı Yasa, 13.01.2004 tarihinde de 5043 Sayılı Yasa ile değişikliğe uğramıştır. 13.01.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na eklenen *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin olarak hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır"* hükmünü içeren geçiçi 21. madde, Anayasa Mahkemesi'nce 08.02.2008 tarihinde iptal edildiğinden, avukatlık ücretinden kaynaklanan uyuşmaz-

lıklarda, sözleşmelerin kurulduğu tarihte yürürlükte olan Avukatlık Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa, taraflar arasında yazılı bir avukatlık ücret sözleşmesi bulunmadığına göre, yukarıda açıklanan nedenlerle uyuşmazlığın çözümünde, sözleşme ilişkisinin kurulduğu, avukatlık hizmetinin verildiği 2002 ve 2003 tarihleri itibariyle yürürlükte olan 1136 Sayılı Yasa'nın, 02.05.2001 tarihinde 4667 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonraki, ancak 13.01.2004 tarihinde 5043 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki hükümlerinin esas alınması gereklidir. Anılan Yasanın 4467 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonraki 164. maddesinin 4. fıkrasında *"Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. Değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde ise asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın sonucuna ve avukatın emeğine göre değişmek üzere ücret anlaşmazlığı tarihindeki dava değerinin yüzde beşi ile yüzde on beşi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir"*. Hükmü bulunmakta olup, dava konusu olayda davacının vekil olarak görevini ifa ettiği davalar nedeniyle, anılan hüküm doğrultusunda ve davaların sulh ile sonuçlanması nedeniyle, birleştirilen her iki davada davalı şirkete sulh sonucunda kazandırılan menfaatin tespiti ile, tespit edilecek bu miktar üzerinden yüzde beş ile yüzde onbeş arasında takdir edilecek vekalet ücretinin ödetilmesine karar verilmesi gerekirken, mahkemece açıklanan hususlar gözardı edilerek, takip edilen dava değerleri üzerinden, Avukatlık Kanunu'nun 5043 Sayılı Yasa ile değişik 164/4. maddesinde öngörülen %10 ile %20 arasındaki oranlara göre ücret hesabı yapılan 17.03.2008 tarihli bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3- Borçlar Kanunu'nun 101/1. maddesi gereğince muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Davacı, daha önce davalı şirkete göndermiş olduğu 01.11.2004 tarihli ihtarla dava konusu alacağını davalıdan talep etmiş olup dava konusu alacağa, 02.11.2004 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılan ihtarda verilen 7 günlük sürenin de eklenmesi ile tespit edilecek temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, dava tarihinden itibaren faiz yürütülmüş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

4- Davacı, davada vekille temsil edildiği halde, karar başlığında davacı vekilinin adının yazımamış olması ve davacı yararına vekalet ücretine hükmedilmemiş olması da ayrıca usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: 1. Bentte açıklanan nedenlerle tarafların diğer temyiz itirazlarının reddine, temyiz edilen hükmün 2. bent gereğince davalı, 3. ve 4. bentler gereğince ise davacı yararına **BOZULMASINA**, 625.00.-TL. duruşma avukatlık parasının karşılıklı alınarak birbirlerine ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 12.10.2209 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/4964 **K:** 2009/11563 **T:** 14.10.2009

ELEKTRİK ABONELİĞİ • KULLANILMAYAN ELEKTRİK BEDELİ SORUMLULUĞU • İDARENİN MÜTERAFİK KUSURU

Özet: *Kural olarak abonelik sözleşmesi iptal edilmediği sürece kim tarafından kullanılırsa kullanılsın tüketilen elektrik bedelinden İdareye karşı abonenin sorumluluğu devam edecektir.*

Ancak, ilgili Yönetmelik gereğince bedeli ödenmeyen elektriğin muayyen süre kesilmesi gerektiği dikkate alınarak elektriği kesmeyen İdarenin müterafik kusuruyla zararın artmasına yol açtığı gözetilmeli ve meydana gelen zarardan Borçlar Kanunu hükümlerine göre indirim yapılmalıdır.

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının abone olduğunu, tesisatın kurulduğu mahalde elektrik kullanıldığını ve tahakkuk ettirilen elektrik bedelinin ödenmediğini, icra takibinde bulunulduğunu, ancak davalının borcunun tamamına itiraz ettiğini, ileri sürerek itirazının iptaline, %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Gönderen: Murat TOPÇUOĞLU

Davalı, abone olduğu taşınmazdan aboneliği iptal ettirmeden 1995 senesinde taşındığını, faturada belirtilen miktar enerjiyi kendisinin tüketmediğini, ayrıca davacının elektriği kesmemesinden dolayı kusurunun bulunduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm; davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davalının 01.09.1988 yılında elektrik abonesi olduğu, aboneliğin bulunduğu evden taşınmasına rağmen aboneliğini iptal ettirmediği tüm dosya kapsamı ile tartışmasızdır. Davalı dava konusu borcun ait olduğu aboneliğin bulunduğu evden hangi tarihte kesin olarak taşındığını ispat edememiş ise de, kural olarak abonelik sözleşmesi iptal edilmediği sürece, kim tarafından kullanılırsa kullanılsın, tüketilen elektrik bedelinden İdareye karşı abone olarak davalı sorumludur. Dava konusu alacak ilki 05.04.2001 son ödeme tarihli ve en sonuda 30.09.2001 son ödeme tarihli olan 20 adet fatura karşılığıdır. Yani 20 adet fatura bedeli ödenmemiştir. Faturaların düzenlendiği tarihte yürürlükte olan Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'nin 50/a maddesine göre, fatura bedeli ödenmediğinde muayyen bir süre sonunda abonenin elektriğinin kesilmesi gerekir. Yönetmeliğin bu açık hükmüne aykırı davranmakla davacı İdare zararın artmasına kendi müterafik kusuru ile yol açmıştır. Öyle olunca BK'nın 98. maddesi yollaması ile 44. maddesi hükmüne göre meydana gelen zarardan indirim yapılmalıdır. Öncelikle faturalar ödenmediği için, yönetmelik hükümlerine göre abonelik elektriğinin kesilmesi gerekli tarih belirlenip, bu tarihe kadar ki sarfiyatın tamamından davalı abonenin sorumlu olduğu kabul edilmelidir, daha sonraki süreye ilişkin fatura bedellerinden de yine davalı abone sorumlu tutulmalı ancak davacıda zararın artmasında müterafik kusurlu olduğundan BK'nın 44. maddesi hükmüne göre uygun bir indirim yapılmalıdır. Mahkemece açıklanan hususlar nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: 1. bent gereği davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent gereği kararın temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, 14.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/4860 **K:** 2009/11605 **T:** 15.10.2009

İCRA HUKUKU • BORÇLU OLMADIĞININ TESPİTİ DAVASI • ALACAKLININ DAVRANIŞI • HUKUKİ YARAR KOŞULU

Özet: *Davalı idare elektrik borçlusu olarak gördüğü kişiye karşı icra takibi yapmış, borçlunun itirazıyla takip durmuştur. Bundan sonra borçlu elektrik abonesi olmadığından bahisle borçlu olmadığının tespitini dava etmiş bu arada davalı idare borçlu hakkında işlem yapmayacağını haricen bildirmiş, ancak borçlunun açtığı davada borçluyu sorumlu tutmadığına dair beyanda bulunmamıştır. O halde; borçlunun açtığı davada hukuki yarar olduğu kabul edilmelidir.*

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı tarafından Şehit Ömer mescidi 1995, adına kayıtlı aboneliğin kendisi ile hiçbir ilgisinin olmamasına rağmen bina sahibi dava dışı AM. ile birlikte kendisi aleyhine icra takibi yapıldığını, itiraz ettiğini ileri sürerek icra takibine konu 57.251,91.-TL'den borçlu olmadığının tespitini istemiştir.

Davalı, davacının tüketimden sorumlu olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının aboneliğinin olmadığına ve itirazia takibin durduğuna, davacı tarafından dosyaya sunulan belgeye göre icra takibinde Bedaş'ın davacı hakkında işlem yapılmayacağını bildirmiş olduğuna ve duran takip nedeniyle davacının bu davada hukuki yararının bulunmadığına dayanılarak davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir

Davalının davacı aleyhine dışı abone şehit Ömer Cami 1995, bina sahibi AM. ve davacı aleyhine 57.251,91.-TL. üzerinden icra takibi yaptığı, davacının dava konusu abonelik ve kullanılan elektrikle ilgisinin olmadığı

dosya içeriği ve Müftülük yazıları ile sabittir. Davacı tarafından dosyaya fotokopisi sunulan 2008/9174 sayılı takip dosyasındaki 15.07.2008 tarihli davalı tarafından yapılan bildirimde dernek üyesi olması sebebi ile davacının takipte adının geçtiği ve bu şahıs hakkında takibin devamına yönelik işlem yapılmayacağının bildirildiği görülmüş ve davacı aleyhine yapılan icra takibi itiraz üzerine durmuş? ise de; davalının bu dava kapsamında davacıyı sorumlu tutmadığına ilişkin bir beyanı yoktur. Hal böyle olunca davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararı vardır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 15.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/6940 **K:** 2009/13154 **T:** 12.11.2009

İŞ YERİ • PAY DEVRİ • ORTAKLIĞIN SONA ERMESİ • RESMİ SÖZLEŞME • İSPAT KOŞULU • YEMİN

Özet: *TMK m.6'ya göre ispat külfeti davacıdadır. Davalı, noterde düzenlenen resmi sözleşmeye dayanmıştır. Taraflar arasında noterde düzenlenen 30.10.2006 tarihli devir sözleşmesine göre davacının devir bedeli olarak belirlenen 2.000.-TL'yi aldığı sabittir. Davacı resmi sözleşmenin aksini ancak yazılı delille ispatlayabilir. Ancak, davacı dava dilekçesinde ve delil listesinde "ve sair yasal delil" demek suretiyle yemin deliline de dayanmıştır. Öyle olunca, mahkemece davacı tarafa, devir bedeli hususunda davalıya yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak sonucuna uygun hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile resmi sözleşmenin aksine tespit bilirkişisi raporuna dayanılarak hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.*

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile %50 ortak olarak 01.05.2006 tarihinde iş yeri açtıklarını, aralarında çıkan anlaşmazlım sonucu 30.10.2006 tarihli devir sözleşmesi ile %50 payını davalıya devrettiğini, fazla masraf çıkmaması için sözleşmede devir değerinin düşük gösterildiğini, davalının daha sonra da gerçek devir bedelini ödemediğini, yaptırdığı tespit sonucu payına 33.500.-TL. düştüğünün tespit edildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 33.500.-TL. alacağın devir tarihinden itibaren ticari faiziyle birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Gönderen: Av. Mahmut KÜÇÜK

Davalı, sözleşmeye göre davacının payını aldığının sabit olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, sözleşmede bedelin düşük gösterildiği kabul edilerek tespitte alınan bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle davanın kısmen kabulü ile; 23.500.-TL'nin dava tarihinden itibaren ticari faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalıya devrettiği ortaklık payının bedeli olan 33.500.-TL. alacağının tahsili talebiyle eldeki davayı açmıştır. Davalı, noterde düzenlenen ortaklık payının devrine ilişkin resmi sözleşmede davacının bedelin tamamını aldığını beyan ettiğini, davacıya borcun olmadığını savunmuştur.

Mahkemece sözleşmede bedelin düşük gösterildiği kabul edilerek itiraz edilmediği gerekçesiyle tespit bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. TMK'nın 6. maddesine göre ispat külfeti davacıdadır. Davalı, noterde düzenlenen resmi sözleşmeye dayanmıştır. Taraflar arasında noterde düzenlenen 30.10.2006 tarihli devir sözleşmesine göre davacının devir bedieli olarak belirlenen 2.000.-TL'yi aldığı sabittir. Davacı resmi sözleşmenin aksini ancak yazılı delille ispatlayabilir. Ancak, davacı dava dilekçesinde ve delil listesinde *"ve sair yasal delil"* demek suretiyle yemin deliline de dayanmıştır. Öyle olunca, mahkemece davacı tarafa, devir bedeli hususunda davalıya yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak sonucuna uygun hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile resmi sözleşmenin aksine tespit bilirkişisi raporuna dayanılarak hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, 12.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/5788 **K:** 2009/13309 **T:** 16.11.2009

TAŞINMAZ SATIŞI • İFA İMKANSIZLIĞI • ÖDENEN PARANIN İADESİ

Özet: *Geçerli olarak yapılan taşınmaz sözleşmesinden sonra, sözleşmenin ifasının imkansız hale gelmesi durumunda, satıcıya ödenmiş olan satış bedelinin ifanın imkansız hale geldiği tarihteki rayiç bedeli geri istenebilir.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı müteahitlerden 3 no'lu bağımsız bölümü 2.700.000.000.TL'ye satın aldığını, dairenin taahhüt edilen tarihte teslim edilmediği gibi tapusunun da verilmediğini, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilerek dava konusu taşınmazın başka bir müteahhide verildiği ileri sürülerek, ödediği bedelin dava tarihi itibariyle ulaşacağı değer olan 25.000.000.000.-TL'nin ödetilmesini istemişter.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, davalı Mehmet ve Hüsnü'nün satış sözleşmesinde imzaları bulunmadığından bu davalılar yüzünden davanın sıfat yokluğundan reddine, ödemelerin Bülent özel mirasçısı Muzaffer'e yapılması nedeniyle davalı Adnan hakkında açılan davanın esastan reddine, satış sözleşmesi geçersiz olduğundan davacı tarafından ödendiği ispatlanan 1.950.-TL'nin Bülent mirasçıları davalılar Muzaffer ve Bahriye'den tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının davalılar Hüsnü ve Mehmet hakkındaki bütün temyiz itirazlarının reddi gerekir.

Gönderen: Av. Öngen SAKALLI

2- Davalı Adnan, davacı ile yapılan bila tarihli satış sözleşmesinin akidi olup, dava konusu dairenin sözleşmede belirtilen tarihte teslim edilmemesi nedeniyle sorumludur. Mahkemece, anılan davalı yönünden ödemeleri sözleşmeyi imzalayan diğer satıcı Bülent mirasçısı olan Muzaffer'e yapıldığı gerekçesiyle davanın esastan reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3- Müteahhit Adnan ve Bülent, arsa sahaba davalı Hüseyin ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde kendilerine düşen dairelerden birisini davacıya bila tarihli sözleşme ile satmış olup, taraflar arasında yapılan bu sözleşme geçerlidir. Davalı müteahhitlerin sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmedikleri açıktır. Geçerli sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle davacı, taşınmazın ifanın imkansız hale geldiği tarihteki rayiç, değerini isteyebilir. Somut olayda arsa sahibi ile davalı müteahhitler arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 29.12.1999 tarihinde feshedildiği anlaşılmakla, bu tarihte sözleşmenin ifası imkansız hale gelmiştir. Satış sözleşmesinde dairenin bedeli 2.700.-TL. kararlaştırılmasına rağmen, davacı bu bedelin 1.950.-TL'sini ödediğini yasaya uygun delillerle kanıtlamıştır. Bu durumda mahkemece, taşınmaz üzerinde keşif yapılarak satışa konu taşınmazın ifanın imkansız hale geldiği, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedildiği tarih itibariyle rayiç değeri bilirkişi marifetiyle tespit edilip, davacının ödediği bedelin bu miktara oranlanarak belirlenecek bedelin davalılar Adnan ve Bülent mirasçıları Bahriye ile Muzaffer'den tahsiline karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda (1) no'lu bentte açıklanan nedenlerle davacının davalılar Hüsnü ve Mehmet hakkındaki bütün temyiz itirazlarının reddine (2) ve (3) no'lu bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 16.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
14. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/9385 **K:** 2009/10333 **T:** 05.10.2009

İNANÇ SÖZLEŞMESİ • İSPAT YÖNTEMİ

Özet: *İnanç sözleşmesi ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların imzaları bulunan bir belge olmalıdır.*

Yazılı delil bulunmaması halinde başvurularak delil "yemin" delilidir. Buradaki yeminin konusu doğrudan doğruya inanç ilişkisinin varolup olmadığı noktasındadır.

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 04.09.2006 gününde verilen dilekçe ile tapu iptali ve tescil istenmesi üzerine bozma ilamına uyularak yapılan duruşma sonunda; davanın reddine dair verilen 14.05.2009 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı Selma vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, kardeş olan taraflar arasında inanç ilişkisine dayalı iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Dairemizin 30.06.2008 tarihli hükmüne uyulan bozma kararında taraflar arasında yazılı bir inanç sözleşmesi olmadığı vurgulandıktan sonra bu ilişkinin varolup olmadığı hususunda davacıya yemin teklifi hakkı bulunduğu, bu hakkını kullanıp kullanmayacağının sorulup saptanması sonucuna uygun bir hüküm kurulması gereğine değinilmiştir.

İnançlı işlemler, inananın teminat oluşturmak veya yönetilmek üzere mal varlığı kapsamındaki bir şey veya hakkını, inanılana devretmesi ve inanılanın da inanç anlaşmasındaki koşullara uygun olarak inanç konusu şeyi kullanmasını, amaç gerçekleştiğinde ise belirlenen şekilde inanana iade etmesini içeren işlemlerdir.

İnançlı bir iş1em ile inanan, sahibi olduğu bir mülkiyet veya alacak hakkını inanılana kazandırıcı bir işlemle devretmekte ancak borçlandırıcı bir sözleşme ile de onu bazı yükümlülükler altına sokmaktadır.

İnanç sözleşmesi, 05.02.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadi Birleştirme Kararı uyarınca ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır.

Açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasındaki uyuşmazlığın kanıtlanması açısından bunu iddia eden taraf yemin deliline (HUMK'un m.344) dayanabilir. Burada yeminin konusunu iddia edilen inanç ilişkisinin bulunup bulunmadığı teşkil eder. Yoksa, somut olayda olduğu gibi inanış ilişkisinin bedeli olan ve bankadaki hesapta bulunduğu çekişmesiz bir miktar paranın davacı tarafından davalı hesabına yatırılıp yatırılmadığının uyuşmazlığın giderilmesinde bir önemi yoktur.

Bu açıklamalara göre mahkemece yapılması gereken iş; davacıya iddia ettiği temel ilişkinin bulunup bulunmadığı konusunda yemin teklif hakkını hatırlatmak, davayı bunun sonucuna göre çözmek olmalıdır.

Dairemiz bozma ilamına hatalı anlam verilmek suretiyle davalıya alacak konusunda yemin teklif edilerek uyuşmazlığın çözümü doğru değildir.

Karar açıklanan nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 05.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/7107 **K:** 2006/7172 **T:** 07.12.2006

ESER SÖZLEŞMESİ • ZAMANAŞIMI

Özet: *Eser sözleşmelerinde zamanaşımı teslimden veya fesihten itibaren başlar.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacılar ve müdahil davalılar vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle feshi ve davalı yüklenici şirket adına oluşturulan tapu kayıtlarının iptal ve tescili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın zamanaşımı nedeniyle reddine dair verilen karar davacı vekili ile müdahil davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Eser sözleşmelerinde zamanaşımı teslimden veya fesihten itibaren başlar. Davalı yüklenicinin eseri sözleşme ve eklerine göre tamamlayıp teslim etmediği ve sözleşmenin dava tarihi itibariyle ayakta bulunduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme fesih de edilmediğinden henüz zamanaşımı süresi işlemeye başlamamıştır. Bu nedenle mahkemece zamanaşımı definin reddi ile işin esasının incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

2- Öte yandan dava davalı ve müdahil davalılar yönünden aynı nedenle reddedilmiş olup Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tüm davalılar için tek avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekirken davalı ve müdahil davalılar için ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi de yerinde olmamıştır.

3- Kabul şekline göre de zamanaşımı nedeniyle red halinde dava değerine göre davalılar lehine nispi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi de isabetsiz olmuştur.

Belirtilen nedenlerle karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz itirazlarının kabulü ile yukarıda 1. ve 2. bentlerde açıklanan nedenlerle hükmün davacılar yararına, 3. bent uyarınca müdahil davalılar yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacılar ve müdahil davalılara geri verilmesine, 07.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/4455 **K:** 2009/4892 **T:** 28.09.2009

ESER SÖZLEŞMESİ • YAPILAN İŞİN BEDELİ • LİKİT ALACAK

Özet: *Eser sözleşmesinde yapılacak olan işin bedeli yaklaşık olarak kararlaştırılmış ya da hiç kararlaştırılmamış ise, söz konusu işin bedeli piyasa rayiçleri esas alınarak bilirkişi marifetiyle tespit edilir.*

Bilirkişi incelemesiyle tespit edilecek olan bir alacağın likit olduğundan söz edilemez.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki taraf vekillerince istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesine dayalı olarak açılmış olup; icra takibine borçlu davalının vakî itirazının iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, Bakırköy 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/4690 takip sayılı dosyası üzerinden takip konusu yapılan asıl alacağın 1.710,00.-TL. tutarındaki kısmı üzerinden takip borçlusu davalının vakî itirazının iptaline; fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş ve verilen karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre taraf vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Bakırköy 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/4690 takip sayılı dosyası kapsamından; icra takip alacaklısı davacı tarafından, takip borçlusu davalı şirket hakkında adî takip yoluyla başlatılan icra takibinde, 06.04.2004 tarih, 425610 numaralı ve 3.540,00.-TL. tutarlı fatura dayanak alınarak 2.550,00.-TL. asıl alacak ve 350,00.-TL. işlemiş temerrüt faizinin istendiği ve takip borçlusunun süresindeki itirazı sonucu takibin durduğu anlaşıldığı gibi; itirazın iptali davasının da süresinde açılmış olduğu tespit olunmuştur.

Davalıya ait 7 katlı binanın temizlik işinin davacı tarafından yapılmış olduğu, toplanan delillerle sabit olmaktadır. Ancak, yanlar arasında iş

bedelinin tutarı uyuşmazlık konusudur. Borçlar Kanunu'nun 366. maddesi gereğince, iş bedelinin taraflarca yaklaşık olarak kararlaştırılmış veya iş bedelinin yanlarca kararlaştırılmamış olması durumunda, işin yapıldığı zamandaki serbest piyasa rayiçlerine göre, uzman bilirkişi aracılığıyla yaptırılacak inceleme sonucu iş bedeli mahkemece belirlenir. Somut olayda da, anılan yasa hükmüne uygun şekilde iş bedelinin 3.86,00.-TL. olduğu yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu sunulan 09.05.2006 günlü bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Davacının da kabulünde olduğu üzere; 3.186,00.-TL. tutarındaki iş bedeline mahsuben davalı tarafından 990,00.-TL. ödendiği ve davacının hakettiği istenebilir alacağının 2.196,00.-TL. tutarında olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, davacı alacağının 1.710,00.-TL. olduğunun kabulü doğru olmamıştır. Bu sebeplerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ve kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.

3- Davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gelince:

İİK'in 67. maddesi hükmü gereğince, icra takip alacaklısı davacı yararına, icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için anılan yasa hükmünde öngörülen tüm yasal koşulların birlikte gerçekleşmesi ve bu kapsamda alacağın belirlenebilir yani likit olması zorunludur. Somut olayda ise, davası kabul edilen asıl alacak tutarı, bilirkişi incelemesi yaptırılmak. suretiyle mahkemece belirlenmiş olduğundan likid değildir. 0 halde, mahkemece, davacı yararına yazılı şekilde ve tutarda icra inkar tazminatına hükmedilmiş olması doğru olmamıştır. Kararın bu sebeplerle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1.) bendde belirtilen nedenlerle taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2.) bendde açıklanan sebeplerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına; (3.) bendde gösterilen nedenlerle de davalı vekilinin diğer itirazının kabulü ile davalı yararına **BOZULMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 44,20.-TL. Yargıtay başvurma bakiye harcının davacıdan alınmasına, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 28.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
17. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5899 **K:** 2009/1629 **T:** 23.03.2009

EŞYA HUKUKU • TAŞINMAZ SATIŞI • DEĞER TESPİTİ • İNTİFA HAKKI

Özet: *Bir taşınmazın üzerindeki intifa hakkı kalkarak çıplak mülkiyet halinde satış yapılmış ise, intifa hakkının taşınmazın değerini ne şekilde etkileyeceği dikkate alınarak rayiç değer tespiti yapılmalıdır.*

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı Mehmet vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı borçlu Çiğdem'in, alacaklısından mal kaçırmak amacıyla Bakırköy Osmaniye Mahallesi, 236 ada, 26 parselde A Blok 4. kat, l2 no'lu bağımsız bölümün 1/3 hissenin çıplak mülkiyetini 16.12.2004 tarihinde davalı Mehmet'e sattığını belirterek tasarrufun iptaline, 6.500.00 .-TL. alacağın fer'leriyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Çiğdem, dava konusu taşınmazı müşteri olarak gelen davalı Mehmet'e bedeliyle sattığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı Mehmet vekili taşınmazın iyiniyetle ve bedeli ödenerek alındığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece iddia, savunma toplanan delillere göre gerçek değer ile satış değeri arasında açık oransızlık bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne. dava konusu Bakırköy Osmaniye 236 ada. 26 parseldeki A Blok, 4. katta 10/310 arsa paylı, 12. no'lu bağımsız bölümün çıplak mülkiyetinin davalı Çiğdem tarafından davalı Mehmet'e satışına ilişkin tasarrufun iptaline, alacaklıya taşınmazda alacak ve fer'ileriyle sınırlı olmak üzere haciz ve satış isteme yetkisi tanınmasına karar verilmiş, hüküm, davalı Mehmet vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Mahkemece dava konusu tasınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından tespit edilen gerçek bedeli arasında fahiş fark

olduğu gerekçesiyle dava kabul edilmiş ise de hükme esas alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli değildir.

Davalı borçlu, dava konusu taşınmazdaki hissesini üzerinde dava dışı Nesimi lehine mevcut intifa hakkı ile birlikte çıplak mülkiyet olarak satmıştır. Bilirkişi raporunda ise mevcut intifa hakkının taşınmazın satış değerine etkisi tartışılmamış davalı Mehmet'in bu yöndeki itirazları da değerlendirilmemiştir.

0 halde davalının rapora itirazları da gözönüne alınarak intifa hakkının dava dışı kişiye ait olmasının taşınmazın tasarruf tarihindeki değerine etkisi konusunda ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı Mehmet vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile usul ve yasaya uygun bulunmayan hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden Mehmet'e geri verilmesine ve 60.00.TL temyiz başvuru harcının davalı Mehmet'den alınmasına 23.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4923 **K:** 2009/1869 **T:** 30.03.2009

KUSUR TESPİTİ • ÇELİŞKİLİ DURUM • MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

Özet: *Bir davada kusura ilişkin raporlar ve tespitler bakımından çelişki bulunuyorsa, bu çelişki giderilmeden hüküm kurulamaz.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı tazminat davasının kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı Ş. Sigorta A.Ş. vekili davalı H. Kaynak Suları A.Ş. vekili ve davalı Ali tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili dava dilekçesiyle, davalı taraflara ait araç sürücülerinin kusurlu hareketi ile meydana gelen kazada desteklerinin olduğunu açıklayıp, fazlaya dair haklarını saklı tutarak, davacı Menekşe

için 60.000.-TL. maddi, 50.000.-TL. manevi, diğer davacılar için ayrı ayrı 20.000'er TL. maddi ve 25.000'er TL. manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müşterek ve müteselsilen (davalı sigorta şirketleri sigorta poliçesi limiti ile sınırlı olarak) tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sigorta şirketleri vekilleri cevap dilekçeleriyle, sorumluluklarının kusur oranında poliçe limiti ile sınırlı olduğunu, manevi tazminattan sorumlu olmadıklarını, temerrüde düşürülmediklerini belirterek, davanın reddini savunmusştur.

Davalılar H. Kaynak Suları A.Ş. vekili ve Ali, kusur oranını kabul etmediklerini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre; davanın kısmen kabulü ile, davacı Menekşe için 40.000.-TL, diğer davacılar İlkay ve İlker için 20.000'er TL. manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılar Ali ve H. Kaynak Suları San. Tur. Tic. A.Ş'den müştereken ve müteselsilen tahsiline, davacı Menekşe için 58.433,69.-TL, İlkay için 6.085,86.-TL. ve İlker için 13.890,08.-TL'den toplam 77.890,43.-TL. maddi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılar Ali ve H. Kaynak Suları San. Tur. Tic. A.Ş, Ray Sigorta A.Ş. ve Ş. Sigorta A.Ş'den tahsiline, davalı Servet ve feragat nedeni ile de davalılar İ. Sigorta A.Ş. ve A. Sigorta A.Ş. hakkındaki davaların reddine karar verilmiş; hüküm, davalı Ş. Sigorta A.Ş. vekili, Davalı H. Kaynak Suları A.Ş. vekili ve davalı Ali tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Kaza tespit tutanağında davalı sürücü Servet'in hatalı şerit değiştirdiğinden %75, davalı diğer sürücü Ali'nin hızlı araç kullandığından %25 kusurlu olduğu belirtilmiş, ceza dosyasında ATK Trafik İhtisas Dairesi'nden alınan 20.03.2007 tarihli raporda davalı sürücü Servet'in kusursuz, davalı diğer sürücü Ali'nin %100 kusurlu olduğu ifade edilmiş, Asliye Hukuk Mahkemesince keşif sonrası alınan 10.01.2006 tarihli raporda ise, sürücü Servet'in %75, sürücü Ali'nin %25 kusurlu olduğu, İTÜ Trafik Kursusu'nden alınan 07.01.2008 tarihli raporda da sürücü Servet'in kusursuz, diğer sürücü Ali'nin %100 kusurlu olduğu belirtilmiş, kararın gerekçe bölümünde de kusura ilişkin raporlar arasında çelişki bulunduğu kabul edilmiş; ancak, mahkemece kusura ilişkin raporlar arasındaki bu çelişki giderilmeden *"az da olsa davalı H. Kaynak Sulan San. Tur. Tic. A.Ş'nin kusuru bulunduğundan"* bahisle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de; kusur oranı yönünden raporlar arasındaki çelişki giderilmeden hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu durumda, Mahkemece yapılacak iş; ceza dosyası getirtildikten sonra kusura ilişkin raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için Karayolları Genel Müdürlüğü Trafik Fen Heyeti'nden seçilecek uzman bilirkişi kurulundan kusur dağılımına ilişkin, gerekçeli, ayrıntılı ve denetime imkan verecek nitelikte rapor alınarak sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı Ş. Sigorta A.Ş. vekili, davalı H. Kaynak Suları A.Ş. vekili ve davalı Ali vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma kapsamına göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, 60.00.-TL. temyiz başvuru harcının davalı Ş. Sigorta A.Ş, davalı H. Kaynak Suları A.Ş. ve davalı Ali'den alınmasına ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Ş. Sigorta A.Ş, davalı H. Kaynak Suları A.Ş. ve davalı Ali'ye geri verilmesine 30.03.2009 günü oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/8631 **K:** 2009/7158 **T:** 03.11.2009

BORÇLUNUN İFLASI • İSTİHKAK DAVASININ AKİBETİ

Özet: *Borçlunun iflasına karar verilmekle takip düşmüş ve hacizler kalkmıştır. Bu durumda konusu kalmayan istihkak davası hakkında karar verilemeyecek, sadece davanın açılmasına sebebiyet veren taraf yargılama giderleriyle sorumlu tutulacaktır.*

Taraflar arasındaki istihkak davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı alacaklı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili dava dilekçesi ile, Bursa 8. İcra Müdürlüğü'nün 2006/8793 Esas ve Bağcılar l. İcra Müdürlüğü'nün 2006/2373 Talimat sayılı dosyasından, davacının borçludan satın aldıkları ipliklerin borçlu şirketin borcundan dolayı 14.08.2006 tarihinde haczedildiğini belirterek,

İİK'in 96. ve devamı maddelerine dayalı olarak istihkak davasının kabulü ile anılan haczin kaldırılmasını istemiştir.

Davalı alacaklı vekili, davacının borçludan satın aldığını iddia ettikleri ipliklerin kendisine teslim edilmediğinden mülkiyetini kazanmamış olduğunu davacı ve borçlunun alacaklılardan mal kaçırma amacı ile davacı adına fatura düzenlendiğinden davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının sunduğu sevk irsaliyeleri, fatura ve ticari defterleri üzerinde yapılan bilirkişi raporlarına göre dava konusu ipliklerin davacı 3. kişiye ait olduğunun anlaşıldığından bahisle davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm davalı alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, 3. kişinin İİK'in 96. ve devamı maddelerine dayalı olarak açtığı istihkak davasına ilişkindir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden Ankara Asliye l. Ticaret Mahkemesi'nin 22.03.2007 gün ve E 2006/459 K 2007/126. sayılı kararı ile borçlunun iflasına karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşıldığından İİK'in 193/2. maddesi uyarınca takip düşmüş ve hacizler kalkmıştır. Bu durumda dava konusu kalmadığından *"istihkak davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına"* karar verilmesi ve dava açılmasına neden olan tarafın yargılama giderleriyle sorumlu tutulması gerekmektedir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgu dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı alacaklı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı alacaklıya geri verilmesine 03.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/5043 **K:** 2004/7104 **T:** 11.10.2004

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ORTAK YERLERE MÜDAHALENİN ÖNLENMESİ • KAT İRTİFAKLI ANAYAPIDA PROJEYE AYKIRILIK • TAMAMLANMIŞ ve İÇİNE YERLEŞİLMİŞ YAPIDA KAT MÜLKİYETİ KANUNU HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

(KMK md.17)

Özet: *Kat irtifaklı taşınmazda ortak yerlere müdahale olması halinde, kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin 2/3'ü fiilen kullanılmaya başlanılmış ise, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi ana gayrimenkulun yönetiminde kat mülkiyeti hükümleri uygulanır.*

KMK'nın görevli kıldığı mahkeme, ortak yerlere müdahalede görevlidir.

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 anagayrimenkulun yönetiminde kat mülkiyeti hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup, Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamalarında bütün kat maliklerinin ortak kullanımında olan ortak yerlere müdahalenin önlenmesi istemlerinin de yasanın açıklanan bu

hükmü çerçevesinde değerlendirilip kat mülkiyeti hükümlerine göre bakılıp çözümleneceği kabul edilmektedir.

Bu bakımdan davanın görülüp 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 kabulu ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 11.10.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6228 **K:** 2008/10823 **T:** 23.10.2008

USULSÜZ TEBLİGAT • ESKİ HALE GETİRME • DAVALININ SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI

(HUMK m.428)

Özet: *Yabancı ülkede yaşayan davalıya dava dilekçesi usulüne uygun tebliğ edilmemesi halinde savunma hakkı kısıtlanmış sayılır. Böyle bir durumda mahkemenin eski hale getirme isteminin kabulü hukuken yanlıştır.*

Dava dilekçesinde eski hale getirme istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden İngiltere'de ikamet eden davalı Fatma'ya dava diekçesinin yöntemine uygun biçimde tebliğ edilmeden yargılamaya devam edilip, hüküm kurulmak suretiyle davalının savunma hakkının kısıtlanması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmeksizin hükmün HUMK m.428 gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 23.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/2208 **K:** 2009/6327 **T:** 11.06.2009

YAŞ DEĞİŞİKLİĞİ • DOĞUM TARİHİNİN DÜZELTİLMESİ

Özet: *Çocuklarının doğum tarihlerinin yanlış yazıldığından bahisle anne ve babasının velayeten açtığı davada, hastaneden aldıkları çocukların doğumuna ilişkin ibraz edilen raporların tastikli suretlerinin incelenip, tanıkların dinlenmesi ve tam teşekküllü bir hastaneden sağlık kurulu raporu alınması gerekir.*

Davacılar, dava dilekçesinde kızı Ceren'in 26.04.2007 olan doğum tarihinin 18.07.2003, oğlu Serhat'ın 20.01.2008 olan doğum tarihinin de 24.03.2005 olarak düzeltilmesini istemişlerdir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi icinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği düşünüldü:

Doğum tarihlerinin düzeltilmesi istenilen Ceren ve Serhat'ın anneleri davacı Ceylan, yargılamanın 28.07.2008 günlü oturumunda çocuklarının Özel G. Hastanesi'nde doğduğunu bildirmiş, yargılamanın devamı sırasında da doğuma ilişkin olarak Ö.I. Polikliniği'nin 25.03.2005 gün ve 570 protokol no'lu raporu ile Özel G. Hastanesi'nin 19.08.2003 gün bila tarihli raporunu dosyaya sunmuştur.

Mahkemece annenin ve babanın 19.08.2008 günlü oturumdaki beyanı dikkate alınarak, çocukların doğumuna ilişkin ibraz edilen raporların tasdikli suretlerinin ilgili kuruluşlardan getirtilip, yine doğum tarihi düzeltilecek Serhat ve Ceren'in tam teşekküllü bir devlet hastanesine sevki ile yaşlarını belirten sağlık kurulu raporu aldırılıp, davacıların göstereceği tanıklarda dinlenerek oluşacak sonuç doğrultusunda doğum tarihlerinin düzeltilmesine karar verilmesi gerekirken yerinde görülmeyen gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: 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, 11.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/525 **K:** 2009/6356 **T:** 11.06.2009

KAT MÜLKİYETİ • EKSİK EVRAK NEDENİYLE GERİ ÇEVİRME • GENEL KURUL KARARININ İPTALİ

Özet: *Müdahil kişilerden bir ya da birkaçının ölümü sebebiyle davaya devam edip etmeyeceklerine ilişkin mirasçılara tebligat yapılıp, temyiz süreleri beklenmelidir.*

Kat Malikleri Genel Kurul kararlarının incelenmesinde karar defterine bakılmalıdır.

Genel Kurul toplantısına vekaleten katılanların vekaletleri de getirilmeli ve incelenmelidir.

Dava dilekçesinde anataşınmazın 06.05.2004 günlü Kat Malikleri Genel Kurulunca alınan kararların iptali istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

1- Mahkeme kararının, iptali istenilen toplantıya olumlu oyları ile katılmış bulunan Davut (20), Altıngül (22) ve Orhan (34) mirasçılarına tebliğine dair belgeler dosyasında bulunmamaktadır. Karar tebliğ edilmiş ise tebliğ kağıtlarının dosyasına konulması ya da kayıtlara göre tebliğ günü saptanarak bildirilmesi, tebliğ edilmemiş ise tebliğ edilerek temyiz sürelerinin beklenmesinden,

2- Anataşınmazın 06.05.2004 tarihli Kat Malikleri Kurulu kararını da içeren karar defteri ve bu toplantıda kat malikleri yerine vekaleten katılanlara ait vekaletlerin ilgili yönetimden getirtilerek dosyaya konulmasından, sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere iadesi için dosyanın mahkemesine **GERİ ÇEVRİLMESİNE**, 11.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/890 **K:** 2009/6606 **T:** 16.06.2009

KAMU ALACAĞI • ALACAĞIN FAİZİYLE TAHSİLİ • YANLIŞ VEKALET ÜCRETİ TAYİNİ

Özet: *Dava konusu alacağın faizi hesaplanıp bunun da alacakla beraber tahsiline mahkeme karar vermelidir.*

İddiasını ispat edip, davasını kabul ettiren davacının vekiline vekalet ücreti hükmedilir.

Dava ve birleşen dava dilekçesinde 19.261.063.000.-TL. eğitim ve öğretim alacağının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın ve birleşen davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itiraz!arı yerinde değildir.

Ancak;

1- Dava konusu alacak, dava tarihinden sonra yürürlüğe giren 5535 Sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Yasa gereğince güncellenmiş, davacı İdarenin tespit ettiği miktar davalı tarafından 12.09.2007 tarihinde ödenmiştir. Talep edilen alacak, yasanın yürürlüğe girdiği 08.07.2006 tarihi itibariyle belirlenmiş olup, bu tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar ki faizde hesaplanıp bunun da tahsil edilmesi; tahsil edilmemiş ise faiz miktarı hesaplanıp tahsiline karar verilmesi gerekirken, bu konuda bir araştırma yapılmamış olması,

2- Kabule göre de; dava yargılama devam ederken yürürlüğe giren yasa gereğince sonuçlandırılmıştır. Buna göre güncellenen değer üzerinden sadece davacı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi, davacı yararına vekalet ücretine hiç hükmedilmemiş olması,

Doğru görülmemiştir.

SONUÇ: 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**, 16.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4375 **K:** 2007/8192 **T:** 27.09.2007

SIRA CETVELİNDEN TERKİN TALEBİ • DAVADA GÖREV

Özet: *Sıra cetvelindeki belli bir sıradan terkin istemini içeren davalar iflasa karar veren yerdeki Ticaret Mahkemesinde görülür.*

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı ve davalılardan 1- H... Bank A.Ş. 2- H... T.... Vergi Dairesi Müdürlüğü 3- Bas... Vergi Dairesi Müdürlüğü 4- Bor....Vergi Dairesi Müdürlüğü vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Dava, düzenlenen iflas sıra cetvelinde üçüncü sıraya alınan davalıların bu sıradan çıkarılarak dördüncü sıraya yerleştirilmeleri istemine yöneliktir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 235. maddesine göre, sıra cetvelinden ve dolayısıyla sıra cetvelindeki belli bir sıradan terkin istemini içeren davalar, iflasa karar verilen yerdeki Ticaret Mahkemesinde görülür.

Yerel İcra Mahkemesince görev yönü düşünülmeden, esas hakkında karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 27.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4412 **K:** 2008/8194 **T:** 27.09.2007

SIRA CETVELİNE İTİRAZ • YARARLANMA HAKKI • VERGİ DAİRESİ HACZİNİN SIRASININ TESPİTİNDE ÖLÇÜT

Özet: *Sıra cetveline itiraz davalarında dava sonucundan sadece sıra cetveline itiraz eden kimse yararlanır.*

Usulüne uygun olarak takip işlemlerini tamamlamayan Vergi Dairesinin haczine öncelik tanınamaz.

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, dava dışı borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde ilk sıraya alınan davalı Vergi Dairesinin haczinin müvekkilinin haczinden sonraki tarihli olduğunu, bedeli paylaşıma konu taşınmazın aynından doğmayan vergi alacağının ilk sırada yer alamayacağını ve vergi borçlusu şirkete başvurulmadan şirket yetkilisi hakkında haciz işlemi uygulanmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Hazine temsilcisi, dava dışı borçlunun gerçek usulde vergi mükellefi olduğunu ve geçmiş dönemlerden vergi alacağı bulunduğunu bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İcra Mahkemesince davalı Vergi Dairesinin bedeli paylaşıma konu taşınmaz üzerinde haczi bulunduğu, bu itibarla ilk hacze iştirak edebileceği; davacının dördüncü sırada yer alması nedeniyle davalı yararına garameten yapılan paylaştırma neticesinde sıra cetvelinin iptalinin sonucu değiştirmeyeceği gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiş; hüküm şikayetçi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Şirket ortak ve yöneticilerinin, şirketin vergi borcundan sorumluluğu hususu 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulu Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesinde düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinde bedeli paylaşıma konu taşınmaz üzerine davalı yanca konulan haczin dayanağının, taşınmaz sahibinin ortağı

olduğu limited şirkete ait vergi borcu olduğu; davalı İdarenin bu alacağın tahsili için şirket hakkındaki yasal işlemleri tamamlamadığı, bir başka ifade ile şirketin aciz halinde olduğunun tespiti bağlamında yeterli girişimde bulunmadığı; diğer yandan da dava dışı borçlu İbrahim aleyhine takibata başlanmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda da bu iki husus belirlenmiş; şirketin aciz halinde olduğunun davalı yanca belgelenmediği ve dava dışı borçlu hakkında usulüne uygun biçimde icra takibine girişilmediği açıklanmıştır.

Diğer taraftan, sıra cetveline itiraz davalarında dava sonucundan yalnızca sıra cetveline itiraz eden kimse yararlanır.

Bu durumda, mahkemece davalı Vergi Dairesinin bedeli paylaşıma konu taşınmaz üzerindeki haczinin geçersizliği, sıra cetvelinde yer alan diğer alacaklıların herhangi bir itirazının bulunmadığı ve davacı vekilinin temyiz dilekçesinde gösterdiği alacak tutarı da dikkate alınarak bir karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 27.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3914 **K:** 2007/8604 **T:** 04.10.2007

SIRA CETVELİNE İTİRAZ • KESİNLEŞME • İCRA TAKİBİNDE ZAMANAŞIMI

Özet: *Daha önce açılmış olan sıra cetveline itiraz davasında taraf olmayan davacı, söz konusu sıra cetveline itiraz etmediğine göre sıra cetveliyle kendisine isabet eden pay kesinleşmiştir.*

İcra takibinin zamanaşımı sebebiyle geri bırakılmasını ancak borçlu isteyebilir.

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, dava dışı borçluya ait taşınmazların satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde üst sıraya alınan davalının takibinin TTK'nın 726. maddesi uyarınca zamanaşımına uğradığına; öte yandan ihtiyati haciz ve kesinleşme tarihleri itibariyle İİK m.268 hükmünün gözardı edildiğini ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, aynı taşınmazların bedelinin paylaştırılmasına ilişkin düzenlenen önceki sıra cetveline itiraz ettiklerini ve iptali istenen bu yeni sıra cetvelinin kesinleşmiş yargı kararına dayalı olarak düzenlendiğini bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İcra Mahkemesince yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve alınan bilirkişi raporuna göre, davalı yanın takibinin TTK m.726 uyarınca zamanaşımına uğradığı ve bu davanın davacısının daha önceki sıra cetveline itiraz davasında taraf olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, davalının sıra cetvelinden çıkartılmasına ve düzenlenecek yeni sıra cetvelinde davacının birinci sıraya alınmasına karar verilmiş; hüküm davalı Banka vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- İcra takibinin zamanaşımı nedeniyle geri bırakılması (İİK m.71/11) ancak borçlunun talep edebileceği bir husus olup, davacının bu iddiasının sıra cetveline itiraz suretiyle ileri sürülmesine yasal olanak bulunmamaktadır.

2- Dosyanın incelenmesinde bedeli paylaşıma konu taşınmazların satış bedelinin dağıtımı için 07.11.2001 tarihli bir sıra cetveli düzenlenmiş, anılan sıra cetveli T. E... Bankası A.Ş.'nin ipotek alacaklısı T...BankA.ş. aleyhine açtığı dava sonucunda Gaziantep İcra Mahkemesi'nin 24.01.2003 gün ve 1308/37 E. K. sayılı ilamla iptal edilmiştir. Anılan davada, işbu davanın davacısı taraf değildir.

Ancak, önceki sıra cetvelinde davacının dosyasına 822,51.-TL. isabet etmiş; davacının bir itirazı olmamakla, dağıtım konusu paradan bu miktarın davacıya aidiyeti hususu kesinleşmiştir. İtiraza konu 11.11.2005 tarihli sıra cetvelinde ise davacıya pay ayrılmamıştır.

Bu durumda, mahkemece davacı yönünden kesinleşen 822,51.-TL'lik miktar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 ve 2 sayılı bentlerde açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 04.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4006 **K:** 2007/8606 **T:** 04.10.2007

İCRA HUKUKU • İHTİYATİ HACİZ • SIRA CETVELİ • ALACAKLININ DURUMU • GARAME

Özet: *İhtiyati haczi kesin hacze dönüştürmeyen alacaklı haciz sahibi, sıra cetvelindeki garameye iştirak edemez.*

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili dava dışı borçlulara ait taşınmazların satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde satış bedelinin davalı Bankaya ait takip dosyaları ile müvekkiline ait dosya arasında paylaştırdığını;

Paylaştırmada müvekkilinin alacağına satışa kadar işleyen faizin dahil edilmediğini ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

İcra Mahkemesince, davacı yanca açılan tasarrufun iptali davasında bedeli paylaşıma konu taşınmazlar üzerine, İcra ve İflas Kanunu'nun 281. maddesine uygun şekilde iki ayrı ihtiyati haciz konulduğu ve haczin de 177.891,36.-TL. üzerinden konulduğu, oysa paylaştırma sırasında satışa kadar işleyen faizin de hesaplanarak alacağın bu suretle bulunması gerektiğinden bahisle davanın kabulüne ve sıra cetvelinin iptaline karar verilmiş; hüküm davalı banka vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İptali istenen sıra cetvelinde davacıya garameten pay aynlmıştır. Şikayet, satışa kadar işleyen faiz alacağının da garame hesabında dikkate alınmamasının doğru olmadığına ilişkindir.

Sıra cetveli, bedeli paylaşıma konu mal üzerine ilk haczi koyan alacaklı ile buna iştirak edecek alacaklılar dikkate alınarak düzenlenir. Bu şekilde oluşturulacak hacze iştirak derecelerinden para artarsa, aynı usulle daha alt sıralardaki hacze iştirak dereceleri belirlenerek dağıtım ona göre yapılır.

Hacze İştirak Kurumu İcra ve İflas Kanunu'nun 100 ve 101; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulu Hakkında Kanun'un 21/1; ihtiyati haczin hacze iştiraki ise yine İcra ve İflas Kanunu'nun 268. maddesinde düzenlenmiştir.

Davacı yanca dava dışı borçlular B... Otomotiv Ltd. Şti. ve diğerleri hakkında icra takibi yapılmış, takibin devamı sırasında bedeli paylaşıma konu taşınmazların iptale tabi tasarruflarla yine dava dışı Zeki ve Mustafa'ya devredildiği iddiasıyla adı geçenler hakkında Biga Asliye Hukuk Mahkemesi'nde tasarrufun iptali davası açılmıştır. Bu dava sırasında bedeli paylaşıma konu taşınmazlar üzerine 03.05.2001 ve 01.10.2002 tarihlerinde İcra ve İflas Kanunu 281/11. maddesi uyarınca ihtiyati haciz konulmuştur.

Davalı yanca konulan ihtiyatı hacizler 24.02.2000 tarihli olup, bu hacizler 24.09.2003 tarihinde kesin (icrai) hacze dönüşmüştür. Davacının ihtiyatı hacizleri ise daha sonraki tarihli olup, henüz kesin hacze de dönüşmemiştir. Bu durumda davacının garameye dahil edilmesine yasal olanak bulunmamaktadır (İİK m.268). Öte yandan, davacı alacağının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulu Hakkında Kanun'a tabi olduğu şeklindeki gerekçede de isabet yoktur; kaldı ki anılan yasaya göre ihtiyati hacizlerin ilk hacze iştirakine de imkan tanınmamıştır.

Ne var ki, davacı Banka aleyhine açılmış bir dava da bulunmamaktadır.

Bu durumda, mahkemece davanın reddine karar verilmek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 04.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6877 **K:** 2009/1395 **T:** 23.02.2009

TİCARİ VEYA MESLEKİ AMAÇLA TÜKETİM • TÜKETİCİ MAHKEMESİ • GÖREVLİ MAHKEME

Özet: *Ticari ve mesleki amaçla kullanılan suyun bedeline ilişkin davaya Tüketici Mahkemesinde değil, Genel Mahkemede bakılmalıdır.*

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı mahkemenin görevsizliğine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davalılardan Ramazan'ın abone, diğer davalıların fiili kullanıcı olduklarını, müvekkili Kurumun toplam 10.943.007.000.-TL. alacağının bulunduğunu belirterek, asıl alacağa dava tarihinden itibaren aylık %4 gecikme cezası uygulanmak suretiyle davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Gürbüz, davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalılar davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın abonelikten kaynaklandığı gerekçesiyle Tüketici Mahkemesine görevsizlik kararı verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/e maddesi uyarınca tüketici, satın aldığı mal veya hizmeti mesleki veya ticari amaç taşımaksızın kullanan kişi olarak tanımlanmıştır.

Somut olayda, abonelik davalı yanca kullanılan dükkana ilişkin olup, dava konusu suyun ticari veya mesleki amaçla kullanıldığı tartışmasızdır. Bu durumda mahkemece davanın esası hakkında bir karar verilmek gerekirken, yazılı şekilde Tüketici Mahkemesine görevsizlik kararı verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde iadesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/3738 **K:** 2009/3500 **T:** 22.04.2009

SIRA CETVELİNE İTİRAZ DAVASI • DAVADA GÖREV

Özet: *Sıra cetveline itiraz davasına kural olarak Genel Mahkemede bakılır. Ancak sadece sıraya itiraz ediliyor ise, İcra Mahkemesi görevlidir.*

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı Hazine vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

İcra ve İflas Kanunu'nun 142. maddesine göre, sıra cetveline itiraz davaları, kural olarak Genel Mahkemelerde görülür. Anılan maddenin son fıkrasına göre, itiraz sadece sıraya yönelikse, görev İcra Mahkemesinindir. Somut olayda davacı yanın iddiası miktara ilişkin olup, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmek gerekirken, esasa girilerek hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik **YER OLMADIĞINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 22.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/4539 **K:** 2009/5216 **T:** 03.06.2009

SIRA CETVELİNE İTİRAZ DAVASI • İSPAT YÜKÜ • BONONUN DELİL OLARAK İŞLEVİ • TİCARİ İLİŞKİ KOŞULU

Özet: *Muvazaa iddiasıyla açılan sıra cetveline itiraz davasında ispat yükü davalı alacaklıdadır*

Salt bonoya istirat edilerek bir alacağın varolduğuna hükmedilemez. Bononun temelinde yatan ticari ilişki araştırılmalıdır.

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Dava, muvazaa iddiasına dayalı sıra cetveline itiraz davasıdır.

Davalı vekili, davacı yanın iddialarının gerçeği yansıtmadığını, müvekkilinin diğer davalı borçlunun yanında plasiyer olarak çalıştığını ve yaptığı ciro karşılığında prim aldığını, borçlunun ödeyemediği hak edişlere karşılık bono verdiğini, muvazaa kastı olmadığından derhal takibe girişilmediğini, takibin hızlandırılması için girişimde bulunulmadığını, borçlunun başka araçlarına da haciz konulduğunu ve satış istendiğini ileri sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı yanın takibinin usulüne uygun olduğu, davalı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin, bonoların tanzim tarihinin ve takip tarihinin davacının takip tarihinden önce olduğu ve bu nedenle sıra cetvelinde hukuka aykırı yön bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Muvazaa iddiasına dayalı sıra cetveline itiraz davalarında ispat yükü, kural olarak davalı alacaklı üzerindedir. Davalı, alacağının varlığını ve miktarını usulüne uygun delillerle kanıtlamalıdır. Her zaman düzenlenmesi mümkün olan bono, alacağın varlığını ispatlamaya tek basına yeterli değildir. Bu durumda mahkemece, davalı alacaklının borçlu ile arasındaki alt ilişkiyi belgelendirmesi, satış tutarları ve prim oranları konusundaki delillerinin ibrazı sağlanarak, gerekirse davalı borçlunun buna ilişkin ticari kayıtlarının da incelenmesi, davalı yanın takibine dayanak kıldığı bononun keside ve vade tarihi itibariyle Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 299. maddesi çerçevesinde değerlendirmesi ve varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle temyiz olunan hükmün davacı şirket yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 03.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
20. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/15117 **K:** 2009/18029 **T:** 07.12.2009

HAKİMİN REDDİ İSTEMİ • HAKİMİN REDDİ İSTEMİNDE KÖTÜNİYET • HAKİMİN REDDİ İSTEMİNDE İDARİ PARA CEZASI

(HUMK m.29, 36/IV, 53)

Özet: *Dava taraflarından herbiri HUMK madde 29'da sayılan sebeplerin varlığı halinde davaya bakan hakimin reddi isteminde bulunabilir.*

Merci tarafından yapılacak inceleme sonucu reddin kötü niyetle yapıldığının anlaşılması ve talebin esas yönünden kabul edilmemesi halinde, red talebinde bulunanlara idari para cezası verilir. Verilecek idari para cezasının miktarı, reddin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan para cezasına ilişkin Yasa hükümlerine göre belirlenir.

Taraflar arasında görülen iflasın ertelenmesi davası sırasında müdahil şirketler vekili 27.04.2009 günlü dilekçesiyle reddi hakim yoluna başvurmuştur.

Bu konuda verilen kararın Yargıtayca incelenmesi müdahil şirketler vekili tarafından istenilmiş olmakla, süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya içindeki tüm belgeler incelendi ve gereği düşünüldü:

KARAR

Müdahil şirketler vekili, 27.04.2009 günlü dilekçesinde; iflas erteleme talebinde bulunan davacı şirketin mahkemeye sunduğu ve üçüncü şahıs konumundaki 7 ayrı şirketle yapıldığı iddia edilen sözleşme asılları dosyaya celbedilmeden davacı talebi konusunda işlem yapıldığını belirterek, reddi hakim talebinde bulunmuştur. Konuyu inceleyen mercii talebi esastan reddetmiş, talepte bulunanların kötü niyetli oldukları kabul edilerek yeniden değerlendirme oranları da dikkate alınıp HYUY'un 36/IV. maddesi hükmü gereğince ayrı ayrı en üst sınırdan 5.600.-TL. idari para cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiş, hüküm müdahiller vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- İncelenen dosya kapsamına göre hakimin reddi için ileri sürülen nedenler HYUY'un 29. maddesinde tanımı yapılan sebeplerden değildir.

Açıklanan nedenlerle hükmün esasına yönelik temyiz itirazlarının reddi ile onanmasına karar vermek gerekmiştir.

2- Müdahil şirketler vekilinin para cezasına yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Hakimin reddi isteminin reddine dair verilecek kararlarda reddin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan para cezasına ilişkin yasa hükümlerinin uygulanması gerekir. Bilindiği gibi, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren Temel Ceza Yasalarında Uyum Amacıyla Çeşitli Yasalarda ve Diğer Bazı Yasalarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5728 Sayılı Yasa'nın 10. maddesi ile 1086 sayılı HYUY'un 36/IV ve V maddeleri değiştirilmiştir. Buna göre, HYUY'un 36/IV maddesi; *"Ret talebinin, kötü niyetle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi halinde, talepte bulunanların her birine mahkemece beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir."* aynı Yasanın 36/V maddesi ise; *"Hakim hakkında aynı davada aynı tarafca tekrar ileri sürülen ret talebinin reddi halinde verilecek idari para cezası, daha önce verilen idari para cezasının iki katından az olamaz."* Ayrıca, 31 Mart 2005 gün 25772 mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 1/c, 2, 3, 4/2 ve 16/1 madde hükümlerinde Yasa koyucu; çeşitli yasalardaki idari para cezalarının kabahat nevinden sayıp, bu eylemleri Kabahatler Yasası kapsamına aldığından, HYUY'un 36/IV maddesi hükmünde belirtilen idari para cezasının da Kabahatler Yasası hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

0 halde; yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, 5728 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihinden sonraki hakim redlerinde; merci tarafından yapılacak inceleme sonucu reddin kötü niyetle yapıldığının anlaşılması ve talebin esas yönünden kabul edilmemesi halinde, talepte bulunanlara verilecek idari para cezasının miktarının tespitinde kullanılacak gerekçenin 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 17/2 ve 7. maddesi hükümlerine uygun bulunması zorunludur.

Somut olayda hakim reddi talebi reddedildiği halde mahkemece; HYUY'un 36/IV maddesi hükmünde belirtilen idari para cezasının en üst sınırından cezalar verilmiş olmalarına karşın, kurulan hükümde 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 17/2. maddesinde belirtilen ölçüler tartışılmamış olması usul ve yasalara aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Müdahil şirketler vekilinin esasa yönelik temyiz itirazlarının reddi ile hükmün yukarıda (1) no'lu bentte belirtilen gerekçelerle **ONANMASINA**,

2- Müdahil şirketler vekilinin para cezasına yönelik temyiz itirazlarının yukarıda (2) no'lu bentte açıklanan gerekçelerle kabulü ile hükmün bu bölümünün **BOZULMASINA,** 07/12/2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/10029 **K:** 2008/18311 **T:** 24.11.2008

HİZMET TESPİTİ • HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ • KESİNTİSİZ ÇALIŞMALAR • PARTİ İLÇE BAŞKANININ İŞVEREN SIFATI VAR MIDIR?

Özet: *Davacının çalışmaları kesintisiz olarak geçtiğinden sigorta girişinden önceki döneme ilişkin çalışmalar bakımından da hak düşürücü sürenin varlığından söz edilemez.*

Parti İlçe Başkanı olarak görev yapan davalıya işveren sıfatıyla husumet yönetilmesi mümkün değildir

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 1984-31.03.2001 tarihleri arasında çalıştığını ve Kuruma eksik bildirilen çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davacı ile davalılardan Kurum ile Recep vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davalı Kurumun tüm temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacı, 1984 yılından 31.03.2001 yılına kadar davalı işverenlere ait, işyerinde kesintisiz çalıştığını ileri sürerek eksik bildiren sürenin tespitini istemiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak davacının 01.12.1994 ve 31.03.2001 tarihleri arasında davalı DP. Kağıthane İlçe Başkanlığı'na ait işyerinde çalıştığının tespitine 01.11.1994 tarihinden önceki istemin hak düşürücü sürenin dolması nedeniyle reddine, DP. Genel Başkanlığı'na yönelik davanın husumetten reddine karar verilmiştir.

Yapılan incelemede, davalı DP. Kağıthane İlçe Başkanlığı'nda kurucu olarak görev almış tanık ifadelerine göre DP. Kağıthane İlçe Teşkilatı'nın

---

Gönderen: Av. Zafer YEĞİN

1984 yılında oluşumundan beri davacının telefonlara, çay ve temizlik işlerine baktığını ve bu çalışmanın sürekli devam ettiği, dinlenen tanıkların DP. Kağıthane İlçe Teşkilatı'nda görev aldıkları, yönetim kurulu üyeği yaptıkları, işyerinden 01.11.1994 - 30.11.1994 tarihleri arasında 25 gün bildirimde bulunulduğu 01.03.1998 tarihlerinde de aynı işyerinden davacının işe girişine ilişkin işe giriş bildirgesinin verildiği, işyerinin 01.11.1994 tarihi itibariyle 506 sayılı Yasa kapsamına alındığı 30.11.2004 tarihine kadar faal olduğu görülmüştür.

Bu yönü ile davanın yasal dayanağı belirgin olarak 506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesidir. Anılan maddede, yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalıların çalıştıklarını hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde mahkemeye başvururak alacakları ilam ile ispatlayabilecekleri öngörülmüştür.

Somut olayda davacının işyerindeki çalışmaları davalı Kuruma 01.11.1994–30.11.1994 tarihleri arasında kısmi olarak bildirilmiş, 01.03.1998 tarihinde de işe giriş bildirgesi verilmiş ancak bir çalışma bildirilmemiş, 1994 yılındaki bildirime uygun olarak da primler ödenmiştir.Davacının ihtilaf konusu dönemde başka bir işyerinden bildirilmiş çalışması bulunmadığına göre 1984-31.03.2001 tarihleri arasındaki çalışma kesintisiz geçtiğinden beş yıllık hak düşürücü sürenin dolduğundan söz edilemez. Davalı işyerinin bir parti teşkilatı olduğu ve davacıdan başka çalışanında olmadığı, nazara alındığında davacının çalışmalarının sürekli olduğu anlaşılmakla davanın kabülüne karar verilmesi gerekirken 01.11.1994 tarihinden önceki döneme ilişkin istemin hakdüşürücü sürenin dolmuş olması nedeniyle reddine karar verilmiş olması isabetsizdir.

3- Öte yandan davalı Recep davalı Parti İlçe Teşkilatında İlçe Başkanı olarak görev yaptığından kendisine husumet yönetilmesi mümkün değildir. Bu davalıya yönelik davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekirken bu davalının avukatlık ücreti ve yargılama giderlerinden sorumlu tutulmuş olması da hatalı olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin hatalı değerlendirme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya ayırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı ve davalı Recep'in bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacı ile davalılardan Recep'e iadesine, 24.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/13418 **K:** 2009/13375 **T:** 22.10.2009

HİZMET TESPİTİ DAVASI • BEŞ YILLIK HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE • KESİNTİLİ ÇALIŞMALAR

Özet: *İşçinin hizmetinin kesintiye uğramış olması hak düşürücü sürenin işlemesine yol açar.*

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 01.06.1993 – 08.06.2000 tarihleri arasında geçen ve Kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalı SGK'nın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, davalıya ait işyerinde 01.06.1993 – 07.06.2000 tarihleri arasında geçen ve SGK'na eksik bildirilen çalışmalarını tespitini istemiştir.

Davalının yasal dayanağı 506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesidir. Anılan maddede; yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalıların, çalıştıklarını, hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilecekleri öngörülmüştür. Somut olayda hizmet cetvelinde davacının 01.03.1998 – 31.08.1999 tarihleri arasındaki çalışmalarının davalıya ait işyerinden tam olarak bildirildiği, 11.11.1995 - 31.12.1997 tarihleri arasında ise davacının dava dışı başka işyerlerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece 01.09.1999 -.01.06.2000 tarihleri arasındaki çalışmaların tespitine ilişkin talebin kabulüne karar verilmesi doğrudur. Ancak hizmetin kesintiye

---

Gönderen: Kazım GÜZELGÜN / Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

uğraması ve hak düşürücü süreyi kesen unsurların bulunmaması nedeniyle 01.01.1998 tarihinden önceki çalışmaların, dava tarihi olan 26.11.2003 tarihi itibariyle hak düşürücü süreden reddine karar vermesi gerekirken bu süreler yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutularak 01.06.1993 – 01.01.1998 tarihleri arasındaki dönem yönünden davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı SGK'nın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 22.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/19623 **K:** 2009/15628 **T:** 24.11.2009

VERGİ KAYDINDAKİ İSMİN DÜZELTİLMESİ • ADLİ YARGININ GÖREVİ

Özet: *Medeni Kanun'un 39. maddesi uyarınca Hakim kararı olmadıkça kişinin durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz. Bu nedenle vergi kayıtlarında görünen soyadın nüfus kaydında olduğu gibi düzeltilmesi için açılan davaya Adli Yargı yerinde bakılmalıdır.*

Davacı, murisinin Üsküdar Vergi Dairesi'ne yanlış yazılan soyadının nüfus kaydına uygun olarak düzeltilmesi kararı verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildigi şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı murisi Adil L'nin, 01.1974 - 17.03.1993 tarihleri arasındaki Üsküdar Vergi Dairesi kayıtlarında soyadının *"Leylekoğlu"* olarak göründüğünü bildirerek kayıtların soyadına uygun olarak Leylek olarak düzeltilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davacının ileri sürdüğü ihtilafın idari nitelikte olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacının miras bırakanı Adil 14.06.2007 tarihli Bağ-Kur giriş bildirgesi ile 01.01.1974 tarihinde bağlayan vergi kaydına istinaden 20.04.1982 tarihinden geçerli olmak üzere kayıt ve tescilinin yapıldığı sigortalının vefatı üzerine davacının 05.10.2006 tarihli dilekçe ile ölüm aylığı başvurusunda bulundugu Vergi Dairesi ile yapılan yazışmalar sonucunda 6080054544 vergi numarasında kayıtlı bulunan Adil L'nin Rumi Mehmet Paşa Mahallesi Balaban Mutahit Sk. No:7 adresinde inşaat malzemeleri parakende satış işinden dolayı vergiye kayıtlı olduğu, işe başlama tarihinin gün ay ve yıl olarak tesbit edilemediği terk tarihinin 1987 olduğu, aynı adreste yine inşaat malzemeleri satış işinden dolayı 01.01.1974 - 17.03.1993 tarihleri arasında Adil L.oğlunun kayıtlı olup Adil L. ile Adil L.oğlunun aynı şahıslar olup olmadığı konusunda tereddüt hasıl olması nedeniyle Bağ-Kur tarafından sigortalılığın tesbitinin yapılamadığı İstanbul Bağ-Kur İl Müdürlüğü'nün 09.03.2007 tarihli yazı içeriğinden anlaşılmıştır.

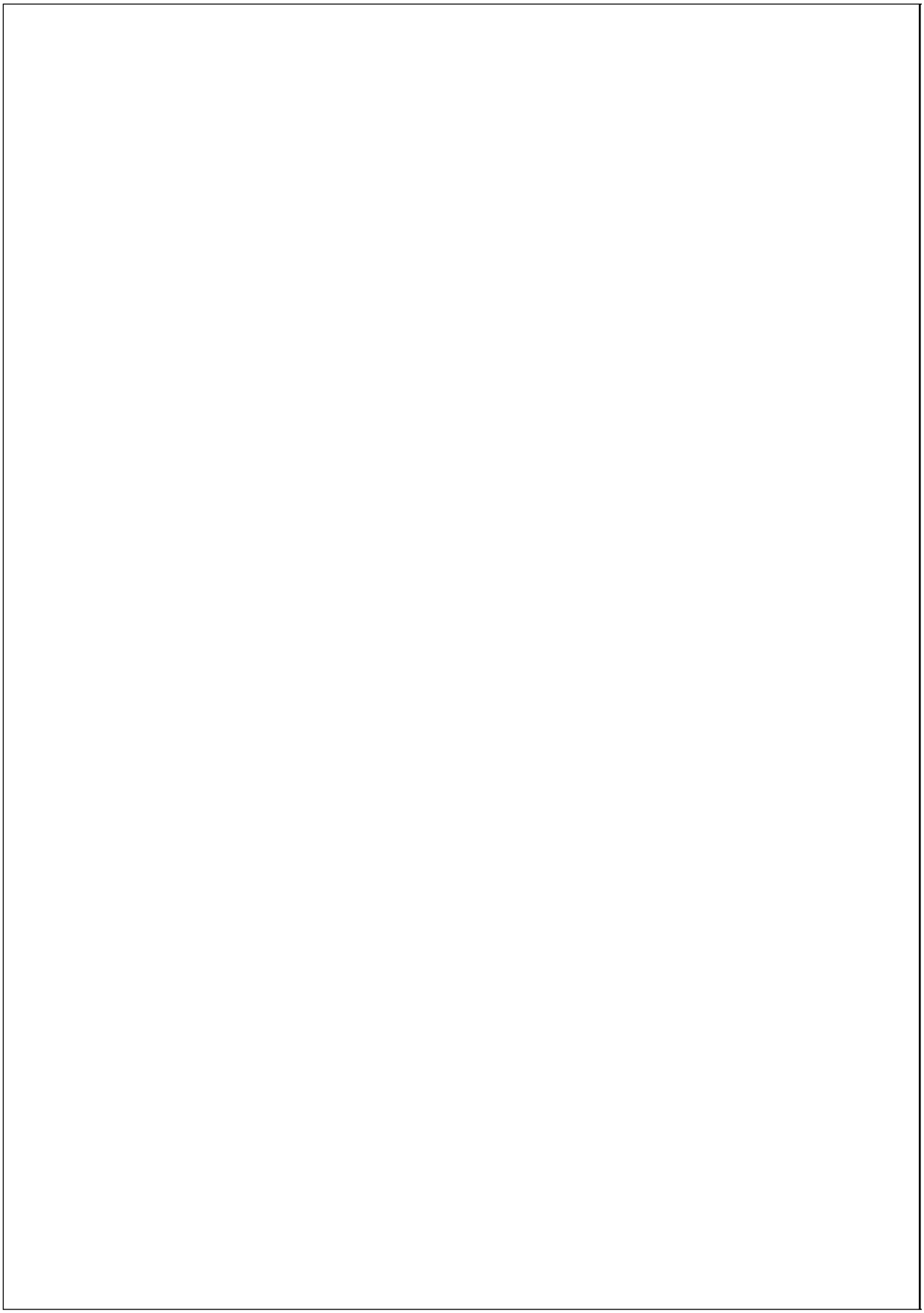
Davacının talebi Adil L. ve Adil L.oğlu adına oluşturulan vergi kayıtlarını muris Adil L'ye ait olduğunun ve sözkonusu soyadlardaki şahsın aynı şahıs olduğunun tesbiti istemine ilişkin olup talep ahvali şahsiyeye yöneliktir ve idarenin eylem ve işlemine karşı açılan bir dava niteliğinde değildir. Medeni Kanun'un 39. maddesi uyarınca Hakim Kararı olmadıkça kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz. Bu nedenlerle uyuşmazlığın niteliğine göre davaya adli yargı yerinde Genel Mahkemede bakılması gerekeceğinden mahkemenin davaya bakma görevinin idari yargı yoluna ait olduğu yolundaki gerekçesinde isabet yoktur.

Mahkemece işin esasına girilerek taraf delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde iadesine, 24.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARLARI



DANIŞTAY SEKİZİNCİ DAİRESİ

E: 2010/2 **T:** 27.01.2010

İKİNCİ KATSAYI KARARI

Özet: *Hukuk Devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilemeyecek olup, bu maddelerin kararların tam ve gereğince yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olduğu açıktır. İptal kararlarının özelliği gereği; dava konusu idari işlemin, tesis edildiği tarihten geçerli olmak üzere hukuksal varlığına son verilmektedir. Böylece, hukuka aykırı olduğu belirlenmiş olan idari işlemin bütün sonuçları ile ortadan kaldırılarak hukuk düzeninin korunması amaçlanmıştır. Bir başka anlatımla, iptal davaları ile idarenin, hukuka aykırı tasarruflarda bulunması, kararlar alması önlenerek, hukuka bağlılığı sağlanmaya çalışılmaktadır.*

Bu açıklamalar karşısında, yargı kararlarının uygulanması konusunda idarelere herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı açıktır. Yani idarelerin yargı kararlarının doğruluğunu tartışma ve buna göre uygulama yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: İstanbul Barosu Başkanlığı

Davalı: Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı - Bilkent/ANKARA

Davanın Özeti: Yüksek Öğretim Genel Kurulu'nun 17.12.2009 günlü kararının, yargı kararının gereklerinin yerine getirilmediği öne sürülerek iptali ile yürütmenin durdurulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Usulden, davacının dava açma ehliyeti bulunmadığı; esastan, 1999-2008 döneminde uygulanan sınav sistemlerinde adayların orta öğretimde kazandığı alan bilgileri ile tam örtüşmeyen aynı puan türü içinde değerlendirilen ama farklı yeterlikler gerektiren programlara yerleştirme yapılırken 2010 yılında uygulanacak olan sistem

ile her programın gereksinim duyduğu yeterliklerin esas alındığı, yeni sistem ile öğrencilerin ortaöğretimdeki alan ve kazanımları doğrultusunda yükseköğretim programlarına yerleştirme imkanına kavuştuğu, bu nedenle 1998 yılında alınan kararla oluşturulan katsayı sisteminin 2010 yılı itibarıyla uygulanmasının imkansız hale geldiği, 21.7.2009 gün ve 1266 sayılı kararın bu nedenle alındığı, bu kararın katsayıya ilişkin düzenlemelerinin yürütmesinin durdurulması üzerine oluşan hukuki boşluğun giderilmesi amacıyla yeni bir karar alındığı, bu karar alınırken Anayasanın 2, 5, 12, 13 ve 42. maddeleri ile Milli Eğitim Temel Yasası ve 2547 Sayılı Yasa'nın ilgili hükümleri ile yükseköğretime giriş sınav sistemindeki gelişmelerin bir bütün halinde ve karşılaştırmalı değerlendirildiği, iki aşamalı bu yeni sınav sistemi ile sınav soruları ve puan türleri ile yönlendirme yapılıyor ise de Danıştay kararı uyarınca bu yönlendirmenin farklı katsayı uygulaması ile desteklenmesi yoluna gidildiği, katsayı farkı belirlenirken Danıştay kararında belirtilen yönlendirme ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin esas alındığı, yönlendirme amacıyla getirilen sınırlamanın bireyin yükseköğretim hakkını ortadan kaldırmaması sadece istediği takdirde makul seviyede bir gayretle sınırlamayı aşabilmesine imkan vermesi gerektiği, dava konusu karar ile yargı kararının gereğinin etkili şekilde yerine getirildiği, sembolik bir değişiklik olmadığı, 0,2'lik katsayı farkının 10 puana tekabül ettiği, yeni uygulama ile alan dışı tercih yapan adayların olumsuz etkilendiği, 2008-2009 sınav sonucuna göre bin kişi üzerinde bir fark oluşturduğu ve söz konusu değişikliğin meslek liselerini olumsuz etkilediği, bu karar aleyhine verilecek kararın yerindelik denetimi olacağı, bu karar alınırken Milli Eğitim Bakanlığının görüşünün alındığı, öğrencilerin yükseköğretim tercihlerini yaparken farklı bir alanı tercih etmelerinin engellenmesi sonucunu doğuracak bir düzenleme yer almadığı, 2547 sayılı Yasanın 45. maddesinde meslek lisesi mezunlarının kendi alanlarından başka bir alanda yükseköğrenim görmeyi istemeleri halinde farklı katsayı uygulanacağına ilişkin bir kural bulunmadığı, dava konusu karar ile eşitlik, yönlendirme ve ölçülülük ilkeleri arasında bir denge kurularak hem yargı kararlarının gereğinin yerine getirildiği, hem de önceki uygulamanın olumsuzluklarının ortadan kaldırılmaya çalışıldığı, 2010 sınav kılavuzunun bütün okullara dağıtıldığı, öğrenciler üzerindeki etkinin de dikkate alınarak davanın ve yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi'nin Düşüncesi: Yargı kararlarının gereklerine aykırılık teşkil eden dava konusu kararın, 2, 3, 4 ve 6. maddelerinin yürütülmesinin durdurulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'nın Düşüncesi: Dava, Üniversiteye Yerleştirmede Orta öğretim Başarı Puanına uygulanacak ve girişte esas alınacak katsayı ile okul türlerine göre uygulanacak ilkelerin, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 20.11.2009 tarih ve E:2009/6890 sayılı yürütmenin durdurulması kararı üzerine yeniden belirlenmesine ilişkin 17.12.2009 tarihli Yükseköğretim Genel Kurulu kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Usul yönünden davalı idarece ileri sürülen hususlar yerinde görülmeyerek işin esası incelendi:

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin Hukuk Devleti olduğu vurgulanmakta ve 138. maddesinin son fıkrasında *"Yasama ve Yürütme Organları ile İdare, Mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* yolunda açık, kesin ve buyurucu bir kurala yer verilmektedir.

Öte yandan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin ilk fıkrasının birinci tümcesi, *"Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, engeç altmış gün içinde işlem tesis etmeye ve eylemde bulunmaya mecburdur."* şeklindeki kuralıyla Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan *"Hukuk Devleti"* ilkesine uygun bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu ilke karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını *"aynen"* ve *"gecikmeksizin"* uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır.

Yükseköğretim Genel Kurulu'nun yükseköğretime girişte önceki katsayı puanı uygulamasının kaldırılmasına ve yeni bir puan sisteminin getirilmesine ilişkin 21.07.2009 tarihli ve 1266 sayılı kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle Danıştay Sekizinci Dairesi'nin E:2009/6890 esasında kayıtlı olarak açılan davada; Anayasa'nın 42. ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 29, 30 ve 31. maddeleri ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 45. maddesinde yer alan hükümler ve yerleşmiş yargısal içtihatlardan bahisle, Milli Eğitim Sistemi'nin alana ve/veya mesleğe yöneltmeye ilişkin kuralları ile 2547 Sayılı Yasa'nın 45. maddesinde yer alan hükümler yürürlükte ve uygulanıyor iken, bu kuralların uygulanmasını bertaraf edecek şekilde alınan dava konusu kararın, eğitim sisteminin örgütleniş biçimindeki bütünlüğü bozacak nitelik taşıdığı ve uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi amacının dışına çıkıldığı, dayanağı yasa hükümlerine aykırı olduğu gibi eğitim sisteminin hukuka uygun olduğu istikrar kazanmış yargı kararları ile de ortaya konulmuş olan amaç ve ilkelerine, hukuka ve hakkaniyete uygun

bulunmayan davaya konusu kararın 3, 4 ve 5. maddelerinin 20.11.2009 tarihli kararla yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu kararın kaldırılması istemiyle davalı idare tarafından yapılan itirazı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca verilen 10.12.2009 tarihli ve E:2009/1005 sayılı kararla; Anayasa'nın 10, 17, 42 ve 174. maddeleri, 2547 Sayılı Yasa'nın 45. maddesi 1739 Sayılı Yasa'nın 24, 26, 27, 28, 30, 31, 32 ve 35. maddeleri ile bu konuya ilişkin istikrar kazanmış yargısal kararlardan ayrıntılı biçimde söz edilerek; *"mesleki-teknik liseden mezun olan kişilerin üniversiteye girebilmelerinin de Yasanın bir gereği olduğunun tartışmasız bulunduğu, değinilen lise mezunlarına genel lise mezunlarıyla girdikleri sınavda farklı katsayı uygulanması yukarıda yapılan açıklamalar karşısında hukuka uygun ise de; bu farklılığın ölçülü (idari işlemden beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge) olması gerektiğinde de kuşku bulunmamaktadır. İdare bu konuda yapacağı düzenlemede ölçülülük ilkesini dikkate almalıdır. Ölçülülük ilkesi dikkate alınarak belirlenecek olan katsayı, temel ilkeleri yukarıda açıklanan eğitim sisteminin örgütleniş biçimindeki bütünlüğü bozmamalı, alan/bölüm, mesleki eğitim genel lise eğitimi gibi ayrımları ve yargı kararlarını geçersiz kılacak nitelikte olmamalıdır."* gerekçesi de eklenerek, AİHM'in kararlarından da bahisle itirazın reddine karar verilmiştir.

Daha önce, mesleki veya teknik liselerden mezun olanlara yüksek öğretime girişte kendi alanları ile ilgili programı seçmeleri halinde 0,24'e kadar katsayı ile çarpılarak elde edilen (AOBP) ilavesiyle birlikte bulunan ek puan verilirken, genel liselerden mezun olan öğrencilere de seçtikleri orta öğretim alanları ile ilgili bir yükseköğretim programına yerleşmeleri sırasında 0,8 katsayı ile bulunan AOBP'un elde edilen ham puana ilavesi ile bulunan yerleştirme puanı verilmekte, liselerden mezun olmakla birlikte lisede seçilen alan dışında farklı bir yükseköğretim programına yerleşme halinde ise 0,3 katsayısı ile çarpılarak bulunan (AOBP) puanının ilavesi ile yerleştirme puanları hesaplanmakta iken, anılan gerekçeler ile 3, 4 ve 5. maddelerinin yürütülmesi durdurulan YÖK Genel Kurulu'nun 21.07.2009 tarihli 1266 sayılı kararı ile, meslek lisesi mezunlarının alanları ile ilgili bir yükseköğretim programını seçmeleri halinde 0,06 katsayı ile çarpılarak ayrıca ek puan verilmesi, alan, bölüm lise farkı gözetilmeksizin 0,5 katsayı ile çarpılarak bulunan AOBP ilavesi ile nihai puanın hesaplanması ilkeleri getirilmiştir. Bu kararın iptali istemiyle açılan davada verilen, yukarıda gerekçelerine değinilen yürütmenin durdurulması kararının uygulanabilmesi amacı ile davalı idarece alınan davaya konu 17.12.2009 tarihli kararla;

"(1) Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 21.7.2009 tarih ve 1266 sayılı Kararının 3, 4 ve 5. maddeleri hakkında Danıştay Sekizinci Dairesi

tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine ortaya çıkan hukuki boşluğun doldurulması zorunluluğu karşısında, herhangi bir karışıklık olmaması için, söz konusu kararın yürütmesi durdurulan 3, 4 ve 5. maddeleri kaldırılmıştır.

(2) Yükseköğretime Geçiş Sınavı (YGS) puanları ile yerleştirme yapılan programlar ile Lisans Yerleştirme Sınavı (LYS) puanları esas alınarak yerleştirme yapılan programlarda, ilgili Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı Puanı (AOBP), adayın kendi alanında bir programı tercih etmesi halinde 0,15; alanı dışında bir programı tercih etmesi halinde ise 0,13 ile çarpılır. Ortaya çıkan sayının sınav sonucuna eklenmesi suretiyle bu aşamadaki yerleştirmeye esas olacak puan belirlenir.

(3) Adaylardan öğretmen lisesi ve meslek lisesi mezunu olanların, sınavsız kayıt hakkı olanlar dışında, kendi alanlarındaki programları tercih etmeleri halinde ilgili ağırlıklı ortaöğretim başarı puanlarının 0,05 ile çarpımı sonucunda bulunan puan 2. maddeye göre hesaplanan toplam puana ayrıca eklenir.

(4) Meslek Yüksek Okullarının sınavsız geçişten boş kalan kontenjanlarına açık öğretim programlarına ve meslek liselerinin devamı niteliğindeki lisans programlarına YGS puanları esas alınarak yerleştirme yapılır.

(5) Sınavsız geçiş dışındaki ön lisans ve açık öğretim programlarını tercih edebilmek için en az 140 YGS puanı gerekir. YGS puan türlerinden en az birinde 180 puan alan adaylar LYS sınavlarından istediklerine girme hakkını kazanırlar. Lisans programlarını tercih edebilmek için ilgili puan türünde en az 180 puan almak gerekir.

(6) Yükseköğretim Geçiş Sınavı (YGS) ile Lisans Yerleştirme Sınavı (LYS) sonucu oluşan her puan türünde, Türkiye genelinde ilk bin kişi arasına giren adayların yerleştirme puanı hesaplanırken, Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı Puanında tercih edeceği bütün programlar için, alan içi katsayı değeri kullanılır." ilke ve kuralları getirilmiştir.

Davacı tarafından dava dilekçesinde, yargı kararının uygulanması maksadı ile alınan davaya konu 17.12.2009 tarihli kararın yargı kararını şeklen yerine getirmesine rağmen özü itibariyle yargı kararını geçersiz kıldığı ileri sürülmektedir.

Davalı idare tarafndan ise, kararın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesi uyarınca alındığı belirtilmektedir.

Uyuşmazlığın özü ise, davaya konu kararın, Anayasa'nın 138. ve 2577 Sayılı Yasa'nın 28. maddesinde düzenlenen yargı kararlarının icaplarına uygun biçimde idarece işlem tesis edilip edilmediği noktasında düğümlenmekte olup, dava ve çekişme davaya konu kararın 2, 3. 4 ve 6. maddelerine yönelik bulunduğundan dava sözü edilen maddeler bakımından incelenmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 4709 Sayılı Yasa ile değişik 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz kuralı yer almış, yine Anayasanın 42. maddesinde, kimse eğitim ve öğretim haklarından yoksun bırakılamaz. öğretim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğretim, Atatürk İlkeleri ve İnkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasa'ya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz kurallarına yer verilerek eğitim ve öğretime ilişkin ilişkin Anayasa hükümleri özel olarak bu maddede düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca, eğitim ve öğretimi tanzim eden yasalarda yer verilen hükümler gözetilerek, bu hükümlere aykırılık içermeyen eğitim ve öğretime ilişkin alt düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Nitekim, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin E:2009/6890 ve Danıştay İdari Daireleri Kurulu'nun E:2009/1005 sayılı sözü edilen kararlarında da belirtildiği üzere, 1739 Sayılı Kanun ile alana ve/veya mesleğe yöneltme, 2547 Sayılı Kanun ile de yükseköğretime girişle ilgili düzenlemeler getirilmiştir.

Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 21.07.2007 tarihli kararından önce tatbik edilen 0,8 alan içi, 0,3 alan dışı katsayı uygulaması ile (tam not olan 100 puan alan öğrencide) AOBP farkı yüzlük sistemde alan içi ile alan dışı arasında 50 puanlık bir fark yaratılmakta iken 21.07.2007 tarihli kararla bu fark ortadan kaldırılmış, yürütmenin durdurulması kararının uygulanması amacı ile alınan davaya konu kararla da; alan içi 0,15; alan dışı 0,13 AOBP farkı yüzlük sistemde 2 puanlık bir farka düşürülmüş, 2010 Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Sistemi (ÖSYS) Kılavuzu'nun Yerleştirmede Kullanılacak Puanlar Hesaplanırken Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı Puanının (AOBP) Çarpılacağı Katsayıları belirleyen Tablo 2A'da katsayının alanında yerleşirken 0,15; diğer programlara yerleşirken 0,13 olarak alınacağı belirtilmiştir.

Bu şekilde belirlenen ve alan içi/alan dışı puan farkını çok düşük seviyede tespit eden dava konusu kararın 2. maddesindeki düzenleme, 4. maddenin de dayanağı olduğundan 4. maddede yer alan kuralları da etkileyecektir. Davaya konu kararın 6. maddesinde başarıyı teşvik amacı ile, YGS ile LYS sonucu oluşan her puan türünde, ülke genelinde ilk bin kişi arasına giren adayların yerleştirme puanları hesaplanırken AOBP ile tercih edeceği alan içi katsayı değerinin kullanılması esasının getirilmesi ile, başarıyı teşvik ve ödüllendirmeye yönelik olarak belli bir başarı düzeyinde olanlara eşit bir ilave puanın getirilmesi yöntemi yerine, alana

yöneltme ve alan içi seçimde farklı katsayı ile teşvik ilkesine dayanan sistematik yasal düzenlemenin dışına çıkıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu duruma göre yukarıdan beri özü açıklanan, yargı kararlarında sözü edilen *"alana ve/veya mesleğe yöneltme"* ile ilgili olarak hukuki ve yasal belirlemelere uygun olmayan, yargı kararlarının özünden uzaklaşan, eğitim sisteminin örgütleniş biçimine aykırı, alan/bölüm, mesleki eğitim genel lise eğitimi gibi ayrımları ve yargı kararlarını geçersiz kılan, dolayısıyla makul bir puan farkı öngörmeyen ve bu yönü ile Anayasa'nın 138. maddesi ile 2577 Sayılı Yasa'nın 28. maddesine uygun olmayacak biçimde, yargı kararının biçimsel uygulanmasına yönelik bulunan YÖK Genel Kurul kararının davaya konu edilen 2, 3, 4 ve 6. maddeleri hukuka uyarlı görülmemektedir.

Diğer taraftan, alan içi 0,15, alan dışı 0,13 katsayı uygulanacağına 2010 ÖSYS Kılavuzu'nda yer verilmesi ile yerleştirmeye ilişkin aykırı bulunan buna bağlı diğer hususlar, ÖSYS Sınavına başvurmayı ve bu sınavın yapılmasını engelleyici bir sonuç doğumamakta, sadece öğrencilerin yerleştirmeye esas puanlarının hesaplanması sırasında uygulanacak katsayıda değişiklik meydana getirmektedir.

Belirtilen nedenlerle, 2577 Sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen şartlar oluştuğundan Genel Kurul kararının davaya konu edilen 2, 3, 4 ve 6. maddelerinin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 27/2 maddesinde; *"Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler."* hükmü yer almaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin laik, demokratik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu hükmü yer almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemlerinin hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik Hukuk Devleti niteliği

vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, Hukuk Devletinin *"olmazsa olmaz"* koşuludur.

Hukuk Devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun ve sonuçta idarenin hukuka bağlılığının yargısal denetimi iptal davaları yoluyla sağlanmaktadır.

2577 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, iptal davaları idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır.

Bir iptal davasının açılabilmesi ve idari yargı mercilerinin bu davayı ön koşullar yönünden kabul edebilmesi için 2577 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi uyarınca dava dilekçeleri;

a) görev ve yetki,

b) idari mercii tecavüzü,

c) ehliyet,

d) idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

e) süre aşımı,

f) husumet ve

g) 3 ve 5. maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla incelenmekte, ilk inceleme sonucunda dilekçelerde yasaya aykırılık görülürse 15. maddedeki kararlardan biri verilmekte, yasaya aykırılık görülmediği takdirde dosya tekemmüle tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla iptal davası açılabilmesinin ön koşullarından biri davacının objektif ve subjektif dava ehliyetinin olmasıdır. Danıştay'ın istikrar bulan kararlarına göre,davacının subjektif dava açma ehliyetinin bulunduğunun kabulü için idari kararın davacının meşru, şahsi ve güncel bir menfaatini ihlal etmesi gerekmektedir. İptal davalarında, dava konusu işlemin davacının menfaatini ihlal ettiğinin saptanması sadece davacının bu davada ehliyetinin (subjektif ehliyetinin) bulunduğu, dolayısıyla davanın esasının incelenmesine geçilebileceği sonucunu yaratmaktadır.

Uyuşmazlığın konusu ve davalı idarenin itirazı gözönüne alındığında menfaat ihlalinin *"şahsiliği"* üzerinde durulması zorunlu görülmüştür.

Konuya öğretideki açıklamalar ışığında baktığımızda, örneğin Prof.Dr. Ragıp Sarıca'nın 1949 yılında basımı yapılmış *"İdari Kaza"* adlı kitabında *"Bir kere, bir menfaatin şahsi bir menfaat sayılabilmesi için iptali istenen kararın behemahal ve doğrudan doğruya davacı hakkında ittihaz edilmiş olması gerekmez. Karar bizzat davacı hakkında alınmamakla beraber ona*

dolayısıyla tesir ettiği takdirde, yine iptal davasına konu olabilir." (syf. 36) denilmek suretiyle menfaatin *"şahsiliği"* kuralı tanımlanmış, öğretideki açıklamaların da bu güne kadar bu değerlendirme istikametinde devam ettiği gözlenmiştir.

Yargısal kararlar yönünden durumun değerlendirilmesine gelince; mülga 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu'nun 23. maddesinde, idari fiil ve kararlar aleyhine *"menfaati"* ihlal edilenler tarafından açılacak davaların Devlet Şurası dava dairelerinde görüleceği belirtilmiş, mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 30. maddesinde, iptal davalarının menfaati ihlal edilenler tarafından açılacağı öngörülmüş, 2577 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yine iptal davalarının menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılabileceği hükme bağlanmış iken, 4001 Sayılı Yasa'yla anılan madde değiştirilerek *"İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları"* hükmüne yer verilmiştir. Böylece çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren davalarda ne menfaat ihlali ne de hak ihlali koşulu aranmadan bu davaları herkesin açabilmesine olanak sağlanmış, bunun dışındaki davalarda ise, hak ihlali koşulu aranmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi 10.04.1996 günlü, 22607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 21.09.1995 günlü, E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararıyla, idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde, idari işlemin davacının *"kişisel hakkını ihlal"* etmiş olması koşulu getirilmesinin hak arama özgürlüğünü kısıtladığı ve birçok işleme karşı dava yolunu kapattığı, bu haliyle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiş, bunun üzerine 08.06.2000 günlü, 4577 Sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle yapılan yeni düzenlemede, iptal davaları *"İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaati ihlal edilenler tarafından açılan davalar"* olarak tanımlanmıştır.

Kişisel menfaat ihlaline ilişkin Danıştay'ın kararlarına bakıldığında, olayın özelliğine göre farklılıklar gösterdiği gözlemlenmektedir. Kiracıların, belde sakinlerinin, derneklerin, sendikaların, meslek kuruluşlarının dava açma ehliyetleri yönünden yapılan yargısal yorumlar zaman içinde iptal davasının hukuk devletini sağlamanın en önemli unsurlarından biri olduğu gerçeğini dikkate alan bir seyir izlemektedir.

İptal davalarındaki subjektif ehliyet koşulu, doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılmasına ve sürdürülmesine ilişkin bir hususdur. Dolayısıyla kişisel menfaat ihlali kavramının, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir.

Bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının menfaat ilgisini kurdukları idari tasarrufları, iptal davası yoluyla idari yargı önüne getirmelerinin, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanmasıyla *"Hukuk Devleti"* nin gerçekleştirilmesine hizmet edeceği; soruna bu açıdan bakıldığında, idari yargıya özgü bir dava türü olan *"iptal davası"*nı açan gerçek veya tüzel kişilerin, dava açmakla ulaşmak istediği amaç bakımından klasik anlamda *"davacı"* dan farklı olduğu tartışmasızdır.

Aksi yönde bir anlayış, iptal davasının ön koşullarından olan *"menfaat ihlali"*ni *"hak ihlali"*ne yaklaşan bir tarzda yorumlama sonucu yaratır ki, bu durumun ne idari yargının varlık nedeni ile, ne de yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Bir idari faaliyet ile, dava açma ciddiyetini sağlamaya yetecek ölçüde muhatap olup, menfaat ilgisini kuran kişi ve kuruluşlar, söz konusu faaliyetle ilgili idari işlemlerin iptali istemiyle dava açabilirler.

Davacı Baro olduğuna göre, kişisel menfaat ihlali kavramının Barolar yönünden değerlendirilmesine gelince;

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde; baroların avukatlık mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, avukatlık mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla kurulmuş meslek kuruluşları olduğu belirtilmiş iken 10.05.2001 günlü, 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4667 Sayılı Yasa ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde değişiklik yapılarak; Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının biribirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlanmış, aynı Yasanın Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin düzenlendiği 95. maddesine yine 4667 Sayılı Yasa'yla eklenen 21. bentte de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu belirtilmiştir.

1136 Sayılı Yasa'nın 76 ve 95/21. maddelerinde yapılan ve yukarıda açıklanan yasal değişiklikten sonra Baroların; mesleki bir örgüt olmanın

ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır.

Değinilen Yasa değişikliğinden sonra Diyarbakır Barosu Başkanlığı tarafından 18.12.2002 günlü, 24967 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *"Radyo ve Televizyon Yayınlarının Dili Hakkında Yönetmelik"*in bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Onuncu Dairesi'nce verilen davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.01.2004 günlü, E:2003/511, K:2004/13 sayılı kararı ile onanmış ve Baronun menfaati yasa değişikliğinden önceki kararlar gibi yorumlanmış ise de, süreç içinde yasal değişiklik Danıştay kararlarına yansımış ve Baro Başkanlıkları tarafından açılan davalarda Barolar açısından menfaat ilgisi daha geniş yorumlanmıştır.

Bu bağlamda;

1- Balıkesir Barosu Başkanlığı tarafından, 90.04.2006 günlü, 26134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 303 sıra no'lu Milli Emlak Genel Tebliği'nin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onuncu Dairesi'nce verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin karara davacı tarafından yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 08.02.2007 günlü, E:2006/1583 sayılı kararıyla, dava konusu Tebliğ ile avukatlık mesleği ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi, temel hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmayı ve korumayı gerektirecek bir düzenlemenin de bulunmadığı, bu nedenle davacı Baronun, bu davayı açmakta meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilendiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

2- İzmir Barosu Başkanlığı tarafından, Adalet Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı'nın 3717 Sayılı Yasa hükümleri ile Adli ve İdari Yargı Hakim ve Cumhuriyet savcıları ile diğer görevlilerine ödenmesi öngürülen yol gideri ve tazminata ilişkin usul ve esasları belirleyen 13.02.2006 günlü Genelgesinin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Onbirinci Dairesi'nce verilen davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 22.10.2009 günlü, E:2006/4705, K:2009/1863 sayılı kararı ile onanmıştır.

3- Bursa Barosu Başkanlığı ve diğer bazı meslek odaları ile gerçek kişi davacılar tarafından, 20.01.2000 günlü Bakanlar Kurulu Kararı eki krokide belirlenen yerin *"Uludağ Kış Sporları Merkezi"* olarak ilanına ilişkin işleme karşı açılan davada; Danıştay Altıncı Dairesince Odalar yönünden davanın ehliyet yönünden reddine karar verilip, diğer gerçek kişi davacılar yönünden davanın esası incelenmek suretiyle verilen kararın temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 6.6.2003 günlü,

E:2002/925, K:2003/409 sayılı kararıyla, Bursa Barosu Başkanlığı'nın, yargı kararının uygulanmadığını öne sürerek dava konusu işlemin iptali istemiyle açtığı davada menfaat ilgisi bulunduğunun kabulü gerektiği gerekçesiyle Danıştay Altıncı Dairesi'nin ehliyet ret kararı sadece Bursa Barosu Başkanlığı yönünden bozulmuş, diğer meslek odaları yönünden ise onanmıştır.

4- Bursa Barosu Başkanlığı ve diğer meslek Odaları ile gerçek kişi davacılar tarafından, Orhangazi Açmatepe'de bulunan bazı parsellerin Çimento Fabrikası Sanayi Alanı olarak belirlenmesine dair 1/25.000 ölçekli plan değişikliğine ilişkin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Altıncı Dairesi'nce Bursa Barosu Başkanlığı ve diğer Odalar yönünden davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiş ve bu kararın temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 29.04.2004 günlü, E:2001/553, K:2004/528 sayılı kararıyla; hukukun üstünlüğünü ve kamu yararını koruma görev ve yükümlülüğü taşıyan meslek kuruluşu olan Bursa Barosu Başkanlığı tarafından, dava konusu plan değişikliği sonucunda Orhangazi-İznik yöresinin bitki örtüsü ve doğal görüntüsünün bozulacağı, kurulması öngörülen tesisin çevreye zarar vereceği iddialarıyla dava açılmış olması nedeniyle dava açma ehliyeti bulunduğu gerekçesiyle davacı Baro Başkanlığı yönünden ehliyet ret kararı bozulmuş, diğer Meslek Odaları yönünden ehliyet ret kararı onanmıştır.

5- İzmir Barosu Başkanlığı tarafından, İzmir İli, Bergama İlçesi, Narlıca Köyü mevkii sınırları içinde bir yabancı firma tarafından siyanürle altın çıkartılması amacıyla kurulan işletmenin faaliyetine izin verilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu prensip kararının iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Altıncı ve Sekizinci Daireleri Müşterek Kurulu'nca verilen davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 07.10.2004 günlü, E:2004/2163, K:2004/788 sayılı kararı ile ve yine hukukun üstünlüğünü savunmakla görevli bulunan Baronun, yargı kararının uygulanmadığını ve çevre sorunlarına yol açtığını öne sürdüğü Bakanlar Kurulunca alınan prensip kararı ile menfaat ilgisinin bulunduğundan dava açma ehliyetinin bulunduğu gerekçesiyle bozulmuştur.

6- İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından, 13.07.2001 günlü, 24461 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesi'nce davacı Baro Başkanlığının dava açma ehliyeti bulunduğu kabul edilerek davanın esası incelenerek verilen kararın temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 07.04.2005 günlü, E:2003/417, K:2005/234 sayılı kararıyla; hukukun üstünlüğünü

ve insan haklarını savunmakla görevli bulunan Baronun, dava konusu Yönetmelik hükümleri ile Anayasa'nın eşitlik ilkesinin, kişinin dokunulmazlığı ilkesinin, özel hayatın gizliliği ilkesinin, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla sınırlanabileceği ilkesinin ihlal edildiğini, öğrenim özgürlüğünün engellendiğini öne sürerek bakılan davayı açtığı gözönünde bulundurulduğunda, iptalini istediği Yönetmelik hükümleri ile menfaat ilgisinin bulunduğunun açık olduğu gerekçesiyle davacının dava açma ehliyetinin bulunduğu kabul edilerek temyiz başvurusu esastan incelenmek suretiyle karar verilmiştir.

7- Diyarbakır Barosu Başkanlığı tarafından, 2002-2003 öğretim yılı ders bitimine kadar *"Ermeni iddialarının asılsız olduğu"* temasını işleyen konferanslar ve kompozisyon yarışması düzenlenmesine yönelik Milli Eğitim Bakanlığı'nın 14.04.2003 günlü Genelgesi'nin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesi'nce davacı Baro Başkanlığının dava açma ehliyeti bulunduğu kabul edilerek davanın esası incelenmek suretiyle verilen kararın temyizi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 16.05.2007 günlü, E:2004/2274, K:2007/921 sayılı kararıyla; Baro Başkanlığının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76 ve 95/21. maddelerine dayalı olarak hukukun üstünlüğünü ve insan hakları ilkesini bertaraf edici nitelik taşıdığını öne sürdüğü dava konusu genelgenin iptali istemiyle dava açabileceği kabul edilerek temyiz başvurusu esastan incelenmiştir.

Yukarıda değinilen Danıştay kararları ışığında konuya bakıldığında; Avukatlık Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra açılan davalarda dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı saptanırken, iptal davasının genel amacının yanı sıra dava konusu idari işlemin niteliği, bu işlemin hukukun üstünlüğünü, hukuk devleti ilkesini etkileyip etkilemediği, genel kamu yararı, Anayasa ile koruma altına alınan eşitlik, kişinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı gibi temel insan haklarının ihlal edilip etmediğine ve yargı kararlarının uygulanmaması veya geçersiz kılınması gibi hukuk devleti ilkesini zedeleyen bir durumun söz konusu olup olmadığına bakılarak menfaat ilgisinin olaya özgü, ancak daha geniş yorumlandığı görülmektedir.

Dava konusu uyuşmazlıkta; dava konusu karar ile yükseköğretime girişte bir sistem getirilmekte ve bu düzenlemeyle ülkenin eğitim sisteminin bütünü etkilenmektedir.

Dava konusu kararın bu özelliği nedeniyle genel kamu yararı ile ilgili bulunduğu açıktır. Yargı kararlarının uygulanmadığı savıyla açılan bu davada, işlemin hukuki niteliği ile hukukun üstünlüğünü koruma görev ve yükümlülüğü bulunan davacı Baro Başkanlığı'nın iddiaları birlikte dikkate alındığında davacının dava konusu kararla menfaat ilgisinin bulunduğunun kabulü zorunludur.

Nitekim İstanbul Barosu Başkanlığı'nın Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 21.07.2009 gün 1266 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açtığı davada; davalı idarenin davacının ehliyetinin bulunmadığına ilişkin iddiası bu gerekçelerle kabul edilmemiştir. Davalı idarenin söz konusu kararına yönelik olarak verilen yürütmenin durdurulması kararı sonrası tesis ettiği dava konusu işleme karşı Baro tarafından dava açılabileceği de tartışmasızdır.

Dava; davalı idarenin 30.07.1998 gün ve 98/8-90 sayılı kararı ile 1999 yılından itibaren başlatılan uygulama ile tek aşamalı sınav ve farklı katsayı öngörülerek bu doğrultuda en son uygulanan Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı Puanlarının (AOBP); adayların kendi lise alanlarında bir yükseköğretim programına yerleştirilirken 0,8; alanları dışında bir yükseköğretim programına yerleştirilirken 0,3; bir mesleğe yönelik program uygulayan ortaöğretim kurumlarından mezun olanların alanlarında yükseköğretim programlarına yerleştirilirken ayrıca 0,24 katsayısı ile çarpılması esası kaldırılarak, Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 29.01.2009 gün ve 67 sayılı kararı ile yükseköğretime geçişte birinci aşamada Yükseköğretime Geçiş Sınavı (YGS) olarak adlandırılan ortak ve tek bir sınavdan sonra Lisans Yerleştirme Sınavları (LYS) olarak adlandırılan 5 ayrı sınav yapılacağı yolundaki karara ek 21.07.2009 gün ve 1266 sayılı kararın iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada Dairemizce verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin 20.11.2009 gün ve E:2009/6890 sayılı karar ile bu karara yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca verilen 10.12.2009 gün ve Y.D. İtiraz No:2009/1005 sayılı karar üzerine alınan 17.12.2009 gün ve 1902 sayılı kararın yürütülmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu karar ile,

"(1) Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 21.07.2009 tarih ve 1266 sayılı Kararının 3, 4. ve 5. maddeleri hakkında Danıştay 8. Dairesi tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine ortaya çıkan hukuki boşluğun doldurulması zorunluluğu karşısında, herhangi bir karışıklık olmaması için, söz konusu kararın yürütmesi durdurulan 3, 4 ve 5. maddeleri kaldırılmıştır.

(2) Yükseköğretime Geçiş Sınavı (YGS) puanları ile yerleştirme yapılan programlar ve Lisans Yerleştirme Sınavı (LYS) puanları esas alınarak yerleştirme yapılan programlarda, ilgili Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı Puanı (AOBP), adayın kendi alanında bir programı tercih etmesi halinde 0,15; alanı dışında bir programı tercih etmesi halinde ise 0,13 ile çarpılır. Ortaya çıkan sayının sınav sonucuna eklenmesi suretiyle bu aşamadaki yerleştirmeye esas olacak puan belirlenir.

(3) Adaylardan öğretmen lisesi ve meslek lisesi mezunu olanların, sınavsız kayıt hakkı olanlar dışında, kendi alanlarındaki programları tercih etmeleri halinde ilgili ağırlıklı ortaöğretim başarı puanlarının 0,05 ile çarpımı sonucunda bulunan puan 2. maddeye göre hesaplanan toplam puana ayrıca eklenir.

(4) Meslek Yüksek Okullarının sınavsız geçişten boş kalan kontenjanlarına açık öğretim programlarına ve meslek liselerinin devamı niteliğindeki lisans programlarına YGS puanları esas alınarak yerleştirme yapılır.

(5) Sınavsız geçiş dışındaki ön lisans ve açık öğretim programlarını tercih edebilmek için en az 140 YGS puanı gerekir. YGS puan türlerinden en az birinde 180 puan alan adaylar LYS sınavlarından istediklerine girme hakkını kazanırlar. Lisans programlarını tercih edebilmek için ilgili puan türünde en az 180 puan almak gerekir.

(6) Yükseköğretim Geçiş Sınavı (YGS) ile Lisans Yerleştirme Sınavı (LYS) sonucu oluşan her puan türünde, Türkiye genelinde ilk bin kişi arasına giren adayların yerleştirme puanı hesaplanırken, Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı Puanında tercih edeceği bütün programlar için, alan içi katsayı değeri kullanılır." ilke ve kuralları getirilmiştir.

Gerek Anayasa'nın 125. maddesinin idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen kuralı, gerekse 2577 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinde yer alan, idari işlemlerin yargısal denetiminin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yapılacağı yolundaki hükmü, idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettiği işlemlerin de idari yargı denetimine tabi olduğunu göstermektedir. Takdir yetkisinin kullanımı idareyi yargı denetiminden bağışık kılmaz, Hukuk Devletinde sınırsız ve mutlak bir takdir yetkisinden söz edilemez.

İdarelerin idari işlem tesis ederken, eylemde bulunurken yararlandığı serbestiye takdir yetkisi denilir. Takdir yetkisi idareye bırakılan belli ölçüde karar alma özgürlüğüdür. Hukuken kabul edilebilir koşulların oluşumu halinde tanınmış bir serbestidir. Keyfi bir hareket yetkisi olmayıp ancak hukuka uygun olarak kullanılabilir.

Hukuk Devleti olmanın gereği, idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin hukuken geçerli ve objektif bir sebebe dayanmasıdır. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin, hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerekir.

Bu bakımdan idari işlemlere (bireysel ya da düzenleyici) yönelik yargı denetimi, bu işlemlerin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlara uygun olup olmadığının denetlenmesidir.

İdari yargı yetkisinin sınırını belirleyen 2577 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrası, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının tekrarından ibaret olup, bu maddede açıkca ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanması ile sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetiminde yargı organlarının yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapabilecekleri şeklinde ifade edilen kural, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin sınırlarını da ortaya koymuştur. İdarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının somut biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisine sahip olmaları halinde yapılacak yargısal denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanması ile sınırlanmıştır. İdari yargının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belli bir yönde işlem ve eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri halinde, hukuka uygunluk denetimi aşılarak yerindelik denetimi yapılmış olacaktır.

Bir başka anlatımla, idari işlemler üzerinde yerindelik denetiminden söz edilebilmesi için, bir işlemin idarenin objektif değerlendirme olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da hukuk sınırları içerisindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun söz konusu olması gerekir.

Anayasa'nın 138. maddesinin son paragrafında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği şeklinde yer alan hükme paralel olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 28. maddesinin 1. fıkrasında; idarenin, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının gereklerine göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu kuralına yer verilmiştir.

Bu şekilde yürütmenin durdurulması kararının, davanın esası hakkında verilen kararlar gibi yerine getirilmesinin zorunlu olduğunu belirleyen kural, bu kararların, iptali istenilen idari işlem üzerindeki hukuki etki ve sonuçlarının aynı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, yürütmenin durdurulması kararının hukuki gereklerine uygun bir işlem tesis edilmesi Anayasal ve Yasal zorunluluktur. Bu maddelerde kararların *"değiştirilemeyeceği"* belirlemesi yapılmak suretiyle de kararların şeklen değil içeriğine uygun olarak yerine getirilmesi gereğine işaret edilmiştir.

Hukuk Devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilemeyecek olup, bu maddelerin kararların tam ve gereğince yerine

getirilmesini sağlamaya yönelik olduğu açıktır. İptal kararlarının özelliği gereği; dava konusu idari işlemin, tesis edildiği tarihten geçerli olmak üzere hukuksal varlığına son verilmektedir. Böylece, hukuka aykırı olduğu belirlenmiş olan idari işlemin bütün sonuçları ile ortadan kaldırılarak hukuk düzeninin korunması amaçlanmıştır. Bir başka anlatımla, iptal davaları ile idarenin, hukuka aykırı tasarruflarda bulunması, kararlar alması önlenerek, hukuka bağlılığı sağlanmaya çalışılmaktadır.

Bu açıklamalar karşısında, yargı kararlarının uygulanması konusunda idarelere herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı açıktır. Yani idarelerin yargı kararlarının doğruluğunu tartışma ve buna göre uygulama yapma yetkisi bulunmamaktadır.

İdari işlemlerin yargısal bir kararla iptali halinde bu karar, işlemin unsurlarında bulunan hukuka aykırılığı saptayarak tesis edildiği tarihten başlayarak ortadan kaldırmakta ve bu özelliği nedeniyle geriye yürüyen sonuçlar doğurmaktadır. İptal kararlarının işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliğini sağladığı idare hukukunun bilinen ilkesidir. Aksine bir yaklaşım, iptal kararı ile ortadan kaldırılan bir işlemin sonuçlarını geçerli kılmak anlamına geleceğinden bu ilkeyle bağdaşmayacaktır.

Yukarıda anılan Anayasa ve Yasa hükümleri ile idare hukuku ilkesi gereği idareler iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem yapmak ve iptal edilen işlemden doğan sonuçları ortadan kaldırmak ve önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla görevlidir. Bu nedenle, idareler iptal kararlarının amaç ve kapsamı dışında bir işlem tesis edemez. İdarelerin bu amaç dışında başkaca bir tercih ve takdir hakkı yoktur.

Yargı kararı üzerine tesis edilen bir işlemin yargısal denetiminde yargı organlarının hareket noktasını da, kararların tam ve gereğince uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi oluşturur. Buradaki denetimin amacı yine hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Kararın uygulanması konusunda farklı seçeneklerin varlığı halinde idarenin kullanacağı takdir hakkı ile tercih edilen bu seçeneğin de yargı kararının gereğinden hareketle hukuksal denetimi yapılacaktır. Bir başka anlatımla; idarenin iptal kararının uygulanması bakımından bağlı yetki içinde bulunmasına karşın, zorunlu tek seçeneği olmaması halinde sahip olacağı takdir yetkisinin denetlenmesi de hukuksal bir denetimdir.

Dava konusu kararın bu açıklamalar ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Davacı Baro Başkanlığının Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 21.07.2009 gün ve 1266 sayılı kararına karşı Dairemizin 2009/6890 esasına kayıtlı olarak açtığı davada ileri sürdüğü iddialar ve 20.11.2009 tarihinde verilen yürütmenin durdurulması kararı dikkate alınarak bu

dava konusu karara ilişkin iptal isteminin 2, 3, 4 ve 6. maddelerine yönelik olduğu kabul edilerek, inceleme ve değerlendirme bu maddeler açısından yapılacaktır.

Dava konusu kararın, Dairemizce ve İdari Dava Daireleri Kurulu'nca verilen kararlar nedeniyle oluştuğu ileri sürülen hukuki boşluğun giderilmesi amacıyla tesis edilmiş olduğu iddia edildiğinden bu kararların irdelenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle öncelikle yargı kararları nedeniyle hukuki geçerliğini yitiren işlemin niteliği ve yargı kararlarının uygulanma şekli ile sonuçlarının ortaya konulması gerekli görülmüştür.

Yükseköğretim Kurulu'nun 30.07.1998 gün ve 98.8.90 sayılı kararı ile 1999 yılından itibaren başlatılan uygulama ile tek aşamalı sınav ve sözel, sayısal ve eşit ağırlıklı ortaöğretim başarı puanlarının hesaplanmasında farklı katsayı uygulaması başlatılmıştır. Bunun sonucu olarak sınav sonuçlarının değerlendirilmesinde adayların ortaöğretimdeki başarıları dikkate alınmış, Yükseköğretim Kurulu'nun uygun göreceği ilkeler çerçevesinde ortaöğretim başarı puanı, ek puan olarak giriş sınav puanına eklenmiştir. Ortaöğretim başarı puanının hesaplanmasında ortaöğretimdeki alanlarla ilgili yükseköğretim programlarına yerleştirme yapılırken daha yüksek katsayı uygulanmıştır. Ayrıca mesleki ve teknik ortaöğretimi sürdürmek için bir mesleğe yönelik program uygulayan liseleri bitirenlere aynı alandaki yükseköğrenimi seçmeleri halinde ek puan uygulaması getirilmiştir.

Ortaöğretim kurumlarından mezun olanların öğrenim gördükleri meslek ya da alanda yükseköğrenim görmeleri Milli Eğitim Temel Yasası'nın asıl amacı olduğu ve bu amacın da 2547 Sayılı Yasa'daki kurallarla gerçekleştirilmeye çalışıldığı için, bu amaca uygun olarak öğrencilerin meslekleri ya da alanları dışında eğitim görmek istemeleri halinde üniversite puanlarının daha düşük bir katsayı, tersine durumda ise daha yüksek katsayı uygulanacağına ilişkin anılan karar alınmış ve uygulama 1999 yılından itibaren başlatılmış ve o tarihten bu yana uygulanmaktadır.

Böylece, Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı Puanlarının (AOBP); adayların kendi lise alanlarında bir yükseköğretim programına yerleştirilirken 0,5, kendi alanları dışında bir yükseköğretim programına yerleştirilirken 0,2 katsayı ile çarpımı esası belirlenmiş, bu katsayılar 2003 yılından itibaren aradaki fark genişletilerek 0,8-0,3 olarak uygulanmış, ayrıca bir mesleğe yönelik program uygulayan ortaöğretim kurumlarından mezun olanların alanlarında bir yükseköğretime yerleştirilirken ek puan olarak 0,24 katsayısı ile çarpılması esası da getirilmiştir.

Yükseköğretim Kurulu'nun bu kararlarıyla ilgili uygulamalarına karşı Dairemizde birçok dava açılmış ve verilen ret kararları Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca da onanmıştır. Böylece, farklı katsayı uygulamasında hukukun temel ilkelerine, Anayasa ve ilgili Yasalara aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Davalı idarenin farklı katsayı uygulamasını kaldıran 21.07.2009 gün ve 1266 sayılı kararına karşı açılan davalarda ise yukarıda aktarılan yargı kararları ile oluşan hukuki durum doğrultusunda değerlendirme yapılarak farklı katsayı uygulaması konusunda yargı kararlarıyla istikrar kazanmış bir sistemin yerleşmiş olduğu ve bu kararlardan sonra mevzuatımızda bu kararın aksine yapılmış yasal bir düzenleme bulunmadığı, yargı kararlarında yapılan hukuki değerlendirmelerin bugün için de geçerliliğini sürdürdüğü belirlenmiştir.

Ayrıca İdari Dava Daireleri Kurulu'na yapılan itiraz üzerine verilen karada; idarenin farklı katsayı belirlemesine yönelik olarak yapacağı düzenlemede belirleyeceği katsayının ölçülülük ilkesi dikkate alınarak eğitim sisteminin yönlendirme esası gereği örgütleniş biçimindeki bütünlüğü bozmaması, alan/bölüm, mesleki eğitim, genel lise eğitimi gibi ayrımları ve yargı kararlarını geçersiz kılacak nitelikte olmaması gerektiği de vurgulanmıştır.

Dolayısıyla farklı katsayı uygulamasını öngören düzenlemelerde, ulusal hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık bulunmadığı ve farklı katsayı uygulamasını fiilen ya da şeklen kaldıracak idari düzenlemelerin yargı kararlarına aykırılık oluşturacağı, Anayasa'nın 138. ve 2577 Sayılı Yasa'nın 28. maddesi gereğince idarenin yargı kararlarına uymak zorunda olduğu gibi bu kararların sonuçlarını değiştirmesine olanak bulunmadığına işaret edilmiştir.

Bu açıklamalar karşısında, idarenin söz konusu yargı kararları üzerine farklı katsayı uygulaması konusunda bağlı yetki içinde bulunmasına karşın, bu katsayıların belirlenmesi noktasında takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak bu yetkinin kullanımı da mutlak ve sınırsız değildir. Bir başka anlatımla, uygulanmakta olan ve zaman içinde birtakım sonuçlar doğurarak istikrar kazanan bir düzenlemenin değiştirilmesi ya da kaldırılması için hukuk düzeninde veya maddi olayda bir değişiklik olması gerekir. Yani önceki uygulamayı kaldıran ve yeni bir uygulama getiren düzenlemenin hukuken geçerli sebeplere dayanması gereği tartışmasızdır.

Bu nedenle, idarenin bu yargı kararları sonrası farklı katsayı belirleme konusunda sahip olduğu takdir yetkisini dayandırdığı sebeplerin hukuken geçerli olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında bu değerlendirmenin hukuki bir denetim

olduğu, davalı idarenin iddia ettiği gibi bir yerindelik denetimi olmadığı açıktır.

İdarenin takdir yetkisinin hukuki denetiminin yapılabilmesi için Yükseköğretim Kurulu'nun 1998 yılında aldığı farklı katsayı uygulamasına ilişkin düzenleme sonrası yargı kararları ile hukuka uygun olduğu kabul edilmiş ve uygulanmakta olan katsayının (0,8-0,3), (0,15-0,13) olarak değiştirilmesinin nedenleri 07.01.2010 günlü ara kararımız ile sorulmasına karşın, davalı idarenin bilimsel ve hukuken kabul edilebilir bir açıklama yapmamış olduğu görülmüştür.

Davalı idarenin katsayı farkının 10 puana tekabül ettiği ve belirlenen katsayılara göre bulunacak sonuçların 0,8-0,3 katsayı uygulanan bir önceki sınav sonuçlarına göre bin kişi üzerinde bir fark oluşturacağı şeklindeki açıklamalarına da bilimsel ve kabul edilebilir bir dayanak sunmadığı görülmektedir. Yargı kararları ile 0,8-0,3 katsayı farkı kabul görmüş olmakla bu katsayının uygulandığı sınav sonuçlarına farklı katsayılar uygulayarak bir değerlendirme yapmanın ve bunu uygulamanın geçerli sebebi olarak sunmanın kabulünün mümkün olmadığı açıktır.

Davalı idarece; üniversiteye giriş sınavında 2010 yılı itibarıyla uygulanacak sistemde değişiklik yapılarak yeni bir sistem getirildiği ve öğrencilerin öğrenimlerine uygun programları seçmelerinin sağlandığı ve bu nedenle katsayı uygulamasının bir gerekliliği kalmadığı savunulmuştur. Mevcut yargı kararları nedeniyle davalı idare farklı katsayı uygulamasının geçerliliği hususunda bir değerlendirme yapma olanağına sahip değildir. Kaldı ki davalı idarenin de iddia ettiği gibi 29.01.2009 gün ve 267 sayılı Yükseköğretim Genel Kurulu kararı ile sınav sisteminde meydana getirilen değişiklik ile sınav sorularında çeşitlilik yaratılarak eğitim müfredatının bir bütün olarak değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu uygulamanın, yasal düzenlemelerin amacını teşkil eden öğrencilerin ortaöğretimde seçtikleri ve yöneldikleri okul ve alana uygun bir yükseköğretime yönlendirilmesi ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu açıktır. İdarenin yasal kuralları hayata geçirme görevinin bir sonucu olarak yönlendirmenin tam ve gereğince sağlanmasına yönelik olarak yapılan sınav sistemi değişikliğinin katsayı uygulamasının gerekliliğini ortadan kaldıracak bir niteliği bulunmamaktadır. Aksine bu yönlendirmenin farklı katsayı uygulaması ile desteklenmesinin yasal kuralların amacı ve anlamına en doğru yaklaşım olduğu da yine yargı kararlarıyla belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin laik, demokratik ve sosyal bir Hukuk Devleti olduğu hükmü yer almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devleti, eylem ve işlemlerinin hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve

özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesine göre, *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Bu madde ile amaçlanan mutlak değil hukuksal eşitliktir. *"Yasa önünde eşitlik"* ilkesi yasalar karşısında herkesin eşit olmasını, ayırım yapılmamasını, kimseye ayrıcalık tanınmamasını gerektirir. Durumlarındaki farklılıklar kimi kişi ve toplulukların değişik kurallara bağlı tutulmasına neden olabilirse de, farklılık ve özelliklere dayanan bu tür düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde de kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Devletin bu yükümlülüğünü eşitlik ilkesini gözeterek hiçbir ayırım yapmadan herkes için geçerli olacak biçimde yerine getirmesi gerektiğinde duraksamaya yer yoktur.

Yine Anayasa'nın 13. maddesinde; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı kuralına yer verilmiş; *"Eğitim ve Öğretim Hakkı ve Ödevi"* başlıklı 42. maddesinde; kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı, öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edilip düzenleneceği kurala bağlanmıştır. Bu madde ile eğitim ve öğretimin genelliği ilkesi benimsenerek birey açısından bir hak, Devletin de asli görevi olduğu belirlenmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca katsayıyı belirleyen düzenlemelerde esas alınacağı vurgulanan *"ölçülülük"* bir idare hukuku

ilkesidir. Nitekim kararda ölçülü olmaktan ne anlaşılması gerektiği de ortaya konularak idari işlemden beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge olması gerektiği belirlenmiştir. Yani İdare Hukuku'nun ölçülülük ilkesine yönelik bir belirleme yapılmıştır. Bu bakımdan davalı idarece Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesi gereği bireyin temel haklarının, Devlete karşı korunması amaçlandığı belirtilmiş olması karşısında, yargı kararlarında ayrıntılı olarak yapılan açıklamaların tekrarlanmasına gerek görülmüştür.

Bu kararlarda; Anayasa'nın yukarıda aktarılan maddelerinden de bahsedilerek ortaöğretim kurumlarının niteliği ve bu kurumlardan yararlanma hakkının kullanımı için öngörülen yasal düzenlemeler ile ulaşılan sonuçta ilgililerin hukuksal statülerinin birbirinden farklı olduğu, fırsat ve imkan eşitliğinin ruhuna ve amacına uygun olarak yönlendirme suretiyle kademelerden geçerek verilen haklardan eşit olarak yararlandırılmış olan bireylerin bu eğitim kurumları içinde seçtikleri okul ve alan nedeniyle elde ettikleri hukuksal statünün farklı olmasının kaçınılmaz olduğu, öğrencilerin okul ve alan seçimi sonucu oluşturdukları birikimlerinin farklı katsayılar uygulanmak suretiyle adil bir değerlendirmeye tabi tutulmasının amaçlandığı, farklı katsayı uygulamasının kaldırılması ile farklı hukuki statüdeki öğrencilerin aynı konumda değerlendirilmesi sonucu Anayasal eşitlik kuralı ile çelişkili bir durum yaratılacağı, hukuksal statüsü farklı olanların eşit koşulara tabi kılınmasının hak kaybı ve ihlaline sebep olacağı vurgulanmıştır. Öte yandan, mesleki-teknik liseden mezun olanların üniversiteye girebilmelerinin de yasanın bir gereği olduğunun tartışmasız olduğu, değinilen lise mezunlarına genel lise mezunlarıyla girdikleri sınavda farklı katsayı uygulamasının hukuka aykırı olmadığı, bu farklılığın da ölçülü (idari işlemden beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge) olması gerektiği, mesleki ve teknik eğitimin amacı dikkate alındığında belirlenecek katsayının bu amaca yönelik bir unsur taşıdığı, mesleki-teknik eğitim görenlere kendi alanlarına yönelik tercihlerde daha fazla katsayı uygulanmasının eşitliğe aykırı olmadığı gibi genel liselerde de yükseköğretime girişte farklı katsayı uygulanmasının eşitsizliğe neden olmayacağı, aksine bir yorumun mesleki-teknik öğretimi işlevsiz kılacağı, genel liselerin aleyhine bir durumun gerçekleşmesine neden olacağı belirlenmiştir. Bu değerlendirmelerin genel liseler içindeki farklı alanlara ilişkin katsayı belirlemesini de kapsadığına işaret edilmiştir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; katsayı farkının belirlenmesinde davalı idarenin iddia ettiği gibi bireylerin Devlete karşı korunması değil, Devletin bireylere tanıdığı ve yararlandırdığı hakların tam ve gereğince kullanılmasının sağlanması amaçlanmalıdır. Yani bireylerin haklarının birbirlerine karşı korunması, sahip olunan hakların özüne ve ruhuna uygun kullanımının sağlanmasıdır. Maddi olayda ölçülülük ilkesinin

hareket noktası da öğrencilerin mesleki eğitim, genel lise eğitimi ve genel liseler içinde alan/bölüm seçerek oluşturdukları birikimin adil bir değerlendirmeye tabi tutulmasını sağlamaktır. Bu ayrımların kaldırılması sonucunu doğuran bir düzenlemenin eğitim sisteminin örgütleniş biçimindeki bütünlüğü bozacağı ve yargı kararlarına aykırı olacağı açıktır.

Davalı idare savunmasında yargı kararları nedeniyle oluştuğunu ileri sürdüğü hukuki boşluğu gidermek için belirlediği farklı katsayı oranına ilişkin açıklama yaparken; yönlendirme amacıyla getirilen sınırlamanın bireyin yükseköğretim hakkını ortadan kaldırmaması, istediği takdirde makul seviyede bir gayretle bu sınırlamayı aşabilmesine imkan verilmesi gerektiği, aksine bir yaklaşımın bireyi katlanamayacağı bir sorumluluk altına sokarak Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık teşkil edeceği, yasal kuralların ilgililerin farklı bir alanı tercih etmelerinin engellenmesi sonucunu doğuracak düzenlemeleri içermediği gibi meslek lisesi mezunlarına kendi alanlarından farklı bir alanda yükseköğrenim görmek istemeleri halinde de farklı katsayı uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yer almadığı, farklı katsayı uygulamasının meslek liselerini olumsuz etkileyeceği, sınav sürcenin başladığı, kılavuzların hazırlandığı bu aşamada oluşacak değişikliklerin öğrencilerin başvurularında belirsizlik yaratacağı ileri sürülmüştür.

Davalı idarenin bu açıklamaların yer aldığı savunması, farklı katsayı uygulamasını kaldıran düzenlemeye yönelik olarak açılan davalarda verilen savunmalarını tekrar eder niteliktedir. Bu şekilde katsayı farkının olmaması ya da olacaksa da aşılabilir bir niteliğinin bulunmasına yönelik olan bir amacın, yukarıda açıklanan mevzuatta öngörülen ve Dairemizce ve İdari Dava Daireleri Kurulu'nca verilen kararlarda da vurgulanan temel ilke ve yaklaşıma uygun olmadığı açıktır. Ayrıca uygulanacak katsayı sınavlar sonucunda yerleştirmeye esas puanın hesaplanmasında dikkate alınacağından sınavlara başvurma ve sınavları engelleyici bir husus değildir.

Bu açıklamalar karşısında; 1998 yılından itibaren uygulanan ve hukuka uygunluğu yargısal kararlarla istikrar kazanmış farklı katsayı uygulaması ile dava konusu karar alınıncaya kadar uygulanmakta olan alan içi tercihlerde 0,8, alan dışı tercihlerde 0,3 katsayısının esas alınacağına ilişkin düzenlemenin değiştirilerek alan içi 0,15, alan dışı 0,13 katsayı farkına dönüştürülmesine ilişkin dava konusu kararın hukuken geçerli bir sebebe dayanmadığı gibi yargı kararlarının gereklerine aykırı olduğu ve yargı kararlarını geçersiz kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu düzenlemenin 2. maddesinde hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Düzenlemenin 3. maddesine gelince; 2547 Sayılı Yasa'nın 45. maddesinde yer alan kuraldan kaynaklanmakla beraber, bu madde ve

kararın 4. maddesindeki puanlama sistemi, 2. maddeye dayandırılmış olduğundan, hukuki geçerliliğinden söz etmeye olanak yoktur.

Düzenlemenin 6. maddesiyle, YGS ve LYS sınavları sonucu oluşan her puan türünde Türkiye genelinde ilk bin kişi arasına giren adayların yerleştirme puanı hesaplanırken AOBP'un tercih edeceği bütün programlar için alan içi katsayı değeri kullanılacağı belirlenmiştir.

Düzenlemenin 6. maddesiyle, YGS ve LYS sınavları sonucu oluşan her puan türünde Türkiye genelinde ilk bin kişi arasına giren adayların yerleştirme puanı hesaplanırken AOBP'un tercih edeceği bütün programlar için alan içi katsayı değeri kullanılacağı belirlenmiştir.

Her genel kuralın kendi içinde bir istisnayı içeriyor olmasının genel kurala aykırılık teşkil etmeyeceği, başarının ödüllendirilmesi amacına yönelik olduğu anlaşılan bu kuralın, yargı kararlarına aykırı bir yönü bulunmadığı gibi hukuka, hakkaniyete ve mevzuata uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Dava konusu kararın 2, 3 ve 4. maddelerinin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararlar oluşacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 Sayılı Yasa'nın 27/2 maddesindeki koşullar oluşmuş olduğundan, dava konusu kararın 2, 3 ve 4. maddelerine yönelik olarak yürütmenin durdurulması isteminin oybirliği ile kabulüne, koşullar oluşmadığından 6. maddesine yönelik yürütmenin durdurulması isteminin oyçokluğu ile reddine 27.01.2010 gününde karar verildi.

Azlık Oyu (X):

Dava konusu düzenlemenin 6. maddesinde, YGS ve LYS sınavları sonucu oluşan her puan türünde Türkiye genelinde ilk bin kişi arasına giren adayların yerleştirme puanı hesaplanırken AOBP'un tercih edeceği bütün programlar için alan içi katsayı değeri kullanılacağı kuralına yer verilmiştir.

Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 29.01.2009 gün ve 2.67 sayılı kararı ile 2010 Sınav Kılavuzunun incelenmesinden YGS için 6, LYS için 5 puan türü, LYS puan türlerinin herbirinde ayrıca alt puan grupları oluşturulabileceği belirlenmiş olduğu da dikkate alındığında bu rakamın en az onbirbin öğrenciyi kapsayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 45. maddesinde;

"a. Öğrenciler Devlet Yükseköğretim Kurumlarına, esasları Yükseköğretim Kurulu tarafından tespit edilen sınavla girerler. Sonuçların değerlendirilmesinde adayların ortaöğretimdeki başarıları dikkate alınır. Ortaöğretim kurumlarını birincilikle bitiren adaylar kendileri için yükseköğretim kurumlarında ayrılacak kontenjanlara, tercih ve puanları

gözönünde tutularak yerleştirilir. Yükseköğretim kurumlarına öğrenci seçiminde, adayların ortaöğretim süresindeki başarıları Yükseköğretim Kurulu'nun uygun göreceği şekilde Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından geliştirilecek bir yöntemle ek bir puan olarak tespit edilir ve yükseköğretim kurumlarına giriş sınav puanlarına eklenir. Bir mesleğe yönelik programlar uygulayan liselerin mezunları, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecek aynı alanda bir yükseköğretim kurumuna girerken, başarı notları ayrıca tespit edilecek bir katsayı ile çarpılmak suretiyle değerlendirilerek giriş sınavı puanlarına eklenir.

b. Yükseköğretim Kurulu'nca düzenlenen esaslara göre belli sanat dallarında üstün kabiliyetli olduğu tespit edilen öğrenciler, ilgili dalda eğitim yapmak kaydıyla yine bu esaslar içerisinde belirlenecek özel yöntemlerle yükseköğretim kurumlarına alınabilirler.

c.....

d. (Ek : 29/6/2001 - 4702/2 md.) Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu'nca tespit edilen uluslararası bilimsel yarışmalarda ödül kazanan öğrenciler, ödül kazandıkları alanlarda Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi ile Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu'nca müştereken belirlenecek yükseköğretim kurumlarından seçtiklerine sınavsız girerler.

e. (Ek : 29/6/2001 - 4702/2 md.) Mesleki ve Teknik Orta Öğretim Kurumlarından mezun olan öğrenciler istedikleri takdirde bitirdikleri programın devamı niteliğinde veya buna en yakın programların uygulandığı, öncelikle kendi mesleki ve teknik eğitim bölgesi içinde yer alan veya bölgesi dışındaki meslek yüksekokullarına sınavsız olarak yerleştirilebilirler. Sınavsız olarak meslek yüksekokullarına devam ederek mezun olan öğrencilerin yüzde onundan az olmamak üzere ayrılacak kontenjanlara göre alanlarındaki lisans programlarına dikey geçiş yapmaları sağlanır. Bununla ilgili esas ve usuller, Milli Eğitim Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu işbirliği ile çıkartılacak yönetmelikte belirlenir.

f. (Ek: 29/6/2001-4702/2 md.) Mesleki ve teknik ortaöğretim kurumlarından herhangi birini bitirip de mesleki ve teknik eğitim bölgeleri kapsamı dışındaki bir yükseköğretim programına girmek isteyen öğrenciler, üniversite giriş sınavlarına başvurabilirler" kurallarına yer verilmiştir.

Bu maddeden anlaşılacağı üzere öğrencilerin ortaöğretimdeki başarı durumlarının sınav sonucuna nasıl yansıtılacağı belirlenmiştir. Okullarını birincilikle bitiren öğrenciler, belli sanat dallarında üstün başarılı olan öğrenciler, TÜBİTAK yarışmalarında ödül kazanan öğrenciler ve meslek liselerinde okuyan öğrenciler açısından farklı kurallar öngörülmüştür. Böylece yasanın genel kuralı ile sınav sonuçlarının değerlendirilmesinde adayların ortaöğretimdeki başarıları dikkate alınmış, sınav sonucu belli bir

başarı düzeyi gösterenlere yönelik herhangi bir kural ve istisna öngörülmemiştir.

Bu nedenle, başarının tüm öğrenim süresi değerlendirilerek belirlenmesi gerekirken, bir sınavda gösterilen performansın başarı olarak kabul edilip ödüllendirilmesine yönelik düzenlemenin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Kaldı ki bu uygulama gerek Dairemizce gerek İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen kararlar ile belirlenen temel ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu kararlar ile mesleki eğitim, genel lise eğitimi, alan/bölüm gibi ayrımlardan hareketle farklı katsayı uygulamasının gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Dava konusu kararın her puan türünde ilk bine giren öğrenciler için katsayı uygulamasını kaldırıyor olması nedeniyle bu kural bakımından yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmediği ve geçersiz kılınmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Davalı idare 21.07.2009 gün ve 1266 sayılı kararında başarılı öğrenciler açısından herhangi bir düzenlemeye gitmemişken, bu kararın yürütülmesinin durdurulması sonrasında alınan dava konusu kararda bu türden bir düzenleme yapma amacının da yine yargı kararlarını etkisiz kılmaya yönelik olduğu açıktır.

Bu açıklamalar karşısında dava konusu düzenlemenin 6. maddesinin de yürütülmesinin durdurulması gerektiği görüşü ile çoğunluk kararına katılmıyoruz.

DANIŞTAY ONUNCU DAİRESİ

E: 2008/11112 **K:** 2009/2529 **T:** 31.03.2009

HİZMET KUSURU • YANLIŞ TIBBİ MÜDAHALE • YANLIŞ ORGANDAN PARÇA ALINMASI • MADDİ - MANEVİ TAZMİNAT

Özet: *Karaciğer rahatsızlığı nedeniyle Üniversite Hastanesinde tedavisi yürütülen şahıstan, karaciğerinden parça alınması gerekirken, yanlışlıkla böbrekten parça alınması beklenen bir durum olarak nitelendirilemez. Böyle bir durumda hizmet kusurunun varlığı kabul edilir.*

Hizmet kusurunun bulunduğu durumlarda, (kişinin maddi ve manevi tazminat isteme hakkı şartlar sağlandığı ve mevcut durumun ispatlandığı takdirde) mümkündür.

Karaciğer rahatsızlığı nedeniyle Üniversite Hastanesinde tedavisi yürütülen davacının 26.12.2005 tarihinde yapılan karaciğer biopsisi sonucunda, karaciğerden parça alınması gerekirken, yanlışlıkla böbrekten parça alınması nedeniyle ugranıldığı ileri sürülen 1.000.-TL. maddi, 10.000.-Tl. manevi zararın, yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nce; davalı idarenin söz konusu olayda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan bilirkişi raporunda davacıya, ultrasonografi eşliğinde karaciğer biyopsisi yapıldığının bildirildiği, ultrasonografi altında karaciğer biyopsisinin hem interkostal hem de subkostal yapılabileceği, biyopsinin karaciğer yerine böbrekten alınmasının beklenen bir durum olmadığı; bu nedenle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu; ancak davacının işlem sırasında yeterince uyum gösterememesinin de davacıya affı kabil bir kusur olarak değerlendirilmesi gerektiğinin belirtildiği; bu durumda davacı tarafından talep edilen maddi zarara ilişkin masrafların somut olarak ortaya konulamadığı gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddi; davacının olaydaki kusuru da dikkate alınarak, manevi tazminat isteminin kısmen kabulu ile 5000.-TL. manevi tazminatın, davalı idareye başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine ilişkin olarak verilen kararın, temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygfun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: İdare ve Vergi Mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2477 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesi'nce gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nin 27.07.2008 tarih ve 2006/136 E. ve 2008/1237 K. sayılı kararının **ONANMASINA**, 31.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN 1. DOSYA

ANKARA 10. İDARE MAHKEMESİ

E: 2008/1797 **K:** 2008/2495 **T:** 29.12.2008

YARGIÇ ve SAVCILARIN YARGILANMASI
(2802 SK m.97/c)

Özet: *Davacının daha önceki şikayetlerinde öne sürdüğü olaylar ile bir ilgisi bulunmayan dava konusu işleme dayanak olan şikayeti hakkında gerekli incelemenin yapılarak bir karar verilmesi gerekmekte iken, söz konusu şikayetin mahiyeti dikkate alınmaksızın uyuşmazlığa konu şikayetin 2802 Sayılı Kanun'un 97/c maddesi kapsamında sayılarak şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına ilişkin davalı idare işleminde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.*

DAVACI: C.A. / Kabataş – Beyoğlu/İSTANBUL

DAVALI: Adalet Bakanlığı/ANKARA

DAVANIN ÖZETİ: İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat olan davacının, Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi hakkında yapmış olduğu 13.02.2008 tarihinde ve bila tarih yapmış olduğu şikayet başvurularının, daha önce aynı konuda yaptığı bir başka şikayetin tekrarı mahiyetinde olduğundan bahisle 14.03.2008 tarihli Bakanlık oluru ile işleme konulmamasına ilişkin 25.03.2008 tarih ve 17770 sayılı davalı idare işleminin; şikayete konu edilen ceza mahkemesi hakimi tarafından *"avukat"* olduğu göz ardı edilerek hakkında Adalet Bakanlığı'nca soruşturma açılması aranmaksızın yapılan yargılanma sonucunda verilen cezanın Yargıtay'ın ilgili Dairesinin kararı ile bozulduğu, söz konusu bozma kararında yetkisiz olduğu bir konuda Savcılık ve Mahkeme tarafından yargılamanın sürdürülemeyeceğinin ifade edilmesine karşın, söz konusu durumun dikkate alınmayarak görevsiz ve yetkisiz bulunan Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığı ve Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nde yargılamanın sürdürüldüğü, bu nedenlerle şikayetçi olunan hakimin görevini kötüye kullandığı, bu durum hakkında gerekli incelemenin yapılması gerekmekte iken şikayetinin işleme konulmamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmektedir.

Gönderen: Av. Cemil ALTINBİLEK

SAVUNMANIN ÖZETİ: Davacı tarafından yapılan şikayetin daha önce Kadıköy Cumhuriyet Başsavcı Vekili hakkında yapılan şikayetle ilgili konularda olduğu, söz konusu şikayet hakkında da gerekli incelemelerin yapıldığı, davacının şikayet dilekçesinde belirtilen diğer hususların da bu durum ile ilgili olduğu, diğer hususların ise hakimin yargılama takdir yetkisi vermiş olduğu kararlara ilişkin olduğu, bu nedenlerle söz konusu şikayet dilekçesinin işleme konulmadığı belirtilerek yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce işin gereği görüşüldü:

Dava; İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat olan davacının, Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi hakkında yapmış olduğu 13.02.2008 tarihinde ve bila tarih yapmış olduğu şikayet başvurularının, aha önce aynı konuda yaptığı bir başka şikayetin tekrarı mahiyetinde olduğundan bahisle 14.03.2008 tarihli Bakanlık oluru ile işleme konulmamasına ilişkin 25.03.2008 tarih ve 17770 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun İhbar ve Şikayetler başlığını taşıyan 97. maddesinde; *"Hakim ve Savcılar hakkında;*

a) Belli bir konuyu içermeyen veya somut delile dayanmayan,

b) Başvuru sahibinin adı, soyadı, imzası ile iş veya yerleşim yeri adresi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası bulunmayan,

c) Daha önceden şikayet konusu yapılıp sonuçlanan hususlarda yeni delil içermeyen,

d) Kanun yollarına başvuru sebebi olarak ileri sürülebilecek veya hakimlerin yargı yetkisi ve takdiri kapsamında kalan hususlara ilişkin bulunan,

e) Akıl hastalığı sebebiyle vesayet altına alınanlar ile henüz vesayet altına alınmamış olmakla birlikte bu hastalığa duçar oldukları sağlık kurulu raporu ile belirlenenlerce verilmiş olan,

İhbar ve şikayetler işleme konulmaz. Ancak (b) bendinde yazılı şartları taşımayan ihbar ve şikayetlerin somut delillere dayanması durumunda, konu hakkında gerekli araştırma ve inceleme yapılır." Hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı tarafından Pendik (eski) Cumhuriyet Başsavcısı ve halen Kadıköy Cumhuriyet Başsavcı Vekili hakkında bila tarihli yapılmış olduğu şikayetler üzerine söz konusu şikayetler hakkında davalı bakanlık tarafından işlem yapılmasına gerek

görülmediği, bunun ardından davacı hakkında şikayete konu ettiği Kadıköy Cumhuriyet Başsavcı Vekili tarafından Adalet Bakanlığı'na yapılan şikayet üzerine davacının şikayetlerinin mahiyeti itibariyle 2802 Sayılı Kanun'un 76/3 maddesinde belirtilen *"ihbar ve şikayetin kötü niyetle yapılması"* vasfını taşıdığından bahisle Adalet Bakanlığı'nca 18.09.2003 tarihli olur ile davacı hakkında kovuşturma açılmasına izin verildiği, bunun üzerine davacının sanık sıfatıyla Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nde yapılan yargılamasında şikayetçi olduğu Başsavcı Vekili'nin de müşteki olarak yargılamaya müdahil olduğu, söz konusu yargılamanın ardından Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 20.06.2006 tarih ve E:2006/182, K:2006/459 sayılı kararı ile davacının *"iftira"* suçunu işlediği gerekçesiyle üç ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmedildiği, söz konusu kararın davacı tarafından temyiz edilmesinin ardından Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.06.2007 tarih ve E:2007/5470, K:2007/5766 sayılı kararı ile davacı hakkında Adalet Bakanlığı'nın 18.09.2003 tarihli oluru ile hakkında 2802 Sayılı Kanun'un 59. maddesi gereğince kovuşturma izni verilmesine karşın davacının durumunun 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinde belirtilen avukatlar hakkında yürütülecek olan soruşturmalara ilişkin uygulanacak hükümler dikkate alınmaksızın hakkında usulsüz olarak soruşturma fezlekesi hazırlandığı ve davacının *"Avukatlık"* statüsünün dikkate alınmaksızın hakkında genel hükümlere göre kovuşturma yapılmasına izin verilmesi üzerine hazırlanan iddianame ile açılan davanın, 2802 Sayılı Yasa'nın 76/3 maddesinin yanı sıra 76/4 maddesinin de değerlendirilmesi suretiyle davacıya isnat edilen kötü niyetle ihbar ve şikayet yolu ile iftira suçundan dolayı anılan şikayete konu edilen hakim ve /veya savcının görev yerine en yakın ağır ceza mahkemesinin görevine girmesine karşın yasa hükümlerinin aksine davaya bakan Kadıköy Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle bozulmasına karar verildiği, bunun üzerine davacı hakkında yeniden yapılan yargılama sonucunda Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 24.10.2007 tarih ve E:2007/817 sayılı kararı ile görevsizlik kararının verilerek sanığın yargılanmak üzere Üsküdar Ağır Ceza Mahkemesi'ne sevkine karar verildiği, bunun üzerine davacı tarafından Yargıtay'ın bozma kararında belirtilen hususun *"Avukat"* olması nedeniyle hakkında iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceğine ilişkin olarak ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nca gerekil incelemelerin yapılması ve bunun ardından hazırlanan fezlekeye göre Adalet Bakanlığı'nca kovuşturma yapılıp yapılmayacağına karar verilmesinin ardından hakkında dava açılabileceği açık olarak ifade edilmesine karşın iftira suçundan dolayı hakkında yapılan yargılamada müşteki olarak Kadıköy Cumhuriyet Başsavcı Vekili'nin müdahil olmasından dolayı şikayetçi olunan hakim tarafından Yargıtay'ın bozma kararında belirtilen gerekçeye uyulmayarak hakkında açılan davada

hazırlanan iddianame kanuna aykırı olarak tanzim edildiği açık olarak tespit edildiği halde görevsizlik kararı vererek davanın devamını sağladıkları gerekçesiyle Kadıköy Cumhuriyet Başsavcı Vekili ve söz konusu davanın görüldüğü Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi hakkında anılan eylemlerinin görevlerini kötüye kullanma niteliğinde bulunduğundan bahisle şikayetçi olduğu, söz konusu şikayetinin dava konusu işlem ile daha önce yapılan şikayetler ile aynı mahiyette olduğu ve mahkeme hakimi tarafından verilen kararın yargılama yetkisi dahilinde olduğu gerekçesiyle işleme konulmamasına ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davalı idare tarafından davacının şikayetçi olduğu Kadıköy Cumhuriyet Başsavcı Vekili hakkında daha önce yapmış olduğu şikayetler ile aynı nitelikteki şikayetlerin tekrar edildiğinden bahisle davacının şikayet başvurusunun işleme konulmadığı belirtilmesine karşın, davacı tarafından Kadıköy Başsavcı Vekili hakkında 2000-2002 yıllarında yapılan şikayetlerin incelenmesi sonucunda; davacı tarafından söz konusu savcının Pendik Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığı dönemde, bir takım kişiler ile yargı mensubu olmanın gerektirdiği tutum ve davranışlarda bulunmayarak mesleğin şeref ve nüfuzunu kötüye kullandığı yönünde birtakım olayların bildirilmesi suretiyle ilgili savcı hakkında şikayetçi olunduğu davalı Adalet Bakanlığı tarafından anılan hususlarda gerekli işlemlerin yapıldığı görülmekte olup, davacının uyuşmazlığa konu olan şikayetinin ise davacının söz konusu şikayetinin iftira niteliği taşıdığından bahisle hakkında yapılan yargılamanın davacının şikayetçi olduğu savcının görev yaptığı ağır ceza merkezinde yapılması ve Başsavcı vekili olarak TB'nin davacı hakkında açılan davanın kendi görev yeri olan Kadıköy Asliye Ceza Mahkemeleri'nde sürdürmesine neden olarak hakkında haksız yere yargılama yapıldığı iddialarından ibaret olduğu dolayısıyla davacının her iki şikayetinin farklı hususlardaki olaylara dayandığı görülmektedir.

Bu durumda davacının daha önceki şikayetlerinde öne sürdüğü olaylar ile bir ilgisi bulunmayan dava konusu işleme dayanak olan şikayeti hakkında gerekli incelemenin yapılarak bir karar verilmesi gerekmekte iken, söz konusu şikayetin mahiyeti dikkate alınmaksızın uyuşmazlığa konu şikayetin 2802 Sayılı Kanun'un 97/c maddesi kapsamında sayılarak şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına ilişkin davalı idare işleminde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

SONUÇ: Anılan nedenlerle dava konusu işlemin iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 53,60.-TL. yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 30 gün içinde Danıştay'da temyiz yolu açık olmak üzere 29.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

BİR DANIŞTAY KARARI

DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E: 2007/736 **K:** 2009/1793 **T:** 22.10.2009

YARGIÇ ve SAVCILARIN YARGILANMASI
• BAKANLIĞIN SORUŞTURMAYA İZİN VERMEMESİ
(2577 SK m 49)

Özet: *Davacının şikayeti üzerine yapılan inceleme sonucunda ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma izni verilmemesine karşı açılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.*

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): C.A. / Kabataş-İSTANBUL

Karşı Taraf (Davalı): Adalet Bakanlığı – ANKARA

İstemin Özeti:

Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 02.02.2007 günlü, E:2007/28, K:2007/139 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenmektedir.

Savunmanın Özeti:

Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi'nin Düşüncesi:

Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Beşinci Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'nın Düşüncesi:

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesini birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile Danıştay bozma kararına uyulmayarak verilen idare Mahkemesi ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava, davacının Kadıköy Adliyesi'nde görev yapan bazı hakim ve savcılar hakkında yaptığı şikayet sonucu ilgili hakim ve savcılar hakkında *"işlem yapılmasına gerek görülmediği"* yolunda Adalet Bakanlığı'nca tesis edilen 27.10.2005 günlü, 45562 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 30.12.2005 günlü, E:2005/2543, K:2005/2422 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin, soruşturma açılmamasına ilişkin bir karar olduğu, bu kararın idari işlem niteliğini taşımadığını, iptal davasına konu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Anılan kararın davacı tarafından temyiz edilmesi sonucu Danıştay Beşinci Dairesi'nin 07.11.2006 günlü, E:2006/3802, K:2006/5138 sayılı kararıyla; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82, 87 ve 89. maddelerinde yer alan düzenleme ile hakim ve savcıların görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmesinin Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı kılındığı, Bakanlıkça bu iznin verilmemesi halinde hakim ve savcılar hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturmanın yapılamadığı ve yetkili kurul veya merciler tarafından disiplin cezası verilmesi ya da ceza yargılamasını ilgilendiren bir konuda kovuşturma ve kamu davası açılması yolunun tamamen kapatıldığı; hakimler ve savcılar hakkındaki ihbar ve şikayetlerin yalnızca ceza yargılamasını gerektiren bir suç atılımına yönelik olmayıp disiplin ihlaline veya idari bir önlemle sonuçlanabilecek hallere de ilişkin olabileceğinden ve bu farklı sonuçların ancak yapılacak bir soruşturma sonucu ortaya çıkabileceğinden, hakim ve savcılar hakkında verilecek inceleme veya soruşturma izninin yalnızca ceza yargılamasına ilişkin olduğunun kabulüne olanak bulunmadığı; Anayasa'nın 36. ve 125. maddeleri ile uluslararası düzenlemeler gözetildiğinde tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının tanınmadığı bir idari rejimin adil yargılanma ilkesine uygun olmayacağının açık olduğu; takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi açılan bir dava sonunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 Sayılı Yasa gereği

olduğu ve sözü edilen denetimin ancak idari yargı yerlerince yapılacağının açık olduğu; bu durumda, davacının şikayeti üzerine ilgili hakim hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin idari işleme karşı açılan davada işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak, dava konusu işlemin ceza yargılamasına yönelik hazırlık işlemlerinden olduğu, bu işlemlerin idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin icrai mahiyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 02.02.2007 günlü, E:2007/28, K:2007/139 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 144. maddesinde, *"Hakim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle de yaptırabilir."* 159. maddesinin üçüncü fıkrasında da *"Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığı'nın, bir mahkemenin veya hakimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki teklifleri karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir."* Hükümlerine yer verilmek suretiyle hakim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturmanın Adalet Bakanlığı'nın izni ile yapılacağı öngörülmüş, ancak yapılacak soruşturmanın sonucunun değerlendirilmesinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılacağı belirtilmiştir.

Öte yandan, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasında; hakim ve savcıların görevden doğan ve görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğu, 87. maddesinde; hakim ve savcılar

hakkında tamamlanan soruşturma evrakının Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderileceği, bu Genel Müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonucunda düzenlenecek yazı üzerine kovuşturma yapılmasına veya disiplin cezası uygulanmasına gerek olup olasılığının Bakanlıkça takdir edilerek evrakın ilgili mercilere gönderileceği veya işlemden kaldırılacağı hükme bağlanmış, aynı Yasa'nın 89. maddesinde de, *"Hakim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrak, Adalet Bakanlığınca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine, en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir.*

Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir……" hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü ile Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği hükümlerinde de bir hakim ve savcı hakkında yapılan şikayet üzerine öncelikle Bakanlıkça adalet müfettişi vasıtasıyla veya incelenecek hakim ve savcıdan daha kıdemli bir hakim ve savcı tarafından inceleme yapılacağı, bu incelemenin sonucuna göre gerekirse soruşturma yapılacağı veya soruşturma aşamasına geçileceği, gerek görülmezse inceleme yapılmakla yetinileceği öngörülmektedir. Örneğin Yönetmeliğin 103. maddesine göre, denetim sırasında Teftiş Kurulu Başkanlığına ilgili hakkında soruşturmaya geçildiğinin yazı ile bildirilmesi, hakkında işlem yapılan kişi için tedbir istenmesi veya her halükarda ilgilinin savunmasının istenmesi halinde soruşturma aşamasına geçildiğinin kabul edileceği belirtilmektedir.

Değinilen hükümlerin birlikte incelenip değerlendirilmesinden; hakim ve savcıların görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı'nca izin verilmesi durumunda ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmekte ve Bakanlıkça kovuşturma açılması gerekli görülürse 2802 Sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca ilgililer hakkında doğrudan ceza davası açılmaktadır. İzin verilmemesi durumunda ise ilgililer hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamamakta, yetkili kurul veya merciler tarafından disiplin cezası verilmesi ya da ceza yargılamasını ilgilendiren bir konuda kovuşturma ve kamu davası açılması yolu tamamen kapatılmaktadır.

Diğer yandan, gerek 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gerekse 2547 sayılı Yükseköğretim

Kanunu'nda, kapsamda bulunan kamu görevlileri hakkında yetkili makamca ve/veya kurulca soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi hakkındaki işlemlere karşı yine aynı yasalarda bir itiraz müessesesi getirilmiş olmasına karşın 2802 Sayılı Yasa'da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş; yukarıda da değinildiği gibi bu konu tamamen Adalet Bakanlığı'nın takdirine bağlı kılınmıştır.

Bu nedenle öncelikle Adalet Bakanlığı'nca bu konuda tesis edilen işlemlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bilindiği gibi idari işlem, idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hakaret ederek, idare işlevine (veya idare hukuku alanına) ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanıma göre idari bir işlemin öncelikle idari bir makam tarafından idare işlevine (idare hukuk alanına) ilişkin olarak tesis edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, bir işlemin idari davaya konu olabilmesi için tek yanlı, icrai nitelikte olması zorunludur. Bu tanımdan çıkan sonuca göre, yasama ve yargı organlarının idare işlevine ilişkin tek yanlı, icrai nitelikteki işlem ve eylemleri de idari yargı denetimine tabi tutulmaktadır.

Öte yandan, idari mercilerin de *"adli alana"* ilişkin işlemlerinin bulunduğu bilinmektedir. İdarenin bu alana (adli alana) ilişkin işlemlerinin yargısal denetimi uygulamada sorunlar yaratmış, yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda da farklı kararların verildiği gözlenmiştir.

Genel anlamda, *"adli alana"* ilişkin idari işlemler denildiği zaman özellikle icra-iflas organlarının işlemleri ile Adalet Bakanlığı'nın yargıya ilişkin işlemleri ön plana çıkmaktadır. İcra-iflas organlarının faaliyetlerinin hukuk yargısı ile ilgili uygulayıcı, dolayısıyla bunları tamamlayan hizmetler olduğu, bu faaliyetlerin adli yargı alanına girdiği, dolayısıyla idarenin ve idari yargının görev alanı dışında kaldığı hususlarında duraksama bulunmamaktadır.

Soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi veya verilmemesi Adalet Bakanı'nın yetkisi ile ilgili Adalet Bakanlığı işlemlerinin idari yargı denetimine tabi olup olmadığı hususuna gelince;

Hakim ve Cumhuriyet savcılarında olduğu gibi avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı tutulmuştur. Bu konuda doğan uyuşmazlıklarda Danıştay Sekizinci Dairesi'nin istikrar kazanan kararlarında; Adalet Bakanlığı'nca bu konuda izin verilmesi durumunda, ilgili avukat hakkında kovuşturma yapılabildiği, adli işlemlere başlandığı, dava açılabildiği ve böylece kovuşturma açılmasına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olduğu; bu konuda izin verilmemesi durumunda ise, ilgili

hakkında adli soruşturma ve kovuşturmanın yapılamadığı ve kamu davası açılması yolunun tamamen kapatıldığı, bu nedenle izin verilmemesine ilişkin idari kararın yargı denetimi dışında tutulmasının düşünülemeyeceği gerekçesiyle sözkonusu idari kararlar idarenin takdir yetkisi içinde hukuksal sonuç doğuran (kamu davası açılmasını engelleyen) idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak kabul edilmektedir. (Örneğin Sekizinci Daire'nin 21.10.1999 günlü, E:1997/3805, K:1999/5313 sayılı kararı) Gerçektenden de Adalet Bakanlığı'nın yargı yolunu açan kararları, (kovuşturma izni veren kararları) ceza yargısı alanına girdiğinden idare işlevinin kapsamı dışında bulunmakta ve bu kararlara karşı açılan davaların da idari yargı mercilerinde görülmesi olanağı bulunmamaktadır.

Ancak, Adalet Bakanlığı'nın soruşturma ve kovuşturma izni vermeyen kararları yönünden durum öğretide tartışmalı olduğu gibi, yargısal kararlarda da zaman içinde farklılıklar olduğu bilinmektedir.

Öğreti yönünden duruma baktığımızda, yargısal prosedürün başlamasına engel olan idari işlemlerin iptal davasına konu olabileceği, nitekim, yargı yerlerinin görevlerine başlayabilmesi için, öncelikle bu konuda öngörülmüş bulunan adli prosedüre geçilmesi gerektiği, bu aşamaya gelinmesini engelleyen işlemlerin, adli prosedür işlemleri olarak nitelendirilmelerinin mümkün olmadı belirtildiği gibi (Prof. Dr. Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu oluşturma Bakımından İDARİ İŞLEMİN KİMLİĞİ, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, Sayfa: 82) idari makamların soruşturma açılması veya açılmaması konusunda verdikleri kararların idari bir makamdan çıkmakla birlikte, ceza soruşturmasıyla ilgili olmaları nedeniyle idari değil, yargısal nitelikte olduğu ve bunlara karşı idari yargı organlarında iptal davası açılamayacağı da belirtilmiştir. (Prof. Dr. Kemal Gözler, İDARE HUKUKU, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, I. Cilt, Sayfa: 536)

Yargısal kararlarda da yukarıda değinildiği gibi Danıştay Sekizinci Dairesi'nin avukatlar yönünden verdiği, istikrar kazanmış kararları bulunduğu gibi kovuşturma açılmasının idari makamların iznine tabi olduğu uyuşmazlıklarda Danıştay Beşinci Dairesi, Danıştay Onüçüncü Dairesi ile İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bu tür işlemlerin yargı denetimine tabi olmadığına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Ancak, bu yöndeki kararların istikrar bulduğundan bahsedilemez.

Bu itibarla uyuşmazlığın çözümü için konunun öncelikle hukuk devleti bağlamında ele alınması gerekli görülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve

özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin *"olmazsa olmaz"* koşuludur.

Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* 125. maddesinde de, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır,"* denilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alına dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlediği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, s.12); Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlamasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 09.10.1979, s.12 ve Pudas/Sweden, 27.10.1987, para. 40-41) belirtilmiştir

Anayasa'nın 4709 Sayılı Yasa ile değişik 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın 36. maddesinde ise hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir.

Bu açıklamalar karşısında, dava konusu Adalet Bakanlığı işlemi, niteliği itibariyle, 2802 Sayılı Yasa'nın verdiği yetkiye dayanılarak, tek yanlı irade açıklaması ile hukuki varlık kazanan, davacının başvurusu üzerine kıdemli haklim ve savcı marifetiyle yapılan inceleme sonucunda ilgili hakim ve savcılar hakkında işlem yapılmaması, yani ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yolunun kapatılması yönünde hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olup,

4483 Sayılı Yasa ile 2547 Sayılı Yasa'da öngörüldüğü gibi bir işleme karşı yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü de olmadığından, hukuk devleti, Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen *"hak arama özgürlüğü"* ve 125. maddesinde öngörülen *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu"* ilkeleri uyarınca idari davaya konu edilebileceği açıktır.

Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin ayrıca 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin gereği olduğunda da kuşku bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının şikayeti üzerine yapılan inceleme sonucunda ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma izni verilmemesine karşı açılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Diğer yandan, yetkili makamın ceza soruşturmasına başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulmasının, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası farklı kararların, ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olabilmesi olasılığı yukarıda değinilen hukuk devleti ilkesi gereğince idari işlemin yargısal denetimine engel oluşturmamaktadır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce verilen 02.02.2007 günlü, E:2007/28, K:2007/139 sayılı kararın **BOZULMASINA**, işin esası hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 22.10.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

UYGULAMADAN 2. DOSYA

ÜSKÜDAR 1. İŞ MAHKEMESİ

E: 2008/367 **K:** 2009/404 **T:** 05.06.2009

FAZLA ÇALIŞMA • İSPAT YÜKÜ • RESMİ NİTELİKTEKİ İŞVEREN KAYDI*

Özet: *Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; emekliliği hak eden davacı işçinin iş akdinin davalı işverence feshi ile tazminat ve alacak ödemeleri yapıldığı, davacının çalıştığı dönemde şirketin sermayesinin %100'ü Devlete ait olmakla sunulan puantaj kayıtlarının resmi niteliktcki işveren kaydı olduğu, fazla çalışma, hafta sonu ve tatil çalışma belirlemeleri bulunan puantaj kayıtları ile ödeme belgelerinin aksine daha fazla çalışma bulunduğu iddialarına yönelik yazılı belge ile ispat yapılamadığı, davada yararı bulunan davacı tanıklarının soyut beyanlarına itibar edilemeyeceği, kullanılan ve ödemesi yapılan izin kayıtlarına göre bakiye izin alacağı olmadığı, kıdem - ihbar ve ikramiye alacaklarının ödendiği ve bakiye alacak bulunmadığı anlaşılmakla sübut bulmayan davanın reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.*

Mahkememizde görülmekte bulunan Tazminat davasının yapılan açık yargılamasının sonunda, gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin uzun yıllar çalıştığı davalı işveren tarafından iş akdinin feshedildiği, davacının tabii olduğu sendika tarafından açılan işe davasının ret olunduğu, davalının fesih sonrası bir takım hesaplar yaparak ödemeler yaptığı ancak bu paraların hangi haklara ilişkin olduğunun belirtilmediği, davacının 08.00-18.00 saatleri arası cumartesi dahil çalışma ile resmi tatil ve dini bayramların ilk günü hariç çalıştığı, fazla çalışma ödemesi yapılmadığı, yıllık izin kullanılmadığı, bedelinin ve ikramiye alacağının ödenmediği, ihbar tazminatı ödemesi yapılmadığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı olarak 500.00.-TL. kıdem, 100.00.-TL. ihbar, 100.00.-T'L. fazla mesai, 100.00.-TL. resmi ve dini bayram çalışma alacağı, 100.00.-TL. yıllık izin ve

---

Bu karar Yargıtay 9. HD'nin 2009/37959 E ve 29276 K. sayılı ilamıyla 26.10.2009'da onanmıştır.

100.00.-TL. ikramiye alacağı olarak toplam 1.000.00.-TL'nin faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçelerinde özetle; davacı işçinin iş akdinin feshi ile hak ettiği tüm maaş, fazla mesai, izin ücretleri, ikramiye, kıdem ve ihbar tazminatlarının tam ve eksiksiz ödendiğini, hafta sonu çalışma iddiasının yerinde olmadığını, beklenmedik hallerde yapılan fazla çalışmaların ödendiğini, işyerinde günlük çalışma süresinin 08.00-18.00 arası olduğu ve 1 saat yemek molası verildiğini belirterek ve zamanaşımı itirazında bulunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Taraflar delillerini bildirmiş, davacıya ait ücret bordroları, iş sözleşmesi, puantaj kayıtları, işyeri şahsi sicil dosyası sunulmuş, SGK kayıtları getirtilip bildirilen davacı tanıkları dinlenmiştir.

Davacı tanıkları anlatımlarında, aynı konuda açılan davaları olduğunu, işyerinde cumartesi dahil 08.00-18.00 saatleri arası çalıştıklarını, dini bayramların ilk günü hariç resmi ve dini bayramlarda çalıştıklarını, fazla mesai ödemelerinin eksik yapıldığını, yıllık izinlerini kullandıklarını, tazminat ödemelerinde eksiklik olduğunu beyan etmişlerdir.

Toplanan delillere göre bilirkişi incelemesi yaptırılarak alınan rapor ve ek rapor mahkememizce değerlendirilmiştir.

Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; emekliliği hak eden davacı işçinin iş akdinin davalı işverence feshi ile tazminat ve alacak ödemeleri yapıldığı, davacının çalıştığı dönemde şirketin sermayesinin %100'ü Devlete ait olmakla sunulan puantaj kayıtlarının resmi niteliktcki işveren kaydı olduğu, fazla çalışma, hafta sonu ve tatil çalışma belirlemeleri bulunan puantaj kayıtları ile ödeme belgelerinin aksine daha fazla çalışma bulunduğu iddialarına yönelik yazılı belge ile ispat yapılamadığı, davada yararı bulunan davacı tanıklarının soyut beyanlarına itibar edilemeyeceği, kullanılan ve ödemesi yapılan izin kayıtlarına göre bakiye izin alacağı olmadığı, kıdem - ihbar ve ikramiye alacaklarının ödendiği ve bakiye alacak bulunmadığı anlaşılmakla sübut bulmayan davanın reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM:

Yukarıda açıklanan nedenlerle; Davanın **REDDİNE**. Alınması gerekli 15,60.-TL. harcın peşin yatırılan harcın mahsubu ile bakiye 1,60.-TL. harcın davacıdan alınarak hazineye irat kaydına, reddedilen miktar üzerinden hesap edilen 575,00.-TL. avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, davacı tarafından yapılan mahkeme masraflarının davacı üzerinden bırakılmasına dair; tarafvekillerinin yüzüne karşı 8 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar 05.06.2009 günü açıkça okunup, tefhim edildi.

BİR YARGITAY ONAMA KARARI

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2009/37959 **K:** 2009/29276 **T:** 26.10.2009

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma, bayram ve genel tatil ücretleri ile ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm duruşmalı olarak davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK'un 435. maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi ve 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, 26.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AİHM KARARLARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

SOYHAN c. TÜRKİYE DAVASI*

(Başvuru no 4341/04)

6 Ekim 2009

(STRASBOURG)

Bu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesinin hükümlerine göre kesinleşecektir. Şeklen düzeltmeler yapılabilir.

Soyhan c. Türkiye Davasında,
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
(İkinci Daire) Oturumu

Çeviri: Ahmet ARSLAN

Başkan:
Françoise Tulkens, ,
Hakimler:
Ireneu Cabral Barreto,
Vladimiro Zagrebelsky,
Danut_ Jo_ien_,
Dragoljub Popovi_,
András Sajó,
Işıl Karakaş,
Mahkeme Yazı İşleri Müdürü:
Sally Dollé

15 Eylül 2009 tarihli oturumunda alınan karar aşağıdadır:

PROSEDÜR

1) Dava Türkiye Cumhuriyet aleyhine, bu ülke vatandaşı Soyhan tarafından yapılan başvuru (no 4341/04) sonucu İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. maddesi doğrultusunda açılmıştır.

Gönderen: Av. Sevgi EPÇELİ

2) Adli yardımdan da yararlanan Başvurucu İstanbul Barosu avukatlarından SE. tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (Hükümet) kendi temsilcisi tarafından temsil edilmiştir.

3) Başvurucu özellikle gözaltı sürecinde kötü muameleye maruz kaldığını ve kötü muameleden sorumlu polisler hakkında hukuki incelemenin yürütülmediğini iddia etmektedir (Sözleşmenin 3. ve 13. maddeleri). Ayrıca adil bir yargılamanın yürütülmediğini ve gözaltı sırasında avukatının bulunmadığını ifade etmektedir. Son olarak, kanıtların değerlendirilme yöntemini masumiyet karinesi hususuna aykırı olarak ele alındığı gerekçesiyle reddetmektedir (6 §§ 1, 2 ve 3 c maddeleri).

4- 10 Temmuz 2007 tarihinde Mahkeme başvuruyu kısmen kabul edilemez bulmuş ve sadece Sözleşmenin 3, 6 ve 13. maddelerinden hareketle yapılan şikayetler ile ilgili olarak Hükümetten savunma istemiştir. Sözleşmenin 29 § 3. maddesinin verdiği yetkiyle, Mahkeme başvurunun temeline ve kabul edilebilirliğine yönelik kararın aynı süreçte birlikte incelenebileceğine karar vermiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5) Başvurucu 1976 yılında doğmuştur ve İstanbul'da ikamet etmektedir.

6) 7 Ekim 1998 tarihinde yasa dışı DHKP/C (Devrimci Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi) üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınmıştır.

7) 8 Ekim 1998 tarihinde başvurucu bir adli tabip tarafından muayene edilmiş, başvurucu muayene sırasında gözaltında dudaklarından yaralandığını ifade etmiştir. Adli tabip raporunda; başvurucunun dudaklarının iç kısmında yüzeysel bir sıyrık olduğu ve başka bir yaralanma ve travma izi bulunmadığı belirtilmektedir.

8) 10 Ekim 1998'de başvurucu İstanbul Emniyet Müdürlüğüne sevk edilmiştir. 13 Ekim tarihine kadar burada kalmış ve İzmir Emniyet Müdürlüğü'ne geri götürülmüştür. İstanbul'a sevk edilmeden önce bir doktor tarafından mauyene edilmiş, uçağa binmesine bir engelinin olmadığı rapor altına alınmıştır.

9) 11 Ekim 1998'de İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesine bağlı polislerce hazırlanan tutanakta başvurucunun söz konusu örgüte üye olduğu ve bu örgütün eylemlerinde yer aldığı, özelinde bombalı saldırıların hazırlanması ve yapılmasında yer aldığı belirtilmiştir.

10) 13 Ekim 1998 tarihinde saat 10:30'da yapılan doktor muayenesinde başvurucunun vücudunda yaralanma ve darp izine rastlanmadığı

belirtilmiştir. 20:15'te İzmir Araştırma Hastanesi'nde yapılan muayene sonrasında hazırlanan geçici raporda ise, başvurucunun vücudunun çeşitli bölgelerinde değişik ekimozların varlığı tespit edilmiştir.

11) 14 Ekim 1998'de yapılan doktor muayenesinde başvurucuya üç gün iş göremez raporu verilmiştir :

"(...) sol dizkapağında kabuk bağlamış hafif yara, sağ koltuk altında çevresi sarımtrak yeşil, ortası açık mor renkli ekimoz, sol koltuk altında çevresi yeşil, ortası açık mor renkli ekimoz, sırtın sol tarafında çevresi yeşil, ortası açık mor renkli ekimoz, sol meme dış kısmında ekimoz ve yara, her iki kolda sarımtrak yeşil renkli ekimozlar, sağ kolda (okunmuyor)."

12) Aynı gün başvurucunun İzmir Cumhuriyet Savcılığı'nda ifadesi alınmıştır. Burada başvurucu söz konusu örgüte üye olduğunu ve eylemlerine ve özelinde bombalı saldırılara katıldığını kabul etmiştir. Ayrıca İzmir Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltı sırasında kötü muamele, işkence ve baskıya maruz kaldığını ifade etmiştir. Başvurucu gözaltında alınan ifadesini kısmen onaylamış, ifadesinde düzeltmeler yaparak bombalı saldırılara katıldığını yinelemiştir.

13) Başvurucu aynı gün içinde İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi nöbetçi hakimliğince dinlenmiş, başvurucu söz konusu örgüte üye olduğu ve eylemlerine ve özelinde bombalı saldırılara katıldığı yönlü savcılık ifadelerinin doğru olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, gözaltında işkence ve baskıya maruz kalsa da emniyet ifadesinin doğru olduğunu belirtmiştir.

14) 15 Ekim 1998'de başvurucu Uşak Devlet Hastanesi'nde iki doktor tarafından muayene edilmiştir. Muayene sonrası düzenlenen rapor şu şekildedir:

"Her iki aksda sol göğüs kafesinin dış kısmında 2-3 cm. hafif ekimotik izler. Sol elmacık kemiği bölgesinde 2 cm. çapında sıyrık. Omuzda ekimoz. Kollarda kan, sinir ve kemik sisteminde patoloji yok.'

A. Başvurucunun kötü muamele şikayeti üzerine

15) 20 Ekim 1998'de başvurucu İzmir ve İstanbul Emniyet Müdürlüklerinde polislerin kötü muamelede bulundukları şikayeti ile Uşak Cumhuriyet Savcılığı'na başvurmuştur.

16) 24 Aralık 1998'de İzmir Cumhuriyet Savcılığı başvurucu tarafından yapılan şikayet ile ilgili olarak İzmir Terörle Mücale Şubesi polisleri hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Savcılık kararında, 8 Ekim 1998 tarihli gözaltı sırasında hazırlanan sağlık raporunda başvurucunun vücudunda herhangi bir yaralanma veya darbe izine rastlanmadığı; İstanbul'a sevk edilmeden düzenlenen 10 Ekim 1998 tarihli İzmir Hastanesi

tarafından düzenlenen raporda başvurucunun uçağa binmesine engel teşkil edecek bir durumunun olmadığı; sadece İstanbul dönüşünde İzmir Araştırma Hastanesi'nde yapılan muayene sonrası düzenlenen 13 Ekim 1998 tarihli raporda başvurucunun vücudunda çeşitli ekimozların varlığının saptandığı ve üç gün iş göremez raporunun verildiği belirtilmiştir. Savcılık başvurucuda yaralanmaların İzmir Emniyet Müdürlüğü'nde gerçekleşmediği, ancak İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nde bulunduğu sırada gerçekleştiği sonucuna varmıştır. Savcılık başvurucunun İzmir Emniyet Müdürlüğü'nde işkence gördüğüne dair iddialarının hiçbir şekilde desteklenmediğine hükmetmiştir.

17) 22 Temmuz 1999'da İstanbul Cumhuriyet Savcılığı Terörle Mücale Şubesi'ne bağlı iki polis hakkında Ceza Yasası'nın 243 § 1. maddesi uyarınca kötü muameleden dava açmıştır.

18) 16 Aralık 1999'da başvurucunun tutulduğu Cezaevi Müdürlüğü Cumhuriyet Savcılığına başvurucunun duruşmaya katılmayı reddettiğini bildirmiştir.

19) 3 Nisan 2000'de İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi polisleri delil yetersizliğinden beraat ettirmiştir. Kararda 13 Ekim 1998 tarihli adli tıp raporunda darbe ve yaralanma izine rastlanmadığı belirtilse de, aynı gün İzmir Araştırma Hastanesinde düzenlenen raporda, 14 Ekim'de İzmir Adli Tıp raporunda ve Uşak Hastanesi'nin verdiği raporda başvurucunun vücudunda yaralanma ve darbe izlerinin ve çeşitli bölgelerde ağrıların olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, başvurucunun duruşmaya katılmayı reddetmesi nedeniyle şüpheli polislerin kimliklerinin tespit edilemeye-ceğine, zira ilgili polislerin suç işlediğine dair bir delilin olmadığına karar vermiştir.

B. Başvurucunun yargılanması üzerine

20) 3 Kasım 1998'de İstanbul DGM Cumhuriyet Savcılığı (savcılık) başvurucunun silahlı bir terör örgütüne üye olduğunu ve T.C. Anayasasını değiştirmeye teşebbüs ettiğini iddia etmiştir. Başvurucunun Ceza Yasası'nın 146 § 1. maddesinden yargılanmasını talep etmiştir.

21) Başvurucu İstanbul DGM'de diğer 20 sanık ile beraber yargılanmıştır.

22) 13 Kasım 1998 ve 14 Nisan 1999 tarihlerinde başvurucu DGM başkanlığından tahliyesini talep etmiştir. Başvurucu kötü muameleye (filistin askısı, elektrik verilmesi, kaba dayak ve cinsel taciz vb.) maruz kaldığını yinelemiş ve bu nedenle polisler tarafından hazırlanan belgeleri imzaladığını iddia etmiştir. Sorgu Hakimliğinde de polislerin yeniden kötü muamele tehditleri nedeniyle gözaltında verdiği ifadeyi kabul etmek zorunda kaldığını savunmuştur. Söz konusu örgüt ile bağlantılı tüm olayları reddetmiştir.

23) 3 Nisan 2002'de başvurucunun avukatı savunmasını yapmış ve zorla alınan ifadelerin dışında müvekkilinin aleyhinde bir delilin olmadığını savunarak müvekkilinin beraatini istemiştir. 10 Temmuz 2002'de başvurucunun avukatı müvekkilinin gözaltı süresinin Sözleşmenin hükümlerine ve de Mahkeme'nin yerleşik içtihadına aykırı olduğunu savunmuştur. Ayrıca, zorla alınan ifadelerin delil olarak sunulamayacağını belirtmiştir.

24) 25 Ekim 2002'de başvurucu DGM tarafından 4771 Sayılı Yasa'nın 1/A maddesi uyarınca ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme kararını, dosyada bulunan delillere, özelinde başvurucunun emniyet ifadelerine, Cumhuriyet Savcılığında ve nöbetçi hakimlikte verdiği ifadelere, yakalanma, yüzleştirme, kimlik tespiti ve olay yeri inceleme tutanaklarına, parmak izi ekspertiz raporlarına, başvurucuya verilen sağlık raporlarına ve diğer sanıkların beyanlarına dayandırmıştır.

25) 1 Temmuz 2003 tarihinde Yargıtay başvurucunun cezasını onaylamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK YOLLARI

26. İlgili iç hukuk yollarının tüketilmesi hususu Salduz/Türkiye ([GC] no 36391/02, §§ 27-31, 27 Kasım 2008) ve Örs ve diğerleri/Türkiye (no 46213/99, § 31, 20 Haziran 2006) davalarında net olarak belirlenmiştir.

HUKUK

I. KABUL EDİLEBİLİRLİK ÜZERİNE

A. Sözleşmenin 3. ve 13. maddeleri üzerine

27) Hükümet Sözleşmenin 3. ve 13. maddelerine dayalı başvuruların Sözleşmenin 35 § 1.maddesinde öngörülen 6 aylık süreye uymadığını belirterek reddedilmesini talep etmiştir. Hükümet başvurucunun iddialarının ilgili polisler hakkında verilen 24 Aralık 1998 tarihli İzmir Cumhuriyet Savcılığı takipsizlik kararına ve 3 Nisan 2000 tarihli Ağır Ceza Mahkemesi beraat kararına dayandığını; fakat mevcut başvurunun 30 Aralık 2003 tarihinde yapıldığını ortaya koymaktadır. Ayrıca başvurucunun ilgili iç hukuk yollarını tüketmediğini iddia etmektedir.

28) Başvurucu başka iç hukuk yolunun kalmadığı kanaatindedir. Ayrıca başvurucu bahis olunan uygulamaların psikolojik sonuçlarına maruz kalınmaya devam edildiği bir durumda dava koşullarının bir ihlalin devam etmesi olarak ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Son olarak, başvurucu polislere karşı başlatılan hukuki süreçten gerektiği kadar bilgilendirilmediğini, bu duruşmalarda yer almamasının da bunun bir göstergesi olduğunu iddia etmektedir.

29) Tarafların sunduğu belgeler ve dosyanın bileşenleri ışığında, Mahkeme söz konusu polislere karşı iki adli sürecin yürütüldüğünü saptamaktadır. Bunlardan ilki, İzmir polislerine karşı yürütülmüş ve 24 Aralık 1998 tarihinde Cumhuriyet Svacılığı'nca takipsizlik kararı verilmiştir. Başvurucunun bu karara karşı itirazda bulunduğuna ve Mahkemeye altı ay içinde başvurduğuna dair bir emare yoktur. İkinci dava İstanbul polislerine karşı açılmış ve 3 Nisan 2000'de polislerin beraati ile sonuçlanmıştır. Mahkeme başvurucunun duruşmaya çağrılmasını fakat katılmayi reddetmesini (yukarıda 18-19. paragraflar) bu süreç hakkında bilgilendirildiği şeklinde değerlendirmektedir. Mevcut başvuru ise altı aydan daha fazla bir süre sonra 30 Aralık 2003 tarihinde yapılmıştır. Bu nedenle başvurunun bu kısmı gecikmiş bir başvurudur ve Sözleşmenin 35 §§ 1 et 4. maddeleri uyarınca reddedilmelidir.

B. Sözleşmenin 6. maddesi üzerine

30) Hükümet başvurucunun ilgili şikâyetlerini iç hukukta değerlendirmediğini, dolayısıyla iç hukuk yollarını tüketmediğini iddia etmektedir.

31) Başvurucu bu iddialara karşı çıkmaktadır.

32) Mahkeme dosyanın bileşenleri ışığında; başvurucunun iç hukukta düzenli olarak kanıt olarak kullanılan göz altında alınan ifadesine karşı çıktığını saptamaktadır. Dolayısıyla; hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesi ile başvurunun reddine yönelik olarak yaptığı savunmanın reddi uygundur. Mahkeme gözaltında bir avukatın yer almamasının da aynı şekilde istisna tutulamayacağını hatırlatır. (Taşçıgil/Türkiye, no 16943/03, § 31, 3 Mart 2009). Bu durumda, Mahkeme önceki kararlarından vazgeçmesini gerektirecek bir durum görmemektedir ve hükümetin bu noktadaki talebini reddeder.

33) Mahkeme başvurunun bu kısmının Sözleşmenin 35 § 3. maddesi uyarınca temelsiz olmadığını saptamaktadır. Bununla birlikte kabul edilemezlik açısından hiçbir gerekçenin olmadığını kaydetmektedir. Dolayısıyla başvurunun bu kısmını kabul edilebilir bulmaktadır.

II. SÖZLEŞMENİN 6 §§ 1, 2 VE 3 c) MADDELERİNİN İHLALİ ÜZERİNE

34) Başvurucu yargılanmasının adil yapılmadığını ileri sürmektedir. Bu noktada, gözaltında avukat yardımından yoksun bırakılmasından şikayetçidir. Baskı altında zorla alınan ifadelerinin yargılama sürecinde dikkate alındığını, masumiyet karinesinin de böylelikle çiğnendiğini dile getirmektedir. Başvurucu aşağıda yazılı Sözleşmenin 6 §§ 1, 2 et 3 c). maddelerine atıf yapmaktadır :

"1. Herkes (...) kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar vere-

cek olan bir mahkeme tarafından davasının (...) hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. (...)

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

(...)

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

(...)"

35) Hükümet başvurucunun iddialarına karşı çıkmaktadır. Hükümet başvurucunun mahkumiyet kararının gözaltında alınan ifadeler temelinde alınmadığını ve bu ifadelerinin suç kanıtı olarak kullanılmadığını savunmaktadır. Hükümet başvurucunun Cumhuriyet Savcılığı ve nöbetçi hakimlikte alınan ifadelerinde söz konusu yasadışı örgütün eylemlerine katıldığını açık biçimde kabul ettiğini ve başlangıç ifadelerini tekrarladığını hatırlatmaktadır. Ayrıca mahkeme heyetinin başvurucunun daha sonraki inkârlarını diğer sanıkların ifadeleri, tanık beyanları, balistik ve parmak izi raporları gibi dosyanın diğer bileşenlerini dikkate alarak inandırıcı bulmadığını hatırlatmaktadır. Hükümet başvurucunun yargılama süresince avukat yardımı aldığını ve savunma hakkına saygı gösterildiğini eklemektedir.

36) Başvurucu bu argümanlara karşı Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararının kesin olarak gözaltında alınan ifadelere dayandırdığını ve ne gözaltında ne de nöbetçi hakimlikte avukat yardımı almadığını savunmaktadır. Başvurucu ifadesinin alındığı süre zarfında kötü muamele sözkonusu iken bu ifadelerin dikkate alınmasını Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

37) Mahkeme başvurucunun 7 gün boyunca emniyette, sonrasında Cumhuriyet Savcılığı ve Nöbetçi Hakimlik tarafından sorgulandığını saptamıştır. Dosyanın bileşenlerinden bu süreçte başvurucunun bir yasal danışmandan yararlanmadığı görülmektedir. Ayrıca daha sonra DGM'nin kararında delillerden biri olarak değerlendirilen bizzat kendini suçladığı birçok ifade vermiştir.

38) Bu noktada Mahkeme daha önce bir başvurucunun gözaltında avukat yardımından yoksun kalması şikayetini Sözleşmenin 6 § 3 c). maddesinin ihlali olarak değerlendirdiğini hatırlatmaktadır (Salduz, agk, §§ 45-63). Söz konusu Salduz (§§ 50-51) davasında tanımlanan hususların

ışığında incelenen mevcut başvuruda, hükümet Mahkemenin içtihadını değiştirecek hiçbir argüman sunamamıştır.

39) Mahkeme, Jalloh c. Allemagne ([GC], no 54810/00, § 104, CEDH 2006-IX) belirttiği gibi; Sözleşmenin 3. Maddesine aykırı olarak toplanan delillerin yargı sürecinde kullanılmasının *"sürecin hakkaniyeti açısından büyük sorunlar yaratacağı"* kanısındadır (Ayrıca bakınız Göçmen/Türkiye, no 72000/01, § 73, 17 Ekim 2006; Güneş/Türkiye, no 28490/95, § 91, CEDH 2003-VII).

40) Mahkeme başvurucunun gözaltında iken yapılan muayenelerinde başvurucunun vücudunda ciddi lezyonlar ve ekimozların varlığını tespit eden ve üç gün iş göremeyeceğine dair raporlar hazırlandığını tespit etmiştir. Bu konuda Sözleşmenin 3. maddesi üzerinden yapılan başvurunun kabul edilmemesi sözkonusu olguların Sözleşmenin 6. maddesi açısından değerlendirme dışı bırakılmasına neden olamaz (Örs ve diğerleri, agk, § 58).

41) Oysa, ulusal mercilerin başvurucunun gözaltında yaralandığına dair raporlarına rağmen (yukarıda 19 ve 21. paragraflar) DGM başvurucunun gözaltı ifadelerini, başvurucunun daha sonra heyet karşısında reddettiği sorgu ifadelerini savunma perspektifi açısından belirleyici bir sonuca bağlamadan suç delili olarak değerlendirmiştir (Güneş, agk, § 91). Mahkeme Ceza Hukukunda kanıtların geçerliği sorununun in abstracto/soyut biçimde incelenmesi ile mükellef olmasa bile, mevcut dosyada DGM'nin davanın esastan görüşülmesine geçilmeden önce bu konuda bir karar vermemesinden üzüntü duymaktadır. Açıktır ki, böyle bir inceleme ulusal yargıyı hukuk dışı yollardan elde edilen delillerin kullanımının cezalandırılmasında etkin kılacaktır.

42) Bu şartlar altında, Mahkeme hükümetin söz konusu mahkumiyet kararının bir deliller bütününe dayandığı şeklindeki savunmasını benimseyemez. Ayrıca hükmün verilmesinde bu itirafların ne derece etkili olduğunu daha fazla araştırmaya gerek bulmamaktadır. Bu noktada adli mercilerin kurdukları yargının bir bölümünün başvurucunun işkence altında ve adli yardımdan yoksun olarak alındığını ifade ettiği beyanlarına dayandığını saptamak yeterlidir (Örs ve diğerleri, agk, § 60).

43) Mahkeme öncelikle bu davada usuli teminatların başvurucunun işkence altında, bir avukatın bulunmadığı ve kendini suçlamama hakkının sağlanmadığı şartlarda alındığını ileri sürdüğü itiraflarının kullanılmasını engelleyecek şekilde kullanılmadığı kanısındadır. Yargıtay'ın da bu eksikliği telafi etmemesi dolayısıyla, Mahkeme bu davada 6. maddenin gereklerinin yerine getirilmediğini saptamaktadır.

Sonuç olarak, 6 §§ 1 et 3 c). maddesinin ihlali oluşmuştur.

44) Sözleşmenin 6 § 2. maddesi üzerinden yapılan şikayet ile ilgili olarak Mahkeme iç hukukta başvurucuya karşı işletilen yargılama sürecine

dair yakınmalara henüz bir yanıt verildiği kanısındadır. Dolayısıyla bu şikayetin ayrı olarak incelenmesi gereksizdir. (benzer bir yaklaşım için bakınız Göçmen, agk, § 76).

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

45) Sözleşmenin 41. Maddesi:

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının 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."

A. Zarar

46) Başvuru 25000 euro manevi tazminat talep etmiştir.

47) Hükümet bu talebe karşı çıkmaktadır.

48) Mahkeme gözaltında avukattan yoksun kalınmasına dair Sözleşmenin 6 § 1. maddesi ile birlikte 6 § 3 c. maddesinin ihlali için en uygun telafi biçiminin, başvurucuyu, bu madde ihlal edilmediği bir duruma getirmeyi mümkün olduğunca temin etmek olduğunu yineler (Salduz, agk, § 72). Mahkeme, bu ilkenin, mevcut davada da uygulandığı kanısındadır. Sonuç olarak, ihlalinin telafisi için en uygun yolun, talep ettiği takdirde başvurucunun Sözleşmenin 6/1 maddesi gereklerine uygun olarak yeniden yargılanması olacağı kanısındadır (ibidem).

Bunların dışında Mahkeme başvurucuya 3000 euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve Giderler

49) Başvurucu 5036 Euro avukatlık mesai ücreti ve 250 Euro Mahkeme başvuru masrafı talep etmiştir. Toplam 253,70.-TL. tutarında çeviri ve posta masraflarını gösteren bir fatura dışında İstanbul Barosu fiyat çizelgesini referans olarak Mahkemeye sunmuştur.

50) Hükümet bu taleplere karşı çıkmaktadır.

51) Mahkemenin yerleşik içtihadına göre masraf ve giderlerin karşılanması ancak gerçekliği, gerekliği ve makul oranda oldukları ortaya konduğu sürece elde edebilir. Mevcut durumda, Mahkeme sürecinde Avrupa Konseyi tarafından adli yardım olarak başvurucuya ödenen 850 euro dışında bir tutarın ödenmesi gerekli görülmemiştir.

C. Gecikme Faizi

52) Gecikme faizi Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı orana üç puanlık bir artış eklenerek belirlenecektir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, AİHM, OYBİRLİĞİYLE,

1) Sözleşmenin 6. maddesi üzerinden yapılan başvurunun kabul edilebilirliğine, diğer başvuruların reddine;

2) Sözleşmenin 6 §§ 1 ve 3 c. maddelerinin ihlal edildiğine;

3) Sözleşmenin 6 § 2. maddesinin ayrı olarak incelenmesine yer olmadığına;

4-a) Sözleşmenin 44/2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, miktara yansıtılabilecek her türlü vergiden muaf tutularak ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden ulusal para birimine çevrilmek üzere, Savunmacı Devlet tarafından başvurana 3000 Euro (üç bin Euro) manevi tazminat ödenmesine;

4-b) Sözkonusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

5) Adli tatmine ilişkin diğer tüm taleplerin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve Mahkeme iç tüzüğünün 77 §§ 2 ve 3. maddesine uygun olarak 2 Aralık 2008 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KEMAL TAŞKIN ve DİĞERLERİ – TÜRKİYE KARARI

2 Şubat 2010

(STRASBOURG)

Çeviren: A. İpek SARIÖZ

I. USUL

Dava, Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) vatandaşı olan sekiz başvurucunun talepleri hakkındadır. Başvurucular, isimlerinin yazımında "q", "w", "x" gibi kürtçe harflerin kullanılması yasağının özel hayatlarına karşı yapılmış bir müdahale niteliğinde olduğunu iddia etmektedirler. Bu durumun Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (AİHS)'in 8 ve 14. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 27 Mayıs 2008 tarihli kararıyla başvurular ile ilgili davaların birleştirilmesine, başvuruların *"kısmen kabul edilebilir"* olduğuna ve AİHS'in 8 ve 14. maddelerin ihlali ile ilgili iddiaların araştırılmasına karar vermiştir.

II. ESAS

1. Somut Olayın Özellikleri:

A) Kemal, Medeni, Abdulkadir, Emin ve Emir:

Başvurucular, 2003 yılının Kasım ve Aralık aylarında isimlerinin değiştirilmesi istemiyle dava açmışlardır. Kemal (1971 doğumlu) adının Kürtçe'de *"arzulanan"* anlamına gelen *"Dilxwaz"* ile değiştirilmesini istemiş ve bu ismin kendisinin yakın çevresi tarafından kullanıldığını belirtmiştir. Aynı gerekçelerle Medeni (1971 doğumlu) adının Kürtçe'de *"saygıdeğer"* anlamını taşıyan *"Xoşewist"*, Abdulkadir (1958 doğumlu), Emin (1969 doğumlu) ve Emir (1966 doğumlu) ise adlarının Kürtçe'de *"dayanıklılık, direnç"* anlamını taşıyan *"Berxwedan"* ile değiştirilmesini talep etmişlerdir.

Davaya bakan ilk derece mahkemesi, seçilen isimlerin *"q", "w", "x"* gibi 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbikine Hakkında Kanun'da belirtilen ve 29 harften oluşan resmi alfabe içinde yer almayan harfleri içerdiği gerekçesiyle davaları reddetmiştir. Bunun üzerine başvurucular anılan kararı temyiz etmiş fakat Temyiz Mahkemesi de anılan kararları onaylamıştır.

B) Doğan ve Celaleddin:

Doğan (1963 doğumlu) 30 Eylül 2003 tarihinde, *"Doğan"* olan adının *"Ciwan"* olarak değiştirilmesi talebiyle dava açmıştır. Başvurucu, kendini Kürtçe bir isimle daha iyi ifade edebileceğini ve Kürt ailelerin çocuklarına Kürtçe isim koyarken büyük zorluklar çektiğini dile getirmiştir.

Celaleddin (1941 doğumlu) ise 27 Ekim 2003 tarihinde, anne ve babasının doğduğu zaman kendisine Kürtçe'de *"tek iyimser"* anlamını taşıyan *"Xweşbin Yekta"* ismini koymak istediklerini ancak zamanında yürürlükte olan mevzuatın yasaklaması sonucu bu adı koyamadıklarını belirterek adının değiştirilmesi talebiyle dava açmıştır.

Davaya bakan ilk derece mahkemesi, 18 Ocak 2005 tarihinde talep edilen ismin 1353 Sayılı Kanun ile belirlenen resmi alfabede yer almayan harfler barındırdığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. İlk derece mahkemesi gerekçesinde, T.C. Anayasası'nın 3. maddesinin T.C. tarafından verilen tüm belgelerde kullanılması gereken Türk diline anayasal bir statü tanıdığını, olaya T.C. Medeni Kanunu'nun 27. maddesinin uygulanması gerektiğini ve davacının adının *"w"* harfi ile aynı sesi taşıyan *"v"* harfi ile yazılabileceğini ancak davacının bunu istemediğini dile getirmiştir.

Celaleddin'in davası da aynı gerekçelerle reddedilmiştir. Doğan ve Celaleddin tarafından yapılan temyiz başvuruları da reddedilmiştir.

C) Reşit:

Reşit (1956 doğumlu) ise 18 Kasım 2003 tarihinde, 2003 yılında gerçekleştirilen mevzuat değişikliklerinden sonra Kürtçe isimlerin kullanılabileceğini dile getirerek adının *"Bawer Reşit"* olarak değiştirilmesi istemiyle dava açmıştır.

Mahkeme talebi kısmen kabul ederek, resmi alfabede yer almayan harflerin kullanılamayacağı gerekçesiyle, *"Bawer"* isminin nüfus kaydına *"Baver"* olarak kaydedilmesine karar vermiştir.

Reşit Sünbül bu karara çifte vatandaşlık sahibi bir kızın isminde *"x"* harfinin var olduğunu örnek göstererek karşı çıkmış, adının *"w"* harfi ile yazılması gerektiğinde ısrar etmiş ve durumun AİHS'in 8 ve 14. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek temyiz başvurusunda bulunmuştur. Temyiz Mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını onaylamıştır.

2. İç Hukuk Düzenlemeleri ve Uygulaması:

A. T.C. Anayasası:

T.C. Anayasası'nın 3. maddesi şu şekildedir:

"Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir."

Anayasa'nın 174. maddesine göre ise *"Anayasa'nın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda göste-rilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz:*

1 Kasım 1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun"

B. Türk Alfabesi:

Resmi Gazete'de 3 Kasım 1928 tarihinde yayınlanan 1 Kasım 1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre,

"Şimdiye kadar Türkçeyi yazmak için kullanılan Arap harfleri yerine Latin esasından alınan ve merbut cetvelde şekilleri gösterilen harfler (Türk harfleri) unvan ve hukuku ile kabul edilmiştir."

Aynı Kanunun 2. maddesine göre ise,

"Bu Kanunun neşri tarihinden itibaren Devletin bütün daire ve müesseselerinde ve bilcümle şirket, cemiyet ve hususi müesseselerde Türk harfleriyle yazılmış olan yazıların kabulü ve muameleye konulması mecburidir."

Türk Alfabesi 29 harften oluşmaktadır. Alfabeyi oluşturan harflerin yazımı ise fonetiktir, söz konusu harfler okundukları gibi yazılmaktadır. Alfabede *"q", "w" ve "x"* harfleri yer almamaktadır.

C. Medeni Hukuk Açısından İsim Değişikliği:

a) Olayların Geçtiği Tarihte Yürürlükte Olan Yasa ve İçtihatlar:

22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen ve Resmi Gazete'de 8 Aralık 2001 tarihinde yayınlanarak 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Türk Medeni Kanunu'nun 27.maddesi uyarınca *"Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir."*

1990'lı yıllarda Türkiye'de Kürtçe isimlerin reddi gibi idari bir uygulama kabul görmekteydi ancak bu genel bir uygulama değildi. Bu uygulama 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 16. maddesine dayandırılmaktaydı. Buna göre, milli kültür ve geleneklerle bağdaşmayan, ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulması mümkün değildi. Milli kültüre yapılan atıf 4728 Sayılı Kanun'un 5. maddesi ile kaldırılmıştı.

Öte yandan, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24 Eylül 2003 tarihinde çıkardığı bir genelge uyarınca, ahlak kurallarına uygun düşen veya kamuoyunu incitmeyen adların

Türkçe harfler ile yazılmaları durumunda kullanılabilecekleri öngörülmüştür.

Yargıtay Genel Kurulu'nun E. 2000/18-127, K. 2000/154 sayılı kararında ise, bir kişinin isminin Kürtçe bir isimle değiştirilmesi isteğini reddeden mahkeme kararını bozmuştur. Olayda davacı *"Hatice"* olan ismini Kürtçe'de *"iyi/güzel haber"* anlamını taşıyan *"Mizgin"* ismi ile değiştirilmesini istemiştir. Yargıtay bir kişinin yakın çevresi tarafından bilinen ismini kullanmak istemesinin kişinin en doğal hakkı olduğunu dile getirmiştir. Bu çerçevede Yargıtay, kişilerin bu gerekçeye (çevrelerinde bilinen isimlerini kullanmalarına) dayalı olarak isimlerini değiştirmek istemeleri halinde mahkemelerin, bu taleplerin *"haklı bir amaca"* dayandığını kabul etmeleri gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca Yargıtay, 1587 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin isimleri *"Türkçeleştirmek"* amacını taşımadığını, söz konusu maddenin sadece yeni doğan çocuklara genel toplum kültürü ve ahlakı ile bağdaşmayan ve kamuoyunu inciten isimlerin verilmesini engellemek amacıyla düzenlendiğini belirtmiştir. Yargıtay son olarak, Türk toplumunun farklı etnik kökenli kişilerden oluştuğunu vurgulamıştır.

Diğer taraftan 1587 Sayılı Kanun 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 29 Nisan 2006 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun isimlerle ilgili hiçbir sınırlama da getirmemektedir.

Hükümet yetkilileri Kürtçe isimlerin kabul edildiğine dair birçok nüfus kaydı göstermiştir. Bu kayıtlar arasında *"Rojhan", " Zilan", "Rojhat", "Zozan", "Rijan"* gibi Türk harfleri ile yazılan isimler yer almaktadır

b) Görsel ve İşitsel Yayın ile İlgili Mevzuat:

11 Kasım 1983 tarihli ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 21.maddesi 11 Haziran 2008 ve 5767 Sayılı Kanun tarafından değiştirilmiştir. Bu değişikliğin amacı, Devlete bağlı kanalların Türkçe dışındaki dil ve lehçelerde de yayın yapabilmesini sağlamaktır. Bu çerçevede Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) bünyesindeki TRT 6. kanalı 01 Ocak 2009 tarihinden itibaren 24 saat Kürtçe yayın yapmaya başlamıştır. Türkçe dışındaki dil ve lehçelerde de yayın yapabilmesini öngören ve 13 Kasım 2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Yönetmeliğin kabulü ile de özel kanallar Kürtçe yayın yapabilme imkânına kavuşmuştur.

D. Uluslararası Mevzuat:

Ad ve soyadlarının kullanımı ile ilgili başlıca düzenlemeler Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan Konvansiyonlarda yer almaktadır. Türkiye, 13 Eylül 1973 tarihinde Bern'de imzalanan 14 no'lu Sözleşme'yi onaylamıştır. Anılan Sözleşmenin 2. maddesine göre,

"Bir Àkit Devlet makamı tarafından, bir nüfus kütüğüne, bir kayıt düşülmesi gerektiği takdirde ve bu amaçla, ad ve soyadları bu belgenin düzenleneceği dil alfabesiyle yazılmış nüfus kayıt örneği veya bir başka belge ibraz edilmiş ise, bu ad ve soyadları harfiyen, değiştirilmeksizin ve tercüme edilmeksizin kayda geçirilir.

Bu ad ve soyadlarında bulunan harf işaretleri de ayrıca, belgenin düzenleneceği dil alfabesinde bu işaretler olmasa dahi, aynen yazılır."

Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca ise,

"Bir Âkit Devlet makamı tarafından nüfus kütüğüne bir kayıt düşülmesi gerektiği takdirde ve bu amaçla, ad ve soyadlarını bu belgenin düzenleneceği dil alfabesinden başka bir yazı ile gösteren bir nüfus kayıt örneği veya diğer bir belge ibraz edilmişse bu ad ve soyadları tercüme edilmeksizin ve mümkün olan ölçüde, harflerin kullanılacak dil alfabesine uydurularak nakledilmesi suretiyle yazılır.

Uluslararası Standartlar Örgütünce (ISO) önerilen esaslar varsa bunların uygulanması gerekir."

Sözleşmenin 4. maddesine göre,

"İbraz edilen çeşitli belgelerde, ad ve soyadlarının yazılışlarında farklılık bulunması halinde ilgili kimliğini tespit eden nüfus kaydı veya belgelerin düzenlendiği sırada hangi devletin uyruğu ise, o belgelere göre gösterir.

Bu hüküm uygulanmasında "vatandaş" deyimi, bu Devletin vatandaşı olan kimselerle kişisel statüsü söz konusu Devlet kanunlarınca idare edilen mültecileri ve vatansızlıkları kapsar."

Komisyon Genel Kurulu nüfus kayıtları açısından bir bütünlüğün sağlanması gerektiğinin ve Sözleşme'nin teknik nitelik taşıdığının altını çizmektedir.

Hükümet yetkilileri anılan Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca, ibraz edilen belgelerde yer alan ad ve soyadların yazımı arasında farklılıkların varlığı halinde ilgilinin ad ve soyadının, ilgilinin *–kimlik belgesinin verildiği sırada-* tabiiyetinde bulunduğu devlet tarafından hazırlanan nüfus cüzdanının veya kişinin kimliğinin belirlenmesini sağlayan belgenin belirlediği şekilde kabul göreceğini dile getirmiştir. Yine bu düzenleme doğrultusunda, çocukların kimlik belgelerinin yabancı bir devlet tarafından *-o devletin kendi kanunlarına uygun olarak-* verildiği durumlarda, Türk vatandaşı olmayan kişilerle evlenmiş Türk vatandaşlarının çocuklarının isimlerinin *"q", "w" veya "x"* harflerini içermek suretiyle yazılabileceği ifade edilmiştir. Bununla beraber, doğum hali hariç olmak üzere, Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin isimlerinin resmi alfabeye uygun olarak yazılacağı dile getirilmiştir.

Başvurucular, bir Alman vatandaşına ait tapu belgesi üzerinde bu kişinin adının *"w"* harfi ile yazıldığını ifade etmiş ve çifte vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının adlarının *"q", "w" veya "x"* harflerini içerdiğini gösterir belgeler sunmuşlardır. Başvurucular ayrıca bu harflerin Türkiye'de birçok ticari üründe kullanıldığını da öne sürmüşlerdir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

1. AİHS'in 8. Maddesinin İhlaline İlişkin Değerlendirme:

Başvurucular taşımak istedikleri isimlerin *"q", "w" veya "x"* harfleri ile yazımına ilişkin kendilerine uygulanan yasağın özel hayatlarına karşı yapılan haksız bir müdahale niteliğinde olduğunu ve bu durumun AİHS'in 8. maddesinin ihlalini doğurduğunu ileri sürmektedirler.

AİHS'in 8. maddesine uyarınca,

"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

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

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında:

Hükümet yetkilileri, kabul edilebilirlik hakkında iki itirazda bulunmuştur. Bunlardan ilki iç hukuk yollarının tüketilmediği, ikincisi ise Mahkeme'nin ratione personae yetkisizliğine ilişkindir.

a) İç Hukuk Yollarının Tüketilmediğine İlişkin Savunma:

Hükümet yetkilileri karar düzeltme talebinde bulunmayan başvuruculaın iç hukuk yollarını tüketmediklerini ileri sürmüştür. Başvurucular ise, Türk mahkemelerinin içtihatları doğrultusunda, karar düzeltme başvurusunun *"eksiksiz bir başvuru yolu"* olarak nitelendirilemeyeceğini gerekçe göstererek Hükümet yetkililerine karşı çıkmışlardır.

Mahkeme, karar düzeltme başvurusunun amacının Yargıtay tarafından onanmış bir kararın *-bir hata yapılmış olması ihtimaline karşı-* gözden geçirilmesi olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, karar düzeltme başvurusu üzerine, aynı davayı *-yeni olaylar olmaksızın-* aynı olaylar ışığında ikinci bir incelemeye tabi tutmaktadır.

Bununla beraber Mahkeme başvuruculaın etkin ve yeterli iç hukuk yollarını tüketmiş olmaları gerektiğini hatırlatmaktadır. Bir başvuru yolu tüketildiği takdirde, uygulamada aynı amacı taşıyan bir başka başvuru yolunun tüketilmesine gerek olmadığının da altı çizilmiştir (Patrícia Raquel

Real Alves - Portekiz no 19485/02, 9 Kasım 2004). Somut olay açısından Mahkeme, Yargıtay'ın başvurucuların taleplerine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamış olmasını yeterli saymaktadır.

Mahkeme, başvurucuların isim değişikliğine dair taleplerini Türk hukukunun öngördüğü süreler içinde ileri sürdüğünü göz önüne alarak, başvurucuların iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda kendilerinden makul ölçülerde beklenebilecek her şeyi yaptıklarını kabul etmektedir. Bu nedenle Hükümet yetkilileri tarafından ileri sürülen *"iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itiraz"*ın reddedilmesine karar verilmiştir.

b) Mahkemenin Ratione Personae Yetkisizliği:

Hükümet yetkilileri 45609/05 no.lu başvuru ile ilgili olarak, ilk derece mahkemesinin başvurucunun talebini kısmen kabul ederek "Bawer" isminin nüfus siciline *"Baver"* olarak kaydına karar verildiğini belirtmiştir. Bu nedenle başvurucunun AİHS'de düzenlenen haklarının ihlali neticesinde zarar görmediği vurgulanmıştır.

Mahkeme, bu itirazın başvurucunun ileri sürdüğü AİHS'in 8. maddesinin ihlali iddiasının esası ile yakın bağlantılı olduğunu, bu nedenle söz konusu itirazın konunun esasına ilişkin inceleme içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, başvuruların hiçbir kabul edilebilirlik engelini taşımadığı gerekçesiyle başvuruların *"kabul edilebilir"* olduğuna hükmetmiştir.

B. Esas Hakkında:

Mahkeme AİHS'in 8. maddesinin kişilerin isimleri ile ilgili açık bir hüküm getirmediğini hatırlatmaktadır. Kişilerin isimleri, aileleri ile olan bağlantılarını göstermesi ve kişisel tanımlamayı yapması açısından kişilerin özel ve aile hayatları ile yakından ilgilidir (Burghartz-İsviçre Kararı, 22 Şubat 1994, § 24, A no. 280-B). Devletin veya toplumun kişilerin isimleri üzerinde düzenleme yapmak konusunda menfaatlerinin oluşu, *"kişilerin benzerleriyle ilişki kurma hakkını"* içine alan isim hakkını kişilerin özel ve aile hayatlarının kapsamı dışına çıkarmaya yetmemektedir. Mahkeme, daha önce verdiği birçok kararında, gerçek kişilerin ad ve soyadları ile ilgili sorunları, gerek *"özel hayat"* ve gerekse *"aile hayatının korunması"* kapsamında değerlendirmiştir (Boulgakov-Ukrayna Kararı, no. 59894/00, 11 Eylül 2007). Bu nedenle, tarafların da üzerinde anlaştıkları üzere, başvuruların konusu AİHS'in 8. maddesinin uygulama alanı içinde yer almaktadır.

Kişilerin ad ve soyadlarının *"q"*, *"w"* veya *"x"* harfleri ile yazımının engellenmesi, tıpkı ad ve soyadlarının değiştirilmesi isteğinde olduğu gibi, söz konusu kişilerin özel hayatlarının korunması ile ilgili haklarının kullanımına karşı yapılan bir müdahale niteliğindedir. Bununla beraber,

Mahkeme'nin birçok defa dile getirdiği gibi AİHS'in 8. maddesinin esas amacı, anılan hakkın kullanımına karşı kamu gücü tarafından yapılan keyfi müdahaleleri önlemektir. Ancak bunun yanında, 8. madde özel hayatın etkin bir biçimde korunmasına ilişkin bazı müspet yükümlülükler de getirmektedir.

Mahkeme daha önce, yabancı veya yerel bir dildeki bir ismin diğer bir dile fonetik olarak çevrilmesi veya bir nüfus memurunun çocuklarına kendi istedikleri isimleri vermek üzere başvuruda bulunan anne-babaların taleplerini reddi ile ilgili başvuruları da incelemiştir. Mahkeme bu başvurularla ilgili olarak özel hayatın korunmasına ilişkin bir yanlışlık ya da eksiklik görmemiştir.

Ayrıca Mahkeme, bir kişinin ismini değiştirmek istemesinin önemli sebepleri olabileceğini kabul etmekle beraber, bu durum ile ilgili yasal kısıtlamaların bir ülkenin nüfusuna ilişkin bilgilerin doğru bir biçimde kaydedilmesi, kişisel kimliklerin veya kişilerin aileleri ile olan bağlarının korunması gibi kamu yararı doğuran sebeplere dayandırılabildiğinin de altını çizmektedir (Stjerna-Finlandiya Kararı, 25 Kasım1994, § 39, A 299-B).

Bununla beraber Mahkeme, her ne kadar bu konuda Devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunsa dahi (Johansson-Finlandiya Kararı, no. 10163/02, § 38, 6 Eylül 2007, ve Güzel Erdagöz – Türkiye Kararı, no. 37483/02, 21 Ekim 2008), özel hayat ve aile hayatının korunmasına ilişkin getirilen kısıtlamaların "gerekliliğine" ilişkin yetkili mercii veya mahkeme kararlarının doğru ve ikna edici bir biçimde gerekçelendirilmiş olması gerektiğini kabul etmektedir (Daróczy-Macaristan Kararı, no. 44378/05, § 32, 1 Temmuz 2008). Bu çerçevede Mahkeme, Johansson ve Güzel Erdagöz kararlarında, daha evvel kabul edilerek nüfus siciline kaydedilmiş veya yerel söyleyişe uygun olan ancak Türk Dil Sözlüğü'nde bulunmayan bir ismin kaydının reddi ile ilgili olarak ulusal makamlarca ileri sürülen gerekçelerin yetersiz olduğuna hükmetmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, başvurucuların nüfus siciline kaydettirmek istedikleri isimlerin Türk alfabesinde yer almayan harfler ile yazılmasının reddinin, başvurucuların özel hayatlarının korunması hakkının kullanımına karşı yapılmış bir müdahale olduğu kabul edilmiştir.

Söz konusu müdahale *"kanun ile öngörülmüş olmak",* 8. maddenin 2.fıkrası anlamında *"bir veya birden fazla meşru amaç taşımak"* ve *"demokratik bir toplumda gerekli olmak"* kaydıyla AİHS'e aykırı olmayacaktır.

a) Müdahalenin *"Kanun İle Öngörülmüş Olması"*:

Emir, Emin ve Reşit anılan müdahalenin kanuni bir dayanağı olduğunu kabul ederken, Doğan ve Celaleddin İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan ve uyuşmazlık konusu harflerin kullanımını engelleyen genelgenin hiçbir yasal dayanağının olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Hükümet yetkilileri bu iddiaları reddederek, Türk Mahkemelerinin söz konusu kararları alırken 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbiki hakkında Kanun'a dayandıklarının altını çizmiştir.

Mahkeme de hükümet yetkililerinin ileri sürdüğü üzere, söz konusu müdahalenin ulusal alfabe olan Türk alfabesinin tüm resmi belgelerde kullanılmasını zorunlu kılan 1353 Sayılı Kanun'a dayandırıldığını kabul etmiştir.

b) Müdahalenin *"Meşru Bir Amaç"* Taşıyıp Taşımadığı:

Emir, Emin, Doğan, Celaleddin ve Reşit söz konusu müdahalenin AİHS'in 8. maddesi anlamında hiçbir meşru amaca dayanmadığını iddia etmişlerdir. Uyuşmazlık konusu harflerin kamusal kanallarda *–özellikle Kürtçe yayın yapan TRT 6 tarafından-* yapılan yayınlarda kullanıldığını belirten başvurucular, müdahalenin meşru bir amaca dayandığını kabul etmenin yapay bir kabul olacağını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca Kürt dilinin savunulması gerektiğine de dikkat çekmişlerdir.

Hükümet yetkilileri, bir Devletin resmi dilinin büyük bir önem arz ettiğini, söz konusu müdahalenin esas olarak başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması amacını taşıdığını ifade etmiş ve başvurucular tarafından ileri sürülen iddiaları reddetmiştir.

Mahkeme, ilk derece mahkemesinin yasal sınırlamaları haklı bulan 18 Ocak 2005 tarihli kararının gerekçesinde, Türkçe'nin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin resmi dili statüsünü taşıdığının ifade edildiğini tespit etmiştir. Bu noktada Mahkeme *"dil özgürlüğü"*nün AİHS'de düzenlenen konular içinde yer almadığını hatırlatmaktadır (Kozlovs-Letonya Kararı no. 50835/99, 10 Ocak 2002). Mahkeme AİHS'in, 5 § 2 et 6 § 3 a) ve e) hükümlerinde yer alan haklara özgü durumlar dışında, kamusal merciilerle olan ilişkilerde belirli bir dil kullanma hakkına veya kişilerin kendilerinin seçtikleri bir dilde bilgi alma hakkına ilişkin bir koruma sağlanmadığını ifade etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, AİHS ile korunan haklar saklı kalmak kaydıyla, her Devletin kendi resmi dil veya dillerinin nüfus cüzdanı veya diğer resmi belgelerde kullanımını zorunlu kılmak ve bu konuda düzenleme yapmak serbestîsine sahip olduğunu kabul etmektedir (Mentzen-Letonya Kararı no. 71074/01, 2004-XII).

Ayrıca Mahkeme, AİHS'e taraf her Devletin kendi kurumsal sisteminin normal bir biçimde işlemesini sağlamak konusunda menfaatinin olduğunu ve bunun tartışılmaz bir meşruiyet taşıdığını ifade etmiştir (Podkolzina-Letonya Kararı, no. 46726/99, § 34, 2002-II). Mahkeme, AİHS'e taraf birçok Devletin bir veya birden fazla dile *"resmi dil"* veya *"Devlet dili"* statüsünü tanıdığına ve bu statünün bu Devletlerin anayasalarına konduğuna dikkat çekmektedir. Bu durumun ulusal alfabe için de geçerli olduğu kabul görmektedir. Burada, ulusal yasa koyucunun her Devletin kendine özgü

tarihi ve siyasi düzeni ile ilgili görüşlerine bağlı bir seçimi söz konusu olduğu dile getirilmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin başkalarının haklarının korunması ve kamusal düzenin savunulması amaçlarını taşıdığına hükmetmiştir.

c) Müdahalenin *"Demokratik Bir Toplum Açısından Gerekli"* Olup Olmadığı:

Mahkeme, başvuruların konusunun başvurucular tarafından değiştirilmek istenen isimlerin Türk alfabesi içinde yer almayan *"q", "w" ve "x"* harfleri ile yazımı taleplerinin reddine ilişkin olduğunu tespit etmiştir.

Mahkeme, ad ve soyadların değiştirilmesi usulüne ilişkin olarak Türk Hukuku'nda kabul edilen temel hükmün Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesi olduğunu ve bu hükmün *"meşru bir menfaati olan herkesin isim değişikliği talebinde bulunabileceğini düzenlediğini"* belirtmektedir. Bunun yanında Mahkeme, Türk Yargıtayı'nın verdiği kararda *"kişilerin yakın çevresi tarafından kullanılan ismini taşımasının kişilerin doğal bir hakkı olduğunu"* dile getirildiğini de ifade etmektedir. Ayrıca Türk Yargıtay'ı *"kişilerin etnik kökenlerine uygun isimleri kullanma hakkı"*nın varlığını açıkça kabul ederek, kişilerin isimlerine ilişkin muhtemel bir Türkçeleştirme politikasının kabul edilemeyeceğini dile getirmiştir. Diğer taraftan, *"ulusal kültüre uygun isimler seçme zorunluluğu"* da 2003 yılında kaldırılmıştır.

Mahkeme, 1990'lı yıllarda yetkili merciilerin uygulamada biraz çekingen davrandıklarını kabul etmekle beraber, uyuşmazlık konusu olayların yaşandığı sırada kişilerin istedikleri takdirde Kürtçe ad veya soyadını kullanabildiklerini belirtmektedir. Bununla beraber, talep edilen isim ne olursa olsun, bu ismin 1353 Sayılı Kanun'a uygun olarak ulusal alfabenin öngördüğü kurallar çerçevesinde yazılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Hükümet yetkililerine göre, kişilerin taşımak istedikleri isimlerin yazılışının ulusal alfabeye uygun olarak dönüştürülmesi başvurucuların özel hayatının korunmasına dair haklarının zedelenmesi sonucunu yaratmamaktadır. Zira başvurucuların bu durum karşısında yaşadıkları üzüntü yeterli derecede bir önem arz etmemektedir. Ayrıca Türk alfabesinde yer alan *"k", "ks"* ve *"v"* harflerinin okunuşlarının *"q", "x"* ve *"w"* harfleri ile aynı sesi çıkardığı da belirtilmiştir. Bu açıdan, Reşit Sünbül örneğinde olduğu gibi (*"Bawer"* olarak değiştirilmek istenen ismin ulusal alfabeye uygun bir biçimde nüfusa *"Baver"* olarak yazılması) başvurucuların seçtikleri isimlerin ulusal alfabede yer alan harfler ile sorunsuz bir şekilde yazılabileceği de dile getirilmiştir.

Kemal, Abdulkadir ve Medeni yukarıda anılan gerekçeye ilişkin cevabi beyanlarını gerekli süre içinde sunmamışlardır. Emir, Emin ve Reşit'in ise

isim başvurularının reddi karşısında yaşamış oldukları üzüntüye dair hiçbir gerekçe veya delil ortaya koyamamışlardır.

Doğan ve Celaleddin ise hükümet yetkililerinin *"Kürtçe isimlerin Türk alfabesinde yer alan harflerle de yazılabileceği"* tezine açıkça karşı koymamışlardır. Bununla beraber böyle bir uygulamanın isimlerinin anlamını bozacağını ifade etmişlerdir. Doğan bu duruma örnek olarak, *"Ciwan"* isminin *"genç ve güzel"* anlamını taşıdığını ancak bu ismin *"Civan"* şeklinde yazılması halinde ismin "randevu veya toplantı" anlamına geleceğini belirtmiştir. Celaleddin ise, *"Xweşbin"* isminin Kürtçe'de *"iyimser"* anlamını taşıdığını, bu ismin Türk harfleri ile *"Heşbin"* şeklinde yazılması halinde ise bu ismin Kürtçe'de hiçbir anlam taşımayacağını ifade etmiştir.

Ayrıca Doğan insan hakları savunucusu olarak Türk harfleri ile yazılan isimlerinden dolayı kendilerini gerçek anlamda *"Kürt"* olarak hissedemediklerini dile getiren Kürt kökenli kişilerle yakın bağlantıda olduğunu ileri sürmüştür. Celaleddin de benzer gerekçeleri tekrar ederek isminin Kürtçe harflerle yazımının ve nüfus siciline kaydının reddinin kültürel ve etnik kimliğine karşı yapılmış haksız bir saldırı olacağını ileri sürmüştür. Kendisini Arap kökenli bir isim taşımak zorunda bırakan bu kısıtlamanın diğer Kürt gruplarla ilişki kurabilmesinin önünde bir engel olduğunu da eklemiştir. Celaleddin Mahkemenin *"kişisel serbesti"* ile ilgili içtihadına dayanarak Kürtçe'nin de bu kişisel serbestîden yararlandırılması gerektiğine dikkat çekmiştir.

Doğan ve Celaleddin'in söz konusu taleplerinin reddi ile etnik kimliklerinin zarara uğratıldığına dair beyanları karşısında Mahkeme, yukarıda da ifade edildiği üzere, ilgililerin Kürtçe ad ve soyad taşıma serbestîsine sahip olduklarını dile getirmiştir. Ayrıca Mahkeme, söz konusu isimlerin Türk harfleri ile yazılması halinde, bu isimlerin başvuruculari sosyal hayatları açısından sıkıntıya sokacak derecede gülünç ve kişisel kimlikleri açısından engel yaratacak anlamlar taşımayacağını tespit etmiştir.

Mahkeme, Reşit'in durumunda olduğu gibi (*"w"* harfinin *"v"* harfi ile değiştirilebilmesi), Türk harflerinin fonetik yapısı sayesinde, Türk harfleri içinde tam karşılığı olmayan sesleri yaratan harflerden oluşan isimlerin nüfus kütüğüne aynı seslere sahip Türkçe harfler ile kaydedilebileceğini ifade etmiştir.

Bu çerçevede, Mahkeme konu ile ilgili olarak belirli ölçüde bir yeknesaklık yaratmayı amaçlayan ve Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan 14 no'lu Sözleşme'nin ad ve soyadlarının çevrilmesi/dönüştürülmesi ile ilgili olarak fonetik çeviriyi de kapsayan birçok sistem öngördüğünü ifade etmiştir. Bir Devletin yetkili merciilerinin, resmi bir belge veya nüfus cüzdanı üzerinde, ulusal alfabede yer almayan harfleri içeren ad veya soyadlarının yazımında bu tür bir durum ile karşılaşması

halinde, en çok rastlanılan metod olan fonetik çeviri yapılırken isim veya soyadının ait olduğu asıl dil açısından yazım ve telaffuza mümkün olduğu kadar sadık kalınması gerektiği ifade olunmuştur.

Bununla beraber, ismi *"Baver"* şeklinde yazılan Reşit dışındaki başvurucular bu yolu izlemek istememişlerdir. Reşitl de bu uygulamaya karşı çıkmış ancak *"w"* harfinin ad ve soyad kaydında kullanılmayan bir harf olduğunu belirtmekten başka bu yazım neticesinde yaşaması muhtemel üzüntüye dair herhangi bir gerekçe ileri sürmemiştir.

Başvurucuların nüfusa kaydını istedikleri isimlerin Türk harfleri ile yazılması fonetik açıdan bazı sorunlar doğurabilecektir. Ancak Mahkeme bu noktada, bu gibi sorunların diğer dillerde de var olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme, ulusal bir alfabe seçiminde olduğu gibi isimlerin başka bir alfabeye uygun olarak fonetik çevirisinin yapılmasının da ulusal hassasiyetlerin daha güçlü olduğu bir alana ait olduğunun ve bu konuda uygulamada AİHS'e taraf ülkelerin iç sistemlerinde de bir fikir birliği oluşmadığının altını çizmektedir. Ayrıca, ad ve soyadlarının yazımına ilişkin zorlukların, günümüzde alışılagelmiş olan ve farklı dillerin konuşulduğu farklı ülkeler arasında meydana gelen nüfus değişimlerinin yaşandığı Avrupa'da da sıklıkla yaşanıldığı ifade olunmuştur.

Mahkeme, resmi kayıt ve belgelerinin başka Devletlerce *-kendi iç hukuk kurallarına göre-* hazırlanmış olan kişilerin isim ve soyadlarının nüfus siciline Türk alfabesinde yer almayan harflerle kaydı ile ilgili olarak, bu uygulamanın yukarıda anılan Sözleşmenin 2. maddesine uygun olarak yapıldığını dile getirmiştir. Bu açıdan, somut olayın özellikleri göz önüne alındığında söz konusu uluslararası hükümlerin uygulanışının AİHS düzenlemelerine aykırı olmadığı dile getirilmiştir.

Mahkeme, yukarıda verilen bilgiler ışığında, Türk merciilerin konu ile ilgili olarak kendilerine tanınan takdir hak ve alanını aşmadıklarına karar vermiştir. Bu nedenle Mahkeme, Reşit'in AİHS'in güvence altına aldığı hakların ihlali nedeniyle mağdur olup olmadığına ilişkin sorunun çözümünün gereksiz olduğunu ifade etmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme AİHS'in 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

2. AİHS'in 8. Maddesi ile Birlikte 14. Maddesinin İhlaline İlişkin Değerlendirme:

Başvurucular, isim değişikliğine ilişkin taleplerinin reddi sonucunda, AİHS'in 8. maddesi ile beraber 14. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. AİHS'in 14. maddesine göre,

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken,

ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırımcılık yapılmadan sağlanır."

Hükümet yetkilileri bu iddiaları reddetmiş ve söz konusu hükmün tüm vatandaşlara ayırım yapılmaksızın uygulandığını belirtmiştir. Hükümet yetkilileri, Türkçe'ye yabancı olan harf veya işaretlerin aynı şekilde reddedildiğini de eklemişlerdir.

Mahkeme, yukarıda incelenen uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olan bu iddianın da *"kabul edilebilir"* nitelikte olduğunu ve konunun 14. madde çerçevesinde incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme, AİHS'in 14. maddesinin, kişilerin AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmaları ile ilgili ayırımcılık yapılmasını önlemek amacıyla düzenlendiğini hatırlatmıştır. Ancak her uygulama farkı 14. maddenin ihlal edildiği anlamını da taşımamaktadır. Mahkeme, 14. maddenin ihlal edildiğine hükmedebilmek için, benzer veya karşılaştırılabilir durumlarda olan kişilerin farklı uygulamalara tabi tutulmaları açısından yapılan ayırımın hiçbir objektif ve makul gerekçeye dayanmaması gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber, AİHS'e taraf Devletlerin benzer durumdaki kişilere karşı yapılan hukuki uygulama farklılıklarının gerekçeleri hakkında belirli bir takdir hakkına sahip oldukları da ifade edilmiştir (Stubbings ve Diğerleri-İngiltere Kararı, 22 Ekim 1996, § 72, 1996-IV).

Başvurucular, etnik bir azınlığa mensup olmaları nedeniyle ayırımcılığa uğradıklarını iddia etmişlerdir. Başvurucular bu iddialarını, *"çifte vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının ad ve soyadlarını nüfus siciline "q", "w" ve "x" harfleri ile yazdırabildikleri"* gerekçesine dayandırmışlardır.

Mahkeme, yukarıda da ifade edildiği üzere, uyuşmazlık konusu olayların yaşandığı sırada Kürtçe ad veya soyad seçmek konusunda, bu isimlerin Türk alfabesinde yer alan harflerle yazılması kaydıyla, hiçbir hukuki engelin var olmadığının altını çizmiştir. Ayrıca, yetkili Türk merciilerinin Kürt kökenli olmayan kişilerden gelen *"bir ad veya soyadının Türk alfabesi içinde yer almayan harflerle yazımı konusunda benzer istekleri"* kabul ettiğine dair hiçbir işaret olmadığı da ifade olunmuştur. Mahkeme ayrıca, kamu hizmetleri ile idare arasındaki ilişki açısından *"dil birliği"*ne ilişkin gerekçeleri makul ve objektif gerekçeler olarak nitelendirdiğini da hatırlatmıştır.

Son olarak Mahkeme, resmi kayıt ve belgelerinin başka Devletlerce kendi iç hukuk kurallarına göre- hazırlanmış olan kişilerin isim ve soyadlarının nüfus siciline Türk alfabesinde yer almayan harflerle kaydı ile ilgili olarak daha önce verdiği kararlara atıf yaparak, somut olayda uyuşmazlık konusu hakkında belli bir yeknesaklığın oluşturulması amacıyla uluslararası bir sözleşmenin uygulanmasının söz konusu olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle anılan amacın makul bir amaç olduğunun kabu-

lünün gerekeceği belirtilmiştir. Mahkeme, başvurucuların resmi kayıt ve belgelerinin başka Devletlerce *-kendi iç hukuk kurallarına göre-* hazırlanmış olan kişiler ile aynı durumda oldukları konusunda şüpheli olduğunu dile getirmiştir.

Mahkeme, yukarıda açıklanan nedenlerle, AİHS'in 8. maddesi ile beraber 14. maddesinin de ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
SİNAN IŞIK - TÜRKİYE KARARI[1]

2 Şubat 2010

(STRASBOURG)

Çeviren: A. İpek SARIÖZ[2] / Işıl ARAL

I. USUL:

Başvuru, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Sinan (Başvurucu) tarafından 3 Haziran 2005 tarihinde Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (AİHS)'in 34. maddesi kapsamında gerçekleştirilmiştir.

Başvurucu, nüfus cüzdanındaki din hanesinde yer alan *"İslam"* ifadesinin kendi inancına uygun olarak *"Alevi"* ifadesi ile değiştirilmesi talebinin reddinin AİHS'in 9. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu aynı zamanda AİHS'in 6 ve 14. maddelerinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir.

II. ESAS:

1. Somut Olayın Özellikleri:

Başvurucu 1962 yılında doğmuştur ve İzmir'de ikamet etmektedir. Başvurucu Alevilik inancına sahiptir. Türk tarihi ve toplumunda derin kökleri olan bu inanç özellikle sufizm ve islam öncesi bazı inançlardan etkilenmiştir. Bazı Alevi düşünürleri bu inancın ayrı bir din olarak ele alınması gerektiğini kabul etmekte iken diğer bazı düşünürler ise Aleviliğin İslam'ın özünde baştan veri var olan bir şekli olduğunu iler sürmektedirler. Alevilik inancının dini uygulamaları birçok noktada Sünnilik inancından farklı özellikler arz etmektedir.

Başvurucu nüfus memuru tarafından düzenlenen nüfus kağıdında din hanesinin bulunduğunu ve burada İslam dinine mensup olmadığı halde *"İslam"* yazdığını ifade etmiştir.

---

(1) Affaire Sinan Isık contre Turquie, Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Karar Fransızca aslından Türkçe'ye tercüme edilmemiştir. Kaynak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihat Arama Portalı (HUDOC).

(2) Bahçeşehir Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Başvurucu, 7 Mayıs 2004 tarihinde, nüfus cüzdanının *"din"* hanesinde *"İslam"* yazdığını belirterek bu ifadenin *"Alevi"* ifadesi ile değiştirilmesi gerektiği talebiyle İzmir İlk Derece Mahkemesi nezdinde dava açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde, *"nüfus cüzdanında yer alan İslam ifadesinin gerçeği yansıtmadığını, Türkiye Cumhuriyeti'nin Alevi bir vatandaşı olarak kendi inanış ve bilgileri uyarınca bir kişinin hem Alevi hem de İslam dinine mensup olamayacağını, din ve vicdan/inanç özgürlüklerini koruma altına alan ve bu konuda güvence sağlayan laik Türkiye Cumhuriyeti'nin bir vatandaşı olduğunu"* söyleyerek gerekçelendirmiştir.

İlk derece mahkemesinin talebi üzerine, 9 Temmuz 2004 tarihinde, Diyanet İşleri Başkanlığı'ndan görevlendirilen bir danışman başvurucunun talebi ile ilgili görüşlerini içeren bir raporu mahkemeye sunmuştur. Raporda dini yorum ve alt kültürlerin nüfus cüzdanındaki din hanesine yazılmasının milli birlik, cumhuriyetin dayandığı ilkeler ve özellikle laiklik ilkesi ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca raporda, Aleviliğin İslam dininin bir alt grubunu oluşturduğunun ve ayrı bir din veya İslam dininin bir mezhebi olarak nitelendirilemeyeceğinin de altını çizmiştir. Raporda, Alevilik *"kendine has nitelikler taşıyan ve sufizmden etkilenmiş olan İslam dininin bir tür yorumu"* olarak nitelendirilmiştir.

İlk derece mahkemesi 7 Eylül 2004 tarihinde başvurucunun talebini reddetmiştir. İlk derece mahkemesi kararının gerekçesinde, nüfus cüzdanlarındaki *"din"* hanesinin genel bir anlam taşıdığını Aleviliğin ayrı bir din *–ya da İslam dininin bir yorumu-* olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından verilen raporda Aleviliğin *"kendine has nitelikler taşıyan ve sufizmden etkilenmiş olan İslam dininin bir tür yorumu"* olarak nitelendirildiğini, bu nedenle Aleviliğin ayrı bir sdin olarak nitelendirilemeyeceğini, nüfus cüzdanlarında yer alan din hanesinde yalnızca *"kişinin hangi dine mensup olduğu hakkında"* bilgi verildiğini ve din dışında aynı dine mensup mezhep ve inançların yazılamayacağını dile getirmiştir. Sonuç olarak başvurucunun nüfus cüzdanındaki din hanesinde "İslam" yazılmasının yanlış olmadığına karar verilmiştir.[3]

Başvurucu kararı temyiz etmiştir. Temyiz dilekçesinde, nüfus cüzdanlarında zorunlu olarak dine ilişkin bir ifadenin yer almasının kendisini mensubu olduğu inancı açıklamak durumunda bıraktığı ve nüfus cüzdanında kendi onayı olmaksızın din ve inancına ilişkin bir ibarenin yer almasının din ve vicdan/inanç özgürlüğünü koruyan AİHS'in 9. maddesinin 1. fıkrasının ihlali niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesinden doğan bu durumun aynı zamanda

(3) Mahkeme karar gerekçesinde ayrıca Hz. Ali ve diğer dinlerde yer alan farklı mezhep ve inanışlar hakkında bilgiler verilerek ve bu inanışlara atıfta bulunularak Aleviliğin İslam dininden ayrı bir din olmadığı düşüncesine yer verilmiştir.

"Kimsenin, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını" öngören T.C. Anayasası'nın 24. maddesinin 3. fıkrasına da aykırı olduğu dile getirilmiştir. Başvurucu ayrıca, iki talepte bulunduğunu, bunlardan ilkinin nüfus cüzdanında din ile ilgili ifadenin *-somut olay açısından "İslam" ifadesinin-* silinmesine, ikincisinin ise nüfus cüzdanındaki din hanesine *"Alevi"* ifadesinin yazılmasına ilişkin olduğunu dile getirmiştir. Başvurucu, ilk derece mahkemesinin bu iki talebi ayrı ayrı incelemesi gerektiğini ve nüfuz cüzdanlarında din hanesinin bulunmasının Anayasa'nın 24. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olması nedeniyle ilk talebi kabul ve ikinci talebi ise reddetmesinin uygun olacağını ifade etmiştir. Son olarak başvurucu, talebinin Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından verilen ve *"Aleviliğin İslam dininin bir yorumu olduğunu"* öngören görüşe uygun olarak reddedilmesine karşı çıkmıştır.

Yargıtay ise, 21 Aralık 2004 tarihinde, ilk derece mahkemesinin kararını ilk derece mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçelerden-başka hiçbir gerekçe göstermeksizin onamıştır.

2. Uluslararası ve İç Hukuk Düzenlemeleri ve Uygulamaları:

A. İlgili İç Hukuk Düzenlemeleri:

a. T.C. Anayasası:

Anayasa'nın 10. maddesinde,

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir.

Anayasa'nın 24. maddesinin ilgili hükükmlerine göre ise,

"Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz."

Anayasa'nın 136. maddesi uyarınca ise,

"Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, lâiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasî görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir."

b. 1587 sayılı Nüfus Kanunu

1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun uyuşmazlık zamanında yürürlükte olan 43. maddesine göre,

Nüfus aile kütüklerinde kişi ve aileler hakkında aşağıdaki bilgiler bulunur.

a) Şahsi hale ilişkin bilgiler:

b) Diğer bilgiler:

2. Dini,

c. Anayasa Mahkemesi İçtihatları:

Anayasa Mahkemesi'nin 21 Haziran 1995 tarihli *-Resmi Gazete'de 14 Ekim 1995 tarihinde yayınlanan-* kararında 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesinin Anayasa'nın 2 ve 24. maddelerine uygun olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında aşağıdaki sonuçlara varmıştır:

"Devletin, vatandaşlarının özelliklerini bilmesi gerekir. Devleti oluşturan topluluğun bireylerini ve bunların özelliklerini bilme isteği, kamu düzeni ve kamu yararı ile ekonomik, siyasal ve sosyal gereklere ve gereksinimlere dayanmaktadır.

Lâik devlet kavramı, devletin dinler arasında yansızlığını ve bütün dinsel inançları eşdeğer görmesini gerektirir. Bu bağlamda, hiçbir yasada nüfus kaydındaki "dini" bilgisine yollamada bulunularak, farklı bir işlem yapılması ve eşitsizliğe neden olunması söz konusu değildir. Laik bir devlet açısından tüm dinler aynı yere sahiptir. İlgili Nüfus Kanunu düzenlemesi tüm inançlara uygulanmaktadır bu nedenle de vatandaşlar arasında ayırıma sebep olması mümkün değildir.

Anayasa'nın "Kimse ... dinî inancı ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz" kuralından, kişilerin hangi dine bağlı olduğunun bir bilgi olarak resmî kayıtlara geçirilemeyeceği anlamı çıkarılamaz. Anayasa'nın izin vermediği husus, zorlamadır.

Zorlama "dinî inanç ve kanaatlerin açıklanması"yla ilgilidir. "Dinî inanç ve kanaat" kavramını, sadece demografik bir bilgi olarak ya da kişilik bilgisi olarak aile kütüğüne yazılacak "dinî bilgisi" ile sınırlandırmak olanaklı değildir. "Dinî inanç ve kanaat" kavramı bir kişinin şu ya da bu dinden ya da inançtan olmasını kapsayan dar bir kavram olmayıp, din ve inanç yönünden pek çok hususu bünyesinde barındıran geniş bir kavramdır.

Anayasa'nın 24. maddesinde ifadesini bulan dinî inanç ve kanaatlerin zorla açıklanmaması ve dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kişinin kınanmaması ve suçlanmaması ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı açıklıkla anlaşılmaktadır. Burada dinî inanç ve kanaatler yönünden herhangi bir zorlama olmadığı gibi, bir kınama ve suçlama da söz konusu değildir.

Öte yandan Medenî Kanun'nun 266. maddesindeki "Reşit dinini seçmekte hürdür." açıklığından kalkarak kişi kütükte yazılı olan dinini değiştirmek isterse Nüfus Yasası'nın 47. maddesine göre, ilgili Kurumdan alacağı bir belge ile Nüfus Müdürlüklerine başvurabilmekte, mahallin en büyük idare âmirinin emri ile aile kütüğünde gerekli düzeltme yapılabilmektedir. Bunun dışında kişi aile kütüğünde yazılı dini tamamen sildirmek isterse, ya da din

olarak kabulü olanaksız bir düşünceyi din olarak yazdırmak isterse o zaman Nüfus Yasası'nın 46. maddesine göre ilgili yargı kuruluşuna başvurarak gerekli kararı almakta ve alınan bu karar İdarece aile kütüğüne işlenmektedir.

Sonuç olarak, söz konusu 43. madde zorlayıcı nitelikte hiçbir hüküm içermemektedir. Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasa'nın öngördüğü anlamda dinî inanç ve kanaatlerinin değil, sadece kişinin özgün durumu yönünden kamu yararı, kamu düzeni ve sosyal gereksinimlerle ilgili olarak göz önünde bulundurulmak üzere dinînin ne olduğunun açıklanması söz konusu olmaktadır ki, bu kuralın da zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile bir ilişkisi bulunmamaktadır.[4]"

Kararda 11 hâkim oy kullanmıştır. 5 hâkim nüfus sicil ve cüzdanlarında dine ilişkin bir ibarenin yer almasının Anayasa'nın 24. maddesine aykırı olacağı gerekçesiyle çoğunluğun kararına katılmadıklarını ifade etmiştir. Karşı oy yazılarından birinde aşağıdaki fikirler yer almıştır:

"1587 sayılı Nüfus Yasası'nın uygulamasında (mad.4, mad.47 ve mad.52), ana-babası ya da temsile yetkili olanlar çocukların dinini bildirmek zorunda bırakılmakta, bu husus açıkça yazdırılmadıkça kayıt işlemi yapılmamaktadır. Erginlik çağına gelmeden, kendi istenci dışında aile kütüğünde, bu yolla nüfus belgesinde yer alan dine ilişkin kayıt, günlük yaşamda bir tür zorunlu açıklama, istemeden açıklama olmakta, yurtdışında da kimi olumsuz durumlara yol açmaktadır.

Oysa, Anayasa'nın 24. maddesinin üçüncü fıkrası, kimsenin dinsel inanç ve kanısını açıklamaya zorlanamayacağını öngörmektedir. Çocuğunun her yasal işlemde dayanak olan, özellikle okul, askerlik işlemlerinde zorunluluğu yadsınmaz nüfus belgesini almak durumunda bulunanlar için bildirim zorunluluğu, tam bir "zorlama"dır."

d. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Bu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik:

1587 Sayılı Kanun'u ilga eden ve 29 Nisan 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 7. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1) Her mahalle veya köy için ayrı aile kütüğü tutulur. Aile kütüklerinde aşağıdaki bilgiler bulunur:

e) Dini"

5490 Sayılı Kanun'un 35. maddesi uyarınca ise,

"1) Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir

---

(4) Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1995/17, K. 1995/16 (21.06.1995), http://www.anayasa.gov.tr /eskisite/ KARARLAR/IPTALITIRAZ

kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir.

(2) Aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir."

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin 29 Eylül 2006 tarihinde kabul edilen Yönetmeliğin 82. maddesine göre,

"(1) Aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir. Din değişikliği veya silinmesi talepleri herhangi bir sayısal sınırlamaya tâbi değildir."

e. Diyanet İşleri Başkanlığı:

22 Haziran 1965 tarihli ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesi uyarınca,

"İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere; Başbakanlığa bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur."

Din İşleri Yüksek Kurulu, Diyanet İşleri Başkanlığının en yüksek karar ve danışma organıdır ve on altı üyeden oluşur. Bu Kurul din ile ilgili soları cevaplandırmaya yetkilidir (633 Sayılı Kanun m.5).

B. Din veya Dini İnançlara İlişkin Kanunların İncelenmesi Amacıyla Venedik Komisyonu Tarafından Kabul Edilen İlkeler:

18 ve 19 Haziran 2004 tarihinde Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen *"Din ve Dini İnançlara İlişkin Kanunların İncelenmesi ile İlgili Temel Prensipler"* başlıklı belgede konuya ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır.

"II. Genel olarak mevzuatta ortaya çıkan esasla ilgili sorunlar

2. *"Din"* ifadesinin tanımı: Mevzuat sıklıkla –ve anlaşılabilir nedenlerle- din ve dine ilişkin kavramları (*"mezhep"*, *"ibadet"*, *"geleneksel din"* vb.) tanımlamaya çalışmaktadır. Bununla beraber, uluslararası hukukta bu kavramların genel olarak kabul görmüş tanımlamaları bulunmadığı için birçok devlet kavramsal zorluklarla karşılaşmıştır. Din kavramının özü itibariyle anlamının belirsizliği nedeniyle, çoğu kişi, bu kelimelerin hukuki anlamda tanımlanamayacağını belirtmektedir. Sık yapılan tanımlama yanlışlarından biri dini faaliyetin, bir Tanrıya olan inanış olarak görülmesidir. Oysaki klasik Hinduizm ve budizm (açık iki karşıt örnek olarak) tek veya çok tanrılı dinler değildir. (...)

3. Din veya inanç: Uluslararası kurallar hiçbir zaman sadece dinden bahsetmez, *"din veya inanç"* beraber kullanılır. İnanç kelimesi genel olarak insanın veya dünyanın durumuna dair derin inanışları belirtir. Örnek olarak, ateizm ve agnostikliğin de diğer dini inanışlarla aynı koruma hakkına sahip olduğu kabul edilir. Birçok mevzuat inanmayanların hakkını gerektiği şekilde *-ve hatta bu haktan bahsetmeksizin-* korumamaktadır.

B. Din ve inanç özgürlüğüne dair uluslararası kuralların temelini oluşturan değerler

Uygulanmakta olan uluslararası belgelerde belirtildiği şekilde, din ve inanç özgürlüğünün nasıl çevrelenmesi gerektiği konusunda AGİT kapsamında geniş bir anlaşma meydana gelmiştir. İlgili mevzuatın incelenmesi konusunda dikkate alınması gereken esaslı noktalar şunlardır:

1. Vicdan (forum internum). Uluslararası hukukun temel belgelerinde belirtildiği gibi *"herkes düşünce, inanç ve din özgürlüğüne sahiptir"*. Dinin iddia ettiğinin tersine, düşünce, inanç ve din özgürlüğü insanın kendi vicdanında (forum internum) mutlaktır ve en küçük bir sınırlandırmaya dahi tabi tutulamaz. Bu nedenle de, örnek olarak, dini inanışların kişinin istemine bağlı olmaksızın açıklanmasını öngören bir yasanın onaylanması kabul edilemezdir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

1. AİHS'in 9. Maddesinin İhlaline İlişkin Değerlendirme:

Başvurucu, AİHS'in 9. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. 9. madde uyarınca:

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

Başvurucu, din ve vicdan özgürlüğü hakkı ihlal edilerek, rızası alınmaksızın, nüfus cüzdanı üzerindeki din ibaresi nedeniyle, dini inancını açıklamak zorunda kaldığını belirtmiştir. Başvurucuya göre, söz konusu ibare Anayasanın 24. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen *"kimse dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz"* düzenlemesi ile uyuşmamaktadır. Başvurucu, bu *"kamusal belgenin"*, bir kamu idaresinin, özel bir işletmenin isteği üzerine ya da herhangi bir işlem için ibraz edilmesi gereken bir belge olduğunu belirtmektedir.

Başvurucu, mevcut ibarenin gerçeğe uygun olmaması nedeniyle, nüfus cüzdanındaki *"İslam"* ibaresinin kendi inancı olan *"Alevi"* ibaresi ile değiştirilmesi yönünde bir talepte bulunduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, yaptığı başvurunun, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yapılan -kendi inancının İslam'ın bir yorumu olduğu şeklindeki- nitelendirme nedeniyle reddedilmesine itiraz etmektedir.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında:

a. İç Hukuk Yollarının Tüketilmediğine Dair İddia:

Hükümet, başvurucunun din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili başvurusunda, sadece nüfus cüzdanındaki *"İslam"* ibaresini kendi inancı olan *"Alevi"* ibaresiyle değiştirmek yönünde yargıya başvurmakla yetindiğini, bu nedenle de iç hukuk yollarını gerektiği gibi tüketmediğini belirtmiştir. Hükümete göre, başvurucu aslında hiçbir zaman nüfus cüzdanında din ibaresi bulunmasının din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğunu belirtmemiştir.

Başvurucu, gerekli zaman içerisinde, bu iddialar hakkında bir açıklamada bulunmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), AİHS'in 35. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen *"iç hukuk yollarının tüketilmesi"* kuralının temelinde, Mahkeme'ye başvurmadan önce Devlet'e, etkili ve yeterli olmak şartıyla, iç hukukun tanıdığı yargı yollarının kullanılması ile söz konusu ihlalin düzeltilmesi olanağının verilmesi gerekliliği olduğunu belirtmiştir (bkn. Fressoz ve Roire/Fransa, no 29183/95, § 37).

Bu durumda, Mahkeme, başvurucunun üzerinde dininin İslam olduğu belirtilen bir nüfus cüzdanına sahip olma zorunluluğuna karşı gelerek, söz konusu ibareyi, başvurucunun laik bir devlet vatandaşı olmasından ve din ve inanç özgürlüğüne dair anayasal güvenceden yararlanarak tartışma konusu yapmaktadır.

Mahkeme, olay zamanında, Türkiye'de nüfus cüzdanları üzerinde din hanesinin bulunmasının bir zorunluluk olduğunu; Anayasa Mahkemesi'nin 21 Haziran 1995 tarihli kararıyla bu durumun, Anayasa'nın 24. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *"kimse dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz"* düzenlemesine karşın, Anayasa'ya uygun olduğunun tespit edildiğini hatırlatmaktadır.

Bu nedenle, yukarıda belirtilen hukuki durum göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme, başvurucunun nüfus cüzdanındaki *"İslam"* ibaresinin *"Alevi"* ibaresi ile değiştirilmesi yönündeki talebinin Anayasa'nın 24. maddesinin 3. fıkrasında yer alan din ve inanç özgürlüğünün anayasal korumasından faydalanma amacını taşıdığına inanmaktadır. Başvurucu, aynı şekilde Yargıtay önünde de din ibaresinin zorunluluğuna karşı gelmiş ve başka bir yol olarak da din ibaresinin kaldırılması talebinde bulunmuştur.

Sonuç olarak, Mahkeme, başvurucunun Türk yargısı önünde sunduğu dilekçelerinde AİHS'in 9. maddesine ilişkin şikâyetlerini tartışma konusu yaptığını düşünmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını reddetmiştir.

b. Mağdur Sıfatı:

Hükümet, başvurucunun dinini açıklamama hakkının ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olduğu iddiasında bulunamayacağını belirtmiştir. Hükümete göre, başvurucunun talebinin reddedilmesi dinini dilediği gibi yaşama hakkının özüne dokunmamaktadır; çünkü nüfus cüzdanındaki din ibaresi hiçbir Türk vatandaşını dini inancını açıklamaya zorlayıcı bir kural olarak ya da ibadetlerinde, dini törenlerinde, eğitiminde, geleneklerinde dinini yaşamasını sınırlandıracak bir durum olarak yorumlanamaz. Ayrıca, Hükümet, Türk mahkemelerinin içtihatlarına bakıldığında, isteyen herkesin hukuk mahkemelerine başvurarak bu ibareyi tamamen kaldırma olanağına sahip olduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme, Hükümet tarafından ileri sürülen başvurucunun mağdur sıfatına sahip olmadığı yönündeki iddianın, başvurucunun AİHS'in 9. maddesine dayandırdığı başvurusunun esasına sıkı şekilde bağlı bir sorun olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle de bu sorunun başvurunun esası ile ilgili inceleme içinde ele alınması gerektiği vurgulanmıştır (bkn, mutatis mutandis, Airey /İrlanda, 9 Ekim 1979, § 19, A 32).

c. Başvurunun "Kabul Edilebilir Olmadığına" Dair Diğer İddialar:

Mahkeme, AİHS'in 35. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve diğer hiçbir kabul edilemezlik unsuru taşımadığını belirterek başvurunun *"kabul edilebilir"* olduğuna hükmetmiştir.

B. AİHS'in 9. Maddesinin İncelenmesi:

a. Tarafların İddiaları:

Hükümet, başvurucunun din özgürlüğü hakkına hiçbir müdahalede bulunulmadığını çünkü nüfus cüzdanlarındaki din ibaresinin din ve inanç özgürlüğüyle doğrudan bir ilişkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Hükümete göre bu durum, kişinin dini inançlarını açıklamaya zorlamaya ya da ibadetlerinde, dini törenlerinde, eğitiminde, geleneklerinde dinini yaşamasını sınırlandırmaya yönelik bir yaptırım olarak yorumlanamaz.

Hükümete göre, 21 Haziran 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına bakıldığında, nüfus cüzdanlarındaki din ibaresi varlığı din ve inanç özgürlüğü hakkının özüne dokunmamaktadır; bu düzenleme, kamu düzeni, kamu yararı ve sosyal ihtiyaçların gerekleri nedeniyle yapılmıştır. Bu durum hiçbir şekilde bir kimseyi dini inancını açıklamaya zorlamak ya da bir kimseyi dini inançları nedeniyle kınamak, suçlamak amacını güt-

memektedir. Türkiye Cumhuriyeti, din özgürlüğünün Anayasa tarafından açık bir şekilde güvence altına alındığı laik bir devlettir. Bu nedenle, söz konusu olay, başvurucunun din özgürlüğüne yapılan bir sınırlandırma olarak incelemez.

Ayrıca, Hükümet, nüfus cüzdanının içeriğinin her kişinin isteğine göre belirlenemeyeceğini belirtmektedir. İslam dininin içerisinde birçok mezhep (örnek olarak, *"Hanefilik"*, *"Şafilik"* vb.) ve farklı tarikatları (*"Mevlevi"*, *"Kadiri"*, *"Nakşibendi"* gibi) barındırdığı göz önüne alındığında, kamu düzenini korumak ve Devletin tarafsızlığını sağlamak amacıyla aynı dinin farklı mezheplerinin nüfus cüzdanında yer almamasının yerinde bir düzenleme olduğu savunulmuştur. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın rolü ise, Hükümetin belirttiği üzere, gerekli mevzuat uyarınca İslam diniyle ilgili olan sorularda görüş bildirmektir. Bu çerçevede Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesine saygılı bir biçimde hareket eder ve İslam dininin bütün Müslümanlar için geçerli olan ana esaslarını dikkate alır. Bununla beraber, Anayasanın 10. maddesi uyarınca, Devlet, aynı din içerisindeki farklı mezhep ve yorumlara eşit davranılmasını sağlamakla yükümlüdür.

Yukarıda belirtilen açıklamalara gerekli zaman içerisinde cevap vermeyen başvurucu, başvuru dilekçesinde, nüfus cüzdanındaki *"İslam"* ibaresinin kendi inancı olan *"Alevi"* ibaresi ile değiştirilmesi isteğinin reddedilmesi ile dinini yaşama özgürlüğüne müdahale edildiğini iddia etmiştir. Aynı şekilde, kimlik kartında zorunlu olarak yer alan bu ibare nedeniyle kendi inancını açıklamak zorunda kaldığı şikâyetinde de bulunmuştur.

b. Mahkemenin Takdiri:

Mahkeme, AİHS'in 9. maddesi ile korunan haliyle, düşünce, din ve inanç özgürlüğünün, *"demokratik bir toplumun"* temel dayanaklarından birini oluşturduğunu hatırlatmaktadır. Bu özgürlük, din bakımından, inananların kimliklerinin ve hayat anlayışlarının temel unsurlarının içerisinde yer almaktadır. Ancak söz konusu özgürlük aynı zamanda, ateistler, agnostikler ve septikler için de önemli bir değerdir. Bu durum demokratik bir toplumdan ayrı düşünülemeyecek *-yüzyıllar içerisinde büyük bedeller karşılığı elde edilmiş olan-* çoğulculuk anlayışı için de aynı şey geçerlidir. Bu özgürlük özellikle, bir dini kabul etmek veya etmemek, uygulamak veya uygulamamak hakkını içermektedir (bkn. Kokkinakis /Yunanistan, 25 Mayıs 1993, § 31, A serisi, no 260-A ve Buscarini ve Diğerleri/San Marino, no 24645/94, § 34, 18 Şubat 1999).

Eğer din özgürlüğü öncelikle vicdanı ilgilendiriyorsa, bu özgürlük, kişinin dinini bireysel olarak ve tek başına ya da toplu olarak halk içinde ve aynı inancı paylaştığı kişiler arasında beraberce dinini yaşayabilme özgürlüğünü de içerir. Ayrıca, Mahkeme daha önce de AİHS'in 9. maddesi çerçevesinde, özellikle bir dine mensup olmama ve o dinin gereklerini yer-

ine getirmeme özgürlüğü gibi negatif haklar konusunda kararlar vermiştir (bu yönde bkn., Kokkinakis ve Buscarini ve Diğerleri Kararları).

Mahkeme, Alevi inancına sahip olduğunu belirten başvurucunun, üzerinde dininin İslam olduğunu belirten bir nüfus cüzdanı taşımak zorunda olduğunu tespit etmiştir. İlgili, 7 Mayıs 2004 tarihinde, nüfus cüzdanında yer alan din hanesine kendi inancını yazdırmak amacıyla İzmir Asliye Hukuk Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Ayrıca, Yargıtay'a yaptığı başvuruda, dinin zorunlu olarak yazılması gerekliliğine de karşı çıkmış ve alternatif olarak inancını açıklamama hakkına dayanarak nüfus cüzdanında yer alan bu bölümün *-kendi kimliğinden-* kaldırılmasını talep etmiştir. Bununla beraber ilk derece mahkemesi, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın verdiği görüşe dayanarak, *"genel olarak dinlerin kimlik kartı üzerine yazılabileceğini, bu dinlerin yorumlarının veya mezheplerinin yazılamayacağı"* gerekçesi ile başvurucunun talebini reddetmiştir. İlk derece mahkemesine göre *"Alevilik inancı, kendine has kültürel özellikleri olan ve İslam'ın sufizmden etkilenmiş bir yorumudur"*.

Mahkeme, olay sırasında uygulanacak olan mevzuata bakıldığında, başvurucunun her Türk vatandaşı gibi üzerinde dininin yazılı olduğu bir nüfus cüzdanı taşımak zorunda olduğunu tespit etmiştir. Bu kamusal belge, kişinin kimliğinin belirlenebilmesi için bir kamu idaresinde, özel bir işletmede ya da herhangi bir işlemin yapılması için ibraz edilmesi gereken bir belgedir.

Bu nedenle, Mahkeme, Sofianopoulos ve diğerleri/Yunanistan, no 1977/02, 1988/02 ve 1997/02, 12 Aralık 2002 kararını hatırlatma gereğini duymuştur: Bu kararda Mahkeme, nüfus cüzdanının, hangi din veya mezhep söz konusu olursa olsun, o dine mensup kişilerin söz konusu dini yaşama ve ibadetlerini yerine getirme hakkını sağlayamaya yönelik bir belge olarak görülemeyeceği sonucuna varmıştır. Bununla beraber Mahkeme, dinini veya inancını yaşama özgürlüğünün negatif bir tarafının da olduğunu, kişinin *-bu tür inançlara sahip olup olmadığı konusunda sonuçlar çıkarılmasına neden olacak şekilde-* dinini veya inancını yaşamak zorunda olmaması hakkını da kapsadığını belirtmektedir. Sonuç olarak, devlet kurumları, kişinin din ve vicdan özgürlüğü alanına müdahale etme, dini inanışlarını araştırma ve kutsal kabul ettiği değerler hakkında inançlarını açıklamaya zorlama hakkına sahip olmadığı belirtilmiştir (Alexandridis/Yunanistan, no 19516/06, § 38, 21 Şubat 2008).

Mahkeme, başvuruyu din ve vicdan özgürlüğünün negatif kapsamı içinde ele alacak ve konuyu *"kişilerin inançlarını açıklamaya zorlanamayacağına ilişkin hakları"* çerçevesinde inceleyecektir.

Bu nedenle, Hükümetin ileri sürdüğü, *"söz konusu ibarenin, her Türk vatandaşını inançlarını açıklamaya itecek bir yaptırım olarak görüle-*

meyeceği" savunması Mahkeme tarafından benimsenmemektedir. Burada bahsedilen, kişinin kendi vicdanıyla ilgili olan, dinini veya inançlarını açıklamak zorunda olmama hakkıdır. Bu hak, din ve inanç özgürlüğünden ayrılamayacak bir haktır. AİHS'in 9. maddesinin, bir kimsenin dinini veya inancını herhangi bir zorlama sonucunda açıklamaya itilmesine izin verecek şekilde yorumlanması, bu maddenin korumak istediği hakkın özüne müdahale teşkil eder (bkn, mutatis mutandis, Young, James ve Webster /İngiltere, 13 Ağustos 1981, § 52, A serisi, no 44; ayrıca bkn. Anayasa Mahkemesi hâkimlerinden birinin karşıt oyu).

Ayrıca, nüfus cüzdanının çok sık kullanıldığı da dikkate alındığında (okul kayıtları, kimlik kontrolü, askerlik vb.), nüfus cüzdanı gibi resmi belgelerde dini inanca ilişkin bir ibarenin bulunmasının idareyle olan ilişkilerde ayrımcılığa neden olacak durumlara sebep olabileceği de belirtilmiştir (Sofianopoulos ve Diğerleri Kararı).

Bununla beraber Mahkeme, nüfus idaresi kayıtlarında ya da nüfus cüzdanlarında din ibaresinin yer almasının demografik sebeplerle açıklanmasının da anlaşılır olmadığını ifade etmiştir. Bu durum, kişinin isteğine bakılmaksızın dini inançlarını açıklamaya zorlayacak bir mevzuatın varlığını göstermektedir.

Mahkeme, ayrıca başvurucunun, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yapılan ve Alevilik inancının İslam'ın bir yorumu olduğu yönündeki görüşün de yer aldığı yargılamada, talebinin reddine giden usulî sürece de itiraz ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme, her zaman dikkat çektiği gibi, içinde din konusunun da yer aldığı çoğulculuğun en üst koruyucu olduğu demokratik bir toplumda, devlet kurumlarının rolünün *"bir yorumu diğer bir yorumdan üstün tutmak ya da bölünmüş bir topluluğu bastırmak veya bir kısmını kendi isteğine karşın tek bir yönelimin altına sokmaya çalışmak"* olamayacağının altını çizmektedir (Serif/Yunanistan, no 38178/97, § 53, 14 Aralık 1999). Mahkeme'nin içtihadında, bir Devletin dini inançların meşruluğu konusunda takdirde bulunmasının söz konusu Devletin tarafsızlık yükümlülüğü ile bağdaşamayacağı belirtilmiştir. Devlet bu yükümlülüğü gereğince, aynı gruptan dahi olsalar, çatışan kişiler arasında hoşgörüyü sağlamalıdır (bkn. mutatis mutandis, Manoussakis ve Diğerleri /Yunanistan, 26 Eylül 1996, § 47; ayrıca bkn. Bessarabie Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri, no 45701/99, § 123, 13 Aralık 2001).

Sonuç olarak Mahkeme, Türk mahkemelerinin başvurucunun inancı hakkında, İslam dini ile ilgili işlerden sorumlu bir kurumun fikrine dayanarak yaptığı değerlendirmenin Devletin tarafsızlık yükümlülüğü ile bağdaşmadığını düşünmektedir.

Hükümetin Mahkeme'nin dikkatine sunduğu bir diğer konu, başvurucunun 5490 sayılı kanun değişikliği ile nüfus cüzdanındaki din hanesinin boş bırakılmasını isteme olanağına sahip olduğudur.

Mahkeme, 29 Nisan 2006 tarih ve 5490 sayılı Kanun çerçevesinde nüfus idaresi kayıtlarının hâlâ kişilerin dinleri ile ilgili bilgiler içermekte olduğunu görmektedir (İlgili Kanun'un 7. maddesi). Bununla beraber, Kanun'un 35. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir"*.

Mahkemeye göre, söz konusu kanun değişikliği yukarıda yapılan açıklamalar hakkında hiçbir değişiklik yaratmamaktadır; nüfus cüzdanlarında boş veya dolu olsun hâlâ dine ayrılmış bir hane yer almaktadır. Ayrıca, ilgili düzenleme uyarınca, nüfus cüzdanları üzerinde din hanesi ile ilgili olarak değişiklik yapmak isteyen ya da kart üzerinde dinlerinin yer almasını istemeyen kişiler yazılı bir beyanda bulunmak zorundadırlar. Yasa ve tüzüklerde bu beyanın içeriği hakkında bir açıklama bulunmasa da, Mahkeme'ye göre, nüfus kayıtlarından dine ilişkin ibarenin silinmesinin istemesi, kişilerin kutsal kabul ettiği değerlere ilişkin bir açıklamada bulunmalarını gerektirecektir *(bkn. mutatis mutandis, Folgerø ve Diğerleri /Norveç, no 15472/02, § 98, 29 Haziran 2007, Hasan ve Eylem Zengin Kararı, § 73*).

Başvurucu için de söz konusu olan bu durum nedeniyle başvurucu, nüfus cüzdanına mensubu olduğu inancı yazdırabilmek için bu konuda bir açıklama yapmak zorunda kalacaktır. Günlük hayatta sıklıkla kullanılan kimlik kartının her bir kullanımı, başvurucunun yaptığı her işlemde, istemi dışında, de facto (fiilen) inancını açıklaması anlamına gelecektir.

Her ne olursa olsun, nüfus cüzdanlarında din hanesi bulunduğu sürece, bu haneyi boş bırakmak özel bir anlam taşıyacaktır. Nüfus cüzdanında din hanesi boş olan kişiler, kendi isteklerinin tersine ve kamu kurumlarının bir müdahalesi nedeniyle, kimliğinde din hanesi yazılı olan kişilerden ayrılacaktır. Ayrıca, kimlik kartında hiçbir şey yazmamasını istemek kişinin inançlarıyla sıkı bir bağ içerisindedir. Bu nedenle, Mahkeme, kişinin en özel değerlerinden birinin açığa vurulmasının söz konusu olduğunu belirtmektedir.

Bu durum, şüphesiz ki kişinin din ve vicdan özgürlüğü ile ters düşmektedir. Bu nedenle Mahkeme, müdahaleyi oluşturan durumun, Alevi olan başvurucunun kimlik kartına kendi inancını yazdırmak istemesinin reddi değil, kimlik kartlarında zorunlu veya ihtiyari olarak din hanesinin yer alması olduğunu düşünmektedir. Sonuç olarak, Mahkeme 29 Nisan 2006'da yapılan yasa değişikliğine karşın, başvurucunun yapılan ihlal nedeniyle mağdur sıfatını taşıdığını belirtmiş ve Hükümetin bu yöndeki itirazı da reddetmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle AİHS'in 9. maddesinin ihlal edilmiş olduğu kanaatine varılmıştır.

2. AİHS'in 6. ve 14. Maddelerinin İhlaline İlişkin Değerlendirme:

Başvurucu, ayrıca Asliye Hukuk Mahkemesinin sadece bir kamu kurumu olan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görüşünü almış olmasının da Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre, Diyanet İşleri Başkanlığı Alevilik hakkında görüş bildirebilecek bir kurum değildir; çünkü Alevi inancı hakkında uzmanlaşmamıştır ve bu konuyla da ilgilenmemektedir. Başvurucuya göre, eğer ilk derece mahkemesi Alevi ve Bektaşi Federasyonu'nun görüşünü almış olsaydı, bu görüş Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görüşünden farklı olurdu. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin, anılan Federasyonun veya din konusunda uzmanlaşmış kişilerin görüşlerine başvurması gerekirdi. Bu nedenle, başvurucuya göre, iç hukuk mahkemelerinin yaptığı araştırma yeterli değildir ve bu durum da adil yargılanmanın yerine getirilmediğini göstermektedir.

Başvurucu talebinin Alevi olması nedeniyle reddedildiğini de ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi, Alevilerin varlığını dahi reddeden bir kamu kurumunun görüşünü almakla yetinmiş ve bahsi geçen Federasyonun görüşü alınmamıştır. Başvurucu, bu durumun bir ayrımcılık olduğunu, bu nedenle de AİHS'in 14. maddesinin ihlal ettiğini belirtmiştir.

Hükümet bu iddialara karşı çıkmaktadır.

Mahkeme bu iddiaların daha önce incelediği durumla bağlantılı olduğunu ve bu nedenle de kabul edilebilir olduklarını düşünmektedir. Ancak, 9. madde hakkında yapılan tespitler göz önüne alındığında, Mahkeme olayda başvurucu tarafından belirtilen madde ihlallerinin bulunup bulunmadığının ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

3. AİHS'nin 41. ve 46. Maddelerinin Uygulanması:

AİHS'in 41.maddesine göre:

"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."

46. maddeye göre ise,

" 1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. 2. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderir."

Başvurucu, gerekli zaman içerisinde zararın tatminine ilişkin bir

talepte bulunmamıştır. Bu nedenle de Mahkeme başvurucu için bir tazminat hükmetmeye gerek olmadığına karar vermiştir.

Ayrıca, Mahkeme somut olayda vatandaşlarının dinini nüfus idaresi kayıtlarında ya da nüfus cüzdanlarında belirtmenin din özgürlüğü ile bağdaşmadığına karar vermiştir. Mahkeme, AİHS'in 9. Maddesi uyarınca, nüfus cüzdanlarında zorunlu veya ihtiyari olarak din ibaresinin bulunmasının başvurucunun anılan madde çerçevesindeki hakkının ihlali niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle, söz konusu ihlale son vermek için, din hanesinin kaldırılması yeterli olacağı ifade edilmiştir.

Bu nedenlerle Mahkeme;

1. Çoğunluk kararı ile, dilekçenin kabul edilmesine;

2. Bire karşı altı oyla, Hükümetin başvurucunun mağdur sıfatına haiz olmadığı itirazının esasla birleştirilmesine ve bire karşı altı oyla reddedilmesine;

3. Bire karşı altı oyla, Sözleşmenin 9. maddesinin ihlaline;

4. Bire karşı altı oyla, Sözleşmenin 6. ve 14. maddelerinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına;

karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. paragrafları uyarınca 2 Şubat 2010'da, Fransızca olarak karara bağlanmıştır.

Sally Dollé	Françoise Tulkens
Katip	Başkan

KARŞI OY

(HAKİM CABRAL BARRETO)

Çoğunluğun aksine, Sözleşmenin 9. Maddesinin ihlal edildiği kararına şekil ve esasla ilgili konular nedeniyle maalesef katılamıyorum.

1. Kararda, dilekçe 3 yönden incelenmiştir:

a. Başvurucunun, nüfus cüzdanındaki *"İslam"* ibaresini *"Alevi"* ibaresi ile değiştirmek istemesi;

b. Ya da, ek olarak, şu an için üzerinde İslam ibaresi bulunan kimlik kartından bu ibarenin kaldırılması;

c. Kimlik kartından din hanesinin kaldırılması.

2. Bana göre, ilk iki husus konusunda başvurucu mağdur sıfatını kaybetmiştir.

Aslında, 29 Eylül 2006'da kabul edilen değişikliklerle beraber dinle ilgili bilgilerin nüfus cüzdanından silinmesi mümkündür; böylece din ibaresi silinebilir ya da din hanesi boş bırakılabilir.

Ayrıca tüm bunlar basit bir yazılı işlemle yapılmaktadır.

Böylelikle ilk iki hususla ilgili sorunlara iç hukukta çözüm bulunmuştur ve bunların inceleme konusu yapılmaması gerekir.

3. Din hanesinin nüfus cüzdanından kaldırılmasına ilişkin üçüncü husus ise esas ve şekil bakımından incelenmelidir.

3.1. Şekli sorun: İç hukuk yollarının tüketilmemesi

Bu konu hakkında ne başvurucu ne de başka bir kimse tarafından bir iddiada bulunulmuştur.

Başvurucu iç hukukta ve mahkeme önünde ilk iki husus üzerinde durmakla yetinmiştir.

Oysaki Mahkemenin, iç hukuk yollarının tüketilmediği bir durumda iddiayı kabul edilebilir bulması genel uygulaması dâhilinde değildir.

Hükümet bu nokta üzerinde durmamıştır. Mahkemenin içtihadına göre de, hükümet tarafından ileri sürülen bir itiraz yoksa Mahkeme iddianın re'sen kabul edilemez olduğuna karar veremez.

Ancak olayda, Hükümet, bu sorunla karşılaşmamıştır. Bu nedenle de buna cevap vermemiş olmasından sorumlu tutulmamalıdır.

Eğer Mahkeme, bu durumu dilekçenin içinde görerek ya da başvurucu tarafından ileri sürülen diğer iddiaların bir parçası gibi kabul ederek, olayı bu açıdan inceleyecek olsaydı, bu konuda bir açıklamada bulunması için Hükümetin dikkatini çekmesi gerekirdi.

Ancak bu durumun yargılama sırasında, iç hukukta dile getirilmemiş olması nedeniyle, bu husus incelenemezdi.

3.2. Eğer çoğunluk gibi, esasın incelenmesi için şeklî açıdan bir sorun olmadığını kabul etsek bile, ben Mahkeme'nin nüfus cüzdanlarında din ile ilgili bir ibarenin bulunmaması talebinin dini inançlarla sıkı ilişki içinde olduğu ve kişinin en özel değerlerinden birinin açığa vurulması anlamına geleceği ve bu durumun da kişinin din özgürlüğüne ters düşeceği görüşlerine katılamıyorum.

Belirtmek isterim ki Folgerø ve Diğerleri ve Hasan ve Eylem Zengin kararlarındaki içtihada tamamıyla katılıyorum.

Sonuç olarak, dini inançlar kişinin kendi vicdanını ilgilendirir ve bunun kamu kurumları tarafından açıklanmasının istenmesi 9. madde dâhilinde bir sorun teşkil edebilir.

Bununla beraber, ibarenin silinmesini isteme hakkı herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Sadece yazılı şekilde yapılması yeterlidir.

Bu durumda kişi, kendi inancını açıklamak zorunda değildir, yalnızca o hanenin boş bırakılmasını istemesi yeterlidir.

Bence mahkeme, nüfuz cüzdanından din ibaresinin silinmesini istemenin dahi kişinin kutsal değerleri hakkında bir açıklama teşkil edeceği şeklindeki görüşü abartılıdır.

Mahkeme kendi içtihadını aşmaktadır: 9. maddenin ihlalinden bahsedebilmek için kişinin dinini açıklamak zorunda kalması gerekmektedir.

Olayda ise talep sahibi, ister Alevi ister Hristiyan, ister Yahudi ister ateist olsun, kamu kurumlarının bu konuda hiçbir bilgisi olmaksızın, din ibaresinin yer almadığı bir nüfus cüzdanına sahip olabilir.

Kanaatimce, çoğunluk kararı, Mahkemenin içtihadını aşmaktadır ve bu da devlete tanınması gereken takdir yetkisi ile bağdaşabilecek bir durum değildir.

Bunlara ilaveten, nüfus cüzdanları üzerinde din hanesinin neden bulunduğunu ve bunun kullanım alanının ve yararının ne olacağını anlayamıyorum.

AKTARIMLAR / AYRILMALAR / YİTİRDİKLERİMİZ

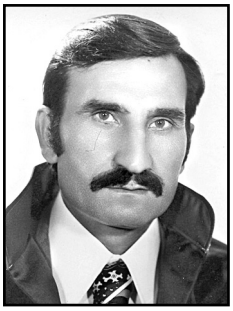
AKTARIMLAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	TARİHİ	BAROSU
1	38362	GÜL	İŞÇİ	Nakil Gitme	28.01.2010	TOKAT
2	27479	ERHAN	SİVLİM	Nakil Gitme	28.01.2010	ADANA
3	32091	UMUT	KIRTIL	Nakil Gitme	28.01.2010	BALIKESİR
4	37057	NAZMİYE	AYDINER	Nakil Gitme	28.01.2010	ANTALYA
5	32256	ARZU	BAYRAM	Nakil Gitme	28.01.2010	TEKİRDAĞ
6	35725	AYSUN	ÇOBANOĞLU	Nakil Gitme	28.01.2010	GİRESUN
7	17589	ABDULLAH	KARAOĞLAN	Nakil Gitme	04.02.2010	ADANA
8	22621	YILMAZ	BARAN	Nakil Gitme	11.02.2010	BATMAN
9	35519	SEÇİL	BAKKALCIOĞLU	Nakil Gitme	11.02.2010	İZMİR
10	27606	F. ŞİLEN	KAYMAZ	Nakil Gitme	11.02.2010	MUĞLA
11	12718	A. ZAFER	ATALAY	Nakil Gitme	11.02.2010	MUĞLA
12	14747	ERDAN	BARUT	Nakil Gitme	18.02.2010	İZMİR
13	17942	S. NESLİHAN	KÖKSAL	Nakil Gitme	18.02.2010	SAMSUN
14	38045	SEVGİ	SUNAL	Nakil Gitme	25.02.2010	İZMİR
15	22394	NERİMAN	GÜL EREN	Nakil Gitme	25.02.2010	BURSA
16	21748	BİLAL	ULUDAĞ	Nakil Gitme	25.02.2010	ADANA
17	28971	CENGİZ	KELEŞ	Nakil Gitme	25.02.2010	ERZİNCAN
18	38526	DERYA	ERGÜVEN	Nakil Gitme	04.03.2010	KAYSERİ
19	19063	MUSTAFA	KARAKAŞ	Nakil Gitme	04.03.2010	BURSA
20	35549	MERVE	DÖKMEN	Nakil Gitme	04.03.2010	TEKİRDAĞ
21	22590	BAKİ	AKDAŞ	Nakil Gitme	04.03.2010	UŞAK
22	26332	ÖZLEM	VATAN	Nakil Gitme	11.03.2010	İZMİR
23	35603	AYSU	YAZICIOĞLU	Nakil Gitme	11.03.2010	İZMİR
24	25481	ŞÜKRAN	DOĞAN	Nakil Gitme	11.03.2010	ANKARA
25	35114	HARDAN	ARSLAN	Nakil Gitme	11.03.2010	SİİRT
26	37275	F. FEYZA	GÜL	Nakil Gitme	11.03.2010	EDİRNE
27	30886	H. MURAT	GÜÇLÜ	Nakil Gitme	11.03.2010	KONYA
28	30554	ALPASLAN	ÇOBAN	Nakil Gitme	11.03.2010	ANKARA
29	16690	ÖZDEN	ÇAVUŞOĞLU	Nakil Gitme	11.03.2010	MUĞLA
30	13745	OKŞAN	ŞEN YILMAZ	Nakil Gitme	11.03.2010	İZMİR

AYRILMALAR

SIRA	SİCİL NO	ADI	SOYADI	DURUMU	TARİHİ
1	34764	A. BATUHAN	BAYTAZ	İstifa	28.01.2010
2	14239	NERİMAN	ÖNAL	İstifa	28.01.2010
3	25587	YAKUP CENGİZ	SARITAŞ	İstifa	28.01.2010
4	12731	NUR OSMAN	ASLAN	İstifa	28.01.2010
5	38329	AYKUT	ERSAN	İstifa	28.01.2010
6	11371	ORHAN	YAZICIOĞLU	İstifa	28.01.2010
7	19632	NERMİN	BAŞOL BİLSEL	İstifa	28.01.2010
8	36375	ŞEYDA	ŞANLI	İstifa	28.01.2010
9	20258	M. YALÇIN	BAYKAL	İstifa	28.01.2010
10	8828	AYHAN	TUNÇER	İstifa	04.02.2010
11	32629	MURAT	TANSEL	İstifa	04.02.2010
12	36520	NURHAN	HACİİBRAHİMOĞLU	İstifa	04.02.2010
13	5277	MUHTEREM	ŞERBETÇİ	İstifa	04.02.2010
14	5122	TÜLİN	KALEAĞASI	İstifa	11.02.2010
15	37175	UMUT	KOLOŞ	İstifa	11.02.2010
16	14711	SERDAR	BÖREKOĞLU	İstifa	18.02.2010
17	5684	SALİM KAYA	SEPİCİ	İstifa	18.02.2010
18	35292	SEDAT	ÖNER	İstifa	25.02.2010
19	27307	İBRAHİM HALİL	YILDIRIM	İstifa	25.02.2010
20	22081	ZÜLBİYE	YAMAÇ	İstifa	25.02.2010
21	28598	IŞIL	TAŞKIN	İstifa	04.03.2010
22	34632	İSMAİL	YILMAZ	İstifa	11.03.2010
23	12720	ALİ	KAYGISIZ	İstifa	11.03.2010
24	16905	NECDET	DOĞAN	İstifa	11.03.2010

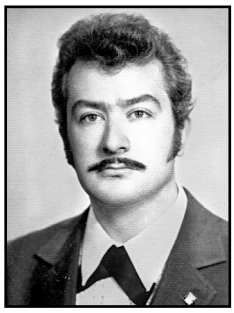
YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 11073 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
YUSUF ALPER
31.12.2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Adıyaman'da doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1978 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9123 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
CEVAT YALÇIN ERKAN
01.10.2008 tarihinde vefat etmiştir.

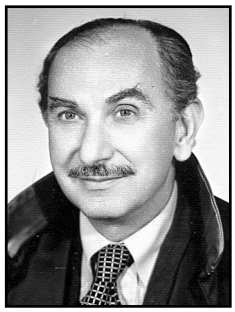
Merhum 1938 yılında Ordu'da doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11376 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
GÖNÜL ERGUN
11.09.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1942 yılında Niğde'de doğmuş, 1964 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11919 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
SÜLEYMAN AFFAN GÜRDAMAR
26.11.2009 tarihinde vefat etmiştir.

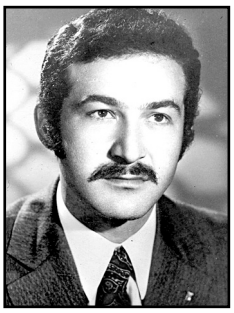
Merhum 1926 yılında Gümüşhane'de doğmuş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 20238 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ERCÜMENT DERİNÇAY
21.12.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1952 yılında Eyüp'te doğmuş, 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1995 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

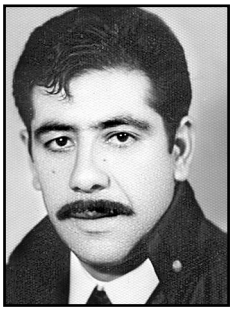
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10334 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
MEHMET EMİN TEKİNALP
29.12.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Tirebolu'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Giresun Barosu'nda yaparak, 1976 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10333 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
SÜLEYMAN BAYRAM
25.01.2010 tarihinde vefat etmiştir.

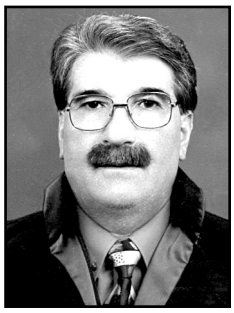
Merhum 1938 yılında Hınıs'da doğmuş, 1963 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Diyarbakır Barosu'nda yaparak, 1976 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 32101 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
ECE ARSLAN
30.01.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1982 yılında Eskişehir'de doğmuş, 2004 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2005 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

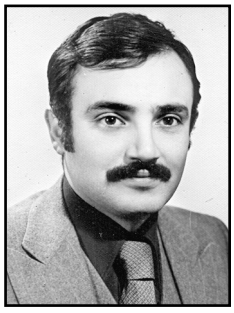
Merhumeye Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 22335 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
BEKİR HASTUNÇ
12.02.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Unuttepe'de doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

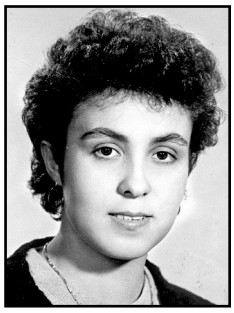
Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11180 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
AYHAN ZİLELİOĞLU
14.02.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1953 yılında Kayseri'de doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 14791 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
HÜLYA NALAN ARSLAN
16.02.2010 tarihinde vefat etmiştir.

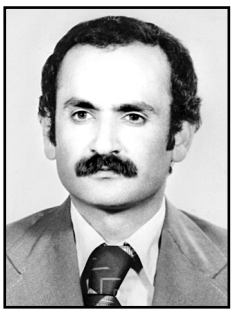
Merhume 1962 yılında Akhisar'da doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1987 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10436 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
MEHMET ŞENER YARDIM
25.02.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Ankara'da doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1976 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11849 sicil sayısında kayıtlı
AVUKAT
HALİL ZOR
05.03.2010 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1945 yılında Van'da doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

DİZİNLER

KAVRAMLARA GÖRE
ARAMA DİZİNİ

A

506 SAYILI YASA'DA BELİRTİLEN SINIRLARIN ÖNEMİ 1165
900'LÜ HATLAR 1227
ABONELİK SÖZLEŞMESİ 1101
ABONENİN İSTEĞİ OLMAKSIZIN HAT AÇILMASI 1227
ACİL DURUMLAR 1065
ADLİ YARGININ GÖREVİ 1296
AĞAÇLARIN DEĞERİNİN SAPTANMASI 1107
AİLE KONUTU 1084
ALACAĞIN FAİZİYLE TAHSİLİ 1273
ALACAKLININ DAVRANIŞI 1242
ALACAKLININ DURUMU 1281
ALT İŞVEREN 1182
ARAÇ ZARARI 1210
ASIL İŞVEREN 1182
AVUKAT İLE VEKİL EDEN ANLAŞMAZLIĞI 1171
AVUKATIN HAKLARI 1221
AVUKATLIK HUKUKU .....1171 - 1221

B

BAĞ-KUR'UN RÜCU HAKKI 1210
BAKANLIĞIN SORUŞTURMAYA İZİN VERMEMESİ 1337
BANKADA AÇILACAK HESABA ÖDEME YAPILMASI ZORUNLULUĞU 1126
BEDENİ ÇALIŞMA ÖLÇÜTÜ 1175
BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞME 1192
BEŞ YILLIK HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE 1295
BİRLİKTE SORUMLULUK 1182
BONONUN DELİL OLARAK İŞLEVİ 1284
BORCU KESİN OLARAK ORTADAN KALDIRAN KANITIN NİTELİĞİ 1046
BORÇLU OLMADIĞININ TESPİTİ DAVASI 1242
BORÇLUNUN HACZİ ÖĞRENDİĞİNİ BEYAN ETMESİ 1220
BORÇLUNUN İFLASI 1264
BORÇLUNUN İZLEYECEĞİ YOL 1223
BORDRO İLE FİİLEN YAPILAN ÖDEMENİN BİRBİRİNİ TUTMAMASI 1153
BOŞANMADA KUSUR 1081

Ç

ÇALIŞANIN BANKAYA VERDİĞİ ZARAR 1139
ÇEK ALACAKLISI 1219
ÇELİŞKİLİ DURUM 1262

D

DAVA AÇMA HAKKI 1094
DAVA VE TARAF EHLİYETİ 1083
DAVACININ DAVA SIRASINDA ÖLÜMÜ 1160
DAVADA DERDESTLİK 1159
DAVADA GÖREV ..... 1277 - 1284
DAVADA HUSUMET 1052
DAVADA TARAF OLABİLME KOŞULU 1233
DAVALININ SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI 1270
DAYANAK BELGELERİNİN İBRAZI 1223
DEĞER TESPİTİ 1261
DEVLETİN TEMEL GÖREVİ 1065
DOĞUM TARİHİNİN DÜZELTİLMESİ 1271

E

ECRİMİSİL DAVASI 1094
EKONOMİK KRİZİN GEREKLİ NEDEN OLABİLECEĞİ 1198
EKSİK EVRAK NEDENİYLE GERİ ÇEVİRME 1272
EKSİK ÖDENEN İKRAMİYE 1120
ELEKTRİK ABONELİĞİ 1240
ESER SÖZLEŞMESİ ..... 1255 - 1256
ESKİ HALE GETİRME 1270
EŞLERİN HAKLARI 1084
EŞYA HUKUKU 1261

F

FAİLİ VE ZARARI ÖĞRENME KOŞULU 1057
FAİLİN TEMMERRÜT TARİHİNDEN BAŞLAMASI 1060
FAZLA ÇALIŞMA - HAFTA TATİLİ - GENEL TATİL 1159
FAZLA ÇALIŞMA 1347
FAZLA ÇALIŞMANIN KANITLANMASI 1117
FESHİN SON ÇARE OLMASI 1198
FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ 1172
FİİLEN KULLANILAN SU BEDELİ 1101

G

GABİN ve EHLİYETSİZLİK SAVININ SONUÇLARI 1231
GARAME 1281
GENEL KURUL KARARININ İPTALİ 1272
GEREKÇELİ KARARLA KISA KARAR ARASINDAKİ ÇELİŞKİ 1060
GÖREVLİ MAHKEME .....1185 - 1283

H

HACZE KARŞI ŞİKAYET SÜRESİ 1220
HAFTA TATİLİ ÜCRETİNE HAK KAZANMA KOŞULU 1159
HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ 1293
HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE 1111
HAKİMİN REDDİ İSTEMİ 1289
HAKİMİN REDDİ İSTEMİNDE İDARİ PARA CEZASI 1289
HAKİMİN REDDİ İSTEMİNDE KÖTÜNİYET 1289
HAKLI NEDENLE FESİH 1189
HAKSIZ FİİLDE ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICI 1057
HATIR TAŞIMASI 1099
HAZİNE ZARARI 1065
HESAPLAMA YÖNTEMİ 1087-1237
HİZMET KUSURU 1327
HİZMET TESPİTİ 1293
HİZMET TESPİTİ DAVASI 1295
HUKUKİ YARAR KOŞULU 1242

İ

ISLAH 1089
İCRA HUKUKU 1242-1281
İCRA TAKİBİNDE ZAMANAŞIMI 1279
İDARENİN MÜTERAFİK KUSURU 1240
İDARENİN SORUMLULUĞU 1102
İDARİ İŞLEME DAYANAN KANIT 1052
İFA İMKANSIZLIĞI 1246
İHBAR TAZMİNATI 1122
İHBAR TAZMİNATINDA ZAMANAŞIMI 1122
İHBAR TAZMİNATININ HUKUKİ NİTELİĞİ 1122
İHTİYATİ HACİZ 1281
İKİNCİ KATSAYI KARARI 1301

İLAMSIZ TAKİP 1223
İLK DİLEKÇE İLE ZAMANAŞIMI DEFİNDE BULUNULMAMASI 1153
İMZA VE YAZI İNCELEMESİ 1219
İNANÇ SÖZLEŞMESİ 1251
İNANÇLI İŞLEMLER 1073
İNSAN SAĞLIĞI 1065
İNTİFA HAKKI 1261
İNTİHAL (BİLİM HIRSIZLIĞI) 1055
İSPAT KOŞULU 1244
İSPAT KÜLFETİ 1044
İSPAT YÖNTEMİ 1073-1251
İSPAT YÜKÜ 1189-1284-1347
İSTİHKAK DAVASININ AKİBETİ 1264
İSTİRDAT DAVASI 1089
İŞ DEĞİŞİKLİĞİNİ KABUL ETMEYEN İŞÇİ 1179
İŞ GÜCÜ KAYBI TAZMİNATI 1165
İŞ GÜCÜ KAYBI TAZMİNATINA ESAS ÜCRETİN
ASGARİ ÜCRETİN İKİ KATI OLACAĞI 1165
İŞ HUKUKU 1117-
1119-1120-1122-1126-1128-1139-1144-1146-1150-1153-1156-1159-1160-
1165-1169-1172-1175-1179-1182-1185-1189-1192-1196-1198 -1204-1229
İŞ MAHKEMESİNİN GÖREVİ 1229
İŞ YERİ 1244
İŞÇİDEN ALINAN TEMİNAT SENEDİNİN İPTALİ 1229
İŞÇİLİK ALACAKLARI 1185
İŞÇİNİN HİZMET SÜRESİ 1119
İŞÇİNİN KİŞİSEL ÖZELLİKLERİ, KIDEMİ, MESLEK ÜNVANI 1150
İŞE BAŞLATMAMA HALİNDE KARARIN KESİNLEŞMESİNE KADAR
GEÇECEK DÖNEMDE YENİ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN
YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ 1204
İŞE İADE 1172-1179
İŞE İADE DAVASI 1160-1198-1204
İŞİ DEĞİŞTİRİLEN İŞÇİ 1179
İŞLETEN SIFATI 1210
İŞTEN AYRILMA KOŞULU 1144
İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYET 1094
İŞYERİNİN DEVRİ 1117
İYİNİYET KOŞULU 1084
İYİNİYET KOŞULU 1219
İZLENECEK YOL 1052

K-L

KAMU ALACAĞI *1273*
KAMU GÖREVLİSİNİN SENDİKAYA ÜYE OLMADIĞI HALDE MAAŞINDAN ÜYELİK AİDATI KESİLMESİ *1169*
KAMU KURUMUNDA MEMURİYETTE GEÇEN SÜRENİN KIDEM TAZMİNATINA ETKİSİ *1146*
KAMULAŞTIRMA *1107*
KAMULAŞTIRMA HUKUKU *1107*
KARAR DÜZELTME TALEPLERİ *1049*
KARAR DÜZELTMEDE UYGULANACAK HÜKÜMLER *1049*
KARŞI TARAFA YÜKLENEN VEKALET ÜCRETİ *1221*
KAT İRTİFAKLI ANAYAPIDA PROJEYE AYKIRILIK *1269*
KAT MÜLKİYETİ *1272*
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU *1269*
KEMAL TAŞKIN ve DİĞERLERİ – TÜRKİYE KARARI *1363*
KENDİ İSTEĞİ İLE İŞYERİNDEN AYRILANIN KIDEM TAZMİNATINI HAKEDEMEYECEĞİ KURALI *1146*
KESİLEN AİDATLARIN İADESİ *1169*
KESİN SÜRENİN KOŞULLARI *1040*
KESİNLEŞME *1279*
KESİNTİLİ ÇALIŞMALAR *1295*
KESİNTİSİZ ÇALIŞMALAR *1293*
KIDEM SÜRESİNE EKLENMEYECEK SÜRELER *1146*
KIDEM TAZMİNATI *1128*
KIDEM TAZMİNATINI HAKETME KOŞULLARI *1146*
KIDEM VE İHBAR TAZMİNATLARI İLE İŞÇİLİK ALACAKLARI *1150*
KİRA SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ OLARAK FESHEDİLMESİ *1231*
KİRACININ HAKLARI *1231-1235*
KİRALANAN YERDE YAPILAN TADİLAT *1235*
KULLANILMAYAN ELEKTRİK BEDELİ SORUMLULUĞU *1240*
KURUMUN BİRLİKTE KUSURU *1227*
KURUMUN TESPİT BELGESİ VERMESİ *1209*
KUSUR TESPİTİ *1262*
KÜÇÜK ESNAF ÖLÇÜTÜ *1185*
KÜÇÜK ESNAF SANATKAR-TACİR AYRIMI *1175*
LİKİT ALACAK *1256*

M-N

MADDİ-MANEVİ TAZMİNAT 1081-1327
MADDİ-MANEVİ TAZMİNAT DAVASI 1034
MADDİ TAZMİNATTAN YAPILACAK OLAN İNDİRİMLER 1215
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ 1262
MAHKEMECE YAPILACAK İŞLER 1083
MEMURİYETTE GEÇEN SÜRENİN HESABA EKLENMESİ 1128
MİRAS HUKUKU 1094
MİRAS ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET REJİMİ 1094
MİRASÇILARIN HAKLARI 1029
MÜTERAFİK KUSUR 1099
MÜTESELSİL SORUMLULUK 1182
NEDENSELLİK BAĞI 1102
NOTER KANALIYLA BİLDİRİMİ KOŞULU 1111

O-Ö

ORTAK YERLERE MÜDAHALENİN ÖNLENMESİ 1269
ORTAKLIĞIN SONA ERMESİ 1244
ÖDEMENİN BAŞKA BİR BORCA YÖNELİK OLDUĞU SAVI 1044
ÖDENEN PARANIN İADESİ 1087-1246
ÖLÇÜLÜLÜK DENETİMİ 1172
ÖNALIM HAKKI 1111

P-R

PARA DEĞERİNİN GÜNCELLENMESİ 1087
PARTİ İLÇE BAŞKANININ İŞVEREN SIFATI VAR MIDIR? 1293
PAY DEVRİ 1244
PERFORMANS DÜŞÜKLÜĞÜ 1179
PERSONELİN SORUMLULUĞU 1065
RESMİ NİTELİKTEKİ İŞVEREN KAYDI 1347
RESMİ SÖZLEŞME 1244

S-Ş

SAĞLIK HARCAMALARI 1065
SAHTE VEKALETNAMEYLE SATIŞ 1102
SAKLI PAY KURALLARI 1029
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME 1087
SENDİKAL TAZMİNAT 1156

SİGORTA HUKUKU 1215
SİGORTA ŞİRKETİNCE GİDERİLEN ZARAR MİKTARININ MUNZAM ZARARDAN İNDİRİLMESİ 1196
SİNAN IŞIK - TÜRKİYE KARARI 1377
SIRA CETVELİ 1281
SIRA CETVELİNDEN TERKİN TALEBİ 1277
SIRA CETVELİNE İTİRAZ 1278-1279
SIRA CETVELİNE İTİRAZ DAVASI 1284
SİTE YÖNETİMİ 1233
SON İŞVERENİN İHBAR TAZMİNATI SORUMLULUĞU 1122
SORUMLULARIN SAPTANMASI 1101
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU 1209-1210
SOYHAN C. TÜRKİYE DAVASI 1353
SSK KAYITLARININ İŞLEVİ 1119
SULH İLE SONUÇLANAN DAVA 1237
SÜRÜCÜNÜN ALKOLLÜ OLMASI 1099
ŞİRKET ZARARLARININ ZARARI VEREN İŞÇİ TARAFINDAN KARŞILANMASI 1196

T

TAKSİ ŞOFÖRÜ 1185
TALEBİN BÜTÜNÜ ÜZERİNDE HÜKÜM KURULABİLECEĞİ 1089
TAMAMLANMIŞ ve İÇİNE YERLEŞİLMİŞ YAPIDA KAT MÜLKİYETİ KANUNU HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI 1269
TAPU İPTALİ 1052-1073
TAŞINMAZ SATIŞI 1246-1261
TEBLİGAT HUKUKU 1091
TEMERRÜT FAİZİ 1237
TEMYİZ AŞAMASINDA KANIT SUNMA YASAĞINA AYRIK DURUM 1046
TİCARİ İLİŞKİ KOŞULU 1284
TİCARİ VEYA MESLEKİ AMAÇLA TÜKETİM 1283
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ 1156
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEKİ YARDIMLARIN YAPILACAK HESAPLAMAYA ETKİSİ 1165
TRAFİK KAZASI 1215
TÜKETİCİ MAHKEMESİ 1283
TÜZEL KİŞİLİK 1233

U-Ü

USUL İŞLEMLERİ 1040
USULSÜZ TEBLİGAT 1091-1270
USULSÜZ TEBLİGAT SONUCU VERİLEN HÜKMÜN GEÇERSİZLİĞİ 1091
UYGULANACAK KURALLAR 1055
UZAMIŞ ZAMANAŞIMI 1034
ÜCRET 1153
ÜCRET HESAP PUSULASI 1126
ÜCRET UYGULANACAK FAİZ 1120
ÜCRETİN MİKTARININ BELİRLENMESİ 1153
ÜCRETİN ÖDENDİĞİNİ İSPATLAMANIN İŞVEREN SORUMLULUĞUNDA BULUNMASI 1126
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI 1084
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİNİYETİ 1073

V

VASİYET BENZERİ İŞLEMLER 1029
VEKALET ÜCRETİ 1237
VERGİ DAİRESİ HACZİNİN SIRASININ TESPİTİNDE ÖLÇÜT 1278
VERGİ KAYDINDAKİ İSMİN DÜZELTİLMESİ 1296
VERİLECEK KARAR 1160

Y

YANLIŞ ORGANDAN PARÇA ALINMASI 1327
YANLIŞ TIBBİ MÜDAHALE 1327
YANLIŞ VEKALET ÜCRETİ TAYİNİ 1273
YAPILAN İŞİN BEDELİ 1256
YARARLANMA HAKKI 1278
YARGIÇ ve SAVCILARIN YARGILANMASI 1333-1337
YARGILAMA GİDERLERİ 1172
YARGILAMANIN YENİLENMESİ 1091
YAŞ DEĞİŞİKLİĞİ 1271
YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANMA 1209
YEMİN 1244
YILLIK İZNİN KULLANILDIĞININ KANITLANMASI 1144
YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKININ ÜCRETE DÖNÜŞMESİ 1144

Z

ZAMANAŞIMI 1128-1139-1156-1255
ZAMANAŞIMI SÜRESİ 1034
ZARAR GÖRENİN KARŞI KUSURU 1102
ZİNCİRLEME SÖZLEŞME 1192
ZORUNLU KOLTUK SİGORTASI 1215

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• ***ANAYASA*** *(AY)*
Madde 141/3 1060

• ***AVUKATLIK KANUNU*** *(AVK/1136)*
Madde 164 1171

• ***BANKALAR KANUNU*** *(4389)*
Madde 5 1139

• ***BANKACILIK KANUNU*** *(5411)*
Madde 141 1139

• ***BANKACILIK KANUNU*** *(Yeni) (5472)*
Geç. Madde 11 1139

• ***BORÇLAR KANUNU*** *(BK/818)*
Madde 41 1034
Madde 42, 43, 44, 49 1081
Madde 60 1034
Madde 81 1073
Madde 125 1122
Madde 179 1117
Madde 323 1153
Madde 338 1192
Madde 347/1 1160

• ***ESNAF VE SANATKARLAR KANUNU*** *(ESK/507)*
Madde 2 1175

• ***ESNAF VE SANATKARLAR, MESLEK KURULUŞLARI KANUNU*** *(ESMKK/5362)*
Madde 763 1175

• ***HAKİM VE SAVCILAR KANUNU*** *(HSK/2802)*
Madde 97/3 1333

• ***HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU*** *(HUMK/1086)*
Madde 29 1289
Madde 36/ıv 1289
Madde 53 1289
Madde 74 1196
Madde 381, 388 1060
Madde 388/son 1089
Madde 389 1060
Madde 417 1172
Madde 428 1073-1270
Madde 429 1055

• ***İCRA İFLAS KANUNU*** *(İİK/2004)*
Madde 277..... 1049

• ***İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU*** *(İYUK/2577)*
Madde 49..... 1337

• ***İŞ KANUNU*** *(İK/4857)*
Madde 4/1-1 1175
Madde 8 1150-1153
Madde 11 1192
Madde 12 1198
Madde 15 1192
Madde 17 1122-1189
Madde 18 1160-1179-1198
Madde 18/3 1198
Madde 20 1189-1198
Madde 20/2 1198
Madde 20/2-3 1172
Madde 20/3,..... 1160-1179
Madde 21 1160-1198-1204
Madde 22 1179-1198
Madde 24 1122
Madde 25 1122-1189
Madde 25/II-4 1179
Madde 26 1122
Madde 31 1153
Madde 32 1122-1126-1150-1153
Madde 34 1120
Madde 37 1126-1150
Madde 53/4 1153

Madde 59 1144
Madde 120 1146

• ***İŞ KANUNU*** *(Eski) (İK/1475)*
Madde 14 1122-1128-1160
Madde 43/1 1153

• ***İŞ MAHKEMELERİ KANUNU*** *(İMK/5521)*
Madde 1 1175

• ***KAT MÜLKİYETLERİ KANUNU*** *(KMK/634)*
Madde 17 1269

• ***MEDENİ KANUN*** *(MK)*
Madde 873 1073

• ***ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI HAKKINDA KANUN*** *(ÖUHK/4046)*
Madde 21 1165

• ***SENDİKALAR KANUNU*** *(4688)*
Madde 14, 25 1169

• ***SOSYAL SİGORTALAR KANUNU*** *(SSK/506)*
Madde 77, 78 1165

• ***TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE LOKAVT KANUNU*** *(2822)*
Madde 42/5.....1146
Madde 61 1120

• ***TÜRK CEZA KANUNU*** *(ESKİ) (TCK/765)*
Madde 102/4, 103, 104 1034

• ***TÜRK MEDENİ KANUNU*** *(TMK/4721)*
Madde 4 1081
Madde 11 1160
Madde 174/1, 186 1081
Madde 194/1-2 1084
Madde 599 1160
Madde 733 1111
Madde 1023..... 1073-1084

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
2006/3-754	2006/757	29.11.2006	1029
2008/4-326	2008/325	16.04.2008	1034
2008/4-655	2008/664	05.11.2008	1040
2008/3-752	2008/741	17.12.2008	1044
2009/9-586	2010/31	27.01.2010	1046
2009/17-21	2009/55	04.02.2009	1049
2009/8-59	2009/106	04.03.2009	1052
2009/4-77	2009/114	11.03.2009	1055
2008/4-558	2008/547	17.09.2009	1057
2009/9-397	2009/453	21.10.2009	1060
2009/4-471	2009/578	23.12.2009	1065

√ ***YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/4531	2009/5348	07.05.2009	1073

√ ***YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/12439	2008/12833	08.10.2008	1081
2008/5860	2009/9095	08.05.2009	1083
2008/14398	2009/20160	19.11.2009	1084

√ ***YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/13859	2008/16353	09.10.2008	1087
2008/13020	2008/18230	30.10.2008	1089
2009/529	2009/3139	02.03.2009	1091
2009/11496	2009/15766	15.10.2009	1094

√ ***YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2005/1430	2006/3027	21.03.2006	1099
2005/4899	2009/3452	29.03.2006	1101
2009/1913	2009/2811	26.02.2009	1102

√ ***YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/13027	2009/14195	02.11.2009	1107

√ ***YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/7141	2009/10701	08.12.2009	1111

√ ***YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2004/13691	2004/22966	12.10.2004	1117
2007/34772	2008/34278	19.12.2008	1119
2008/44602	2008/35169	23.12.2008	1120
2007/34347	2009/1626	05.01.2009	1122
2007/34640	2009/608	21.01.2009	1126
2007/23503	2009/1639	05.02.2009	1128
2007/30301	2009/6217	09.03.2009	1139
2007/41415	2009/12145	30.04.2009	1144
2007/34750	2009/12896	07.05.2009	1146
2008/372	2009/15530	02.06.2009	1150
2008/14702	2009/18522	02.07.2009	1153
2009/15255	2009/18578	03.07.2009	1156
2008/37063	2009/19394	06.07.2009	1159
2009/21710	2009/22886	15.09.2009	1160
2009/30270	2009/23153	15.09.2009	1165
2009/31028	2009/23196	15.09.2009	1169
2009/14860	2009/23822	18.09.2009	1171
2009/31489	2009/25565	05.10.2009	1172
2009/24548	2009/23645	18.09.2009	1175
2008/42886	2009/24409	28.09.2009	1179
2008/43245	2009/22668	05.10.2009	1182
2009/29071	2009/23664	18.10.2009	1185
2008/42859	2009/27865	19.10.2009	1189
2009/37959	2009/29276	26.10.2009	1349
2008/12186	2009/32934	02.12.2009	1192
2009/22738	2009/33863	08.12.2009	1196
2009/11733	2009/34774	14.12.2009	1198
2009/34598	2009/37902	28.12.2009	1204

√ ***YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2007/996	2007/19434	20.11.2007	1209
2008/5267	2009/14829	29.09.2009	1210

√ ***YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/8521	2009/12939	14.12.2009	1215

√ ***YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2007/16259	2007/16017	10.09.2007	1219
2008/26976	2009/489	15.01.2009	1220
2009/1556	2009/3273	19.02.2009	1221
2009/11169	2009/18774	12.10.2009	1223

√ ***YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2006/12611	2007/734	29.01.2007	1227
2007/13308	2008/3334	10.03.2008	1229
2008/13957	2009/4805	09.04.2009	1231
2008/14684	2009/5645	27.04.2009	1233
2009/8051	2009/11129	08.10.2009	1235
2009/1958	2009/11222	12.10.2009	1237
2009/4964	2009/11563	14.10.2009	1240
2009/4860	2009/11605	15.10.2009	1242
2009/6940	2009/131541	12.11.2009	1244
2009/5788	2009/13309	16.11.2009	1246

√ ***YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/9385	2009/10333	05.10.2009	1251

√ ***YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2006/7107	2006/7172	07.12.2006	1255
2009/4455	2009/4892	28.09.2009	1256

√ ***YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/5899	2009/1629	23.03.2009	1261
2008/4923	2009/1869	30.03.2009	1262
2009/8631	2009/7158	03.11.2009	1264

√ ***YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2004/5043	2004/7104	11.10.2004	1269
2008/6228	2008/10823	23.10.2008	1270
2009/2208	2009/6327	11.06.2009	1271
2009/525	2009/6356	11.06.2009	1272
2009/890	2009/6606	16.06.2009	1273

√ ***YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2007/4375	2007/8192	27.09.2007	1277
2007/4412	2008/8194	27.09.2007	1278
2007/3914	2007/8604	04.10.2007	1279
2007/4006	2007/8606	04.10.2007	1281
2008/6877	2009/1395	23.02.2009	1283
2009/3738	2009/3500	22.04.2009	1284
2009/4539	2009/5216	03.06.2009	1284

√ ***YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2009/15117	2009/18029	07.12.2009	1289

√ ***YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/10029	2008/18311	24.11.2008	1293
2008/13418	2009/13375	22.10.2009	1295
2008/19623	2009/15628	24.11.2009	1296

√ ***DANIŞTAY SEKİZİNCİ DAİRE***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2010/2	????/????	27.01.2010	1301

√ ***DANIŞTAY ONUNCU DAİRE***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/11112	2009/2529	31.03.2009	1327

√ ***ANKARA 10. İDARE MAHKEMESİ***

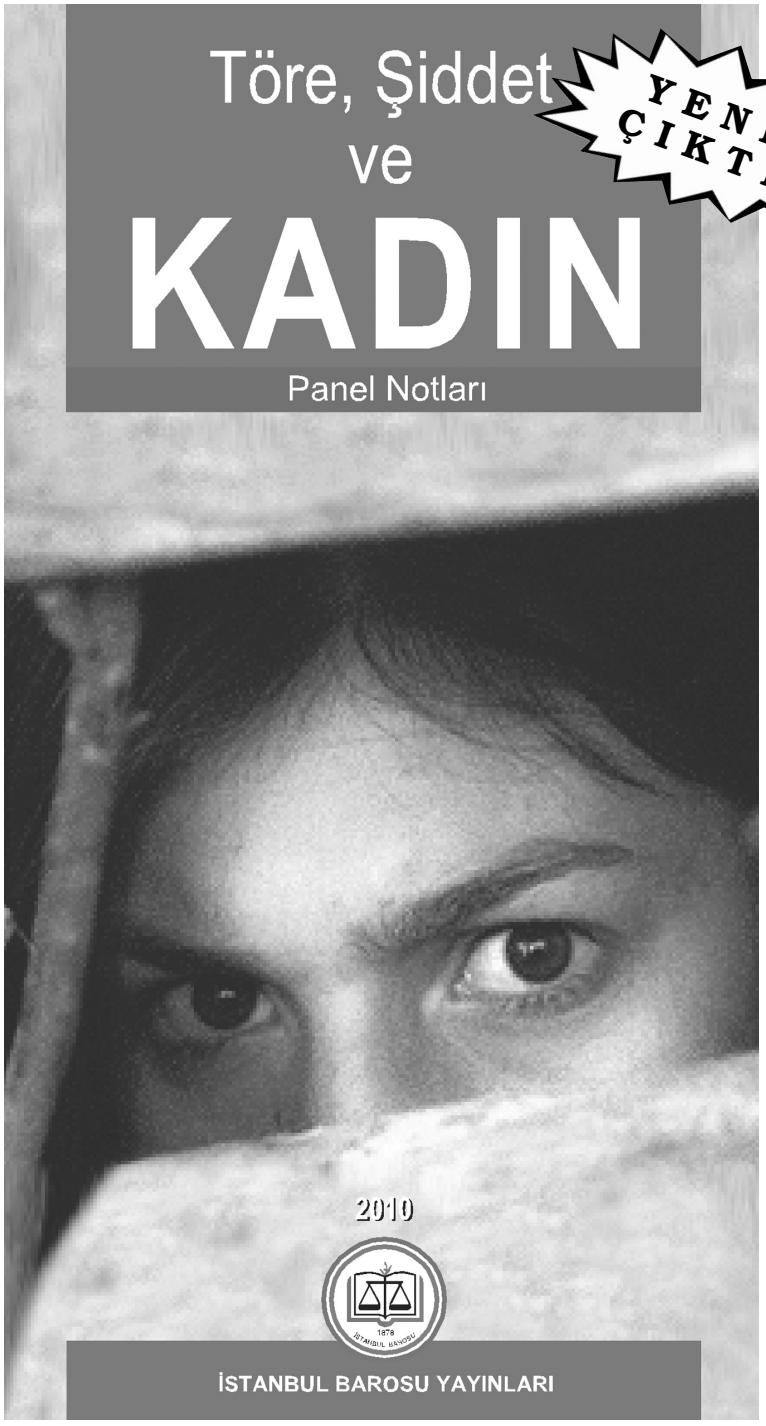
E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/1797	2008/2495	29.12.2008	1333

√ ***DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2007/736	2009/1793	22.10.2009	1337

√ ***ÜSKÜDAR 1. İŞ MAHKEMESİ***

E.No	K.No	K.Tarihi	Sayfa No
2008/367	2009/404	05.06.2009	1347



İstanbul Barosu Yayınları
Cep Kitabı