İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2012
CİLT: 86 • SAYI: 2012/2 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2012

CİLT: 86 • SAYI: 2012/2 ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

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

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

•

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

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Yörük KABALAK

•

Genel Yazman
Av. Coşkun ONGUN

•

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

•

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

•

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

www.egebasim.com.tr

Baskı: Nisan 2012

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

•••

Dergide yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı YAZIM KLAVUZU esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

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

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

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULU'NDAN..... 11

YAZILAR 17

Prof. Dr. Ersan ŞEN

TELEFON DİNLEME YOLUYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN İSPAT GÜCÜ VE BU DELİLLERDEKİ HUKUKA AYKIRILIKLARIN SONUÇLARI İLE UYGULAMADAKİ HATALAR.....19

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

TAPU KANUNU M.35'DE YAPILAN DEĞİŞİKLİK TASARISININ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ 37

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY

MTO TAHKİM KURALLARI 2012 48

Yrd. Doç. Dr. Taner AYANOĞLU

İNSAN ZARARLARINA İLİŞKİN TAM YARGI DAVALARINI ÇÖZME GÖREVİNİ ASLİYE HUKUK MAHKEMELERİNE VERMEK REFOM MU YOKSA FANTEZİ Mİ? 71

Prof. Dr. Süheyl DONAY

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TCK'NIN 297/2. MADDESİNİ İPTAL EDEN KARARI ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER 82

Av. Tuncay BİLEN

YENİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER.....87

Av. Ömer SELAMOĞLU

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI VE SON DÜZENLEMELER IŞIĞINDA YABANCILARA GAYRİMENKUL SATIŞI 94

Av. Sezer YÜNLÜ

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN UYGULAMASINDA KARŞILAŞILACAK SORUNLAR VE AYDINLANMASI GEREKEN KONULAR.....111

R. Tansel TİMUR

ULUSAL VE ULUSLARARASI MEVZUATTA KLAS KURULUŞLARI.....116

Av. Zeki YILDAM

HUKUK DEVLETİ NEDİR?.....152

Av. Ramazan GÖNEN

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN, LAYİHALAR TEATİSİNE GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE ÖN İNCELEME HÜKÜMLERİ 163

Av. Sıla BAŞARAN

MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ 172

Av. Kadriye Pınar ÇALIM

İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK, İŞYERİ UYGULAMALARI VE DİRENME HAKKI 184

Av. Talih UYAR

"TAKİP KONUSU SENEDİN SAHTE OLARAK DÜZENLENMİŞ OLDUĞU" İLERİ SÜRÜLEREK, İCRA TAKİBİNİN DURDURULMASI NASIL SAĞLANABİLİR? 199

Necip Taha GÜR

MÜDAFİİN DOSYA İNCELEME HAK ve YETKİSİ.....208

Av. Duygu Yıldırım ERTÜTÜNCÜ
MADDİ ZARARIN TESPİTİNDE DENKLEŞTİRME 220

Av. Tayfun ERCAN
YENİ TİCARET KANUNU'NDA ELEKTRONİK İŞLEMLER....227

Ferhat YILDIRIM
AVUSTURYA SİGORTA HUKUKUNDA AŞKIN SİGORTA....235

Av. Ömer Lütfi COŞAR
TOPLU YAPILARDA 634 SY. KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NU DEĞİŞTİREN 5711 SY. KANUNA "UYARLANMAMIŞ" YÖNETİM PLANLARININ UYGULAMASI SORUNU 241

Av. İlker Hasan DUMAN
YÜKLENİCİDEN ALACAĞI BULUNAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARSA SAHİBİ ALEYHİNE TAPU İPTAL ve TESCİL DAVASI AÇMASI 248

Av. Vural SOYTEKİN
TÜP GAZ ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTALARI GENEL ŞARTLARINDA KUSURSUZ SORUMLULUK....257

Av. Hüseyin ATEŞ
MOTORLU ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA DARALTAN ANLAŞMALAR....262

YARGITAY KARARLARI
YARGITAY HUKUK GENEL KURULU....273
YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ....323
YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ....325
YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ....330
YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ....334
YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ....336
YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ....338
YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ....341
YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ....343
YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ....363
YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ....383
YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ....395
YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ....401
YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ....404
YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ....406
YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ....410
YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ....413
YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ....414
YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ....420
YARGITAY CEZA DAİRELERİ 422

NÜFUS DAVALARINA İLİŞKİN YARGITAY KARAR DERLEMESİ
Derlenen Kararlar 431

UYGULAMADAN DOSYALAR
Dosyalar....487

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI
Disiplin Kurulu Kararları 497

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI
Mahkeme Kararı 511

AİHM KARARLARI
Kararlar 521

YARARLI BİLGİLER
Tablolar , Çizelgeler 549

YİTİRDİKLERİMİZ , NAKİLLER VE AYRILMALAR
Yitirdiklerimiz 559
Nakiller 565
Ayrılmalar 566

KAVRAM DİZİNİ
Kavramlara Göre Arama Dizini 569

YAYIN KURULU'NDAN

YABANCILARA TOPRAK SATIŞI VE EŞİTLİK İLKESİ

Bu sayımızda da yürürlüğe girmesinin üzerinden belli bir zaman geçmesine karşın, çeşitli maddeleri üzerinde ikilemlerin yaşandığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) getirdiği yenilik ve değişikliklerin işlendiği yazıların ağırlığı, dikkatinizden kaçmayacak.

HMK'da olduğu gibi yakın zamanda yürürlüğe girecek olan Borçlar ve Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği yenilikleri ele alan yazılara da ilerleyen sayılarımızda yer vermeyi sürdüreceğiz.

***

Yabancılara toprak satışı konusunda yeni düzenlemelere gidildi. Yöneticilerin ekonomideki bazı açıkları kapatmak adına yabancılara toprak satışını kolaylaştırıcı bazı adımlar attığına tanık olduk. Bu konuda iki yazıyı sizinle paylaşıyoruz. Bir gelenek ve gereklilik olan "karşılıklılık ilkesinin" kaldırılması ekseninde yaşanan tartışmaların artarak süreceğini düşünüyoruz. Konuyla ilgili olanların bu sayımızda yer alan iki yazıya göz atmalarını öneriyoruz.

***

Sayfalarımızda Yargıtay tarafından verilen nüfus davalarına ilişkin karar derlemesine de ulaşabilirsiniz.

Yaş düzeltme davaları, soyadı kararları ve doğum ile ölüm olgularından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ışık tutan içtihatlardan oluşan derleme, konuyla ilgili birçok meslektaşımızın işini kolaylaştıracak diye umuyoruz.

Soyadı demişken konuyla ilgili yeni bir de Anayasa Mahkemesi kararımız var. Kadının çocuğa kendi soyadını verebilmesinin önünü açan kararında yüksek mahkeme, özellikle eşitlik ilkesinin nasıl yorumlanacağı konusunda çığır açacak nitelikte tespitlere yer veriyor. Farklı konumda olanlara farklı, aynı hukuki durum içerisinde olanlara aynı hukuk kurallarının uygulanması gerekebileceğini vurgulayan yüksek mahkeme salt cinsiyete dayalı nedenle bireylere farklı hukuki normların uygulanamayacağına hükmederek kadın erkek eşitliği konusunda önemli bir karara imza attı.

***

Geride bıraktığımız zaman diliminde acı bir olay yaşadık. Hukuk camiasını sarsan haber Ağrı'nın Doğubeyazıt ilçesinden geldi. İlçede Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan **Hakan Kılıç** silahlı saldırı sonucu yaşamını yitirdi. Hukukun üstünlüğü mücadelesi veren özverili Cumhuriyet Savcımızın ailesine ve tüm meslektaşlarımıza başsağlığı dileklerimizi iletiyoruz.

Umudun yeşerdiği yarınlarda görüşmek dileği ile…

Yayın Kurulu

Açıklama:

Baro derginizin 2012/1. Sayısında yer alan Sayın *Orhan Yılmaz*'ın çekişmesiz yargı ile ilgili yazısını, önceki yazıları gibi, zevkle okudum.

Yazıda belirtilen bir hususla ilgili okuyanlarda yanlış bilgi olmaması için, konu ile ilgili Yargıtay 11.H.D 2.12.2011 tarih 13181/16340 sayılı kararını ilişikte gönderiyorum. Buna göre, kambiyo senedinin zayii nedeniyle açılan iptal davasında, Sulh Hukuk Mahkemesi değil, Ticaret mahkemesi görevlidir. Saygılarımla. *Ahmet Selim Sarıkaya* Ankara 11 Asliye Hukuk Hakimi

Yazarın Açıklaması:

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin bu görüşte olduğunu biliyorum. Ancak, bu düşünce yanlış. Kaldı ki; dayanılan gerekçede yanlış. Bu düşünce daha çok 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek yeni TTK'nun hükümlerine dayanıyor ve sık sık mahkeme değişmesi gibi bir kaygıdan kaynaklanıyor. Bu kaygıyı anlıyorum. Ancak, mevcut düzenlemenin yazımda belirttiğim şekilde olduğunu düşünüyorum. Teşekkür ederim. Saygılarımla. *Av. Orhan Yılmaz*, İstanbul Barosu

Yayın Kurulu Notu:

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme konusunda farklı yönde verilmiş iki Yargıtay Kararı'na dergimizin. Yargıtay 11. ve 17. Hukuk Dairesi kararları arasından ulaşabilirsiniz.

Av. Fadıl ALTOP
(1928 - 2012)

İstanbul Barosu'nda uzun yıllar yönetici ve eğitici olarak hizmet veren Altop, 1962-64, 1967-68, 1983-86 yılları arasında Yönetim Kurulu Üyesi seçilmişti. Altop, 1964 yılında Sayman Üyelik, 1969 yılında Genel Sekreterlik, 1983-84 yıllarında Başkan Yardımcılığı görevini üstlenmişti. Fadıl Altop ayrıca, 1969-1978 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Üyeliği, 1978-80 yılları arasında da Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığı görevinde bulunmuştu. Yayın Kurulu'na üyelik de yapan Altop , son olarak 2004-2007 yılları arasında Staj Eğitim Merkezi'nde eğiticilik yapmıştı. Av. Fadıl Altop, 50 yılı aşkın meslek hayatında yaşadıklarını "Avukatlıkta 50 Yıl" adlı kitapta topladı. Kitap 2009 yılında İstanbul Barosu Yayınları arasında yayınlandı. Baromuzun 3323 sicil sayısında kayıtlı değerli meslektaşımızın kaybından büyük üzüntü duyduk. Aziz meslektaşımıza Tanrı'dan rahmet, başta ailesi, yakınları, dostları ve tüm meslektaşlarına başsağlığı diliyor acılarını paylaşıyoruz.

YAZILAR

TELEFON DİNLEME YOLUYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN İSPAT GÜCÜ VE BU DELİLLERDEKİ HUKUKA AYKIRILIKLARIN SONUÇLARI İLE UYGULAMADAKİ HATALAR

Prof. Dr. Ersan ŞEN

I. GENEL OLARAK

Günümüzde, önleyici kolluk faaliyeti olarak ve adli maksatla en fazla kullanılan tedbirin telefon dinleme ve iletişim tespit tutanaklarının incelenmesi olduğu göz önüne alındığında, bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkının ne derece önemli ve kırılgan olduğu, bu nedenle bireyin hayat alanına yapılan müdahaleler konusunda, gerek kanun koyucunun ve gerekse adli makamların son derece dikkatli ve özenli davranması gerektiği daha iyi anlaşılacaktır.

CMK m.135 ila m.138'de kabul edilen iletişimin denetlenmesine dair kararda şu şartların varlığı aranmalıdır; hakim kararı olmalıdır, şüpheli ve sanık bakımından kuvvetli suç şüphesinin varlığı, talep yazısında somut şekilde ortaya konulmalıdır, başka şekilde delil elde etme imkanının kalmadığı hususu talep yazısında somut olarak belgeleri ile ortaya konulmalıdır, talebe konu isnat, CMK m.135/6'da yer alan katalogdaki suçlardan olmalıdır (İçeriği kayda alınmaksızın kimin kiminle konuştuğuna dair şüpheli ve sanığın iletişiminin tespiti ve şüpheli ve sanığın yakalanabilmesi amacıyla mobil telefonun yerinin belirlenmesi hariç), iletişimin denetlenmesi talep yazısında ve hakim kararında, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir.

Bu şartların herhangi birisinin somut olayda bulunmadığının tespiti durumunda ise, uygulanan yöntem ve delil hukuka aykırı kabul edilmelidir. Bunun aksini yapmak ve hukuka aykırı delili yargılamada kullanmak, yargı makamının verdiği kararı hukuka aykırı kılacaktır.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasına göre, "Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez". Anayasa hükmü, "delil" kavramına yer vermeksizin hukuka aykırı elde edilen delilleri "hukuka aykırı bulgu" olarak nitelendirmiş ve bunların hiçbir şekilde "delil" olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.

Şu an yürürlükte olmayan CMUK m.254/2'ye göre, *"Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*".

Yürürlükteki CMK m.206/2,a'ya göre ise, "Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur; a) Delil Kanuna aykırı elde edilmişse", yine aynı Kanunun 217. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Yüklenen bir suç hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir".

CMK m.230/1,b hükmünde, *"Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir: ... b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi."* kuralına yer verilmiştir.

"Hukuka kesin aykırılık halleri" başlıklı 289/1-iye göre, *"Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da, aşağıda yazılı hallerde hukuka kesin aykırılık var sayılır: ... i) Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması".*

Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, mutlak-nispi delil yasağına yer vermeksizin, bu ayırım ve benzeri ayırımlara değinmeksizin, sübjektiflik taşıyan ve "hukuk devleti" ilkesinden sapan uygulamaların önüne geçebilmek amacıyla tartışmasız düzenlemeler öngörmüştür. **Türk Hukuku'nda yürürlükte olan bu hükümler, hukuka aykırı deliller ile bu delillerin yoluyla elde edilen delillerin (hukuka aykırı delillerin uzak etkisi/zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir) ceza soruşturması ve kovuşturmalarında kullanılamayacağını, delil olarak kabul edilemeyeceğini, bunların reddedilip dava dosyasından çıkarılmasını ve delilleri vicdani kanaati ile serbestçe takdir eden hakimin, bu takdir yetkisini kullanırken sadece hukuka uygun yolla elde edilmiş delillerle ispatı aramasının gerektiğini tartışmasız bir şekilde ortaya koymaktadır.**

II. ÖNLEYİCİ VE ADLİ AMAÇLI TELEFON DİNLEMENİN HUKUKİ ŞARTLARI

Önleyici maksatlı, yani henüz suç veya suça teşebbüs olmadan yapılacak dinleme, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek Madde 7, Jandarma Teşkilatı Kanunu Ek Madde 5 ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m.6'da düzenlenmiştir. Bu şekilde elde edilen veriler, soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılamaz[1]. Bununla birlikte, henüz işlenmeye başlanmış bir suç olmaksızın kişinin muhaberat hürriyetine müdahale içeren bu tür yöntemler, suç, tehlike ve zarar önleyici amaçla da olsa, son derece sınırlı ve şartları ayrıntılı incelenmek suretiyle tatbik edilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.05.2011 gün, 2011/9-93 E. ve 2011/95 K. numaralı kararına göre; *"Yerel mahkeme tarafından, içeriği hükme esas alınan Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.12.2005 gün ve 553 sayı-*

1 Adli amaçlı dinlemelerin dayanağı, CMK m.135'de gösterilmiştir. Adli amaçlı telefon dinleme kararı hangi suç hakkında verilmişse, sadece o suçtan dolayı kayıt altına alınan iletişimin dinlenmesi tutanakları delil olarak kullanılabilir.

lı iletişimin tespiti kararının, 5397 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 2803 Sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. madde uyarınca verilen önleme dinlemesi kararı niteliğinde olması karşısında, bu şekilde ulaşılan bulgular, yukarıdaki açıklanan ilkeler doğrultusunda ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağından ve bu bulgulara dayalı hüküm kurulamayacağından, Yerel Mahkemece; sanığın örgütsel konumu hakkında kolluktan güncel bilgiler alındıktan ve silahlı terör örgütü adına faaliyette bulunduğu istihbari bilgisi üzerine, hakkında 5397 Sayılı Yasa'ya dayalı olarak önleme dinlemesi kararı verilen sanık Y ile ilgili soruşturma evrakı da getirtilip incelendikten sonra, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular dışındaki somut deliller değerlendirilerek, sanığın hukuksal durumunun tayin ve takdiri gerekmektedir".

CMK m.135/1'e göre, iletişimin denetlenmesine dair kararda "*suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*" aranmaktadır. Bu ibare ile kastedilen, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi değil, şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı olarak anlaşılmalıdır. Çünkü bu ibarenin geçtiği cümlenin bütünlüğü, lafzi anlamı ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin kişi hak ve hürriyetlerine getireceği sınırlamanın ağırlığı, kuvvetli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının şüpheli ve sanık açısından aranmasını gerekli kılmaktadır. Sadece suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin yeterli görülmesi, bu suçu işleme ihtimali basit şüpheye dayalı olanlar hakkında dahi iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını mümkün kılar ki, bireyin özel hayatına yönelik bu genişlikte bir müdahale kabul edilemez.

İletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden diğer bir önemli koşul, başka suretle delil elde edilebilmesi imkanının somut olayda bulunmaması ve bu durumun gerçekliğinin soruşturma ve kovuşturma makamlarınca ortaya konulması/kanıtlanması olarak aranmalıdır. Tedbir dosyaları ve kararlarında, soyut beyan ve sadece hukuki nitelendirme içeren, hukuk normlarının tekrarı olan kısa gerekçeler yerine, "muhaberat hürriyeti" gibi son derece önemli bir hak ve hürriyete yakışan ve müdahalenin haklılığını, bu tedbire müracaattaki zorunluluğu gösteren maddi vakıalara, tespit ve açıklamalara yer verilmelidir.

Kanun koyucu, CMK m.135'de yer alan iletişim tespiti dışında kalan tedbirlerin uygulanabileceği suçları bir katalog halinde saymıştır[2]. İşlenen suçla verilen zarar

2 CMK m. 135/6 - Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:
a)Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;
1.Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2.Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3.İşkence (madde 94, 95),
4.Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5.Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6.Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
7.Parada sahtecilik (madde 197),
8.Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
9.(Ek: 5353 - 25.05.2005/m.17) Fuhuş (madde 227, fıkra 3),
10.İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

ne kadar ağır olursa olsun, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılanlar dışındaki suçlarda iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemeyecektir. Aksi halde, elde edilen telefon konuşmaları dinlemeleri ve kayıtları, hukuka aykırı sayılacak ve yargılamada "delil" sıfatıyla kullanılamayacaktır. Örneğin, sigara ve içki kaçakçılığı suçunu işlediğinden şüphelenilen kişilerin telefonla yaptıkları görüşmelerin dinlenmesi ve kayda alınması, şüpheliler hakkında soruşturmanın bu suçtan dolayı açılmış olmasıyla mümkündür. Koruma tedbiri kararı hangi suç hakkında verilmişse, sadece o suçtan dolayı ve karara konu telefon numaraları dinleme ve kayıt altına alınabilir[3]. CMK m.135/6'da sayılan azaltılması, çoğaltılması veya değiştirilmesi düşünülebilir, fakat şu an için mevcut düzenleme ile bağlı kalınması gerektiği tartışmasızdır. Bir an için CMK m.135/6'da değişiklik yoluna gidilmesi düşünülmekte ise, bu noktada esas olanın bireyin muhaberat hürriyetinin korunması gerektiği ve telefon dinleme ile elde edilen kayıtların ikincil delil olma özelliği taşıdığı unutulmamalıdır.

Bu koşul, CMK m.135/4 uyarınca mobil telefonun yerinin tespiti işleminde aranmamıştır. Ayrıca, CMK m.135/6'da 5353 Sayılı Kanun'un 17. maddesi ile yapılan değişiklikle, iletişimin tespiti usulü de katalog suçlar kapsamından çıkarılıp, tüm suçlar bakımından tatbiki mümkün hale getirilmiştir. CMK m.135/6'ya göre, adli amaçlı dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, ancak 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlarda uygulanabilir.

III. "SUÇ İŞLEMEK AMACIYLA ÖRGÜT KURMAK" SUÇUNUN CMK M.135/6 KAPSAMINDA BULUNMASININ SONUÇLARI

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin 8 numaralı alt bendinde, "suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suç"unun telefonla dinleme kapsamına alındığını görmekteyiz. "Torba hüküm" niteliği taşıyan bu düzenleme, telefonların dinlenmesi konusunda adli makamlara geniş imkanlar sağlamakta ve bu yolla kişilerin özel hayatı düşünülenin ve amaçlananın ötesinde bir sınırlamaya maruz kalabilmektedir. Maksadına veya "çıkar amaçlı" olup olmadığına bakmaksızın suç işleme amacıyla kurulduğu iddia edilen kişilerin kolaylıkla telefonu dinlenebilecek ve görüntüleri tespit edilebilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 220. maddesi sayesinde adli kolluk[4], "suç örgütü" için öngörülen un-

11.Rüşvet (madde 252),
12.Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
13.Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
14.Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları,
b)Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
c)(Ek: 5353 - 25.05.2005/m.17) Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
d)Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
e)Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

3 Ersan Şen, "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi", Yargı Dünyası Dergisi, s.9-22, Sayı:127, İstanbul, Temmuz 2006, s.14.

4 Esas itibariyle Türk Hukuku'nda, ayrı bir teşkilatlanma şeklinde kurulmuş ve savcılık makamına bağlı bir adli kolluk kuvveti bulunmamaktadır. Bu durum, suçlara ilişkin delillerin toplanmasında

surların varlığından bahisle kapsamlı bir şekilde telefon dinleme yetkisine kavuşmuş olmaktadır[5].

CMK m.135'in altıncı fıkrasının (a) bendinin 8. alt bendi, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçunu düzenleyen TCK m.220 iletişimin denetlenmesi kapsamına almış, fakat 220. maddenin örgüt üyeliği suçunu düzenleyen ikinci fıkrası, örgüte üye olmamakla birlikte, suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etmeyi düzenleyen yedinci fıkrası ve örgütün veya amacının propagandasının yapılması fiilini suç olarak düzenleyen sekizinci fıkrası bu suç katalogunun dışında bırakmıştır. Kanun koyucu aynı uygulamayı, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenleyen CMK m.139 ile teknik araçlarla izleme tedbirini düzenleyen CMK m.140'da da sürdürmüştür.

Suç örgütüne üye olmak ve suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etmek suçu, iletişimin dinlenmesi ve kayıt altına alınmasında "katalog suç" düzenlemesine yer veren CMK m.135/6'da bulunmamaktadır. CMK m.135/6-a-8'e göre, sadece suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme iddiası ile suçlananların telefonları dinlenebilir. Bu hükme göre, **suç örgütü üyesi, üyesi olmadığı suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım edenler ile örgütün veya amacının propagandasını yaptığı iddia edilen telefonların dinlenebilmesi ve konuşmaların kayda alınabilmesi mümkün değildir.** Örneğin şüpheli, şike yapmak ve teşvik primi vermek, bunun yanında da suç örgütüne üye olmak iddiaları ile suçlanabilir. Savcılık makamı, şike ve teşvik primi vermek suçları ile ilgili telefon dinlemeyi mümkün kılan 6222 Sayılı Kanun'un 23. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle dinleme kararı almalıdır. Savcılık makamı, sadece suç örgütü kurmak suçlamasından hareketle dinleme kararı alarak, suç örgütüne üye olmakla suçlanan şüpheli hakkında dinleme imkanı olmadığı halde dinleme yaptırmış, bunları da şüpheli aleyhine delil olarak İddianame ve ekinde kullanmışsa, CMK m.135/6'da yer almayan "suç örgütü kurmak ve yönetmek, bu örgüt tarafından işlenen amaç suçlar" gerekçesi dinlemenin yasal dayanağı olamayacağından, bu tapeler, hem şike ve teşvik primi vermek iddiaları ve hem de CMK m.135/6'daki katalog suçlar kapsamında bulunmayan suç örgütü üyeliği ile suçlanan şüpheli aleyhine kullanılamayacaktır. Şike ve teşvik primi suçlaması yönünden şüpheli hakkında usule uygun telefon dinleme

---

ve faillerinin yakalanmasında savcılık makamı açısından bazı sorunların doğmasına yol açmaktadır. Gerek iletişimin denetlenmesinde ve gerekse iletişim hürriyetinin hukuka aykırı şekilde ihlal edilip edilmediği iddialarının araştırılmasında, savcılık makamına bağlı, konusunda uzman ve bu konularla ilgili delil toplama kapasitesi yüksek adli kolluk mensuplarının varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Ülkemizde, idari ve adli kolluk arasında hukuki ve kesin bir ayırımın henüz yapılmadığını, her iki kolluk faaliyetinin de polis ve jandarma tarafından yerine getirildiğini görmekteyiz. Bu durum eleştirilmekte, idari ve adli görevleri yerine getiren kolluk görevlilerinin birbirinden ayrılması ve bağımsızlaştırılması gerektiği savunulmaktadır ki, bu düşünceye katıldığımızı ifade etmek isteriz. Kanaatimizce, Adalet Bakanlığı ile cumhuriyet başsavcılıklarına bağlı, delil toplama ve değerlendirme konularında uzmanlaşmış ayrı bir adli kolluk teşkilatının kurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yapılanma, adli kolluk mensuplarına yönelik müdahaleler ile tesirlerin önüne geçebileceği gibi, ceza soruşturmalarının daha iyi yürütülmesini de sağlayacaktır.

5 Bkz. Ersan Şen, "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi", a.g.e., s.15.

kararı alınıp dinleme yapılmadığından, savcılık makamı tarafından şüpheli aleyhine delil olarak sunulan bu tape ve delillerin hukuka aykırı sayılacağını belirtmek isteriz.

CMK m.135/6'da sayılan suçlardan birisi ile suçlanmayan, soruşturulmayan ve kovuşturulmayanların telefonlarının dinlenmesi suretiyle elde edilen tapeler ile bu yolla elde edilen deliller, Anayasa m.38/6, CMK m.135, m.206/2-a ve m.217/2 hükümleri uyarınca hukuka aykırı delil niteliğinde olup, yargılamada kullanılmamalı ve şüpheli aleyhine hükme esas alınmamalıdır.

Suç örgütünün varlığı iddiası ile iletişimin denetlenmesi kararı alınıp da amaç suçlar bakımından 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlar dışında suç şüphesine ulaşılırsa, elde edilen bu delil katalogda öngörülmeyen suçlar bakımından dikkate alınmamalıdır. Bir başka ifadeyle, suç örgütü varlığı iddiası ile telefon dinleme kararı alınmak suretiyle elde edilen deliller, sadece suç örgütünün ve bu örgüt tarafından işlendiği ileri sürülüp de yalnızca katalog kapsamına giren suçların ispatında kullanılabilmelidir. Sırf suç örgütünün varlığı ve bu yolla CMK m.135'in 6. fıkrasının (a) bendinin 8. alt bendi uyarınca alınan iletişimin tespiti kararları, suç örgütü tarafından işlendiği ileri sürülen tüm amaç suçlarla ilgili dinleme yapılıp, bu suçların ispatı yönünden delil toplanabilmesi ve bu delillerin kullanılması yolunu açmaz.

IV. TELEFON DİNLEME SIRASINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Örgütün varlığı iddiası ile yapılan iletişimin tespiti sonucunda elde edilen delil, katalog kapsamına girip de örgütün amaç suçları içinde yer almamakta ise, bu durumda elbette CMK m.138/2'de düzenlenen "tesadüfen elde edilen delil" müessesesinin tatbiki yoluna gidilecektir. Bu hükme göre, "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir". Hakkında dinleme kararı olmayıp da, CMK m.135'de gösterilen usule uygun şekilde dinlenen bir şüpheli veya sanıkla konuştuğu sırada, telefon dinlemeye konu suça karıştığı tespit edilen bir başka kişinin dinlenebilmesi için yeni dinleme kararı alınması gerektiğini, bir başkası hakkında verilen dinleme kararı üzerinden dinlenemeyeceğini belirtmek isteriz. Esas itibariyle bu husus, CMK m.138/2 ile de ilgili olmayıp, suça karıştığı tespit edilen bir kişinin şüpheli veya sanık sıfatı ile telefon konuşmalarının dinlenmesine ilişkin CMK m.135'de gösterilen şartlar kapsamında değerlendirilmelidir.

Gerek tedbirin kötüye kullanılmasının ve gerekse hukuka aykırılığın önüne geçilebilmesi için, baştan veya sonradan katalogda yer alan suçlara ait olmadığı anlaşılan ve iletişimin denetlenmesi kararına konu olmayan diğer suçlarla ilgili

olduğu, dolayısıyla tesadüfen elde edilen delillerden de olmayan kayıtlar hukuka uygun elde edilmiş delil sayılamazlar ve kullanılamazlar.

CMK m.135/6'daki katalog kapsamına girmeyen suçlarla ilgili, baştan bu durum bilinerek iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması, hem görevi kötüye kullanmak ve muhaberat hürriyetinin ihlali suçlarını oluşturacak ve hem de bu yolla elde edilen tüm kayıtların hukuka aykırı sayılmasına yol açacaktır.

İletişimin denetlenmesi kararı baştan usule uygun alınmakla birlikte, tedbirin uygulanması sırasında tedbire konu suçun niteliğinin değişip, CMK m.135/6'da sayılan katalogdan çıkması halinde de, derhal tedbirin tatbikinin devamına son verilmeli ve bu şekilde elde edilen kayıtlar da delil olarak kullanılmamalıdır. Belki bu paragrafta bahsettiğimiz kayıtlar, yeni bir soruşturma başlatılmasına neden teşkil edebilir, fakat suçlamanın delili olarak kullanılamaz.

Yeni CMK'ya göre, iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi bulunmayan, ancak m.135/6'da sayılan katalog suçlardan birisinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edildiği takdirde, bu delil muhafaza edilerek durum derhal cumhuriyet savcılığına bildirilecektir. Yapılan bu bildirimden sonra tesadüfi delil yoluyla ortaya çıkan suç şüphesine ilişkin dinlemenin devam edebilmesi için, 135. maddede öngörülen şartlar dairesinde ayrıca hakim kararına ihtiyaç olduğunu ifade etmek isteriz.

İki kişi arasındaki telefon görüşmesi veya ortam dinlemesi hukuka uygun şekilde gerçekleşmiş ve bu görüşmelerde hakaret veya tehdit içerikli ifadeler kullanılmış olsa da, yukarıda ifade ettiğimiz gibi bir soruşturma ile ilgili olarak uygulanan iletişimin dinlenmesi tedbirinden elde edilen deliller, yalnızca ilgili soruşturma kapsamında delil olarak kullanılabilir. Bu suretle elde edilen dinleme tutanaklarının diğer soruşturmalarda kullanılabilme şartları CMK m.138/2'de düzenlenmiştir. CMK m.138/2'de belirlenen usul dışında, yürütülen bir soruşturma kapsamında elde edilen tutanakların başka bir soruşturma veya kovuşturmada kullanılabilmesi mümkün değildir. CMK m.138/2 atfı ile m.135/6'da yer alan katalog bu tür bir kullanıma engel teşkil etmektedir. Hakaret ve tehdit suçları CMK m.135/6'da yer alan katalogda sayılmadığından, bu suçlarla ilgili olarak iletişimin dinlenmesi tedbirine başvurulabilmesi olanağı da bulunmamaktadır. Görüşmeyi yapan kişilerin üçüncü kişiler hakkındaki beyanları hakaret ve tehdit içerikli olsa bile, dinlemeden elde edilen bu ifadelerle hakaret veya tehdit suçlarının oluştuğu söylenemez. TCK m.125'de düzenlenen hakaret suçunun oluşması için, gıyabi hakaretin en az üç kişi arasında üçüncü bir kişi hakkında gerçekleşmesi gerekir. TCK m.106'da düzenlenen tehdit suçunun oluşması için de, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağının, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağının veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin mağdur tarafa bildirilmesi gerekir. İki kişinin yaptığı telefon konuşmasında üçüncü kişi hakkında tehdit içerikli ifadelerin bulunması, tehdit edilecek kişiye tehdit içerikli ifadelerin bildirildiği anlamına gelmeyeceğinden, tehdit suçu oluşmayacaktır. Bu durumda hem tehdit ve hem de hakaret suçlarının

maddi unsuru oluşmadığından, iki kişi arasındaki konuşmalarda tehdit ve hakaret niteliğindeki konuşmaların bu suçları oluşturmayacağı görüşünde olduğumuzu ifade etmek isteriz.

Hangi suçtan dinleme yapıldı ise sadece bu suçla ve en fazla CMK m.138/2 kapsamında tesadüfen elde edilen delilin varlığı halinde, iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen kayıtlar delil olarak kullanılabilir. Bunun dışında, suçla ilgisi bulunmayan hakaret ve tehdit içerikli ifadeler dosyadan çıkarılmalıdır. Çünkü bu içerikler, kişiler arasında yapılan görüşmelerden ibaret olup, bireyin özel hayatı kapsamına girer. Bu noktada, tapelerin soruşturma ve dava dosyalarına konulması, bu konulma hukuka uygun olsun veya olmasın şüpheli veya sanığın iradesi dışında gerçekleştiğinden ve şüpheli veya sanık tarafından hakaret veya tehdide uğrayan doğrudan doğruya bu ifadelere muhatap olmadığından, bu konuşmaların ifşası şüpheli veya sanığın iradesine bağlı kalmaksızın hakaret veya tehdide maruz kaldığını iddia edenin bilgisine ulaştığından, bu kayıtların hakaret ve tehdit suçlamaları kapsamında şüpheli veya sanığın aleyhine kullanılabilmesi mümkün değildir.

Belirtmeliyiz ki, CMK m.137/3, imha edilmesi gerekip de imha edilmeyen, bundan başka soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan ve özellikle 1982 Anayasa'sının 20 ila 22. maddelerinin güvencesi altında bulunan özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamına giren konuşma ve/veya görüntülerin dosyalara konulması, delil olarak mahkemelere sunulması ya da iddianamelerde yer alması, bu hukuka aykırılığı icra eden yönünden en azından TCK m.132,133,134 ve 257'nin tatbikini, TCK m.44'de düzenlenen "fikri içtima" müessesesi dikkate alınmak suretiyle gerekli kılmaktadır.

V. TELEFON DİNLEME SÜRELERİ

CMK m.135/3'e göre, telefon dinleme kararı en çok üç ay için verilebilir ve bu süre bir defaya mahsus olmak üzere üç ay daha uzatılabilir. Suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde hakim tarafından bir aydan fazla olmamak üzere bu sürelerin bitiminden sonra birçok defa uzatılmasına karar verilebilecektir. Telefon dinleme kararının bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde sayısı ve sınırı belli olmaksızın birer aylık dönemlerle uzatılmasının hukuka aykırılığı ve muhaberat hürriyetinin özüne müdahale etmek suretiyle Anayasa m.13 ile m.22/1'e aykırılığına da yeri gelmişken işaret etmek isteriz.

CMK m.135/3'de gösterilen sürede verilen telefon dinleme kararının gerekçesini oluşturan suçla ilgili dava açılmaması durumunda, bu suçtan hareketle elde edilen telefon dinleme kayıtları ile bu yolla elde edilen diğer delillerin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağını ve başka suçun delili olarak kullanılıp kullanılamayacağını kısaca belirtmek isteriz. Tartışmasız net olan husus, hangi suçtan dinleme yapılmışsa elde edilen telefon kayıtları o suçun delil olarak kullanılabilir ve bundan ötesi, sadece CMK m.138/1'de düzenlenen tesadüfen elde edilen deliller yönünden dikkate alınabilir. Bu noktada, 135. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, "örgü-

tün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini kısaca açıklamak gerekir. Maddenin bu fıkrasını, telefon dinleme ile ilgili maddenin tümünde gösterilen şartlar ve özellikle maddenin altıncı fıkrasında tahdidi olarak sayılan dinlemeye konu olabilecek suçlardan bağımsız düşünemeyiz. "Örgütünü faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla" ibaresinden, suç örgütü kapsamında işlendiği iddia olunup da 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlar yönünden verilecek dinleme kararlarını ve bu suçlar yönünden üç ay ve ikinci üç aylık dinleme kararından sonra birer aylık uzatma kararları alınabileceğini anlamak gerekir. Örneğin, suç örgütü kapsamında suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia olunan göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, uyuşturucu madde ticareti, ihaleye fesat karıştırma gibi suçlar yönünden 135. maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesi uygulama alanı bulabilecektir.

Bununla birlikte, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia olunup da suç örgütü kurduğu ve bu kapsamda uyuşturucu madde ticareti yapmak iddiaları ile telefonu dinlenen şüphelinin, uyuşturucu madde ticareti yapmakla birlikte bu faaliyeti örgütlü olarak icra etmediği sonucuna ulaşıldığında, üç ay ve üç aydan oluşan altı aylık dinlemeden elde edilen tutanaklar hukuka uygun kabul edilmeli, fakat bu süreden sonra yapılan dinlemeler ile bu yolla elde edilen deliller yargılamada kullanılmamalı ve hukuka aykırı sayılmak suretiyle sanık aleyhine olanlar imha edilmelidir.

Uygulamada, üç aylık dinleme kararının tatbiki sırasında, CMK m.135/6'da gösterilen suçlardan birisi olduğu tespit edilen bir başka suçun işlendiğine dair şüpheli konuşmaya ulaşıldığında, bu konuşmanın CMK m.138/2 gereğince bir delil olarak muhafaza altına alınıp, durumun cumhuriyet savcılığına bildirilmediği, konunun bekletildiği, dinleme kararı süresinin dolmasına kadar dinlemeye devam edildiği ve başka suç işlendiği iddiası ile toplanan konuşmaların savcılık makamına sunulduğu görülmektedir. Bu uygulama yanlış olup, CMK m.138/2'ye açıkça aykırıdır. Yapılan bir dinleme sırasında, CMK m.135/6'da sayılan suçlardan birisi olmakla birlikte dinleme kararına konu olmayan bir başka suçla ilgili delile ulaşıldığında kolluk, mutlak şekilde CMK m.138/2'de öngörülen usule uygun hareket etmeli, tesadüfen elde edilen bu delili savcılık makamına bildirmeli ve şartları oluştuğu takdirde bu suçla ilgili yeni bir dinleme karar alınması amacıyla savcılık makamından talepte bulunmalıdır.

VI. TELEFON DİNLEME YOLUYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU

"Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gerekli hususlar" başlıklı CMK m.230/2-b'ye göre, mahkeme tarafından verilen hükümde, *"Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi"* zorunludur. Bu maddeden hareketle, yargılama sonunda verilen hükümde, telefon dinlemeden elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı tartışılarak, dinlemenin hukuka uygun olması halinde elde edilen

delilin de hukuka uygunluğunun ve dinleme hukuka aykırı ise, bu hukuka aykırılığın hükümde gerekçeleri ile açıklanması gerekmektedir. Dinlemeden elde edilen delillerin maddede belirtilen şekilde hüküm gerekçesinde tartışılmaması, CMK m.289/1-g hükmü gereğince hukuka kesin aykırılık sayılacağından, mutlak bozma sebebi oluşturacaktır. Belirtmeliyiz ki, bir delilin hukuka uygunluğunun tartışılması başka, soruşturma ve kovuşturmada hukuka aykırılığı tespit edilen delilin yargılamada kullanılmaması ve hatta dosya dışında muhafaza edilmesi başkadır. Gerekçeli kararda, delilin hukuki niteliğinin tartışılması ile daha önce hukuka aykırılığı tespit edilen delilin dosyadan çıkarılması birbirine karıştırılmamalıdır. Hukuka aykırı olduğu sebebiyle dosyadan çıkarılan delille ilgili bu hukuki durum gerekçeli kararda mutlaka açıklanmalıdır (CMK m.230/2-b).

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 10.03.2011 tarih, 2010/49866 E., 2011/2807 K. sayılı kararında, *"... sanıklar hakkındaki suçun sübutuna ilişkin delillerin somut ve açık olarak gösterilmesi, telefon konuşmalarının hangi tarihte ve kiminle yapıldığı ve içeriklerinin belirtilmesi, tüm deliller ayrı ayrı tartışılarak sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi ..."* gerektiği hüküm altına alınmış ve CMK m.230 uyarınca yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması bozma sebebi görülmüştür.

Telefonların dinlenmesi yoluyla bireyin anayasal güvence altındaki özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ihlal edilmemelidir. Soruşturma ve kovuşturmaya konu suçlamayla ilgili yapılan dinleme sonuçlarından, lehte veya aleyhte olsun suçlamaya ilişkin olanlar elde edilmeli, bunun dışında kalanlar ile özellikle bireyin özel hayatı kapsamına giren tüm konuşmaların dosya ve kayıtlardan çıkarılması gerekir. Bu kayıtların ortadan kaldırılması hakkında, CMK m.137/3-4 hükümlerinde yer alan imha yöntemi kıyasen uygulanabilir. Ancak bu hükmün kıyasen tatbiki yolu ile de şüpheli veya sanığın lehine olabilecek deliller ortadan kaldırılmamalıdır.

Adli maksatlı iletişimin denetlenmesi sırasında veya sonunda, CMK m.137/3 kapsamında imhası gereken kaydın gerekliliği ortaya çıkmışsa, bu kayıt disiplin ve idari soruşturmalar devamı amacıyla üçüncü kişilerin kullanımına açılamaz, başka yerlere gönderilmez ve adli maksatlı kullanım için saklanamaz. Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların ortadan kaldırılması halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde savcılık makamı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine süresinde yazılı olarak bilgi vermek zorundadır (CMK m.137/4). Böylece, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sebebiyle özel hayatı ve muhaberat hürriyeti ihlal edilen bireylerin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. Bu şekilde iletişiminin denetlendiğinden haberdar olan birey, özel hayatı ve muhaberat hürriyetinin ihlal edildiğinden bahisle yasal yollara başvurabilme imkanı elde edecektir. Ancak bu kayıtların, iletişimi denetlenen kişi lehine delil ve emare taşıyabileceğinden bahisle, dinlenen kişinin bilgi ve görgüsüne sunulmadan önce silinmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir.

Kişilerin soruşturma konusu ile ilgisi bulunmayan ya da hakimden dinleme

izni alınamayan veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesine rağmen özel hayatları hakkında bilgiler soruşturma veya dava dosyalarına konulmakta veya bu bilgiler başkalarına ifşa edilmekte veya başkalarının bu bilgilere ulaşabilmesine imkan sağlanmakta ise, bu durumda failler hakkında TCK m.257'nin yanında, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suç ve cezaları düzenleyen TCK m.132 ila 140'ın tatbiki de gündeme gelecektir. TCK m.134'de, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlali, ayrıca özel hayatın gizliliğinin görüntü ve/veya seslerin kaydı yoluyla ihlal edilmesi halleri ile bu görüntü ve/veya seslerin ifşa edilmesi suç sayılmıştır. Bu hükümde, kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlalini suç kabul ederek, özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına önemli bir güvence getirmiştir. Bireyin telefon ve ortam konuşmalarına yönelik güvence ise, haberleşmenin gizliliğinin korunması hakkında TCK m.132'de ve kişiler arasındaki aleni olmayan ortam konuşmalarının gizliliğinin korunması amacıyla da TCK m.133'de düzenlenmiştir. Böylece, kişinin özel hayatına, bu kapsama giren aile ve meslek yaşamına (1982 Anayasa'sı m.20/1[6], ve m.22/1[7] ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.8/1[8]), gizlediği, yani başkalarının görmesini ve duymasını istemediği faaliyetlerine, ev hayatına, ailesi ve yakınları ile olan görüşme ve ilişkilerine, görüntüsüne, cinsel hayatına ayrıca bu alanlardaki huzur ve sükunu ile telefon ve ortam konuşmalarına, ortada bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı müddetçe her ne sebeple olursa olsun, dışarıdan veya bireyin bulunduğu alanlara fiilen veya teknik aletlerle girmek veya ulaşmak suretiyle müdahale edilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.

CMK m.135'e aykırı yapılan dinleme yoluyla elde edilen bulgular ile bu bulgulardan hareketle elde edilen diğer deliller, hukuka aykırı delil olup yargılamada kullanılmamalıdır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2005 gün, 2005/7-144 E. ve 2005/150 K. sayılı ilamında, hukuka aykırı yapılan aramadan bir gün sonra adli kollukta şüpheliden alınan ifadenin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği, bir ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında sanığın hakkındaki ihbarla uyum gösteren ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz Hint keneviri ekmek suçunun sübut bulduğu sonucuna oyçokluğu ile varmıştır. Kurul, hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılamayacağına vurgu yapmakla birlikte, bir ihbar üzerine tatbik edilen hukuka aykırı arama tedbiri sonrasında adli kolluk tarafından sanıktan elde edilen ikrarı ise geçerli saymış ve özelikle "hukuka aykırı delillerin uzak etkisi/zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" esasını ihlal eden ve hukuka aykırı yolla elde edilen delilin kullanılabilmesinin önünü açabilecek bir karar vermiştir. Bir delil hukuka aykırı elde edilmişse ve o delilden şu veya bu şekilde hareketle başka delile, yukarıdaki Yüksek Mahkeme kararına konu olduğu şekilde sanığın ikrarına ulaşılmışsa, artık hukuka aykırı aramadan bağımsız olarak bu ik-

6 Anayasa m.20/1- Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

7 Anayasa m.22/1- Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

8 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.8/1- Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir

rarın dikkate alınması ve sırf ikrarın elde ediliş şeklinin hukuka uygunluğu önem taşımayacaktır. Çünkü ilk delil hukuka aykırı olduğundan, bu delilin kirlettiği diğer delil de hukuka aykırı sayılmalıdır. Bu kabul, "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucudur.

VII. TELEFON DİNLEME İÇERİKLERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE SİLİNMESİ

Telefon dinleme ve kayıt altına almada iki husus önemlidir; ilki, bu tedbire usule uygun yol kullanılmak suretiyle başvurulmalı ve ikincisi ise, bu tedbirle elde elden delillerin taklit, başkalaştırılmış, olmadığı halde üretilmiş ve orijinalinden uzak olmamalı, yani el değmemiş olmalıdır. Aksi halde, yasal şartlar çerçevesinde alınan tedbir kararları olsa da, başkalaştırılan veya sonradan üretilen delillerin de hukuka uygunluğundan bahsedilemez.

Bazı durumlarda, ses kaydına müdahale nispi yapılıp, iradeyi gösteren öze dokunulmaksızın yapılan değişikliklerde, konuşanların niyet ve amaçlarını ortaya koyabilecek sonuçlara ulaşılması mümkün olabilir. Konuşma kaydının tümüne müdahale, tümünün başkalaştırılması veya ses taklidi veya kelime ve cümlelerin yerini değiştirmek, bazılarını ortadan kaldırarak sırf şüpheli veya sanığı suçlamak maksadı tespit edilmişse, bunların hukuka aykırılığında tereddüt bulunmayacaktır.

Bununla birlikte, teknik sebeplerle konuşma kısımlarının bazı kısımları çözülememiş veya konuşmanın bir kısmı silinmiş veya esasa etkili olmayacak şekilde bilerek veya bilmeyerek başkalaştırma yapılmış, bir başka ifadeyle kayıt üzerinde tahrifat gerçekleştirilmişse, bu hususta iki görüş ileri sürülebilecektir; ilkine göre, doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza soruşturma ve kovuşturmalarında dikkate alınmasını hedefleyen "nispi aykırılık" düşüncesi dikkate alınmalıdır. Bu düşünce gereğince, delillerin toplanması sırasında kişi hak ve hürriyetlerini önemli derecede ihlale uğratmadığı veya kişi hak ve hürriyetlerinin ihlali ile ilgili olmadığı anlaşılan hukuka aykırılıklar göz ardı edilmeli ve bireyin özgür iradesini yansıttığı tespit edilen beyan ve ikrarlar hukuka uygun delil olarak dikkate alınmalıdır. İkinci düşünceye göre ise, hukuka aykırılığın mutlak olanı-nispi olanı, çok önemlisi-az önemlisi, küçük olanı-büyük olanı, önemlisi-önemsizi, kişi hak ve hürriyetlerini ihlal edeni-az ihlal edeni-etmeyeni gibi ayırımlar kabul edilemez ve bu şekilde sübjektiflik içeren, kişi, olay ve zaman bakımından değişebilecek keyfi ölçütler konulamaz.

Elde edilen telefon kayıtları taklit veya tahrif edilmiş olduğunda, elbette bunlar uydurma, yani hukuka aykırı delil sayılacaktır. Elde edilen kayıtta bu yönde bir sorun yoksa, bu yolla örneğin kasten insan öldürme suçunda ceset ve silaha ulaşılmış ve fail de telefon dinlemesi sırasında suçunu ikrar etmişse, bu deliller o suçla ilgili failin cezalandırılmasına yeterli sayılacaktır. Bunun yanında, ortada maddi delil olmayıp da, örneğin bir ihaleye fesat karıştırma iddiasında sadece beyana dayalı ve somut olarak maddi vakıaları ortaya konulamayan konuşma kayıtlarına

ulaşılmışsa, ya bu dinleme ve kayıtlar yan delil, yani destekleyici delil olarak dikkate alınacak veya somut deliller araştırılıp elde edilmek suretiyle ses kayıtlarında geçen beyanların delil değeri güçlendirilecektir. Aksi halde, bu tür telefon veya ortam konuşma kayıtları tek başına suçlamayı ispata yeterli kanıt kabul edilemez. **Meselenin sadece konuşmadan, bir başka ifadeyle düşünce açıklamasından ibaret kalmayıp, maddi vakıaya yansıdığının da somut delillerle kanıtlanması aranmalıdır. Somut deliller olmaksızın, düşünce açıklama hürriyetinin bir kullanım şekli olan telefon görüşmelerinin dinlenmesinden elde edilen kayıtları tek başına ispat vasıtası kabul etmenin hatalı olacağını belirtmek isteriz.**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, iletişimin dinlenmesi tedbiri kapsamına giren 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 12. maddesinde tanımlanan silah kaçakçılığı suçlaması ile ilgili 09.11.2010 gün, 2010/8-134 E. ve 2010/217 K. numaralı kararına göre; *"5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi uyarınca alınan mahkeme kararı kapsamında yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri sonucu düzenlenen telefon dinleme kayıtlarına göre sanıklar N ve M ile sanık İ arasında mahiyeti şüpheli olan bir eşyanın satın alınması konusunda cep telefonu görüşmeleri yapıldığı hususu tartışmasızdır. Yerel mahkeme direnme kararında sanık N ile sanık İ arasındaki şifreli konuşmaların net bir şekilde silah alımıyla ilgili olduğu, konuşmaların içerikleri, konuşmalarda geçen dönemde 27 adet tabancanın yakalanması ve sanık İ' nin satın aldığı silahlar karşılığında sanık N'ye 3.000-TL parayı havale yoluyla göndermesinin de bu hususu doğruladığı gerekçeleriyle sanık İ'nin toplu silah ticareti suçundan cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, sanık İ'nin sanık N'den satmak amacıyla silah satın aldığı konusunda içeriği kuşkulu olan ve 6136 Sayılı Yasa'ya aykırılık suçlarının özelliğine uygun maddi kanıtlarla da desteklenmeyip, tek başına suçun nitelendirilmesine ilişkin yeterli bilgiyi içermeyen iletişimin tespiti tutanakları dışında delil elde edilememiş olup, ayrıca Ziraat Bankası, Oyak Bank ve Türkiye İş Bankası ... Şubeleri ile PTT ... Şubesinden gönderilen cevabi yazılara göre sanık İ tarafından sanık N'ye gönderilmiş herhangi bir para havalesinin bulunmadığı gerçeği karşısında, yüklenen toplu silah ticareti suçunu işlediği konusunda her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemeyen sanık İ hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinin kabulü zorunludur. Bu itibarla, sanık hakkında Özel Daire bozma kararı doğrultusunda yüklenen suçtan beraat kararı verilmesi gerekirken, Yerel Mahkemece eski hükümde direnimlesin de isabet bulunmadığından, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir".* Bu karar, bir suçun ispatı konusunda yalnızca telefon konuşmaları ile değil, bu konuşmaların dayanağını oluşturan somut delillerle karara varılması gerektiğini ifade etmiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 12.05.2011 gün, 2011/2184 E. ve 2011/4515 K. numaralı kararında; *"Hükmün gerekçe bölümünde, sanıkların*

lehindeki ve aleyhindeki delillerin belirtilmesi, bu kapsamda hangi sanığın hangi tarihte kimle ne şekilde telefon konuşması yaptığının ve bu konuşmaların nasıl yorumlandığının açıklanması, gerçekleşen somut olgularla bağlantısının gösterilmesi, tüm delillerin ayrı ayrı tartışılarak değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilenlerin belirlenmesi, ulaşılan kanıya göre sanıkların sabit kabul edilen fiilleri açıklanarak bunun nitelendirilmesi, sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının saptanması gerektiği gözetilmeden, yetersiz ve soyut gerekçe ile hüküm kurulması bozmayı ..." gerektirdiği sonucuna varmıştır. Bu karara göre, telefon dinleme tutanakları ile somut olgular arasında bağlantı kurulmaksızın verilecek mahkumiyet kararı hukuka aykırı olacaktır.

Sanığın açık suç ikrarını içeren ses kaydı elde edilmişse, sanığın kovuşturmada ikrarı elde edilemese bile ses kaydı başka delillerle desteklenmekte ise, bu ses kaydından hareketle sanık hakkında mahkumiyet kararının verilmesi mümkün olabilir. Örneğin, kasten insan öldürme suçunda sanığın açık suç ikrarını içeren iletişimi tespit edilmekle birlikte, olayda suçun sanık tarafından işlendiğini gösteren ceset, silah, kan lekesi veya parmak izi vesair deliller elde edilmişse, sanığın mahkumiyetine karar verilebilir. Aksi durumda, yani ses kaydından başka herhangi bir somut delile ulaşılamadığı takdirde, sanık tarafından suçun işlendiğine sadece açık suç ikrarını içeren ve düşünce açıklamasından ibaret iletişimin tespitinden hareketle vicdani açıdan kanaat getiremeyen mahkeme, "şüpheden sanık yararlanır/in dubio pro reo" ilkesi uyarınca beraat kararı vermelidir.

CMK m.160/2[9] soruşturma aşamasında savcılık makamını, dürüst yargılanma hakkının bir gereği olarak şüphelinin lehine olabilecek delilleri de toplayıp muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü tutmuştur. Bu sebeple, telefon dinleme yoluyla elde edilen kayıtlarda şüphelinin sadece aleyhine olabilecek hususlar değil, lehine olabilecek her türlü bilgi korunmalı, değerlendirilmeli ve kullanılmalıdır. Bu tür şüpheli lehine olabilecek bilgi ve elde edilen diğer delillerin gözardı edilebilmesi, "dürüst yargılanma hakkı" uyarınca mümkün değildir. Telefon dinlemesine konu suçlama ile ilgili lehte ve aleyhte deliller dosyadan çıkarılamaz, silinemez, değiştirilemez ve başkalaştırılamaz. Soruşturma aşamasında, CMK m.153/2 veya 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.10/1-d uyarınca müdafiin ve dolayısıyla şüphelinin dosya içeriğini incelemesi ve dosyada bulunan belgelerden örnek alması kısıtlansa bile, suçlamaya ve özellikle koruma tedbirlerinin uygulanmasına dayanak olarak gösterilen telefon dinleme tutanaklarının şüpheli ve müdafiine gösterilmesi ve bu tutanaklardan sonuç alınamaması veya bu tutanaklarda eksiklik ya da farklılık olduğu iddiası var ise, bu durumda da tüm telefon dinleme tutanakları ile canlı dinleme kayıtlarının şüpheli ve müdafiin incelemesine sunulması gerekir[10]. Bu usul kovuşturma aşamasında, delillerin

9 CMK m.160/2'ye göre, "Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılanmanın yapılabilmesi için emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür".

10 Soruşturma aşamasına, şüpheliye hukuki yardımda bulunan ve maddi gerçeğe hukuka uygun yöntemlerle ulaşılmasını sağlamaya çalışan, bununla görevli ve yetkili kılınan müdafiin mutlak

tartışılması ve değerlendirilmesini düzenleyen CMK m.206 uyarınca mutlaka uygulanmalıdır.

VIII. TELEFON DİNLEMEDEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN SOMUT DELİLLERLE DESTEKLENMESİ

Telefon dinlemeden elde edilen kayıtlar ve iletişimin denetlenmesi ile ulaşılan diğer veriler, bir suçun işlendiğini ve kim tarafından işlendiğini gösteren diğer somut delillerin destekleyicisi olma özelliğine sahiptir. CMK m.135/1'e göre, başka şekilde delil elde etme imkanının bulunmadığı hallerde başvurulan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bu yönü ile de elde edilecek somut delillerin dayanağı olacaktır. Suçlama ile ilgili somut delil elde edilmiş olmakla birlikte, suçun failinin veya azmettiricisinin kim olduğunun netleştirilmesi amacıyla telefon dinlemesi yapılabilir. Ancak ortada yeterli şüpheden öte bir suçun şüpheli veya sanık tarafından işlendiğini gösteren kuvvetli şüphe yoksa, bu durumda iletişimin denetlenmesi tedbirinin suçun failini bulmak amacıyla kullanılabilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, CMK m.135/1'de öngörülen şartların oluşmadığı hallerde telefon dinleme izni verilemez. Bu noktada, telefon dinlenebilmesi için aranan şüphenin "yeterli" veya "makul" mü, yoksa "kuvvetli" mi olması gerektiği tartışılabilir. Ancak şu an CMK m.135/1'de öngörülen şüphe tipi "suçun şüpheli veya sanık tarafından işlendiğine dair kuvvetli şüphe" olduğundan, telefon dinlemesinin yapılabilmesi için "başka şekilde delil elde etme imkanının olmaması" şartından önce mutlaka "kuvvetli suç şüphesi" kriterinin somut olayda gerçekleştiği tespit edilmelidir.

Yalnızca konuşmalardan hareketle de suç işlediği gerekçesiyle kimse tutuklanamaz ve mahkum edilemez. Suç işlendiğine dair somut deliller olacak ve bu deliller hakkında CMK m.135'e uygun telefon veya CMK m.140'a uygun ortam dinleme kararı alınan şüphelinin veya sanığın suç işlediğine dair kuvvetli şüpheyi ortaya koyacak ki, ancak bu şekilde konuyu netleştirmek için telefon ile ortam takip ve dinlemesi yapılabilir. Örneğin, bir suç örgütü var ve amaç suçlar işlediği iddia edilmekte ve bu yöndeki iddia ile ilgili kuvvetli suç şüphesine ulaşıldı veya kasten insan öldürme suçu işlendi, fail yakalandı, fakat azmettiricisine ulaşılmak istenmekte ise, telefon, ortam takip ve dinlemesi yapılabilmesi ve bu yolla somut olayın özelliklerine göre haklarında kuvvetli suç şüphesi bulunan faillere ulaşılmaya çalışılabilir.

Ancak belirtmeliyiz ki, iletişimin denetlenmesi tedbirinden önce veya sonra elde edilmiş olan başkaca somut, inandırıcı ve pekiştirici delillerle desteklenmeksizin hiç kimsenin sırf görüşme içeriğini gösteren tutanaklardan hareketle mahkum edilmesi doğru değildir. Mutlak şekilde sanığın konuşma kayıt içeriğini destekleyen somut delillerin elde edilmesi gerekir. Örneğin, kasten insan öldürme suçunda, silah, ceset ve suçun maddi unsurunu icra eden fail yakalanmışsa ve olayın somut özellikleri bir azmettiricinin varlığına işaret et-

şekilde aktif katılımının sağlanması gerekir. Ülkemizde gözardı edilen bu husus, savunma hakkının korunması ve kullanılması adına dikkate alınmalı, düzenlenmeli ve bu şekilde avukatların soruşturma aşamasındaki etkinliği artırılarak, iddia ile savunma arasındaki denge sağlanmalıdır.

mekte ise, bu durumda azmettiriciye ulaşmak için telefon dinlemesi yapılıp, bu dinleme kayıtlarından elde edilen ikrar diğer yan delillerle birlikte azmettiricinin mahkumiyetine esas alınabilir.

Ses kaydına yansıyan açık suç ikrarının, basit, soyut, ciddiliği ve inandırıcılığı tartışmalı olan beyanlardan ibaret olmaması gerekir. Açık suç ikrarı, suça konu fiili tereddütsüz bir şekilde anlatan, somut ve inandırıcı nitelik taşımalıdır. Mahkeme dışında ve hatta huzurunda usule uygun yolla alınan şüpheli ve sanık beyanlarındaki ikrar dahi, "vicdani delil sistemin'de mahkumiyet hükmünün tesisi için zorlayıcı kabul edilemeyeceğine göre, aynı hassasiyetin iletişim kayıtlarında da evleviyetle tatbiki gerekecektir.

Kanaatimizce, işlendiği iddia olunan bir suç ve failiyle ilgili olarak önemli olan, olay yerinde bulunan delilleri ve özellikle teknik delilleri elde etmektir. Bu anlamda, hem muhaberat hürriyetine sürekli müdahale edilmesinin önüne geçmek ve hem de olay dışı deliller yerine, olaydan sadır olan deliller yer vermek için, iletişimin denetlenmesi yoluyla ulaşılan ses kayıtlarını yan, destekleyici, yardımcı deliller şeklinde görmek ve değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

Kanaatimizce, usulü dairesinde yapılan telefon dinleme tedbiri sonucunda elde edilen delillerin mahkumiyet hükmü kurmaya tek başına yeterli olamayacağını, bu delillerin mutlak şekilde somut ve yan delillerle desteklenmesi gerektiğini kabul etmek gerekmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.03.1991 tarihli, 1991/1-28 E. ve 1991/68 K. sayılı kararında, mahkeme önünde yapılan ikrarın dahi tek başına yeterli olmadığını, sözkonusu fiilin gerçekleştiğinin yan delillerle desteklenerek, ancak kesinlik arz edebileceğini hükme bağlamıştır. Yargıtay bu kararında, hiçbir yan delille desteklenip doğrulanmayıp, her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı halde, yüklenen suçun işlendiği kabul edilerek, yani sanıktan ikrar elde edilmek suretiyle sanığın mahkumiyetine karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.

Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.11.2010 tarihli kararı ile onanan Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 01.07.2009 gün, 2009/4076 E. ve 2009/10177 K. sayılı kararına göre, *"Sanıkların, iletişimin tespiti kararlarına dayanılarak dinlenen telefon görüşmelerinde bahsi geçen silah ve mermilerin ele geçmemesi nedeniyle niteliklerinin, 6136 sayılı Yasa kapsamında ve atışa elverişli olup olmadıklarının saptanamadığı, üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı ve dolayısıyla, savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgularla desteklemeyen belirti delil niteliğindeki iletişim kayıtları dışında üzerlerine atılı suçu işlediklerine dair cezalandırılmalarına yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatları yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiştir".*

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin bozma kararına ve gerekçesine iştirak ettiğimizi, sadece soyut telefon konuşmalarından ibaret belirti delillerle mahkumiyet hükmü

tesis edilemeyeceğini, dinlemenin öncesinde ve sonrasında elde edilmiş destekleyici ve pekiştirici delillerle suç isnadının somut gerekçelerle ortaya konulup kanıtlanması gerektiğini belirtmek isteriz[11].

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 02.11.2007 tarih, 2007/11806 E. ve 2007/12471 K. sayılı kararına göre, *"Kendisinde uyuşturucu madde ele geçirilemeyen sanığın, iletişim tespit tutanaklarında ve beyanlarında diğer sanığa verdiği kabul edilen uyuşturucu maddenin elde edilememesi ve teknik yöntemle uyuşturucu madde olup olmadığının saptanamamış olması karşısında, suçu işlediğine dair diğer sanığın sonradan döndüğü beyan dışında delil bulunmadığından mahkumiyetine karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir"*.

Yine Yargıtay 10. Ceza Dairesi 02.04.2009 tarihli, 2008/18095 E. ve 2009/6131 K. sayılı kararında, *"Sanıkta herhangi bir uyuşturucu madde ele geçirilmediği, ele geçirilen uyuşturucu maddelerle ilgisinin kanıtlanamadığı, sanığın uyuşturucu maddenin temin edilmesi, depolanması, saklanması, nakledilmesi, sevk edilmesi, satın alınması, bulundurulması, uyuşturucu madde ticaretinin yapılması veya uyuşturucu madde ticaretinin devamının sağlanmasına yönelik herhangi bir faaliyetinin ve başka suçları işlemek amacıyla da olsa diğer sanıklarla birlikteliğinin saptanamadığı, hakkında içeriği tam olarak belirlenemeyen yakını A ile yaptığı telefon görüşmesinden başka üzerine atılı suçları işlediğine ilişkin savunmasının aksine her türlü kuşkudan uzak inandırıcı ve kesin kanıt bulunmadığı gözetilmeden, anılan suçlardan beraatı yerine yazılı gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesine"* dair Yerel Mahkemece verilen mahkumiyet hükmünü bozmuştur[12].

Görüleceği üzere Yargıtay 10. Ceza Dairesi bu kararında, sadece telefon görüşme içeriklerine dayalı olarak mahkumiyet kararı verilmesinin doğru olmayacağını, suçun işlendiğini gösteren telefon konuşma içeriklerinin mutlak şekilde her türlü kuşkudan uzak inandırıcı ve kesin başka delillerle desteklenmesi gerektiğini, aksi halde verilen mahkumiyet kararının hukuka aykırı olacağını ortaya koymuştur.

---

11 Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 15.09.2008 gün, 2008/12115 E. ve 2008/9513 K. sayılı kararına göre, "Sanıkların, kimlikleri tespit edilemeyip, muhtemel Irak vatandaşı olarak sözü edilen 'X' ve 'Dotto' lakaplı şahıslarla aralarında Yasanın amaçladığı biçimde topluluk oluşturacak boyutta ortaklık ve birlikteliklerinin bulunduğuna dair, içeriği açıkça silah ticaretine ilişkin olmayan, maddi bulgularla desteklenemeyen ve bu nedenle delil niteliğinde bulunmayan telefon görüşmelerine dayalı iletişim akıtları dışında yeterli kanıt bulunmadığı, böylece eylemlerinin bireysel silah ticareti suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçu toplu olarak işledikleri kabul edilerek, 6136 sayılı Yasanın 12/1. madde fıkrası yerine, anılan maddenin kinci fıkrası ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir". 8. Ceza Dairesi bu kararında, maddi bulgularla desteklenemeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtlarının delil sayılamayacağına işaret ederken, iletişim kayıtlarının "belirti delil" niteliği taşıdığını ve tek başına suçu kanıtlamaya yeterli olmadığını ortaya koymuştur. Yine Yargıtay 8. Ceza Dairesi 12.05.2009 gün, 2009/417 E. ve 2009/6705 K. sayılı kararına göre, "Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre, Mahkeme kararıyla dinlemeye elverişli suçlardan dinlenen sanıklar ile bu sanıkların yaptıkları telefon görüşmelerinden elde edilen bilgilere ilişkin maddi kanıtlarla desteklenmeyen belirti kanıtların, savunmalarının aksine cezalandırılmalarına yeterli, kesin ve inandırıcı olmaması, ayrıca üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna da rastlanmaması karşısında, sanıklar hakkında beraat yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir".

12 Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi 01.04.2010 gün, 2009/6809 E., 2010/4767 K.

IX. TELEFONDA KAYITLI BİLGİ VE MESAJLARIN İNCELENMESİ

Telefonlardan gönderilen mesajların da muhaberat hürriyeti kapsamına girdiği, kimin kime mesaj gönderdiği hususunun iletişimin tespiti ve mesaj içeriğinin ne olduğu konusunda uygulanacak tedbirin ise, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması olarak kabulünün gerektiği tartışmasızdır. Bu sebeple, herhangi bir suç sınırlaması olmaksızın iletişimin tespiti mahiyetinde kimin kime, hangi tarihte, hangi sıklıkta ve hangi numaralardan mesaj gönderdiğinin tespiti ve mesaj içeriklerinin ne olduğunun belirlenip kayda alınmasında, CMK m.135'de gösterilen usul ve şartlara uyulmalıdır. Aksi halde, iletişimin denetlenmesi konusunda kanun koyucu tarafından gösterilen usul ve esasa aykırılık kaçınılmaz biçimde gündeme gelecektir. Belirtmeliyiz ki, gönderilip alınan mesajların tespiti ile kimin kiminle mesajlaştığının anlaşılabilmesi için uygulanacak yöntemle ilgili ayrı bir hakim veya mahkeme kararına da ihtiyaç bulunmamaktadır. "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" adı ile verilen bir yargı kararı, hem telefon konuşmalarını ve hem de mesajları içine alacaktır.

Buradaki sorun, yapılan arama sonucunda bir telefona el konulması ile gündeme gelecek olan telefon cihazında yer alan numaralar ile kimin kimi aradığı ve kayıtlı mesajların delil olarak nasıl elde edilip inceleneceğinde çıkacaktır. Konu ile ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 122, 129, 135 ve 160. maddelerinin tatbiki gündeme gelebilecektir. Esas itibariyle bu konunun CMK m.135 ile ilgisi olduğunu düşünmemekteyiz. Her ne kadar gönderilip de telefonda kayıtlı kalan mesaj iletişim kapsamında değerlendirilecek olsa da, bu şekilde uygulanacak tedbirin CMK m.135'in konusuna ve düzenlenme amacına uygun düşmeyeceğini söylemek isteriz. Konunun, bir suçun işlendiğini öğrenen cumhuriyet savcısının maddi gerçeği araştırmak amacıyla delil toplayabileceği ve toplatabileceğine dair genel düzenleme öngören CMK m.160 ile dolaylı ilgisi bulunmaktadır. Gönderilip alınan mesajların delil olarak elde edilebilmesi elbette mümkündür. Ancak bu noktada, *"Arama ve El koyma" başlığı altında yer alan CMK m.122 ve 129'u incelemek uygun olacaktır. "Postada el koyma"* başlıklı 129. maddenin, cihazda kayıtlı olan mesajlar ve telefon fihristi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu madde, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluşta bulunan gönderilere el konulmasını düzenlemektedir. Tartışma konumuzun "Belge ve kağıtları inceleme yetkisi" başlıklı 122. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine inanmaktayız. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, "Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kağıtlarını inceleme yetkisi, cumhuriyet savcısı ve hakime aittir". Mesajlar ve telefon numara kayıtları da görüntü tespit eden belge niteliği taşıdığından, kişi hak ve hürriyetleri lehine yapılacak kıyasla CMK m.122/1'e göre incelenmelidir. Bilindiği üzere, ceza hukukundan farklı olarak ceza yargılaması hukukunda kişi hak ve hürriyetleri lehine kıyas yapılabilir. Telefon cihazına el konulduğunda, içeriğinin kolluk tarafından incelenebilmesi mümkün değildir. Aksi halde, uygulanan el koyma yönteminin ve bu yolla elde edilen delillerin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir.

TAPU KANUNU M.35'DE YAPILAN DEĞİŞİKLİK TASARISININ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Sibel ÖZEL[1]

GİRİŞ

Osmanlı döneminde kapitülasyonlarla yabancılara hak tanınmış olmasına rağmen taşınmaz edinmeleri mümkün değildi. Ancak 1856'dan itibaren Avrupa Devletleri Osmanlı'dan yabancılar için taşınmaz edinme hakkı vermesini talep etmiş ve 1863 yılında Sefaretler müştereken takdim ettikleri bir nota ile durumu bildirmişlerdir. Yabancı ülkelerin baskısı ve daha da önemlisi Osmanlı'nın her yönden mali sıkıntıda olması nedeniyle ilk defa 7 Safer 1284/ 16 Haziran 1868 tarihli "Tebaa-i Ecnebi yenin Emlake Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun" ile yabancıların Osmanlı'da taşınmaz edinme hakkı kabul edilmiştir. Bu kanuna göre Osmanlı Devleti'nin teklif ettiği düzenlemeyi kabul eden devletlere mensup yabancıların istimlak hakkından yararlanabilecekleri belirtilmiştir. Bu kanundan sadece protokole imza koyan devletler yararlanabilecekti. Buna göre Fransa, İsveç-Norveç, Belçika, İngiltere, Avusturya, Danimarka, Prusya, Yunanistan, Rusya, İtalya, Hollanda, Amerika, Portekiz ve İran emlak tasarrufu ile ilgili protokolü kabul etmiştir [2]. Kanun sadece gerçek kişi yabancılar için hak getirmiştir. Yabancı tüzel kişilerin Osmanlı'da taşınmaz edinmesine izin verilmemiştir [3]. Bununla birlikte yabancı dini, ilmi ve hayrı müesseselerin gerek fermanla gerekse izinsiz olarak Osmanlı'da varlıklarını sürdürdükleri ve taşınmaz edindikleri de bir gerçektir.

Lozan Antlaşması'nda yabancıların taşınmaz mal edinmesi ile ilgili konu Lozan'a bağlı İkamet ve Salahiyeti Hakkındaki Mukavelename'nin 3. maddesi ile belirtilmiştir. Buna göre Türkiye'de diğer âkit ülkelerin vatandaşlarının eşitlik ve mahalli kanun hükümleri uyarınca her türlü menkul ve gayrimenkulü ibraz, tasarruf ve devir ve ferağ hakkı kabul edilmiştir. Bunun uygulaması Türk vatandaşları ve şirketleri ile ilgili tam mütekabiliyet şartı ile mümkündür. Böylelikle 1284 tarihinde kabul edilen "tebaayı temsil sistemi " yerine Türkiye'nin âkit devletlerle tam eşitliğinin bir göstergesi olan ahdi mütekabiliyet esası benimsenmiştir[4].

Cumhuriyet döneminde milli mevzuat çalışmalarının başında 18 Mart 1924 yılında yürürlüğe giren Köy Kanunu ile yabancıların köylerde arazi ve emlak almaları yasaklanmıştır.

---

1 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

2 MUTLU, Şamil: Osmanlı Devletinde Misyoner Okulları, İstanbul 2005, s. 19-20.

3 ÇELİKEL, Aysel/GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2011, s. 228-229. Kanunla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUĞ, Yılmaz: Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi, İstanbul 1976, s. 63 vd.

4 Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.6.1985 T, 1984/14 E, 1985/7 K. MHB, Sayı. 2/Yıl 5/1985, s. 149.

1934 yılında Tapu Kanun'u m. 35 yabancı gerçek kişiler için karşılıklılık şartını bir kanun hükmü haline getirmiştir. Tapu K. m. 36 ile de miktar sınırlaması öngörmüştür. Dolayısıyla 2644 Sayılı Tapu Kanun'u m. 35 ile yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmesi kanuni sınırlayıcı hükümler yanında karşılıklılık koşuluna bağlanmıştır.

Türkiye'nin Lozan'dan sonra yapmış olduğu ikamet, ticaret ve seyrüseferin antlaşmalarının hepsinde de mer'i kanun ve nizamların muhafazası ile tam bir karşılıklı muamele esası kabul edilmiştir. Dolayısıyla gerek uluslararası sözleşmeler gerekse Tapu K. m. 35 ile yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinimlerinde karşılıklılık, temel bir prensip olarak aranmıştır.

KARŞILIKLILIK ŞARTI

Türk yabancılar hukukunun genel bir prensibi olan karşılıklılık ilkesi en aşağı iki devlet arasında uygulanan ve bir ülkede diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyette hakların tanınmasını ifade eden bir prensiptir[5].

2003 yılına kadar karşılıklılığın ne anlama geldiği kanunda tanımlanmış değildir. Tapu K. m. 35'de yer alan karşılıklılık ibaresinin anlamı 20 Nisan 1940 tarih ve 2/13349 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesinde açıklanmıştır. Kararnameye göre[6] Türk vatandaşlarına karşı özel olarak kısıtlama getirmeyen yabancı devletin vatandaşları genel kısıtlayıcı hükümlere bağlı olarak Türkiye'de taşınmaz edinebileceklerdir. Buna karşılık Türk vatandaşlarının yabancı ülkede taşınmaz edinmesi kısıtlamaya tâbi ise, o devlet vatandaşları da aynı kısıtlamalara tâbi tutulacaktır.

Kararname kanuni karşılıklılığı yeterli görmekle birlikte, fiili duruma da önem vermiş ve bir Türk vatandaşına yabancı ülkede bir kısıtlama yada engelleme uygulanmışsa, aynı kısıtlama ve engellemelerin söz konusu yabancı devlet vatandaşına tatbik edilmesini öngörmüştür.

Buna göre doktrin ve mahkeme kararları karşılıklılığı ahdi, kanuni ve fiili karşılıklılık olarak yorumlamıştır. Dolayısıyla Türkiye ile yabancı devlet arasında yapılan anlaşmaya göre âkit devlet vatandaşları birbirlerinin ülkelerinde taşınmaz edinebileceklerdir. Bir Türk vatandaşı yabancı ülkede o ülkenin yabancılar hukuku sistemine göre veya fiili uygulamasına göre taşınmaz edinme hakkına sahipse, Türkiye'de de o ülke vatandaşı taşınmaz edinme hakkına sahiptir.

Karşılıklılığın uygulanmasında yabancı ülkedeki kayıt ve kısıtlamalar, o ülke vatandaşının Türkiye'de taşınmaz ediniminde de aranmıştır. Buna göre sahil şeridinde yabancıların (veya Türk vatandaşlarının) taşınmaz edinimine izin vermeyen bir ülkenin vatandaşı da Türkiye'de sahil şeridinde taşınmaz edinemeyecektir. Yine yabancı ülkede taşınmaz edinimi o ülkede ikamet şartına bağlanmışsa, o ülke vatandaşı da Türkiye'de ikamet etme koşuluyla taşınmaz edinebilecektir[7].

5 ÇELİKEL/GELGEL, s. 58-59.

6 Bkz. DÜZCEER, Ali Rıza: "Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal İktisapları" 5 Yargıtay Dergisi, 1284 (1979) s. 289-290; ALTUĞ, s. 121 dn. 27. Ayrıca bkz. ÖZEL, Sibel: "Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri İçin Gerekli Olan Karşılıklılık Şartının Yargıtay Kararları Işığında Yorumu" Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB, Yıl 17-18/Sayı 1-2/1997-1998, s. 306-307.

7 Bkz. ÖZEL, s. 310.

Görüldüğü üzere yabancı ülkede taşınmaz edinimi konusunda karşılaşılan her kısıtlama, sözkonusu yabancı devlet vatandaşı için karşılıklılığın içerdiği anlamı belirlemektedir.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARLARI

1984 yılında bu ilkeye istisna getirmek amacıyla 3029 Sayılı Kanun çıkarılmıştır. Bu kanun uyarınca Bakanlar Kurulunun uygun göreceği yabancı ülke halkına karşılıklılık şartı aranmaksızın Türkiye'de mülk edinme hakkı tanınmıştır. Tek koşul kanuni sınırlayıcı hükümlere uymak ve toplu konut fonuna alımsatım bedeli üzerinden Bakanlar Kurulunca saptanan fonu ödemektir. Bakanlar Kurulu iki ay sonra kabul ettiği bir kararname ile 6 Körfez ülkesi vatandaşına karşılıklılık aranmaksızın taşınmaz edinme hakkı vermiştir.

Kanun 13.6.1985 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir[8]. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerine bakmak gerekmektedir:

Anayasa Mahkemesi yabancıların Osmanlı Devletinde taşınmaz edinmelerinin tarihçesini verdikten sonra Lozan Barış Antlaşması'na bağlı "İkamet ve Selahiyet Adliye Hakkında Mukavelename" ile kabul edilen ahdi karşılıklılık esasının sözü edilen mukavelenameye tâbi olmayan devletler bakımından Tapu Kanunu ile karşılıklılık esasına bağlandığını ortaya koymuştur[9].

Anayasa Mahkemesi 3029 Sayılı Kanun'un gerekçesinde Toplu Konut Fonuna kaynak sağlanması olduğuna vurgu yapmış ve bütün yetkinin Bakanlar Kuruluna verildiğinin altını çizmiştir[10].

Anayasa Mahkemesi'ne göre "ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Toprak ile alakalı bir konuda insan haklarına saygılı, ölçülü, adil bir sınırlama Devlet için bir nefsi müdafaa tedbiri niteliğindedir; böyle bir tedbirden vazgeçebilmesi çoğu kez olası değildir"[11].

Anayasa Mahkemesi bir devletin yabancılara hak tanımasını ve bu noktada karşılıklılık ilkesinden vazgeçmesini bir iç hukuk meselesi olarak görmektedir. Ancak Mahkemeye göre toprak edinme konusundaki karşılıklılık esası başka konulardaki karşılıklılık esasından farklıdır. Bu farklılık Devletin asli unsuru olan ülke ile ilişkisinden ortaya çıkmaktadır. Mahkemeye göre bu ilişki farklı bir düşünce ve hassasiyeti zorunlu kılmaktadır. Karşılıklılık ilkesinden tek taraflı olarak vazgeçmek, Devletler Hususi Hukukunda Yabancılar Hukuku alanında etkisi zaruri olan eşitlik prensibini benimsememek anlamını taşır. Kendi vatandaşına yabancı ülkede aynı hakkı sağlamadan, ülkesinde yabancıya hak tanıması kolaylıkla savunulamaz. Vatandaşımızın, kendi ülkesinde mülk edinmesine katlanamayan bir devlet uyruğundan bu hakkın esirgenmesi gerekir. Aksine bir durum ise yabancıya tanınmış bir imtiyaz sayılır[12].

8 Bkz. dn. 3.
9 MHB (1985) s. 153-154.
10 Id. s. 156.
11 Id. s. 157-158.
12 Id. s. 158.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın Başlangıç ilkelerine atıf yapmıştır. Başlangıç'ın 5. Paragrafı tüm kuruluş ve kişilerin hukuk düzeni dışına çıkmasını yasaklamıştır. Başlangıç'ın 4. Paragrafı Türkiye Cumhuriyeti'nin Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğunu ve devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip olduğunu belirtmektedir. Başlangıç'ın 7. Paragrafı milli menfaatlerin herşeyin üstünde tutulması gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Başlangıç'ın sözkonusu paragrafları siyasi iktidarların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirilmiş temel ilkelerdir[13].

Anayasa Mahkemesi yabancıların arazi edinmesini salt bir mülkiyet meselesi olarak görmemektedir. Toprak Devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlık simgesidir. Mahkemeye göre karşılıklılık esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır[14].

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi karşılıklılığın aranmamasını Anayasa m. 2 ve Başlangıç hükümlerine aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi ayrıca 3029 Sayılı Kanun'la Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin son derece sınırsız olduğunu vurgulamış ve bunu bir yetki devri olarak kabul etmiştir. Anayasa m. 7 "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez" hükmünü getirmektedir. 3029 Sayılı Kanun esasla alakalı hususları düzenlememiş, Bakanlar Kuruluna yetkisini devretmiştir. Dolayısıyla Anayasa m. 7'e aykırılık vardır[15] .

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra 1986 yılında 3278 Sayılı Kanun ile Tapu K. m. 35'e bir fıkra eklenmiştir. Buna göre

"Ancak milli menfaatlere ve/veya milli ekonomiye faydalı görüldüğü hallerde, Bakanlar Kurulu hangi ülkelerin ve/veya hangi ülke uyruğundaki gerçek kişilerin mütekabiliyet şartından istisna edileceğine karar verebilir. Bu hususla ilgili usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tespit edilir".

3278 Sayılı Kanun sadece yabancı gerçek kişilere değil, yabancı devletlere de Türkiye'de taşınmaz edinme hakkı tanımıştır.

Bu kanun 9.10.1986 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir[16]. Anayasa Mahkemesi'ne göre bir devletin başka bir devletin ülkesinde taşınmaz mal edinmesinin o devletin siyasi bütünlüğü ilkesine aykırı düşeceği ve siyasi ihtilaflara yol açacağı kabul edilmektedir. Bazı istisnalar dışında bu konuda karşılıklılık esasının dahi geçerli sayılamayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle sözkonusu düzenlemenin Anayasal ilkelerle uyum içinde bulunduğu söylenemez. Anayasa Başlangıç bölümünün 7. Fıkrası (Türk varlığının Devleti ve ülkesi ile bölünmezliği esası) ve Anayasa m. 3 karşısında hiçbir organ yabancı ülkelere Türkiye Cumhuriyeti Dev-

13 Id. s. 159.
14 Id. s. 159.
15 Id. s. 161.
16 Anayasa Mahkemesi kararı T. 9.10.1986, E. 1986/18, K. 1986/24. RG. 31.01.1987-19358

leti sınırları içinde taşınmaz mal edinme izni vermeye yada Bakanlar Kuruluna takdir hakkı vermeye yetkili değildir. Bu nedenle kanun Anayasa'ya aykırıdır[17].

Yabancı gerçek kişiler için karşılıklılık aranmamasını da 1985 tarihli kararında belirlenen gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulmuş ve kanunu iptal etmiştir[18].

2003 yılında Tapu K. m. 35'de değişiklik yapılmış ve 4916 Sayılı Kanun[19] ile karşılıklılık ilkesi kaldırılmamış, ne anlama geldiği kanunla açıklanmış ve ilk defa yabancı tüzel kişiler için yine karşılıklılık koşulu ile taşınmaz edinme imkânı getirilmiştir [20].

4916 Sayılı Kanun 30 hektardan fazla arazi iktisabını Bakanlar Kurulunun iznine bağlamıştır. İzin verilmezse fazla olan miktar tasfiye edilerek bedele çevrilecektir.

4916 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik de Anayasa Mahkemesi tarafından 14.3.2005 tarihinde iptal edilmiştir[21].

Anayasa Mahkemesi bu kararında hukuk devletini tanımlamıştır:

"Anayasa Başlangıç ile 5. maddesi bağlamında hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir"[22].

Anayasa Mahkemesi Anayasa m. 7'e değinmiş ve yasama yetkisinin yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi veremeyeceğini vurgulamıştır [23].

Anayasa Mahkemesi'ne göre yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için yasada temel prensiplerin belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'ne göre yapılan değişiklikle Bakanlar Kuruluna geniş takdir yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devrine yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi yapılan değişikliğin sadece karşılıklılık ve kanuni sınırlayıcı hükümler getirdiğini ancak taşınmaz ediniminin usul ve esaslarının gösterilmediğini karara bağlamıştır. Yabancıların alacağı taşınmazların yeri, arazi, arsa veya bina olmasının gerektirdiği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uygulanacak usul ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir. Bunların yasada düzenlenmemesi yabancıların taşınmaz edinme konusunda yetki devrine yol açacağı gibi, yasaların

17 Id.
18 Id.
19 RG. 19.7.2003-25173
20 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: "Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinme Hakkı ile İlgili Tapu K. m. 35'de Yapılan Son Değişikliğin Değerlendirilmesi" İHFM, c. LXII, Sayı: 1-2, 2004, s. 435 vd.
21 Anayasa Mahkemesi kararı T. 14.03.2005, E. 2003/70, K. 2005/14. RG. 26.04.2005-25797.
22 Id.
23 Id.

açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleşmesi için ön koşul olarak kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşer[24].

Anayasa Mahkemesi'ne göre m. 35'in son fıkrasında kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir denilmesi, ülke güvenliği yanında kamu yararı gibi sınırları belirsiz bir kavrama dayanarak Bakanlar Kuruluna geniş takdir yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devrine yol açmaktadır[25].

Bu durum Anayasa m. 16'a da aykırıdır. Zira Anayasa m. 16'a göre temel hak ve özgürlükler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamanın yasayla yapılmayıp Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi Anayasa m. 16 ile bağdaşmamaktadır[26].

Dolayısıyla Anayasa m. 2, 7 ve 16'a aykırılık vardır.

Bunun üzerine 2005 yılında 5444 Sayılı Kanun'la, Anayasa Mahkemesi kararındaki hususlar dikkate alınarak m. 35 yeniden düzenlenmiştir. Madde 35/1. Fıkra son cümlesi "Bu fıkrada belirtilen koşullarda yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir" hükmü yer almıştır. Bu cümle ve 7. Fıkradaki bir cümle Anayasa Mahkemesi tarafından 11.04.2007 tarihinde iptal edilmiştir[27].

Anayasa Mahkemesi bu kararında geçmiş kararlarına atıf yapmış ve "Devletin en önemli unsurlarından biri ülkedir ve ülkede yabancının arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu olarak değerlendirilemez. Toprak devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığının simgesidir. Bu nedenle yabancıların taşınmaz ediniminin AB ülkelerinin çoğunda olduğu gibi dünya genelinde de ülkeden ülkeye farklılık gösteren yasal düzenlemelerle sınırlandırıldığı görülmektedir. Yabancıların taşınmaz ediniminin önemi ülkemiz açısından da yadsınamaz" saptamasında bulunmuştur[28].

Anayasa Mahkemesi 5444 Sayılı Kanun'la Bakanlar Kuruluna verilen 2,5 hektarlık sınırı 30 hektara çıkarma yetkisini, yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracağı için Anayasa m. 2 ve m. 7 hükümlerine aykırı görerek iptal etmiştir[29].

5444 Sayılı Kanun ile yabancı uyruklu kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların illere ve yüzölçümlerine göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespite Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır. İller coğrafi ve stratejik olduğu kadar yerleşim alanları ve konumları itibariyle birbirinden farklıdır. Kimi illerin yerleşim alanlarının tamamı veya birçok büyük ilçesinin tamamı binde beşlik sınırın altında kalabilmektedir. Buna karşılık il yüzölçümleri, ilin ormanları, dağları ve meraları

24 Id.
25 Id.
26 Id.
27 Id.
28 Id.
29 Id.

gibi yerleşim alanları dışındaki kısımlarını da kapsamaktadır. İller için geçerli koşulların ilçeler ve beldeler için de geçerli olmadığından söz edilemez. Bu durumda Bakanlar Kuruluna bırakılan düzenleme yetkisinin Anayasa sınırları da gözedilerek çerçevesinin belirlenmediği açıktır [30].

Bu iptal kararından sonra Tapu K. m. 35, 5782 Sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmiştir. Bu kanunun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne açılan davada, Mahkeme getirilen değişikliğin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır[31].

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA BELİRLENEN GENEL ESASLAR

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları genel esasları belirlemiş ve her iptal kararı bu genel esaslar üzerine bina edilmiştir.

1. Karşılıklılık ilkesi gerek antlaşmalar hukuku gerekse mevzu hukuk olarak Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden biri haline gelmiştir. Devletlerarası ilişkilerde de devletin ülkesi üzerindeki egemenliğinin doğal sonucudur.

2. Yabancılar hukuku ile ilgili diğer alanlarda Devletler karşılıklılık ilkesinden vazgeçebilirler. Ancak toprak edinme konusunda devlet tek taraflı olarak karşılıklılık ilkesinden vazgeçemez. Bu durum eşitlik ilkesine aykırıdır.

3. Bir devletin yabancı ülkede kendi vatandaşına aynı hakkı sağlamadan, ülkesinde yabancıya hak tanıması savunulamaz.

4. Türk vatandaşlarının kendi ülkesinde mülk edinmesine katlanamayan bir devlet uyruğundan bu hakkın esirgenmesi gerekir. Aksi halde yabancıya imtiyaz tanınmış olur.

5. Yabancıların Türkiye'de arazi ve mülk edinmesi salt bir mülkiyet sorunu değildir. Toprak devletin vazgeçilmez temel unsurudur ve egemenliğin ve bağımsızlığın simgesidir.

Bu itibarla yabancıların taşınmaz ediniminde karşılıklılığın kaldırılması Anayasa'nın Başlangıç ilkelerine ve 2. maddesine aykırıdır.

6. Yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Bu durum Anayasa m. 7'e aykırılık teşkil eder.

7. Yürütmeye sınırları belirsiz yetki vermek Anayasa m. 16'a da aykırıdır. Zira temel hak ve özgürlükler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Yabancıların taşınmaz edinmesi konusundaki sınırlamaların yasayla yapılmaması ve sınırların ve ilkelerin yasada belirlenmeyip, yürütme organına bırakılması Anayasa m. 16'a aykırıdır.

30 Id..

31 Anayasa Mahkemesi Kararı T. 12.05.2011, E. 2008/79, K. 2011/74. RG. 23.07.2011-28003.

TAPU KANUNU M. 35'DE DEĞİŞİKLİK YAPAN TASARININ ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Değişiklik tasarısı şöyledir:

Madde 35: "Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanlığının görüşü üzerine Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu kişilerin ülke genelinde edinebilecekleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam yüzölçümü otuz hektarı geçemez. Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığı ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde bu miktarı iki katına çıkarmaya yetkilidir.

Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığı yabancı uyruklu gerçek kişilerin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilecekleri yerleri; il, ilçe, uygulama imar planı, mevzii imar planı, koordinatları belirlenmiş alanlar veya bunların belirli oranları olarak belirleyebilir.

Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığınca belirlenen ülke vatandaşlarının miras yoluyla intikal eden taşınmazları için birinci fıkrada belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanır.

Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığınca belirlenen ülke vatandaşları dışındaki yabancı uyruklu gerçek kişilerin miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı ayni hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir.

Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığı ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimini ülke, yer, zaman ve miktar bakımından kısmen veya tamamen durdurabilir, sınırlandırabilir veya yasaklayabilir".

Tasarı yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesinde bugüne kadar aranan karşılıklılık şartını kaldırmış ve Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen ülke vatandaşlarının 30 hektara kadar taşınmaz ve sınırlı ayni hak elde edebileceklerini öngörmüştür. Bakanlık 30 hektarı iki katına kadar çıkarabilir ve ayrıca yabancıların taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimini ülke, yer, zaman, miktar bakımından kısmen veya tamamen durdurabilir, sınırlandırabilir veya yasaklayabilir.

Tasarının iki bağlamda ele alınması mümkündür :

1. Karşılıklılığın kaldırılması

Ülke menfaatleri gerektirdiğinde karşılıklılığın olmadığı ülke vatandaşları da Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak sahibi olacaktır.

Anayasa mahkemesi kararlarında görüldüğü üzere yabancılar hukukunun genel ilkesi olan karşılıklılık koşulu devletlerarası ilişkilerde devletin egemenliğinin bir sonucudur. Başka konularda karşılıklılık kaldırılabilir ancak toprak edinme konusunda tek taraflı olarak bu ilkeden vazgeçmek eşitlik ilkesine aykırıdır.

Türk vatandaşlarına kendi ülkesinde hak tanımayan bir devletin vatandaşlarına Türkiye'de hak tanımak, o yabancıya imtiyaz vermek anlamını taşır.

Bu itibarla karşılıklılık ilkesinin kaldırılması Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça belirlendiği üzere Anayasa Başlangıç ve m. 2 hükümlerine aykırılık teşkil edecektir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararları ve tespit ettiği ilkeler ve gerekçeler karşısında, bu sefer başka bir sonuca varılması da öngörülemez. Zira Anayasa Başlangıç ilkeleri ve m. 2 varlığını aynen sürdürmektedir.

Karşılıklılık ilkesi uluslararası hukuka uygun ve objektif bir kriterdir. Dolayısıyla karşılıklılık olmadığı için bir yabancıya hak tanınmaması, uluslararası hukuka uygundur. Buna karşılık bir yabancıya hak tanındıktan sonra hukuka aykırı bir şekilde o hakkı geri almak veya sınırlama getirmek uluslararası hukuka aykırıdır.

Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler Kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri bölümünde yer alan Mülkiyet hakkı (m. 35) yabancılar açısından m. 16 ile milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı vatandaş yabancı ayrımı olmaksızın herkes için teminat altına alınmış temel bir hak değildir. Modern hukukta mülkiyet hakkı tabii hukuk teorisine göre değil, siyasi özgürlüklerin teminatı olduğu gerekçesine dayanılarak savunulmaktadır. Bireyin devletin müdahalesi dışında belli bir mülkiyet alanına sahip olması, bireysel kişiliğin gelişmesi yönünden zorunlu görülmekte; diğer yandan da devletin mülkiyetin belli ellerde toplanmasının yarattığı hâkimiyet gücünü önlemek ve parçalamakla görevli olduğu kabul edilmektedir. Mutlak ve sınırsız özel mülkiyet anlayışı yerini demokratik bakımdan lüzumlu fakat sınırlı bir mülkiyet görüşüne bırakmıştır [32].

Mülkiyet hakkının insan hakları ile bağlantısı pekçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Yaşama hakkı, işkence yasağı, ifade ve örgütlenme özgürlüğü gibi temel haklarla mülkiyet hakkı arasında nitelik bakımından benzerlik bulunmadığı açıktır. Zira insan hakları başka bir neden aranmaksızın salt insan olmanın doğal bir sonucudur. Bunlar kişiye bağlı devredilemez haklardır. Mülkiyet hakkı ise belli bir zenginlik düzeyi ile bağlantılıdır. İnsan hakları ayrımcılığı yasaklarken, mülkiyet hakkının kendisi başlı başına bir ayrımcılık nedenidir[33].

Bu itibarla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel metninde mülkiyet hakkı ile ilgili bir hüküm yer almamıştır. 20 Mart 1952 yılında Paris'te imzalanan "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek Protokol" m. 1 mülkiyetin korunmasına yer vermiştir. Buna göre "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir".

---

32 ÖRÜCÜ, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlanması İstanbul 1976, s. 281

33 DİNÇ, Güney: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 124, s. 1-2.

Görüldüğü üzere AİHS Ek Protokol mülkiyet edinme hakkını değil, edinilmiş olan mülkiyet hakkına saygı duyulmasını temin etmektedir. Bir başka ifade ile Ek Protokol m.1 herkese mülk edinme hakkı tanımamaktadır. Maddenin uygulanabilmesi için öncelikle mülke ilişkin bir hak iddiasının ortaya konmuş olması gerekmektedir. Koruma altına alınan gelecekte mülk edinme hakkı değil, sadece mevcut mülktür[34]. Bu noktada taşınmaz üzerinde mülkiyet edinme hakkını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde hak olarak görmek ve vatandaş gibi yabancının da edinmesi gereken temel bir hak olduğunu iddia etmek ve yabancıya taşınmaz edinimi hakkını Türkiye için uluslararası bir yükümlülük olarak göstermek temelsiz bir iddia niteliğindedir. AİHS mülkiyet hakkının tanınmasını bir temel hak olarak görmemiş ancak mülkiyet hakkı tanındıktan sonra bu hakka saygı gösterilmesini garanti altına almıştır. Dolayısıyla hak tanındıktan sonra bu hakka yapılacak olan tecavüz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olacak ve Türkiye'nin mahkûm olmasını sağlayacaktır. Unutulmamalıdır ki mülkiyet bir imtiyaz değil, bir haktır. Bir kez tanındıktan sonra Hükümetin bir kararıyla geri alınamaz yada hukuka aykırı olarak sınırlandırılamaz. Böyle bir durum uluslararası yükümlülüklere aykırı olur. Bu itibarla meseleye başta karşılıklılık şartıyla sınırlama getirmek uluslararası hukuka uygun objektif bir yaklaşım olacaktır.

Diğer yandan karşılıklılık şartı yabancılar için öngörülebilir ve belirlenebilir bir kısıtlamadır. Tasarı karşılıklılığı kaldırmış ancak hangi ülke vatandaşlarının taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilecekleri konusunda hiçbir kıstas getirmeden yetkiyi Bakanlığa vermiştir. Dolayısıyla Bakanlık isterse, ülke menfaatlerini gerekçe göstererek karşılıklılık olan bir ülke vatandaşının da Türkiye'de taşınmaz edinmesine yasak getirebilir. Bu da keyfi ve sübjektif bir kısıtlamadır.

2. Karşılıklılık kalktığında yabancıların taşınmaz ediniminde aranacak kıstaslar, ilkeler yada sınırlamalar nelerdir?

Tasarı bu noktada hiçbir kıstas getirmeden tüm yetkiyi Bakanlığa vermiştir. Bakanlık Türkiye'de taşınmaz edinecek ülke vatandaşlarının bir listesini yapacaktır. Bu ülke vatandaşları 30 hektara kadar taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilecektir. Bakanlık sınırı iki katına kadar çıkarmaya yetkisine de sahiptir.

Bu husus da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarında belirtilen ilkelere ve gerekçelere aykırıdır. Zira Anayasa Mahkemesi şu hususun altını çizmektedir:

"Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için yasada temel hükümlerin yada temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir".

Dolayısıyla kanun koyucu esaslı ilişkileri saptadıktan sonra uzmanlık ve yöne-

34 CARSS-FRISK, Monica: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Mülkiyet Hakkı, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları El Kitapları, no: 4, s. 6, 9, 19. Kararlar için bkz. Id, s. 19 vd.

tim tekniği ile ilgili noktaların düzenlenmesini yürütme organına bırakabilir. Kanun koyucu yürütmeye yetki verirken bunun amaç ve hedefini açıklamalı, çerçeveyi kanunda belirlemelidir. Yürütme organınca yapılacak düzenlemelerin keyfilikten uzak objektif düzenlemeler olması gereği de açıktır.

Diğer yandan Anayasa m. 16'a göre de yabancılar ile ilgili her kısıtlamanın ancak kanunla yapılması gerekmektedir. Tasarı karşılıklılığı kaldırırken hangi kısıtlama ve sınırlamalarla yabancıların taşınmaz edinebileceğini belirtmemektedir.

Mevcut kanuni sınırlamalara yapılan atıf kanuni bir sınırlamadır. Ancak tasarı bunun ötesinde sadece Bakanlıkça belirlenecek ülke vatandaşlarının Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebileceklerini öngörmektedir. Burada bu ülkelerin hangi kıstaslara göre belirleneceğine ilişkin bir açıklama yoktur. Karşılıklılığın aranması kanuni bir kısıtlamadır ve uluslararası hukuka uygundur. Ancak şimdi bu şart yerine, meselenin hangi kıstaslarla ne çerçevede ele alınacağına ilişkin bir hiçbir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Halen yürürlükte olan Tapu K. m. 35/1 işyeri veya mesken olarak kullanılmak üzere uygulama imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazların edinilebileceğini öngörmüş iken bu kanuni kısıtlama da Tasarı ile kaldırılmıştır. Kanunda yabancıların edinebilecekleri taşınmazların özellikleri ile ilgili kısıtlama da yer almamaktadır. Belirtilen tek husus ülke menfaatleridir ki bunun da yabancıların taşınmaz ediniminde ne anlama geldiği hususu kanunda açıklanmamıştır.

Sonuç itibariyle Tasarı yasama yetkisini yürütme organına devretmiş ve kanunda yapması gereken sınırlamaları yapmamıştır. Bu haliyle Anayasa m. 2, m. 7 ve m. 16 hükümlerine açıkça aykırıdır.

MTO TAHKİM KURALLARI 2012
MTO Tahkimine 2012 Kurallarıyla Getirilen Yenilikler

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY[1]

I. MTO TAHKİM KURALLARI SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

A. MTO TAHKİM KURALLARININ ÖNEMİ

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde en çok başvurulan tahkim kuralları MTO Tahkim Kurallarıdır (ICC Rules of Arbitration). MTO'nun kuruluş tarihi olan 1923 yılından bu yana MTO Tahkim Kurallarına göre çözüme bağlanmış uyuşmazlıkların sayısı 17.500'dür. Söz konusu uyuşmazlıkların 200 ülkeyle ilgili olduğu belirlenmiştir. 1 Ocak 2010 ile 1 Ocak 2011 tarihleri arasında MTO'na 793 yeni tahkim başvurusu (istemi, request for arbitration) yapılmıştır. Tahkim istemleri, 140 farklı devletin 2145 yurttaşıyla ilgili olup; tarafların % 50'si Avrupa kıtasından, % 24'ü Amerikalar'dan; % 20'si Asya kıtası ve Pasifik bölgesinden ve % 6'sı da Afrika kıtasındandır. Söz konusu uyuşmazlıklarla ilgili olan hakemlerin sayısı 1331 olup, bunlar 73 farklı devletin yurttaşlarıdır. Tahkim yargılamaları 53 ülkede bulunmaktadır. Yeni davalarda uyuşmazlık değerinin % 24.1'i bir milyon doların altındadır.[2]

MTO tahkiminin belirgin özellikleri olarak, MTO Tahkim Kurallarına göre verilen hakem kararlarının nihai ve bağlayıcı olması; bu kararların 1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında BM Antlaşması"na (New York Antlaşması) göre 140'dan fazla ülkede icra edilebilirliği; tahkimin herhangi bir ülkede, herhangi bir dilde yapılabilmesi; hakemlerin herhangi bir devletin uyruğunda olabilmeleri; tarafların uyuşmazlık konusunda uzmanlaşmış kişileri hakem olarak seçebilmeleri; tahkim yargılamasının "mahremiyet"i ve uyuşmazlığın genel olarak devlet yargısına oranla daha kısa sürede çözüme kavuşturulması belirtilmektedir.

B. MTO TAHKİM SİSTEMİNDE "ULUSLARARASI TAHKİM DİVANI"NIN YERİ VE ROLÜ

MTO Tahkim Divanı, **MTO tarafından 1923 yılında kurulmuştur. Divanın kurulmasını izleyen 80 yıl içinde, Divan tarafından yönetilen tahkim yargılamalarının sayısı 13.000'i aşmıştır.**[3]

---

1 İstanbul Barosu Üyesi UNCITRAL Çalışma Grubu II'de Türk Delegesi UNIDROIT Muhabir Üyesi

2 Ayrıntı için bkz. *International Court of Arbitration*, Resolving Business Disputes Worldwide, Publication No. 810-3, March 2011, Paris, s. 2-10. İstatistiklere göre, MTO tahkim yargılamalarının % 60'ı belli başlı tahkim merkezlerinde (Cenevre, Zürih, Londra, New York, Paris); % 20'si ise UNCITRAL Model Kanunu'nun benimsendiği ülkelerde görülmüştür. MTO tahkimine ilişimn ayrıntı için bkz. *W. Laurence Craig/William W. Park/Jan Paulsson*, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. Edition, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, NY, 2000, s. 2 vd.; *Michael W. Bühler/Thomas H. Webster,* Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials, London, Sweet&Maxwell,2005, Preface.

3 MTO Tahkim Divanının ilk kuralları 10 Temmuz 1922 tarihlidir. Bkz. *Yves Derains/Eric A.*

MTO Tahkim Divanı'nın (ICC International Court of Arbitration) üyeleri 90'a yakın ülkeden ve çeşitli "hukuk çevreleri"nden seçilmektedir. Bu nedenle, diğer ulusal ve bölgesel kurumsal tahkimlerle karşılaştırıldığında, Divanın, gerçekten "uluslararası" bir nitelik taşıdığı ifade edilir.

MTO Tahkim Divanı, uyuşmazlıkları çözüme bağlayan bir *"mahkeme"* (court) olmayıp, MTO Tahkim Kurallarının uygulanmasını izleyen (monitoring the arbitral process) ; tahkim yargılamasının Kurallara göre uygulanmasını gerçekleştiren; hakemlerin usule uygun olarak atanması ve onaylanmasını sağlayan; hakemlerin reddine ilişkin istemleri karara bağlayan; hakem ücretlerini belirleyen ve hakem kararlarının denetimini (scrutinizing arbitral awards) yerine getiren bir kuruldur.[4]

3. Divan Sekreteryası

Sekreterya, MTO Tahkim Divanının yardımcısıdır. Sekreterya'da sayısı 80'i aşan ve tam gün çalışan bir personel mevcuttur. Sekreterya'nın merkezi Paris'tedir. Ancak, Hong Kong'ta da aynı görevleri üstlenmiş bulunan bir ofisi bulunmaktadır.

Sekreterya'da sekiz adet *"uyuşmazlık izleme timi"* (case management team) mevcuttur. Bu timlerde, uyuşmazlığı günü gününe izleyen ve sayısı 1400'ü aşan hukukçular görevlendirilmiştir. Sekreterya'da 30'a yakın yabancı dil konuşulmaktadır.[5]

4. Örnek "Tahkim Şartı"

MTO Tahkim Kuralları, uluslararası ticari tahkim bakımından örnek (model) bir "Tahkim Şartı" da önermektedir.

Örnek *"Tahkim Şartı"* önerisi aşağıdaki şekildedir:

"İşbu sözleşmeden doğacak ya da bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, MTO'nın Tahkim Kurallarına göre, sözü geçen Kurallar uyarınca atanacak bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır".[6]

II. 1998 VE 2012 MTO TAHKİM KURALLARININ KARŞILAŞTIRILMASI: 2012 YENİLİKLERİ

A. GENEL OLARAK

1. 1998 ve 2012 Revizyonları

1922 yılında uygulanmaya başlayan *MTO Tahkim Kuralları*, 1955, 1975, 1988 ve 1998 yıllarında revize edilmiştir.[7]

Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2. Edition, Kluwer Law International, 2005, s. 1.

4 *MTO Tahkim Divanının statüsü ve çalışma yöntemleri* için bkz. *Statutes of the International Court of Arbitration ve Internal Rules of the International Court of Arbitration,* ICC Rules of Arbitration, Appendix I ve Appendix II. Ayrıntı için bkz. *Yves Derains/Eric A. Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 18 vd.

5 Ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 24 vd.; *Craig/Park/Paulsson,* s. 24 vd.

6 "All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules"

7 *Bkz. Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration'da Dr. Robert Briner'in Önsözü.

2012 revizyonuna kadar uygulanan MTO Tahkim Kuralları (ICC Rules of Arbitration),

1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan kurallardır. Bu Kurallar, MTO tahkiminde 1998 yılında yapılmış bulunan ilk önemli revizyonun sonucudur. Ancak, 1998 yılından bu yana uygulamada ve uluslararası ticari tahkim alanında ortaya çıkan yeni sorunlar, çözümler ve gelişmeler üzerine, MTO Tahkim Komisyonunun (ICC Commission on Arbitration) iki yılı aşkın yoğun çalışmaları sonucunda MTO Tahkim Kuralları ikinci bir önemli revizyon daha geçirmiştir. MTO Dünya Konseyinin (ICC World Council) 2011 Haziranında kabul etmiş olduğu yeni Kurallar, 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[8]

Bu inceleme, MTO Tahkim Kurallarının ve tahkim sisteminin tümüyle açıklanmasına ilişkin olmayıp, sadece 2012 Kurallarıyla bu sisteme getirilmiş bulunan yeniliklere özgülenmiştir. Bu nedenle, 1998 ve 2012 Kuralları arasında karşılaştırma yapılabilmesi amacıyla, aşağıda B'de 1998 tarihli *MTO Tahkim Kuralları* ile EKLER'i belirtilmiş; C'de de 2012 tarihli *Tahkim Kuralları'nın sistematiği*, EKLERİ ve getirmiş olduğu yenilikler gösterilmiştir.

Çalışmada, okuyucuya kolaylık sağlamak amacıyla yeni maddeler ve EKLER italik harflerle belirtilmişlerdir.

2. 1998 ve 2012 Kuralları arasındaki belli başlı ayrılıklar

2012 Kuralları ile 1998 Kuralları karşılaştırıldığında aşağıdaki farklılıklar ortaya çıkmaktadır:

a) 2012 Kurallarında, olanaklar elverdiği ölçüde 1998 Kurallarının sistematiğine sadık kalınmış; ancak revize edilen Kurallara, "çok taraflı tahkimler"le (multiparty arbitrations) ilgili olarak, "Tarafların Birden Fazla Olması, Birden Fazla Sözleşmeler ve Davaların Birleştirilmesi" başlığını taşıyan yeni bir Bölüm eklenmiştir.

2012 Kurallarında, ayrıca, "Dava Yargılama Teknikleri" ile "Acil İşler Hakemine İlişkin Kurallar"la ilgili iki Yeni EK (EK IV ve V) ilave edilmiştir.[9]

b) 2012 Kurallarında m. 12 ile "Hakem Mahkemesinin Kuruluşu"na ilişkin bir düzenleme öngörülmüş, bununla ilişkili olarak 1998 Kurallarında "Hakemlerin Sayısı"na ilişkin madde kaldırılmıştır.

c) 2012 Kuralları bazı durumlarda Tahkim Divanına, "doğrudan doğruya hakem atayabilme yetkisi"ni de tanımıştır. 2012 Kurallarının 13. maddesine göre Divanın hakem ataması yapması gereken durumlarda, kural olarak, atanacak hakem, Ulusal Komitenin veya MTO Grubunun önerisi üzerine belirlenir (m. 13(3)). Ancak, Ulusal Komitelere güven kuralının istisnası olarak, Divana, belirli durumlarda doğrudan doğruya hakem atama yetkisi de verilmiştir.[10]

8 MTO Tahkim Kuralları 1998'in Türkçe metni için bkz. *Milletlerarası Tahkim Divanı,* Tahkim Kuralları, 2. Bası, 2003, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara. *2012 Kurallarının İngilizce ve Fransızca metinleri* için bkz. *International Court of Arbitration,* Arbitration and ADR Rules; Règlements d'Arbitrage et d'ARD, ICC, 2011, Publication No. 850 E ve F. 2012 Kurallarının Türkçe çevirisi henüz yapılmamıştır.

9 Bkz. *APPENDIX IV*: "Case Management Techniques" ve *APPENDIX V*: "Emergency Arbitrator Rules"

10 Bkz. aşağıda III. B 3

ç) 2012 Kurallarında m.17, "Temsil Yetkisinin İspatı"na ilişkindir. 1998 Kurallarında böyle bir hüküm mevcut değildir.[11]

d) 2012 Kurallarında m. 22, "Tahkim Yargılamasında Davranış Kuralları"nı düzenlemektedir. Böyle bir düzenleme 1998 Kurallarında bulunmamaktadır.[12]

e) 2012 Kurallarında m. 23, "Görev Belgesi"ne ilişkindir. 1998 Kurallarında "Görev Belgesi ve Usule İlişkin Takvim" aynı maddede düzenlemiş iken, 2012 Kurallarında "Usule İlişkin Takvim", "Yargılama Yönetimi Konferansı"nı düzenleyen 24. maddeye aktarılmıştır.[13]

f) 2012 Kurallarında m. 27, 1998 Kuralları gibi *"Yargılamaya Son Verilmesi"*ne ilişkin ise de; bu maddeye, ayrıca, *"Taslak Kararların Sunumu İçin Tarih"* belirlenmesine ilişkin bir ekleme de yapılmıştır.

g) 2012 Kurallarında, ivedi nitelikte olup, gecikmesinde zarar doğacak durumlar bakımından *"Acil Hakem"* (emergeny arbitrator, arbitre d'urgence) atanmasına ilişkin bir çözüm de getirilmiştir (m. 29). Böyle bir çözüm, 1998 Kurallarında mevcut değildir.

h) 2012 Kurallarının 30. maddesi, 1998 Kuralları m. 24'den farklı olarak, "Karar için Süre"yi değil; fakat *"Nihai Karar İçin Süre"*yi düzenlemektedir.

ı) 2012 Kuralları m. 40, 1998 Kuralları m. 34'den farklı olarak, *"Sorumluluktan Kurtuluş"* (Sorumluluğun Bertaraf Edilmesi, Exclusion of Liability) sorununa ilişkin değildir. Burada, sorumluluğun kaldırılması sorunu değil, fakat tahkim hukuku alanındaki yeni gelişmeleri yansıtacak biçimde *"Sorumluluğun Sınırlanması"* (Limitation of Liability) sorunu ele alınmış ve çözüm getirilmiştir.[14]

i) *"Hakem kararlarının düzeltilmesi ve yorumu"* bakımından 1998 Kuralları ile 2012 Kuralları arasında bir fark bulunmamakta ise de, 2012 Kuralları *"bir yargı yerinin, hakem kararını hakem mahkemesine geri göndermesi"* (remission of awards, renvoi de la sentence)durumuyla ilgili olarak yeni bir düzenleme yapmıştır.[15]

j) 2012 Kurallarının getirmiş olduğu yeniliklerden biri de, yargılama masraflarının azaltılmasına ilişkindir.[16]

k) 2012 Kurallarında öngörülen yeniliklerden biri de, tahkim yargılaması masraflarının hakem kararında belirtilmesiyle ilgilidir. Bu konuda, 1998 Kurallarının 31 maddesi, 2012 Kurallarının 37. maddesinde aşağı yukarı aynen benimsenmiş; ancak bazı sorunlara çözüm getirmek amacıyla bu maddeye iki bent ilave edilmiştir.[17]

---

11 Bkz. aşağıda III C
12 Bkz. aşağıda III D
13 Bkz. aşağıda III F
14 Bkz. aşağıda III İ
15 Bkz. aşağıda III K
16 Bkz. aşağıda III L
17 Bkz. aşağıda III M

l) Örnek *"Tahkim Şartı"* bakımından 2012 Kuralları ile 1998 Kuralları arasında bir fark mevcut değildir. Ancak 2012 Kuralları *"acil işler için hakem atanması"* olanağını sağladığından (m. 29), tarafların böyle bir hakem atanmasını istemedikleri durumlar bakımından da bir *"örnek tahkim Şartı"* önerilmiştir.

"Acil hakem atanması olmaksızın tahkim" (Arbitration without emergency arbitrator; Arbitrage sans arbitre d'urgence) şartı aşağıdaki şekildedir:

"İşbu sözleşmeden doğacak ya da bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, MTO'nın Tahkim Kurallarına göre, sözü geçen Kurallar uyarınca atanacak bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır. Tahkimde, Acil Hakem Atanmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır" [18]

B. MTO TAHKİM KURALLARI 1998

MTO Tahkim Kuralları 1998'in sistematiği *aşağıdaki şekildedir:*

BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Madde 1: *Uluslararası Tahkim Divanı (International Court of Justice)*

Madde 2: *Tanımlar (Definitions)*

Madde 3: *Yazılı Bildirimler veya İletiler, Süreler (Yazılı Tebligat, Written Notifications or Communications; Time Limits)*

TAHKİMİN BAŞLATILMASI

Madde 4: *Tahkim İstemi (Request for Arbitration)*

Madde 5: *İsteme Cevap, Karşı Talepler (Answer to the Request; Counterclaims)*

Madde 6: *Tahkim Anlaşmasının Hükmü (Effect of the Arbitration Agreement*

HAKEM MAHKEMESİ

Madde 7: *Genel Hükümler (General Provisions)*

Madde 8: *Hakemlerin Sayısı (Number of Arbitrators)*

Madde 9: *Hakemlerin Atanması ve Onaylanmaları (Appointment and Confirmation of the Arbitrators)*

Madde 10: *Tarafların Birden Fazla Olması (Multiple Parties)*

Madde 11: *Hakemlerin Reddi (Challenge of Arbitrators)*

Madde 12: *Hakemlerin Değiştirilmesi (Replacement of Arbitrators)*

TAHKİM YARGILAMASI

Madde 13: *Dosyanın Hakem Mahkemesine İletilmesi (Transmission of the File to the Arbitral Tribunal)*

Madde 14: *Tahkim Yeri (Place of the Arbitration)*

Madde 15: *Yargılamayı Yöneten Kurallar (Usul Kuralları, Rules Governing the Proceedings)*

Madde 16: *Tahkim Dili (Language of the Arbitration)*

Madde 17: *Uygulanacak Hukuk Kuralları (Maddi Hukuk Kuralları, Applicable Rules of Law)*

Madde 18: *Görev Belgesi; Usule İlişkin Takvim (Terms of Reference; Procedural Timetable)*

Madde 19: *Yeni Talepler (New Claims)*

Madde 20: *Davaya İlişkin Olguların Tesbiti (Establishing the Facts of the Case)*

18 All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply.

Madde 21: *Duruşmalar (Hearings)*

Madde 22: *Yargılamanın Sona Ermesi (Closing of the Proceedings)*

Madde 23: *Koruyucu ve Geçici Önlemler (Conservatory and Interim Measures*

KARARLAR (Awards)

Madde 24: *Karar için Süre (Time Limit for the Award)*

Madde 25: *Kararın Verilmesi (Making of the Award)*

Madde 26: *Kararın Sulh Yoluyla Verilmesi (Award by Consent)*

Madde 27: *Kararın Divan Tarafından İncelenmesi (Scrutiny of the Award by the Court)*

Madde 28: *Kararın Tebliği, Tevdii ve İcra Edilebilirliği (Notification, Deposit and Enforceability of the Award)*

Madde 29: *Kararın Düzeltilmesi ve Yorumu (Correction and Interpretation of the Award)*

MASRAFLAR (Costs)

Madde 30: *Tahkim Masrafları İçin Avans (Advance for Cover the Costs of the Arbitration)*

Madde 31: *Tahkim Masraflarına İlişkin Karar (Decision as to the Costs of the Arbitration)*

ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER (Miscellaneous)

Madde 32: *Sürelerin Değiştirilmesi (Modified Time Limits)*

Madde 33: *Feragat (Vazgeçme, Waiver)*

Madde 34: *Sorumluluktan Kurtuluş (Exclusion of Liability)*

Madde 35: *Genel Kural (General Rule)*

EKLER

EK I: *Uluslararası Tahkim Divanının Statüsü*[19]

EK II: *Uluslararası Tahkim Divanının İç Kuralları*[20]

EK III: *Tahkim Masrafları Hakem Ücretleri*[21]

C. MTO TAHKİM KURALLARI 2012

MTO Tahkim Kuralları 2012'nin sistematiği *aşağıdaki şekildedir:*

BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Madde 1: *Uluslararası Tahkim Divanı (International Court of Justice)*

Madde 2: *Tanımlar (Definitions)*

Madde 3: *Yazılı Bildirimler veya İletiler, Süreler (Yazılı Tebligat, Written Notifications or Communications; Time Limits)*

TAHKİMİN BAŞLATILMASI

Madde 4: *Tahkim İstemi (Request for Arbitration)*

Madde 5: *İsteme Cevap, Karşı Talepler (Answer to the Request; Counterclaims)*

Madde 6: *Tahkim Anlaşmasının Hükmü (Effect of the Arbitration Agreement)*

TARAFLARIN BİRDEN FAZLA OLMASI, SÖZLEŞMELERİN BİRDEN FAZLA OLMASI VE DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

(Multiple Parties, Multiple Contracts and Consolidation; Pluralité de parties, pluralité de contrats et jonction) (Yeni Maddeler)

Madde 7: *İlave Tarafların Davaya Katılması (Joinder of Additional Parties, Intervention)*

Madde 8: Birden Fazla Taraflar Arasındaki talepler (Claims Between Multiple Parties; Demandes entre parties multiples)

---

19 *Bkz. Statutes of the International Cour of Arbitration.*

20 *Bkz. Internal Rules of the International Court of Arbitration.*

21 *Bkz. Arbitration Costs and Fees.*

Madde 9: Birden Fazla Sözleşme Bulunması (Multiple Contracts; Contrats multiples)

Madde10: *Davaların Birleştirilmesi (Consolidation of Arbitrations; Jonction d'arbitrages)*

HAKEM MAHKEMESİ

Madde 11: *Genel Hükümler (General Provisions)*

Madde 12: *Hakem Mahkemesinin Oluşturulması (Constitution of the Arbitral Tribunal; Constitution deu tribunal arbitral) (Yeni Madde)*

Madde 13: *Hakemlerin Atanması ve Onaylanmaları (Appointment and Confirmation of the Arbitrators)*

Madde 14: *Hakemlerin Reddi (Challenge of Arbitrators)*

Madde 15: *Hakemlerin Değiştirilmesi (Replacement of Arbitrators)*

TAHKİM YARGILAMASI

Madde 16: *Dosyanın Hakem Mahkemesine İletilmesi (Transmission of the File to the Arbitral Tribunal)*

Madde 17: *Temsil Yetkisinin İspatı (Proof of Authority; Preuvede pouvoir) (Yeni Madde)*

Madde 18: *Tahkim Yeri (Place of the Arbitration)*

Madde 19: *Yargılamayı Yöneten Kurallar (Usul Kuralları, Rules Governing the Proceedings)*

Madde 20: *Tahkim Dili (Language of the Arbitration)*

Madde 21: *Uygulanacak Hukuk Kuralları (Maddi Hukuk Kuralları, Applicable Rules of Law)*

Madde 22: *Tahkimde Davranış Kuralları (Conduct of the Arbitration; Conduite de l'arbitrage)*

Madde 23: *Görev Belgesi (Terms of Reference; Acte de mission)*

Madde 24: *Yargılamanın Yönetimi Konferansı ve Usule İlişkin Takvim (Case Management Conference and Procedural Timetable; Conférence sur la gestion de la procédure, calendrier de la procédure) (Yeni Madde)*

Madde 25: *Davaya İlişkin Olguların Tesbiti (Establishing the Facts of the Case)*

Madde 26: *Duruşmalar (Hearings)*

Madde 27: *Yargılamanın Sona Ermesi ve Karar Taslaklarının Sunumu İçin Tarih (Closing of the Proceedings and Date for Submission of Draft Awards; Clôture des débats et date de soumission du projet de sentence)*

Madde 28: *Koruyucu ve Geçici Önlemler (Conservatory and Interim Measures)*

Madde 29: *Acil Durumlar Hakemi (Emergency Arbitrator; Arbitre d'urgence) (Yeni Madde)*

KARARLAR (Awards)

Madde 30: *Nihai Karar için Süre (Time Limit for the Final Award) (Yeni Madde)*

Madde 31: *Kararın Verilmesi (Making of the Award)*

Madde 32: *Kararın Sulh Yoluyla Verilmesi (Award by Consent)*

Madde 33: *Kararın Divan Tarafından İncelenmesi (Scrutiny of the Award by the Court)*

Madde 34: *Kararın Tebliği, Tevdii ve İcra Edilebilirliği (Notification, Deposit and Enforceability of the Award)*

Madde 35: *Kararın Düzeltilmesi ve Yorumu; Kararlara Yollama Yapılması (Correction and Interpretation of the Award; Remission of Awards; Correction et interprétation de la sentence, renvoi de la sentence) (Yeni Madde)*

MASRAFLAR (Costs)

Madde 36: *Tahkim Masrafları İçin Avans (Advance for Cover the Costs of the Arbitration)*

Madde 37: *Tahkim Masraflarına İlişkin Karar (Decision as to the Costs of the Arbitration)*

ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER (Miscellaneous)

Madde 38: *Sürelerin Değiştirilmesi (Modified Time Limits)*

Madde 39: *Feragat (Vazgeçme, Waiver)*

Madde 40: *Sorumluluğun Sınırlanması (Limitation of Liability; Limitation de responsabilité)*

Madde 41: *Genel Kural (General Rule)*

EKLER

EK I: *Uluslararası Tahkim Divanının Statüsü*[22]

EK II: *Uluslararası Tahkim Divanının İç Kuralları*[23]

EK III: *Tahkim Masrafları Hakem Ücretleri*[24]

EK IV: *Dava Yönetim Teknikleri (Yeni EK)*[25]

EK V: *Acil Durumlar Hakemine İlişkin Kurallar (Yeni EK)*[26]

III. 2012 TAHKİM KURALLARIYLA ÖNGÖRÜLEN YENİLİKLER

A. Çok taraflı tahkimler: tarafların birden fazla olması, birden fazla sözleşme bulunması ve davaların birleştirilmesine ilişkin sorunlar

Yukarıda açıkladığımız gibi 2012 Kurallarına eklenen yeni bir Bölümde *"çok taraflı tahkimler"*le ilgili olarak, tarafların birden fazla olması, birden fazla sözleşmenin bulunması ve davaların birleştirilmesine ilişkin sorunlar düzenlenmektedir.

1. DAVAYA "ÜÇÜNCÜ KİŞİLER"İN (YENİ, İLAVE) TARAFLARIN KATILMASI

a) Üçüncü kişinin "davaya katılması istemi"

2012 Kurallarında m.7, *"ilave tarafların davaya katılması"* (joinder of additional parties, intervention) sorununu düzenlemektedir.[27]

Taraflardan biri, tahkime başka bir tarafın daha katılmasını arzu ederse, üçüncü kişinin tahkime katılmasına ilişkin istemini (request for joinder, demande d'intervention) Sekreteryaya sunmak zorundadır. Bu istemin Sekreterya tarafından alındığı tarih, *"ilave taraf"*a karşı tahkimin başladığı tarih olarak kabul edilir. Söz konusu istemin, Kuralların 6(3)-6(7) ve 9. maddeleri uyarınca yapılması gerekir. Herhangi bir hakemin atanmasından ya da atamanın onaylanmasından sonra, tüm tarafların ve üçüncü kişinin (ilave taraf) rızası olmaksızın, başka bir kimsenin tahkime katılması mümkün değildir. Sekreterya, "katılma istemi"nin sunulması bakımından bir süre belirleyebilir (m. 7(1).

b) "Tahkime üçüncü kişinin katılımı istemi"nin içeriği

"Üçüncü kişinin tahkime katılması istemi"ninde aşağıdaki bilgilerin bulunması gerekir (m.7(2)):

---

22 Bkz. Statutes of the International Court of Arbitration.

23 *Bkz. Internal Rules of the International Court of Arbitration.*

24 *Bkz. Arbitration Costs and Fees.*

25 *Bkz. Case Management Techniques; Techniques de gestion de la procédure*

26 Bkz. Emergency Arbitrator Rules; Ragles relatives a l'arbitrage d'urgence)

27 1998 Kurallarında "tahkim anlaşması" (sözleşmesi) bakımından "üçüncü kişiler"in durumu ve davaya katılmaya ilişkin sorunlar için bkz. *Craig/Park/Paulsson,* ICC Arbitration, s. 179 vd. Karş. 1. Ekim. 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 6100 sayılı yeni *Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (HMK), Dördüncü Bölüm: Taraflar ve Davaya Katılan Üçüncü Kişiler, m. 61 vd.

- Görülmekte olan tahkim olayına ilişkin yollama (referans);

- Katılması istenilen kişi dahil, tüm tarafların adları, adresleri ve diğer temas olanakları;

- Taleplerin doğmasına neden olan uyuşmazlığın tanımı ve taleplerin dayanaklarının tanımı; istenilen yaptırımın, davanın parasal değeriyle birlikte açıklanması; ilgili sözleşmeler, özellikle tahkim sözleşmesi; talepler birden fazla tahkim sözleşmesinden kaynaklanmakta ise, her bir talebin ilgili olduğu tahkim sözleşmesinin belirtilmesi[28]

c) Tahkim istemine ilişkin bazı hükümlerin "tahkime katılım istemi"ne de uygulanması

Kural olarak, *"tahkim istemi"*ne ilişkin m. 4(4)'de, davacının, *"Tahkim İstemi"*yle birlikte, (a) m. 3(1)'de belirtilen sayıda suret sunması ve (b) EK III'de (Tahkim Masrafları ve Ücretler) öngörülen başvuru ücretini (filing fee) ödemiş olması gerekir. Sekreterya, İstemin bir suretiyle ona ekli belgeleri, Cevap Dilekçesini sunmak üzere davalı tarafa iletir (m. 4(5)).[29]

*"Tahkim istemi"*ne ilişkin m. 4(4) ve 4(5) hükümleri, örnekseme yoluyla (mutatis mutandis) "tahkime katılım istemi"ne de uygulanır (m. 7(3)).

d) "Davaya katılması istenilen kişi"nin "katılım istemi"ne cevap vermesi

Davaya katılması istenilen kişinin, katılım istemine cevap verebilmesi mümkündür. *"Katılım istemi"*ne verilecek cevap bakımından, "tahkim istemine cevap" verilmesine ilişkin m. 5(1)-5(4) hükümleri örnekseme yoluyla (mutatis mutandis) uygulanır. *"Üçüncü kişi"* (ilave taraf), m. 8 hükümleri uyarınca, herhangi bir tarafa yönelik karşı taleplerde de bulunabilir (m. 7(4)).[30]

2. BİRDEN FAZLA TARAFLAR ARASINDAKİ TALEPLER

2012 Kurallarında m. 8 *"birden fazla taraflar arasındaki talepleri"* (claims between multiple parties; demandes entre parties multiples) düzenlemektedir.

a) Tarafların birbirlerine karşı ileri sürebileceği talepler

Birden fazla kişi arasındaki bir tahkimde, tarafların her biri diğer bir tarafa karşı taleplerde bulunabilir. Söz konusu talepler, Kuralların m. 6(3)-6(7) ve m. 9 hükümlerine tabidir. Ancak *"Görev Belgesi"*nin imzalanmasından ya da Tahkim Divanı tarafından onaylanmasından sonra, hakem mahkemesinin izni olmaksızın (m. 23(4)) yeni taleplerde (new claims) bulunabilmek mümkün değildir (m. 8(1)).

---

28 Bunlar Kuralların m. 4(3)'de alt paragraf c),d),e) ve f)'de belirtilen hususlardır. 2012 Kuralları m. 7(2).

29 1998 Kurallarında Tahkim İstemi ve buna ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 41 vd.; *Craig/Park/Paulsson,* ICC Arbitration, s. 145 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 51 vd.

30 1998 Kurallarında Tahkim İstemine Cevap ve Karşı Taleplerle ilgili ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 63 vd.; *Craig/Park/Paulsson*, ICC Arbitration, s. 150 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 67 vd.

b) Taleplerin içeriği

Madde 8(1) uyarınca talepte bulunan herhangi bir taraf, *"tahkim istemi"*ne ilişkin m. 4(3)'ün alt paragrafları c), d), e) ve f)'de öngörülen bilgileri sağlamak zorundadır (m. 8(2)).

c) Dosyanın Sekreterya tarafından hakem mahkemesine iletilmesi

Madde 16 uyarınca dosyanın Sekreterya tarafından hakem mahkemesine iletilmesinden önce, ileri sürülen herhangi bir talebe karşı örnekseme yoluyla (mutatis mutandis), *"tahkim istemi"*ne ilişkin m. 4(4)'ün alt paragrafı a)'nın; m. 4(5)'in; a), b), e) ve f) altparagrafları hariç m. 5(1)'in, m. 5(2)'nin; m. 5(3)'ün ve m. 5(4)'ün uygulanmaları öngörülmüştür (m. 8(3)).[31]

Bu aşamadan sonra, "bir talepte bulunabilme" usulünü, hakem mahkemesi belirleyecektir (m. 8(3)).

3. Birden fazla sözleşme bulunması

2012 Kuralları *"birden fazla sözleşme bulunması"*(multiple contracts; contrats multiples) durumları bakımından da bazı çözümler öngörmüştür. Birden fazla sözleşmeden doğan da bunlarla ilişkili olan taleplerin tek bir tahkim yargılamasına konu olabilmesi mümkündür. Bu gibi taleplerin, bir ya da birden fazla *"tahkim anlaşması"* çerçevesinde ileri sürülmüş olmaları önemli değildir. Ancak, söz konusu taleplerin, "tahkim anlaşmasının hükmü"ne ("tahkim anlaşmasının etkisi", effect of the arbitration agreement) ilişkin m. 6(3)-6(7) hükümleriyle *"Görev belgesi"*ne ilişkin m. 23(4) hükümlerine uygun olarak yapılmaları gerekmektedir (m. 9).[32]

4. Davaların birleştirilmesi

2012 Kurallarının 10. maddesi, "davaların birleştirilmesi"ne (consolidation of arbitrations; jonction d'arbitrages) ilişkin hususları düzenlemiştir.

Tahkim Divanı,

- tarafların birleştirme konusunda anlaşmaya varmış olmaları veya;

- tahkim yargılamalarındaki taleplerin tümünün aynı *"tahkim anlaşması"*na dayalı olması ya da

- birden fazla *"tahkim anlaşması"*a dayalı tahkimlerde ileri sürülmüş bulunan talepler söz konusu ise, tahkimlerin aynı taraflar arasında olması, tahkime konu uyuşmazlıkların aynı hukuksal ilişkiden kaynaklanması ve Tahkim Divanının durumu "tahkim anlaşmaları"yla bağdaşabilir bulması hallerinde iki ya da daha fazla tahkimi tek bir tahkimde birleştirebilir (m. 10/I).

---

31 1998 Kurallarında Tahkim İstemine Cevap ve Karşı Taleplere ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 63 vd.; *Craig/Park/Paulsson*, ICC Arbitration, s. 150 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 67 vd.

32 1998 Kurallarında Tahkim anlaşmasının (sözleşme) etkilerine ilişkin ayrıntı için bkz. Derains/Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 73 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 79 vd.

Tahkimlerin birleştirilmesinde Divan, bir veya daha fazla hakemin birden fazla tahkim için atanmış ya da onaylanmış olması durumları dahil, olaya uygun olduğunu düşündüğü herhangi bir durumu göz önüne alabilir.

Tahkim yargılamaları birleştirildiğinde, tüm taraflarca aksine karar verildikçe, bunların, ilk olarak başlatılmış tahkim yargılaması altında birleştirilmiş oldukları kabul edilir (m. 10/III).[33]

B. HAKEM MAHKEMESİNİN OLUŞTURULMASI

2012 Kurallarında hakem mahkemesinin oluşturulması bakımından önemli yenilikler yapılmıştır.

2012 Kurallarının 12. maddesi *"Hakem Mahkemesinin Oluşturulması"* başlığını taşımaktadır. Bu maddede, üç husus düzenlenmiştir: Hakemlerin sayısı; tek hakem ve üç hakem durumları.

1998 Kurallarında olduğu gibi, 2012 Kurallarında da, uyuşmazlıklar ya tek hakem ya da üç hakem tarafından çözüme bağlanır (2012 Kuralları, m. 12(1)).[34]

1. Hakemlerin sayısı: Tek Hakem ve Üç Hakem

2012 Kurallarına göre, tarafların hakemlerin sayısı üzerinde anlaşmamış olmaları halinde, uyuşmazlığın tek hakem ya da üç hakemden oluşacak bir hakem mahkemesi tarafından mı çözüme bağlanacağı Divan tarafından karara bağlanır. Divan, uyuşmazlığın üç hakem tarafından çözüme bağlanmasını gerekli görmedikçe, tek hakem (sole arbitrator) tarafından çözüme bağlanmasına karar verir.

Böyle bir durumda davacı, Divan kararının kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde bir hakem adı bildirir. Davalı taraf da, davacının belirlediği hakemin kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde bir hakemin adını bildirir. Eğer bir taraf, hakemi belirlemeyecek olursa, atama Divan tarafından yapılır (m. 12(2)).

a) Tek hakem: Uyuşmazlığın tek hakem tarafından çözüme bağlanması

Taraflar, uyuşmazlığın tek hakem tarafından çözüme bağlanmasını kabul ettikleri takdirde, tek hakemin belirlenmesi ve Divanın onayına sunulması hususunda anlaşmaya çalışırlar. Eğer taraflar, davacının Tahkim İsteminden davalı tarafından alınmasından itibaren 30 gün içinde (ya da Sekreterya tarafından verilecek ek süre içinde) tek hakemi belirleyemezlerse, tek hakem Divan tarafından tayin edilir (m. 12(3)).[35]

b) Üç hakem: Uyuşmazlığın üç hakemden oluşan bir hakem mahkemesi tarafından çözüme bağlanması

aa- Kural

33 1998 Kurallarında "üçüncü kişiler"in durumu ve davaya katılmaya ilişkin sorunlar için bkz. *Craig/Park/Paulsson,* ICC Arbitration, s. 171 vd; özellikle 179 vd. Karş. 6100 sayılı yeni *HMK*, m. 61 vd.

34 1998 Kurallarında hakemlerin sayısına ve hakem mahkemesinin oluşturulmasına ilişin çözümler için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 144.vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 128; vd.*; Craig/Park/Paulsson*, ICC Arbitration, s. 185 vd.

35 Karş. 1998 Kuralları m. 8(3). Ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 49 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 131*; Craig/Park/Paulsson,* ICC Arbitration, s. 185 vd.

Eğer taraflar uyuşmazlığın üç hakem tarafından çözüme bağlanması hususunda anlaşmaya varmış bulunuyorlarsa, taraflardan her biri *"Tahkim İstemi"*nde ve "Cevap Dilekçesi"nde Divanın onayına sunulmak üzere birer hakem tayin eder. Taraflardan biri hakemini belirlemezse, atama Divan tarafından yapılır (m. 12(4)).[36]

Hakem mahkemesinin üç hakemden oluşması söz konusu olduğunda, tarafların başkanın seçimiyle ilgili başka bir yöntem belirlememiş olması durumunda başkan, Divan tarafından atanır. Tarafların başkanın seçimiyle ilgili olarak başka bir yöntem belirlemiş olmaları halinde, seçilecek başkan da Divanın onayına tabidir (m. 13). Başkanın seçilmesine ilişkin bir usulün mevcut olması durumunda, baş hakem, diğer hakemlerin atanması ya da onaylanmasından itibaren 30 gün içinde veya taraflarca anlaşmaya varılan ya da Divan tarafından saptanan diğer bir süre içinde seçilemezse, üçüncü hakem de Divan tarafından atanır (m. 12(5)).

bb- Birden çok davacı veya davalının bulunması durumlarında hakem seçimi

Birden çok davacının ya da davalının bulunması ve uyuşmazlığın üç hakeme havale edilmesi durumunda, davacıların hakemi, davacılar tarafından hep birlikte veya davalıların hakemi de, bunlar tarafından hep birlikte seçilerek Divanın onayına sunulur (m.12(6)).

Uyuşmazlığa yeni bir tarafın ilave edilmesi ve uyuşmazlığın üç hakem tarafından görülmesinin söz konusu olması halinde, ilave taraf, davacılar ya da davalılarla birlikte hareket ederek hakemi seçecek ve Divanın onayına sunulur. (m. 12(7)).

Yukarıdaki durumlarda (m. 12(6) ve (7)) taraflarca hep birlikte hareket edilerek bir hakemin seçilememesi ve tarafların da bu durumla ilgili olarak hakem mahkemesinin oluşturulmasına yönelik bir yöntem belirleyememiş olmaları halinde, hakem mahkemesinin her bir üyesi Divan tarafından seçilir. Bunlardan hangisinin başkan olarak hareket edeceğine Divan karar verir. Bu gibi durumlarda, Divan, hakem olarak hareket etmeye uygun gördüğü herhangi bir kişiyi seçme yetkisine sahiptir. Ancak bu gibi durumlarda da, m. 13 hükümlerinin gösterilmesi gereklidir (m. 12(8)).

2. Hakemlerin atanması ve onaylanması

Hakemlerin onaylanması ya da atanmasında, Tahkim Divanı, muhtemel hakemin tabiiyetini, yerleşim yerini ve tarafların veya diğer hakemlerin tabiiyetinde bulundukları ülkelerle olan ilişkileri göz önünde bulundurur. Ayrıca, muhtemel hakemin *"tahkime elverişliliği"* (availability) ve bu Kurallara göre tahkim yargılamasını yürütüp yürütemeyeceği de göz önüne alınır.

Aynı ölçütler, m. 13(2) uyarınca hakemlerin onaylanmasında, Genel Sekreter tarafından da uygulanır (m. 13(1)).[37]

Genel Sekreter, hakem mahkemesinin üyesi, tek hakem ve başkan olarak ta-

36 Karş. 1998 Kuralları m. 8(4). Ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 151 vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 132; vd.; *Craig/Park/Paulsson,* ICC Arbitration, s. 185 vd.

37 Karş. 1998 Kuralları, m. 9(1). Ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 154 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 138; vd.

raflarca veya onların özel anlaşmaları uyarınca atanmış bulunan kimseleri onaylayabilir. Onaylamanın yapılabilmesi için, hakemlerin sunmuş oldukları yansızlık ve bağımsızlık beyanlarının usule uygun olması ya da herhangi bir itiraza maruz kalmamış bulunması gerekir. Söz konusu onay, gelecek toplantısında Divana sunulur. Genel Sekreter, bir hakemin veya tek hakemin ya da başkanın onaylanmaması gerektiği kanısında ise, durumun, Divana sunulması gerekir. (m. 13(2)).[38]

Divanın bir hakem atamasının söz konusu olduğu durumlarda, atama Ulusal Komitensin ya da MTO Grubunun önerisi üzerine yapılır. Divan, yapılan öneriyi kabul etmezse ya da Ulusal Komite veya Grup, Divan tarafından belirlenmiş bulunan süre içinde öneride bulunmayacak olursa, Divan (i) talebini yineleyebilir; (ii) uygun gördüğü takdirde başka bir Ulusal Komitenin veya Grubun öneride bulunmasını isteyebilir ya da (iii) uygun görürse, herhangi bir kimseyi doğrudan doğruya hakem olarak atayabilir (m. 13(3)).

3. Divanın, doğrudan doğruya hakem atayabileceği durumlar: "Ulusal Komitelere güven ilkesi"nin istisnaları

2012 Kurallarının m.13(4) hükümlerine göre Tahkim Divanının hakem ataması yapması gereken durumlarda, kural olarak, atanacak hakem, Ulusal Komitenin veya MTO Grubunun önerisi üzerine belirlenir (m. 13(3)). Ancak, "ulusal komitelere güven ilkesi"nin istisnası olarak, Divana, belirli durumlarda doğrudan doğruya hakem atama yetkisi de verilmiştir.[39]

Divan, aşağıdaki durumlarda, herhangi bir kimseyi, doğrudan doğruya hakem olarak atayabilir:

a) taraflardan biri veya daha çoğu bir Devlet (State) ise ya da talepler bir "devlet kuruluşu"na (state entity) yönelik bulunmaktaysa, veya

b) Divan, bir hakemin, Ulusal Komitenin veya Grubun bulunmadığı bir ülke (country) ya da bölgeden (territory) seçilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyse veya

c) Divan Başkanı, Divana, kendi kanısına göre, doğrudan atama yapılmasının gerekli ve uygun olacağına ilişkin koşulların mevcut olduğunu belgelerse (m.13(4)).

C. TEMSİL YETKİSİNİN KANITLANMASI

2012 Kurallarının 17. maddesine göre, tahkim yargılaması başladıktan sonra, hakem mahkemesi veya Sekreterya her hangi bir anda, taraf temsilcilerin, temsil yetkisinin kanıtlanmasını talep edebilir. 1998 Kurallarında böyle bir hüküm mevcut değildir.

38 Karş. 1998 Kuralları, m. 9(2). Ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 164.vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 143; vd.

39 1998 Kurallarında Tahkim Divanının hakem atamasıyla ilgili m.9'a ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 154 vd.; "Ulusal Komitelerin rolü" bakımından özellikle m. 168 vd; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 137 vd.

D. TAHKİMDE DAVRANIŞ KURALLARI

2012 Kurallarının 22. maddesine göre, hakem mahkemesi ve taraflar, uyuşmazlığın karmaşıklığını ve değerini de göz önünde bulundurarak, tahkimin en çabuk ve en az masraflı olacak şekilde yürütülmesi için her çabayı göstermekle yükümlü kılınmışlardır.

Bu amaçla, hakem mahkemesi, taraflar arasındaki herhangi bir anlaşmaya aykırı olmama koşuluyla, taraflara danıştıktan sonra, etkili bir dava yönetimini güvence altına almak için, uygun göreceği *"usule ilişkin önlemler"*i (procedural measures) alabilir (m. 22(2)).

Hakem mahkemesi, tüm durumlarda adil ve yansız (fairly and impartially, équitable et impartiale) bir şekilde hareket etmek ve taraflardan her birine olayını açıklayabilmek için "makul bir imkan" (a reasonable opportunity) sağlamakla yükümlüdür (m. 22(4)).[40]

Tahkim yargılamasında davranış kuralları bakımından, taraflar için de, hakem mahkemesinin kararlarına uygun hareket etme yükümü öngörülmüştür (m. 22(5)).

E. DAVA YÖNETİM KONFERANSI: ZAMANIN KISALTILMASI VE MASRAFLARIN AZALTILMASI AMAÇLARINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

2012 Kurallarının getirmiş olduğu önemli bir yenilik de, tarafların "dava yönetim usulleri"ni belirleyebilmeleridir. Böylece, zamanın kısaltılması ve masrafların azaltılması amaçlarına yönelik önemli bir düzenleme öngörülmektedir. Kuralların 24. maddesi, "Dava Yönetim Konferansı ve Usule ilişkin Takvim"le (Case Management Conference) ilgilidir. "Görev Belgesi" (terms of reference, acte de mission) düzenlenirken veya hemen bundan sonra, Hakem Mahkemesi, usule ilişkin önlemler bakımından tarafların görüşlerini almak üzere bir "dava yönetim konferansı" düzenlemekle yükümlü tutulmuştur.[41]

Bu konferansta belirlenecek önlemler bakımından (yeni) EK IV'de önerilen *"dava yönetim teknikleri"*nden (case management techniques) birinin (örneğin yargılamanın sadece belgelere dayalı olarak yürütülmesi, delillerin sunumu konusunda makul sürelerin saptanması, yazılı sunumların uzunluk ve içeriklerinin sınırlanması vb. gibi) kabul edilebilmesi mümkündür (m. 24(1); EK IV d iv; e).

*"Dava Yönetim Konferansı"*nda modern iletişim araçları kullanılabilir. Konferansın ilgililerin hazır bulunmaları dışında, video konferans, telefon konferansı ya da benzeri iletişim araçlarıyla da yapılabilmesi mümkündür (m. 24(4)).

40 Karş. *UNCITRAL Model Kanunu*, m. 18, taraflara, olayının sunulması için *"tam bir fırsat"* (full opportunity) sağlanmasından söz etmektedir. *13 Ocak 2011 tarihli Décret ile Fransız tahkim hukuku reformu*nda m. 1510 da ise, hakem mahkemesinin, *"taraflarca getirilme ilkesi"*ne (le principe de la contradiction) saygı göstermesi vurgulanmıştır. Kanımca, 2012 Kuralları ile Fransız Décret'nin çözümü Model kanundan daha başarılıdır.

41 1998 Kurallarında *"görev belgesi"* (terms of reference) *ve "usule ilişkin takvim"*le (procedural timetable) ilgili ayrıntılar için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 246 vd.; 264 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 225 vd.; *Craig/Park/Paulsson*, ICC Arbitration, s. 273 vd.

EK IV'e göre, hakem mahkemesi, bir "duruşma öncesi toplantı" (pre-hearing conference) düzenleyerek, tarafların duruşmada tartışmak istedikleri konuları ve yoğunlaşmak arzusunda oldukları sorunları belirleyebilir (EK IV g).[42]

F. ACİL DURUMLAR İÇİN HAKEM ATANMASI

1. Genel olarak

1998 Kurallarından farklı olarak, 2012 Kurallarının öngördüğü yeniliklerden biri de, tahkim yargılamasının başlamasından önce bir tarafın ivedi olarak, koruyucu geçici önlemlerden birine gereksinimi halinde, bir "acil durumlar hakemi atanması"na (emergency arbitrator, arbitre d'urgence) ilişkindir (m. 29).[43]

Acil durumlar için hakem atanmasına ilişin çözümler bazı tahkim sistemlerinde de rastlanabilir. Örneğin Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Tahkim Kurallarında "Acil Durumlar Hakemi"ne ilişkin bir düzenleme mevcuttur.[44]

Aynı şekilde, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsünün 2010 Kurallarında da "acil hakem"le ilgili çözümler bulunmaktadır.[45]

2010 Kurallarının "acil hakem"e ilişkin II. EK'ine göre, taraflardan her biri, uyuşmazlık hakem mahkemesine intikal ettirilinceye kadar *"acil hakem"* atanması için başvuruda bulunabilir. Başvuru üzerine Kurul (Müdürler Kurulu) 24 saat içinde bir *"acil hakem"* atamakla yükümlüdür. Acil hakem atanır atanmaz, Sekreterya başvuruyu kendisine iletir. Bundan sonra, acil hakemin 5 gün içinde geçici önlemler hakkında karar vermesi öngörülmüştür. Acil hakemin kararları taraflar bakımından bağlayıcıdır. Buna karşı, hakem mahkemesi acil hakemin kararları ve gerekçeleriyle bağlı tutulmamıştır.

"Acil hakem" atanmasıyla ilgili başka bir düzenleme de, Avustralya Uluslararası Ticari Tahkim Merkezinin (ACICA) Tahkim Kurallarında bulunabilir. Bu Kurallara göre, hakem mahkemesinin kuruluşundan önce acil koruyucu ve geçici önlem gereksinimi olan taraf, ACICA'dan *"acil hakem"* atanması için başvuruda bulunabilir. *"Başvuru harcı ve acil hakem ücreti"*nin ödenmiş olması halinde, ACICA, is-

42 Tahkimde videokonferans yönetimin kullanılmasına ilişkin sorunlar için bkz. *E. Schaefer*, Videoconferencing in Arbitration, ICC ICArb Bull. Vol. 14, No. 1, 2003, s. 35 vd.

43 Geçici ve koruyucu önlemlere ilişkin çözümler için bkz. *Julian D.M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 585 vd. Aynı konuda karşılaştırmalı bir araştırma için bkz. *Ergun Özsunay*, Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların "Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemeler"inde Geçici ve Koruyucu Önlemler, İst.BD, C. 77, Sayı: 2, Haziran 2003, s. 265-290. Aynı araştırma için ayrıca bkz. "Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları", İTO Yayın No.: 2004-16, İstanbul, 2004, s. 81-117. MTO 1998 Kurallarında *"koruyucu ve geçici önlemler"* e (conservatory and interim measures) ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 246 vd.; 264 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 285 vd.; *Craig/Park/Paulsson*, ICC Arbitration, s. 460 vd.

44 Bkz. *Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*, SIAC Rules, 4th edition, "1 July 2010, Schedule 1- Emergency Arbitrator.

45 Bkz. *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, Arbitration Rules 2010, *Appendix II: Emergency Arbitrator. Ayrıntı için bkz. Patricia Shaughnessy*, The New SCC Emergency Arbitration Rules, Between East and West: Essays in Honor of Ulf Franke (Eds.: Kaj Hober/Annette Magnusson/Marie Öhrström), Juris, 2010, s. 459 vd.

temin alınmasından itibaren 1 iş günü içinde "acil hakem"i atamakla yükümlüdür. "Acil hakem"in de, başvurunun kendisine intikal ettirilmesinden itibaren 5 işgünü içinde geçici ve koruyucu önlemlere karar vermesi öngörülmüştür. Koruyucu ve geçici önlemlere, bir *"emir"* (order) ya da "karar" (award) şeklinde karar verilebilir.[46]

2012 Kurallarında da, bu düzenlemeler göz önünde bulundurularak, *"acil durumlar hakemi"*ne ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.

2. "Acil Durumlar Hakemi"nin atanmasına yönelik başvuru

2012 Kurallarına göre, acil geçici veya koruyucu önlem alınmasına gereksinim bulunan durumlarda, taraflardan birinin, hakem mahkemesinin oluşturulmasından önce *"acil önlemler"* (emergency measures, mesures d'urgence) alınması amacıyla bir *"acil durumlar hakemi"* atanmasını isteyebilmesi mümkündür. Böyle bir başvuru, dosyanın Sekreterya tarafından Hakem Mahkemesine iletilmesinden önce yapılabilir (m. 29(1)).

3. "Acil Durumlar Hakemine İlişkin Kurallar": EK V

"Acil durumlar hakemi", (yeni) EK V'de öngörülen *"Acil Durumlar Hakemine İlişkin Kurallar"* (Emergency Arbitrator Rules; Regles relatives a l'arbitrage d'urgence) uyarınca hareket etmekle yükümlüdür. *"Acil Durumlar Hakemi"*, kararlarını *"emirler"* (order, ordonance) şeklinde verebilir (m. 29(2)).[47]

"Acil Durumlar Hakemine İlişkin Kurallar" getiren (yeni) EK V'in içeriği aşağıdaki düzenlemeleri öngörmektedir:

Madde 1: Acil Önlemler İçin Başvuru (Application for Emergenecy Measures

Madde 2: Acil Durumlar Hakeminin Atanması; Dosyanın İletilmesi (Appointment of the Emergency Arbitrator; Transmission of the File)

Madde 3: Bir Acil Durumlar Hakeminin Atanmasına İtiraz (Challenge of an Emergency Arbitrator)

Madde 4: Acil Durumlar Hakeminde Yargılama Yeri (Place of Emergency Arbitrator Proceedings)

Madde 5: Yargılama Usulü (Proceedings)

Madde 6: Emir (Order; Ordonnance)

Madde 7: Acil Durumlar Hakeminde Yargılama Masrafları (Costs of Emergency Arbitrator Proceedings)

Madde 8: Genel Kural (General Rule)

4. Acil durumlar hakeminin yetkileri

Acil durumlar hakemi, Divan Başkanı tarafından başvurunun alınmasından

46 Ayrıntı için bkz. *The Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA) Arbitration Rules incorporating the Emergency Arbitrator Provisions (1 August 2011), *Schedule 2: Emergency Arbitrator*.

47 "Acil durumlar hakemine ilişkin kurallar" yerine, 2012 Kurallarının Fransızca metninde olduğu gibi, *"acil durumlar tahkimine ilişkin kurallar"*dan ("Regles relatives a l'arbitrage d'urgence") söz edilmesi amaca daha uygundur.

itibaren en kısa sürede, normal olarak 2 gün içinde atanır (EK V m. 2(1)). Acil durumlar hakeminin dosyanın kendisine intikal ettirilmesinden sonra 15 günü aşmayacak şekilde karar vermesi öngörülmüştür (EK V m. 6(4)). Bu nedenle, acil durumlar hakemi, dosyanın kendisine intikalinden itibaren en kısa sürede, normal olarak 2 gün içinde *"bir usuli takvim"* hazırlamakla yükümlü tutulmuştur. Acil durumlar hakemi, kararını, "emir" (order) şeklinde verir (2012 Kuralları m. 29(2); EK V m. 6 (1)). Emirlerin yazılı ve gerekçeli olması gerekir.

5. Acil durumlar hakemi tarafından verilen "emirler"in taraflar ve hakem mahkemesi bakımından etkileri

a) Taraflar, acil durumlar hakeminin emirlerine uygun şekilde hareket etmekle yükümlüdür (2012 Kuralları m. 29(2)). Acil durumlar hakemi için başvurunun yapılması tarihinden itibaren 10 gün içinde Tahkim İsteminde bulunulması gerekir.

b) Acil durumlar hakeminin "emirler"i, gerek konusu; gerekse emrin verilmesinin dayanağı olan değerlendirmeler bakımından hakem mahkemesi için bağlayıcı değildir. Hakem mahkemesi, acil durumlar hakeminin emirlerini değiştirebileceği gibi; tamamen hükümsüz de kılabilir (2012 Kuralları, m. 29(3)).

Ayrıca, hakem mahkemesi, herhangi bir tarafın istemi üzerine *"acil durumlar hakemi"*nin yargılaması hakkında karar verebilir (m. 29(4)).

6. "Acil Durumlar Hakemine İlişkin Kurallar"ın uygulanmayacağı durumlar

Aşağıdaki koşulların varlığı halinde, "*acil durumlar hakemi"*ne ilişkin hükümlerin uygulanmaması öngörülmüştür:

- tahkim anlaşmasının 2012 Kurallarının yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olması halinde;

- tarafların *"acil durum hakemi"*ne ilişkin hükümlerin uygulanmaması konusunda anlaşmış bulunmaları durumunda;

- tarafların, koruyucu, geçici veya benzeri önlemler sağlayabilecek başka bir tahkim-öncesi usul (pre-arbitral procedure) konusunda anlaşmış olmaları halinde (m. 29(6)).

7. Yargı yerlerinden "acil geçici veya koruyucu önlemler" istenilmesi

*"Acil Durumlar Hakemi"*ne ilişkin hükümler, tarafların, bu hususta yapılmış olan başvurudan önce veya sonra, *yetkili yargı yerlerinden geçici veya koruyucu önlemler isteyebilmeleri*ne engel değildir (m. 29(7)). Ancak, geçici önlemler için yargı yerlerine başvurulması söz konusu ise, bu konuda, gecikilmeksizin Sekreterya'ya bilgi verilmesi gerekir (m. 29(7)).[48]

48 1998 Kurallarına göre, koruyucu geçici önlemlerin bir *yargı yeri*nden istenmiş olması halinde, *ilgili taraf*ın ve *Sekreteryanın* ve *hakem mahkemesi*nin durumuna ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 299 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 294 vd.

G. MTO TAHKİM ŞARTININ "PRİMA FACİE" MEVCUT OLDUĞU VARSAYIMI

2012 Kurallarının getirdiği yeniliklerden biri de, bir *"tahkim anlaşması"*nın (sözleşme) varlığına, geçerliliğine veya kapsamına ilişkin itirazların, MTO Tahkim Divanına yapılması yerine, doğrudan doğruya Hakem Mahkemesine yapılabilmesinin benimsenmiş olmasıdır (m.6(2)).[49]

*"Hakem Mahkemesi"*nin yargılama yetkisine ilişkin sorunlar hakkında, doğrudan doğruya hakem mahkemesi karar verebilir (directly by the arbitral tribunal). Bununla beraber, Genel Sekreterin bu konuyu m. 6(4) uyarınca karara bağlanmak üzere Tahkim Divanına götürebilmesi mümkündür (m. 6(2)).[50]

I. HAKEM MAHKEMESİNİN "OLAYA ÖZGÜ GİZLİLİK EMİRLERİ" VEREBİLMESİ OLANAĞI

2012 Kurallarında öngörülen ve önemli bir yenilik sayılan *"tahkim yargılamasında davranış"* (conduct of the arbitration) kurallarına (m. 23) göre, hakem mahkemesi, taraflardan birinin istemi üzerine tahkim yargılamasının ya da yargılamayla ilişkili herhangi bir hususun "gizliliği"ne (mahremiyet, confidentiality) ilişkin emirler verebilir. Hakem Mahkemesi, ayrıca, "gizli bilgiler"in ve "ticari sırlar"ın korunmasına yönelik önlemler de alabilir (m. 22(3)).[51]

Böylece, Hakem Mahkemesi, önündeki olayın özelliklerine ve gereksinimlerine göre, *"olaya özgü gizlilik emirleri"* (case specific orders regarding confidentiality) verebilecektir.

İ. HAKEMLERİN "YANSIZLIĞINA, BAĞIMSIZLIĞINA VE TAHKİM YARGILAMASI İÇİN ELVERİŞLİ OLDUKLARI"NA YÖNELİK BEYANLAR

1998 Kurallarında yer alan hakemlerin bağımsızlıklarına (independence) ve *"bağımsızlık beyanı"*na (statement of independence) ilişkin kural (m. 7(1)-(3)), uygulamalar göz önünde bulundurularak, 2012 Kurallarında daha geliştirilmiştir (m.11).[52]

---

49 1998 Kurallarında tahkim anlaşmasının (sözleşme) varlığına, geçerliliğine ya da kapsamına ilişkin itirazlar *Tahkim Divanı*na yapılmaktaydı. *"Prima facie test"*e ve *Divanı*n yetkilerine ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 83 vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 97 vd.

50 Ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 76 vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 97 vd.

51 1998 Kurallarına göre, "hakem mahkemesi, ticari sırların ve mahrem bilgilerin korunması için önlemler" alabilmekteydi (m. 20(7)). Bu duruma ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 284-286; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 266 vd. Tahkim yargılamasında "gizlilik"le (mahremiyet, confidentiality) ilgili karşılaştırmalı bir araştırma için bkz. Ergun Özsunay, Tahkim Yargılamasında Mahremiyet, "Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları", İTO Yayın No.: 2004-16, İstanbul, 2004, s. 119-146.

52 1998 Kurallarına göre, *"hakemlerin bağımsızlık ve yansızlıkları"*na ilişkin sorunlar için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 115 vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 118 vd.

2012 Kurallarına göre, atanmadan ya da onaylanmadan önce hakemlerin "atamayı kabul, tahkim yargılamasına elverişlilik durumu, yansızlık ve bağımsızlık"larına ilişkin yazılı ve imzalı bir beyanda (statement of acceptance, availability, impartiality and independence) bulunmaları öngörülmüştür (m. 11(2)).

J. SORUMLULUĞUN SINIRLANMASINA İLİŞKİN ÇÖZÜM

1998 Kuralları, tahkim yargılaması bakımından hem hakemlerin; hem Tahkim Divanı ve üyeleri ile MTO ve çalışanlarının; hem de MTO Ulusal Komitelerinin sorumsuzluğuna (exclusion of liability) ilişkin bir çözümü benimsemiştir (m. 34).[53]

Ulusal hukuklarda ve bazı kurumsal tahkim sistemlerinde hakemlerin sorumluluğuna ilişkin gelişmeler üzerine, 2012 Kuralları, *"sorumluluğun sınırlanması"*na (limitation of liability) ilişkin farklı bir çözüm getirmiştir (m. 40). Buna göre, hakemler, hakem mahkemesi tarafından atanmış kişiler, acil durumlar hakemi, Tahkim Divanı ve üyeleri, MTO ve çalışanları, MTO Ulusal Komiteleri ve Grupları ile onların çalışanları ve temsilcileri, tahkimle ilgili herhangi bir eylem ya da ihmallerinden sorumlu bulunmamakta iseler de, bu sınırlamanın bir sınırı öngörülmektedir. Bu sınır da, *"sorumluluğun sınırlanması"nın "uygulanacak hukuk"* tarafından yasak edilmiş olmamasıdır. Uygulanacak hukuk, sorumluluğun sınırlanmasını yasaklamakta ise, bu hükümden *yararlanabilmek mümkün olmayacaktır (m. 40).*

K. İLETİŞİM TEKNOLOJİLERİNDEKİ GELİŞMELERİN TAHKİME UYARLANMASINA İLİŞKİN YENİLİKLER

2012 Kurallarında, bilgi teknolojileri ve modern iletişim şekillerine ilişin yeniliklere de yer verilmiştir. 1998 Kuralları teleks veya telgraftan söz ederken (m. 3(2)), 2012 Kurallarına göre, bildirim ya da iletilerin iadeli taahütlü mektup veya kurye yoluyla yapılması yanında, *"elektronik posta ile ya da gönderildiklerinin kaydının sağlandığı herhangi bir telekomünikasyon aracıyla"* da (email, or any other means of communication that provides a record of the sending thereof) yapılabilmesi mümkündür (m. 3(2)).[54]

Bunun gibi, *"dava yönetimi konferansları"*nda da (m. 24), ilgililerin hazır bulunmaları yanında, toplantının "*video konferans, telefon veya benzer telekomünikasyon araçlarıyla"* (video conference, telephone or similar means of communication) yapılabilmesi de mümkündür (m. 24(4))

L. HAKEM KARARININ DÜZELTİLMESİ VE YORUMU İLE KARARIN BİR YARGI YERİ TARAFINDAN HAKEM MAHKEMESİNE İADESİ

1. Hakem kararının düzeltilmesi ve yorumu

2012 Kurallarında *"hakem kararlarının düzeltilmesi ve yorumu"*na ilişkin düzenleme, 1998 Kurallarından farklı değildir.[55]

53 1998 Kurallarına göre "taraflar arasında", "taraflar ile hakem mahkemesi" ve "Sekreterya" arasındaki iletilerle ilgili çözümler için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 32 vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 40 vd.

54 1998 Kurallarına göre "taraflar arasında", "taraflar ile hakem mahkemesi" ve "Sekreterya" arasındaki iletilerle ilgili çözümler için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 32 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 40 vd.

55 1998 Kurallarına ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration,

2. Hakem kararının yargı yeri tarafından hakem mahkemesine geri gönderilmesi (iadesi)

Buna karşı bir yargı yerinin bir hakem kararını hakem mahkemesine geri göndermesine (remission of awards, renvoi de la sentence)ilişkin çözüm yenidir. Böyle bir durumda, yeni Kuralların hakem kararının verilmesine ilişkin 31.; kararın Divan tarafından kontrolüne ilişkin 33., hakem kararının taraflara bildirilmesine , tevdi edilmesine ve icrasına ilişkin 34. maddeleri ile kararın düzeltilmesi ve yorumuna ilişkin 35. maddesi hükümleri, hakem kararına yapılacak eklemeler (addendum) ya da iade koşulları uyarınca verilecek hakem kararına da mutatis mutandis (örnekseme yoluyla) uygulanır (m. 35(2)).

Geri gönderme (iade) durumlarında Divan, hakem mahkemesinin, geri gönderme koşullarına uygun hareket etmesini sağlayacak gerekli önlemleri alabilir. Bu amaçla ek ücretleri, hakem mahkemesinin ek masraflarını ve MTO'nın yönetsel masraflarını karşılamak üzere ödenecek avansları belirleyebilir (m. 35(4)).

M. TAHKİM YARGILAMASI MASRAFLARINI AZALTILMASINA VE TAHKİM MASRAFLARININ KARŞILANMASI İÇİN ÖDENECEK AVANSA İLİŞKİN YENİLİKLER

a) 2012 Kurallarında, tahkim yargılaması bakımından hem taraf masraflarının; hem de tahkim kurumuna ilişkin masrafların azaltılmasına yönelik çeşitli önlemler öngörülmüştür. Yukarıda açıkladığımız *"dava yönetim konferansı"* ve bu konferansta belirlenecek dava yönetim teknikleri tahkim masrafların azaltılmasına ilişkin önemli bir düzenlemedir (m. 24 ve EK IV).

b) 2012 Kuralları tahkim masraflarının karşılanması için ödenecek avans (advance, avance) bakımından da bazı çözümler getirmiştir.

aa- Tahkim isteminin alınmasından sonra Genel Sekreter, davacıdan (claimant), Görev Belgesi düzenleninceye kadar tahkim masraflarının karşılanması için uygun olacak bir miktarda geçici bir avans (provisional advance) ödemesini isteyebilir.

1998 Kurallarında da mevcut olan bu düzenlemeye (m. 30(1)); 2012 Kurallarında bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, *"Herhangi bir geçici avans, 36. madde uyarınca Divan tarafından belirlenecek herhangi bir masraf avansına ilişkin kısmi bir ödeme olarak kabul edilecektir"*.[56]

bb- 1998 Kurallarında olduğu gibi 2012 Kurallarına göre de, Divan, olanakların elverdiği en kısa sürede, kendisine taraflarca iletilen talep ve karşı talepler için, hakem ücret ve masraflarını ve MTO yönetim masraflarını karşılayacak miktarda bir masraf avansı belirleyecektir. 2012 Kuralları, bu düzenlemeye bir ekleme yaparak, Divan tarafından belirlenecek masraf avansının davacı ve davalı tarafından eşit paylar halinde ödeneceğini öngörmektedir (m. 36(2)).

---

s.322 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s.345 vd

56 1998 Kurallarına ilişkin ayrıntı için bkz. ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 332 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s.354 vd.

cc- 2012 Kurallarına göre, davalı tarafından 5. madde uyarınca karşı talepler ileri sürülmüş bulunuyorsa, Divan, talepler ve karşı talepler için ayrı ayrı masraf avansı belirleyebilir. Böyle bir durumda, taraflardan her birinin kendisine ait masraf avansını ödemesi gerekir (m. 36(3)). Burada, yeni bir düzenleme söz konusudur.

dd- *"İlave tarafların davaya katılması"* haline ilişkin talepler (m. 7) ile "birden çok taraflar arasındaki talepler"in söz konusu olduğu durumlarda (m. 8), Divan, bir veya daha fazla masraf avansı belirleyebilir ve bu avansların taraflarca ne şekilde ödeneceğine karar verebilir (m. 36(4)). Divan, daha önce, 36. madde uyarınca masraf avansını belirlemiş bulunuyorsa, sonradan m. 36(4) uyarınca belirleyeceği avanslar bunların yerini alır. Bu durumda, önceden herhangi bir tarafça yapılmış olan avans ödemesi, bu tarafın yeni masraf avansı payına ilişkin kısmi bir ödeme sayılır (m. 36(4)). Burada, 2012 Kurallarıyla öngörülen yeni bir düzenleme söz konusudur.

ee- 1998 Kuralları gibi, 2012 Kurallarına göre de, Divan tarafından saptanmış herhangi bir masraf avansı tahkim yargılaması süresince yeniden ayarlanabilir. Her durumda diğer taraf kendisine düşen avans payını ödemediği takdirde, herhangi bir taraf, onun payını ödemekte serbesttir (m. 36(5)).

ff- Masraf avansıyla ilgili bir talep karşılanmadığı takdirde, Genel Sekreter, hakem mahkemesine danıştıktan sonra, hakem mahkemesine çalışmasını durdurmak talimatını verebilir ve 15 günden az olmayacak şekilde, sona erdiği zaman, talep veya karşı taleplerden vazgeçilmiş sayılacağına ilişkin bir süre belirleyebilir. İlgili taraf bu önemle itiraz etmek istiyorsa, konunun, Divan tarafından karara bağlanması için verilen süre içinde talepte bulunmak zorundadır. Böyle bir vazgeçmiş sayılma hali gerekçe gösterilerek söz konusu tarafın aynı talepler veya karşı talepleri daha sonraki bir tarihte başka bir davada ileri sürmesine engel olunamaz (m. 36(6)).[57]

gg- Taraflardan biri, gerek talepler; gerekse karşı taleplerle ilgili olarak bir takas hakkı (right to sett-off) iddiasında bulunursa, takas talebi, ayrı bir talep gibi, hakem mahkemesinin ilave sorunları dikkate almasını gerektirdiği ölçüde, tahkim-masraflarını karşılayacak avansın belirlenmesinde göz önüne alınır (m. 36(7)).[58]

N. TAHKİM MASRAFLARININ HAKEM KARARINDA BELİRTİLMESİ

Tahkim masraflarının hakem kararında belirtilmesi bakımından 1998 Kurallarında üç bentten oluşan 31. madde, 2012 Kurallarında, m. 37 ile 4 bent halinde alıkonulmuş; ancak bu maddeye 5. ve 6. bentler ilave edilmiştir. 1998 ve 2012 Kurallarında aynı olan ilk üç bentte öngörülen çözümler şunlardır:

1. Tahkim masraflarına, tahkim yargılamasının başladığı tarihte yürürlükte

57 1998 Kuralları bakımından bu duruma ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 352 vd.; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 359 vd.

58 1998 Kuralları bakımından bu duruma ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 356-357; *Bühler/Webster*, Handbook of ICC Arbitration, s. 360.

olan cetvele göre hakemlerin ücreti ve harcamaları ve Divan tarafından belirlenen MTO yönetim masrafları ile aynı zamanda hakem mahkemesi tarafından atanan bilirkişilerin ücreti ve masrafları ile tarafların tahkim için yapmış oldukları makul dava ve diğer masrafları da dahildir (1998 Kuralları, m. 31(1); 2012 Kuralları, m. 37(1)).[59]

2. Davanın istisnai durumları gerekli kılarsa, Divan, duruma göre, hakemlerin ücretlerini cetvelde gösterilenden daha fazla veya az olarak belirleyebilir. Divan tarafından belirlenenler dışındaki masraflar hakkındaki kararlar, hakem mahkemesi tarafından yargılama sırasında herhangi bir anda alınabilir (1998 Kuralları, m. 31(2); 2012 Kuralları, m. 37(2-3)).[60]

3. Nihai kararda, tahkim masraflarının belirtilmesi gerekir. Nihai kararda, masrafların tarafların hangisi tarafından üstlenileceğine ya da masrafların taraflarca hangi oranlarda paylaşılacağına ilişkin hüküm bulunması zorunludur (1998 Kuralları, m. 31(3); 2012 Kuralları, m. 37(4)).[61]

4. Masraflara ilişkin karar verilirken hakem mahkemesi, taraflardan her birinin tahkim yargılamasının hızlı ve az masraflı olması hususuna ilişkin davranışları dahil, yargılamayla ilişkili olduğunu düşündüğü durumları göz önüne alabilir. Bu çözüm, 2012 Kurallarıyla öngörülmüştür (m. 37(5)).

5. Nihai hakem karar verilmeden önce, tüm taleplerin geri alınması ya da tahkimin sona erdirilmesi durumunda, Divan, hakemlerin ücretlerini ve masraflar ile MTO'nın yönetim masraflarını belirlemek zorundadır. Eğer taraflar, tahkim masrafları bölüştürülmesi hususunda veya masraflara ilişkin diğer konularda anlaşmaya varmış bulunmuyorlarsa, bu konular, hakem mahkemesi tarafından karara bağlanır. Söz konusu vazgeçme ya da tahkimin sona ermesi anında, şayet hakem mahkemesi oluşturulamıyorsa, taraflardan her biri, Divan'dan, bu Kurallara göre hakem mahkemesinin oluşturulmasını ve hakem mahkemesinin masraflara ilişkin karar vermesini talep edebilir. Bu çözüm de, 2012 Kurallarıyla öngörülen yeni bir çözümdür (m. 37(6)).

IV. Sonuç

Görüldüğü gibi, 2012 Kuralları, uygulamadan ve tahkim hukuku alanındaki yeni gelişmelerden esinlenmek suretiyle, uluslararası ticari tahkimler bakımından önemli yenilikler getirmiştir.

2012 Kurallarıyla, çok taraflı tahkimlere ilişkin yeni çözümler öngörülmüş; yargılama süresinin kısaltılması ve masrafların azaltılması amacıyla taraflara çeşitli "dava yönetim teknikleri"nin kabul edebilmeleri olanağı sağlanmış; hakem mahkemelerine *"olaya özgü gizlilik emirleri"* ile *"gizliliğin ve ticari sırların ko-*

59 1998 Kurallarına ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 357 vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 361-362.

60 1998 Kurallarına ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz*, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 367; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 362 vd.

61 1998 Kurallarına ilişkin ayrıntı için bkz. *Derains/Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, s. 368 vd.; *Bühler/Webster,* Handbook of ICC Arbitration, s. 368 vd.

runmasına ilişkin önlemler" alabilme yetkileri tanınmış; "acil durumlar için bir "acil durumlar hakem"inin atanmasına ilişkin çözümler getirilmiş; hakemlerin yansızlık, bağımsızlık ve yargılamaya elverişlilik beyanlarında yeni düzenlemeler yapılmış; Divanın, belirli durumlarda, doğrudan doğruya hakem atayabilmesi sağlanmış; tahkimde sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin çözüm yerine, *"sorumluluğun sınırlanması"*na yönelik daha makul bir çözüm geliştirilmiş; masraflarla ilgili olarak amaca uygun çözümler benimsenmiş, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki yeni gelişmeler göz önüne alınarak, hem tarafların kullanımına elverişli ve esnek; hem de, daha etkin bir tahkim yargılamasına uygun çözümler sunulmuştur.[62]

2012 Tahkim Kuralları, 1 Ocak 2012 tarihinden sonra başlatılacak tahkimlere uygulanacaktır.

62 Bkz. yukarıda III A-M

İNSAN ZARARLARINA İLİŞKİN TAM YARGI DAVALARINI ÇÖZME GÖREVİNİ ASLİYE HUKUK MAHKEMELERİNE VERMEK REFOM MU YOKSA FANTEZİ Mİ?

Yrd. Doç. Dr. Taner AYANOĞLU[1]

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun düzenlemeleriyle her türlü idari eylem ve işlemden kaynaklanan "insan zararları"na ilişkin tam yargı davalarının adli yargıdaki asliye hukuk mahkemelerinde özel hukuk ilke ve kurallarına göre çözümlenmesi esasının kabulü, idari yargı alanındaki tam yargı davaları bakımından oldukça önemli sonuçlar doğuracak niteliktedir ve bu sebeple üzerinde dikkatle durulması gereken bir gelişmedir.

İdari eylem ve işlemlerden kaynaklanan bir kısım davalara ilişkin görevli yargı düzeni, yargılama usulü ve davaların esasına ilişkin kurallarda değişiklik getirmenin ötesinde bir anlam taşımayan bu yasal düzenlemelerin, ayrıca idare hukukunun ve idari yargının temelleri bakımından da çok önemli ve köklü bir değişimin işaret fişeği olacağından kuşku duyulmamaktadır. Bu durumda yapılan yasal düzenlemelerle gerçekte bir reform mu yoksa fantezinin mi gerçekleştirildiğinin sorgulanması kaçınılmaz olmaktadır. Bu yazı konuya ilişkin tartışmayı bir nebze de olsa aydınlatmak amacıyla kaleme alınmıştır.

I. TÜRK BORÇLAR KANUNU VE HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN İLGİLİ MADDELERİ, GEREKÇELERİ VE YASALAŞMA SÜRECİ

Bilindiği üzere, Türk özel hukukunun en temel yasalarından olan yeni Türk Borçlar Kanunu TBMM tarafından kabul edilerek Resmi Gazete'de yayımlandı. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri" başlıklı ikinci ayırımında, "Belirlenmesi" kenar başlıklı 55. maddesinin ikinci fıkrasıyla şu hüküm getirildi:

"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."

---

1 İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. tanera@bilgi.edu.tr/ Yayın Kurulu Notu: Bu yazı Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 Günlü 6100 Sayılı HMK'nın 3. maddesinin iptali hükmünden önce kaleme alınmıştır.

Hemen belirtelim ki Hükümetin TBMM'ye sunduğu Türk Borçlar Kanunu Tasarısında bulunmayan bu fıkra hükmü, tasarının Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında eklenmiştir[2].

Bu yasal düzenlemeden bir gün sonra ise, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayı ve 12.01.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edildi. Bu kanunun "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" kenar başlıklı 3. maddesiyle şu hüküm getirildi:

"Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır."

Yine hemen belirtelim ki Hükümetin TBMM'ye sunduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında bulunmayan bu madde hükmü de, önce tasarının Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında 10. madde olarak tasarıya eklendi[3], sonra ise genel kurul görüşmeleri sırasında verilen bir önerge ile kanunun 3. maddesi olarak yasalaştı[4].

II. YASAL DÜZENLEMELERİN ANLAM VE SONUÇLARI:

Öncelikle belirtelim ki, gerek Türk Borçlar Kanunu (TBK), gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) ilişkin olarak Hükümetin TBMM'ye sunduğu tasarılarda bulunmayan hükümler, TBMM Adalet Komisyonu tarafından ilgili kanun tasarılarına eklenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 55. maddesinin 2. fıkrası hükmü *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."* şeklinde iken; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi hükmü *"Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır."* şeklindedir.

Her iki hükmün ortak öznesi, *"her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin*

2 Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), S.Sayısı:321, s.265-266.
3 Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), S.Sayısı: 393, s.135-137.
4 Bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 5. Yasama Yılı, 50. Birleşim 12/Ocak /2011 Çarşamba.

sorumlu olduğu diğer sebepler" olup; bunların yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararların tazminine ilişkin istem ve davalarda, TBK'nın 55/2 maddesinde "Türk Borçlar Kanunu hükümleri"nin uygulanacağı öngörülürken, HMK'nın 3. maddesinde bu davaların asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. [5]

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2. maddesinde "bu Kanun hükümleri"nin her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı öngörülmüş olmakla birlikte, bu davalara Türk Borçlar Kanunu'nun sorumluluk esaslarına ilişkin olanlar da dahil haksız fiillere ilişkin tüm hükümlerinin mi yoksa sadece ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların belirlenmesi ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı hususu muğlak kalmıştır. Ancak Adalet Komisyonu raporundaki anlatımlar, çok açık olmamakla birlikte zararın belirlenmesine ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin hükümlerin kastedildiği izlenimini vermektedir.[6] Kaldı ki, daha sonra HMK ile getirilen değişiklik dikkate alınmayıp tek başına TBK'nın 55/2. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, *"her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebepler"*den dolayı ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan tazminat davalarının görüm ve çözüm yeri olan idari yargı yerlerinin önlerindeki davalarda, TBK'nın sadece zararların belirlenmesi ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin hükümlerini uygulayacağında bir tereddüt olmasa gerekir.

Diğer taraftan HMK'nın 3. maddesinin düzenlemesiyle, belirtilen kapsamdaki davalar, idari yargıdan alınarak adli yargı düzenindeki asliye hukuk mahkemelerinin görevine verilmiş bulunmaktadır. Ancak asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği yasayla belirlenen bu davaların esasının hangi hukuka tabi olacağı konusunda açık bir yasal düzenleme yoktur. Bu noktada, asliye hukuk mahkemelerinin bu davaları açık bir yasal düzenleme olmadığı için idari yargı içtihatlarıyla şekillenmiş bulunan idare hukuku ilke ve esaslarına göre çözümleyebileceği düşünülebileceği gibi; TBK'nın 55/2 ve HMK'nın 3. maddeleri esasa ilişkin hüküm içermese dahi,

5 TBK'nın 55/2. maddesinde talep ve dava konusu olacağı belirtilen "zararlar", ölüm veya vücut bütünlüğünün kısmen veya yitirilmesinden kaynaklanan maddi zararlara ilişkin olup manevi zararlar açıkça buna dahil edilmemişken; HMK'nın 3. maddesinde "manevi zararlar" hükmün kapsamı içine alınmıştır.

6 Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi, tasarının Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında eklenmişti. Bu Komisyonun raporunda oldukça dağınık bir anlatım söz konu olup, komisyon raporundaki "insan zararları olarak da kavramlaştırılabilecek olan bu zararların hesabı" ve " bu zararların belirlenmesi" gibi anlatımlar, BK hükümlerinin idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan insan zararlarının belirlenmesi ve hesabına uygulanacağı izlenimi doğurmaktadır. Ancak raporda yer alan *"Vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Doğrusu, insan zararlarında farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenlemeye ve yargı birliğine geçmektir. Teklif, bu amaca yönelik ön-adım niteliğindedir."* anlatımı her ne kadar hangi kanun hükümleri sorusunu açıkça cevaplamasa da insan zararları konusundaki yargı birliği amacına yönelik bir ön-adım vurgusu ile HMK md.3'ün habercisidir.

kanun koyucunun her iki yasal düzenleme neticesinde asliye hukuk mahkemelerinde görülen bu davaların esasına TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanmasını amaçladığı da söylenebilir ve bu düşünce en az bir önceki düşünce kadar savunulabilir güçtedir.[7]

Öte yandan, gerek Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporundaki *"Vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Doğrusu, insan zararlarında farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenlemeye ve yargı birliğine geçmektir. Teklif, bu amaca yönelik ön-adım niteliğindedir."* anlatımı, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporundaki *" Bundan böyle: a-Askeri olsun veya olmasın her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklanan insan zararları (vücut bütünlüğünün kaybı, ölüm sebepleri ile iş göremezlik, destekten yoksun kalma,manevi tazminat talepleri) Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülebilecektir. İdari yargı diliyle "tam yargı davlarının" insan zararlarına ait bölümü, idari yargının görev alanından çıkarılmıştır (Any.m.142). (...) b- Bu davalar, doğaldır ki idare hukuku normlarına değil, özel hukuk normlarına, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) bağlı olacaktır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu Tasarısına, bu konuda Adalet Komisyonu tarafından bağımsız bir hüküm de eklenmiştir. (...) c- Öneri, "insan zararı"nın öznesi olan insan ve insan hakkı değerinin yargı kolları çatışmasından gördüğü etkilenmenin yok edilmesini ve bu yolla korunmasını (Any.m.5), adil yargılanma hakkı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin (Any.m.36/2) yaşama geçirilmesini amaçlamaktadır. Öneri, sorumluluk ve insan zararları hukukunda yeni gelişmelere yol açabilecek bir ön adım niteliğini de taşımaktadır. (...)"* anlatımları, ve de gerekse Genel Kurul görüşmeleri sırasındaki değişiklik önergesi gerekçesindeki *"Bu davalar, idare hukuku normlarına değil, özel hukuk normlarına bağlı olacaktır."* anlatımı açıkça göstermektedir ki, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ve asliye hukuk mahkemelerinin görevine bırakılan bu davaların esasına da borçlar hukuku ilke ve kurallarının uygulanması amaçlanmaktadır.

Bununla birlikte, TBK'nın 55/2. maddesiyle getirilen düzenlemenin "zararın belirlenmesi"ni kapsamına aldığında ve HMK'nın 3. maddesiyle getirilen düzenlemenin ise sadece "görev"e ilişkin olduğunda bir tereddüt olmadığından, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakacağı ve bunlardan kaynaklanan vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi zararların Türk Borçlar Kanunu

7 Kaydedelim ki, asliye hukuk mahkemelerinde görülecek olan bu davalarda idare hukuku ilke ve esaslarının uygulanması ne kadar büyük bir tezatsa, aynı şekilde idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini davasının asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi de o ölçüde büyük bir tezat ve paradokstur.

hükümlerine göre belirleneceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bunun ötesinde bu davaların esasına Borçlar Kanunu hükümlerinin mi yoksa idare hukuku ilke ve esaslarının mı uygulanacağı hususunda hukuk boşluğu olduğu açık ve net olarak söylenmelidir.

Öte yandan, HMK'nın 3. maddesiyle getirilen yasal düzenlemenin kapsamını belirlemek bakımından, her türlü idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan tüm zararların değil, bu tasarrufların yol açtığı ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görevli yargı yerinin asliye hukuk mahkemesi olduğunu vurgulamak gerekir. Başka bir deyişle idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararlar, ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesi neticesinde oluşan maddi ve manevi zararlardan değil de kişilerin malvarlığında oluşan ve/veya kişilik hakkının zedelenmesinden doğan zararlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesi kapsamındaki *"idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları"* olarak idari yargının ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'na göre AYİM'in görevinde kalmaktadır.

HMK'nın 3. maddesiyle idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların "ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan" ve "doğmayan" davalar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulup, birinci grubun HMK'ya tabi olarak yargılama yapan adli yargıdaki asliye hukuk mahkemelerinin görevine bırakılması, ikincileri 2577 Sayılı Kanun'a tabi olarak yargılama yapan idari yargı mercilerine ve 1602 Sayılı Kanun'a tabi olarak yargılama yapan AYİM'in görevine bırakılmasına ilişkin düzenlemenin temel gerekçesi olarak *"insan zararı" olarak adlandırılan kavram gösterilmektedir. Buna göre, bir insanın ölümü veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında,* "insan zararlarında görev belirlenirken zararı doğuran sebebin ait olduğu alanın yapı ve niteliği yerine, zararın süjesini (insanı) esas alan bir ölçütün temel alınması" temel yaklaşımı çerçevesinde, sorumluluğa ilişkin esas ve usul kuralları belirlenmektedir.[8] Belirtmek gerekir ki, Adalet Komisyonu Başkanı Ahmet İyimaya tarafından

8 HMK md. 3 ve BK md. 55/2'nin gerekçelerinde "insan zararı" kavramı, ilgili yasal düzenlemeleri haklı kılma uğraşı içinde bir duygu sömürüsü aracı olarak kullanılmaktadır. Diğer taraftan yine gerekçelerde yer verilen idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan insan zararların tazmini için açılan davalarda görevli yargı düzeninin belirlenmesine uyuşmazlıkların çözümünün çok uzun sürmesi iddiası da söz konusu yasal düzenlemeleri herhangi bir şekilde haklı kılacak ve meşrulaştıracak bir yön taşımadığı gibi bundan daha da önemlisi herhangi bir gerçekliği de olmayan bir argümandır.
HMK md. 3'e ilişkin değişiklik gerekçesinde, tam yargı davalarının insan zararlarına ait bölümü, idari yargının görev alanından çıkarıldığı, bu davaların *"idare hukuku normlarına değil, özel hukuk normlarına bağlı olaca(ğı)" ve "insan zararının öznesi olan insan ve insan hakkı değerinin yargı yolları çatışmasından gördüğü etkilenmenin yok edilmesi ve bu yolla korunması, adil yargılanma hakkı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin yaşama geçirilmesi amaçlamakta"* olduğu belirtilmekle birlikte; bu davaların idari yargı yerlerinde idare hukuku ilkelerine göre çözümlenmesi halinde insan ve insan hakkı değerinin neden korunamadığı açıklığa kavuşturulmadığı gibi, getirilen hükmün yargı yolu çatışmasını öncekinden daha fazla tetikleyici olacağı ve idari yargı mercileri yerine asliye hukuk mahkemesinin bu davaları idare hukuku yerine özel hukuka göre çözümleyecek olmasının ne gibi üstünlük ve ayrıcalık yaratacağı açıklanmamıştır.
Aşağıda açıklayacağımız üzere, bu davalara özel hukukun uygulanmasının idarenin sorumluluğu

kaleme alınan 1995 tarihli "Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları" adlı bir kitapta[9], "İnsan Zararları Konusunda Belirmekte Olan Bazı Eğilimlerin Analizi" başlıklı bölümde bu konu ile ilgili bir inceleme yazısı yer almaktadır. Görünen odur ki, Adalet Komisyonu Başkanı Ahmet İyimaya, Hükümetin sunduğu tasarılarda yer bulunmamasına rağmen kendisinin "insan zararı" olarak adlandırdığı zararların tazmini davalarının Türk Borçlar Kanunu'na tabi olması ve asliye hukuk mahkemelerinde görüşülmesine ilişkin hükümleri bu tasarıların Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında ekletmeyi başarmış bulunmaktadır.

Bununla birlikte, zarar gören süjenin "insan" olmasından ve oluşan zararların belirlenmesi hesabından hareketle gerekçede dile getirilen *"Bu davaların baskın karakterini, olaya yol açan maddi sebebin hukuki niteliği (idari hizmetin mahiyeti) değil, zararın bağlı olduğu insan ve insan zararının hesaplanması ilke ve değerleri ortaya koymaktadır."* şeklinde düşünce, hukuksal bir doğruluk da içermemektedir. İdari yargıdaki tam yargı davaları yoluyla idarenin sorumluğuna ilişkin hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk esaslarının uygulanmasında idari işlem ve eylemlerin bu niteliğinin baskın ve özgün karakter taşıması olgusu, bu yargı düzeninde çok uzun süredir benimsenmiş ve kabul edilmiş bir esastır. Bunu bilmemek veya bilmezlikten gelmenin anlaşılır bir yönü yoktur. Gerçekten, zararın belirlenmesi ve hesabına ilişkin kurallar ile zararın tazminine ilişkin sorumluluk esaslarını birbirine karıştıran bu yaklaşımın mezkur yasal düzenlemelere gerekçe yapılması üzüntü vericidir. Özellikle tam yargı davalarının idare hukuku ve idari yargıda taşıdığı özellikli konum dikkate alındığında ve hatta idare hukukunun doğum belgesi sayılan meşhur Blanco kararı[10] hatırlandığında, TBK md. 55/2 ve HMK md.3'teki düzenlemelerin idare hukuku ve idari yargıya yönelik bir taarruzun en öldürücü darbelerinden biri olduğu kolaylıkla görülmektedir. Öyle ki, müelliflerince "insan zararı" olarak adlandırılarak idari yargıdan adli yargıya aktarılan tazminat davalarının daha sonra idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan tüm tazminat taleplerine teşmil edilmesinin ve böylelikle tam yargı davalarının tamamının idari yargıdan kaldırılmasının planlanmadığını kim söyleyebilir?

Bilindiği üzere, idarenin sorumluluğuna özel hukukun uygulanmayacağı esası, Blanco kararıyla kabul edilmiş[11] olup; bu karardan sonra idarenin sorumluluğu

konusunda bir genişleme yaratması olasılığının bulunmaması bir yana, bu konuda ciddi sorunlar yumağını da beraberinde getirecektir.

9 Bkz. İYİMAYA, Ahmet; Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Cilt:2, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995.

10 Bilindiği üzere, 1873 tarihli Blanco kararıyla birlikte idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğunun özel hukuk ve borçlar hukuku ilke ve kurallarına göre değil kamu hizmetinin özellikleri çerçevesinde idare hukukuna göre belirlenmesi gerektiği içtihadı ortaya çıkmıştır.

11 YAŞAR, Hasan Nuri, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", İÜHFM C. LXVI, S.1, 210 s. 201-220, 2008, s.203: *"Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin Blanco (1873) kararı bu kabulü sarsan ve bir bakımından sorunu çözen neticeler doğurdu: İlk olarak, adli yargıyı Blanco isimli kız çocuğunun ebeveyninin tazminat talebini sonuca bağlamaktan alıkoydu. İkinci olarak, bu başvurunun yargılama yerinin idari mahkemeler olduğunu belirledi. Üçüncü olarak, bu karar idarenin sözleşme dışı tazminat sorumluluğunun varlığını ortaya çıkaran yolu açtı. Dördüncü olarak, idari yargı yetkisi ile idare hukukunun içeriği arasında kesin bağ kurdu."*

özel hukuka göre değil idari yargı içtihatlarıyla geliştirilmiş bulunan idare hukuku esas ve ilkelerine göre belirlenmeye başlanmıştır.[12] TBK md. 55/2 ve HMK md. 3 uyarınca idari eylem ve işlemlerden doğan insani zararların tazmini davalarının asliye hukuk mahkemelerinin görevine bırakılması ve bu davaların esasına borçlar hukuku kurallarının uygulanması birlikte düşünüldüğünde, açıkça görülmektedir ki, Blanco kararıyla başlayan idarenin sorumluluk esaslarının terk edilmesi ve insan zararları denilen kısmi alanda da olsa idarenin sorumluluğuna artık özel hukukun uygulanması düzenine geçilmek istenmektedir. Başka bir deyişle, mezkur yasal düzenlemeler Blanco kararından önceki dönem ve anlayışa geri dönülmesinin başlangıcı gibidir.

Gerçekten, tam yargı davasına konu bir kısım uyuşmazlıklar adli yargıya aktarılırken, neden geri kalanının aktarılmadığının tutarlı bir açıklaması bulunmamaktadır. Kaldı ki aynı idari eylem veya idari işlem sebebiyle bir yandan insan zararı öbür yandan malvarlığı zararlarının ortaya çıkması halinde, tazminat taleplerinden insan zararlarına ilişkin olanlara asliye hukuk mahkemelerinin, malvarlığına ilişkin zararlara idari yargı yerlerinin bakmasının "yargılamanın bütünlüğü" yönünden yaratacağı usul sorunlarının hiç düşünülmemiş olması da şaşırtıcıdır.[13] Bu husus gerçekten düşünülmemişse, hor kullanılan bir yasama yetkisi ile karşı karşıyayız. Aksine bu husus düşünülmüş ve buna rağmen bu yönde düzenleme yapılması tercih edilmiş ise, ileride başka yasayla tüm tam yargı davalarının adli yargıya aktarılacağını söylemek için kahin olmaya gerek yoktur.

III. YASAL DÜZENLEMELERDEKİ ÇELİŞKİLER

1) Sorumluluk sebebi tasarrufların niteliği ile görevli yargı yerinin niteliği arasındaki çelişki

Yukarıda de belirttiğimiz üzere, ilgili yasal düzenlemelerle idari yargıda görülen ve çözümlenen idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan insan zararlarına ilişkin tam yargı davalarına konu uyuşmazlıklar ile AYİM'de görülen ve çözümlenen askeri idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan insan zararlarına ilişkin tam yargı davalarına konu uyuşmazlıkları özel hukuk kurallarına göre çözümleme görevi, asliye hukuk mahkemelerine verilmiştir. Gerek TBK md. 55/2 de ve de gerekse HMK md.3'te "her türlü idari eylem ve işlem" tabiri kullanılmaktadır. Bilindiği üzere idarenin her eylem ve işlemi, idari nitelik taşımayıp, idarenin özel hukuk alanında bulunan eylem ve işlemleri olabildiği gibi, idari nitelikli olan eylem ve

12 YAŞAR, Hasan Nuri, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", s.207: "*İdarenin sorumluluğunun ilk özelliği "medeni" ve adli yargıdan ayrılmış özel bir sorumluluk türü olmasıdır. (...) İdarenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk kavramının devreye girmesiyle özel hukuk sorumluluğunu da aşan yeni ve kapsamlı bir sorumluluktur. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1921 tarihli "bac d'Eloka" kararıyla adli ve idari yargı yetkisinin idarenin mali sorumluluğuna ilişkin konumları netleşmiş, idarenin mali sorumluluğuna uygulanacak hukuk özel hukuktan kesin kurallarla ayrılmış, buna bağlı olarak kendi içinde gelişmiş ve geniş biçimde yenilenmiştir."*

13 Anayasa Mahkemesi, E.1996/72, K.1997/51 sayı ve 15.05.1997 tarihli kararında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi hükmünün iptal gerekçeleri arasında, idarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesinin yargılamanın bütünlüğünü bozacağı esasına yer verdiğini kaydedelim.

işlemleri de vardır ve bu ikinci grup eylem ve işlemler idare hukuku alanında bulunmaktadırlar. İdarenin idare hukuku alanındaki her türlü eylem ve işleminden kaynaklanan tazminat davalarında idarenin sorumluğunun adli yargıda özel hukuka göre belirlenmesine ilişkin bir yasal düzenleme yapıldığına göre, artık bu davalara konu olan tasarrufların "idare hukuku" alanında kaldığı ve "idari" nitelik taşıdığı da kolaylıkla söylenememelidir. Başka bir deyişle hem bu tasarruflara "idari" demek hem de bunlardan kaynaklanan davaları özel hukuka ve adli yargıya bırakmak başlı başına bir çelişkidir.

Kaldı ki gerek TBK md. 55/2 ve gerekse HMK md. 3'te *"idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı zararlar"*dan bahsedilmektedir. İdari eylem ve işlemlerin dışında kalan ve "idarenin sorumlu olduğu diğer sebepler" denilerek idari yargının yıllar içinde içtihatla geliştirdiği "sosyal hasar" sorumluluğuna gönderme yapılmaktadır. Ancak, söz konusu düzenlemelerle, idarenin sorumluğuna artık idari yargının geliştirdiği içtihatların değil Türk Borçlar Kanunu'nun sorumluluk esaslarının uygulanması amaçlandığı öngörüldüğüne göre, idari yargı içtihatlarına gönderme yapan düzenlemeler açıkça tutarsız ve çelişkilidir. Türk Borçlar Kanunu'nda sosyal hasar sorumluluğundan veya idari eylem ve işlemlerin dışında kalan ve "idarenin sorumlu olduğu diğer sebepler"den sorumluluğa ilişkin bir düzenleme olmadığı da dikkate alındığında yasa koyucunun da abesle iştigal edebileceği sonucuna varılmaktadır.

2) İdari işlemle vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne yol açılamaz.

Gerek TBK md. 55/2 ve gerekse HMK md. 3 hükümlerinde *"her türlü idari (…) işlemler(in) yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlar"* kavramına yer verilmiştir. Bununla birlikte, bir idari işlemin salt tesisinin bir kişinin ölümüne veya vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine nasıl yol açacağını bilmek ve anlamak mümkün değildir.

Benzer şekilde ölümden farklı bir vücut bütünlüğünün tamamen yitirilmesi halinin ne gibi bir durum olduğu da belirsizdir. Yine bir kişiye tokat atılması gibi bir olayın vücut bütünlüğünün kısmen kaybı sayılıp sayılmayacağı konusundaki tereddütlerin görevli yargı yolunun neresi olduğu konusunda derin kuşkulara yol açacağı da aşikardır.

3) İdari yargıdan adli yargıya görev aktarımının Anayasa'ya aykırılığı meselesi

Gerek genel idari yargının gerekse askeri idari yargının görev alanından önemli bir uyuşmazlık kategorisini adli yargıya aktaran yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu da önemli bir meseledir.[14] İdari yargının görev alanından adli yargının

14 Bu konuya ilişkin bir inceleme yazsısı için bkz. ÇAKIR, Hüseyin Melih; "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m.3'ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi" ,

görevine aktarılan uyuşmazlıkların idari yargının varlık gerekçesi ve işlevini etkisiz kılan düzenlemeler olması sebebiyle Anayasa'ya aykırılığından kuşku duymamak gerekir.

Öte yandan, Anayasa'nın 157. maddesinin 1. fıkrasındaki *"Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir."* hükmü karşısında, askeri eylem ve işlemlerden kaynaklanan insan zararlarının tazmini davalarını adli yargının görevine bırakan HMK md. 3'ün Anayasa'ya aykırılığı tereddütsüz bir olgudur.

4) Asliye hukuk mahkemesinde bakılan davanın esasına uygulanacak hukuk sorunu

HMK md. 3 uyarınca her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin asliye hukuk mahkemelerinde bakılacak olan davaların esasına, madde gerekçelerindeki anlatımlar doğrultusunda TBK hükümlerinin mi yoksa bu konuya ilişkin açık yasal düzenleme olmaması sebebiyle dava konusu tasarrufların "idari" özelliği dolayısıyla idare hukuku ilke ve esaslarının mı uygulanacağı hususunda bir belirsizlik olduğunu yukarıda belirtmiştik.

Asliye hukuk mahkemelerinin bu davaların esasını idare hukuku ilke ve esaslarına göre çözümlemesi, idari yargı yerlerinin neden kendilerinin geliştirdikleri ilke ve esasları uygulayamadıkları sorusunun cevapsız olması dolayısıyla, "tuhaf" bir durum oluşturmaktadır. Gerçekten, bir yargı düzeninin başka bir yargı düzeni tarafından geliştirilmiş bulunan ilke ve kurallara göre önündeki uyuşmazlığı çözümlemek zorunda olmasını anlamak mümkün olmamaktadır.

Öte yandan, asliye hukuk mahkemelerinin önündeki bu davalara TBK hükümlerinin uygulanması ise içinden çıkılmaz bir sorunlar yumağına davetiye çıkaracak cinstendir. Öncelikle HMK md. 3 uyarınca "her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalar" idare aleyhine açılacak davalardandır. Bilindiği üzere, Anayasa'nın 125/7. maddesine göre *"İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü"* olup, 129/5. maddesine göre *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."* Bu hükümler çerçevesinde, bir haksız fiil sorumluluğu biçimi olarak idari eylem ve işlemlerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davaların, bu işlem ve eylemleri

yapan kamu görevlileri yerine idare aleyhine açılabilmesi, ancak bir kusursuz sorumluluk hali olan "adam çalıştıranın sorumluluğu"na ilişkin TBK md. 66 uyarınca söz konusu olacaktır. Buna karşılık "Adam çalıştıran" idarenin "çalışan"ı kamu görevlisi aleyhine dava açılması Anayasa'nın 129/5. maddesi uyarınca söz konusu olamayacaktır. Diğer taraftan adam çalıştıran idarenin TBK md. 66/2'deki "Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz." hükmündeki kurtuluş beyyinesinden yararlanması imkanı bulunmaktadır. Başka bir deyişle idare, TBK md. 66'da öngörülen bu kusursuz sorumluluk halinden kusursuzluğunu ispat ederek kurtulabilecektir. Sonuçta, hukuka aykırı işlem ve eylemi yapan kamu görevlisine karşı dava açılamaması ve de kurtuluş beyyinesi dolayısıyla ne çalışanın ne de idarenin sorumluğu cihetine gidilebilecektir. Orta tazmini gereken bir zarar olmasına rağmen tazmin yolu olmayan bir insan zararı ile karşı karşıya olma durumu herhalde ancak "insan ve insan zararının hesaplanması ilke ve değerleri" ile açıklanabilir!

Ayrıca belirtelim ki, TBK md. 66'da öngörülen sorumluluk bir "kusursuz sorumluluk" halidir. İdarenin sorumluluğuna TBK hükümlerinin uygulanması halinde idarenin "hizmet kusuru" şeklindeki kusur sorumluluğunu yadsımak gerektiği gibi, uygulanacak kusursuz sorumluluk hallerinin de adam çalıştıranların sorumluluğu yanında "bina malikinin sorumluluğu", "hayvan bulunduranların sorumluluğu" ve "tehlike sorumluluğu" ile sınırlı olduğu görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen kusursuz sorumluluk hallerinin, gerek kurtuluş beyyineleri gerekse kapsamları itibariye idari yargı tarafından geliştirilen kusursuz sorumluluk esaslarının çok gerisinde olduğunu kaydetmek gerekir.

DEĞERLENDİRME

Etki ve sonuçları itibariyle hukuksal düzlemde köklü ve önemli değişiklikler meydana getiren yasal düzenlemelerin bir reform mu yoksa fantezi mi olduğu, her boyutuyla ölçülüp biçilip objektif bir değerlendirme neticesinde gerçekleştirildiğine mi yoksa sonuçları yeterince düşünülmeksizin sübjektif ve kişisel tutku ve hevesleri gerçekleştirmek uğruna mı yapıldığına bakılarak tanımlanabilir. Çok büyük etki ve sonuç doğuran herhangi bir yasal düzenleme, sadece bu özelliğine bağlı olarak değil, aynı zamanda etki ve sonuçlarının genel hukuksal düzen içindeki değer ve faydasına göre de reform olarak kabul edilebilir. Buna karşılık, yerleşik hukuk düzeninin temel ilke ve esaslarını tahrip eden ancak bunun yerine daha iyi ve doğrusunu koyamayan, faillerinin kişisel heveslerine bağlı olan değişikliklerin ise sadece bir hukuk fantezisi olarak kabul edileceği kuşkusuzdur.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun uygulaması, sulh ceza hakimlerinin bu kanun çerçevesinde gördükleri davaların idari yaptırıma konu eylemin yargılandığı bir ceza davası değil, idari işlem niteliği taşıyan yaptırım kararının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından biri ile hukuka uygunluklarının yargılandığı birer iptal davası olduğunu kavrayamadığı gerçeği ortada iken; TBK md. 55/2 ve HMK md. 3 hükümleriyle idari yargının idarenin sorumluluğu konusunda yüzyılı

aşkın süredir geliştirmiş bulunduğu içtihat bir kenara konmakta ve adli yargının, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin daha dar çerçeveli düzenlemelerinden aynı içtihadı adeta yeni baştan geliştirmesi beklenmektedir. Bu oldukça iyimser bir beklentidir. Buna karşılık, asliye hukuk mahkemesi tarafından bu davaların esasına özel hukuk kurallarının değil idari yargının geliştirdiği sorumluluk içtihadının uygulanacağı söylenebilir. Ancak, bu takdirde bir yandan TBK md. 55/2'de yer alan "bu Kanun hükümleri uygulanır" hükmünün bir anlamı olmayabilecek, öbür yandan idari yargının geliştirdiği içtihatları neden kendisinin değil de adli yargının uygulayacağı sorusuna doyurucu cevap bulmak güç olacaktır.

Dileriz ki, teorik ve pratik birçok sorun içeren ve aslında yaraya da merhem olmayan TBK md. 55/2 ve HMK md. 3 düzenlemelerinin yaratacağı kaostan kurtulmak için idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan tüm tam yargı davalarını adli yargının görevine aktarma seçeneği devreye sokulmaz. Mevcut durumda izlenecek en sağlıklı yol, idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan her türlü zararın ve tazminatın hesaplanmasına TBK hükümlerinin uygulanmasıyla yetinip, idari işlem ve eylemlerden kaynaklan tüm tam yargı davalarının eskiden olduğu gibi idari yargının görevine verilmesidir.[15] Eskilerin de dediği gibi "zararın neresinden dönülürse kârdır."

15 Lakin belirtelim ki, idari yargıda görülen tam yargı davalarına ilişkin usul hükümlerinin geliştirilmesigerektiği başka ama önemli bir konudur.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TCK'NIN 297/2. MADDESİNİ İPTAL EDEN KARARI ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Süheyl DONAY[1]

Yüksek Anayasa Mahkemesi, Resmi Gazete'nin 21 Ekim 2011 tarih ve 28091 sayılı nüshasında yayınlanan E.2010/69, K.2011/116 sayı ve 07.07.2011 tarihli kararı ile 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 297. maddesinin 2. fıkrasını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Olay Yüksek Mahkemenin huzuruna Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesi'nin, 13.03.2007 tarih ve Esas 2006/182 ve K.2007/43 sayılı ilamı ile 12 yıl hapis cezasına mahkûm olan ve bu cezasını Hakkâri Kapalı Ceza İnfaz Müdürlüğünde çekmekte olan hükümlü EU'nın da aralarında bulunduğu koğuşta yapılan genel aramada "zararsız bir tavlanın" bulunduğu ve görevlilerce tavlaya el konulduğu, bunun üzerine Hakkâri Cumhuriyet Savcılığı'nın 13.05.2010 tarih ve 2010/551 sayılı iddianamesi ile tavlanın koğuşta bulundurulmasının yasak olması nedeni ile sanığın *İNFAZ KURUMUNDA YASAK EŞYA BULUNDURMAK* suçundan TCK'nın 297/2 maddesi gereğince cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmıştır.

Bilindiği üzere TCK'nın 297. maddesi genel olarak "İnfaz veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak" suçunu düzenlemiştir. Madde dört fıkradan oluşmakta olup, 1. fıkra sayma yöntemi ile infaz ve tutukevine sokulması yasak olan eşyayı belirlemektedir. Buna göre silah ve uyuşturucu madde veya elektronik haberleşme aracı sokma veya bulundurma cezalandırılmaktadır.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen 2. fıkra ise, 1. fıkrada sayılanların dışında kalıp ta yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek sokanlar da cezalandırılmaktadır. Böylece bu fıkra, ilk fıkradan farklı olarak hangi maddelerin infaz kurumlarının sokulmasının yasak olduğunu *YETKİLİ MAKAMLARIN* inisiyatifine bırakmaktadır.

Elbette burada ilk olarak madde'de bir yazım hatası olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten maddenin bu şekli ile yazımına göre, her infaz kurumunda, o infaz kurumunun yetkilileri farklı yasaklamalar getirebilme olanağına sahip olabilirlerdi. Örneğin İstanbul'da veya Ankara'da, farklı eşyaların infaz kurumuna sokulması yasaklanabilirdi. Tabiatı ile yetkili makamları genel olarak anlamak ta mümkündür. Gerçekten Türk Ceza Yasası genel bir yasa olduğundan tüm infaz kurumlarını kapsadığı söylenebilir. Bununla beraber inceleme konusu yaptığımız Yüksek Anayasa Mahkemesi kararında olduğu gibi infaz kurumu yöneticilerinin farklı anlayışları farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenledir ki bu maddenin yazımından çı-

1 Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

kan sonucun, bir yasa hazırlanırken kullanılan kavramlara dikkat edilmesi gerektiğini gösteren bir örnek olduğunu söyleyebiliriz.

Maddenin üçüncü fıkrası, ilk iki fıkrada tanımlanan suçların hükümlü ve tutukluların muhafazası ile görevli kişiler tarafından işlenmesini bir ağılatıcı neden saymış ve cezanın iki kat arttırılacağını öngörmüştür.

Dördüncü fıkrada, bir etkin pişmanlık olduğu gerekçesi ile, kullanılan eşyayı yanında bulunduran veya kullanan hükümlü veya tutuklunun, bunu kimden ve nasıl elde ettiği hususunda bilgi verdiğinde cezasının yarı oranında indirileceği öngörülmektedir. Her ne kadar madde gerekçesinde bu bir etkin pişmanlık olarak belirtilmişse de, kanımızca etkin pişmanlık esas itibarı ile samimi olarak bir suçun veya diğer suçluların ortaya çıkarılmasını sağlayan bir olgudur. Bu açıdan burada bir etkin pişmanlıktan ziyade, bir ceza indirim nedeni bulunmaktadır.[2]

Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunan Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi, esas itibarı ile *"suçta ve cezada kanunilik ilkesine"* dayanmış ve bu görüşüne dayanak olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 26.04.1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Kırallık davasını örnek olarak vermiştir. Buna göre vatandaşların öncelikle ceza yaptırımı taşıyan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olması ve ceza kurallarının herkes tarafından anlaşılabilecek şekilde açık ve net olmasını aramıştır. Elbette vatandaşların ceza yaptırımı taşıyan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları, kanunu bilmemek mazeret teşkil etmez ilkesine aykırı bir sonuca varmamalıdır. Başka bir deyişle ceza yaptırımını içeren yasaların tüm vatandaşlar tarafından bilinmesi doğal ve yasaldır. Nitekim TCK. nun 4. maddesi açıkça "Ceza kanunlarını bilmemek mazeret teşkil etmez." hükmünü getirerek konuyu çözümlemiştir. Elbette bu maddeyi yorumlarken TCK. nun30/4. maddesinde yer alan "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." hükmünü de göz ardı etmemek gerekir. 29.06.2005 tarihli yasa ile eklenen bu fıkranın gerekçesinde "kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Başka bir deyişle kişi işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Böylece bu fıkra ile Ceza yasası adeta bir psikolojik yapıya dönüştürülmektedir.2 Kanaatimizce burada öngörülen yasaların net ve anlaşılır olması, esasen mevcut bir hukuk kuralının kamuoyu tarafından anlaşılır bir şekilde kalem alınmış olmasıdır. Yoksa mevcut bir kuralın varlığını bilmediğini söylemek kişileri ceza yaptırımından muaf tutmaz.

İddiaya göre Adalet Bakanlığı Cezave Tevkifevi Genel Müdürlüğü'nün 22.01.2007 tarih ve 45/1 sayılı Genelgesi ile 4 no.lu Güvenlik bölümünün 2. fıkrasında TCK'nın 297/2 maddesine göre 9 başlık altında yasak listesi belirlenmiş ve kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzeme bu yasaklar arasında sayılmıştır. Burada hem 297. maddenin 1 ve 2. fıkralarından söz edilmekte hem de kumar oynamaya yarayan aygıtların kuruma sokulması yasaklanmaktadır. Bu

2 Bkz.D ONAY, Türk Ceza Kanunu Şerhi,İst.2007,s.421

gerekçelerle maddede olduğu gibi idareye suç tanımlama yetkisi veren 297/2 fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi oyçokluğu ile bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin belirgin özelliklerinden birisi belirliliktir; Buna göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net ve uygulanabilir olması gerekir. Yüksek Anayasa Mahkemesi bu kararı ile kanaatimize göre olayı genelleştirmiş ve hukuk kurallarının anlaşılır açık, net ve uygulanabilir olmasını aramıştır. Böylece yasa koyucu bir kural koyarken bu kararda öngörülen şekilde anlaşılabilir, açık ve net kurallar koyacaktır., Bu açıklık ve netlik içinde iyi Türkçe, düzgün bir cümle kuruluşu da girmektedir. Böylece eğer bir yasa bu biçimde bir düzene sahip değilse Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülebilecektir. Yine Yüksek Mahkeme çok yerinde olarak devletin tüm yasal düzenlemelerde devlete olan güven duygusunu sarsacak yöntemlerden kaçınılması gerektiğini vurgulamıştır.

Bu olayla ilgili olarak da, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmenin bu konudaki yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Buna göre yürütmenin tasarrufları ancak yasanın öngördüğü sınırlar içinde tamamlayıcı ve yasaya bağımlı bir yetki olabilir.

Bunun yanında Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada yasallık ilkesi" gereğince hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu eylemlere verilecek cezalar ancak yasada gösterilebilir ve kuralın açık, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olması gerekir.

Bu nedenlerle Yüksek Mahkeme yerinde olarak Türk Ceza Yasası"nın 279/2 maddesini Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.

Kararın oyçokluğu ile alındığını beyan etmiştik. Bu açıdan muhalefet şerhlerini de açıklamak ve tahlil etmek istedik. Önce Başkan Sayın Haşim Kılıç, Sayın Alpaslan Altan, Sayın Hicabi Dursun ve Sayın Erdal Tercan karara aşağıdaki gerekçelerle muhalif kalmışlardır:

Muhalefet şerhi veren dört sayın üye, öncelikle Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan ilkenin, suçun hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesinden ibaret olduğunu belirtmişlerdir. Bunun yanında kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmeleri gerektiğini de belirtmişlerdir. Anayasa'mız genel ilkeleri belirttikten sonra, hangi eylemlerin suç olarak belirleneceğini Yasama erkine bırakmıştır. Elbette vatandaşların hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları bir zorunluluktur. Ancak yasa koyucunun yasaları yaparken bütün olasılıkları ve ayrıntıları saptamak yetkisi olmakla beraber, bu her zaman olanaklı olmayabilir. Yasa koyucu toplum yaşantısının zorunlulukları ve yasaların gereklerine bağlı kalarak bu konuda takdirini kullanacaktır. Muhalefette kalanlara göre, yasa koyucu-

nun yapısı gereği ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında önlemleri alamaması nedeni ile, ayrıntıları belirlemede kimi makamlara yetki verebilir. Bu da yasama yetkisinin kullanılmasından başka bir anlama gelmez. 297/2 fıkrası, birinci fıkrada kesin olarak infaz kurumuna sokulması olanaksız olan eşyayı bilerek sokanların veya bulunduranların cezalandırılacağını ifade ettikten sonra diğer yasaklı eşyayı bulundurma ve sokmayı nitelendirmeyi yönetime bırakmaktadır. Bu nedenle burada kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine uymayan bir yön olamaz. Bu arada Anayasa Mahkemesi'nin 4533 sayılı "Gelibolu Yarımadası Tarihi milli Park Kanunu"nun 6. maddesinde Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen yerler dışında ateş yakma konusunda suçta ve cezada yasallık ilkesinin zedelenmediği için Anayasa'ya aykırı olmadığı yolunda verdiği kararı örnek olarak göstermişlerdir. Yine Genelin tümünü esas alarak burada zorunlu hallerde alınacak önlemler bu yetkinin tanınmasını zorunlu kılmaktadır demek sureti ile Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmışlardır.

Doğrusu bu muhalefet şerhini bir Anayasa ve Ceza Hukukçusunun kabul etmesi olanağı yoktur. Muhalefet şerhi esas itibarı ile kendisi içinde çelişki taşımaktadır. Bir yandan kanunsuz suç ve ceza ilkesinin, yasa tarafından ne gibi aykırılıkların suç teşkil edeceğinin belirlenmesi ilkesini getirdiğini söylemek; diğer yandan ise TBMM'nin yapısı itibarı ile geç çalıştığını, günlük olaylara anında erişemediği ve sık sık değişen durumlara ancak yetkili kılınan idarenin düzenleme yapacağını söylemek önemli bir çelişkidir. Hele özellikle yasama organının geç çalışması, günlük olaylara her zaman erişememesi bir gerekçe olarak kabul edilemez. Eğer suçta ve cezada yasallık ilkesini tanıyorsanız, bu gerekçeler kabul edilemez. Böyle bir görüş kabul edilecek olursa, örneğin herhangi bir toplantıyı dağıtmak, kişileri gözaltına almak ve hatta tutuklamak da olanak dâhiline girer. Bu şekilde bir yorum tehlikeli sonuçlara yol açabilir. Elbette idarenin tasarrufta bulunmak yetkisi vardır. Ancak bu tasarruf yetkisi hiçbir zaman suç yaratmak veya ceza vermek için ölçü alınamayacağı gibi, bu konuda bir yetki verilmesi de söz konusu olamaz. Burada olsa olsa ayrıntılarda idarenin yasadan alan bir ikincil yetkiyi kullanması haklı olabilir. Ancak hiçbir şekilde suç yaratamaz.

Burada iptal olunan hüküm idareye doğrudan doğruya suç yaratmak yetkisi tanımaktadır. Gerçekten "yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna yasaklanmış" eşyadan söz ederken bu eşyayı bilerek de olsa infaz kurumuna sokma idarenin doğrudan doğruya suç yaratmasıdır. Zira burada suç teşkil eden eşyanın tespitini doğrudan doğruya idare yapmaktadır. Bunun bir başka tehlikesi daha vardır. Bilindiği üzere bir yasa hükmü Türkiye'nin her tarafında aynı şekilde ve aynı koşullarda uygulanabilir. Hâlbuki burada bir infaz kurumunun yetkilisi bir eşyanın bulundurulmasını yasaklarken, diğeri bunu yasaklamayabilir. Böylece bir hüküm ülkenin bir infaz kurumunun yönetici anlayışı içinde değişik değişik uygulanma olasılığı ortaya çıkabilir.

İkinci karşıt oy Sayın Serruh Kaleli tarafından getirilmiştir. Sayın Kaleli önce yasallık ilkesinin idareye düzenleyici işlem ve suç yaratamayacağı ilkesini öngör-

düğünü yerinde olarak belirtmektedir. Bundan sonra doktrinde idarenin yetkili kılındığı normlarla suç yaratma yetkisin tartışıldığını ifade etmekte ve fakat bu doktrinin kimler olduğunu ve nerelerde tartışıldığını belirtmemektedir. Anayasa Mahkemesi gibi Yüksek bir mahkemede doktrinden söz ederken bunlara atıf yapılması bir zorunluluktur. Zira bu Mahkeme kararları ilkeler getiren bir yüce makamdır.

Sayın Kaleliye göre iptali istenen ikinci fıkra, tutuklu veya sanığın günün koşullarına ve tesis edilmek istenen disiplin için ihtiyaç duyulan her an teknolojik ve ekonomik veya sair iradi sebeplerle değişkenlik gösterilebilecek bugün suça konu olabilecekken, ortaya çıkan gelişmeler içinde masum ve zorunlu gereksinim haline gelmiş konular üzerinde idare tekniği ve uzman görüşü ile ortaya çıkabilecek değişiklere dayalı konu tayin etme yetkisini yeni detay belirlemeyi idareye bıraktığının görüldüğünü ileri sürmektedir. Aynı şekilde ceza ve tutukevinin özgürlükten yoksunluğun bir yargı hükmü ile yaşanan bir alan olup, disiplin alanına teknik olarak müdahale anlamını taşıyan bir kural olduğunu eklemektedir.

Esas itibarı ile bu karşı oy yazısı da ilkinden pek farklı olmamakla birlikte bu da çelişkili bir görünüm taşımaktadır. Önce yasallık ilkesi belirlendikten sonra, idare tekniğinin bu müdahaleyi zorunlu kıldığı ve disipliner bir kural olduğu için bu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını ileri sürmektedir. Burada bir disiplin yaptırımı değil, yasa ile düzenlenmiş bir suç yaratma söz konusudur. Gerçekten eğer bir disiplin yaptırımı ile karşı karşıya olsa idik, bunun suç olarak düzenlenmesi gerekmezdi. Bu açıdan bir suçun oluşup oluşmadığı ancak yasama organı tarafından öngörülebilirdi. Bu açıdan böyle bir gerekçenin kanımızca yasallık ilkesini bertaraf etmediğini söylemek olanağı yoktur. Eğer bir eylem yasa ile suç haline getirilmişse, bu hüküm bir kurumda disiplini düzenlemek saiki için getirilmiş olsa dahi idarenin bunun niteliğini belirlemek yetkisi yoktur.

Sonuç itibarı ile TCK'nın 297/2. maddesi Anayasa'nın 2, 7, 11 ve 38. maddelerine aykırı olup iptal kararı yerindedir. Burada infaz kurumuna sokulacak eşyanın niteliği de yasada düzenlenmeli idi. Burada eşyanın niteliği bir ayrıntı değil suçun özüdür. Bu nedenle de hangi eşyaların yasak olduğu birinci fıkrada olduğu gibi yasa tarafından belirlenmelidir. İdare bazı düzenlemeler ile eylemleri belirleyebilir. Ancak bu belirleme sadece yasanın verdiği yetki sınırları içinde olabilir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin 1567 sayılı Türk Parasını Koruma yasasının uygulanması sırasında verilmiş kararında da idarenin bir düzenleme yapamayacağı belirlenmiştir. İşin ilginç yanı Yüksek Anayasa Mahkemesi 06.01.2011 tarih ve E.2010/19; K.2011/6 sayılı kararında, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında yasanın 13/4 maddesini Anayasa aykırı bulan kararını oybirliği ile vermiştir. Karara konu olan olayda açıkça "Hangi eylemin gerçekleşmesi halinde suççun oluşacağı TFF. nun takdirine bırakılmakta böylece ceza yaptırımı uygulamasını sağlayacak eylemler TFF belirlediği usul ve esaslara bağlanmaktadır. Bu açıdan bu düzenleme suçun yasallığı ilkesine aykırı olup, Anayasa'ya aykırıdır."Aynı olgu 297/2. madde için de geçerlidir. Bu sebeplerle maddenin Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmesi doğrudur.

YENİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Av. Tuncay BİLEN

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulamaya getirdiği yeniliklerin bir kısmı, bu incelemenin konusunu oluşturacaktır. Örneğin mahkemelerin görevi, dava açılması, duruşma icrası gibi konularda kanun koyucunun amacının genelde **davaların görülmesine hız kazandırmak olduğu anlaşılmaktadır.** Bu çalışma yapılırken eğerli hukukçu ve Hukuk Mahkemeleri Usulü konusunda duayen olan Prof.Dr.Bilge Umar'ın yeni yayınlanan *"HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU ŞERHİ"* adlı kitabına zaman zaman başvurduğumu ve onun değerli yorumlarından yararlandığımı belirtmeyi zevkli bir görev bilirim.

1) GÖREV KONUSU

Eski Usul K.nun 1. maddesine göre "*Mahkemelerin görevi kanunla belirlenir.*" *2.* fıkra hükmüne göre ise *"Görev dava olunan şeyin değerine göre belirtilmiş ise görevli mahkemenin tespitinde, davanın açıldığı gündeki değer esas tutulmak üzere, aşağıdaki madde hükümleri uygulanır." Faiz ,icra tazminatı ve giderler görevin tesbitinde hesaba katılmaz."*

Yeni Kanun'un 1. maddesi mahkemelerin görevinin ancak kanunla düzenlenebileceğini, göreve ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğunu hükme bağlamış ve 2. fıkra hükmünü uygulamadan kaldırmıştır.

Yeni Kanun'un bu düzenlemesi son derece yerinde olup, eski yıllarda olduğu gibi para değerindeki düşüşler nedeni ile müddeabih tutarına göre sulh ve asliye hukuk mahkemelerinin görev alanlarının tesbiti karmaşasına son verilmiştir.

Bu bağlamda hatırlama kabilinden işaret etmelidir ki dava edilenin kıymetine dayalı ölçüt dışında bir çok kanun kendi özelinde uyuşmazlık halinde hangi tür mahkemenin görevli olduğuna işaret etmiştir. Örneğin Ticaret Mahkemeleri, İcra Mahkemeleri (eski icra tetkik hakimlikleri), Tapu ve Kadastro Mahkemeleri, İş Mahkemeleri, Fikir ve Sınai haklar Hukuk Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri, Tüketici Mahkemeleri ve Denizcilik İhtisas Mahkemeleri bu şekilde kurulmuş olup varlıklarını Yeni Kanun döneminde de sürdürmektedirler.

Asliye hukuk mahkemeleri bu sayılanlar dışında özel bir kanunla başka bir mahkeme kurulmadıkça diğer dava ve işler bakımından görevlidirler. Başka bir ifade ile Asliye Hukuk Mahkemeleri başat mahkemelerdir.

Görüleceği gibi Yeni Kanun düzenlemesinde uygulamaya daha bir sadelik getirilmiş olmaktadır.

Görev dışındaki yeniliklerin bir kısmını şu şekilde özetlemek mümkündür;

2) DAVA AÇILMASI

Dava açılması ile ilgili olarak karşılaşacağımız en önemli değişiklik, dava harcı, bilirkişi ücreti ve tebligat masraflarının davanın açılması sırasında peşin olarak tahsil edilmesi gereğidir. Bilindiği gibi eski HUMK'un 413. M.ne göre Davacı taraf mahkeme masraflarını Harç tarifesi üzerinden ¼ tutarını peşin olarak öderken, *Yeni Kanun'un 120.M.ne göre dava açılırken Davacı taraf, harcın yanı sıra " her yıl adalet bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı da ödemek zorundadır."* Bu tarifenin ön gördüğü masraf özellikle bilirkişi ücreti ile gerek ona , gerekse raporun taraflara tebligat masraflarını da içerecektir. Bu suretle harç dışındaki diğer masrafların zamanında yatırılmaması nedeni ile husule gelecek gecikmelerin önüne geçilmiş olacaktır.. Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması halinde, Mahkemece bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir.

Prof.Dr.Bilge Umar, bu yeni hükmün mehaz Neuchatelle Kanunu'nda bulunmadığına işaret etmektedir. (Prof.Dr.B.Umar – HUKUK MAHKEMELERİ KANUNU ŞERHİ – sh.363)

Eski Kanun uygulamasında örneğin bilirkişi incelemesine gerek görüldüğünde Hakim, talepte bulunan tarafa takdir ettiği ücreti ve tebligat masraflarını yatırması için bir mehil verir, genel olarak ilk defasında bu mehil kesin olmadığı için ve ilgili tarafın bu gereği yerine getirmemesi durumunda gereksiz yere muhakemenin bir celse ertelenmesine sebep olunurdu. Oysa Yeni Kanun'da bilirkişi masrafları peşinen yatırılmış bulunmakla böyle bir ertelemeye gerek kalmayacaktır. Bu arada eğer yatırılmış bulunan masrafın yeterli olamayacağı anlaşılırsa Hakim bu eksikliğin tamamlanması için **2 haftalık kesin süre verecektir.** Bu hüküm kanaatimizce emredici bir hüküm niteliğindedir.

3) DELİLLERİN TOPLANMASI

Yeni Kanun'un 121.M. dava açılırken dava dilekçesinde gösterilen ve Davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye yabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek mahkemeye verilmesini ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan açıklamanın dilekçede yer almasını zorunlu kılmaktadır.

Bu hüküm Eski K.nun 180. maddesinin tekrarıdır. Şu kadar ki eski 180:/2. fıkrasında, bu maddenin gereğine uyulmaması halinde, uymayan tarafa ilk celsede 10 günlük kesin mehil verileceği hükme bağlanmış iken Yeni Kanun'un 121.M.de böyle bir hüküm yer almamıştır. Ancak sayın Umar, bunun yerine 140.M/5 No.lı bendindeki hükmün uygulanacağına işaret etmektedir. Gerçekten sözü edilen 5. fıkra eski kanunda 10 gün olan bu sürenin 2 haftaya çıkarıldığını hükme bağlamıştır. (BKZ. A.g.e. sh.364)

4) DAVAYA CEVAP VERME

Dava dilekçesine karşı eski kanundaki Yazılı Mahakeme Usulünde 10 gün olan

cevap süresi **2 hafta olarak düzenlenmiştir**. 2 hafta içinde davaya cevap verilmemesi halinde, dava dilekçesinde ileri sürülen vakıaların tamamı Yeni K.128.M.ne göre inkar edilmiş sayılır. Esasında bu konuda süre dışında eski ve yeni kanun arasında bir fark yoktur.

Şu kadar ki, eski kanunda sözlü usule ilişkin bir düzenleme olduğu için bu usule tabi davalarda ilk celsede cevap verilmesi imkanı vardı.

5) ÖN İNCELEME

Ön inceleme Eski Kanunda olmayıp, Yeni Kanun'la getirilen bir düzenlemedir. Bu suretle dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesinden sonra Mahkeme, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler; uyuşmazlık konularını belirler ve taraflara delillerini sunmaları ve toplanması için gereken işlemleri yapar. " Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez." (M.137,138,139)

Bu noktada kanun koyucu bir yenilik getirmiş, " uyuşmazlık konularının tesbitinden sonra Hakim, tarafları sulhe teşvik edip bu konuda bir sonuç alınacağı kanaatine varırsa , bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder." demiştir.

Bu bağlamda kanımızca davaların daha hızlı karara bağlanmasında yararı olabilecek olan hükme göre, ön inceleme duruşması sonunda, tarafları sulh teşebbüsünden bir sonuç alınamaz ise anlaşma olmayan hususlar bir tutanakla saptanır, tahkikat artık bu tutanak esas alınarak yürütülür. (M.140/3) Sayın Umar'ın belirttiğine göre böyle bir düzenleme mehaz kanunda bulunmamaktadır.

Ön incelemenin yaratacağı en önemli hukuki sonuç, " ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilemez" hükmüdür. (M.141./1. son cümle)

6) DURUŞMA İCRASI

Duruşma icrası sırasında, tarafların rızası olmak şartıyla kendileri veya vekillerinin ayni anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verilebilir. Bu cümleden olmak üzere, Mahkeme tanık, bilirkişi, uzman veya bir tarafın dinlenmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir.Dinleme, ses ve görüntü olarak ayni anda duruşma salonuna nakledilir. (Madde – 149)

Bu tamamen yeni bir hükümdür. Mehazda dahi bulunmayan bu hükmün uygulanabilirlik niteliği tartışılabilir. Sayın Umar'ın tabiri ile bu naklen yayın hiç kuşkusuz büyük masrafı gerektirir. Bu da kolayca katlanılabilir bir külfet değildir.

Bu konuda bir diğer yeni hüküm de duruşma sırasında fotograf çekmek dahil ses ve görüntü kaydının yapılamayacağı hususudur. Ancak yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde Mahkeme, dosyasında saklanmak üzere bu konuda karar verebilir. (M- 153)

7) BEKLETİCİ SORUN (meselei müstehire)

Bu konudaki düzenlemenin yapıldığı 165. madde her ne kadar yeni ise de, eski kanun zamanında da gerek mahal mahkemelerinde gerek Yargıtay kararlarında, bu doğrultuda uygulama yapılmakta idi. Bu kez esasen mevcut uygulamaya bir yasa hükmü ile açıklık getirilmiş olmaktadır.

8) İSPAT HUKUKU BAKIMINDAN BELGELER

Yeni Kanun'un getirdiği önemli bir yenilik, belge kavramına getirilen açıklıktır.Kanun hükmü şudur : **" Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotograf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu kanuna göre belgedir."**

Burada senet kavramı, Sayın Umar'ın da işaret ettiği gibi halk içinde yaygın kabul gören borç ilişkisinden çok daha geniş anlamdaki yazılı beyanlar olup tartışma yaratacak olan belgeler, ses kayıtları ve elektronik ortamda elde edilen verilerdir. Bilindiği gibi çağımız elektronik çağı olup, her gün yeni bir teknolojik buluş ortaya çıkmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak, Prof.Bilge Umar kitabında, Yargıtay 13.H.D.nin 22/2/2000 Gün ve E.9505, K.1438 sayılı bir kararından söz etmektedir.Şöyle ki : **" Teyp bandına kaydedilmiş sözler, orada ifade veya ikrar edilen maddi olgunun varlığı, her olayın kendine özgü yapısı, somut durumu itibariyle, başkaca delillerle çok açık bir şekilde doğrulanmadıkça, tek başlarına hukuken değer verilecek bir delil niteliği taşımazlar."** Kanaatimce Mahkemeler böylesine karşı karşıya kaldıkları belgeleri yorumlarken, nihai takdir yetkileri saklı kalmak üzere, yargıtayın bu görüşünü dikkate alacaklardır.

9) GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZALI BELGENİN İNKARI

Bu konudaki 210. madde, kanaatimce yeni teknolojik gelişmelerin yarattığı bir ihtiyacı karşılamak üzere vaz olmuş yeni bir düzenlemedir. Maddeye göre böyle bir imza ile olışturulan verinin inkarı halinde, hakim inkar eden tarafı dinledikten sonra bir kanaate varamamışsa herhalde bilirkişi incelemesine baş vuracaktır.

10) BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Bu konuyu düzenleyen Yeni Kanun'un 266. maddesi, gerek hakimler gerek avukatlar arasında büyük tartışmalar yaratacağa benzemektedir. Hüküm şudur :

" Mahkeme, çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden , bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir" Bu hükümde bir tereddüt yoktur; ancak ; ***" Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözüml;nmesi mümkün olan konularda bilirkişiye baş vurulamaz"*** şeklindeki 2. fıkra hükmü ise lehinde ve aleyhinde çok konuşulacak bir hüküm olacaktır. Gerçekten bazı durumlarda basit bir hesaplama için dahi dosyanın bilirkişiye gönderilmesi, bir yandan ödenecek bilirkişi ücreti, diğer yandan celse talikine sebebiyet vermesi

bakımından hak sahiplerini ve avukatları rahatsız etmektedir. Ayni şekilde bir iş sözleşmesinin feshinde feshin, geçerli mi yoksa geçersiz sebebe mi dayandığının tesbiti konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılması gereksizdir. Bu nedenle sözü edilen 266. madde 2. fıkra hükmü bazı konularda yerinde görülmelidir. Bu bağlamda hangi hallerde bilirkişi mütalaasına baş vurulamayacağı çeşitli Yargıtay içtihatlarında belirtilmiş olup bunlar :

Sözleşmenin yorumlanması, sözleşmenin öngördüğü edimlerin ne olduğunun ve yerine getirilmiş olup olmadıklarının belirlenmesi; bir taşınır malın mülkiyetinin kime ait sayıldığının gerektiğinin belirlenmesi; sigortalı kişi sayılmanın koşullarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi; Davalı miras bırakanının diğer mirasçılarının belirlenmesi; sorumlu tutulmanın unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gibi...(BKZ.a.g.e. sh.758 -759)

Bu arada BK'ya başvurulmasındaki gerekliliğe de değinilmektedir. (sh.759) Örneğin:

a) Boşanma sebebi olarak dayanılan akıl hastalığının varlığı ancak Resmi Sağlık Kurulu raporu ile belirlenir.

b) Kira tesbiti davalarında yeni kira bedeli BK aracılığı ile belirlenir. (Esasında bu konuda yargının yükünü azaltmak için İdari çözüm yolları aranmalıdır.)

c) Gerek trafik kazaları, gerekse iş kazalarında kusur tesbiti ve maddi tazminat hesabı BK aracılığı ile belirlenir.

11) KEŞİF

Bu konuda Yeni Kanun'un 289 – 291 – 292 – 293. maddeler yeni olup eski kanunda karşılıkları yoktur.

12) YARGILAMA USULLERİ

Eski Kanun da var olan Seri ve Sözlü Muhakeme Usulleri Yeni Kanun'da yer almamış, bunların yerlerini Basit Yargılama Usulü almıştır. Kanaatimizce bu konuda yapılan bu yenilik yerinde olup, böylece bazı karışıklıkların ve yanlış anlamaların önünde geçilmiştir. Bu suretle örneğin eski kanuna göre sözlü usulün uygulandığı İş Mahkemelerinde ki uygulamada genel olarak yazılı usul tatbik ediliyordu – bundan böyle Basit Usul kuralları uygulanacaktır.Hangi davaların bu usule tabi olacakları Yeni Kanun'un 316. Maddesinde sayılmaktadır.

Basit Usulün en önemli ayrıcalığı, dilekçelerin birer kez verilebilmesi, örneğin cevaba cevap vermek olanağının ortadan kaldırılmasıdır. Bu nedenle Davacı v e Davalı tüm iddia ve savunmalarını önceden iyice ve ayrıntılı olarak düşünecek, bir bakıma bir satranç oyuncusu gibi tüm olasılıkları önceden hesaplamak ve dikkate almak zorunda kalacaklardır.Bu uygulamanın duruşmalara hız kazandıracağı kuşkusuzdur.

13) Bir diğer yenilik, tarafların tüm delillerini dava ve cevap dilekçesine eklemek ve yazılı usulde olduğu gibi bir diğerine tebliğ ettirmek zorunluluğudur. Bu arada başka yerlerde bulunan belge ve delillerin celbi için tezkere yazdırılmalıdır.

Buna rağmen eski kanun uygulaması zamanında da örneğin sözlü usul uygulanmasına rağmen bir kısım iş mahkemesi, özellikle başka yerlerden celbi istenen bilgi ve belgelerin gönderilmesini tensip zabtında karar altına alıyordu.

Bu arada belirtmek gerekir ki sözlü usulün uygulandığı davalarda eski kanun uygulamasına göre cevap vermek bir süreye bağlı tutulmamışken, bu usulün yerini artık basit usul aldığı için cevap dilekçesi vermek süresi 2 hafta ile sınırlanmıştır. Ancak Hakim bu süreyi 2 hafta daha uzatabilir. Bu sürelerde cevap vermeyen Davalı taraf iddiaları inkar etmiş sayılır.

14) ÖN İNCELEME

Yeni Kanun'la gerek yazılı gerekse basit usule bir "ön inceleme" aşaması getirilmiştir. (BKZ. Madde 140 ve 320) Buna göre Mahkeme açacağı ön inceleme duruşmasında, uyuşmazlık konularını saptadıktan sonra, tarafları sulh olmaya teşvik ve davet eder, eğer bu konuda taraflardan olumlu bir yanıt alırsa, bir defaya ömahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.Sulh olunmazsa uyuşmazlık konuları bir tutanak altına alınır ve tahkikat bu tutanak üzerinden yürütülür.

15) Basit usulün uygulandığı mahkemelerde temyiz süresinin işlemeye başladığı tarih ayrı bir önem arzetmektedir. Eskiden sözlü usulün uygulandığı mahkemelerde örneğin iş mahkemelerinden yüze karşı tefhim edilen kararın temyiz süresi tefhimden itibaren 8 gün idi. Hatta son zamanlarda bazı hatalı anlamalara yol açmaması için hakimler kısa kararlarına ek olarak bu hususu da kararlarında belirtmek ihtiyacını duymakta idiler.

Yeni uygulamada Sözlü Usul terk edildiğine göre, temyiz süresi eskisi gibi mi yani tefhimle mi yürüyecek yoksa kararın tebliğ edilmesi mi beklenecek? Prof. Umar,"duraksamaya gerek bulunmadığını, gerekçeli kararın tebliğinin zorunlu olduğunu, temyiz başvuru süresinin tebliğ ile işlemeye başlayacağını " söylemektedir. (BKZ. A.g.e. sh.895) 8 günlük temyiz süresi Sözlü Usulden kaynaklandığı ve bu usul Yeni Kanun'da yer almadığına göre bu doğru bir yorumdur.

16) ÇEKİŞMESİZ YARGI başlıklı 9.kısımda yer alan Madde – 382 – 388 hükümleri tamamen yeni olup, bu konuda uygulayıcıya ışık tutar açıklıktadır.

17) İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ konusunda Yeni Kanun, biz avukatlar için çok önemli bir değişiklik getirmiştir. Bilindiği gibi eski kanun zamanında ihtiyati tedbir kararı, en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise oradaki bir mahkemeden talep edilirdi. OYSA **Yeni Kanun'nun 390.M.ne göre, İhtiyati tedbir, dava açılmadsan önce esas hakkında görevli ve yetkili olan Mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.** Görüldüğü üzere artık her istenen mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınamayacaktır. Avukatlar için eski kanunun sağladığı en önemli avantaj, ilk başvurulan mahkeme talebi reddetse bile başka başka mahkemelere başvurulabilme olanağının bulunması idi. Yeni uygulamada ihtiyati tedbir, genel yetki kuralına göre Davalının ikametgahı mahkemesinden veya taşınmaz bir mala ilişkin ise onun bulunduğu yer mahkemesinden ancak talep edilebilecektir.

Teminat gösterilmesi konusunda kamu kurum ve kuruluşları da bu gereğe riayet edecekler,eskiden olduğu gibi istisnai imtiyaza sahip bulunmayacaklardır. Yeni Kanun'daki teminatla ilgili bu değişiklik, kamu kuruluşlarından alacakları yargı kararı ile kesinleşen alacaklılar lehine adaletli bir çözüm getirmiş olmaktadır.

Bir diğer değişiklik de tedbir kararının uygulanması süresine ilişkindir. Eski Kanunda kararın alınmasından itibaren 10 gün içinde esas hakkında dava açılması gerektiği yolundaki 10 günlük süre 2 haftaya çıkarılmıştır. (BKZ: M.397)

18) DELİL TESPİTİ konusunda ihiyati tedbir bahsinde belirtilen hususlara paralel bir düzenleme getirilmiş olup, henüz davanın açılmadığı hallerde delil tesbiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut da bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu yer mahkemesinden talep edilecektir.

Bu mütevazı çalışmada tüm yenilik ve değişikliklere temas edildiği iddia edilemez. Örneğin tahkim konusuna hiç değinilmemiştir. Esas amaç, biz avukatların en sık karşılaşabilecekleri yenilik ve değişiklikleri irdelemek olmuştur. Bu bağlamda uzun yıllardır uygulanan bazı usul kurallarında yapılan değişiklik ve yeni düzenlemelerin tüm avukatlar için hayırlı olmasını diler, yapılmış olan muhtemel hata ve gözden kaçan hususlar hakkında hoşgörünüze sığındığımı belirtmek isterim.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI VE SON DÜZENLEMELER IŞIĞINDA YABANCILARA GAYRİMENKUL SATIŞI

Av. Ömer SELAMOĞLU

A. YABANCILARIN GAYRİMENKUL EDİNMESİNE DAİR GENEL KANUNİ DÜZENLEMELER

I.Osmanlı dönemi

Ülkemizde, Osmanlı İmparatorluğu'nun duraklama ve çöküş dönemine girmesi ile birlikte ilk defa gündeme gelen yabancılara gayrimenkul satışı Lozan Antlaşması ile birlikte Cumhuriyet dönemine de taşınmış ve günümüze kadar, gerek hukuki açıdan gerekse toplumsal açıdan en çapraşık sorunlarından biri olagelmiştir. XIX. yüzyılın son dönemlerine kadar yabancılara gayrimenkul satışına dair bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Yabancılara gayrimenkul satışı ilk olarak Sultan Abdülaziz döneminde 1868 tarihli *Tebaa-i Ecnebiyenin Emlaka Mutasarrıf Olması Hakkında Geçici Yasa* ile düzenlenmiştir. Sözü edilen bu geçici yasa ile yabancılara çeşitli şartlara bağlı olmak kaydıyla (Hicaz vilayetinde toprak edinememe, taşınmazlara ilişkin konularda Osmanlı hukuk sistemine tâbi olmak gibi) Osmanlı İmparatorluğu içerisinde gayrimenkul edinme imkânı tanınmıştır.[1]

Özellikle Kırım Savaşı'ndan sonra İmparatorluğun aldığı dış borçları gerektiği gibi değerlendirmemesi ve bütçe yönetimi anlamında yaşanan sıkıntılara bağlı olarak, Osmanlı toprakları üzerinde gayrimenkullere sahip yabancıların hakları git gide artmış ancak Birinci Dünya Savaşı'nın başlaması ile birlikte İttihat ve Terakki Partisi tarafından; yabancılara verilmiş kapitülasyonların kaldırılması kararı kapsamında 1914 tarihli K*avanin-i Mevcudede Uhudu Atikaya Müstenit Ahkâmın Lağvı Hakkında Yasa*[2] ile yabancıların sahip oldukları haklarda sınırlamaya gidilmiştir.

II. Cumhuriyet dönemi

i) 1924 – 1984 dönemi

Birinci Dünya Savaşı ve takip eden Kurtuluş Savaşı yıllarında yabancılara gayrimenkul satışı konusu gündeme gelmemiştir. Ancak Kurtuluş Savaşı'nın sona ermesini müteakip imzalanan Lozan Antlaşması'nın kapitülasyonları kaldıran 28. maddesi ve Antlaşma'nın eki olan İkamet ve Salahiyeti Adliye Mukavelenamesi'nin 3. ve 5. maddeleri uyarınca yabancı gerçek kişiler ile tüzel kişilere de Türkiye'de

---

1 Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu, Yabancı Sermaye ve Yabancıya Mülk Satışı, Seçkin Yay. 1. Baskı, Ankara, sf. 62

2 Cumhurbaşkanlığı Denetleme Kurulu – 06.02.2006 tarihli Yabancı Uyruklu Gerçek Kişiler ile Yabancı Ülkelerde Kurulan Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Şirketlerinin Türkiye Cumhuriyeti Sınırları İçerisinde Taşınmaz Edinmeleri Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu

taşınır ve taşınmaz mal edinme olanağı tanınmıştır. Bu mukavelenin 1. maddesi uyarınca bütün edinimlerde karşılıklılık ilkesi aranacaktı.[3]

Bu dönemden sonraki kanun yapılanmasını birkaç devrede ele almak uygun olacaktır. Bu devrelerden ilki son derece katı bir sistem benimsemiş, ikincisi ise Türkiye'nin liberal ekonomiye geçişi ile birlikte aşırı serbestîyi benimseyen bir yaklaşım sergilemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları neticesinde yeni bir devreye girilmiş, 2003 yılından itibaren günümüze değin de çeşitli kanun çalışmaları süregelmiştir. Bu süreç, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli içtihatlarıyla şekillenmiştir.

Lozan Antlaşması'nın imzalanmasından yaklaşık yedi ay sonra çıkartılan 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87. maddesinin *"Türkiye Cumhuriyeti tâbiiyetinde bulunmayan gerek şahıslar, gerek şahıs hükmünde olan cemiyet ve şirketlerin (eşhası hususiye ve hükmiye) köylerde arazi ve emlak almaları memnudur"* lafzı uyarınca yabancıların Türkiye'de gayrimenkul edinmeleri kısıtlanmıştır. Zira 1927 nüfus sayımına göre 13.648.270 olan toplam nüfusun 10.342.391 kişisi köylerde yaşamaktaydı[4]. Nüfusun dağınık ve seyrek yerleştiği de göz önünde bulundurulursa, Cumhuriyet'in ilk yıllarında katı ve sınırlandırıcı bir sistem takip edildiğini söylemek mümkündür. Bu yasa ile aynı zamanda, Lozan Antlaşması ile getirilen karşılıklılık ilkesi de ek bir sınırlamaya tabi tutulmuştur.

Ancak 1934 yılında çıkartılan 2644 sayılı Tapu Kanunu ile bu sınırlayıcı sistem bir ölçüde terk edilmiş ve en önemlisi karşılıklılık ilkesi yeniden uygulama alanı bulmuştur. Karşılıklılık ilkesi Anayasa Mahkemesi'nin 14.03.2005 tarih ve 2003/70 E. ve 2005/14 K. sayılı kararında şöyle tanımlanmaktadır *"Karşılıklılık (mütekabiliyet) esası, öğretide, en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir prensip olarak izah olunmaktadır."* Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin ilk yasalaştığı halinde yabancıların ülkemizde taşınmaz edinebilmesi şu şarta bağlanmıştır *"Tahdidi mutazammın kanuni hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye'de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilir."* Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere sadece gerçek kişilere Türkiye'de taşınmaz elde etme imkânı verilmiş, tüzel kişiler hariç tutulmuştur.

Yabancıların Türkiye'de gayrimenkul edinmesi hususunda aşırı serbesti tanıyan liberal döneme girilmeden önce, yani yaklaşık olarak 1924-1984 yılları arasındaki dönemde, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de gayrimenkul edinmeleri istikrarlı bir süreç seyretmiş ve yılda ortalama 250 adet işlem[5] ile sınırlı kalmıştır. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 26.01.2012 tarihinde son yayımladığı istatistiklere göre yabancı gerçek kişilerin ülkemizde edinmiş olduğu taşınmazların toplam alanı 88.348.051 m²'dir.

---

3 Lozan Antlaşması, IV İkamet ve Salahiyeti Adliye Hakkında Mukavele

4 http://www.tuik.gov.tr/PreTabloArama.do

5 http://www.hkmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=4284&tipi=5&sube=0

Tapu Kanunu'nun 35. maddesi daha sonra 03.07.2003 tarih ve 4916 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve tüzel kişilere de Türkiye'de gayrimenkul edinme yolu açılmıştır. Anılan kanunla, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na paralel olarak ayrıca Tapu Kanunu'nun 36. maddesi ile Köy Kanunu'nun 87. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu geniş ve kapsamlı kısma girmeden önce, 1980'lerde liberal ekonomiye geçişle birlikte gelişen ve karşılılık ilkesinin hiçbir surette gözetilmediği yasalar dönemine değinmekte fayda vardır.

ii) 1984 – 2003 dönemi

Ülkemizin liberal ekonomiye geçişi ile birlikte, yabancılara gayrimenkul satışı alanında da kanuni düzenlemeler yapılmış ancak bunlar Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişlerdir. Bu kanunlardan ilki 28.06.1984 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış olan ve Tapu Kanunu'nun 35. maddesi ile Köy Kanunu'nun 87. maddesinde değişiklik yapan 3029 Sayılı Kanun'dur. İşbu kanuna göre Tapu Kanunu'nda *"hangi ülkelere .... mütekabiliyet şartının uygulanmayacağı"* ile Köy Kanunu'nda "Hangi bölge ve illerde kısıtlamalardan hangi ülkelere istisna tanınacağı" Bakanlar Kurulu'nun yetkisine bırakılmıştır. Her ne kadar bu kanunla Türkiye'de yabancıların gayrimenkul sahibi olması tamamen serbest bırakılmış olmasa da, Bakanlar Kurulu'nun 31.7.1984 tarihli, 8359 sayılı kararıyla muafiyet tanınan ülkelerden biri olan Suudi Arabistan Krallığı'nın, İstanbul Boğazı kıyısındaki 57.000 m2'lik Sevda Tepesi'ni satın alması kamuoyunda büyük yankı bulmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesi 13.6.1985 tarih ve 1984/14 E. ve 1985/7 K. sayılı kararıyla bu kanun hükmünü iptal etmiş, gerekçesinde bu edinimi de üstü kapalı olarak belirtmiştir. İptal gerekçesi olarak özellikle öne çıkan unsurlar şunlardır;

"Ülkede yabancının arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir."

"Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır."

"Yabancıya satılmış toprakların yasal yollardan yerine göre geri alınabilmesi olanağının varlığına güvenilemez. Yabancının her an kendi devletinin himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurmanın devletlerarası çetin sorunları davet etmesi kaçınılmazdır."

Bu kanun hükmünün iptal edilmesinin akabinde 06.05.1986 tarihli Resmi Gazete'de Tapu Kanunu'nun 35. Maddesi ile Köy Kanunu'nun 87. Maddesine ikişer fıkra ekleyen 3278 Sayılı Kanun yayımlanmıştır. Anılan kanun ile Tapu Kanunu'nda *"hangi ülkelerin ve/veya hangi ülkeler uyruğundaki gerçek kişilerin mütekabiliyet şartından istisna edileceğine" ve Köy Kanunu'nda "hangi ülkelerin ve/veya hangi ülkeler uyruğundaki gerçek kişilerin bu maddedeki kısıtlamalardan istisna edileceğine"* karar verme yetkisi tekrardan Bakanlar Kurulu'na bırakılmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 5.6.1986 tarih ve 86/10714 sayılı kararnamesi ile yürürlüğe giren Yabancı Ülkeler İle Bu Ülkelerin Uyruğundaki Gerçek Kişilerin Türkiye'de

Gayrimenkul Satın Almalarında Uygulanacak Esaslar Hakkında Karar'ın 1. maddesinde *"Suudi Arabistan, Kuveyt, Birleşik Arap Emirlikleri, Oman Sultanlığı, Bahreyn ve Katar ülkeleri ile bu ülkelerin uyruğunda bulunan gerçek kişiler, mütekabiliyet şartı aranmaksızın Türkiye'de gayrimenkul satın alabilirler"* denilerek hem yabancı gerçek kişiler hem de yabancı devletlerin Türkiye toprağında gayrimenkul iktisap edinebilecekleri karara bağlanmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi, bir önceki kanunla neredeyse birebir aynı özellikleri taşıyan bu kanunu da 9.10.1986 tarih ve 1986/18 E. ve 1986/24 sayılı K. kararıyla iptal etmiştir. Bu kanunun iptal edilmesinde özellikle, devletlerin bizzat kendilerine de satış yapılabilmesi olanağının getirilmesi önemli rol oynamıştır. Nitekim iptal kararının gerekçesinde bir önceki iptal kararının gerekçeleri aynen tekrar edilmiş olmakla birlikte, ek olarak;

"Oysa öğretide de benimsendiği üzere yabancı kamu hukuku tüzel kişilerinin, özellikle devletlerin bir başka devlet ülkesinde taşınmaz mal edinmelerine imkân tanınmamakta; bir devletin başka bir devlet ülkesinde taşınmaz mal edinmesinin o devletin "siyasi bütünlüğü" ilkesine aykırı düşeceği ve siyasi ihtilaflara yol açacağı kabul edilmektedir. Bazı istisnalar dışında bu konuda mütekabiliyet esasının dahi geçerli sayılamayacağı belirtilmektedir.

Belirlenen doğrultuda yaygınlaşabilecek uygulamaların zaman içinde Devletin toprak bütünlüğü yanında, siyasi bütünlüğünü de zedeleme ve satılan toprak parçaları üzerinde satan devletin egemenliğini etkileme istidadını da taşımakta olması nedeniyle söz konusu düzenlemelerin Anayasal ilkelerle uyum içinde bulunduğu söylenemez" denilmekle bu durumun önemi vurgulanmıştır.

iii) 2003 – 2011 dönemi

a) 4916 Sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi'nin 14.03.2005 tarih ve 2003/70 E. ve 2005/14 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra yaklaşık 17 yıl boyunca, 2003 yılına kadar Tapu Kanunu ve Köy Kanunu'nda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere 03.07.2003 tarih ve 4916 sayılı yasa ile yabancıların Türkiye'de gayrimenkul edinmesine ilişkin köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu kanun ile Köy Kanunu'nun 87. maddesi yürürlükten kaldırılmış, Tapu Kanunu'nun 35. maddesi de *"... yabancı gerçek kişilerle yabancı ülkelerde bu ülke kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilirler"* şeklinde değiştirilerek yabancı tüzel kişilere de gayrimenkul iktisap etme hakkı tanımıştır. Getirilen bir diğer önemli değişiklik ise yabancıların, her bir yabancı için 30 hektardan (300 dönüm) fazla arazi edinmesinin Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlanmış olmasıdır. Neredeyse benzer bir hüküm Tapu Kanunu'nun 4916 sayılı yasa ile kaldırılan 36. maddesinde de vardı. Ne var ki bu hükümde Bakanlar Kurulu'nun izni, otuz hektardan fazla arazinin köy dışında olması veya müstakil çiftlik olması halinde aranıyordu.

4916 Sayılı Kanun ile Köy Kanunu'nun 87. maddesi yürürlükten kaldırıldı-

ğı için, bu düzenlemede köy içi veya dışı ayrımı yapılmaksızın yabancıların 30 hektardan fazla arazi için Bakanlar Kurulu'ndan izin almaları hükme bağlanmıştır. Önemli değişiklerden birisi de Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 4. fıkrasına getirilen değişiklik idi. Bu değişiklik ile, önceden açık bir düzenleme olmaması nedeniyle sıkıntı yaşanan, yabancıların Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak iktisabı konusu açığa kavuşturulmuş ve Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni haklardan yararlanma hakkı yabancı gerçek kişilere tanınırken, bu konuda genel kural olan "karşılıklı olma" şartının aranmayacağı da kabul edilmiştir.[6] Bir tek kısıtlama olarak Bakanlar Kurulu'na, kamu yararı ve kamu güvenliği kıstaslarını göz önünde bulundurarak, anılan maddenin uygulanmayacağı yerleri belirleme hakkı tanınmıştır.

4916 Sayılı Kanun'un iptali talebiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi 14.03.2005 tarih ve 2003/70 E. ve 2005/14 K. sayılı kararı ile Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde yapılan değişikliği iptal etmiştir. Mahkeme iptal gerekçesi olarak;

"Dava konusu 35. maddenin ilk fıkrasıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinmeleri, "karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak" koşuluna bağlı tutulmuş, ancak, bu edinimin usul ve esasları gösterilmemiştir. Oysa hukuk devletinin yukarda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usul ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir. Bunların yasada düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yetki devrine yol açacağı gibi yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da aykırı düşer."

*"... yabancılar lehine taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesinde de kuşkusuz aynı Anayasal sakıncalar söz konusudur. Çünkü burada da tesis edilecek sınırlı ayni hak süresinin çok uzun olması halinde, mülkiyet hakkının kullanılmasından doğan sonuçlara benzer bir duruma yol açılacağından bu hakkın da, amacı, süresi, türü gibi özellikler ile buna ilişkin usul ve esasların Yasa'da belirlenmemiş olması bu konularda yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamına gelmektedir."*gibi unsurları belirtmiş ve neticede, düzenlemenin Anayasa'nın 2. 7. ve 16. maddelerine aykırı olduğunu tespitle iptal kararı vermiştir.

b) 5444 Sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarih ve 2006/35 E. ve 2007/48 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının akabinde, 07.01.2005 tarihinde 5444 sayılı yasa çıkartılarak, Tapu Kanunu'nun 35. maddesi tekrar düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Yeni düzenlemenin bir önceki madde ile karşılaştırıldığında kapsam-

6 Aysel Çelikel, Günseli Öztekin, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları 13. Bası

lı değişiklikler içerdiği görülmektedir. En önemli değişiklerden bir tanesi yabancı gerçek kişilerin edinebilecekleri gayrimenkullerin alanı 30 hektardan 2,5 hektara düşürülmüş olması ve sadece imar planı olan yerlerde konut ve işyeri olarak ayrılan alanlarda bu edinimi karşılıklılık ilkesine uygun olarak gerçekleştirebilmeleridir. Ancak miktarı 30 hektara kadar arttırmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Yine 5444 Sayılı Kanun'la, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan yabancı tüzel kişi şirketlere, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinebilme imkânı getirilmiştir. Ancak bu kanunların hiçbirisinde karşılıklılık ilkesi aranmamıştır. Nitekim az ileride verilecek olan Anayasa Mahkemesi kararında da gerekçe olarak bu olgu dikkate alınmıştır. Yabancı gerçek ve tüzel kişi şirketlerin Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinemeyecekleri alanları kamu yararı ve ülke güvenliği kıstasları bakımından tespit etmeye yeniden Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

5444 Sayılı Kanun ile Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde yapılan değişikliğinin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 11.04.2007 tarih ve 2006/35 E. ve 2007/48 K. sayılı kararıyla maddenin iptali istenen bütün fıkralarından 2. 3. 4. 5. 6. 8. ve 10. fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiş, 1. fıkranın son tümcesi ile 7. fıkrasının *"... ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespite"* tümcesini iptal etmiştir. İptali istenen 1. fıkra şu şekildedir *"Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı ayni hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı ayni hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez. Bu fıkrada belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir."*

Anayasa Mahkemesi işbu fıkranın yalnızca Bakanlar Kurulu'na yetki devreden dördüncü tümcesini iptal etmiştir. İptal gerekçesi olarak yasama yetkisinin yürütmeye devredildiği kaygısı öne çıkmaktadır. Nitekim bu durum gerekçeye de yansımıştır.

"Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Dava konusu kural ile Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin sınırı, esasları ve çerçevesi fıkrada belirlenmiş olmakla beraber, verilen yetki 2,5 hektarlık

yasal sınırı on iki katına kadar arttırabilmeyi olanaklı kıldığından düzenleme, sınırlamanın işlevselliğini etkisiz bırakacak derecede ölçüsüzdür.

Buna göre Bakanlar Kurulu'na tanınan on iki katına kadar arttırma yetkisinin ölçüsüz olması yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracağından kabul edilemez."

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrasının iptal edilmeyen ancak tartışmalara sebep olan ve 1. ve 2. fıkralarda geçen "kanuni sınırlamalar" *ibaresinin iptali isteminin reddi gerekçesi ise bu ibarenin, Tapu Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1934 yılından beri bulunması ve kanuni sınırlamalar ibaresinin belirsiz olmadığı zira konu ile ilgili kanunların sarih ve sınırları belirleyici detayları haiz olduğudur. Fıkranın 3. tümcesindeki "…* toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez" *ibaresinin sınırlı ayni haklar ve taşınmazların birlikte toplamı mı yoksa ayrı ayrı toplamı mı olduğu konusunun belirsiz olduğu ileri sürülerek iptali istenmiş fakat kararda "2,5 hektarlık sınırın hem taşınmazlar, hem de sınırlı ayni hakların birlikte toplamını kastettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu yönde bir belirsizlik olmadığından…"* denilmekle iptal istemi reddedilmiştir.

İptali istenen yedinci fıkranın ise tamamı değil fakat "… ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespite" tümcesi iptal edilmiştir. Bu iptalin sebeplerinden bir tanesi, daha önceki iptal kararlarında olduğu gibi, yürütme organı olan Bakanlar Kurulu'na, genel ve sınırsız bir düzenleme yapma yetkisi verilmesi bir diğer anlatımla yasama yetkisinin devri olgusunun gerçekleşeceği kaygısıdır. Nitekim iptal kararının gerekçesinde de bu husus;

"Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel kural koyma yetkisi verilemez." ibaresiyle hayat bulmuştur. İptal kararının gerekçesi olan diğer bir olgu da il yüzölçümünün binde beşlik sınırının, ilin yerleşim ve konut alanları ile sınırlandırılmayıp ilin genel yüzölçümüne teşmil edilmesidir. Bazı illerimizin yerleşim alanları veya büyük ilçelerinin tamamının bu sınırın altında kalabileceği göz önünde bulundurularak bu tümce, yukarıda belirtilmiş gerekçe ile birlikte iptal edilmiştir.

c) 5782 Sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi'nin 12.05.2011 tarih ve 2008/79 E. ve 2011/74 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra bu defa 03.07.2008 tarihinde yeni bir kanun çıkartılmıştır. 5782 sayılı bu kanunla, Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 7. ve 8. fıkraları ile 36. maddesi değiştirilmiştir. 7. fıkranın, iptaline neden olan "… ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespite" tümcesi "Yabancı uyruklu gerçek kişiler merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî

hak edinebilirler" şeklinde değiştirilmiş ayrıca Bakanlar Kurulu'na, %10'luk orandan farklı bir oran belirleme yetkisi de çeşitli sınırlar dahilinde verilmiştir. Maddenin 8. fıkrasından ise *"Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra belirlenecek..."* ibaresi çıkartılmış, *"Milli Savunma Bakanlığı" ibaresi yerine de "İçişleri Bakanlığı"* ibaresi konulmuştur.

4916 Sayılı Kanun'un 38. maddesinin (b) bendi ile yürürlükten kaldırılan Tapu Kanunu'nun 36. Maddesi, 5782 Sayılı Kanun'la yeniden düzenlenerek yürürlüğe konmuştur. Buna göre yabancı yatırımcıların, Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerine, ana sözleşmelerinde belirtilmiş olan amaçlarını gerçekleştirebilmeleri için Türkiye'de gayrimenkul veya sınırlı ayni hak edinip kullanabilme yetkisi verilmiştir. Yine bu kanunla Tapu Kanunu'na Geçici 3. madde eklenmiştir. İşbu madde ile, %10'luk sınırın belirlenmesi esnasında geçecek 3 aylık geçiş süreci içerisinde yabancı gerçek kişilerin, bu sınırların belirlenmesine geçecek kadar olan süre boyunca il ve ilçelerde taşınmaz yahut ayni hak iktisap edebilecekleri kararlaştırılmıştır.

Tapu Kanunu'nda yapılan bu son değişikliklere karşı kamuoyunda birçok farklı kurum ve kuruluş, kanunun sakıncalı buldukları kısımlarını eleştirmişlerdir. Örneğin Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası tarafından yapılan basın açıklamasında[7], yabancı uyruklu gerçek kişilerin, imar planı sınırı içerisinde kalan alan üzerinden %10 uygulaması yapılması halinde, konut ve ticaret alanları üzerinden %30-50 seviyesine denk gelecek şekilde gayrimenkul veya sınırlı ayni hak iktisap edebileceklerini belirtilerek bu düzenlemeyi eleştirilmişlerdir. Bu duruma örnek olarak Trabzon ve Muğla illeri örnek verilerek, bu uygulama ile Trabzon ilinin konut ve ticaret alanlarının %30'unun Muğla ilinin ticaret ve konut alanlarının %63'ünün yabancı gerçek kişilerce satın alınabilme imkânının doğabileceğine dikkat çekilmiştir.

Tapu Kanunu'nun 36. Maddesinin de iptal edilmesi istenmiş, istem gerekçesi olarak, yabancı tüzel kişi şirketlerin Türkiye'de edinebilecekleri gayrimenkul ve sınırlı ayni hakların miktarı konusunda belirsizlik olduğu ve yabancı tüzel kişi şirketlere sınırsız bir biçimde gayrimenkul ve sınırlı ayni hak iktisabı tanıyabilecek olması öne sürülmüştür. Nitekim 36. maddenin bu yönden, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun iptal edilen 3/d maddesi ile neredeyse bire bir benzer olduğu yönünde iddiada bulunulmuştur.

Bu kanuna karşı iptal davası açılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi 23 Temmuz 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 12.05.2011 tarih ve 2008/79 E. ve 2011/74 K. sayılı kararı ile 7. fıkranın ikinci ve üçüncü tümceleri ile 36. maddenin birinci ve ikinci tümcelerinin iptal edilmesi istemini reddetmiş, geçici 3. maddenin geçiş sürecine ilişkin kısmının iptal istemini ise kabul etmiştir. Aşağıda bu gerekçelendirmelere değinilecektir.

7 http://www.hkmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=4284&tipi=5&sube=0

Anayasa Mahkemesi, konu ile ilgili diğer kararlarına nispetle kısa sayılabilecek bu kararında, 7. fıkranın 2. cümlesinin iptali isteminin reddini şu şekilde gerekçelendirmiştir;

"2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilecekleri hükme bağlanmıştır. Hukukumuzda yabancı gerçek kişiler ile yabancı ticaret şirketleri farklı amaçlarla ve farklı nitelikte taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı gerçek kişiler sadece konut ve işyeri olarak kullanma amacıyla ve uygulama imar planı ve mevzi imar planında bu amaçla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirlerken, yabancı ticari şirketler özel yasalarda öngörülen koşullarda taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebileceklerdir. Bu çerçevede, 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu'nunda yabancı ticari şirketlerin taşınmaz edinmesine ve bunun sınırlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Yabancı ticari şirketlerin taşınmaz ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinmesi ülkemizde yabancı gerçek kişilere göre tamamen farklı bir hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bu nedenle yabancı gerçek kişilerle, yabancı ticaret şirketleri aynı hukuki durumda değildirler"

7. fıkranın 3. cümlesinin iptali isteminin reddi ise şu şekilde gerekçelendirilmiştir;

"Dava konusu kural ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki, sınırsız bir yetki olmayıp bu yetkinin kullanımına ilişkin koşullar kanunda belirtilmiştir. Bakanlar Kurulu altyapı, ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik nedenlerine dayanarak bir ilçede yabancılar tarafından edinilebilecek toplam taşınmazların miktarını uygulama ve mevzi imar planlarına dâhil toplam alanın yüzde onundan daha az bir oranda sınırlama yapmaya yetkili kılınmıştır. Yürütme organına tanınan bu yetkinin sınırsız ve belirsiz olduğu söylenemez."

36. maddenin 1. ve 2. fıkralarına ilişkin iptal isteminin reddi gerekçesi ise şöyledir;

"Dava konusu kural, yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de Türk hukukuna göre kurulan bu nedenle Türk tâbiiyetinde bulunan şirketlerin ancak ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek amacıyla taşınmaz ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinebilme ve kullanabilmelerini öngörmektedir. Aynı esaslar edinilen taşınmazların Türkiye'de Kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devri veya taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da geçerli olacaktır. Bu nedenle kuralda herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır."

B.SON DÜZENLEMELER IŞIĞINDA MEVCUT DURUM

Yabancı gerçek ve tüzel kişilerin mevcut duruma göre Türkiye'de gayrimenkul edinebilmelerine dair kurallar ve olgular şu şekildedir.

Yabancı gerçek kişiler açısından;

• Yabancının vatandaşı olduğu ülke ile karşılıklılık anlaşması imzalanmış olmalıdır.

• Kanuni sınırlamalara uyulmalıdır.

• İşyeri veya mesken olarak kullanılmak üzere uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler.

• Yabancı gerçek kişilerin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez.

• Yabancı uyruklu gerçek kişiler merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hak edinebilirler.

Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik uyarınca;

Mevzii İmar Planı: Mevcut planların yerleşmiş nüfusa yetersiz kalması veya yeni yerleşim alanlarının kullanıma açılması gereğinin ve sınırlarının ilgili idarece belirlenmesi halinde, bu Yönetmeliğin plan yapım kurallarına uyulmak üzere yapımı mümkün olan, yürürlükteki her tür ve ölçekteki plan sınırları dışında, planla bütünleşmeyen konumdaki, sosyal ve teknik altyapı ihtiyaçlarını kendi bünyesinde sağlayan, raporuyla bir bütün olan imar planıdır.

Uygulama İmar Planı: Onaylı hâlihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olan ve nazım imar planına uygun olarak hazırlanan ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve esaslarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren ve 1/1000 ölçekte düzenlenen raporuyla bir bütün olan plandır.

• Kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazlar için, iki buçuk hektarlık sınırlama aranmaz.

• Yabancı gerçek kişiler lehine Türkiye'de taşınmaz rehni tesisinde *"Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez"* hükmü aranmaz.

Yabancı tüzel kişiler açısından;

• Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Tapu Kanunu madde 35/2 uyarınca ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilirler.

• Yabancı tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye'de taşınmaz rehni tesisinde *"... ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilirler"* hükmü uygulanmaz.

- İlgili özel kanunlar;

  2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu

  6326 sayılı Petrol Kanunu

  4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu

Yabancı sermayeli Türk şirketleri açısından;

Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilir ve kullanabilirler.

Bu şirketlerin edindikleri taşınmazların Türkiye'de kurulmuş olan bir başka yabancı sermayeli şirkete devrinde ve taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilirler.

18.12.1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu şirketlerin, askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ve aynı Kanunun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen stratejik bölgelerdeki taşınmaz edinimleri, Genelkurmay Başkanlığı'nın ya da yetkilendireceği komutanlıkların, özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine tabidir.

2010 yılında çıkartılmış olan Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti Ve Sınırlı Aynî Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik, taşınmaz ve sınırlı ayni hak ediminin nasıl yapılacağını belirlemektedir.

C. YABANCI TÜZEL KİŞİ TİCARET ŞİRKETLERİ İÇİN AYRI BİR SINIRLAMA ÖNGÖREN DİĞER KANUNİ DÜZENLEMELER

I. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu

Bu kanun uyarınca; ülkenin tarihi, arkeolojik, sosyokültürel ve doğal değerleri göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu tarafından tespit ve ilan edilecek Turizm Gelişim Bölgeleri ve Merkezlerinde bulunan ve kanunun 8/A maddesine göre *"... imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan; Hazineye ait olan yerler Maliye Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir..."* denilerek Turizm Bakanlığı bu taşınmazları aynı kanunun 8/D maddesine göre Türk veya yabancı uyruklu gerçek ya da tüzel kişilere tahsis etmeye yetkili kılınmıştır. Tahsis işleminin şartları 21.07.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik'te belirtilmiştir.

Bakanlar Kurulu, 03.05.1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış olan 83/6433 sayılı kararı ile yabancı uyruklu kişilerin, Turizm Gelişim Bölgeleri ve Merkezlerinde bulunan alanlardaki gayrimenkulleri nasıl iktisap edebilecekleri konusunda usul ve esasları belirlemiştir. Bu karar mucibince, yabancı uyruklu kişiler 2644 sayılı Tapu Kanunu'ndaki sınırlamalardan Bakanlar Kurulu kararı ile istisna edilebilirler.

II. 6326 sayılı Petrol Kanunu

Öncelikle belirtmek gerekir ki işbu kanun, petrolün mülkiyetini hiçbir surette ister Türk olsun ister yabancı olsun hiçbir gerçek veya tüzel kişiye vermemektedir. Zira kanunun 1. maddesi uyarınca *"Türkiye'deki petrol kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır."* Ancak yine aynı kanunun 6. maddesi uyarınca "... sermayelerinde kamu payı bulunanlar da dahil, sermaye şirketlerine veya yabancı devletler mevzuatına göre sermaye şirketi niteliğinde bulunan özel hukuk tüzelkişilerine müsaade, arama ruhsatnamesi, işletme ruhsatnamesi verilebilir." Petrol hakkı sahibi (Kanunun 6. maddesinde tanımlanmış petrol hakkına sahip kişi), anılan kanunun değişik 87. maddesi mucibince *"arama işletme veya belge sahasında veya civarında petrol ameliyatı için lüzumlu olan arazinin kullanma hakkını, arazi özel mülkiyet konusu ise anlaşma veya kamulaştırma yolu ile; arazi sahipsiz ise arama ruhsatnamesine işletme ruhsatnamesine veya belgeye kaydedilmek suretiyle iktisap edebilir."* Petrol hakkı sahibi, diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe, anlaşma yapmak suretiyle özel mülkiyete tâbi arazinin mülkiyetini de iktisap edebilir.

Ancak 6236 sayılı Petrol Kanunu'nun 12. maddesi ile yabancı tüzel kişilerin; taşınmaz, petrol hakkı, taşınmaz edinmelerine ve bunların üzerinde hak veya menfaat tesis etmelerine sınır getirilmiştir. Bu sınırın ölçütü *"Yabancı devletlerin doğrudan doğruya veya dolayısiyle idaresinde müessir olabilecekleri mikyasta veya şekilde mali ilgileri veya menfaatleri..."* olmasıdır. Fakat yine aynı madde uyarınca, Bakanlar Kurulu kararı ile anılan hükme istisna tanınabileceği hükme bağlanmıştır.[8]

Petrol piyasasını düzenleyen 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ise petrolün; ithali, ihracı, rafinajı, işlenmesin, depolanması, iletimi, ihrakiye teslimi, taşınması, dağıtımı, bayiliği yani kanunda kısaca piyasa faaliyeti olarak tanımlanmış faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi için yerli ve yabancı tüzel kişilerin taşınmaz edinebileceklerini hükme bağlamaktadır. Anılan kanunun 11. maddesi uyarınca, piyasa faaliyetleri için kullanılacak taşınmazların veya hakların öncelikle anlaşma yoluyla edinilmesi öngörülmektedir. Kanunda öngörülmüş faaliyetler açısından elzem olması halinde rafineri ve lisanslı depolama tesisleri, iletim hatları ve işleme tesisleri için gereken taşınmazlar kamulaştırma yoluyla da edinilebilir.

III. 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu

Kanunun değişik 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca *"Endüstri bölgesi olarak ilân edilen arazi kamulaştırılarak Hazine adına tescil edilir ve Maliye Bakanlığı tarafından endüstri bölgesi olarak kullanılmak üzere tahsisi yapılır"* yani mülkiyet Devlet'in elindedir. Bu kanun hükümleri doğrultusunda Endüstri Bölgesi'nde yatırım yapmak isteyen yerli veya yabancı tüzel kişi şirketlere, kanunun değişik 3/A maddesi uyarınca Bakanlık'a başvuruları üzerine, ön yer tahsisi yapılır. Eğer faali-

8 Ülkemizde 2010 yılı sonu itibariyle ruhsat (arama veya işletme) sahibi olan yerli veya yabancı tüzel kişi şirket bilgilerine Petrol Arama Genel Müdürlüğü'nün sayfasından ulaşılabilir.

yetleri ÇED mevzuatına tâbi ise, ÇED kararı alınması gerekir. Bu kararın alınması müteakip *"ilgili kurumlarca başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın on beş gün içinde irtifak hakkı dâhil, gerekli tüm izin, onay ve ruhsatlar verilir."*

D.YABANCILARA GAYRİMENKUL SATIŞININ CARİ AÇIĞI KAPATMA YÖNTEMİ OLARAK KULLANILMASI

Türkiye'de yabancılara gayrimenkul satışı uzun zamandan beri tartışma konusu olmakla birlikte yabancı gerçek ve tüzel kişilerin gerek iş gerek şahsi nedenler yüzünden Türkiye'de taşınmaz veya sınırlı ayni hak edindikleri de bir gerçektir. Bu edinimler sırasında yabancıların yüksek miktarlar harcadıkları da yadsınamaz. Antalya, Muğla, Aydın gibi tatil bölgelerinde özellikle Alman ve İngiliz uyruklu yabancılar tarafından taşınmaz edinimleri gerçekleştirildiği Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün istatistikleri ile sabittir. Ayrıca Rus, Arap ve Türkî Cumhuriyetler vatandaşları tarafından da yine turizm bölgeleri ve İstanbul gibi büyükşehirlere rağbet olduğu ve taşınmaz edinimi gerçekleştirilmek istendiği kamuoyunca bilinmektedir.

Bu sebeplerden ötürü yabancılara gayrimenkul satışı cari açığı kapatma yollarından biri olarak sunulmakta, bürokratik ve yasal zorluklar ortadan kaldırıldığı zaman yabancılara gayrimenkul satışının cari açığın kapatılmasına çok büyük katkı sağlayacağı gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile emlakçılar tarafından ileri sürülmekte ve karşılıklılık ilkesinin kaldırılarak yabancılara gayrimenkul satışının önü açıldığı takdirde yılda 10 milyar dolarlık gelir elde edileceği söylenmektedir.[9]

Ancak ileri sürülen bu savlar reel ekonomik göstergeler karşısında çok fazla anlam kazanmamaktadır. Merkez Bankası tarafından yayımlanan veriye göre cari açık, 2011 yılının Ocak-Kasım döneminde, 2010 yılının aynı dönemine göre yüzde 77,7 artarak, 70 milyar 241 milyon dolar olmuştur.[10] Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan istatistikler uyarınca 2011 yılının Ocak-Aralık döneminde dış ticaret açığı da 105 milyar 879 milyon dolardır.[11]

Kaldı ki, Merkez Bankası Danışmanı Zafer Yükseler'in hazırladığı Haziran 2011 tarihli rapora[12] göre *"Mevcut iç ve dış ekonomik konjonktür ile firmaların yatırım tercihleri dikkate alındığında, dış dengedeki bozulmayı tetikleyen ithalat artışının yavaşlatılmasının oldukça güç olduğu görülmektedir. Ekonominin rekabet gücü kaybı nedeniyle yerli ve yabancı firmaların döviz kazandırıcı alanlara yatırım yapmaktan kaçındıkları, genelde dış ticarete konu olmayan konut, gayrimenkul, alış veriş merkezi, ofis binası, iletişim ve enerji gibi yatırım alanlarını tercih ettikleri görülmektedir. Bu yatırım tercihleri ve tüketicilerin yüksek teknolojili tüketim ürünleri satın alma eğilimleri birlikte dikkate alındığında, önümüzdeki dönemde de dış dengedeki bozulmanın süreceği tahmin edilmektedir. Böyle bir durumun, halen cari açık konusunda 15 ülkeden farklı bir konum-*

9 http://www.konuthaberleri.com/makaleler/onder-bakal/panorama-2011-ve-beklentiler-36.html
10 http://www.tcmb.gov.tr/odemedenge/tablo1.pdf
11 http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=12&ust_id=4
12 http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/yukseler_cari.pdf

da bulunan Türkiye'nin uluslararası piyasalardaki pozisyonunu zayıflatacağı ve ülke açısından risk oluşturacağı düşünülmektedir" denilmekle, uzun vadede yabancılara gayrimenkul satışının cari açığı kapatmak konusunda fayda sağlamayacağının altı çizilmiştir.

Büyümenin ve dolayısıyla cari açığın küçültülmesinin tek yolu döviz üretmek, tasarruf yapmak ve gerçekçilikten kopmamaktır. Anılan raporda büyümenin tüketime dayalı olarak geliştiği vurgulanarak, ileri aşamalarda bu durumun içinden çıkılmaz bir hal alacağı da ifade edilmiştir. Sadece gayrimenkul satışından milyarlarca dolar gelir elde etme beklentisinin gerçekçi olmadığı, özellikle de küresel krizin etkilerinin oldukça sert hissedildiği şu günlerde, aşikârdır.

E. TAPU KANUNU VE KADASTRO KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN TASARISI

Uzun zamandan beri kamuoyunun gündemini meşgul eden Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı *("Tasarı")* 23.01.2012 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Tasarı metnine TBMM'nin internet sitesinden ulaşılabilmektedir.[13]

Tasarı toplamda altı maddeden oluşmaktadır. Makalenin içeriği açısından, Tasarının, Tapu Kanunun 35 ve 36. maddelerinde değişiklik öngören 1. ve 2. maddeleri incelenecektir.

i) 2644 sayılı Tapu Kanunu madde 35'de öngörülen değişiklikler

Tasarı ile, yabancı gerçek kişilerin mevcut yasal düzenleme uyarınca tüm Türkiye'de edinebilecekleri toplam taşınmaz ve sınırlı ayni hakların alanı 2,5 hektardan 30 hektara çıkartılmakta, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı'na, ülke menfaatleri gerektirdiği takdirde bu miktarı iki katına yükseltme yetkisi verilmektedir.

Karşılılık ilkesinin aranmayacağı ülkeler, Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Mevcut Tapu Kanunu'nun 35/1 maddesi uyarınca yabancı gerçek kişiler ancak *"Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde"* taşınmaz edinebilirlerken, Tasarı ile bu zorunluluk kaldırılarak yabancı gerçek kişilere yapısız taşınmaz edinebilme imkânı getirilmiştir. Ancak, yapısız taşınmazı satın alan yabancı gerçek kişiye, taşınmaz ile ilgili geliştirdiği projeyi iki yıl içerisinde ilgili Bakanlığa sunma zorunluluğu getirilmiştir. Proje için iki yıllık süre içerisinde başvurulmadığı ya da proje gösterilen sürede bitirilemediği takdirde, Maliye Bakanlığı tarafından ilgili kişiye süre verilerek taşınmazın tasfiye edilmesi istenecektir. Eğer malik taşınmazı tasfiye etmez ise, mevcut düzenlemede olduğu üzere taşınmazın Maliye Bakanlığı tarafından bedeli ödenerek tasfiye edilmesi öngörülmüştür.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen ülke vatandaşlarının miras yolu ile edinebilecekleri taşınmazlar ve sınırlı ayni haklar

13 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme

açısından da 30 hektarlık sınır öngörülmektedir. Mevcut düzenlemede, Türkiye ile arasından karşılıklılık anlaşması olan ülke vatandaşlarının miras yoluyla edindikleri taşınmazlar açısından bir sınır konulmamıştır.

Önemli bir yenilik de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı'na, ülke menfaatleri gerektirdiği takdirde yabancı gerçek kişiler ile yabancı tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz veya sınırlı ayni hak edinimini tamamen veya kısmen yasaklayabilme imkânı getirilmesidir. Anılan bakanlıklar gösterilmiş olan yetkilerini birlikte kullanacaklardır.

ii) 2644 sayılı Tapu Kanunu madde 36'da öngörülen değişiklikler

Yabancı sermayeli Türk şirketleri açısından ise son derece kapsamlı ve önemli sonuçlar doğuracak bir düzenleme öngörülmüştür. Mevcut düzenlemede *"yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilir ve kullanabilirler"* hükmü, Tasarının, Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde değişiklik öngören 2. maddesinin 3. fıkrası ile değiştirilerek, uluslararası sermayeli şirketlere, yerli sermayeli şirketlerin tabi olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilme hakkı tanınmıştır.

Belirtilen Tasarı hükmünün istisnası da, Tasarının, Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde değişiklik öngören 2. maddesinin 1. fıkrası ile getirilmiştir. Bu fıkraya göre; Türk vatandaşlığından çıkmış kişiler hariç olmak üzere yabancı gerçek kişilerin, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslar arası kuruluşların, %50 veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları ya da %50'den daha az hisseye sahip olmakla birlikte yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden atayabilme yetkisine sahip oldukları Türk kanunlarına göre Türkiye'de kurulmuş tüzel kişi şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilir ve kullanabilirler.

Esasen bu istisna hükmü bir yenilik olmayıp mevcut Tapu Kanunu'nda yukarıda gösterilen şekliyle bulunmaktadır. Tasarı ile uluslararası sermayeli şirketlere, yerli sermayeli şirketler gibi taşınmaz edinebilme imkânı getirildiği için mevcut düzenlemenin üzerinde değişiklik yapılarak; uluslararası sermayenin %50'sinden fazla hissesine sahip olduğu veya daha az hisseye sahip olmamakla birlikte yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden atayabilme yetkisini haiz olduğu Türk şirketlerine, yalnızca ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinme ve kullanma sınırı getirilmiştir.

Tasarı ile getirilen düzenlemelerden bir tanesi de *"Taşınmaz rehni tesisinde, ipotek lehdarının paraya çevrilmesi suretiyle yapılan takip kapsamındaki mülkiyet edinimlerinde, şirket birleşmelerinden ve bölünmelerinden doğan taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak naklinde, organize sanayi bölgeleri, endüst-*

ri bölgeleri, teknoloji geliştirme bölgeleri ve serbest bölgeler gibi özel yatırım bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinimlerinde..." madde hükümlerinin uygulanmayacağıdır. Yani yabancı sermayeli şirketlerin belirtilen şekilde taşınmaz veya sınırlı ayni hak edinimlerinde, Türk şirketinin %50 veya daha fazla oranda hissesine sahip olmaları ya da yönetim hakkını ellerinde bulundurmaları durumunda uygulanacak sınırlama (yalnızca ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilme) uygulanmayacaktır.

Mevcut düzenlemede yabancı tüzel kişi ticaret şirketlerine tanınmış olan bu hakkın, yabancı sermayeli Türk şirketlerine tanınması olumlu bir gelişme olup, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere uygulamada rastlanılan zorluk ve hak kayıplarının giderilmesinde önemli bir rol oynayacaktır.

F. Sonuç

Osmanlı İmparatorluğu'nun son yıllarında gündeme gelen ve Cumhuriyet döneminde de gündemden hiç inmeyen bir konu olan yabancılara gayrimenkul satışı hususu kamuoyunu yakından ilgilendirmekte ve gerek hukuki açıdan gerekse de ticari ve mali açılardan tartışılmaktadır.

Yabancıların Türkiye'de gayrimenkul edinebilmesi konusunda, günümüze kadar ön plana çıkan husus daima karşılıklılık şartının aranması olmuştur. Şu ana kadar çıkartılan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanunlar veya hükümlerin hemen hemen tamamı, karşılıklılık ilkesinin gözetilmediği gerekçesiyledir. Ancak yukarıda da değinildiği gibi, özellikle Rus, Arap ve Türkî Cumhuriyetler vatandaşlarının son yıllarda güney Ege ve Akdeniz kıyıları ile İstanbul gibi büyükşehirlere gösterdiği yoğun ilgi neticesinde yabancı gerçek kişiler açısından karşılıklılık ilkesinin kaldırılması Tasarı ile gündeme gelmiştir.

Tasarı ile getirilmek istenen, özellikle karşılıklılık ilkesini kaldıran ve bu ilkeden bağışık tutulacak ülkeleri belirleme yetkisini Bakanlıklara veren düzenlemelerin 1984 ve 1986 tarihlerinde çıkartılan kanunlara paralel olduğu görülecektir. Bu kanunları iptal eden Anayasa mahkemesi kararlarının bilhassa karşılıklılık ilkesinin kaldırılması konusunda titiz davrandığı ve günümüze kadar gelen uygulamasında göz önünde bulundurduğu hususu da sabittir.

Aynı zamanda süreç içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin göz önünde bulundurduğu unsurlardan bir tanesi de, kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması hususudur. Kararlar incelendiği zaman, yasama yetkisinin yürütmeye devredilmesi anlamına gelecek tümce veya kelimelerin dikkatli bir biçimde ayıklandığı ve iptal edildiği görülmektedir.

Tasarı, yabancı gerçek kişiler bakımından karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasını öngören değişikliklerin haricinde uluslararası sermayeyi haiz Türk şirketlerine de yerli sermayeli şirketler gibi taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilme imkânı da getirmektedir. Her ne kadar sermaye payı ve yönetim hâkimiyeti bakımından

yukarıda gösterilen sınırlar getirilmiş olsa da, yabancı sermayeli şirketlerin Türk şirketleri gibi taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilmesinin önü açılmıştır.

Ekonominin büyümesi ve ülkeye sağlanan döviz girdisi açılarından yabancı sermaye son derece önemli olsa da yerli sermayenin yabancı sermaye kadar güçlü olmadığı ve Tasarı ile getirilen istisna hükmünün, uygulamada yabancı sermaye tarafından çeşitli yöntemlerle arkasının dolaşılabileceği de düşünülmelidir. Bu nedenlerden ötürü, yabancı sermaye düşmanlığı yapmak doğru olmasa da yabancı sermayeli şirketlerin edinebileceği taşınmaz ya da sınırlı ayni hakların, belli bir miktarla sınırlandırılması da dikkate alınabilir. Yine, her ne kadar olumlu bir gelişme olsa da taşınmaz rehni tesisi neticesinde elde edilecek taşınmazlar açısından da oransal bir düzenleme yapılabilir.

Son Anayasa Mahkemesi kararının ışığında ve yukarıda açıklanan bütün olguları göz önünde bulundurduğumuzda ülkemizde yabancı gerçek kişilerin taşınmaz veya sınırlı ayni hak edinebilmelerinin önünde şu an için karşılıklılık ilkesi haricinde (tapu kanununda ve özel kanunlarda getirilen sınırlamalar hariç) bir engel bulunmamaktadır. Fakat Tasarı ile karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasına yönelik bir kanun çalışması yapılmış olup, aynı zamanda bu Tasarı ile cari açığı kapatmakta kullanılabilecek yılda 5 ila 10 milyar dolarlık bir gelir elde etme beklentisi de bulunmaktadır

Son tahlilde, mevcut ve olası düzenlemelerdeki boşlukların çok fazla olduğu, ayrıca yabancı kişiler ile Türk vatandaşları arasındaki alım gücü farkının yüksekliği de gözden kaçırılmamalıdır. Yukarıda anılan raporda da açık bir biçimde gösterildiği üzere yabancılara gayrimenkul satışı cari açığı kapatmak açısından ancak geçici bir yöntemdir ve uzun vadede daha büyük ve karmaşık sorunlar doğurmaya müsaittir. Bütün bu olgular ışığında, yabancılara karşılılık şartı aranmadan gayrimenkul satışı ve cari açığı ülke topraklarını satarak kapatma fikri bir kez daha düşünülmelidir.

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN UYGULAMASINDA KARŞILAŞILACAK SORUNLAR VE AYDINLANMASI GEREKEN KONULAR

Av. Sezer YÜNLÜ

I.ADİ SENETLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE İLERİ SÜRÜLMESİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLER HAKKINDA İSPAT GÜCÜ KONUSUNDA 6100 SAYILI HMK.'DA AÇIK BİR YASAL DÜZENLEME BULUNMAMAKTADIR.

1) HMK'nın 215. Maddesi Eski 1086 Sayılı Kanun'unun 299/1 Maddesine uygun şekilde imzası ikrar veya mahkemece onun olduğuna hükmolunan adi senetlerin imza eden kişiyi ve mirasçılarını bağlayacağını kabul etmiş ancak Eski Kanun'dan farklı olarak *tüm belgeleri kapsayacak* şekilde madde genelleştirilmiştir.

Ancak Yeni Kanun'da Eski 1086 Sayılı Kanun'da yer alan 299/2 Maddesine paralel bir düzenleme yer almamaktadır.Eski Kanunun 299/2 Maddesi bir adi senedin *hangi tarihten itibaren* üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edeceği diğer bir anlatımla adi senet tarihinin üçüncü kişiler yönünden ne zaman kesinleşeceği konusunu düzenlemekte idi.

Eski Kanun'un 299/2 Maddesinde Adi Senedin notere veya yetkili memura ibraz edilmiş ve onaylanmış ise ibraz tarihinin,senet resmi bir işleme konulmuş ise bu tarihin üçüncü kişiler yönünden geçerli olduğu belirtilmekte,ayrıca imza sahibinin ölüm tarihi veya imza sahibinin imza etme olanağının ortadan kalkmış olması halinde de bu olayın meydana geldiği tarihin üçüncü kişilere karşı da bağlayıcı olduğu belirtilmekte idi.

Eski Kanun'da yer alan bu hüküm ile gerçek düzenlenme tarihlerinden farklı tarihleri taşıyan senetlerin(geniş anlamda sözleşmelerin) üçüncü şahıslara doğurabileceği aleyhte sonuçlarının önlenmesi amaçlanmıştır.

Uygulamada Adi Senedin Tarafları da elindeki senetlere(geniş anlamda sözleşmelere) dayanarak üçüncü kişilere karşı taleplerde bulunabilir,bazı iddiaları ileri sürebilir veya savunmalarını ellerindeki adi senetlere dayandırılabilirler.

Haciz İhbarnamesine vaki itirazı üzerine aleyhine dava açılan veya Haciz İhbarnamesine yasal sürede itiraz edemeyen bu nedenle menfi tesbit davası açan üçüncü kişi Takip Alacaklısına borçlu olmadığını elindeki ödeme belgesi veya ibraname ile ileri sürecektir.

Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi bir davada tarafların sulh olması halinde avukatlık ücretinden müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmiştir.Ancak iş sahibi ile avukat arasındaki sözleşmede kararlaştırılan ücretten diğer tarafın da

birlikte sorumlu olması için Yargıtay Kararlarında avukatlık sözleşmesi ile ilgili olarak 299/2 Maddesini öngördüğü koşulların oluşması aranmıştır.

Takip Hukukunda sıra cetveline itiraz halinde veya İflas İdaresi tarafından alacağın reddi üzerine açılan kayıt kabul davalarında alacağın doğumuna esas temel hukuki ilişkinin araştırılması ve kanıtlanmasında da Eski HUMK 299/2 Maddesinde öngörülen koşulların varlığı aranmakta idi.

Karayolları Trafik Kanunu'na göre "bir aracı kendi yararına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işleten ve araç üzerinde fiili tasarrufta bulunan kişi Kanun'un 3. maddesi gereği "işleten" sayılmakta ve bu sıfatla oluşan zararlardan sorumlu olmaktadır.Ancak araç malikinin bu kişinin işleten sıfatını zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri sürmesi için dayandığı Sözleşme yönünden Yargıtay Kararları gereğince Eski HUMK'un 299/2 Maddesinde öngörülen koşulların oluşmasına bağlı bulunmakta idi.

Yargıtay bir Kararında sekiz sene süreli bir kira sözleşmesi tarihinin usulen onaylanmamış ve 299/2 Maddede öngörülen koşullarda oluşmamış ise yeni malike karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir.

Cebri İcra İhalesi ile mülkiyeti üçüncü kişiye geçmiş taşınmazda kiracı sıfatı ile oturan veya ticari faaliyet yürüten kişinin kiracılık sıfatına ilişkin uyuşmazlıklar da incelemekte olduğumuz bu konunun kapsamındadır.İİK'in 135. maddesinde bu durumda taşınmazın zilyedi olan kiracının bu sıfatını taşınmazı "hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı *resmi bir belge* ile belgelenmiş bir sözleşmeye" dayandırması gerektiği belirtilmiştir.Yukarıda da açıklandığı gibi Eski Kanun'un 299/2 maddesinde imza sahibinin ölüm tarihi veya imza sahibinin imza etme olanağının ortadan kalkmış olması halinde de bu olayın meydana geldiği tarihin üçüncü kişilere karşı da bağlayıcı olduğu belirtilmekte idi.Ancak Eski Kanun'un 299/2 Maddesinde yer alan bu maddi olguların varlığı *resmi belgeye* dayanacağından kiracılık sıfatının hacizden evvel yapılmış bir sözleşmeye dayandırıldığı bu şekilde kanıtlanmış olacaktır.İİK'in 135. maddesinin bu içeriğinin Yeni Kanunumuzda 1086 Sayılı Eski Kanun'un 299/2 maddesine paralel bir düzenlemenin yer almamasına rağmen bu konudaki duraksamaları bir ölçüde giderebileceği Kanısındayım.

2) Bu örneklerin daha da çoğaltılması mümkündür. Tüm bu hallerde adi senetlerin tarihinin kesinleşmesi 299/2 Madde'de öngörülen koşulların oluşmasına bağlı olmakta idi.

3) 6100 Sayılı Kanun'un da ise Eski Kanunu'nun 299/2 maddesine paralel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumun iki ayrı yoruma yol açacağı Kanısındayım.

İlk yorum adi senetler yalnız imza edenler ve mirasçıları yönünden bağlayıcıdır.Senedin tarafları bu senede (geniş anlamda sözleşmelere) dayanarak üçüncü kişilere karşı herhangi bir iddia ileri süremez,bir talepte bulunamaz veya savunmasını ellerindeki adi senede dayandıramaz.

İkinci yorum tamamen aksine adi senedin tarafları herhangi bir sınırlayıcı koşula bağlı olmadan ellerindeki adi senede dayanarak üçüncü kişilere karşı iddialarını ileri sürebilirler,talepte bulunabilirler veya savunmalarına dayanak yapabilirler.

Her ne kadar 1086 Sayılı HUMK'un 300. maddesi "ibra ve kabzı mutazammın senetler ile tacirlerin ticari işlemlerinden dolayı verdikleri senetler ile ilgili olarak" Eski Kanun'un 299/2 Maddesinin uygulanmayacağını belirterek bu konuda bir istisna getirmiş ise de Yeni 6100 Sayılı Kanun da Eski 300. maddeye de paralel bir düzenleme yer almadığından bu istisnai durum dahi yukarıda açıklanan iki farklı yoruma yol açabilecektir.

II.ÖN İNCELEME SÜRECİ İCRA MAHKEMESİNDEKİ DURUŞMALARDA YARGILAMANIN UZAMASINA YOL AÇACAKTIR.

Basit Yargılama Usulü İcra Mahkemesinde açılan davalarda da uygulanacaktır. Örneğin 30 Günlük yasal sürede kira bedelini ödememiş kira bedeline itiraz etmemiş bir borçlu kiracı aleyhine açılan tahliye davasında ön inceleme aşamasında hangi konular araştırılacak ve incelenecektir?

Bir icra işlemine yönelik şikayetin duruşmalı olarak incelenmesine karar verildiği takdirde şikayet konusu işlem ile ilgili kararın verilmesini ön inceleme nedeni ile sürüncemede bırakacaktır.Örneğin bir icra tebligat işlemine ilişkin usulsüzlüğün şikayet başvurusu üzerine İcra Mahkemesince duruşma yapılarak incelenmesinin tensip edilmesi ve bu yolda karar verilmesi halinde ön inceleme aşamasında hangi konuların araştırılacağı ve inceleneceğinin anlaşılması mümkün değildir.

III.6100 SAYILI HMK'NIN 209. MADDESİ ADİ SENEDE İLİŞKİN AYRI VE BAĞIMSIZ BİR SAHTELİK DAVASI AÇILMASI HALİNDE BU SENEDİN HERHANGİ BİR İŞLEME ESAS OLAMAYACAĞINI BELİRTMİŞTİR.

1086 Sayılı Kanun'un 317. maddesinden farklı bir düzenleme içeren bu madde özellikle kambiyo senetlerine dayanan takipleri olumsuz etkileyeceği ve sürüncemede bırakacağı kanısındayım.

6100 Sayılı HMK'nın 208/3 maddesinde bir belgenin sahteliğini iddia eden kimse bunu aynı mahkemede ön sorun şeklinde ileri sürebileceği gibi bu konuda ayrı bir dava da açabileceği açıklanmaktadır. Yeni Kanunumuz Eski Kanun'dan bu konuda farklı bir düzenleme içermemektedir. Ancak Yeni Kanun adi senetlerin yanı sıra belgeleri de madde kapsamına almıştır.

Hiç kuşkusuz aleyhine icra takibine başlanılan veya dava açılan kişi sahtelik iddiasını açılan davada ön sorun şeklinde ileri sürebileceğinden veya icra takibine itiraz edebileceğinden bu aşamada ayrıca bir sahtelik davası açmasında bir hukuki yararı bulunmamaktadır. Ancak bir dava açılmadan veya takibe başlanılmadan evvel de adi bir senede ilişkin olarak ayrı bir sahtelik davası açılmasına da yasal bir engel yoktur.

Eski Kanun yürürlükte iken sahtelik davası menfi tesbit davası olarak kabul edilmekte ve nitelendirilmekteydi.Yeni Kanunumuzda da 106. maddesinde sahtelik davasının bir menfi tesbit davası olduğu açıklanmıştır.

6100 Sayılı HMK'nın 209. maddesinde açıkça adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde bu konuda karar verilinceye kadar *o senedin herhangi bir işleme esas olamayacağı* belirtilmiştir.İlgili maddenin içerdiği bu düzenleme gereğince açılan bir sahtelik davası davacı aleyhine bir icra takibine girişilmesine tek başına yeterli bir yasal engel oluşturacak veya dava açılması halinde ise önceden açılan sahtelik davası bekletici sorun teşkil edecektir.

Eski 1086 Sayılı HUMK bu konuda farklı bir düzenleme taşımakta idi ve 317. maddesinde açılan sahtelik davasında bilirkişi incelemesine veya tanık dinlenmesine karar verildiği takdirde ancak yargılamanın bu aşamasında dava konusu senedin bir resmi işleme esas olamayacağı belirtilmişti.Sahtelik davasının mahiyeti itibariyle bir menfi tesbit davası olması nedeni ile de davacı icra takibinden evvel bu davayı açması halinde İcra İflas Kanunu'nun 72. maddesi gereğince icra takibinin durdurulması için senet konusu alacağın en az % 15'i oranında bir teminat yatırarak ayrıca bir ihtiyati tedbir kararı alması gerekmekte idi.

6100 Sayılı HMK'un 209. maddesi kambiyo senetlerine dayanan takipleri düzenleyen 168. maddesi ile birlikte ele alındığında yukarıda da açıklandığı gibi 6100 Sayılı Kanun'un bu maddesi özellikle kambiyo senetlerine dayanan takipleri olumsuz etkileyeceği ve sürüncemede bırakacağı Kanısındayım.Zira kambiyo senetleri de HMK anlamında adi senet mahiyetindedirler.

Bilindiği gibi İcra İflas Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu kambiyo senetlerine dayanan takiplerde borçlunun imza inkarı satış hariç icra işlemlerini durdurmamakta takip borçlusunun imza inkarı halinde de icra mahkemesine başvurması gerekmektedir.Ayrıca icra mahkemesi hakimine kanun bir takdir hakkı vermekte ve borçlu tarafından bazı yan delillerin de sunulması zorunludur.Uygulamada takibin durdurulması halinde teminat yatırılmasına da karar verilebilmektedir. Yapılan inceleme sonucu önceden takibin durdurulmasına karar verilmiş ise imzanın borçluya ait olduğu anlaşıldığı takdirde borçlu takip konusu alacağın % 40'ı oranında icra inkar tazminatına ve takip konusu alacağı % 10'u oranında para cezasına mahkum olmaktadır.(İİK m.170)

HMK 213. maddesinde sahtelik iddiasında haksız çıkması halinde ilgili tarafın celse harcına ve talep halinde oluşan zararları tazmin etmeye mahkum edilebileceği belirtilmektedir.Maddede ayrıca hükmedilecek tazminatın miktar ve kapsamı İİK'dan farklı olarak kesin ve net olmadığı gibi sahtelik iddiasından vazgeçilmesi halinde hakimin tazminattan indirim de yapabileceği gibi tazminata dahi hükmedilemeyeceği açıklanmıştır.

Bilindiği gibi geçici bir yasal düzenleme ile çeklerin üzerinde yazıldığı tarihten önce bankaya ibrazı engellenmiştir.Bu uygulamanın yeni bir yasa ile bir süre daha devam ettirilmesi mümkündür.Ayrıca bilindiği gibi iş hayatında çok kez düzenlenen çeklere ileri bir keşide tarihi yazılmaktadır.Kötü niyetli borçlular tarafından

gerçek düzenlenme tarihlerinden ileri tarihleri içeren çeklerin keşide tarihlerinden bir süre evvel herhangi bir teminat yatırmaya veya bir belge veya benzeri bir yan delil dahi ileri sürmeye gerek olmadan tamamen soyut bir sahtelik iddiası ile açılacak sahtelik davaları ile özellikle karşılıksız çeklere dayanılarak yapılacak icra takiplerinin durdurulabileceği kanısındayım.

Açıklanan doğması mümkün bu olumsuz sonuç ancak yapılacak bir kanun değişikliği ile HMK 209. maddenin birinci fıkrasına "İcra İflas Kanunu'nun kambiyo senetleri hakkındaki hususi takip usullerini düzenleyen hükümler saklıdır."şeklinde yeni bir fıkra ilave edilerek giderilebilir.

IV.ÖN İNCELEME HÜKÜMLERİNİN KANU'NUN YÜRÜRLÜK TARİHİNDEN EVVEL AÇILAN DAVALARDA UYGULANMASI

1) 6100 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden evvel açılan davalarda da bazı mahkemelerce ön inceleme hükümlerinin uygulanmasına karar verilmektedir.Hiç kuşkusuz Kanunun yürürlük tarihinden evvel açılan davalarda da yargılamanın aşamasına göre bilirkişi incelemesinde,tanık dinlenmesinde Yeni Kanun Hükümleri uygulanacaktır.

Ancak Kanun'un yürürlük tarihinden evvel açılan Davalarda oluşturulan tensip kararları ve bu konuda düzenlenen tensip tutanaklarında yer alan duruşma günlerinin tahkikat duruşmaları olduğu ve bu aşamada artık uyuşmazlığın esasına girilmesi gerektiği Kanısındayım. Zira Davanın 01.10.2011 tarihinden evvel açılmış olmasının yanı sıra ayrıca oluşturulan tensip kararları da taraflar lehine usuli kazanılmış hak da oluşturmaktadır.

2) 01.10.2011 tarihinden evvel açılan davalarda esasa girilmesinden evvel geriye dönük ön inceleme hükümlerinin uygulanmasının usuli kazanılmış hak ilkesine ve ayrıca da yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nın 448. maddesine de aykırı olduğu Kanısındayım. Zira 01.10.2011 tarihinden evvel açılan Davalara ilişkin oluşturulmuş tensip kararları 448. madde anlamında bir "tamamlanmış işlem"dir.

ULUSAL VE ULUSLARARASI MEVZUATTA KLAS KURULUŞLARI

R. Tansel TİMUR[1]

GİRİŞ

Rekabetçi piyasa koşullarında, üretilen mal ve hizmetlerin tüketicilerce tercihinin sağlanması için çeşitli yöntemlere başvurulduğu bilinmektedir. Reklam kampanyaları, indirimli satışlar, tanıtım etkinlikleri gibi mal ve hizmetin tercih edilmesinde aslında fazla etkisi olmaması gereken bu tür yöntemlerin yanısıra; üretilen mal ve hizmetin kalitesi ve güvenilirliği gibi üstünlüklerinin kullanıldığı, öne çıkarıldığı; nesnel, daha geçerli ve etkili uygulamalar da söz konusudur. Günümüzde ürün ve hizmetlerin kalite düzeyi, standartlara uygunluğu gibi konular ile bu ürünlerin üretim süreçlerinin ve ürünlerin/üreticilerinin güvenilirliğinin ve devamlılığının doğrulanarak belgelenmesi; rekabet ortamında üreticisine avantaj sağlamaktadır. Kuşkusuz bu belgelerin değeri de bu işlemi gerçekleştiren, belgeleri düzenleyen kuruluşların yetkinliklerine, gösterdikleri özene, uzmanlıklarına, bağımsızlıklarına ve denetim ve doğrulamada kullandıkları yöntem ve araçların güvenilirliklerine; kısaca itibarlarına bağlı olarak değişkenlik göstermektedir.

Bugün sanayi ve hizmet sektörünün çeşitli alanlarında bu tür hizmetleri sağlamakta olan çeşitli örgütlenmelerin ilk ortaya çıkanı, klas kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar, denizcilik sektörünün ihtiyaçlarını karşılamak üzere doğmuş olmakla birlikte, zaman içinde faaliyetlerini bu alanın dışına da taşırmışlardır. Artık sanayi ve hizmet sektörünün -enerji, uzay vb. gibi yeni ve yüksek teknoloji gerektirenler de dahil- hemen tüm kesimlerinde "malzeme, ürün ve hizmet belgelendirme" hizmetleri ile kalite, iş sağlığı ve emniyeti, çevre emniyeti, gıda emniyeti vb. alanlarda "sistem belgelendirme", Avrupa Birliği Direktifleri kapsamında "uygunluk değerlendirme" hizmetleri de klas kuruluşları tarafından yürütülen faaliyetler arasına girmiştir. Bu açıdan klas kuruluşları, günümüzde "belgelendirme kuruluşu", "uygunluk değerlendirme kuruluşu", "muayene kuruluşu" olarak nitelenen ve genel olarak "üçüncü taraf kontrolluk kuruluşu" olarak adlandırılan çeşitli tip kuruluşun ilk örneğini oluşturmaktadır.

Belgelendirme kuruluşu, uygunluk değerlendirme kuruluşu, muayene kuruluşu, üçüncü taraf kontrolluk kuruluşu gibi adlarla anılan tüm diğer kuruluşlarla klas kuruluşlarını birbirinden ayıran iki temel farktan birincisi, klas kuruluşlarının denizcilik sektörü dışında sanayi ve hizmet sektörünün hemen tüm alanlarında da faaliyet yürütüyor olmalarıdır. Ama daha da önemlisi, bir klas kuruluşu için yukarıda sayılan adlandırmalardan tümünün kullanılabilmesi mümkün iken; başka tip bir belgelendirme kuruluşu, uygunluk değerlendirme kuruluşu, muaye-

1 Gemi İnşaatı ve Makinaları Yüksek Mühendisi

ne kuruluşu ya da üçüncü taraf kontrolluk kuruluşu için "klas kuruluşu" adının kullanılabilmesi söz konusu olamamaktadır.

Klas kuruluşlarının da içinde olduğu ve kısaca "üçüncü taraf kontrolluk kuruluşu" olarak adlandırılan kuruluşlar, uluslararası alanda tiplerine, özelliklerine, faaliyet alanlarına bağlı olarak çeşitli uluslararası sözleşme, kural, karar, yönetmelik, talimatname, kod, direktif, standart vb. ile belirlenen ve genellikle bunlara paralel olarak ulusal mevzuata da dahil edilmiş olan esaslar dahilinde çalışmaktadırlar. Sanayi ve hizmet sektörünün hemen tüm alanlarındaki bu tür faaliyetleri kapsayan ulusal ve uluslararası mevzuat, tüm üçüncü taraf kontrolluk kuruluşları gibi -faaliyetlerinin mevcut bulunduğu tek tek farklı alanlar açısından- klas kuruluşlarını da bağlamaktadır.

Bu çalışma, klas kuruluşlarının bütün faaliyetleri açısından değil; sadece bunların bir bölümünü oluşturan (hatta bazı klas kuruluşları için küçük bir bölümünü oluşturan) denizcilik sektörüne ilişkin faaliyetleri açısından bir değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle de burada irdelenmeye çalışılacak olan mevzuatın, denizcilik alanını düzenleyen ulusal ve uluslararası belgelerle sınırlı tutulmasına çalışılacak; gerekli olmadıkça sanayi ve hizmet sektörünün diğer alanlarındaki düzenlemelere yer verilmeyecektir.

KLAS KURULUŞLARININ DOĞUŞU

Gemiler yüksek maliyetleri nedeniyle uzun ömürlü olmaları ve emniyetli çalışmaları arzulanan taşıtlardır. Genellikle de değerleri geminin kendi değerinin çok üzerinde olan yükleri taşımakta, taşıdıkları personel ve yolcunun yaşam değerlerinin ise maddi olarak ölçülmesi kuşkusuz mümkün bulunmamaktadır. Bütün bunlar, bir geminin emniyetli bir durumda olmasının; yolcusu ve personeli, sahibi ve taşıdığı yükün sahibi ve hatta bayrağını taşıdığı ülke açısından ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Gemiler çalıştıkları denizlere ve çalışma koşullarına bağlı olarak, yapılarının ve donanımlarının durumu ve güvenilirliği ölçüsünde sigorta edilecekleri için, riskin hesaplanmasında yararlanacakları bu hususların bilinmesi ve erişilebilirlik açısından kayıt altında olması, sigortacılar açısından da ayrıca bir gereklilik olmaktadır. Klas kuruluşlarını ortaya çıkaran da aslında sigortacıların bu ihtiyacı olmuştur.

17. yüzyılın sonlarına kadar; bunu karşılayacak bir araç, yani gemilerin yaşı, fiziki durumu, donanımı gibi bilgilerin sistematik olarak derlenip kullanıma sunulduğu bir ortam mevcut değildi. Sigortacılar ile gemi ve yük sahipleri, bu tür bilgilere limanlar çevresindeki bar ve kahvehaneler gibi mekanlarda birbirleri ve gemi adamları ile yaptıkları yüzyüze görüşmelerle ulaşabiliyorlardı. Bu bilgilerin sınırlılığına, risk değerlendirmesi için yeteri kadar ayrıntı içermemesine, objektif ve güvenilir olmamasına ilaveten; kalıcılığı, düzenliliği ve sürekliliği de söz konusu değildi.

Bu ihtiyacı ilk farkeden ve Londra limanı yakınındaki kahvehanesine daha fazla müşteri çekebilmek için harekete geçen kişi, **Edward Lloyd**'dur. Gemi ve yük

sahiplerinin, sigortacıların ve gemi adamlarının ihtiyaç duydukları çeşitli bilgilerin derlenip, bir pano vasıtasıyla ilgililerine aktarılması şeklindeki bu başlangıç, 1696 yılından itibaren haftada üç gün yayınlanan **Lloyd's News** adlı gazeteye evrilmiş; 1700 yılından itibaren **Ship's Lists**'e dönüşmüş ve nihayet 1734'te -Edward Lloyd yaşamını yitirmiş olduğu için ailesi tarafından- ilk **Lloyd's List**'in yayınlanarak müşterilere dağıtılmaya başlanmasına kadar ulaşmıştır.

Bunlar yaşanırken diğer taraftan da 1688'de Edward Lloyd henüz hayatta iken, kahvehanesinde yapılan toplantılar sonucunda sigortacılar ile gemi yapımcılarının önderliği ile oluşturulan bir "birlik", yürütülen uzun çalışmaların ardından, gemilerin fiziki ve teknik özelliklerinin yanında, risk değerlendirmesi için gerekli bilgilerin de yer alacağı bir "gemi sicili"nin hazırlanması ve yayınlanmasını amaçlayan "komite"nin ve **Register Society**'nin 1760'da kurulmasına ön ayak olmuştur. İlk sicil kitabının[2] 1764'te yayınlanmasını gerçekleştiren bu oluşum ile ilk klas kuruluşu olan **Lloyd's Register of Shipping**'in temelleri atılmış olmaktadır[3]. Bu sicil kitabını daha önceki gemi listelerinden ayıran temel fark; inşa tersanesi, yaş, tonaj, donatan vb. bilgilerin yanısıra; komitenin görevlendirdiği sörveyörler vasıtasıyla elde edilen bilgilere dayalı olarak yapılan "sınıflandırma"nın da kayıt altına alınmaya başlanmış olması[4]dır.

Tekne ve yük sigortacılarının teknik danışmanlığı olarak nitelendirilebilecek bir faaliyetle işe başlamış olan Lloyds Register of Shipping, zamanla gemi inşa kurallarını içeren ve giderek can ve mal emniyeti için gereken donanımların yüksek standartlarda sağlanmasını amaçlayan kurallardan oluşan yayınlar yapmış; çok sonraki yıllarda da araştırma çalışmalarına yönelmiştir. Lloyds Register of Shipping'i, 1828'de kurulan **Bureau Veritas** (Fransız), 1861'de **Registro Italiano Navale** (İtalyan), 1862'de **American Bureau of Shipping** (Amerikan), 1864'de **Det Norske Veritas** (Norveç), 1867'de **Germanischer Lloyd** (Alman) ve diğerleri izlemiştir. Bugün uluslararası alanda da faaliyet yürüten ulusal klas kuruluşumuz **Türk Loydu**'nun doğuşu, 27 Ocak 1954 tarihli Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu ile birlikte 11 Aralık 1954'de Gemi Mühendisleri Odası'nın kurulmasının hemen ardından Gemi Mühendisleri Odası tarafından 1956'dan itibaren "komite"ler biçiminde başlatılan çalışmaların sonunda, 28 Şubat 1962'de gerçekleşmiştir.

GÜNÜMÜZDE KLAS KURULUŞLARI

Klas kuruluşlarını doğuran ihtiyaç ve ilk klas kuruluşunun ortaya çıkış süreci değerlendirildiğinde görülecektir ki; klas kuruluşunun gemi ile ilişkisi, tasarım aşamasından başlar ve geminin ömrünün bir söküm yerinde sona ermesine kadar

2 Register of Ships

3 Burada bir parantez açarak, bu ilk klas kuruluşunun Edward Lloyd'un adını taşımasının da ötesinde, "lloyd" sözcüğünün - başta ülkemiz olmak üzere- çoğu ülkede "klas kuruluşu" anlamında kullanılmakta olduğunu; kökleri yine Edward Lloyd'un kahvehanesine kadar uzanmasına rağmen bir sigortacılar topluluğu olan Lloyd's Underwriters (Lloyd's of London)'ın Lloyd's Register'dan tamamen farklı ve ayrı bir kuruluş olduğunu; aralarında isim benzerliği dışında bir ilişki bulunmadığını da belirtmek gerekmektedir.

4 http://en.wikipedia.org/wiki/Classification_society

sürer. Çünkü bu ihtiyaç, tasarım ve üretim aşamaları için söz konusu olan denetim ve doğrulama faaliyetinin, gemi ticari faaliyetini sürdürdüğü sürece periyodik olarak devam etmesini de gerektirmektedir. Böyle olunca da klas kuruluşu ile gemi arasındaki ilişki "klaslama (klasa alma)" ile "klasın devamlılığı" şeklinde iki ana bölümden oluşmaktadır. Bu ilişkinin başlangıcını oluşturan ve ilk klas sertifikasının düzenlenmesine kadar olan "klaslama" sürecinin özelliği gereği, klas kuruluşlarının öncelikli işi, gemi inşaatı ile ilgili kural ve standartların oluşturulması ve geminin önce tasarım aşamasında kağıt üzerinde, yapım sürecinde de tersanede denetlenmek suretiyle kural ve standartlara uygunluğunun doğrulanarak onaylanmasıdır. Bu onay, düzenlenen "klas sertifikası" ile belgelendiğinde, ilişkinin birinci bölümü sona erer ve periyodik olarak sürdürülen sörveylerle -geminin kural gereklerini sürdürmekte olduğunun doğrulanmasına bağlı olarak klas sertifikasının vize edilmesi suretiyle- geminin ömrü boyunca devam eden ikinci bölüm başlar.

İlk bölümde yer alan klaslama sürecinin bir parçası da yapımda kullanılan malzeme ve ürün ile ve gemi yapımında çalışan kaynakçılarla ilgili olanıdır. Bir bütünün karakterini, onu oluşturan parçaların özellikleri belirlediğine göre; temel amacı deniz ve gemi emniyetinin sağlanması olan klaslama faaliyetinin bütünlüğünün, -sürecin daha başlangıç aşamasında- gemi yapımında kullanılan malzeme ve ürünler için de benzer süreçlerin tanımlanması ve uygulanması suretiyle sağlanması gerekmektedir. Öte yandan, nihai ürünün olan GEMİ'nin kalitesinin güvence altına alınması için, malzeme ve ürün konusunda olduğu gibi, gemi yapımında çalışan kaynakçılar da benzer şekilde klas kuruluşları tarafından belgelendirilmiş olmalıdır.

İşte bu amaçla, gemi yapımında kullanılan malzeme ve ürünlerin de kontrol ve sertifikalandırılması suretiyle girilen yol, bir süre sonra klas kuruluşları için yeni bir faaliyet alanının doğmasına vesile olmuştur. Gemi malzeme ve ürünleri için kullanılan prosedürler, kural ve standartlar, daha sonra endüstrinin diğer alanlarında ortaya çıkan benzer ihtiyaçların karşılanması amacıyla başka sektörlere de uyarlanmış; bunun sonucunda, klas kuruluşlarının malzeme ve ürün belgelendirme faaliyetleri, deniz endüstrisi dışındaki alanlara da genişlemiştir. Benzer şekilde gemi yapımında çalışacak kaynakçıların belgelendirilmesi ile başlayan uygulamanın başka sektörlere de uyarlanarak uygulanmaya başlamasıyla, klas kuruluşlarının çalışma alanları arasına bugün endüstrinin ve hizmet sektörünün bir çok alanı için söz konusu olan "personel belgelendirme" faaliyetleri de eklenmiştir.

Bu gelişmelerin klas kuruluşlarının gelirlerinde yarattığı artışın, klas kuruluşlarının kural oluşturma ve geliştirme çabalarının temelini oluşturan Ar-Ge faaliyetleri için ayrılan bütçenin artırılması suretiyle sağladığı yarara ek olarak; kuruluşun mevcut birikimine yeni uzmanlıklar ve yetkinlikler eklemek suretiyle sağladığı katkı her zaman daha önemli olmuştur.

Klas kuruluşları için başka bir faaliyet alanı da 20. yüzyıla yaklaşıldığında, deniz ve gemi emniyetine verilen önemin artması ile bazı denizci ülkelerin kendi bayraklarını taşıyan gemiler için uyulması zorunlu kurallar koymaya ve uygulamaya başlamaları ile ortaya çıkmıştır. Çok sonraları ülkelerin kendi limanlarına

gelen gemilere de genişlettikleri bu düzenlemeler, sonuçta uluslararası sözleşmelere ulaşan sürecin de başlangıcını oluşturmuştur. Taraf oldukları uluslararası sözleşmelere uyma yükümlülüğü taşıyan bayrak devletleri, önceleri kendi kadrolu personelleri ile yerine getirmeye çalıştıkları bu konudaki yükümlülüklerini, daha sonra yetkilendirdikleri klas kuruluşlarından yararlanma yolu ile sağlamaya başlamışlardır.

20. yüzyılın ilk çeyreğinin ürünleri olan **SOLAS**[5], **Load Line**[6] vd. sözleşmelere, yüzyılın son çeyreğinde artan çevre duyarlılıklarına paralel olarak çevre emniyetinin gündeme gelmesi sonucunda **MARPOL**[7] sözleşmesi eklenmiştir. Can, mal ve çevre emniyeti ile ilgili tüm alanlardaki bu belgelerin gelişen değişen koşullara uyarlanması için güncellenmesi çalışmalarına ek olarak, ortaya çıkan yeni ihtiyaçların giderilebilmesi için de yeni düzenlemelerin gerekmesi nedeniyle **IMO**[8], **ILO**[9] vb. uluslararası kuruluşlar tarafından zaman zaman mevcut sözleşmelerde çeşitli değişiklikler ve düzenlemeler yapılmakta; yeni uluslararası sözleşmeler yürürlüğe konulmaktadır.

Günümüzde sayısı 40'a yaklaşmış olan ve hemen her biri farklı bilgi, deneyim ve uzmanlığa ihtiyaç gösteren konuda, klas kuruluşları bayrak devletleri tarafından kendilerine devredilen yetkilerle[10] bayrak devleti adına kontrol, doğrulama ve belgelendirme yapmaktadırlar. Bayrak devletlerinin klas kuruluşlarına devretmiş oldukları yetkiler ile bu yetkilerin kapsam ve içerikleri de bir IMO organizasyonu olan **GISIS**[11] yoluyla ilan edilmekte ve güncel tutulmaktadır.

Klas kuruluşlarının bayrak devletleri tarafından devredilen yetkilerle **Uluslararası Emniyetli Yönetim Sistemi Kodu**[12] gibi uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesinde görev almak suretiyle, bu alanda da kazandıkları deneyim ve yetkinlik; kalite güvencesi, gıda emniyeti, iş sağlığı ve emniyeti, çevre emniyeti gibi alanlar için söz konusu olan "sistem belgelendirme" faaliyetlerine de çok kolay ve hızlı şekilde kendilerini uyarlamaları ve bu suretle yeni bir çalışma ve iş alanı elde etmeleri imkanı doğurmuştur.

Özetlemek gerekirse, klas kuruluşları gemi klaslamak/sınıflandırmak/belgelemek suretiyle başladıkları faaliyetlerine, günümüzde malzeme, ürün, personel ve sistem belgelendirme alanlarındaki etkinlikleri de ilave etmiş; uluslarararası sözleşmelerin üye ülkeleri yükümlü kıldığı çok çeşitli konuda onlar adına denetim, doğrulama ve belgelendirme görevlerini de büyük ölçüde üzerlerine almışlardır.

---

5 International Convention for the Safety of Life at Sea – Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi
6 International Convention on Load Lines – Uluslararası Yükleme Sınırları Sözleşmesi
7 International Convention for the Prevention of Pollution from Ships – Gemilerden Kirlenmenin Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi
8 nternational Maritime Organization – Uluslararası Denizcilik Örgüt
9 International Labour Organization – Uluslararası Çalışma Örgütü
10 Yetki devri, sorumlulukların da devri anlamına gelmemektedir.
11 Global Integrated Shipping Information System, http://gisis.imo.org
12 ISM Code - International Safety Management Code

GENEL TANIMLAR ve TERMİNOLOJİ

Bir önceki paragrafta verilen özet, klas kuruluşu tanımı konusunda yol gösterici başlıklara işaret etmektedir. Dr. İ. Serdar Koyuncu'nun **Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu**[13] adlı yapıtında çok doğru olarak tespit etmiş olduğu üzere;

"tanımın doğru şekilde yapılabilmesi için, bu kuruluşların faaliyetlerinin de tanımda yer alması gerekir[14]"

Böyle olunca da klas kuruluşu tanımının Koyuncu tarafından ifade edilmiş olduğu biçimiyle,

"Gemi ve diğer deniz yapılarının tasarlanması, inşa aşaması ve sonrasında tekne, makina ve donanım emniyeti için uyulması gereken teknik kuralların belirlenmesi; söz konusu yapıların, bu kurallar ile devlet tarafından tanınan yetki çerçevesinde uluslararası sözleşmeler ve iç hukuktaki emredici düzenlemelere uygunluğunu inceleme, denetleme ve belgeleme faaliyetlerinde bulunan kuruluş[15]"

şeklinde yapılmasının, sadece denizcilik alanındaki etkinlikler açısından doğru ve eksiksiz olduğu değerlendirilmektedir. Klas kuruluşlarının sanayi ve hizmet sektörünün diğer alanlarındaki faaliyetlerini içermediği için bu yanı ile eksik olmakla birlikte; klas kuruluşlarının mevzuatta nasıl ele alınıp değerlendirildikleri konusunu, denizcilik alanındaki faaliyetleri kapsamında irdelemeyi amaçlayan bu çalışma için bu tanım yeterli sayılabilir.

Klas kuruluşları uluslararası alanda daha çok "Classification Societies (İngilizce)", "Klassifikationsgesellschaften (Almanca)", "Societes de Classification (Fransızca)" terimleri ile ifade edilmektedir. Türk hukukunda ve öğretide ise, "klas kuruluşu[16]"nun yanısıra "klas kurumu[17]", "klas müessesesi[18]", "klasifikasyon cemiyeti", "muteber kurum[19]", "tasnif şirketi", "tasnif kurumu[20]", "tasnif müessesesi[21]", "gemi tasnif kurumu", "gemi tasnif müessesesi", "sınıflama kurumu", "sınıflama kuruluşu", "sınıflandırma müessesesi[22]", "gemi sınıflandırma müessesesi" ve "gemi

13 On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül-2008

14 Dr. İ. Serdar KOYUNCU, Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu, s.32

15 Dr. İ. Serdar KOYUNCU, Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu, s.32

16 Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.8, Türk Uluslarası Gemi Sicili Yönetmeliği m.4 ve m.20, Liman Devleti Denetimi Yönetmeliği m.11 ve m.20, Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkındaki Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.3, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/G Maddesi Uyarınca Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik m.38/a, Gemi ve Su Araçlarının İnşası, Tadilatı, Bakım-Onarımlarında Uygulanacak Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik (mülga) m.4 ve m.5, Gemi İnşa Yönetmeliği m.4(g, n, s), m.6(4, 5), m.7(2) ve m10(2, 3)

17 Tekne Poliçesi Genel Şartları m.A.2

18 Gemi Koordinasyon Yönetmeliği (mülga) m.4/C(4), Tekne Poliçesi Genel Şartları m.A.2

19 5 Temmuz 1930 tarihinde Londra'da Akdedilen Beynelmilel Yükleme Sınırı Mukavelesine İltihakımızın Tasdiki Hakkında Kanun m.9

20 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun m.5, Ticaret Gemilerinin Teknik Durumları Hakkında Tüzük (mülga) m.9

21 Gemi Bayrak Şahadetnameleri Hakkında Nizamname m.4

22 Gemi Koordinasyon Yönetmeliği (mülga) m.4/B(5)

sınıflandırma kurumu" gibi çok farklı şekillerde adlandırıldıkları olmuştur. Kısaltılmış olarak sadece "klas" biçiminde kullanılması da zaman zaman söz konusu olabilmektedir.

ULUSLARARASI MEVZUATTA KLAS KURULUŞLARI

Klas kuruluşlarının uluslararası mevzuatta yer almaları, daha çok, uluslararası sözleşmelerin yükümlülüklerini yerine getirirken klas kuruluşlarından yararlanan ülkelerin, bunu gerçekleştirilebilmek için klas kuruluşlarına devretmek durumunda oldukları yetkiler nedeniyledir. Daha ayrıntılı bir ifade ile bayrak devletlerinin kendi bayraklarını taşıyan gemilerde SOLAS, MARPOL vb. uluslararası sözleşmeler uyarınca gerçekleştirmeleri gereken "zorunlu (yasal) denetim ve belgelendirme[23]" işlemlerini kendileri adına yerine getirmek üzere yetkilendirecekleri kuruluşların sahip olmaları gereken özelliklerin belirlendiği ve bu yetkilerin devredilmesine ve kullanılmasına ilişkin diğer esasların düzenlendiği çeşitli sözleşme, kural, karar, standart vb., klas kuruluşları için söz konusu olan uluslararası mevzuatı oluşturmaktadır. Bu belgelerin özellikle denizcilik alanındaki bir bölümü sadece klas kuruluşlarını, diğer bir bölümü de klas kuruluşlarının da içinde olduğu üçüncü taraf kontrolluk kuruluşlarını ilgilendirmektedir.

Bu çalışmada klas kuruluşlarını ilgilendiren uluslararası mevzuat, bir Birleşmiş Milletler kuruluşu olan Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)'nün ve Avrupa Birliği'nin dokümanları ele alınarak incelenecek; bunun yanısıra bu alanda IMO tarafından 1969'dan itibaren gözlemci/danışman statüsünde tanınan ve IMO'ya bu statüde üye olan tek kuruluş durumundaki **IACS-Uluslararası Klas Kuruluşları Birliği**[24]nin dokümanları da değerlendirmeye dahil edilecektir. Tümüne yakını TC Başbakanlık Denizcilik Müşteşarlığı dokümanı olan ulusal mevzuat, çok büyük ölçüde yukarıda değinilen uluslararası mevzuata uygun ve paralel düzenlemeleri -üstelik yorumları ile ve daha ayrıntılı olarak- içerdiğinden; bu bölümde, konunun ana hatları ile değerlendirilmesiyle yetinilecek; ulusal mevzuatla ilgili bölümde ise konu derinlemesine ele alınacaktır.

IMO - Uluslararası Denizcilik Örgütü Mevzuatı

IMO belgeleri arasında klas kuruluşları ile ilgili hususları düzenleyen en önemli iki doküman, SOLAS Kısım XI-1'de *"Tanınmış Kuruluşların Yetkilendirilmesi"* başlığı ile yer alan Kural 1'in atıf yaptığı; A.739(18) ve A.789(19) sayılı IMO Kararlarıdır. Bu kararlardan *"İdare Adına Hareket Eden Kuruluşların Yetkilendirilmesi İçin Rehber*[25]*"* adlı ilki,

"yetki devrine ilişkin prosedür ve mekanizmalarda birörnek (uniform) uygulamalar ile -IMO sözleşmelerinin birörnek ve etkin uygulanması konusunda bayrak devletlerine yol göstermek üzere- idare adına hareket eden tanınmış kuruluşlar için asgari standartlar geliştirilmesini" amaçlamakta ve denizcilik idareleri adına

23 Statutory Survey & Certification

24 IACS - International Association of Classification Societies

25 IMO Resolution A.739(18) Guidelines for the Authorization of Organizations Acting on Behalf of the Administration, 4 Kasım 1993

hareket edecek tanınmış kuruluşların "-görevlendirildikleri hususları yerine getirebilecek teknik, idari ve araştırma yeteneklerini sağlayacak kaynaklar için- uymaları gereken asgari standartlar ve denizcilik idaresi ile tanınmış kuruluş arasında imzalanacak sözleşmede yer alması gereken asgari konular ile diğer bazı hususlara ilişkin esasları" belirlemektedir.

"İdare Adına Hareket Eden Tanınmış Kuruluşların Sörvey ve Sertifikalandırma İşlevleri Hakkında Şartname[26]*"* adlı ikinci kararda ise "tanınmış kuruluşların yetkilendirildikleri hususların gerektirdiği sörvey ve sertifikalandırma faaliyetlerinin organizasyonu, yönetimi ve kontrolu konusundaki idari işlevleri ile plan onayı, sörveyler ve personel eğitim ve vasıflandırması hususlarındaki işlevlerine ilişkin koşullar" yer almaktadır.

Klas kuruluşlarını ilgilendiren diğer bir önemli IMO dokümanı ise A.996(25) sayılı ve *"Zorunlu IMO Enstrümanları için Uygulama Kodu*[27]*"* adlı Karar'dır. Bu Kod'un "Bayrak Devletleri" başlıklı II. Bölümü, "yetki devri" ile ilgili esasları belirlemekte ve Bayrak Devletlerinin yükümlülüklerini düzenlemektedir. Buna göre -kendi adlarına sörvey ve sertifikalandırma yapmak üzere yetkilerini klas kuruluşlarına devreden/devredecek- Bayrak Devletleri;

• **Tanınmış kuruluş**ların, kendilerine verilmiş görevleri yerine getirebilmeleri için, Res. A.739(18)'de belirtilen "İdare Adına Hareket Edecek Tanınmış Kuruluşlar için Minimum İstekler"e göre yeterli teknik, yönetimsel ve araştırma yeterliliğine sahip olduğunu belirlemeli;

• **Tanınmış kuruluş** ile IMO Res. A.739(18) çerçevesinde resmi bir anlaşma veya eşdeğer bir düzenleme[28] yapmalı;

• Bir geminin, gemiye ve üzerindeki kişilere tehlike oluşturmayacak durumda olmadığının tespit edilmesi veya deniz çevresine zarar verecek şekilde istenmeyen bir tehdit sergilemesi durumunda uygulanacakların ayrıntılandırıldığı özgül talimatlar yayınlamalı;

• **Tanınmış kuruluş**ları, ulusal mevzuat ile uluslararası anlaşmaların ilgili maddelerini etkileyen yorumları konusunda ya da ulusal mevzuatın uluslararası anlaşmaların isteklerini aşan talepleri hakkında uygun talimatlarla bilgilendirmeli;

• **Tanınmış kuruluş**tan uluslararası anlaşmalarla belirlenen düzenlemelerin yorumlanmasında İdare'ye yardım etmek üzere veri sağlaması için kayıt tutmasını istemeli;

• Uluslararası yükümlülüklerinin tam olarak yerine getirildiğinden emin olmak üzere, yetkilendirdiği **tanınmış kuruluş**ları izlemek ve iletişimde bulunmak

---

26 IMO Resolution A.789(19) Specifications on the Survey and Certification Functions of Recognized Organizations Acting on Behalf of the Administration, 23 Kasım 1995

27 Code for the Implementation of Mandatory IMO Instruments - 29 Kasım 2007. Bu doküman, A.847(20) sayılı ve "IMO Enstrümanlarının Uygulamalarında Bayrak Devletlerine Yardım Kılavuzu - Guidelines to Assist Flag States in the Implementation of IMO Instruments" adlı IMO Kararının yerini almıştır.

28 "İdare Adına Hareket Edecek Tanınmış Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Model Anlaşma (MSC/Circ.710 - MEPC/Circ.307)" baz alınabilir.

için yeterli kaynak ile birlikte bir gözetim programı oluşturmalı veya böyle bir programa dahil olmalıdır.

Konumuz açısından taşıdığı önem nedeniyle ve diğer uluslararası organizasyonlar ve bazı ulusal belgelerde farklı tanım ve kullanımları söz konusu olduğu için, "**tanınmış kuruluş"**un, IMO tarafından

"A.739(18) sayılı IMO Kararı'nda belirlenen koşullara sahip ve bayrağı altındaki gemilerin gerekli yasal sörvey hizmetlerini ve sertifikalandırmasını yapmak üzere **bir bayrak devleti tarafından yetkili kılınmış** kuruluş[29]" olarak tanımlandığını da özellikle belirtmek gerekmektedir.

Burada ayrıca, IMO'nun **MSC-Deniz Emniyet Komitesi**[30]nin Mayıs 2008'deki 84. toplantısında başlatılan çalışmaların sona yaklaştığını; IMO dokümanlarındaki klas kuruluşlarını konu alan bütün düzenlemelerin, **Tanınmış Kuruluşlar Kodu**[31] adlı yeni bir belgede birleştirilmek üzere olduğunu belirtmeliyiz. IMO'nun **FSI-Bayrak Devleti Uygulamaları Alt Komitesi**[32]nin Nisan 2009'da gerçekleştirilen 17. toplantısında da gündeme alınarak geliştirilme çalışmalarına başlanan ve 2010 ve 2011'deki 18. ve 19. toplantılarda üzerinde konuşulan bu yeni Kod, Alt Komite'nin Mart 2012'de yapılacak olan 20. toplantısında muhtemelen son şeklini alacaktır. IMO'nun **MSC-Deniz Emniyet Komitesi** ile **MEPC-Deniz Çevresi Koruma Komitesi**[33]nin 2012 yılında yapılacak toplantılarında kabul edilmesinin ardından yürürlüğe girmesi beklenen Tanınmış Kuruluşlar Kodu, tanınmış kuruluşların, bayrak devletleri tarafından değerlendirilmeleri, yetkilendirilmeleri ve yetkilerinin devamı süresince gözetimi için ölçütler (kriterler) içeren birleştirilmiş (konsolide) bir enstrüman ve uluslararası bir standart sağlamayı amaçlamaktadır. Kod'un yürürlüğe girmesi ile IMO tarafından tanınmış kuruluşların değerlendirilmesine ve yetkilendirilmesine yönelik oluşturulmuş enstrümanların birörnek ve eşlenik (harmonize) bir şekilde uygulanması için bayrak devletlerine yardımcı olacak bir aracın yanısıra, tanınmış kuruluşların bayrak devletleri tarafından etkili ve verimli bir şekilde denetim ve gözetimleri için de şeffaf ve bağımsız bir mekanizma sağlanmış olacaktır.

İki bölümden oluşacak olan Kod'un birinci bölümünde, bayrak devletleri ve tanınmış kuruluşlar için ilgili IMO enstrümanları ve uluslararası standartları içeren, uygulanması zorunlu hükümler yer almakta; rehber niteliğinde olan ikinci bölümde ise, tanınmış kuruluşların bayrak devletleri tarafından gözetimleri ve faaliyetlerin izlenmesi ile ilgili hususlar düzenlenmektedir. Halen üzerinde görüşülmekte olan taslak itibariyle; Kod'da yer alacak konuların ana başlıkları şu şekildedir:

• Tanınmış kuruluşlar için genel şartlar,

29 *IMO Resolution A.787(19) Amended by Resolution A.882(21) - Annex - Port State Control Procedure - Chapter 1 - General - 1.6 Definitions*
30 *MSC - Maritime Safety Committee*
31 *RO Code - Code for Recognised Organizations*
32 *FSI - Flag State Implementation Sub-Committee*
33 *MEPC - Marine Environment Protection Committee*

- Yönetim ve organizasyon yapısı,
- Kaynaklar; personele ilişkin yeterlilik, eğitim ve vasıflandırma ölçütleri,
- Zorunlu (yasal) sertifikalandırma ve hizmet süreçleri,
- Performans ölçümü, analiz ve iyileştirme ölçütleri,
- Tanınmış kuruluşların kalite yönetim sistemlerinin sertifikalandırılması,
- Tanınmış kuruluşların bayrak devletleri tarafından yetkilendirilmesi,
- Tanınmış kuruluşların bayrak devletleri tarafından gözetim ve denetimi.

Kısaca ifade etmek gerekirse Tanınmış Kuruluşlar Kodu, halen mevcut A.739(18) ve A.789(19) no'lu IMO Kararları ile konuya ilişkin diğer IMO enstrümanlarının gereklerini kapsayacak ve onların yerine geçecek; ayrıca yönetim sistemleri konusunda uluslararası kabul görmüş **ISO**[34] standartları (ISO 9001[35], ISO 17020[36], ISO19011[37] vb.) ile IACS tarafından klas kuruluşlarına yönelik geliştirilmiş olan **QMSR-Kalite Yönetim Sistemi Gerekleri**[38] dokümanında yer alan ölçütler de halen yürürlükte olan mevzuata eklenmiş olacaktır. Kod'un ikinci bölümünde belirlenen yetki devri, denetim ve gözetim mekanizmaları ile de bayrak devletleri adına hareket eden tanınmış kuruluşlar için zorunlu standartların bayrak devletleri tarafından eşlenik uygulanması ve bu sayede tanınmış kuruluşların aynı standartlara sahip ve aynı kalitede hizmet vermesi ve sürdürmesi sağlanacaktır.

AB - Avrupa Birliği Mevzuatı

Avrupa Birliği Konseyi, emniyetli denizler konusunda ortak bir politika belirlenmesi hakkındaki 8 Haziran 1993 tarihli kararında, "standardı karşılamayan tüm gemilerin Birlik sularından çıkarılması amacını saptamış ve klas kuruluşları için ortak standartlar belirlemek yoluyla uluslararası kuralların etkili ve birörnek uygulamasının sağlanması için tasarlanmış bir Birlik hareketine öncelik vermeyi" kararlaştırmıştır. Avrupa Birliği'nin böylece ortaya çıkan ve klas kuruluşlarını ilgilendiren ilk önemli belgesi, 94/57/EC Sayılı Konsey Direktifi[39]dir. **Gemi Denetim ve Muayene (Sörvey) Kuruluşları ile Denizcilik İdarelerinin İlgili Faaliyetleri için Ortak Kural ve Standartlar** adlı bu Direktif, çeşitli zamanlarda önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Daha sonra başka değişikliklerin yapılması gündeme geldiğinde, Direktif'te yer alan düzenlemelerin açıklık sağlanacak şekilde yeniden ele alınmasının daha uygun olacağına karar verilmiş ve -Direktif hükümlerinin niteliği itibariyle- biri "Direktif" ve diğeri "Yönetmelik" olarak iki ayrı Birlik yasal belgesinin oluşturulması, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 23 Nisan 2009 tarihli kararlarıyla uygun görülmüştür.

34 ISO - International Organization for Standartization
35 TS EN ISO 9001 Kalite Yönetim Sistemleri
36 TS EN ISO 17020 Çeşitli Tipteki Muayene Kuruluşların Çalıştırılmaları İçin Genel Kriterler
37 TS EN ISO 19011 Kalite ve Çevre Yönetim Sistemleri Denetim Klavuzu
38 *QMSR - Quality Management System Requirements* http://www.iacs.org.uk/document/public/Publications/Procedures/PDF/Volume_3._IACS_Quality System_Certification_Scheme_(QSCS)_pdf1578.pdf
39 Directive 94/57/EC on Common Rules and Standards for Ship Inspection and Survey Organizations and for the Relevant Activities of Maritime Administrations, 22 Kasım 1994

Bugün geçerli ve yürürlükte olan belgeler 2009/15/EC sayılı ve **Gemi Denetim ve Muayene (Sörvey) Kuruluşları ile Denizcilik İdarelerinin İlgili Faaliyetleri için Ortak Kural ve Standartlar** adlı Direktif[40] ile 391/2009 sayılı ve **Gemi Denetim ve Muayene (Sörvey) Kuruluşları İçin Ortak Kural ve Standartlar** adlı Yönetmelik[41]tir.

Tanınmış klas kuruluşları konusunda AB üyesi ülkelerin kendi aralarındaki ilişkiler ile üye ülkelerin tanınmış kuruluşlarla ilişkilerine ilişkin temel prensipleri ve üye ülkeler ile tanınmış kuruluşlar arasında imzalanması zorunlu kılınan "sözleşme"de yer alması gereken asgari hususları belirleyen 2009/15/EC sayılı Direktif, IMO'nun A.996(25) ve A.739(18) sayılı kararları paralelinde düzenlemeler ve hükümler içermektedir. Direktif,

• gemilerin emniyeti ve deniz kirliliğinin önlenmesi konusundaki birörnek standartlara uygunluğun kontrol edilmesinin bayrak ve liman devletlerinin; SOLAS 74, LOADLINE, MARPOL gibi uluslararası sözleşmelerle öngörülen, "emniyet" ve "kirliliğin önlenmesi" için uluslararası sertifikalar verilmesinin ve söz konusu sözleşmelerin uygulanmasının üye devletlerin sorumluluğunda olduğuna;

• sözleşmeler uyarınca, tüm üye devletlerin tanınmış kuruluşları bu uygunluğun belgelenmesi için çeşitli ölçülerde yetkilendirebileceklerine, "emniyet" ve "kirliliğin önlenmesi" konularında ilgili sertifikaların düzenlenmesi için yetki devredebileceklerine; işaret ettikten sonra, ayrıca;

IMO Sözleşmesi'nin taraflarınca tanınmış olan çok sayıdaki kuruluşun, görevlerini profesyonelce yapmalarını sağlayacak güvenilir ve yeterli yapılara ve deneyime sahip olmadıklarını, ulusal idareler adına hareket ederken kuralların yeterli ölçüde uygulanmasını veya yeterli güvenilirliği sağlayamadıklarını tespit etmektedir.

Direktif'te, SOLAS 74 Bölüm II-1 Kısım A-1 Madde 3-1 uyarınca, üye devletlerin, "onların bayraklarını taşıyan gemilerin tanınmış kuruluşların tekne, makina ve elektrik kurallarına uygun olarak tasarlanmasını, inşa edilmesini ve idamesini sağlamakla yükümlü oldukları" ve bu nedenle de bu kuruluşların, "gemilerin tasarımı, inşası, bakımı ve denetimi için kurallar tespit edip uygulamakla ve gemileri bayrak devletleri adına denetleyip, ilgili sertifikalarının konularıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin şartlarını karşıladıklarını belgelendirmekle sorumlu oldukları" belirtilmekte ve bu görevin tatmin edici bir şekilde yerine getirilebilmesi için de "kuruluşların **mutlak bir bağımsızlık**, son derece **ihtisaslaşmış teknik yeterlilik** ve **titiz bir kalite yönetimi**ne sahip olmaları gerektiği" önemle ifade edilmektedir.

391/2009 sayılı Yönetmelik ise klas kuruluşlarının Avrupa Birliği ve üye ülkelerce tanınmasına ve tanınırlıklarının devamına ilişkin prosedürü ve A.789(19) sayılı IMO Kararı'na benzer şekilde, kuruluşların sahip olmaları gereken asgari ölçütleri belirlemektedir.

40 Directive 2009/15/EC on Common Rules and Standards for Ship Inspection and Survey Organizations and for the Relevant Activities of Maritime Administrations, 23 Nisan 2009

41 Regulation No. 391/2009 on Common Rules and Standards for Ship Inspection and Survey Organizations, 23 Nisan 2009

Söz konusu prosedürün ve asgari ölçütlerin, ulusal mevzuatla ilgili bölümde -IMO'nun paralel mevzuatı ile birlikte- ayrıntılı olarak irdeleneceği daha önce belirtilmişti. Ancak bazılarının ulusal mevzuatta yer alanlarla bir takım farklılıklar göstermesi nedeniyle, burada hem 2009/15/EC sayılı Direktif'te hem de 391/2009 sayılı Yönetmelik'te yer alan "tanımlar"a kısaca değinmek gerekmektedir. Bu tanımlara göre;

• **gemi,** uluslararası sözleşmeler kapsamına giren bir gemi;

• **bir üye devletin bayrağını taşıyan gemi,** kendi mevzuat hükümleri kapsamında bir üye devletin bayrağını taşıyan ve o üye devletce tescil edilmiş olan gemi (bu tanıma uymayan gemiler bir üçüncü ülke bayrağı taşıyor kabul edilir);

• **denetim ve sörveyler,** uluslararası sözleşmeler çerçevesinde yapılması zorunlu olan denetim ve sörveyler;

• **uluslararası sözleşmeler,** SOLAS, LOADLINE, MARPOL ile bunların protokol ve değişiklikleri ve tüm üye devletlerdeki, zorunlu statüdeki ilgili talimatnamelerin (kodların) güncel versiyonları;

• **kuruluş,** Yönetmelik kapsamındaki görevleri müştereken veya münferiden yerine getiren bir tüzel kişi, iştirakleri ve kontrolü altındaki diğer birimler;

• **kontrol,** kuruluşun tanımlandığı yukarıdaki paragrafın amacı doğrultusunda, müştereken veya münferiden, bir tüzel kişi üzerinde belirleyici nüfuza sahip olma imkanı veren ya da o tüzel kişinin bu Yönetmelik kapsamındaki görevleri yerine getirebilmesini sağlayan kanuni ya da fiili haklar, sözleşmeler ya da diğer yollar;

• **tanınmış kuruluş,** bu Yönetmelik uyarınca tanınmış bir kuruluş;

• **yetkilendirme,** bir üye devletin bir tanınmış kuruluşa yetki verdiği veya yetkilerini devrettiği bir eylem;

• **zorunlu (yasal) sertifika,** bir bayrak devleti tarafından veya bayrak devleti adına uluslararası sözleşmelere göre verilmiş bir sertifika;

• **kurallar ve prosedürler,** bir tanınmış kuruluşun gemilerin tasarım, inşa, teçhizat, bakım ve sörveyleri için gereklilikler;

• **klas sertifikası,** bir tanınmış kuruluş tarafından verilen ve geminin, söz konusu tanınmış kuruluş tarafından belirlenmiş ve kamuya açık olarak yayınlanmış kural ve prosedürler gereğince belirli bir kullanım amacına veya hizmete uygunluğunu onaylayan bir belge;

• **lokasyon,** bir kuruluşun kayıtlı ofisinin, merkez idaresinin yeri veya başlıca işinin bulunduğu yer;

olarak tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği mevzuatına göre "tanınmış kuruluş", IMO tarafından yapılan *"... bir bayrak devleti tarafından yetkili kılınmış kuruluş"* biçimindeki tanımdan farklı olarak; *"... AB tarafından tanınmış bir kuruluş"* tur. IMO mevzuatına göre tanınmış kuruluş olunabilmesi için, bir bayrak devletinin kuruluşu yetkilendirmiş

olması ve bu yetkilendirmenin IMO tarafından -yetkilendiren bayrak devletinin bildirimine bağlı olarak- **GISIS üzerinden ilan edilmesi** yeterli olmaktadır. AB tarafından tanınma süreci ise, öncelikle AB üyesi bir bayrak devleti tarafından yapılacak ön denetimlerin ardından bayrak devletinin uygun görüşle AB Komisyonu'na başvurusu ile başlamaktadır. Klas kuruluşunun AB tarafından tanınmış klas kuruluşları listesine eklenebilmesi için; bu başvurunun, bir AB organizasyonu olan **EMSA-Avrupa Deniz Emniyeti Ajansı**[42] tarafından yürütülen denetimlerin olumlu sonucuna bağlı olarak **AB Komisyonu tarafından kabul edilmesi** gerekmektedir. Diğer bir deyişle, IMO mevzuatındaki "tanınırlık" herhangi bir bayrak devletinin inisiyatifinde ve IMO sadece durumun ilan edilmesiyle yükümlü bir konumda iken; AB mevzuatında inisiyatif tamamen AB Komisyonu'nda ve onun bir organı olarak EMSA'dadır. EMSA bu denetimlerde bir yandan uluslararası mevzuat ve kendi mevzuatı açısından klas kuruluşunu denetlerken, diğer taraftan da -bir anlamda- bu kuruluşu öneren bayrak devletinin konuya ilişkin uygulamalarını gözden geçirmiş ve böylece 2009/15/EC sayılı Direktif'te

"IMO Sözleşmesi'nin taraflarınca tanınmış olan çok sayıdaki kuruluşun, görevlerini profesyonelce yapmalarını sağlayacak güvenilir ve yeterli yapılara ve deneyime sahip olmadıkları, ulusal idareler adına hareket ederken kuralların yeterli ölçüde uygulanmasını veya yeterli güvenilirliği sağlayamadıkları

ifadeleriyle yer alan saptamanın gereği, klas kuruluşları açısından da onları yetkilendiren bayrak devletleri açısından da yerine getirilmiş olmaktadır. Bu uygulamaya etkinlik kazandıran bir diğer faktör de tanınmış olmayan bir klas kuruluşunun bir AB üyesi bayrak devleti tarafından yetkilendirilmesinin mümkün olamamasıdır[43].

Ulusal klas kuruluşumuz Türk Loydu'nun AB tanınırlığı için -henüz Birliğe üye olmadan önce Türk Loydu'nu yetkilendirmiş olan- Slovakya Denizcilik İdaresi, Ekim-2006'da gerçekleştirdiği denetimin ardından Kasım-2007'de AB Komisyonu'na başvurmuş; yanıt alınamayınca da Ocak-2009'da başvuruyu yinelemiştir. Bu başvurunun da sonuçsuz kalması üzerine, Türk Loydu AB Komisyonu ve Slovakya Denizcilik İdaresi nezdinde yeniden girişimlerde bulunmuş; bunun sonucu olarak da Nisan-2009'da ikinci bir denetim gerçekleştirilerek Ocak-2010'da tekrar Komisyon'a başvurulmuştur. Önce Slovakya Denizcilik İdaresi ile AB arasındaki bazı anlaşmazlıklar, daha sonra da ilgili AB Direktifinde yapılan değişikliklerin gündeme gelmesi ve yeni direktifin beklenmesi nedeni ile o günden bu yana sonuçlanamayan sürecin, önümüzdeki günlerde canlandırılarak AB Komisyonu'nun denetim için EMSA'yı görevlendirmesi beklenmektedir.

Burada son bir not olarak, az önce ayrıntıları açıklanan ve 2012'de FSI-Bayrak Devleti Uygulamaları Alt Komitesi'nde son şeklini alması ve ardından onay için MSC ve MEPC'ye iletilmesi beklenen Tanınmış Kuruluşlar Kodu ile IMO mevzua-

42 EMSA - European Maritime Safety Agency http://www.emsa.europa.eu/

43 http://www.emsa.europa.eu/index.php?option=com_flexicontent&view=items&cid=90&id=68&Itemid=42

tının da -AB düzenlemeleri kadar katı olmasa da- klas kuruluşlarının yetkilendirilmesi (bunun sonucu olarak "tanınması") ve yetkinin sürdürülmesi konularında daha rasyonel ve etkin yeni bir düzene kavuşacağını eklemeliyiz.

İlgili AB Direktifleri doğrultuda halen Avrupa Birliği tarafından tanınmış olan klas kuruluşları, American Bureau of Shipping (ABS), Bureau Veritas (BV), China Classification Society (CCS), Det Norske Veritas (DNV), Germanischer Lloyd (GL), Korean Register of Shipping (KR), Lloyd's Register of Shipping (LR), Nippon Kaiji Kyokai (ClassNK), Polish Register of Shipping (PRS), Registro Italiano Navale (RINA) ve Russian Maritime Register of Shipping (RS)'dir. Ayrıca etkileri Yunanistan, Kıbrıs ve Malta'yla sınırlı olmak kaydıyla Hellenic Register of Shipping (HR) ve etkileri Portekiz'le sınırlı olmak kaydıyla Registro Internacional Naval (RINAVE) de Avrupa Birliği tarafından tanınmış klas kuruluşları arasında yer almaktadır[44].

Avrupa Birliği'nin klas kuruluşlarını da ilgilendiren bir diğer mevzuat alanı da ilk olarak 1987 yılında yayınlanmaya başlanmış ve amacını AB iç pazarında malların serbest dolaşımını sağlamak ve bunu gerçekleştirirken mümkün olan en yüksek seviyede korumayı sağlamak olarak özetleyebileceğimiz ve kamuoyunun daha çok "CE İşareti" nedeniyle tanıdığı **Direktif**lerden oluşmaktadır. Direktiflerin ortak noktasını, uyumlaştırılması ve uygulanması zorunlu olan temel gereklerin ve uygunluk değerlendirme süreçlerinin tanımı ile CE İşaretinin kullanımı konuları oluşturmaktadır. Avrupa Komisyonu'na ait internet sitesi üzerinden liste[45]sine ulaşılabilmesi mümkün olan bu Direktiflerin klas kuruluşlarının da faaliyetlerini içeren iki tanesi, Gezi Tekneleri Direktifi[46] ile Gemi Teçhizatı Direktifi[47]dir. Avrupa Birliği'nin bu alandaki mevzuatının konumuzu esas ilgilendiren yanı ise, "onaylanmış kuruluş[48]" tanımıdır. Direktif kapsamındaki görevleri yerine getirecek organizasyonlar ile ilgili olarak belirlenen bu tanımın, diğer AB ve IMO dokümanlarında yer alan "tanınmış kuruluş[49]" gibi benzerleri ile aralarındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir. Daha öncekiler gibi bu husus da yeri geldiğinde ulusal mevzuatla ilgili bölümde ele alınacaktır.

IACS - Uluslararası Klas Kuruluşları Birliği Mevzuatı.

1930 tarihli LoadLine Sözleşmesi'nin -sözleşme hükümlerinin birörnek uygulanmasının sağlanması için- klas kuruluşlarının belli zamanlarda bir araya gelerek görüşmeler yapmasını tavsiye eden 9. maddesinin açtığı yol; 1968'de Uluslararası Klas Kuruluşları Birliği IACS'ın American Bureau of Shipping (ABS), Bureau Veritas (BV), Nippon Kaiji Kyokai (ClassNK), Det Norske Veritas (DNV), Germanischer

44 2007/C 135/04 List of organisations recognised on the basis of Council Directive 94/57/EC
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:135:0004:0004:EN:PDF
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009D0728:EN:NOT

45 http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/harmonised-standards-legislation/list-references/

46 Directive 94/25/EC on Recreational Craft

47 Directive 96/98/EC on Marine Equipment

48 Notified Body

49 Recognized Organization

Lloyd (GL), Lloyd's Register of Shipping (LR), ve Registro Italiano Navale (RINA) tarafından kurulmasına kadar ulaşmıştır. Bugün IACS, bu alanda IMO'ya danışman statüsünde üye olan tek kuruluştur. Birliğe daha sonra 1969'da Russian Maritime Register of Shipping (RS), 1988'de ise Indian Register of Shipping (IRS), China Classification Society (CCS), ve Korean Register of Shipping (KR) üye olmuşlardır. 2011 içinde Croatian Register of Shipping (CRS) ve Polish Register of Shipping (PRS)'in de üyeliğe kabulü ile bugün üye sayısı 13'e ulaşmıştır.

2010 yılı sonu rakamları ile 500 GT (gross ton) üzerindeki toplam 49.937 adet geminin 37.141 adedi yani %74'ü, 11 adet (2010 sonu itibarı ile) IACS üyesi klas kuruluşuna kayıtlıdır. Gemi sayısı bazında dahi çok büyük bir oranı işaret eden bu değer, tonaj üzerinden değerlendirilme yapıldığında daha da derin bir uçurumu göz önüne sermektedir. 2011 itibariyle dünya deniz ticaret filosunun tonaj olarak %95'i IACS üyelerinin kayıtları ve kontrolu altındadır. 2011'de iki yeni üyenin IACS'a katılması ile farkın biraz daha açılmış olduğunu göz ardı etsek dahi, bugün dünya deniz ticaret filosunun sadece geri kalan %5'i 50'ye yakın diğer klas kuruluşları arasında paylaşılmaktadır.

IACS'ın yeni üyelik başvuru ve değerlendirme prosedürüne göre, üyelik başvurusu yapmak isteyen klas kuruluşunun önce gerekli dokümanları da ekleyerek IACS'a başvurması ve "klas kuruluşu statüsü"nün teyidini istemesi[50] gerekmektedir. IACS'ın bir kuruluşun "klas kuruluşu" olduğunu "teyid etmesi" için, söz konusu kuruluş;

1. Gemi tasarımı, inşaatı ve sörveylerine ilişkin kendi klas kurallarını teknik gerekleri içerecek şekilde yayınlamalı ve bu kural ve düzenlemeleri uygulama, sürdürme ve kendi kaynakları ile düzenli olarak güncelleme kapasitesine sahip olmalı;

2. Klasladığı geminin; bu kurallara uygunluğunu, inşaası sırasında ve periyodik olarak da hizmet süresi boyunca doğrulamalı;

3. Klasladığı gemilerin kayıtlarını (register) yayınlamalı;

4. Gemi sahipleri, gemi inşaatcıları veya ticari olarak gemilerin üretimi, donatımı, tamiri veya işletimi ile iştigal eden diğerleri tarafından kontrol edilmemeli ve bunlar üzerinde bir pay sahibi olmamalı;

5. Bir bayrak devleti tarafından SOLAS Kısım XI-1, Kural 1'de tanımlandığı şekilde yetkilendirilmiş ve bu bağlamda IMO veritabanında (GISIS - Global Integrated Shipping Information System) yer almış olmalıdır.

Başvuruda da belirtilmişse, Klas Kuruluşu Statüsü'nün teyidi, kuruluşa IACS'ın Teknik Forumlarına ve Çalışma Gruplarına katılım imkanı sağlamaktadır. Böylece IACS tarafından geliştirilen kurallar[51] ile ilgili olarak, hazırlık çalışmalarına, tartışma ve görüşmelere katılım sağlama ve görüş verme konularında IACS üyesi klas

50 Bu talep için kullanılan standart mektup, kuruluşun IACS Teknik Forumları'na katılmayı da isteyip istemediği bilgisinin yanısıra, başvurunun "IACS'a üyelik" nihai amacını taşıyıp taşımadığının da belirtilmesi gereğini içermektedir. http://www.iacs.org.uk/publications/publications aspx?pageid=4&sectionid=17

51 IACS Resolutions; Unified Requirements, Unified Interpretations, Procedural Requirements

kuruluşları ile eşit haklar elde edilmiş olmaktadır. Bu teyid aynı zamanda üyelik için ilk etabın tamamlanması anlamına da gelmekte; -ve yine başvuruda belirtilmişse- IACS'a üyelik için sürecin ikinci bölümünün önü açılmaktadır.

Ulusal klas kuruluşumuz Türk Loydu da ilk aşama olan "Klas Kuruluşu Statüsü"nün teyidi için 28 Eylül 2010 tarihinde IACS Sekreteryasına başvurmuştur. Bu başvuru, Türk Loydu'nun IACS'ın Teknik Forumlarına katılım isteğini ve sonuçta IACS'a tam üyelik başvurusunun amaçlandığı bilgisini de içermektedir. IACS, 14 Ocak 2011 tarihli yanıtı ile Türk Loydu tarafından gönderilen dokümanlar üzerinden yapılan incelemeye bağlı olarak Türk Loydu'nun "klas kuruluşu statüsü"nün IACS Konseyi tarafından teyidinin kararlaştırılmış olduğunu bildirmiştir. IACS üyeliğinin bu ilk adımının ardından, gerekli hazırlıkların tamamlanması ile 2011'in son aylarında üyelik sürecinin ikinci etabı olan QSCS[52] denetiminin 2012'nin ilk aylarında -Türk Loydu'nun 50. Kuruluş Yıldönümü olan 28Şubat 2012'ye kadar- gerçekleştirilmesi için müracaat edilmesinin; bu denetimin de başarı ile sonuçlanmasına bağlı olarak Türk Loydu'nun üyelik başvurusunun sonuçlandırılmasının beklendiği bilinmektedir.

Uluslararası Mevzuatla İlgili Diğer Hususlar

Ulusal mevzuata geçmeden önce üzerinde durulması gereken son bir husus da "kuruluş" tanımı ile ilgilidir.

Bilinmektedir ki; Bayrak Devletleri genellikle yetki verdikleri klas kuruluşları ile ilişkilerini kendileri için daha uygun ve kolay bir yasal çerçeveye oturtabilmek amacı ile ülkelerinde yerleşik bir "temsilci"yi muhatap almayı uygun/gerekli görmektedirler. Örneğin ulusal mevzuaatımızda **Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik**[53]in 21. maddesi;

"İdare tarafından yetkilendirilecek kuruluşlar, bu Yönetmelikte belirtilen koşulların yanı sıra, Yurt içinde, Türk Kanunlarına uygun ve yerleşik bir daimi temsilcilik bulundurmak zorundadırlar. Yeni inşa edilecek gemilerin yetkilendirilmiş kuruluşların kural ve denetiminde inşa edilmesi durumunda, geminin inşa edildiği bölgede de daimi kadrolu eleman bulundurulur." hükmünü amirdir.

Ayrı bir tüzel kişilik halinde, yetki veren ülkenin yasalarına göre kurulmuş olan ve faaliyet yürüten bu "temsilci"lerin, klas kuruluşlarının merkezleri ile olan hukuki bağlantılarının tartışmalı duruma geldiği örneklere de sık rastlanmaktadır. Sadece AB mevzuatında ve hem 2009/15/EC sayılı Direktif'te ve hem de 391/2009 sayılı Yönetmelik'te yer alan yer alan "kuruluş" ve "kontrol" tanımları bu nedenle önem taşımaktadır. Az önce AB Mevzuatı ile ilgili bölümde yer verdiğimiz bu tanımlara göre;

52 IACS Quality Management System Certification Scheme – IACS Kalite Yönetim Sistemi Sertifikalandırma Planı http://www.iacs.org.uk/document/public/Publications/Procedures/PDF Volume_3._IACS_Quality System_Certification_Scheme_(QSCS)_pdf1578.pdf

53 01 Ekim 2003 tarih ve 25246 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?Mevzuatod=7.5.5695&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=türk%20bayraklı

"(391/2009 sayılı) Yönetmelik kapsamındaki görevleri müştereken veya münferiden yerine getiren bir tüzel kişi, iştirakleri ve kontrolü altındaki diğer birimler"

"kuruluş" olarak;

"kuruluşa müştereken veya münferiden, bir tüzel kişi üzerinde belirleyici nüfuza sahip olma imkanı veren ya da o tüzel kişinin Yönetmelik kapsamındaki görevleri yerine getirebilmesini sağlayan kanuni ya da fiili haklar, sözleşmeler ya da diğer yollar" da "kontrol" olarak saptanmaktadır.

Daha açık bir anlatımla, uluslararası alanda faaliyet yürüten bir klas kuruluşunun herhangi bir ülkedeki temsilciliği ya da acentesi, hatta o ülkede yerleşik sörveyörü -bulunduğu ülke yasalarına göre ayrı bir tüzel kişilik oluştursa da, klas kuruluşunun merkezi ile aynı ya da benzer bir adı taşıyıp taşımadığına, aralarında herhangi bir ortaklık ilişkisinin varlığının söz konusu olup olmadığına dahi bakılmaksızın, klas kuruluşu adına görev yapıyor ya da klas kuruluşunun yetkilerini onun adına kullanıyor olduğu için- klas kuruluşunun bir parçası olarak kabul edilmektedir.

Burada bir diğer husus da kuruluşların farklı faaliyet alanlarındaki şirketleri ile ilgilidir. Günümüzde çoğu klas kuruluşunun denizcilik sektörü dışında birbirlerinden çok farklı başka alanlarda da (malzeme ve ürün, enerji, yazılım, yönetim sistemleri, danışmanlık, eğitim, personel belgelendirme, diğer AB Direktifleri, vb.) faaliyet yürütmekte olduklarını daha önce belirtmiştik. Çoğu klas kuruluşu, farklı alanlardaki bu faaliyetlerini, her bir faaliyet için kurdukları ayrı ayrı şirketler üzerinden sürdürmeyi tercih etmektedirler. Klas kuruluşunun "iştiraki ve kontrolu altındaki birimi" durumundaki bu tür şirketler de benzer şekilde, -ayrı tüzel kişiliklere, farklı adlara sahip bile olsalar- klas kuruluşunun kendisi ile aynı statüde değerlendirilmektedirler.

ULUSAL MEVZUATTA KLAS KURULUŞLARI

Ulusal mevzuatta klas kuruluşları ile ilgili hüküm içeren ilk belge, 10 Haziran 1946 tarih ve 4922 sayılı **Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun**[54]'dur. Bu Kanun'un -5 Mayıs 1981 tarih ve 2459 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilmiş- 5. maddesi;

"Milli ve Milletlerarası tanınmış **tasnif kurumları**ndan verilen ve hükmü olan bir belgeyi haiz gemilere, belgesinde yazılı süre ve görev için, ayrıca denetleme yapılmadan, denize elverişlilik belgesi verilir. Ancak bu gibi kurumların yönetmelik ve kurallarınca denetleme dışında bıraktıkları kısımlarının denetlenmesi bu kanun hükümlerine göre yapılır.[55]"

şeklindedir. Ülkemizin o dönemlerde Denizcilik İdaresi olarak adlandırılabi-

54 14 Haziran 1946 tarih ve 6333 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.4922&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=denizde%20can

55 Bu maddenin en başındaki "Milli ve" sözcükleri, Gemi Mühendisleri Odası ile Türk Loydu'nun ulusal klas kuruluşumuz Türk Loydu'nun kuruluşu olan 1962'den itibaren başlayan uzun uğraşları sonucunda, ancak 1981'de maddeye eklenebilmiştir.

lecek kurumları, klas kuruluşları ile olan ilişkilerini -Bayrak Devletlerinin klas kuruluşlarına yetki devrine ilişkin uluslararası mevzuat ile buna paralel ve uyumlu olarak yürürlüğe konan ulusal mevzuattan önce- bu yasa hükmüne dayanarak düzenlemekteydiler.

Günümüzde Denizcilik İdaresi konumundaki Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı ile klas kuruluşları arasındaki ilişkileri düzenleyen öncelikli belge ise, **Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik**[56]tir. Dayanak başlıklı 3. Maddesinde

"10/8/1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7/2/2002 tarihli ve 4745 Sayılı Kanun'un 3 üncü maddesi ile değişik 7 nci maddesinin (b) bendi, aynı Kanunun 8 inci maddesinin (f) bendi ile üyesi bulunduğumuz Uluslararası Denizcilik Örgütünün (IMO) A. 739 (18) sayılı kararına dayanılarak hazırlandığı" belirtilmekte olan Yönetmelik; 1. maddesinde yer alan ifadelere göre, "ulusal ve uluslararası sularda denizde can ve mal güvenliğinin sağlanması ile deniz kirliliğinin önlenmesine yönelik olarak, ulusal mevzuat ve Ülkemizce taraf olunan/kabul edilen sözleşme, karar, kural, kod, sirküler ve diğer metinler gereğince, Türk bayraklı gemilerin yapım, onarım, tadilat ve kullanım aşamalarında tabi olacakları asgari güvenlik ve yeterlik gereklerinin gözetim ve denetimi kapsamında, test, muayene, onay ve belgelendirme hizmetlerini, bu hizmetlerin serbestçe yürütülmesi esasına dayanarak idare adına yürütecek kuruluşların seçimi, yetkilendirilmeleri, denetlenmeleri ve yetkilerin iptaline ilişkin usul ve esasları düzenlemeyi" amaçlamaktadır.

Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan ve **İdare Tarafından İdare Adına Sörvey Yapma ve Sertifika Düzenleme Yetkisi Verilecek Kuruluşlar İçin Asgari Kriterler** başlığını taşıyan belge ile belirlenen esaslara göre, yetkilendirilecek kuruluşlar;

"gemilerin dizayn ve konstrüksiyonunun değerlendirilmesi ile ilgili olarak kapsamlı deneyimlerini dokümante edebilmeli;

"100 Groston'un üzerinde, okyanusa çıkmaya elverişli en az bin adet gemiden müteşekkil ve en az toplam 5.000.000 Groston'luk bir filoyu klası altında tutuyor ve bunun için de en az yüz adet seçkin sörveyör istihdam ediyor olmalı[57];

---

56 01 Ekim 2003 tarih ve 25246 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.5695&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=türk%20bayraklı

57 21 Ağustos 2010 tarih ve 27679 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikle Yönetmeliğin 6. maddesine aşağıdaki ek yapılmıştır: "İdare, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan "İdare Tarafından İdare Adına Sörvey Yapma ve Sertifika Düzenleme Yetkisi Verilecek Kuruluşlar İçin Asgari Kriterler" in 1.2 numaralı paragrafında belirtilen sayısal şartları taşımayan; ancak, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan diğer şartları ve IMO'nun A.847 (20) numaralı Kararı ve eklerinde yer alan hükümleri karşılayan tanınmış kuruluşları da yukarıda belirtilen inceleme ve değerlendirmeden geçirmek suretiyle, başlangıçta üç yıl süreyle sınırlı olarak yetkilendirebilir. Tanınmış kuruluşun bu süre zarfındaki deniz emniyeti ve deniz kirliliğinin önlenmesine ilişkin bayrak ve liman devleti performans kayıtları ile Türkiye'deki yapılanmasının bu Yönetmeliğin 21 inci maddesinde yer alan hükümlere

"gemilerin dizaynı, konstrüksiyonu ve periyodik denetimleri ile ilgili olarak yayınlanmış, devamlı olarak güncelleştirilen ve araştırma/geliştirme sonuçlarına göre iyileştirilen ayrıntılı ve yetkin kurallara sahip olmalı ve bunları dokümante edebilmeli;

"her yıl sicil kitabı yayınlamalı ya da elektronik ortamda kolay erişilebilir şekilde güncel tutulmalı;

"gemi sahipleri veya gemi inşaatçıları veya gemi üretimi, teçhizi, bakımı, onarımı, ve işletimi konularında ticari faaliyet gösteren diğer kuruluşlar tarafından kontrol edilmemeli; gelirleri ağırlıklı olarak tek bir ticari kuruluşa bağlı gemiler bazında olmamalı;

"***Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelik*** hükümleri ve ***İdare Adına Sörvey Yapma ve Sertifika Düzenleme Yapan Kuruluşların Sörvey Yapma ve Sertifika Düzenleme İşlevlerinin Özellikleri*** başlıklı A. 789 (19) numaralı IMO kararının ekinde belirtilen gereklere uygun olarak çalışmalıdırlar." Bunun yanısıra yetkilendirilecek kuruluşlar,

"kayıt altına aldıkları gemilerle ilgili çalışmaları yürütebilecek yetkin teknik, idari, destek ve araştırma personeline sahip olmalı; bu personel, kuralların geliştirilmesi ve uygulaması çalışmalarını da yürütebilecek yeterlikte olmalı;

"dünya çapında yaygın kadrolu personele/sörveyörlere sahip olmalı veya diğer tanınmış kuruluşların kadrolu personelini/sörveyörlerini kullanabilmeli;

"ahlak prensiplerine (Code of Ethics) sahip olmalı;

"İdare ve diğer kuruluşlarla olan ilişkilerinde gizlilik prensiplerine uyacak tarzda yönetilmeli;

"İdare tarafından istenilecek her türlü bilgiyi istenilen sürede İdareye ve ilgili diğer taraflara verebilecek olanaklara sahip olmalı;

"yönetimleri, kuruluşun kalite ile ilgili politikasını kararlaştırmalı ve dokümante etmeli; bu politikanın kuruluşun her seviyesinde anlaşılmasını, uygulanmasını ve sürdürülmesini sağlamalı; kalite politikası, deniz güvenliği ile deniz kirliliğinin önlenmesine ilişkin hedef ve göstergeleri kapsamalı;

"Tükiyedeki ve Türk bayraklı gemilere ilişkin yürüttükleri faaliyetleri konusunda, muayene kuruluşlarına ilişkin EN 45004 (ISO 17020) ve EN 29001 (ISO 9001)'e göre uygun ve etkin bir iç kalite sistemine sahip olduklarını TÜRKAK-Türk Akreditasyon Kurumuna yaptıracakları inceleme ile kanıtlamalı, uygulamalı ve sürdürmelidirler."

---

uygun olması ve İdare tarafından yapılan denetimlerde büyük uygunsuzluk bulunmaması halinde sınırlı yetkilendirme, aynı usulde yapılacak değerlendirme sonucunda İdare tarafından üçer yıllık sürelerle uzatılabilir. Süre sınırlı yetkilendirmeler bu Yönetmeliğin 28 inci ve 29 uncu maddelerinin uygulanmasına engel teşkil etmez."

Ayrıca,

"kuruluşun kuralları sistematik bir şekilde oluşturulmalı, sürekli ve düzenli olarak güncellenmeli;

"kuruluş, kurallarının uygulanma kalitesine ilişkin değerlendirmeyi yapacak iç denetim sistemine sahip olmalı;

"İdare adına sörvey ve sertifikalandırma yapmak üzere yetkilendirilmiş olduğu konulardaki uygulamanın kalitesine ilişkin değerlendirmeyi yapacak ve ulusal kural ve uluslararası sözleşmelere uygunluğunu kontrol edecek bir iç denetim sitemine sahip olmalı;

"personelin kaliteye etki edebilecek olan sorumlulukları, yetkileri ve ilişkileri tanımlanmış ve dokümante edilmiş olmalı;

"bütün işler kontrollü koşullarda yapılmalı;

"kuruluş, bünyesinde istihdam edilen sörveyörler ile teknik ve idari personel tarafından yürütülen işlerin düzenli ve sürekli olarak kontrol edildiği bir kontrol mekanizmasına sahip olmalı;

"kuruluşun yetkilendirildiği işlere ilişkin kontroller, kuruluşun kadrolu sörveyörleri veya İdarece yetkilendirilmiş diğer kuruluşların kadrolu sörveyörleri tarafından gerçekleştirilmeli; kadrolu sörveyörler, sörvey yaptıkları gemi tipi ve yaptıkları sörvey ve uygulanacak kurallar hakkında yeterli bilgileri taşımalı;

"kuruluş, sörveyörlerinin niteliklerinin ve bilgilerinin geliştirilmesini hedefleyen bir sisteme sahip olmalı;

"kuruluş, kalite sisteminin etkin çalıştığını ve verilen hizmetlerin gereken standartlara uygunluğunu belgeleyen kayıtları tutmalı;

"kuruluş, tüm birimlerinin faaliyetlerinde, planlı ve yazılı ayrıntılı bir kalite iç denetim sistemi oluşturmuş olmalı;

"kuruluş, ***Harmonize Sörvey ve Belgelendirme Sistemi (HSSC)*** gereği yapacağı sörvey ve muayeneleri, IMO'nun ***Harmonize Sörvey ve Belgelendirme Kılavuzu*** başlıklı A.746(18) sayılı Genel Kurul Kararı ve eklerindeki taleplere uygun olarak gerçekleştirmeli;

"kuruluşun merkez ofisi, bölgesel ofisleri, sörvey ofisleri ve sörveyörleri arasında ve diğer yetkilendirilmiş kuruluşlar ve sörveyörleri arasında açık ve doğrudan sorumluluk ve kontrol mekanizması kurulmuş olmalıdır."

Yetkilendirilecek kuruluşlar;

"tekne, makine, elektrik ve kontrol donanımı ilgili olarak, SOLAS kurallarının uygulanmasını, Yolcu Gemisi Teçhizat Emniyet Sertifikası ile Uluslararası Yükleme Sınırı Sertifikasının düzenlenmesini sağlayacak tarzda, ulusal ve uluslararası standartlara uygun şekilde kendi kurallarını oluşturmalı, geliştirmeli ve güncelleştirmeli;

"uluslararası sözleşmeler gereği düzenlenecek sertifikalarla ilgili tüm muayene ve sörveyleri, nitelikli personel kullanarak yürütmeli; IMO'nun A. 788 (19) sayılı ve

"Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu Uygulama Kılavuzu" başlıklı kararı ve ekinde yer alan Uluslararası Güvenli Yönetim (ISM) Sistemi sörveyleri ve belgelendirmesini gerçekleştirebilecek ve sürdürecek yapıya sahip olmalı;

"kalite sistemini, İdarenin tanıdığı/belirlediği Türkiyede yerleşik bir tanınmış kuruluş aracılığıyla belgelendirmiş olmalı;

"kurallarını geliştirmede İdarenin ve ilgili diğer ulusal ve uluslararası kuruluşların görüşlerini de almalıdır.

Son olarak da;

"Yetkilendirilecek kuruluşun sörveyörleri ve teknik personeli işlerini, patent, lisans, yöntem bilgisi veya kullanımı uluslararası düzeyde ya da ulusal düzeyde yasal koruma altında olan her türlü bilgi dahil olmak üzere, tersanelerin, ekipman tedarikçilerinin ve gemi sahiplerinin fikrî mülkiyet haklarına halel getirmeden yaparlar ve her ne şart altında olursa olsun inşa ve onarım halindeki gemilerin denetim, kontrol ve izleme işleri sırasında edinilen ticari özellikli bilgileri başkalarına aktaramaz ve ifşa edemezler."

Klas kuruluşlarının da içlerinde yer aldığı uygunluk değerlendirme kuruluşlarını öncelikli olarak ilgilendiren diğer düzenlemeler ise Avrupa Birliği mevzuatından kaynaklanan yönetmeliklerdir. Bunlar arasında yer alan **Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ile Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik**[58]i, yukarıda sözü edilen ve IMO Sözleşmeleri hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yetki devrinin esaslarını düzenleyen yönetmeliğin, Avrupa Birliği Direktifleri ile belirlenen teknik düzenlemelerin uygulanması için uyarlanmış örneği olarak nitelemek çok da yanlış olmayacaktır. Bu yönetmelik, Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmeliğe benzer şekilde,

"AB Direktifleri ile bir teknik düzenleme kapsamına alınmış bulunan ve piyasaya sunulması hedeflenen ürünlerin ilgili teknik düzenlemeye uygunluğunun test edilmesi, muayene edilmesi ve/veya belgelendirilmesi amacıyla etkinlik yürütecek uygunluk değerlendirme kuruluşları ve onaylanmış kuruluşların çalışma usul ve esaslarını, taşımaları gereken asgari ölçütleri ve faaliyetleriyle ilgili olarak uygulanacak yaptırımları" kapsamaktadır.

Klas kuruluşlarını yakından ilgilendiren diğer başlıca mevzuat **Gemilerin Genel Denetimi ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelik**[59], **Gemilerin Teknik Yönetmeliği**[60] ve **Gemi İnşa Yönetmeliği**[61]dir.

58 17 Ocak 2002 tarih ve 24643 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=3.5.20013531&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=uygunluk%20değerlendirme

59 10 Kasım 2006 tarih ve 26342 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.10775&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=gemilerin

60 17 Kasım 2009 tarih ve 27409 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.13556&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=

61 05 Haziran 2010 tarih ve 27602 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.14018&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=

Bunlardan ilki,

"ticari maksatla çalıştırılmayan devlet gemileri, küçük tekneler, savaş gemileri ile yardımcı savaş gemileri dışındaki Türk gemileri, yurt dışında inşa edilmekte olan ve tamamlandığında bir Türk gemisi haline gelecek olan gemiler, uluslararası hukukta öngörülen sınırlamalar çerçevesinde Türk deniz yetki alanlarındaki yabancı gemiler, Türkiye'de inşaat, dönüştürme veya onarım halinde bulunan gemiler ve Türkiye'de inşa veya tescil edilen deniz yapıları ile Türk sularında faaliyette olan diğer deniz yapıları için" ulusal ve uluslararası kurallar ve yükümlülükler gereği olan denetimler ile bunlara bağlı belgelendirme (sertifikalandırma) faaliyetlerine ilişkin esasları düzenlemektedir.

Gemilerin Teknik Yönetmeliği ise

"gemilere "denize elverişlilik belgesi", "yükleme sınırı belgesi", "liman çıkış belgesi" ve su araçlarına "su aracı uygunluk belgesi" düzenlenmesine esas olacak teknik kuralların, yükleme sınırlarının, sefer bölgelerinin belirlenmesi ile bunlara yönelik uygulama esasları ve belgelendirmelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesi" amacını taşımakta;

"askeri gemi ve su araçları ile yükleme sınırı gerekleri açısından balıkçı gemilerini, ilkel yapılı gemileri, özel tekne ve su araçlarını" kapsam dışı bırakmaktadır. Diğer yandan, uluslararası sefer yapan gemiler de bu yönetmelik kapsamına alınmış olmakla birlikte; öncelikle uluslararası kurallara, sözleşme hükümlerine tabi olmaktadırlar.

Amacı,

"gemi ve su araçlarının inşa, tadilat ve bakım-onarımları esnasında uyulması gereken teknik nitelik ve yeterliklerinin denetim ve belgelendirilmesinde ilgili tarafların uyacakları usul ve esasları belirlemek" olan Gemi İnşa Yönetmeliği ile birlikte bu üç yönetmelik, temel amaçlarının "denetim ve belgelendirme" esaslarının düzenlenmesi olması nedeniyle; kapsadıkları konularda Bayrak Devleti yetkisi kullanan, Bayrak Devleti adına faaliyet yürüten klas kuruluşlarını doğrudan ilgilendirmektedir.

Bunlara ek olarak, yönetim sistemleri denetim ve belgelendirmesi esaslı **Uluslararası Emniyet Yönetimi Kodunun Türk Bayraklı Gemilere ve İşletmecilerine Uygulanmasına Dair Yönetmelik**[62] ile **Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu Uygulama Yönetmeliği**[63] de kendi uygulama alanlarında, başka hususların yanısıra Bayrak Devleti adına görev yapacak kuruluşlara ilişkin gerekliliklerı de saptamaktadır.

62 27 Ekim 2009 tarih ve 27389 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.13509&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=

63 20 Mart 2007 tarih ve 26468 sayılı Resmi Gazete https://atlantis.denizcilik.gov.tr/mevzuat/Turkce/um.aspx?Baslik=15 (Sıra 166)

Liman Devleti Denetimi Yönetmeliği[64], **Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerleri Yönetmeliği**[65], **Balıkçı Gemilerinin Emniyeti Hakkında Yönetmelik**[66], **Dalabilir Deniz Araçları Hakkında Yönetmelik**[67], **Yolcu Gemilerinin Emniyetine ve Gemilerdeki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmelik**[68], **Ro-Ro Yolcu Gemileri ve Yüksek Hızlı Yolcu Tekneleri Yönetmeliği**[69], **Petrol Tankerlerinin Çift Cidar veya Eşdeğer Tasarım Şartlarının Uygulama Esasları ve Kabotajda Çalışan Petrol Tankeri Operasyonlarının Emniyetli Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik**[70] gibi yönetmelikler de düzenlemeyi amaçladıkları alanlarda, klas kuruluşlarına yönelik yetki ve görevlendirmeler ile uygulama ve denetim esaslarını içermektedir.

Denizyoluyla Taşınan Tehlikeli Yüklere İlişkin Uluslararası Kod[71] **Kapsamında Eğitim ve Yetkilendirme Yönetmeliği**[72]

"deniz yoluyla taşınan tehlikeli yüklerle ilgili olarak; sınıflandırma, ambalajlama, işaretleme, etiketleme, plakalandırma, taşıma ünitesine ve gemiye yükleme, taşıma ünitesinden veya gemiden boşaltma, yük teklifi isteme, yük teklifini hazırlama ve kabul etme, yükü elleçleme, istifleme ve tahliye planlarını hazırlama, taşıma, depolama, ilgili sevk belgelerini hazırlama, kontrol ve denetim yapma konularında görev alacak kişilere verilecek eğitim seminerlerini, bu eğitim seminerlerinin standart programlarını ve bu programların icrası ile İdare adına bu programları icra edecek kurum ve kuruluşların yetkilendirilmesine ilişkin usul ve esasları" belirlemekte ve bu nedenle de söz konusu eğitimlerde görev yapmak üzere yetkilendirilecek klas kuruluşlarının eğitim alanındaki faaliyetlerini ve/veya birim ya da şirketlerini ilgilendirmektedir.

Avrupa Birliği'nden kaynaklanan ulusal mevzuat düzenlemelerine geçmeden, ulusal mevzuatımızda ve denizcilik alanında yer alan ve uluslararası mevzuatla bağı olmayan iki yönetmelikten daha söz etmemiz gerekmektedir. Düzenledikleri alanda ulusal klas kuruluşumuz Türk Loydu'na ve/veya bazı esaslar çerçevesinde belirlenmiş başka klas kuruluşlarına ayrıcalıklar tanıyan hükümler içeren ve klas

64 26 Mart 2006 tarih ve 26120 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.10043&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=liman%20devleti

65 10 Ağustos 2008 tarih ve 26963 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.12345&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=tersane

66 23 Şubat 2006 tarih ve 26089 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.9952&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=BALIKÇI%20GEMİLERİNİN

67 23 Haziran 2006 tarih ve 26207 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.10434&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Dalabilir

68 12 Aralık 2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.11770&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=yolcu%20gemilerinin

69 30 Ocak 2008 tarih ve 26772 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.11936&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Ro-Ro

70 03 Kasım 2008 tarih ve 27043 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.12564&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Petrol%20Tankerlerinin%20Çift%20Cidar%20veya%20Eşdeğer%20Tasarım

71 IMDG Code - International Maritime Dangerous Goods Code

72 04 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.14710&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=

kuruluşlarını sadece bu yanları ile ilgilendiren bu yönetmelikler; **Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği**[73] ile **Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**[74]tir.

Avrupa Birliği mevzuatına paralel olarak ulusal mevzuatımıza dahil edilenler arasında, klas kuruluşlarını doğrudan ilgilendirenler ise; **CE Uygunluk İşaretinin Ürüne İliştirilmesine ve Kullanılmasına Dair Yönetmelik**[75], **Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik**[76], **Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ile Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik**[77], **Gemi Teçhizatı Yönetmeliği**[78] ve **Gezi Tekneleri Yönetmeliği**[79]dir.

ULUSAL MEVZUATTA TANIMLAR VE TERMİNOLOJİ

Ulusal mevzuatımızda "klas kuruluşu" tanımını içeren herhangi bir doküman mevcut değildir. Ancak, Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik ekinde yer alan **İdare Tarafından İdare Adına Sörvey Yapma ve Sertifika Düzenleme Yetkisi Verilecek Kuruluşlar İçin Asgari Kriterler** başlıklı belge ile saptanmış olan ölçütler göz önüne alındığında; yukarıdaki bölümlerde verilen ve Dr. İ. Serdar KOYUNCU tarafından yapılmış olan tanımın, ulusal mevzuatımız açısından da aynen geçerli sayılmasının yanlış olmayacağı anlaşılmaktadır.

Ulusal mevzuatımızda klas kuruluşlarını ve Türk Bayraklı gemilere ilişkin faaliyetlerini etkileyen ve ilgilendiren başka muhtelif tanımlar söz konusudur. Bu tanımların bazıları, uluslararası mevzuatta da aynen yer almış ve/veya ona paralel ve uygun olarak mevzuatımıza dahil edilmişken; bazıları uluslararası mevzuattan belirgin farklılıklar içerebilmektedir. Bunların yanısıra uluslararası mevzuat ile herhangi bir bağlantısı olmayan ülkemize özgü bazı tanımlar da ulusal mevzuatımızda yer almıştır. Burada bu tanımların belli başlıları, özellikle de -varsa- uluslararası mevzuatla farklılıklarının ortaya konması amacıyla ele alınacaktır.

Tanınmış (klas) Kuruluş(u):

Önceki bölümlerde "tanınmış kuruluş" teriminin IMO mevzuatında "*... bir bayrak devleti tarafından yetkili kılınmış kuruluş*" biçiminde, AB mevzuatında ise

73 23 Haziran 2000 tarih ve 24088 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.5692&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=türk%20uluslararası

74 24 Eylül 2004 tarih ve 25593 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.5662&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Deniz%20Ticaret

75 17 Ocak 2002 tarih ve 24643 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=3.5.20013530&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=ce

76 17 Ocak 2002 tarih ve 24643 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=3.5.20013529&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=ürünlerin

77 17 Ocak 2002 tarih ve 24643 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=3.5.20013531&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=uygunluk%20değerlendirme

78 23 Ekim 2005 tarih ve 25975 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.9561&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=gemi%20teçhizatı

79 28 Aralık 2006 tarih ve 26390 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.10901&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=gezi%20tekneleri

bu tanımdan farklı olarak; *"... AB tarafından tanınmış bir kuruluş"* şeklinde ifade edilmiş olduğu belirtilmişti. Bu terim ulusal mevzuatımızda, -IMO tarafından yapılan tanıma da tamamen uygun olarak-

"IMO kurallarına göre taraf devletlerce yetkilendirilen ve IMO tarafından da yetki kapsamıyla birlikte ilan edilen veya bölgesel birlikler tarafından oluşturulan komisyonlarca, uluslararası kriterlere göre yetkilendirilen ve/veya kabul edilen ve kabul edildiği ilan edilen kuruluş[80]" biçiminde belirlenmektedir. Bundan anlaşılması gereken, IMO sözleşmelerine taraf ülkelerden biri tarafından, ilgili IMO Kararları A.739(18) ve A.789(19)'a uygun olarak **yetkilendirilen** klas kuruluşlarının, taraf ülkelerin tümü gibi Türkiye Cumhuriyeti Denizcilik İdaresi (TC Denizcilik Müsteşarlığı) tarafından da **tanınmış** kabul edildiğidir. Daha başka bir anlatımla, örneğin A ülkesinin bayrağını taşıyan ve o ülkenin denizcilik idaresi tarafından verilen yetki ile X klas kuruluşu tarafından düzenlenmiş olan bir zorunlu (yasal) sertifikayı taşıyan herhangi bir geminin söz konusu sertifikası ve bunu düzenleyen klas kuruluşu, IMO sözleşmesine taraf ülkelerin tümünün limanlarında olduğu gibi ülkemiz limanlarında da **tanınmak** durumundadır. Herhangi bir geminin taraf ülke limanlarına kabulü için, sertifikalarını düzenleyen klas kuruluşunun bayrağını taşıdığı ülke tarafından yetkilendirilmiş olduğunun GISIS aracılığıyla IMO tarafından ilan edilmiş olması yeterlidir; liman devletinin denizcilik idaresince de ayrıca yetkilendirilmiş olması gibi bir koşul ileri sürülemez. Aksi davranış, uluslararası anlaşmalara aykırılık oluşturur. Bu tanımda yer alan "bölgesel birlikler tarafından oluşturulan komisyonlarca, uluslararası kriterlere göre yetkilendirilen ve/veya kabul edilen ve kabul edildiği ilan edilen kuruluş" ifadeleri ile de **AB Komisyonu**'nun ilgili AB Direktifleri ile belirlenen ölçütlere göre **yetkilendirdiği** ve/veya **kabul ederek ilan ettiği** klas kuruluşları da ülkemiz tarafından "tanınmış kuruluş"lar arasına dahil edilmiş olmaktadır. Özetlemek gerekirse, Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik'teki bu tanım, hem IMO hem de AB mevzuatına göre tanınmış olan kuruluşları, "Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış kuruluş" kapsamına almış olmaktadır.

Ekte, 100 dolayında kuruluşun mevcut olduğu **Klas Kuruluşları ile Tanınmış Kuruluşlar Listesi** sunulmaktadır. Görüleceği üzere, listede yer alan 80 dolayındaki kuruluş, IMO Sözleşmesine taraf olmuş diğer bayrak devletleri tarafından "yetkilendirilmiş" ve bu yetkiler GISIS tarafından kapsamları ile birlikte "ilan edilmiş" olduğu için; Sözleşmeye taraf tüm ülkeler gibi, Türkiye Cumhuriyeti Denizcilik İdaresi tarafından da "tanınmış" sayılan klas kuruluşları arasına girmektedir.

Tanınmış kuruluş tanımına ihtiyaç duyulan diğer belgelerin hemen hemen tümünde, Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik'te yer alan tanıma atıf yapılmakla birlikte; ulusal mevzuatımızda "tanınmış kuruluş" olarak

80 Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik, m.4

"IMO kurallarına göre taraf devletlerce yetkilendirilen ve IMO tarafından da yetki kapsamıyla birlikte ilan edilen veya bölgesel birlikler tarafından oluşturulan komisyonlarca, uluslararası kriterlere göre yetkilendirilen ve/veya kabul edilen ve İdare tarafından **tanındığı ilan edilen** kuruluş[81]" "ilgili mevzuata uygun olarak hizmet verebilmesi amacıyla İdare tarafından **belirli yetkilerin devredildiği** kuruluş[82]" ve "Türk gemileri için gerekli yasal hizmetleri ve belgelendirmeyi sağlamak üzere İdare tarafından yetkilendirilmiş olan kuruluş[83]" biçiminde üç farklı tanım daha mevcuttur.

Bu farklı üç tanımdan birincisi, yukarıda sözü edilen ve hem IMO hem de AB gereklerini tam olarak karşılayan tanımdan farklı olarak, taraf devletlerden biri tarafından yetkilendirilmiş ve bu hususun IMO tarafından ilan edilmiş olmasını ya da benzer şekilde AB Komisyonu tarafından yetkilendirilerek ilan edilmiş olmayı yeterli bulmamakta; buna ek olarak, klas kuruluşunun "tanındığı"nın, "İdare (Denizcilik Müsteşarlığı) tarafından da ilan edilmiş olması" koşulunu taşımaktadır. Ancak İdare'nin herhangi bir dokümanında -bu anlamda bir "tanınırlık" için uyulmasının gerekli olduğu tanımda açıkça ifade edilmiş olan- uluslararası kriterlere (ya da herhangi bir koşula) işaret eden, uygulama ve izleme esaslarını vb. belirleyen bir düzenleme olmadığı gibi, -bu tanımın yer aldığı Liman Devleti Denetimi Yönetmeliği kapsamında- "tanındığı ilan edilmiş" herhangi bir kuruluş da mevcut değildir.

Farklı diğer iki tanım ise öncekilerinden tamamen değişik olarak, "tanınmış" olmayı "yetkilendirilmiş" olma koşuluna bağlamaktadır. Bir an için bu düzenlemenin sadece içinde yer aldığı yönetmelikler ile sınırlı olmak kaydıyla yapılmış olabileceği düşünülse de yönetmeliklerin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, bu düşüncenin geçerli olamayacağı görülmektedir. Nitekim bu tanımın bulunduğu Yolcu Gemilerinin Emniyetine ve Gemilerdeki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmeliğin 14. maddesinin 3. fıkrasındaki "sörveyler, ... İdare tarafından yetkilendirilen tanınmış kuruluşun ... sörveyörleri tarafından yapılır" ifadelerinden, tanımlanmak istenen şeyin aslında "tanınmış kuruluş" değil, "yetkilendirilmiş kuruluş" olduğu çok net olarak anlaşılmaktadır.

Kanımızca bu farklılıkların ve çelişkilerin ortadan kaldırılması için, yanlış anlama ve uygulamalara neden olabilecek bu üç tanımın değiştirilmesi; bunların da Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik'teki gibi IMO'nun tanımına uygun ve AB tanımını da içerecek hale getirilmeleri ya da diğer bazı belgelerde de olduğu gibi Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik'te yer alan tanıma atıf yapılması yararlı olacaktır.

Tanınmış kuruluş tanımı konusunda son olarak da *"deniz yoluyla olabilecek*

81 Liman Devleti Denetimi Yönetmeliği
82 Yolcu Gemilerinin Emniyetine ve Gemilerdeki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmelik
83 Gemi Teçhizatı Yönetmeliği

*güvenlik tehditlerinin önlenmesi ve karşı tedbirlerin geliştirilmesi"*ni amaçlayan Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu Uygulama Yönetmeliği'nde "bu yönetmelik ile belirlenmiş görevleri yerine getirmek üzere ... güvenlik konusunda İdare tarafından yetkilendirilmiş ve İdare adına hareket eden kuruluş" biçiminde bir "Tanınmış Güvenlik Kuruluşu" tanımının yer almakta olduğuna; ancak bunun öncekilerle hiç bir benzerliğinin ve ilişkisinin bulunmadığına ve bu tanıma göre "tanınmış güvenlik kuruluşu" sıfatı alan klas kuruluşlarının sadece bu yönetmelik kapsamındaki faaliyetler açısından tanınmış/yetkilendirilmiş olduklarına da işaret etmek gerekmektedir.

Yetkilendirilmiş (klas) Kuruluş(u):

Bir bayrak devleti tarafından "yetkilendirilmiş (authorized)" olmak, IMO'ya göre "tanınmış kuruluş (recognized organization)" olmanın, AB Komisyonu tarafından "tanınmış (recognized)" olmak ise AB üyesi bir ülke tarafından "yetkilendirilmiş kuruluş (authorized organization)" olabilmenin ön koşuludur. Her ikisine göre de "yetkilendirme" bayrak devletinin, "tanınma" ise IMO ve AB Komisyonunun işlevleri arasındadır. IMO ve AB mevzuatlarında ayrıca bir "yetkilendirilmiş kuruluş (authorized organization)" tanımına ihtiyaç bulunmadığı halde; ulusal mevzuatlar söz konusu olduğunda durum bu nedenle farklılaşmaktadır. Çünkü bir bayrak devleti için diğer bir bayrak devleti tarafından "yetkilendirilmiş" olmak, otomatik olarak "tanıma"yı da gerektirdiği halde; başka bir bayrak devleti tarafından yetkilendirildiği için "tanınmış" olan her klas kuruluşu, her bayrak devleti tarafından otomatik olarak "yetkilendirilmiş" olmamaktadır. Bu nedenle de "yetkilendirilmiş kuruluş"un da ulusal mevzuatta ayrıca tanımlanması gerekmektedir.

Ulusal mevzuatımızda "yetkilendirilmiş kuruluş" tanımı, -"tanınmış kuruluş" tanımında da olduğu gibi- öncelikle bu hususa ilişkin tüm düzenlemelerin toplu olarak içinde yer aldığı Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik ile yapılmaktadır. Bu düzenlemede "yetkilendirilmiş kuruluş",

"İdare adına, İdarenin belirleyeceği konularda, ulusal ve uluslararası kurallar ile yükümlülükler çerçevesinde, sörvey yapma ve sertifika düzenleme konusunda yetkilendirilen kuruluş" şeklinde açıklanmaktadır. Yetkilendirilmiş kuruluş tanımının yer almasına ihtiyaç duyulan diğer belgelerin[84] hemen tümünde ya bu tanım tekrarlanmakta ya da bu tanıma atıf yapılmaktadır. Bu konudaki istisnalar veya farklı tanımlar, Petrol Tankerlerinin Çift Cidar veya Eşdeğer Tasarım Şartlarının Uygulama Esasları ve Kabotajda Çalışan Petrol Tankeri Operasyonlarının Emniyetli Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik, Denizyoluyla Taşınan Tehlikeli Yüklere

84 Gemilerin Genel Denetimi ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelik, Gemilerin Teknik Yönetmeliği, Gemi İnşa Yönetmeliği, Uluslararası Emniyet Yönetimi Kodunun Türk Bayraklı Gemilere ve İşletmecilerine Uygulanmasına Dair Yönetmelik, Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu Uygulama Yönetmeliği, Liman Devleti Denetimi Yönetmeliği, Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerleri Yönetmeliği, Balıkçı Gemilerinin Emniyeti Hakkında Yönetmelik, Dalabilir Deniz Araçları Hakkında Yönetmelik, Ro-Ro Yolcu Gemileri ve Yüksek Hızlı Yolcu Tekneleri Yönetmeliği

İlişkin Uluslararası Kod Kapsamında Eğitim ve Yetkilendirme Yönetmeliği ve Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği'ndedir.

Petrol Tankerlerinin Çift Cidar veya Eşdeğer Tasarım Şartlarının Uygulama Esasları ve Kabotajda Çalışan Petrol Tankeri Operasyonlarının Emniyetli Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik'te "petrol tankerleri yetkilendirilmiş kuruluşların denetimleri altında inşa edilir ve çalışma süreleri boyunca yetkilendirilmiş kuruluşların denetimleri altında bulundurulur" ve "petrol tankerlerinin ... çift cidar veya eşdeğer tasarım şartlarının gereklerine uygunluklarının denetlenmesi ve ayrıca ... Durum Değerlendirme Denetimi uygulaması, yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından yapılır" hükümleri ve bu hükümlerde "yetkilendirilmiş kuruluş" kavramı yer almakla birlikte, bu Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde ayrıca bu hususa ilişkin herhangi bir tanım ya da atıf bulunmamaktadır. Bu durumda, bu Yönetmelik açısından "yetkilendirilmiş kuruluş" olarak, Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik esaslarına göre "yetkilendirilmiş" olanların anlaşılması gerektiği değerlendirilmektedir.

Denizyoluyla Taşınan Tehlikeli Yüklere İlişkin Uluslararası Kod Kapsamında Eğitim ve Yetkilendirme Yönetmeliği'ndeki tanımlar arasında yer alan "yetkilendirilmiş kuruluş" ise "Denizyoluyla Taşınan Tehlikeli Yüklere İlişkin Uluslararası Kod kapsamında deniz yoluyla taşınan tehlikeli yükler konusunda; sınıflandırma, ambalajlama, işaretleme, etiketleme, plakalandırma, taşıma ünitesine ve gemiye yükleme, taşıma ünitesinden veya gemiden boşaltma, yük teklifi isteme, yük teklifini hazırlama ve kabul etme, yükü elleçleme, istifleme ve tahliye planlarını hazırlama, taşıma, depolama, ilgili sevk belgelerini hazırlama, kontrol ve denetim yapma faaliyetlerinde görev alacak kişilere verilecek eğitim programlarını İdare adına icra edebilme" konusunda yetki verilmiş klas kuruluşu anlamına gelmektedir. Kolayca anlaşılacağı üzere, bu yönetmelik kapsamında yetkilendirilmiş olan kuruluşun yetkisi, bu yönetmelik ile esasları belirlenmekte olan "eğitim programlarının icra edilmesi" ile sınırlıdır.

Burada son olarak Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (l) fıkrasındaki "klas kuruluşu" tanımında "gemilerin, inşa donanım ve seyir emniyeti bakımından belirli ulusal ve uluslararası standartlara uygunluğunu, kuralları dahilinde sörvey ve belgelendirme ile belirleyen, İdare tarafından onaylanmış/yetkilendirilmiş tarafsız kuruluş" ifadelerinin yer almakta olduğunu belirtmeliyiz. Söz konusu yönetmelikte başka bir tanımın mevcut olmaması nedeniyle de burada geçen "yetkilendirilmiş ... kuruluş" ifadesi, Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelik esaslarına göre yetkilendirilmiş kuruluş olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca, bu tanımın içinde seçenek olarak ayrıca "onaylanmış" sözcüğü de yer almış olmakla birlikte, Denizcilik Müsteşarlığı'nın herhangi bir dokümanında "İdare tarafından onaylanmış" herhangi bir "tarafsız kuruluş"tan da söz edilmemiş olduğu bilinmelidir.

Sonuç olarak, IMO kurallarına göre Türkiye Cumhuriyeti Denizcilik İdaresi (Denizcilik Müsteşarlığı) tarafından yetkilendirilen ve IMO tarafından yetki kapsamıyla birlikte GISIS üzerinden ilan edilen yetkilendirilmiş 9 adet klas kuruluşu, American Bureau of Shipping (ABS), Bureau Veritas (BV), Det Norske Veritas (DNV), Germanischer Lloyd (GL), Korean Register of Shipping (KR), Lloyd's Register of Shipping (LR), Nippon Kaiji Kyokai (ClassNK), Registro Italiano Navale (RINA) ve Türk Loydu'dur.

Kabul Edilmiş (klas) Kuruluş(u):

Ulusal mevzuatımızda "kabul edilmiş klas kuruluşu" kavramı, uluslararası mevzuatla herhangi bir bağı olmadığı daha önce belirtilmiş olan **Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**te yer almaktadır. Bu yönetmeliğe konu olan **Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkındaki Kanun**[85]un 1. maddesi,

"Yurt dışında inşa suretiyle veya hazır olarak satın alınan gemilerle, yurt içinde inşa, tadil veya onarılan gemilerde (yüzer havuzlar dahil) ve bu gemilerin donatım ve seyirlerinde kullanılan makine, teçhizat ve demirbaş ile gemi üretim tesislerinin inşa, tadil, tevsi veya onarımlarında kullanılan makine, teçhizat ve demirbaşlar, ilgili mercilerin müsaadesi şartıyla gümrük vergisi ile ithalde alınan diğer vergi ve resimlerden (damga resmi dahil) muaftır." şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un uygulama yönetmeliğinin **Sigorta ve Klas Zorunluluğu** başlıklı 3. maddesine göre ise;

"bu yönetmelik kapsamında ithal edilecek gemilerin; Denizcilik Müsteşarlığınca **kabul edilen** ... klas kuruluşlarından birinden şartsız bir şekilde klaslı olması ... zorunludur. ... Denizcilik Müsteşarlığınca; **kabul edilen ... klas kuruluşlarının listesi**, bağlı olduğu Bakan tarafından onaylandıktan sonra ilgililere duyurulur."

Kolayca anlaşılacağı üzere, bu düzenlemeye göre bazı klas kuruluşları, adı geçen Kanun ile onun uygulama yönetmeliğinde belirlenen konular açısından "kabul edilmiş" olmaktadırlar. Daha açık bir ifade ile "Yurt dışında inşa suretiyle veya hazır olarak satın alınan gemiler ile yurt içinde inşa, tadil veya onarılan gemiler (yüzer havuzlar dahil)"

"Bakan tarafından onaylandıktan sonra ilgililere duyurulan **kabul edilen klas kuruluşları listesi**nde" yer alan klas kuruluşlarından birine kayıtlı ise,

"bu gemiler ve bu gemilerin donatım ve seyirlerinde kullanılan makine, teçhizat ve demirbaş ile gemi üretim tesislerinin inşa, tadil, tevsi veya onarımlarında kullanılan makine, teçhizat ve demirbaşlar, ilgili mercilerin müsaadesi şartıyla gümrük vergisi ile ithalde alınan diğer vergi ve resimlerden (damga resmi dahil) muaf" olmaktadırlar.

Gerek bu yönetmelikte, gerekse başka bir yasal dokümanda, klas kuruluşlarının Denizcilik Müsteşarlığı tarafından "kabul edilmesi" konusunda koşul, kriter

85 21 Ocak 1982 tarih ve 17581 sayılı Resmi Gazete http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.2581&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=deniz%20ticaret

ve kabul edilme prosedür ve esaslarını belirleyen herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşın, Denizcilik Müsteşarlığı tarafından "yetkilendirilmiş" klas kuruluşlarına ek olarak, "tanınmış" klas kuruluşlarının bazılarının da yer aldığı bir liste, **kabul edilen klas kuruluşları listesi**[86] olarak Denizcilik Müsteşarlığına ait internet sitesinde ilan edilmek suretiyle ilgililere duyurulmuştur. Bu listede halen 16 adet klas kuruluşu mevcuttur. Bunlar; az önce Yetkilendirilmiş Kuruluşlar arasında sayılan 9 adet klas kuruluşuna ek olarak; Russian Maritime Register of Shipping (RS), China Classification Society (CCS), Croatian Register of Shipping (CRS), Indian Register of Shipping (IRS), Hellenic Register of Shipping (HR), Registro Internacional Naval, SA. (RINAVE) ve Polish Register of Shipping'dir.

Onaylanmış Kuruluş:

Avrupa Birliği mevzuatının ele alındığı bölümde, klas kuruluşlarını en fazla ilgilendiren iki AB Direktifi'nin Gezi Tekneleri Direktifi ile Gemi Teçhizatı Direktifi olduğu belirtilmişti. Ulusal mevzuatımızın bu iki direktifle uyumlu hale getirilmesi, Gezi Tekneleri Yönetmeliği ve Gemi Teçhizatı Yönetmeliği adlı iki yönetmeliğin yayınlanması suretiyle sağlanmıştır. Ulusal mevzuatın AB mevzuatı ile uyumlulaştırılması için yayınlanmış olan ve konumuzu ilgilendiren diğer yönetmelikler ise; daha önce de sözü edilmiş olan Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ile Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik, CE Uygunluk İşaretinin Ürüne İliştirilmesine ve Kullanılmasına Dair Yönetmelik ve Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik'tir.

"Onaylanmış Kuruluş" tanımı, önce Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ile Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik'te yapılmakta, bu tanım CE Uygunluk İşaretinin Ürüne İliştirilmesine ve Kullanılmasına Dair Yönetmelik'te ve Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik'te tekrarlanmakta, Gezi Tekneleri Yönetmeliği ile Gemi Teçhizatı Yönetmeliği'nde de atıf yapılmakta ve kullanılmaktadır. Buna göre "onaylanmış kuruluş";

"Test, muayene ve/veya belgelendirme kuruluşları arasından, bir veya birden fazla teknik düzenleme çerçevesinde uygunluk değerlendirme faaliyetinde bulunmak üzere, yetkili kuruluş tarafından belirlenerek, 4703 sayılı (Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair) Kanun, Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik ve ilgili teknik düzenlemede belirtilen esaslar çerçevesinde yetkilendirilen özel veya kamu kuruluşu" olarak ulusal mevzuatımızda yer almaktadır.

Onaylanmış kuruluşların taşımaları gereken özellikler ise Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ile Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik'te "İlgili teknik düzenlemede belirtilen şartlar saklı kalmak (ve üretici ile kuruluş arasında teknik bilgi alışverişine engel teşkil etmemek) kaydıyla, onaylanmış kuruluşların yetkilileri ve uygunluk değerlendirmesini yapmakla sorumlu personeli; ilgili ürünün tasarımcısı, üreticisi, tedarikçisi, montajcısı veya bunlardan herhangi birinin yetkili

86 https://atlantis.denizcilik.gov.tr/mevzuat/Turkce/um.aspx?Baslik=19 (Sıra 24)

temsilcisi olamaz ve ürünün tasarımı, üretimi, pazarlaması veya bakımında doğrudan ya da yetkili temsilci sıfatı ile yer alamaz. "onaylanmış kuruluşlar ve bunların personeli, uygunluk değerlendirmesini, azami mesleki ahlak kuralları çerçevesinde ve teknik yeterlilikle yürütmeli ve bilhassa bu işlemlerin sonuçlarından çıkarı bulunan kişilerden gelebilecek, test sonuçları veya kararlarını etkileyebilecek özellikle mali olmak üzere tüm baskı ve etkilerden uzak kalmalıdır.

"onaylanmış kuruluşlar, uygunluk değerlendirmesine ilişkin idari ve teknik görevlerini layıkıyla yerine getirmelerini mümkün kılacak gerekli personel ve donanıma sahip olmanın yanı sıra özel incelemelerin gerektirdiği teçhizata erişebilmelidir.

"uygunluk değerlendirmesinden sorumlu personel, yeterli teknik ve mesleki eğitime, yapacakları testlerin gerektirdiği düzeyde yeterli bilgi ve tecrübeye, belgeleri, kayıtları ve testlerin ifa edildiğini teyit eden raporları hazırlama hususunda beceriye sahip olmalıdır.

"muayenelerin tarafsızlığı garanti edilmeli ve bu çerçevede personelin ücretleri, yapılan testlerin sayısına veya sonuçlarına bağlı olmamalıdır.

"onaylanmış kuruluşların personeli, uygunluk değerlendirmesi sırasında elde ettikleri her türlü bilgi konusunda mesleki gizlilik ilkesine riayet etmeli ve bu bilgileri, yetkili kuruluşlar hariç, üçüncü taraflara vermemelidir." biçiminde belirlenmektedir.

Burada yeri gelmişken bir parantez açarak; Türk Loydu'nun uzun uğraşlar sonucu ve bütün bürokratik engelleri aşarak, Kasım-2006'da AB Komisyonunun onayı ile Türkiye'nin Avrupa Birliği tarafından "onaylanmış" ilk üç kuruluşu arasına girmiş olduğunu; AB'den aldığı NB1785 Onaylanmış Kuruluş numarası ile Gezi Tekneleri, Gemi Teçhizatı, Basınçlı Ekipmanlar, Taşınabilir Basınçlı Ekipmanlar, Gaz Yakan Cihazlar, Sıcak Su Kazanları ve Basit Basınçlı Kaplar direktiflerinde uygunluk değerlendirme hizmeti verebilme yetkisi elde ettiğini de belirtmeliyiz.

SONUÇ

Yazımızın başında klas kuruluşlarının da içinde yer aldığı uygunluk değerlendirme kuruluşları tarafından düzenlenen belgelerin değerinin bu kuruluşların yetkinliklerine, gösterdikleri özene, uzmanlıklarına, bağımsızlıklarına ve denetim ve doğrulamada kullandıkları yöntem ve araçların güvenilirliklerine; kısaca itibarlarına bağlı olduğunu söylemiştik. Dikkatle incelendiğinde görülecektir ki; gerek uluslararası mevzuatın, gerekse ulusal mevzuatın getirdiği, getirmeye çalıştığı düzenlemelerin belirgin özelliği; can, mal, deniz ve çevre emniyetini güvence altına alma temel amacının yanısıra, özenle uygulandıklarında kuruluşların itibarlarının en üst düzeye yükselmesini sağlayacak hükümler taşıdıklarıdır. Mevzuatın klas kuruluşlarında aradığı bu özelliklerin, satır aralarından süzülerek somutlandığı temel kavramlar da günümüzde klas kuruluşları için olmazsa olmaz özelliklerin başında gelen **bağımsızlık, tarafsızlık, güvenilirlik** ve **uzmanlık** olmaktadır.

KLAS KURULUŞLARI ile TANINMIŞ KURULUŞLAR LİSTESİ				
Kuruluşun Adı	**Kısa Adı**	**Kuruluş Tarihi**	**Merkezi**	**Bayrak Devleti Yetkisi(*)**
African International Register	AIR			
Albania Register of Shipping	ARS			
American Bureau of Shipping	ABS	1862	Houston	evet
Asia Classification Society	ACS	1980	Tehran	evet
Asia Classification Society - ASIA	AtSIA			
Associated Consultants Bureau Ltd.	ACB			
Belgian Marine Inspection Service	BMIS			
Belize Maritime Bureau Inc.	BMB			evet
Belize Register Corporation	BRC			
Black Sea Bureau Of Shipping	BBS			evet
British Telecom plc.	BTP			
Brazilian Register of Shipping	RBNA	1982	Rio de Janeiro	
Bulgarski Koraben Registar	BKR		Varna	evet
Bureau Securitas	BS		Valetta	
Bureau Colombo	BRS			evet
Bureau Veritas	BV	1828	Paris	evet
CTM Inspection & Classification Co.	CTMICC			evet
Central Bureau Shipping Panama	CBSP			
China Classification Society	CCS	1956	Beijing	evet
China Corporation Register of Shipping	CCRS	1951	Taipei	evet
Classification Bureau of Indonesia	CBI	1964	Jakarta	evet

Compania Nacional de Registro e Inspecion de Naves	CINRIN			evet
Consultancy4 LLP	C4LLP			
Cosmos Marine Bureau	CMB			
CR	CR			
Croatian Register of Shipping	CRS	1949	Split	evet
Cyprus Bureau of Shipping	CBS	1987	Limassol	evet
Det Norske Veritas	DNV	1864	Oslo	evet
Dromon Bureau of Shipping	DBS	2003	Limassol	evet
Ellinikos Niognomon	EN			
Ferriby Marine	FM			
Fidenavis SA	FID			
Germanischer Lloyd	GL	1867	Hamburg	evet
Global Marine Bureau Inc.	GMB		Busan	evet
Global Shipping Bureau, Inc.	GSB			evet
Global Shipping Class, Inc.	GSC			evet
Hellenic Register of Shipping	HR	1919	Piraeus	evet
Honduras Bureau of Shipping	HBS			
Honduras International Surveying & Inspection Bureau	HINSIB			
Honduras Maritime Inspection Inc.	HMI	1984	Teguc galpa	evet
Horizon International of Naval Surveying & Inspection Bureau	HORINSIB			evet
Icons Marine Services PTE	IMS			evet
IGS	IGS			
Indian Register of Shipping	IRS	1975	Mumbai	evet
Inspeccion y Classificacion Maritima	INCLAMAR		Limassol	evet

Instituto Nacional de Los Espacios Acuaticos e Insulares	INEAI			evet
Intermaritime Certification Services	INCS	2005	Panama	evet
International Naval Surveys Bureau	INSB	1977	Piraeus	evet
International Register of Shipping	IS	1993	Miami	evet
International Ship Classification	ISC			evet
International Yacht Bureau Inc.	IYB			evet
Iranian Classification Society	IRCS	2007	Tehran	evet
Iransafineh Bureau of Shipping	IRBS			
Isthmus Bureau of Shipping	IBS	1995	Panama	evet
Isthmus Maritime Classification Society	IMCS			evet
Joson Classification Society	JCS			
Jugoslavenski Registar Brodova	JRB			
Korea Classification Society	KCS			evet
Korea Maritime Dangerous Goods Inspection Center	KMDGIC			
Korea Ship Safety Technology Authority	KST			evet
Korean Register of Shipping	KR	1960	Daejeon	evet
Libyan Surveyor Mr. Sif Ennasar Abdulhamid Giahmi	LS			evet
Lloyd's Register of Shipping	LR	1760	London	evet
Macosnar Corporation	MC			evet
Marconi International Marine Company Ltd.	MIMC			
Maritime Bureau of Shipping	MBS			evet
Maritime Inspection Corporation	MIC			
Maritime Lloyd Georgia	MLG			evet
Maritime Technical System & Services Limited	MTSS			evet

National Cargo Bureau Inc.	NCB			
National Shipping Adjusters, Inc.	NASHA		Panama	evet
Nippon Kaiji Kyokai	ClassKK	1899	Tokyo	evet
Overseas Marine Certification Service Inc.	OMCS			evet
Panama Bureau of Shipping	PBS		Panama	evet
Panama Marine Survey and Certification Services Inc.	PMSCS		Panama	evet
Panama Maritime Documentation Services	PMDS		Panama	evet
Panama Maritime Surveyors Bureau Inc.	PMSB		Panama	
Panama Register Corporation	PRC		Panama	evet
Panama Shipping Certificate Inc.	PSC		Panama	
Panama Shipping Registrar Inc.	PSR		Panama	evet
Phoenix Register of Shipping	PHRS		Piraeus	
Polski Rejestr Statkow - Polish Register of Shipping	PRS	1936	Gdansk	evet
PT Biro Klasifikasi Indonesia	SKI			evet
RJ Del Pan	RJDP			evet
Registro Brasileiro de Navios e Aeronaves Ltda	RBNA			evet
Registro Cubano de Buques	RCB		Habana	evet
Registo Internacional Naval SA	REGINA			
Registro Italiano Navale	RINA	1861	Genoa	evet
Regs4ships Ltd.	RFS			evet
Rinave Registo Internacional Naval SA	RIN	1973	Lisbon	
Rinave Portuguesa	RP			evet
Roman Naval Register	RNR			evet
Russian Maritime Register of Shipping	RMRS	1913	St. Petersburg	evet

Russian River Register	RRR			evet
Ships Classification Malaysia	SCM	1994	Shah Alam	evet
Sing Lloyd	SGL			evet
SingClass International	SCI			evet
Slovak Lloyd	SL			evet
Sociedad Andina de Certificacion Ltda	SAC			evet
Sociedade Classificadora Registro Italiano Navale (Brazil)	SCRIN			evet
Societe Generale de Surveillance	SGS			evet
St. Kids & Nevis International Ship Registry	SKNISR			
State Committee of Fisheries of Ukraine	SCFU			
State Enterprise Registrul Naval Republic of Moldova	SERN			evet
Turk Loydu	TL	1962	Istanbul	evet
Ukraine Shipping Register	USR			evet
Union Bureau of Shipping	UBS			evet
Union Marine Classification Society	UMCS			evet
Universal Maritime Bureau Ltd.	UMB		Hong Kong	evet
Universal Shipping Bureau Inc.	USB		Panama	evet
Vietnam Register	VR	1964	Hanoi	evet
Yugoslav Register of Shipping	YRS			evet

(*) Bu sütundaki "evet" ibaresi, kuruluşun 20 Ekim 2011 tarihi itibariyle IMO GISIS-Global Integrated Ship Information System kayıtlarında en az bir bayrak devleti tarafından yetkilendirilmiş olarak yetki kapsamı ile birlikte gösterildiği; dolayısıyla ülkemiz dahil, IMO sözleşmelerine taraf ülkelerin tümü açısından "tanınmış" olduğu anlamına gelmektedir.

HUKUK DEVLETİ NEDİR?

Av. Zeki YILDAM[1]

"Son ikiyüz elli yıllık batı siyasal tarihinin bize öğrettiği üzere, ***liberalizmin*** *iki yüzü vardır ve bu iki yüz birbiriyle bağdaşmazlar. Bu yüzlerden biri* ***siyasal liberalizm*** *teriminde ifadesini bulurken diğeri* ***ekonomik liberalizm*** *veya* ***kapitalizm*** *olarak anılır. Bir de* ***hukuksal liberalizm*** *vardır ki, ifadesini* ***hukuk devleti*** *kavramında ve idealinde bulur."*

"Hukuk Devleti kavramı, burjuvazinin bir tasarımıydı, onunu devlet projesinin bir parçasıydı ve onun ekonomik çıkarlarına uygundu; ancak bu tasarım evrenselci bir söylem içinde sunuluyor ve böylece herkes için geçerli olduğu sanısı yaratılıyordu."

I-GİRİŞ

Benim halen Stajyer Avukatlar ile ilgili yürütmekte olduğum dersler, "Hukuk Metodolojisi" ve "Cumhuriyet Döneminde Hukuki Gelişmeler" dersleridir. Bu dersler, "Genel Kültür" dersleri içinde yer almaktadır. Ancak Genel Kültür dersleri öğrenciliğim yıllarından da hatırladığım kadarıyla yalnız derslerdir. Bu dersleri, yalnızlığı için seçtim. Yazıya bu yalnızlığı dile getirerek başlamak istemiştim. Bu isteğimi de kaleme aldım. Yazının taslağını hazırlarken Cumhuriyet Gazetesi'nde aynı konuda bir hafta arayla birbirinin devamı olan 2 (iki) yazı okudum. Bu iki yazıyı daha beğendiğim için ikinci yazının girişindeki paragrafı aynen buraya aktardım. 14.10.2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'ndeki **Ahmet** Cemal'in "Odak Noktası" köşesinde yayımlanan *"Genel Kültür Derslerinin Yalnızlığı"* başlıklı yazısının başlangıcındaki giriş paragrafı:

"Türkiye'de, üniversitelerin çeşitli bölümlerinde ve konservatuvarlarda çoğunlukla 'genel kültür dersleri' anabaşlığı altında verilmekte olan çeşitli dersler, yalnızlık kokar…Bunlar, yükseköğretim kurumlarının 'yalnız bırakılmış' dersleridir. Bu dersleri hakkıyla verebilecek nitelikteki az sayıda öğretim elemanları da genellikle üniversitelerin en yalnız veya yalnız bırakılmış hocalarıdır…

Bazen "kurumsal dersler" diye de anılan bu derslerin amacı, üniversitelerin "genel kültür" kavramı ile olan/olması gereken göbek bağını her zaman canlı tutmak, bu kurumları birer **meslek okulu** *olmaktan korumaktadır."*

Bu yalnızlığı ifade ettikten sonra bu derslerin konularına doğrudan girmeden önce günümüzde birinci derecede önem arzeden bazı **"temel kavramların"** gerçek anlamların ve içeriklerinin bilinmesi gerekmektedir.

Çünkü bu kavramlar, özellikle günümüzde gerçek anlamlarında kullanılmamakta, başka anlamlar yüklenerek kullanılmaktadır. Başka anlamlar yüklenme işi

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

ise Neo-liberalizmin felsefi ayağı olan Postmodernizm'in **yeniden kavramsallaştırma** çalışmasının bir ürünüdür. Diğer derslerdeki bütün açıklamalar bu temel kavramların açıklamalarına dayanmaktadır.

Bu kavramlar yanlış bilindiği takdirde üzerine inşa edilecek diğer kavramlar ve bu kavramların açıklamaları da tamamen yanlış açıklamalar olacaktır. Temel kavramlardan birincisi **"Hukuk Devleti"** kavramıdır. Hukuk devleti kavramı ülkemizde **"hukukun üstünlüğü"** kavramı ile de ifade edilmektedir. Ancak gerek hukuk devleti gerekse hukukun üstünlüğü kavramı *genelde kullanıldığı gibi bir anlam taşımamaktadır***.**

"Hukuk Devleti" kavramı ile ilgili incelemiş olduğum **"kaynakça"** yazı sonundadır. Bu kaynakça, içinde hukuk kavramı ile ilgili gerçekçi ve doğru açıklamalar Sayın Prof.Dr.Doğan ÖZLEM'in, Türkiye Barolar Birliği'nin 18-19 Ekim 2007 tarihinde "Kaybettiğimiz Barolar Birliği Başkanları Anısına" düzenlediği Sempozyum'daki konuşmasıdır. Bu yazıyı hazırlarken **Kavramlar** konusunda Sayın ÖZLEM'in 3 (üç) adet *"Kavramlar ve Tarihleri I"*, *"Kavramlar ve Tarihleri II"* ve *"Anlamdan Geleneğe, Kimlikten Özgürlüğe – Kavramlar ve Tarihleri III"* isimli kitapları yayınlanmıştır. Sempozyum'daki konuşması da bu kitaplarda bulunmaktadır. Bu nedenle bu kitaplardan da yararlanılmıştır. Bu kitapların yanında Sayın Hocamızın **"Hukuk Devleti"** ve **"Hukukun Üstünlüğü"** konularındaki kitapları da bulunmaktadır.

Aşağıda sunduğum Hukuk Devleti ile ilgili açıklamalar Sayın Hocamız Prof. Dr.Doğan ÖZLEM'in konuşmasından ve konuşmayı içeren kitabından özet olarak aynen alınmıştır. Çünkü yazıyı özet olarak olsa da aynen aktarmamdaki neden bu konuyu karşımda dinleyenleri (Av.Stajyerleri) ve bu yazıyı okuyacak olanların aynı anlatım gücünü ve ilmi açıklamaları yanlışsız bir şekilde anlamalarıdır.

Hukuk Devleti kavramının literatürdeki gerçek anlamını açıklamak için kısaca **"Hukuk"** ve hukukla ilgili bütün derslerin temeli olan **"Hukuk Felsefesi"**nden başlamak uygun olacaktır.

II- HUKUK VE HUKUK FELSEFESİ

"Normatif" ve **"betimsel"** olmak üzere iki yönlü çalışan disiplinlerdir. **Betimsel** yönüyle hukuk ve hukuk felsefesinin en önemli görevleri; *mevcut ve tarihe mal olmuş hukuk anlayışlarını, çeşitli hukuk tiplerini, hemen her hukuk tipinde ortaya çıkan temel hukuk problemlerinin bir bilgisini ortaya koymak, tartışmak ve irdelemektir*.

Normatif çalışan yönüyle hukuk felsefesi'nde ise, özellikle aydınlanma çağından bu yana, hukuku mümkün olan en yüksek soyutluk derecesinde ve en kapsayıcı kavramlar ve evrensel kılınmak istenen ilkeler üreterek temellendirmek isterler. Gerçekten de bir hukukun en yüksek normatif geçerliliğe sahip olabilmesi, ancak böyle bir soyutluk ve evrensellik ile sağlanabilir. Ne var ki, bir normatif hukukun ve bir normatif hukuk felsefesinin düşünsel planda ortaya koydukları soyut ve evrensel kavramlar ve ilkelerin yaşama tam olarak geçirilemedikleri, eksiksiz ola-

rak uygulanamadıkları da bilinen bir gerçektir. Bir normatif hukuk normunun ve giderek sistemin soyut ve ideal evrenselliği ile yaşam arasında tam bir örtüşmenin olmadığı *"normatif hukuk"* ile *"uygulanan hukuk"*un asla tam olarak bağdaşmadıkları **hukuk** ve **hukuk felsefesi tarihlerinin** bizlere öğrettiği bir husustur.

Bu noktada bir hukuk normunun veya hukuk sistemine sadece hukuk ve hukuk felsefesinin içerisinden bakmak yeterli olmayacaktır. Konuya **"siyaset"**, **"tarih"** ve **"siyaset felsefesi"**nin içerisinden bakma zorunluluğu vardır.

"Tarihselci/hermeneutik" felsefenin en önemli saptamalarından birisi, insanın tarihsel bir varlık olduğu, tarihsel koşullar ve koşullanmalar içerisinde ve belli bakış açıları, zihniyetler, çıkarlar, amaçlar ve değerlerin güdümünde düşündüğü, yarattığı ve ürettiği; üstelik düşündüğü, **yarattığı ve ürettiği her şeyin tarih içerisinde değiştiği ve dönüştüğüdür**.

Dolayısıyla insanın tasarımlayıp uygulanmaya koyduğu her şey, hukuk da dahil olmak üzere, tarihsellikten nasibini alır. **Tarihsellik ise, en önemli karakteristikliğiyle, zaman içerisinde bir defada olup bitmeyi, bir daha aynen tekrarlanmamayı ifade eder**. Bu nedenle insanlara ve toplumlara ait her şeyin tekil kalması anlamına gelir.

Bu felsefe geleneğinde tarihselliği aşan, her dönemde aynı kalan, tüm insanlar ve toplumlar için geçerli olan şeyleri anlatmakta kullanılan **"evrensel"** ve **"evrensellik"** kavramlarının fiktif kavramlar oldukları ve evrensellik taşıdıkları düşünülen ve ileri sürülen ilke, bir kavram, bir norm, bir düzen, bir sistem vd. de bunlara samimi olarak inanılmış olsa bile bir grup, bir tabaka, bir sınıf veya zümrenin ideolojilerine bağlı kalması tarihsel ve tekil kalır. **İnsanlığa ilişkin herhangi bir şey, evrensel bir söylem içerisinde sunuluyor olsa da evrensel olamaz**.

Tarihsellik bilinci, insana ve topluma ilişkin konularda evrenselliğin olmadığının, insanlık tarihinin farklı ve değişken çıkarlar, değerler, zihniyetler, ideolojiler arasındaki çatışma alanı olduğunun bilincidir.

Böyle bir felsefi bilinç ve buna bağlı bir siyaset felsefesi tarzı içinden bakıldığında, **bu konudaki kavramların en başta geleni pek tabii olarak "Hukuk Devleti" kavramıdır**. Bu nedenle hukuk devleti kavramının arkasındaki grup, sosyal, sınıf, zihniyet ve ideolojinin ne olduğuna bakmak gerekecektir**. Alman Hukuk Felsefecisi ve hukukçusu Neumann'ın sözleriyle hukuk kavramı**:

"Hukuk devletini yaratmakla, burjuvazi, kendi devletini soyut devlet kavramı ile özdeşleştirmek istemiştir. Liberal burjuvazi, sadece kendi devletini hukuk devleti olarak adlandırmakla, kendi talepleriyle uyuşmayan diğer bütün devlet tiplerini, hukuksuzluk devletleri yada despotluklar kategorisine yerleştirmiştir. Hukuk devleti kavramının ortaya atılmasında, burjuvazinin kendisini ulus, kendi devletini de soyut devlet idesi ile özdeşleştirme eğilimi gizlidir."

Bu durumda, hukuk devletinin arka planını görebilmek için **liberalizmin** ne olduğu ve onun tarihsel seyri, birkaç vurguyla da sınırlı kalsa, anımsanıp değerlendirilmelidir. Son iki yüz elli yıllık batı siyasal tarihinin bize öğrettiği üzere, **"li-**

beralizmin" iki yüzü vardır ve bu iki yüz birbiriyle bağdaşmazlar. Bu yüzlerden birisi **"siyasal liberalizm"** teriminde ifadesini bulurken, diğeri **"ekonomik liberalizm"** veya **"kapitalizm"** olarak anılır. Bir de **"hukuksal liberalizm"** vardır ki, ifadesini **"hukuk devleti"** kavramında ve idealinde bulur.

Ne var ki, genellikle liberalizm, pratikte, hukuksal ve siyasal liberalizmden çok daha fazlasıyla, ekonomik liberalizm (kapitalizm) zemininde yükselir. Ekonomik liberalizm (kapitalizm), insanların doğuştan eşit olmadıklarını, insanlar arasında yetenek, zeka ve beceri farklılıkları bulunduğunu, yetenekli ve becerikli olanların bu yetenek ve becerilerini özgürce sergilemeleri, serbestçe mülk ve sermaye sahibi olup yatırım yapmaları gerektiğini, toplumların da esasen bunların *"özgür girişim"*leri sayesinde gelişebildiklerini öğretir.

Böylece siyasal ve hukuksal liberalizmin teoride kalan eşitlikçi yönü ile ekonomik liberalizmin (kapitalizmin) pratikteki eşitliksizci yönü, birbirine karşıt iki yön olarak ortaya çıkarlar. Ve bu iki yön arasında karşıtlık ve bundan doğan gerilim, son iki yüz elli yıldır asla giderilemeyen, hatta yumuşatılamayan bir karşıtlık ve gerilim olarak yaşanmıştır, yaşanmaktadır. Ekonomide sosyal sınıfları, aşırı gelir dengesizliğini, bir sosyal sınıf veya gurubun diğer sınıf ve gruplar karşısında üstünlüğünü insanlar arasındaki eşitsizliğin doğal sonucu olarak gören, natüralist tavırlı bu liberalizm, hukuk anlamında bir hukuk devleti idesini samimi olarak ne kadar yaşama geçirmeye çalışırsa çalışsın, yine kendisinin sebep olduğu ekonomik ve sosyal eşitsizliklerden kaynaklanan toplumsal sorunların ve huzursuzlukların üstesinden gelememiştir, gelememektedir[2].

O böyle bir gayreti, ancak bu sorun ve huzursuzlukların kendi egemenliğini tehdit etmesi karşısında ve sınırlı bir şekilde göstermiş, ekonomik ve sosyal iyileştirmelere bu tehdidin büyüklüğü ile orantılı olarak kerhen başvurmuştur.

Yeniçağ batı tarihi, bize, bu tehdidin azalması oranında liberalizmin eşitsizlikçi uygulamalarda pervasızlaştığını, "kapitalizm" olarak da anılan "ekonomik liberalizm"in vahşileşebileceğini öğretiyor.

Zaten tarihsel olarak bakıldığında, **liberalizmin ürünü olarak hukuk devleti**, üstü ne kadar **"evrensel insan hakları"**, **"bireyin özgürlüğü"** türünden albenili kavramlarla örtülürse örtülsün; uygulamada, batıda burjuvazinin ekonomik konumunu güçlendirmek, mülkiyeti güvence altına alıp süreklileştirmek gibi bir işlev yüklenmiştir. Bu nedenle bir kez daha vurgulamak gerekir ki, hukuk devleti idesi, teorik ve normatif olarak ne kadar **"eşitlik"** ve **"özgürlük"** idealleri doğrultusunda bireyi devlet karşısında korumak ve güçlendirmek hedefine göre düşünülmüş olursa olsun; son iki yüz elli yılın pratiğinin açıkça gösterdiği gibi, ekonomik liberalizmin, yani kapitalizmin eşitlikçi yapısının şatafatlı bir örtüsü olmaktan öteye geçememiştir. **"Demokrasi"**, **"insan hakları"** ve özellikle **"hukuk devleti"** gibi kavramlar, uluslararası iktidar ilişkilerinde birer araç olarak da kullanılabilmektedirler.

---

2 Geçmişte ve günümüzde yaşanmakta krizler" bu düşüncenin en olan "ekonomik somut örneğidir.

Tabii ki durum böyle diye, bu kavramlara, konumuz itibariyle de hukuk devleti kavramına, en azından normatif düzeyde elbette karşı çıkılamaz. Ne var ki, bu kavramları ihraç eden batılı devletlerin kendilerinin, yukarıda da işaret ettiğim üzere, ne ölçüde demokrat, insan haklarına saygılı birer hukuk devleti oldukları, bu kavramları ithal eden bizim ülkemiz gibi ülkelerde, herhangi bir komplekse kapılmadan, soğukkanlılıkla tartışılmalıdır.

Bu konuda şüpheci olunmalı, batılı devletlerin kendilerini hukuk devleti olarak göstermeyi iyi becermeleri ve bunu iyi reklam etmeleri, tam birer hukuk devleti olduklarının kanıtı sayılmamalıdır. Uluslararası siyasetin, binlerce yıldan beri bir hegemonya kavgası olduğu, bugün de böyle olmaya devam ettiği açıktır. Bu kavgada her türlü silaha ve araca başvurulduğu bilinen bir husustur. Son iki yüz yıldır batı, kendi ürettiği kavramları da birer hegemonya aracı olarak kullanmayı iyi öğrenmiştir[3].

Yukarıda bahsedilen tarihselcilik açısından bakıldığında liberalizmin ürünü olan hukuk devleti; üstü **"evrensel insan hakları"**, **"bireyin özgürlüğü"** türünden kavramlarla örtülürse örtülsün; uygulamada batıda burjuvazinin ekonomik gücünü güven altına almak ve onu süreklileştirmek gibi bir işlev yüklenmiştir.

Hukuk devleti kavramı, burjuvazinin bir tasarımıydı, onun devlet projesinin bir parçasıydı ve onun ekonomik çıkarlarına uygundu; ama bu tasarım evrenselci bir söylem içinde sunuluyor ve böylece herkes için geçerli olduğu sanısı yaratılıyordu[4]

Ne var ki Avrupa kaynaklı ve **"batı-merkezci"** bir zihniyetin ürünü halinde ortaya çıktığı burjuvazinin yararına çalıştığı çabuk anlaşılmıştır. **"Kitle kültürü"** ve onun sözcülüğünü yapıp aynı kitle kültürünü aynı sahiplerine, kitlelere pazarlayan medyanın boğucu tahakkümü altında insanın otonom hareket edebileceği, düşüncelerini özgürce geliştirip ifade edebileceği ortam giderek kaybolmaya yüz tutmuştur[5].

Hukuksal liberalizmin hukuk devleti aracılığıyla insanlık onurunu ve kişilik haklarını koruma, kişiliğin geliştirilmesi yoluyla aynı kişinin mutluluğunu sağlama hedefi, ne yazık ki, aynı liberalizmin öbür yüzünden, ekonomik liberalizmden (kapitalizmden) kaynaklanan nedenlerle, çok büyük ölçüde kağıt üzerinde kalmıştır.

III-SOSYAL DEVLET

"Sanayileşmenin iyice yaygınlaştığı, *"vahşi kapitalizm dönemi"* olarak adlandırılan bir dönemde yani 19.yüzyılda sosyal devlet kavramı ortaya çıkmıştır. "Sosyal Devlet" kavramı da kapitalist güdümlü sanayileşmenin doğurduğu aşırı eşitsizliklere karşı gelişen tepkilerin bir ürünü olmuştur.

---

3 Liberalizm'de Özgürlük: Yetenekli, becerikli, yüksek zekalı, serbestçe mülk ve sermaye sahibi olup yatırım yapanların özgürlüğü anlamında kullanılmaktadır.

4 Örneğin: Demokrasi getirilecek diye Irak'ın işgali ile Arap Baharı'na bu bilinçle bakmak gerekmek tedir. Arap Baharı ile ilgili 1931 Mısır doğumlu Prof.Dr.Samir AMİN'in "Bir Arap Baharı mı?" başlıklı makalesi Teori Dergisi'nin 2011 Kasım sayısında çıkmıştır.

5 Günümüzde edebiyat kitaplarına, diğer kitaplara, filmlere, televizyon dizileri ve programlarına, müzik ve mimariye yüzeysel ve uyduruk bu kitle kültürü açısından bakmak gerekir.

Sosyal devleti, hukuk devleti ile genel başlıklar halinde karşılaştırdığımızda;

a) Sosyal devlet kavramı, ancak güçlü bir *sermayenin*, *makineli üretimin* ve *standartlaşmış ihtiyaçların* bulunduğu ekonomik bir ortamda ortaya atılmıştır.

b) Sosyal devlet kavramı, **varlıklılarla varlıksızların bulunduğu, eşitsizliğin yaygınlaştığı** bir toplum için kullanılır.

c) Sosyal devletin işlevi, **sosyal sınıf**, **tabaka** ve **gruplar** arasındaki **çatışmaları** asgariye indirmektedir.

d) Hukuk devletinin temel değerlerinin *"yaşama", "özgürlük" ve "mülkiyet"* olduğu söylenebilir. Bunlara karşı sosyal devletin temel değerleri, *"yaşama güvenliği", "tam istihdam" ve "çalışma gücünün korunmasıdır"*.

Bütün bu özellikleri ile sosyal devlet, kısa yoldan, devlete sosyal sorumluluk yükleyen devlet olarak tanımlanabilir.

Hukuk Devleti, açık veya örtük, *"özgür girişimciliği"* ve *"pazar ekonomisine"* dayalı bir sosyo-ekonomik düzeni veri kabul ederken; sosyal devlet yol açtığını bildiğimiz *"eşitsizliklerin giderilmesi"* amacıyla bu düzene sınırlamalar getirmiştir. Hukuk devleti ile sosyal devleti bağdaştırma, bunları tek bir çatı altında birleştirme çabaları hiç de başarılı olamamaktadır.

Ancak sorun bağdaştırmak değil, karşıtların hangisine devlet yönetiminde ve toplum yaşamında öncelik verileceğine karar vermektir[6].

"Siyaset üstü devlet" fikri de *"hukukun üstünlüğü"* kavramı ile de ifade edilen *"devlet üstü hukuk"* fikri de birer fiksiyondurlar. Böyle bir devlet ve böyle bir hukuk olmamıştır. Hukuku, her zaman siyasetin güdümünde olan devlet yapar. Hukuku olduğu kadar devleti de yüceltmemek gerekir. Çünkü onların siyasi çıkar ve tercihlerinden bağımsız bir özü, birer kendiliği yoktur.

Sosyal devlet tarafından sağlanan bir asgari sosyal güvenlik ortamının bulunmadığı yerde hukuk devletinin kendi başına bir değeri olamayacağı gibi, "hukukun üstünlüğü" gibi bir terimin de fazla bir anlamı olamaz."

Sosyal devlet konusunda öncelikle devletin geçirdiği değişiklikleri ve bu değişikliklerle ilgili somut yasal düzenlemeler incelenecektir.

"Devlet" denilen büyük örgütsel mekanizmadaki dönüşümler *üç dönemde* incelenmektedir. 1929 yılına kadar geçerli olan *"liberal devlet"* dönemi, 1930-1970 yılları arasında geçerli olan *"sosyal devlet"* dönemi[7], 1980'li yıllardan sonra geçerli olan *"neo-liberal devlet"* dönemi.

---

6 Bu karar, ekonomiye müdahaleci görüşün ürünü olan Atatürk'ün "karma ekonomi" sistemiyle verilmişti. Bu ekonominin temel taşları bağımsızlığımızın güvencesi olan KİT (Kamu İktisadi Teşekkülü)'leriydi. Bu sisteme inanmayanlar tarafından KİT'ler önce yandaşlar için "arpalık" olarak kullanıldı. Daha sonra yabancılar dahil olmak üzere şirketlere satıldı.

7 John Maynard Keynes: (d.5 Haziran 1883 Cambridge – ö.21 Nisan 1946 Sussex, İngiltere) 1929 dünya ekonomik krizi ve 2.Dünya Savaşı sonrası uyguladığı Ekonomik durgunlukla mücadelede müdahaleci para ve maliye politikalarını savunmasıyla tanınır.

Esasında devletin geçirdiği dönüşümlerin arkasında kapitalizmin geçirdiği "krizler" ve bu krizlere "çözüm" arayışları vardır. Tartışmasız olan kısım ise, kapitalizmin krizlerle ilerleyen bir süreç olduğudur[8].

Burada 1980 yılından sonraki dönüşüm üzerinde durulacaktır. Daha sonraki derslerde ise 1980 öncesi dönüşümlerle ilgili açılımlar yapılmaya çalışılacaktır. Ancak konuya dipnotlarında belirtilen yazarların kitaplarından alıntılar ve yaptığım eklerle devam edilmektedir.

"1980'li yıllarda, ekonomi politikası alanında Chicago Üniversitesi ekonomi profesörü **Milton Friedman**'ın[9] başını çektiği "Chicago Okulu" önem kazanmaya başladı.

"Parasalcı Ekonomi" yaklaşımı adı altında verilen Friedman'ın modeline göre:

"1929 tipi bunalımlardan çıkmanın en akıllı yolu parasal genişlemeye izin verilmesidir." Friedman, "Keynes'in 1929 bunalımı için *'para politikası'* yerine etkin ***'maliye politikası'*** önermesinin yanlış olduğunu ve eğer tersi yapılıp da para politikası kullanılmış olsaydı, o krizin daha kolaylıkla önlenebileceğini savunuyordu[10].

Keynes, 1.Dünya Savaşı sonrası şartları, 1929 Ekonomik Bunalımı, İkinci Dünya Savaşı ve sonrası şartlarına uygun olarak ekonomiye devletin müdahalesini getirmişti. Bunda da başarılı olunmuştu."

Ancak Friedman'ın görüşü 1980'li yıllarda bütün dünyada etkinlik kazandı. Özellikle ABD'de başkan seçilen **Reagen** ve İngiltere'de Başbakan olan **Margaret Thatcher**, Friedman'ın görüşlerini etkin bir biçimde yaşama geçirdiler.

Friedmancı model 1980'li yıllarda Türkiye'de de etkinlik kazandı. Bu politikalar, 24 Ocak 1980 kararlarıyla **Turgut Özal** tarafından uygulanmaya konuldu. 1989'a gelindiğinde finansal sistem alabildiğine serbestleşti. Ardından IMF programlarının denetimine girildi."

"1980 sonrası Uluslararası Finans Kapital'in egemenliğine girilmiştir."[11]

Yeni Kamu İşletmeciliği[12]

"1970'li yıllarda baş gösteren krizden kurtuluşun reçetesi olarak uluslararası sermayenin yeni coğrafyalara ve pazarlara açılımı öngörülmüştür. Ekonomik ve siyasal liberalizmin temel felsefesini oluşturduğu ***"küreselleşme"*** önünde ulus devletler de birer engel olarak görülmeye başlanmıştır.

---

8 Dr.Alev COŞKUN, Liberal Ekonominin Çöküşü, Küresel Kriz, Ulusalcı Ekonominin Yükselişi, Cumhuriyet Kitapları, Mart 2011

9 Milton Friedman: (d.31 Temmuz 1912 Brooklyn – ö.16 Kasım 2006 San Francisco) 1976'da Nobel ödülü almış ABD'li ekonomist.

10 Milton Friedman: (d.31 Temmuz 1912 Brooklyn – ö.16 Kasım 2006 San Francisco) 1976'da Nobel ödülü almış ABD'li ekonomist.

11 Doç.Dr.Ahmet KESİK – Dr.Hasan CANPOLAT, Küreselleşme ve Kamu Yönetiminde Dönüşüm, Seçkin Yayınları

12 Prof.Dr.Korkut BORATAV, Türkiye İktisat Tarihi, 1908-2007, 13. Baskı, İmge Kitabevi

Küreselleşme, özelleştirmeler ile kendini gösterirken artık küçülmüş olan devletin etkin çalışması için *"piyasa mekanizması"* ve *"özel sektör tarzı yönetim modelleri ve tekniklerinin"* **kamu yönetiminde uygulanması** olarak karşımıza çıkmıştır.

Başka bir deyişle 1980'lerden sonra devletin geçirdiği dönüşümün kamu yönetimi alanına yansıması teori ve uygulamalarıyla kamu yönetimini şekillendiren ve bu güne kadar çok değişmeden varlığını koruyan geleneksel yönetim anlayışının ***"Yeni Kamu İşletmeciliği"***ne bırakmasıdır. Devlete olan bakış açısındaki ve kamu yönetimi teorisindeki bu değişim, kaçınılmaz olarak *"kamu hizmetini"* de etkilemektedir.

Söz konusu değişim *"yönetim"den "işletmeciliğe"* doğru hareket etmekte ve geleneksel yönetim anlayışının yerini, *"piyasa temelli", "müşteri" ve "sonuç"* odaklı bir yönetim anlayışına bırakmak zorunda kalmaktadır.

Bugün gelinen noktada, Yeni Kamu İşletmeciliği (YKİ) doğrultusunda idari reformlar yapılmaktadır. Kamu Yönetimi **kültüründe** bir dönüşüm başlamış bulunmaktadır.

Türk Kamu Yönetimi özellikle 2000'li yıllardan itibaren YKİ anlayışının etkilerini çok yoğun bir şekilde hissetmeye başlamıştır. Son 10 yıldır Türk Kamu Yönetimi'nin yeniden yapılandırılmayı amaçlayan reformları neo-liberal politikalar şekillendirmekte ve YKİ söz konusu reformların arkalarında yer alan hakim anlayış olarak dikkat çekmektedir[13].

Bu reform sürecinde gündeme gelen Tasarı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilen yasal düzenlemelerde YKİ'nin izlerini kolayca görebilmek mümkündür.

Temel metin **"Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı"**dır. TBMM tarafından 2000 yılından itibaren kabul edilen yasalar; *"5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu"* ve *Kalkınma Ajansları*'nın kurulmasına imkan tanıyan *"5449 Sayılı Kanun"* ile birlikte yerel yönetimleri daha özerk kılmayı ve güçlendirmeyi amaçlayan *"5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu"*, *"5393 Sayılı Belediyeler Kanunu"* ve *"5216 Sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu"*.

Bölge Kalkınma Ajansları Kanunu ile 26 adet Bölge Sınırı çizildi. İngiltere'nin bile "bu bölgeciliktir." dediği bu ajanslar nedense bizde benimsenmiştir. Bu konuda **"Bölge Kalkınma Ajansları Nedir, Ne Değildir?"** isimli Menaf Turan'ın kitabının okunması gereklidir[14].

KOBİ (Küçük ve Orta Boy İşletmeler) büyük işletmelerin yerini daha küçük işletmelerin alması amacıyla kurulmuştur. Çünkü ülke dışından küçük sermayenin yönetimi daha kolay olsun diye…

---

13 "Küreselleşme ve emperyalizm, neoliberalizmden bağımsız olarak incelenecek bir konu değildir (Afredo Saad-Filho / Deborah Johnston. "Neoliberalizm, Muhalif Bir Seçki, sayfa 14, Yordam Kitap 2007)."

14 Menaf TURAN, Bölge Kalkınma Ajansları Nedir, Ne Değildir?, Paragraf Yayınları, Ankara 2005

YKİ'nin kamu hizmeti üzerindeki etkisi, **kamu hizmetinin özünde** yaşanan değişim ve kamu hizmetinin kullanılmasında sunulan **yöntemlerde** olmuştur. YKİ yaklaşımının idari reform girişimlerini kuşatmasıyla kamu hizmetinin özünde; *rekabet, kalite, tercih, performans, kullanıcı ücreti* gibi kavram ve değerler ön plana geçmiştir.

YKİ ile birlikte **"Sözleşme Kültürü"** benimsenmiştir. Kamu hizmeti de dahil olmak üzere meseleler özel sektör mantığı ile ele alınmaya ve algılanmaya başlanmıştır. **Kontrat yöntemi** ve "Kamu Özel Ortaklığı (KOÖ)" kamu hizmetlerinin sunumunda önemli bir yöntem olmuştur[15]. *"Vatandaşlar", "müşteri"* olarak nitelendirilmektedir. Kamu hizmetindeki *"eşitlik"* ilkesi zedelenmiştir. Eşitlik ve adaletten, *"etkinlik"* ve *"rekabete"* doğru bir değişim yaşanmıştır.

Kontrat yöntemi*, "satın alıcı"* (kamu kurumu, hükümet) ile *"tedarikçi"* (özel sektör) arasındaki resmi sözleşmedir. Kontrat yöntemi, kamu yönetiminin hizmetleri *"yarı-piyasa"* anlayışı ile yürütmesidir.

Kamu Özel Sektör Ortaklığı (KÖO), kamu ve özel sektörün bir ürünü ve hizmeti birlikte geliştirmeleri ve üretmeleri ve o hizmetin sunumuyla ilgili riskleri, maliyetleri ve kaynakları paylaşmalarına imkan veren 20-30 yıllık işbirliğidir. 20-30 yılın sonunda KÖO'lara ait varlıklar devlete geçmektedir.

Böylece **neo-liberal** reformlar ve onun beraberinde getirdiği kavramlar sağlıklı bir kamu yönetimine ulaşmada ne ölçüde ve nitelikte bir reformdurlar?

Neo-liberalizmin en temel özelliği (finansal) piyasanın buyruklarını dayatmak amacıyla yurtiçindeki süreçte devamlı devlet gücünün kullanımıdır ve bu uluslararası ölçekte **"küreselleşme"** tarafından yeniden üretilmektedir. Neoliberalizm gerek ikna ederek gerek zor kullanarak her yere yayıldı."

Sosyal devlet, yukarıda anlatılmaya çalışılan küresel ekonomik liberalizm, siyasal liberalizm ve hukuksal liberalizm ve liberalizmin devletin değişimindeki somut örneği olan Yeni Kamu İşletmeciliği Sistemi içinde ne ölüde gerçekleştirilebilir? Siz takdir ediniz.

IV- YENİ ANAYASA ÖNERİSİ ÜZERİNE[16]

"AKP iktidarının gerçekleştirdiği ve gerçekleştirmeye çalıştığı yasal düzenlemeler, **Türkiye'deki neoliberal yapılanmayı derinleştirici niteliktedir.** Bu girişimler IMF, DB ve AB Raporlar'ında vurgulanan konu ve istekler dolayımında biçimlenmektedir." "Etkin ve Demokratik" söylemi kullanılarak tüm toplumu ilgilendiren stratejik kararlar alınmakta ve bunların uygulanmasını sağlayacak düzenlemeler peşpeşe hazırlanmakta ve gerçekleştirilirken, demokratik uzlaşı ve denetim mekanizmalarının dışında kalmakta da kararlı davranılmaktadır.

Sosyal hukuk devletinin bile bir engel olarak görüldüğü kuşkusuzdur. Bu ne-

15 Gerek "Kontrat Yöntemi" gerekse "KÖO Yöntemi" beraberinde "Taşeronluk" yöntemini de getirmiştir. Taşeron işçiliği konusunda ülkemizde yaşananlar hepimizin malumudur.

16 2008 Kavşağında Türkiye, Siyaset İktisat ve Toplum, Bağımsız Sosyal Bilimciler, Yordam Kitap, sayfa 291.

denle AKP, Haziran 2007'de Prof.Dr.Ergun Özbudun başkanlığındaki altı kişilik bir kurula yeni anayasa önerisi hazırlanmasını istemiştir. Bu kurul, Yeni Anayasa Önerisi (YAÖ) hazırlayarak Ağustos 2007 sonunda AKP Başkanlığı'na teslim etmiştir. Kısmi değişiklikler yapılsa da bu günkü YAÖ'nün esası bu öneridir."

Kısaca YAÖ, neoliberal, Osmanlı Projesi ve Laiklik karşıtı bir anayasa önerisidir.

Son söz Atatürk'ün: **"Liberalizm sömürgelerde uygulanmış bir sistemdir. Oysa biz sömürge değiliz ve olmayacağız. Liberalizmi düşünmek Devrimi (Cumhuriyeti) inkar etmek demektir."** (Ahmet Hamdi Başar'dan aktaran Hüsnü Merdanoğlu, "Kemalizm ve AVRUPA Birliği'nin Çelişkisi, sayfa 49)

KAYNAKÇA

A- Kitaplar

- **ÖZLEM, Doğan**, Kavramlar ve Tarihleri I, İnkılap Kitabevi, 2002
- **ÖZLEM, Doğan**, Kavramlar ve Tarihleri II, İnkılap Kitabevi, 2006
- **ÖZLEM, Doğan**, Anlamdan Geleneğe, Kimlikten Özgürlüğe, Kavramlar ve Tarihleri III, İnkılap Kitabevi, 2009
- **YAYLA, Atilla**, Liberalizm, Liberte Yayınları, 3.Baskı, 2000
- **FRIEDMAN, Milton**, Kapitalizm ve Özgürlük, Nobel Ekonomi Ödülü, Altın Kitaplar
- **COŞKUN, Vahap**, İnsan Hakları, Liberal Açıdan Bir Tahlil, Liberte Yayınları, Kasım 2006
- **HOLDEN, Barry**, Liberal Demokrasiyi Anlamak, Liberte Yayınları, Mart 2007
- **MEETHAM, David**, Demokrasi ve İnsan Hakları, Liberte Yayınları
- **AMİR, Samin**, Modernite, Demokrasi, Din, Kültüralizmlerin Eleştirisi, Türkiye ve Ortadoğu Forumu Vakfı, 2006
- **TOURAINE, Alaine**, Demokrasi Nedir, Yapı Kredi Yayınları, 4.Baskı, 2004
- **ÇOBAN, Ali Rıza; CANATAN, Bilal; KÜÇÜK, Adnan**, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Şubat 2008
- **COŞKUN, Alev**, Liberal Ekonominin Çöküşü, Küresel Kriz, Ulusalcı Ekonominin Yükselişi, Cumhuriyet Kitapları, Mart 2011
- **TURAN, Menaf**, Bölge Kalkınma Ajansları, Paragraf Yayınları, Ankara 2005
- **BORATAV, Korkut**, Türkiye İktisat Tarihi İmge Kitabevi, 13.Baskı, 2007
- **SAĞLAM, Rabia**, Liberalizm, Adalet ve Ütopya Legal Yayınları, Kasım 2008
- **MARTIN, Hans Peter; SCHUMANN, Herald,** Globalleşme Tuzağı, Demokrasiye ve Refaha Saldırı
- **HEYWOOD, Andrew**, Siyasi İdeolojiler, Adres Yayınları, Şubat 2007
- **Bağımsız Sosyal Bilimciler,** 2008 Kavşağında Türkiye, Siyaset, İktisat ve Toplum, Yordam Kitap

B- Makaleler

- Ataol Behramoğlu'nun 17.12.2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'nde "Cumartesi Yazıları" köşesinde "Neden Arapça" başlıklı yazısı

C- Günümüzün Neoliberal Ekonomisini gösteren 10 (on) başlık altında 100 (yüz) konu

10 - DÜŞÜNCE ODAĞI 1- Mont Pelerin Toplumu 2- Davos 3- Bilderberg 4- Açık Toplum Enstitüsü 5- Yeni Amerikan Yüzyılı Projesi 6- Cato Enstitüsü 7- Hudson Enstitüsü 8- Politik Çalışmalar Merkezi 9- Avrupa Sanayicileri Yuvarlak Masası 10- Stockhol Network	**10 - KUMANDA TEPESİ** 1- IMF 2- Dünya Bankası 3- Dünya Ticaret Örgütü 4- OECD 5- G-7 6- Uluslararası Ödemeler Bankası 7- Vipo 8- Nafta 9- USAID 10- Avrupa Komisyonu

10 - AVRUPAKOMİSYONU 1- Özelleştirme 2- Deregülasyon 3- Liberal Dış Ticaret Rejimi 4- Bağımsız Merkez Bankası 5- Serbest Sermaye Hareketleri 6- İki Köşeli Döviz Kuru Rejimi 7- Özelleşen Dış Borçlar 8- Şişkin Rezerv Politikası 9- Faiz Dışı Fazla Verme 10- Maastricht Kriterlerini Çiğneme	**10 - FİNANSAL TREND** 1- Yeni Uluslararası Finansal Mimari 2- Dünyanın Finansal Başkentleri 3- Küresel Finansal Labirentinde Birey 4- Yükselen Piyasalar 5- Mortgage Piyasası 6- Şirket Evlilikleri 7- Hedge Fonları 8- Private Equity 9- Türev Ürünler 10- Rating Kuruluşları
10 - KRİTİK METASI 1- Su 2- Petrol 3- Doğalgaz 4- Etanol 5- Kahve 6- Elmas 7- Şeker 8- Tütün 9- İnsan Saçı 10- ÇiçeK	**10 - SEMBOLİK SEKTÖR** 1- İnternet 2- Cep Telefonu 3- Medya 4- Futbol 5- Tohum 6- Seks Ticareti 7- İlaç 8- Bebek Ürünleri 9- Özel Güvenlik 10- Özel Askeri Şirketler
10 - TEMSİLİ ŞİRKET 1- Microsoft 2- McDonalds 3- Starbucks 4- Citigroup 5- Boeing – Airbus 6- Wall – Mart 7- General Electrics 8- Mi Hal 9- Halliburton 10- Enron	**10 - AFİLİ MARKA** 1- NIKE 2- Blackberry 3- Disney 4- Gucci 5- Louis Vitton 6- Hermes ve Burberry 7- Porsche 8- Rolex 9- America's Cup 10- F1
10 - SONUÇ 1- Düzelmeyen Gelir Dağılımı 2- Artan Yoksulluk 3- Tırmanan İşsizlik 4- Can Çekişen Refah Devleti 5- Vahşice Sömürülen Kadın ve Çocuk Emeği 6- Küresel Isınma 7- Terhaneler 8- Kaybolan Orta Sınıflar 9- Talan Edilen Afrika 10- Göç	**10 - CİLA** 1- Homoglobalismus 2- Globish 3- Milenyum Kalkınma Hedefleri 4- Üçüncü Yol 5- Hayırseverlik 6- Dış Borçların Silinmesi 7- Mikrokredi 8- Yönetişim 9- Kentsel Dönüşüm 10- Dubai

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN, LAYİHALAR TEATİSİNE GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE ÖN İNCELEME HÜKÜMLERİ

Av. Ramazan GÖNEN

A. GİRİŞ

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), medeni usul hukukumuza birçok yenilik getirmiştir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK), yargılama sürecini; layihalar teatisi, tahkikat, muhakeme ve hüküm olmak üzere dört safhaya ayırırken, HMK ön incelme safhasını da ekleyerek yargılama sürecini beş safhaya ayırmaktadır.

Bu çalışma, "HMK'nın Layihalar Teatisine Getirdiği Yenilikler ile Ön İnceleme Hükümlerini" ele almak üzere hazırlanmıştır. Bu kapsamda, öncelikle genel usul olan yazılı yargılama usulünde; layihalar teatisine getirilen yenilikler ile ön inceleme safhası ele alınacak, ardından basit usulde; layihalar teatisi ve ön incelemeye ilişkin hükümlere değinilecektir.

HMK, layihalar teatisi ile öninceleme hükümlerini, kanunun Üçüncü Kısmında bulunan Birinci Bölüm ile Dördüncü Bölümde bulunan118 ile 142. maddeleri arasında düzenlemiştir.

HMK, seri ve sözlü yargılama usulünü kaldırarak; yazılı ve basit olmak üzere iki çeşit yargılama usulü öngörmüştür. Yazılı yargılama usulü genel usul iken, basit usul; kanunda açıkça belirtilen haller ile md. 316'da belirtilen hallerde uygulanır.

Öncelikle yazılı yargılama usulünde layihalar teatisine ilişkin yeni hükümler ile öninceleme hükümleri ele alınacak, ardından basit usulde bu iki safhaya ilişkin hükümlere değinilecektir. Konu ele alınırken, HMK'nın madde sıralamasına bakılmaksızın bir sunuş öngörülmüştür.

B. YAZILI YARGILAMA USULÜNDE HMK'NIN LAYİHALAR TEATİSİNE GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE ÖNİNCELEME HÜKÜMLERİ

I. LAYİHALAR TEATİSİNE GETİRİLEN YENİLİKLER

Davacı ve davalının dilekçelerini karşılıklı olarak düzenleyen yargılama safhasına, layihalar teatisi denir. HMK, layihalar teatisi denilen davacı ve davalının dilekçeleri aşamasına ilişkin bazı yenilikler getirmiştir. Yenilik getiren bu düzenlemeler şunlardır.

1. Dava Dilekçesine İlişkin Yenilikler

Dava dilekçesine davacının TC Kimlik numarası yazılması ve malvarlığına ilişkin davalarda, dava değerinin yazılması zorunlu hale getirilmiştir.[1](md. 119)

1 HUMK uygulamasında da, dava dilekçesinde davanın konusu ve değerinin belirtilmesi gerekir.

HMK md. 119/2'de "*birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde*", hâkim davacıdan bir hafta içinde bu eksiklikleri gidermesini isteyecektir. Eksikliklerin bu sürede giderilmemesi halinde ise, dava açılmamış sayılacaktır. Ancak (a), (d), (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen eksikliklerin mevcut olması halinde, nasıl bir yaptırım uygulanacağı düzenlenmemiştir. Üstelik bu eksikliklerin her biri de farklı niteliktedir. Kanun koyucu bu eksiklikleri, davanın görülmesi için zorunlu görmemiş olabilir ya da bu eksiklikler başka maddeler ile giderilebilir. Söz konusu eksiklikler yargılama için zorunlu olmasa bile tamamlanmaması davacının aleyhine olduğu ortadadır.

Söz konusu eksikliklerin mevcut olması halinde, bu eksikliklerin iki şekilde giderileceği düşünülebilir. Birincisi, bu eksiklerin diğer bentlerle aynı yaptırıma tabi tutularak bir haftalık sürede tamamlanacağı kabul edilebilir. İkincisi ise, her bir eksikliği ayrı ayrı değerlendirerek farklı yaptırımlar uygulanabilir. Birinci yolun kabulü halinde çözüm kolaydır, ikinci yolun kabulü halinde ise her bendi ayrı değerlendirmek gerekir.

119/a. maddenin (a) bendinde düzenlenen mahkeme isminde eksiklik olması halinde iki ihtimal düşünülebilir. Bunlardan ilki, dava dilekçesinin havale yada kayıt aşamasında tamamlattırılması, ikincisi ise bu aşamalar geçilmiş ve dava görevsiz mahkemede açılmış ise görevsizlik kararı verilmesidir. Uygulamada, dava dilekçesinde mahkeme adı olmaması halinde davacıdan bu eksikliği tamamlaması istenir ancak mahkeme adı yazılı ancak yanlış yazılmış ise dosya görevsiz mahkemeye gönderilmektedir.

Davacı dava dilekçesinde dava konusunu göstermemiş ise, dilekçe içeriğinden ve talep sonucundan dava konusu anlaşılabilir. Dava dilekçesinde harcın gösterilmemesi halinde ise, 492 sayılı Harçlar Kanunu md. 16 uyarınca davacıya tespit ettirilir, tespitten kaçınılırsa dilekçe işleme konmaz. Dava değeri gösterilmiş ancak yargılama aşamasında eksik olduğu anlaşılırsa, tamamlanması için takip eden celseye kadar süre verilir, bu sürede tamamlanmaması halinde dava düşürülür, yenilenmesi de ancak harcın yatırılması ile mümkün olur (md. 150).

(e) Bendinde düzenlenen vakıaların sıra numarası ile belirtilmemesi halinde ise nasıl bir yaptırım uygulanacağının açık bir cevabı yoktur. Hâkim yalnızca taraflarca sunulan vakıaları inceleyebilir (md. 25). Ayrıca davacının iddiasını somutlaştırma yükümü de bulunmaktadır (md. 194). Bu durumda hâkim, somut duruma bakarak 32 ve 144. maddeler ile eksikliği giderebilirse davaya devam edilecek ancak bu maddelerin uygulanması ile hala eksiklik giderilemez ise herhalde, davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir.

Davacı, (e) bendine uygun şekilde dayandığı vakıaların hangi delille ispat edeceğini belirtmelidir. Somutlaştırma yükümü de bunu gerektirmektedir. Bu konudaki eksiklik davacının aleyhine sonuç doğuracaktır.

Ancak bu yöndeki düzenleme, dava dilekçesi kısmında değil yargılama masrafları bölümünde düzenlenmiştir.

119/g'de düzenlenen hukuki sebeplerin eksikliği halinde, hâkim hukuk kurallarını kendiliğinden uygulamakla[2] görevli olduğu için bu eksikliğin telafisi mümkündür.

HUMK md. 187/7 ise, dava dilekçesindeki eksiklikleri ilk itiraz olarak kabul etmekteydi. Dolayısıyla HMK bu eksiklikleri ilk itiraz olarak kabul etmemiştir.

HUMK md. 179'da yer alan ve cevap süresinin dava dilekçesinde gösterileceğine ilişkin hüküm, isabetli bir şekilde HMK'da yer almamıştır.

HMK, dava dilekçesi birlikte yargılama harçları ile gider avansının mahkeme veznesine yatırılmasını düzenlemektedir (md. 120/1). Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir (md. 120/1). Gider avansına ilişkin düzenleme, adalet hizmetlerinin paralı/pahalı hale getirildiği iddiası ile kamuoyunca eleştirilmektedir. Adalet Bakanlığı, 30.09.2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi[3] ile gider avansına ilişkin ayrıntıları düzenlemiştir. Harcın eksik olması halinde ise 492 sayılı Harçlar Kanunu md. 30 uyarınca takip eden celseye kadar süre verilir, bu sürede tamamlanmaması halinde dava düşürülür, yenilenmesi de ancak harcın yatırılması ile mümkün olur (md. 150).

Dava dilekçesi ile birlikte dava sebebine ilişkin belgeleri, belge yok ise belgeye ulaşacak bilgilerin verilmesi zorunludur (md.121). Bu belge ve bilgilerin mahkemeye dava dilekçesi ile birlikte sunulmaması halinde, ön inceleme duruşmasında verilecek iki haftalık sürede tamamlanabilir (md. 140). Mülga HUMK'un 180/1. fıkrası, söz konusu belgelerin dava dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilmesini düzenlemiş ancak ikinci fıkra ile bu zorunluluğa uyulmaması halinde, ilk duruşmada verilecek on günlük kesin süre içinde bu eksikliğin tamamlanması öngörmüştü.

2. Cevap Dilekçesine İlişkin Yenilikler

HMK, dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki hafta içinde davaya cevap verilebileceğini düzenlemiştir (md. 127). Ancak durum ve koşullar davalının iki haftalık sürede cevabını hazırlayamayacağını ortaya koyuyor ise, iki haftalık cevap süresi içinde mahkemeye başvurmak kaydıyla, bir defaya mahsus ve bir ayı geçmemek üzere ek süre verilebilir. HUMK md. 195 ise, cevap süresini on gün yada hâkim tarafından öngörülen süre olarak düzenlemişti. Ayrıca 196. madde ile cevap süresini, süre ile bağlı olmaksızın ilk duruşmaya kadar uzatabilmekteydi. Hatta 198. madde, hala cevap verilmemesi halinde ilk duruşmada üç günlük ek bir süre verilebileceğini düzenlemekteydi.

Süresi içerisinde davaya cevap verilmemesi halinde davalı, dava dilekçesinde ileri sürülen hususları inkâr etmiş sayılacaktır(md. 128). Bu madde ile, Yargıtay uygulaması ile teoride kabul gören yaklaşım, hüküm haline getirilmiştir.

2 Md. 33'e göre, hâkim Türk Hukukunu kendiliğinden uygular.

3 Tarifenin iptali için İstanbul Barosu'nca 11.10.2011 tarihinde yürütmenin durdurulması talepli, iptal davası açılmıştır.

Cevap dilekçesinde davalının TC kimlik numarasının yazılması, eğer davalı yurt dışında ise, açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde bir adres gösterilmesi zorunlu hale gelmiştir(md. 129). Dava dilekçesinde olduğu gibi, HUMK'un aksine cevaba cevap süresi metinden çıkarılmıştır.

Cevap dilekçesinde bulunan eksiklikler bir haftalık kesin sürede tamamlanabileceği aksi halde cevap verilmemiş sayılacağı da yeni bir düzenlemedir. (md. 130)

HMK md. 131 ise yeni bir hüküm getirmiştir. Buna göre, cevap dilekçesi verildikten sonra cevap süresi dolmamış olsa bile, artık ilk itirazlar ileri sürülemez. Cevap dilekçesinin sunulması ile artık davanın esasına girilmiş ve usuli işlemler bitmiş sayılır.

Cevap dilekçesi ile birlikte karşı dava da açılabilir. Ancak karşı dava, şartları oluşmadan açılmış ise talep üzerine ya da re'sen dosyaların ayrılmasına karar verilir (md. 132). Oysa HUMK, karşı davanın kabulünün mümkün olmadığını ilk itiraz olarak kabul etmekteydi (md. 187/8).

3. Tarafların İkinci Dilekçeleri

HMK md. 136 ile cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin, karşı dilekçenin tebliğinden itibaren iki hafta içinde yapılacağını düzenlemiştir. HUMK md. 209 ve 210, bu süreleri on gün olarak düzenlemekteydi.

Ayrıca taraflara, bu ikinci dilekçeleri ile dava ve savunmalarını genişletme imkânı verilmesi de, yeni bir hükümdür (md. 141).

İkinci cevap dilekçesi ile savunmasını değiştiren yada genişleten davalıya karşı, davacının yeni bir dilekçe ile cevap verme hakkı olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde davacının ikinci cevap dilekçesinde belirtilen hususlara cevap verme hakkı engellenmiş olur. Ancak bu dilekçe, cevaba cevap dilekçesi niteliğinde olmayacak, yalnızca ikinci cevap dilekçesinde belirtilen hususları cevaplamakla yetinecektir.

4. Davanın Açılma Tarihi

HMK, davanın "*dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış*" sayılacağını düzenlemiştir (md. 118). Bu hüküm HUMK md. 178' den farklı değildir ve uygulamada davanın hangi tarihte açıldığına ilişkin sorunları giderecek şekilde kaleme alınmamıştır. Bu nedenle, 6.2.1984 tarih ve 7/3 sayılı İBK'ya (RG 19.3.1984, sayı 18346) bakılması gerekecektir. Buna göre, harca tabi davalarda dava dilekçesinin havale tarihi ile harcın ödenmesi tarihi farklı olması halinde harcın yatırıldığı tarih; harca tabi olmayan davalarda ise havale tarihinde dava açılmış sayılır.[4]

Ancak adliyelerin önemli bir kısmında artık davalar, havale yapılmaksızın UYAP sistemi üzerinden, tevzi bürosundan yada uzaktan açılmaktadır[5]. HMK md. 445, dava ve yargılama işlemlerinin UYAP üzerinden yapılabileceğini düzenlemiş

4 Hukuk Ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği md. 18'e göre, havaleyi yetkili ve görevli hâkim yapar. Hâkim olmaması halinde yazı işleri müdürü yapar.

5 Yön. Md. 18/A'ya göre, bilgisayar kullanılan hukuk ve ticaret mahkemelerinde, artık havale işlemi yapılmamaktadır.

ancak dava açılmasına ilişkin özel hüküm vaz etmemiştir. Bu durumda da, söz konusu İBK gereği davanın harcın yatırıldığı tarihte açılmış sayılır. Ancak davacının dosyayı tevzi bürosu yada kaleme geç teslim ettiği tespit edilirse dava teslim tarihinde açılmış sayılır.

5. İddianın ve Savunmanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı Hakkındaki Yenilikler

HMK iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağını daraltmıştır. Taraflar, layihalar safhasını oluşturan dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia ve savunmasını değiştirip genişletebilir (md.141). Hatta ön-inceleme duruşmasına, karşı tarafın mazeretsiz olarak katılmaması halinde dahi, iddia ve savunma değiştirilip genişletilebilir. Hâlbuki HUMK md. 185 ve 202 bu yasağı dava dilekçesi ile cevap dilekçesinden başlatmaktaydı.

Yine HMK, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesini, karşı tarafın açık rızasına bağlamıştır. HUMK ise açık rıza aramamaktaydı.

6. Tarafta İradi Değişiklik

HMK'nın getirdiği yeni düzenlemelerden biri de tarafta iradi değişikliktir. HMK, karşı tarafın muvafakati olması halinde, taraf değişikliği yapılabileceğini düzenlemiştir (md. 124).Bir davada taraf değişikliği, karşı tarafın tamamen değiştirilmesi ya da mevcut tarafa yeni taraf eklenmesi şeklinde olabilir.

Bu hüküm, tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Söz konusu madde, çeşitli ihtimalleri çözecek ve usul ekonomisine hizmet edecek şekilde kaleme alınmamıştır. Taraf değişikliği için yalnızca karşı tarafın rızası yeterlidir (md. 124/2). Örneğin tahkikat aşaması sona ermiş bir davada, iradi taraf değişikliği yapılması halinde, tahkikat sona erinceye kadar geçen süre ve yapılan işlemler ne olacaktır? Bu nedenle, bu hüküm, savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabilecek ya da usul ekonomisine aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu hükmün, HMK'nın davanın açılmasını düzenleyen beşinci bölümde ele alınması, tarafta iradi değişikliğinin ön inceleme safhasına kadar yapılabileceği şeklinde yorumlanabileceğini düşünüyorum. Yargıtay'ın bu konudaki tavrı merak konusu olacaktır.

Ayrıca maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği, hâkimin izni ile mümkündür (md. 124/3). Tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi, kabul edilebilir bir yanılgıya dayanıyor ise, hâkim iznine gerek kalmaksızın taraf değişikliği de yapılabilir (md. 124/4).

7. Dava Konusunun Devri

HUMK döneminde tartışmalı olan davanın devri konusu, HMK ile bir düzene kavuşmuştur (md. 125). Davanın açılmasından sonra, davacı tarafından dava konusu devredilirse, devralan kişi davacı yerine geçerek davaya kaldığı yerden devam eder (md. 125/2). Yargıtay uygulaması eskiden de bu şekildeydi. Ancak HUMK md. 186 metninin, bu şekilde yorumlanamayacağı, teoride savunulmaktaydı.[6] Çünkü

6 Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 11. Baskı, Ankara 1999, sayfa 509.

davanın devri halinde diğer tarafa seçimlik hak tanımaktaydı. Oysa Yargıtay, davalı tarafın bu hakkını görmezlikten gelmekteydi. [7]Dolayısıyla yeni hüküm bu tartışmaları ortadan kaldırmaktadır.

Dava konusunun davalı tarafından devrine ilişkin hüküm ise, HUMK uygulamasına paraleldir. Buna göre, davalı, dava konusunu üçüncü kişiye devrederse davacı, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek devralan kişiye karşı davaya devam edebilir. Bu ihtimalde, davacının haklı çıkması halinde, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olacaklardır. Davacı, dava konusunu devralana karşı devam ettirmek istemez ise, davaya tazminat davası olarak devam edilir.

II. ÖN İNCELEMEYE İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLER

1. Genel Değerlendirme

HMK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri, layihalar teatisi ile tahkikat safhaları arasına ön inceleme safhasının eklenmesidir.[89]HMK, yargılamayı; dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm olmak üzere beş safhaya ayırmaktadır. Ön inceleme safhası, HUMK'ta olmayan yeni bir safhadır. Ayrıca HMK'nın yargılama safhalarının birbirinden ayrılmasını belirgin hale getirdiğini söyleyebiliriz.

Ön inceleme safhasında mahkeme*; "dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir*." (md. 137/1)

Ön inceleme safhası, yargılamanın gereksiz yere uzamasının engellenmesi ve mahkeme ile tarafların yargılamada gereken hazırlığı davanın başında yapması için getirilmiştir.[10] Mevcut uygulamada, yargılama safhaları birbirine girmiş durumdadır. Tahkikat safhasında tarafların karşılıklı dilekçeleri verilmekte, hala delil toplanmaya devam edilmekte ve duruşmalar delil toplanmak üzere gerçekleştirilmektedir. Bu durum ise, yargılamanın uzamasına ve adalete erişimin geç ve eksik olmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, ön inceleme safhasının getirilmesi yerinde olmuştur. Ancak öngörülen amacın gerçekleşebilmesinin; hâkim sayısının arttırılması ile mahkeme kalemlerinin personel ve teknik altyapısının güçlendirilmesi gibi ilave tedbirler ile mümkün olabileceği kabul edilmektedir. [11] Zira mevcut mahkeme yapısının, ön inceleme safhasının düzgün işleyişine izin vermeyecek yapıda olduğu ortadadır.

---

7 Bkz, Yargıtay 11. HD'nin 14.04.1995 Tarih ve E:1995/2043 K:1995/3373 sayılı kararı.
8 Ejder Yılmaz,http://www.adanabarosu.org.tr/ekdosya/hukuk.pdf, sayfa 23.
9 Ali Cem Budak, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 5, yıl 2011, sayfa 14.
10 Hakan Pekcanıtez, Medeni usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, sayfa 374.
11 Baki Kuru, 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme (Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 2009/1 s.13-50),

2. Ön İnceleme Safhasını Kendi İçinde Üç Safhaya Ayırabiliriz

Ön inceleme safhasını kendi içinde;(1) ön inceleme duruşmasından önceki inceleme, (2) ön inceleme duruşması ve (3) ön inceleme duruşmasından sonraki (ama tahkikata başlamadan önceki) inceleme olmak üzere üç safhaya ayırabiliriz.[12]

Ön inceleme duruşmasından önceki safhada, kural olarak dosya üzerinden dava şartları ile ilk itirazlar incelenmelidir (md. 138). Eğer dava şartları ve ilk itirazlarda bir eksiklik var ise, öninceleme duruşması yapılmadan bu nedenle dava reddedilecektir. Belirtmek gerekir ki, dava şartları ve ilk itirazlarda ki eksiklik, bu safhada tespit edilememiş ise, ön inceleme duruşmasında ve tahkikat aşamasında da bu nedenle karar verilebilir.

Ön inceleme duruşmasında ise, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında taraflar dinlenir, ardından tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde uyuşmazlık tespit edilir (md.140/1). Uyuşmazlığın tespitinden sonra hâkim tarafları sulhe davet eder. Hâkim, sonuç alınacağı kanaatine varması halinde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü verebilir. Bu duruşmada da sulhun mümkün olmaması halinde hâkim, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar tespit ederek tutanağa geçirir. Tutanak taraflarca imzalanır ve tahkikat bu tutanak esas alınarak yapılır[13]. Sulhun dışındaki zorunlu hallerde de, bir defaya mahsus olmak üzere yeni duruşma günü tayin edilebilir (md. 140/4). Ayrıca taraflara dilekçelerinde belirttikleri ancak dosyaya sunmadıkları belgeleri sunmaları ya da dosyaya celbi için gerekli bilgileri vermeleri konusunda iki haftalık kesin süre verilir.

Ön inceleme duruşması yapıldıktan sonra ki safhada ise hâkim, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri inceleyerek karara bağlar (md.142).

Ön inceleme aşamasında karara bağlanması gereken; dava şartları ile ilk itirazlardaki eksiklikler ve hak düşürücü süre ile zamanaşımı konusundaki delillere, tahkikat aşamasında ulaşılır ise bu hususlar hakkında tahkikat aşamasında da karar verilebilir. Örneğin zamanaşımının tespiti tanık beyanı ile mümkün olacaksa, bu durumda tahkikat aşamasında zamanaşımı tespit edilerek karar verilebilir. Bu nedenle, sıralama hükümleri, yargılamanın kısalması ve uyuşmazlığın tespitine yönelik düzen sağlamaya yönelik hükümlerdir.

3. Ön İnceleme Duruşmasında İddia ve savunmanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi

HMK md. 141, "*Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir*" hükmünü getirmiştir. Oysa HUMK, davacı için davanın açılmasından (HUMK m.185/2); davalı için ise cevap dilekçesinin karşı ta-

12 Ali Cem Budak, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 5, yıl 2011, sayfa 14.

13 Bu tutanak, yargılamanın yol haritası niteliğindedir. Bu sebeple, hâkim tarafları yüzeysel olmayacak şekilde sulhe davet etmeli ve sulhun mümkün olmaması halinde, uzlaşılamayan hususları açıkça tutanak altına almalıdır.

rafa tebliğinden (HUMK m.202) sonra iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağı öngörmüştü.

Bu nedenle ön inceleme duruşması, hem uyuşmazlığın tespiti hem de gelen tarafa, iddia ya da savunmasını değiştirip genişletme olanağı sunacağı için özel önemi haizdir. Tahkikat aşamasının ön inceleme tutanağı esas alınarak yürütülmesi nedeniyle hâkim ve taraflar ön inceleme duruşmasına ne kadar hazırlıklı olurlarsa, yargılama o kadar hızlı ve basit olacaktır.

C. Basit Usulde Layihalar Teatisi ve Öninceleme Hükümleri

Yukarıda belirtildiği gibi HMK, yazılı ve basit olmak üzere iki çeşit yargılama usulü öngörmüştür. Bu nedenle, kanunlarda sözlü yargılama ve ser'î yargılama usullerine atıf yapılan yerlerde, bu atıflar basit yargılama usulü olarak algılanacaktır.

Basit yargılama usulü HMK'nın altıncı kısmında yer alan 316 ile 322. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Basit usulde; layihalar teatisi ve öninceleme hükümleri basitleştirilmiş ve iddia ile savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına ilişkin kurallar sertleştirilmiştir. [14]

Basit yargılama usulünde dava, dava dilekçesi ile açılır ve davalı iki hafta içinde davaya cevap verir. Ancak iki haftalık sürede cevap verilmesi zor yada imkânsız ise, iki haftalık süre içinde başvurmak kaydıyla ve bir defaya mahsus olmak üzere iki haftalık ek süre verilebilir. Taraflara, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verme hakkı verilmemiştir (md. 317).

Basit usulde, dava ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, davanın açılması ve cevap dilekçesinin verilmesi ile başlar (md. 319). Öninceleme duruşmasında da, yazılı usulün aksine bu yasak uygulanır.

Basit usulde, öninceleme safhası oldukça dar tutularak basitleştirilmiştir. HMK md. 320'ye göre,"*Daha önce karar verilemeyen hâllerde mahkeme, ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinler; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılır; tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür*".

Hatırlanacağı üzere yazılı usulde, hak düşürücü süre ile zamanaşımı konusunda öninceleme duruşmasından sonra inceleme yapılacaktı.

14 Ali Cem Budak, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 5, yıl 2011, sayfa20.

D. Sonuç

HMK'nın layihalar teatisine ilişkin yeni hükümlerinin bazıları[15], yargılamayı hızlandırmayı öngörürken, bazıları[16]teoride ve uygulamada var olan sorunları çözmeyi amaçlamaktadır. Bazı yeni hükümler[17] ise yeni sorunlar ortaya çıkaracak niteliktedir.

Önînceleme hükümleri ise, tamamen yeni düzenlemelerdir. Önînceleme safhasında şartları var ise karar verilebilecektir. Yargılamanın ileri aşamaları, önîncelemе tutanağı esas alınarak yapılacaktır. Bu nedenle, hâkim ve taraflar bakımından bu safha özel önem taşımaktadır.

Basit usul ise, layihalar teatisi ve önînceleme hükümlerini basitleştirmiştir. Ayrıca iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, yazıl usule göre oldukça sertleştirilmiştir.

KAYNAKÇA

Ali Cem Budak, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 5, yıl 2011
Baki Kuru, Medeni usul Hukuku, Ders Kitabı, 11. Baskı, Ankara 1999
Baki Kuru, 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme (Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 2009/1
Ejder Yılmaz, http://www.adanabarosu.org.tr/ekdosya/hukuk.pdf,
Hakan Pekcanıtez, Medeni usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011
Hukuk Ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği
Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

15 Çok eleştirilmesine rağmen HMK md. 120, yargılamayı hızlandırma amacıyla kabul edilmiştir.
16 HMK md. 125, teori ve Yargıtay arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yöneliktir.
17 HMK md. 124, teoride eleştirilmektedir, uygulamada da birçok soruna gebedir.

MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ

Av. Sıla BAŞARAN[1]

GİRİŞ

Fikri Mülkiyet Hukukunun bir parçası olan Marka Hukuku ve özellikle markanın konu olabileceği hukuki işlemler, teknolojik gelişmelerin ivme kazandığı günümüz dünyasında önemi giderek artan konular haline gelmiştir. Bu konuların başında da marka lisans sözleşmeleri gelmektedir.

Gerek hukuk uygulamasında oldukça yaygın hale gelmesi, gerekse de mevzuatımızdaki düzenlemelerin, teknolojik gelişmenin hızına ayak uydurmada karşılaştığı sıkıntı bu hukuk alanına ilişkin olan marka lisans sözleşmelerinin önemini daha da arttırmıştır.

Marka hukukuna ilişkin temel düzenlemelerin yer aldığı 556 Sayılı Kanun hükmünde kararnamede lisans sözleşmelerine ilişkin hükümler getirilmekle beraber, bu hükümler ortaya çıkan sorunlara tek başına cevap vermekte yetersiz kalmıştır.

İşte bu sorunlardan bir tanesi de marka lisans sözleşmesinin hukuki niteliğidir.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanması, daha sonra ortaya çıkması muhtemel sorunların çözümünde başvurulacak olan hükümlerin belirlenmesi açısından çok önem taşımaktadır.

Lisans sözleşmelerinde tarafların sustukları, düzenlemedikleri hususlarda gidilecek olan yedek veya tamamlayıcı hukuk normlarının tespiti, sözleşmenin hukuki nitelik belirlemesinde temellenir. Çünkü ancak akdin hukuki niteliğinin belirlenmesinden sonradır ki soruna ilişkin kurallar bulunup uygulanabilsin. Dolayısıyla hukuki nitelik belirlemesi sözleşme taraflarının adeta rotası olacaktır.

Çalışmamızda konunun sınırlanması sebebiyle, marka lisans sözleşmesi her yönüyle ele alınmayıp, bu sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA LİSANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

§1. Sözleşmenin Tipi Açısından

Hem fikri haklar hukukunun hem de sözleşme hukukunun en önemli kavramlarından birisi olan lisans sözleşmeleri[2], genel olarak bir kimsenin kanunlarca özel koruma tanınan gayri maddi bir hakkını veya böyle olmamakla birlikte genel hukuk normlarıyla koruma sağlanan gayri maddi hakkına ilişkin kullanma hakkını, lisans alan olarak adlandırılan sözleşmenin karşı tarafına - kural olarak[3] - bedel

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

2 ARBEK Ömer, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2005, 65.

3 Bazen lisans için herhangi bir bedel ödenmeyeceği kararlaştırılır. Bu tür lisanslara serbest lisans

karşılığında tahsis ettiği sözleşmelerdir[4]. Tanımdan da anlaşıldığı üzere lisans sözleşmesi bir üst kavram olup, konusunu oluşturan fikri mülkiyet hakları ve diğer gayri maddi değerler itibariyle iki temel başlığa ayrılmaktadır[5].

Lisans sözleşmesinin konusunu oluşturan ve kanun hükmüyle özel olarak korunan fikri mülkiyet haklarına patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, marka vb.; fikri mülkiyet hakkı olarak korunmayıp ancak fiilen koruma sağlanmış gayri maddi değerler veya fiili tekel durumlarına ise know-how sözleşmeleri veya tanıtıcı unsurlara ilişkin sözleşmeler örnek gösterilebilir[6].

Kanunlarca kendisine özel koruma sağlanan haklardan biri olan markaya ve konumuza yansıyan bölümüyle marka lisansına ilişkin düzenlemeler 556 sayılı KHK'de (madde 20- 21)[7] yer almaktadır. Bu bağlamda lisans sözleşmelerinin bir alt türünü oluşturan marka lisans sözleşmesi[8] de marka sahibinin tescil ile kazandığı marka üzerindeki hakkına ilişkin kullanma hakkını lisans alana verdiği bir sözleşmedir[9]. Bu sözleşme ile marka, sahibinin malvarlığında kalıp, kullanılması hakkı başkasına devredilmektedir[10]. Bu açıdan marka lisans sözleşmesinin konusunu marka hakkı oluşturmaktadır[11]. 556 sayılı KHK'de konuya ilişkin hükümler incelendiğinde (madde 20-21) markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmet sınıfı

(freilizenz) denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ORTAN Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 1979, 167. ; Ayrıca bkz. ÖZSUNAY Ergun, ''Lisans Sözleşmelerinde Lisans Bedeline (Royalty) İlişkin Sorunlar'', İÜHF 50. Yıl Armağanı (Cumhuriyet Döneminde Hukuk), İstanbul, 1973, 664 vd.

4 Bkz. OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002, 30. ; ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C.I, Ankara, 1998, 190. ; ORTAN, 24; AYİTER Nuşin, İhtira Hukuku, Ankara, 1968, 108. ; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, C. I, Ankara, 1969, 25. ; Bu tanıma göre, (tam veya eksik) münhasır hak konusu olan her gayri maddi mal (yani marka, haksız rekabet hükümlerine göre korunabilen tanıtıcı unsurlar, know-how, ticaret unvanı, işletme adı, patentli buluşlar, fikir ve sanat eserleri) lisans sözleşmesine konu olabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan ''Sistem''lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995, 91. ; TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2005, 435. ; ONGAN Burak, Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Ankara, 2007, 13. ; SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2006, 84. ; ZEVKLİLER Aydın, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004, 42. ; Bu tanıma lisans verenin lisans alanın markayı kullanımı için gereken her türlü tasarrufta bulunmayı üstlenmesi hususunun da dâhil olduğu yönünde bkz. YASAMAN Hamdi / ALTAY Sıtkı Anlam, Marka hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, İstanbul, 2004, 742.

5 Konumuza dâhil olmadığı için fikri mülkiyet hakları dışında kalan diğer gayri maddi değerlere ilişkin lisans sözleşmeleri incelenmeyecek ve yine sadece fikri mülkiyetin bir parçasını oluşturan markaya ilişkin lisans sözleşmelerine değinilecektir. Sınaî haklara ilişkin lisans sözleşmesi türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 99 vd. ; ONGAN, 19 vd.

6 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 31.

7 ARKAN, 191. KHK'nin ''Lisans Alanın Dava Açması ve Şartları '' başlıklı 73. maddesi esas itibariyle, 21. maddenin VI-VII. fıkralarında yer alan hükümlerin tekrarından ibarettir.

8 YASAMAN / ALTAY, 734.

9 ONGAN, 26; YASAMAN / ALTAY, 741. ; ARKAN, 190–191. ; OKTAY ÖZDEMİR, 135. ; NOYAN Erdal, Marka Hukuk, 4.Baskı, Ankara, 2009, 587. ; YÜKSEL Ali Sait, Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know – How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul, 1989, 89.

10 TEKİNALP, FM Huk. , ARKAN, 190.

11 BERKHAN İhsan, '' Marka Lisans Sözleşmeleri'', Legal FSHD. , Sayı 13, 2008, 74.

bakımından sahibine tekel (inhisari) kullanma hakkı sağlayan bir mutlak hak[12] olduğu görülür. Bu açıklamalar ışığında marka lisans sözleşmesinin, marka sahibinin ''markayı tekel halinde kullanma hakkına son veren''[13] ve sözleşmedeki taraf iradelerine göre de ya birlikte kullanma (basit lisans) veya lisans alanın inhisari olarak kullanımına tahsis etme (inhisari lisans) sonucunu doğuran sözleşme olduğu açıkça gözlemlenmektedir[14].

Geniş anlamda bir fikri mülkiyet hakkı olan marka hakkını konu edinen lisans sözleşmesinin, borçlar hukuku alanında sözleşme tiplerine ilişkin yapılan isimli-isimsiz sözleşme ayırımında hangi alana dâhil olacağı hususunda öğretide fikir birliği bulunmamakla[15] beraber; kendi içinde alt ayırımlara tabi olan isimsiz sözleşmelerin hangi kategorisine dâhil olacağı hususu da tartışmalıdır.

Lisans sözleşmesinin, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birisinin veya birkaçının unsurlarını taşıyıp taşımadığı veya kanunda hiç düzenlemesi olmayan bir isimsiz sözleşme mi olduğunun tespiti önemlidir. Çünkü eğer lisans sözleşmesinin belli bir sözleşme tipine ait unsurları taşıdığı ve dolayısıyla da o tipe girdiği kabul edilirse, bu takdirde sözleşmede ortaya çıkan boşlukların doldurulmasında ve sözleşmenin yorumlanmasında kanunda o sözleşme tipine ilişkin getirilen kurallar uygulanacaktır[16]. Bir sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ise, sözleşmeler hukukunda geçerli olan tarafların eşitliği ilkesinin ve menfaat dengesinin bozulmaması adına büyük önem taşıyacaktır. Dolayısıyla da yapılan hukuki nitelik değerlendirmesi önemli olmaktadır.

Borçlar Hukukuna hâkim olan irade serbestîsi, sözleşmeler alanında sözleşme serbestîsi olarak belirir[17] ve iki ana cephesi vardır: Kişilerin kendi hür iradeleri ile borç altına girebilmeleri ve diledikleri konuda sözleşme yapabilmeleri[18]. Sözleşme serbestîsi de muhtevası bakımında çeşitli alt türlere ayrılmaktadır[19]. Konumuza yansıyan kısmı ile kişilerin hukuk düzeninin sınırları[20] içinde kalmak koşuluyla diledikleri konuda sözleşme yapabilmeleri, bünyesinde sözleşmenin tipini seçme özgürlüğünü de barındırır. Bu bağlamda gerek borçlar yasasında gerekse de diğer yasalarda 'tip' olarak belirtilmiş sözleşmeler yapılabileceği gibi, yasada düzenlen-

12 ONGAN, 25. ; ÖZEL Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002, 111.
13 ÖZDEMİR OKTAY, Lisans Sözleşmeleri, 135.
14 YASAMAN / ALTAY, 737.
15 YILMAZ Canan, "Marka Lisans Sözleşmeleri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2001, 45.
16 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 50.
17 OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005, 19. ; SEROZAN, 7. ; ZEVKLİLER, 34. ; HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona /ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, 35.
18 KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara, 2008, 51.
19 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, 52 vd.
20 Borçlar Yasası'nın 19. ve 20. maddeleri bu konudaki genel sınırı çizmektedir. Bu maddelere göre sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına, genel ahlak ve adaba, kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

memiş bir sözleşme de yapılabilir[21]. Bu akit serbestisinin doğal bir yansısıdır[22] ve yasada düzenlenmemiş bir sözleşme tipini seçme özgürlüğü olarak adlandırılır[23].

İşte sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, yasada tipini bulan sözleşmelere ilişkin unsurlar bir araya getirilerek[24] yeni tipte bir sözleşme yapılabileceği gibi, yasadaki tipten tamamen ayrılan ve bünyesinde barındırdığı unsurlar açısından tiplerdeki hiçbir unsura kısmen veya tamamen girmeyen, kendine özgü sözleşmeler de vardır. Bunlara hukukumuzda atipik sözleşme denir[25].

Bu bilgiler ışığında konumuzu oluşturan marka lisans sözleşmesinin, akit serbestîsi prensibi gereğince oluşturulan atipik bir sözleşme mi yoksa tipik bir sözleşme mi olduğu hususu tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre marka lisans sözleşmesinden, 556 sayılı MarkKHK'nin 20. ve 21. maddelerinde bahsedildiği için bunun artık isimsiz bir sözleşme olduğu söylenemez[26]. Marka lisans sözleşmesinin atipik olmadığını savunan bu görüşe ilişkin bir gerekçeye göre, kanun hükmünde kararname de marka lisansına ilişkin ayrıntılı hükümler[27] getirilmiş ve bunlar bu sözleşme tipini birçok açıdan ele almıştır. Eski marka kanununun yürürlükte olduğu dönemde konuyu ele alan GÜRZUMAR'A göre ise, genel anlamda lisans sözleşmeleri kanunda düzenlenmemiş sözleşme[28] grubuna dâhil olmakla beraber aynı husus marka ve patent lisansı sözleşmesi için söylenemez[29]. Türk hukuku açısından marka lisans sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme sayılamayacağını belirten bu görüş, gerekçe olarak 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 34. maddesindeki düzen-

21 HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 35 vd. ; ZEVKLİLER, 37 vd. ; FEYZİOĞLU F. Necmeddin, Özel Borç İlişkileri, C.I, İstanbul, 1980, 38.

22 SEROZAN, 53.

23 ZEVKLİLER, 37.

24 Tipik sözleşme modelinden sapıp ayrılmanın değişik ölçüleri hakkında bkz. HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 36 vd.

25 Yasaca düzenlenmemiş yani adsız olan sözleşmelere atipik sıfatını yakıştırmanın yanıltıcı olduğu çünkü yasanın metninde (normatif açıdan) her ne kadar sözleşme türü olarak yer almasa da uygulamada çok sık tekrarlanan ve böylece tipikleşmiş olan; buna rağmen yasada isim olarak anılmasına rağmen uygulamada neredeyse hiç rastlanmayarak atipik hale gelen sözleşme örnekleri için bkz. HATEMİ / SER- OZAN / ARPACI, 36. ; Tarafların yaptıkları sözleşme, hiçbir unsuru ile ya da kısmen herhangi bir kanun hükmünde yer almamış olabileceği gibi kanunun başka sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunca öngörülmeyen bir şekilde bir araya getirilmesi tarzında da olabilir. Tarafların birbirinden tamamen bağımsız birden fazla sözleşmeyi tek bir sözleşmeymiş gibi yaptıkları durumlar da vardır. Kendine özgü, karma ve birleşik olarak nitelenen bu sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6.Bası, İstanbul, 2008, 10 vd.

26 ARKAN, 191. ; SARGIN Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2002, 165. ; ÇAMLIBEL TAYLAN Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001, 208. Aynı anlamda bkz. TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.II, İstanbul 1971, 8.

27 Bkz. ARKAN, 191.

28 Kanunda düzenlenmeyen sözleşme tiplerinden sui generis sözleşme türüne girdiği hususunda bkz. GÜRZUMAR, Franchise, 92. ; ORTAN, 39. Türk Borçlar Yasası açısından kendine özgü nitelikte sayılan lisans sözleşmesinin, Borçlar Yasası'nda yer alan sözleşmelerden hiçbirisine tam olarak uymadığı, sadece benzer nitelikler gösterdiği ve bu nedenle söz konusu sözleşmeye benzediği saptanan sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği görüşü hakkında bkz. ORTAN, 39

29 GÜRZUMAR, Franchise, 92.

lemeyi göstermektedir. Her ne kadar kanunda marka lisansına ilişkin bir tanım yer almasa da maddede marka lisansı sözleşmesinin geçerlilik şartı, markanın kullanılma süresi, kullanma bedeli, kullanılma şekil ve şartına ilişkin kayıtlar getirildiği, bunların sözleşmenin asgari içeriğini oluşturduğu ve böylece marka lisansı sözleşmesinin objektif esaslı noktalarının belirtildiği, bu durumun ise artık marka lisansını kanunda düzenlenmemiş sözleşme olarak nitelendirmeye engel teşkil ettiği bildirilmiştir[30]. Bu görüş, marka lisansına ilişkin hükümlerin kanunda düzenlenmediğini kabul etmekle beraber, sözleşmede ortaya çıkabilecek boşluklara, atipik sözleşmelerde izlenen yaratma ve kıyas metodunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir[31].

Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise, marka lisans sözleşmesi isimsiz sözleşmeler, yani kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler grubunda yer alır[32]. Çünkü lisans sözleşmeleri gerek genel özellikleri gerekse de özel türleri bakımından kanunlarda bir bütün olarak düzenlenmemiş olup[33] sadece KHK'de marka lisansına ilişkin bazı kurallar öngörülmüştür[34]. 556 sayılı KHK düzenlemesinde amaç, marka lisans sözleşmesini bir sözleşme olarak ona tipini veren unsurlarla düzenlemek değil sadece sözleşmenin içeriğini belirlemektir[35]. Dolayısıyla sözleşme ilişkisi tüm örgüsüyle[36] ele alınmayıp sadece sözleşmenin içeriği belirtilmiştir[37].

Doktrinde yapılan bu tartışmaların temelinde aslında tipik ve atipik kavramlarının içini doldurmada izlenen metodun farklılaşması yatmaktadır. Borcun kaynaklarından biri olan akitler, kanunen düzenlenmiş ve düzenlenmemiş olmak üzere iki ana gruba ayrılırlar[38]. KUNTALP unsurlarının ve bunların bir araya gelme tarzlarının kanunda sarih olarak tanzim edildiği akitlerin "kanunun öngördüğü" ; buna karşılık unsurlarının tamamı veya bir kısmı yahut bu unsurların bir araya geliş tarzı kanunen düzenlenmemiş akitlerin ise "kanunun öngörmediği" akitler grubuna girdiğini belirtmekte[39] ve bu anlamda birinci grubu meydana getiren akitlere,

30 GÜRZUMAR, Franchise, 92.

31 Böylece sözleşme ile benzer özellikler gösteren hasılat kirası, adi kira, satım gibi sözleşmelerin hükümlerinden yararlanılması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, Franchise, 20, 92.

32 TEKİNALP, 435. ; OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 52, vd. ; YASAMAN / ALTAY, 741. ; SEROZAN, 84. ; ORTAN, 39. ; FEYZİOĞLU, 50. ; ZEVKLİLER, 42. ; ONGAN, 37. ; ÖZEL, 111-112. ; KIRCA, 83.

33 OKTAY Saibe, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM. C. LV, 1996, 274. Kanunlarda bu sözleşmenin sadece ismi ile anılmış olması ve bu mevzuat çerçevesinde sözleşmede yer alacak unsurların belirlenmesi, isimsiz sözleşme olmasını, engellememekte-
dir. ; TEKİNALP, 435.

34 TEKİNALP, 435.

35 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 53.

36 YASAMAN / ALTAY, 741.

37 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 53.

38 Meier-Hayoz, Arthur, Contracts non prevus par la loi, I, Generalites – Contrats "sui generis", FJS.,No. 1134. (nakleden: KUNTALP Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 291, Ankara, 1971).

39 Aynı yönde bkz. TANDOĞAN, 10. Kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler tanımına birleşik sözleşmelerin de dâhil olduğu hususunda bkz. YAVUZ, 10.

yani kanunda düzenlenen akitlere tipik (isimli) ikinci grubu oluşturan akitlere ise isimsiz (adsız) sözleşmeler demektedir[40]. Dolayısıyla isimsiz sözleşme kavramını atipik kavramına altlamamaktadır[41]. Ancak bugün genel olarak kabul edildiği üzere, isimsiz sözleşmelere atipik sözleşmeler denilmektedir.

Bir sözleşmenin yapılan bu ayırım içerisinde nereye oturacağının tespiti, hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta uygulayacağı hükümlerin tespiti açısından önem taşıyacaktır. Çünkü bir sözleşmeyi tipik olarak nitelendirebiliyorsak o sözleşmeyi karakterize eden, ona adeta şeklini veren ve onu tip olarak var eden asli edim yükümlerinin de normun içinden çıkarılabildiğini kabul ediyoruz demektir.

Örneğin satım sözleşmesi için kanunda *''Satım bir akittir ki onunla satıcı satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder ''* şeklinde bir tanım verilmekte ve böylece satım sözleşmesine tipini veren asli unsurların, satılan (mebi) ve satım parası (semen) ile bunların birbiriyle mübadele edilmesi hususundaki anlaşma olduğu görülmektedir[42]. Bu bağlamda satımın gerek yalın halinde gerekse de çeşitlerine ilişkin diğer türlerinde çıkan sorunlarda, hep sözleşmenin bu karakteri dikkate alınacak; tipe ilişkin getirilen hükümler adeta tarafların iradeleri yerine geçerek doğrudan doğruya uygulanacaktır. Böyle olunca da hâkimin hukuk yaratmasının önüne geçilmiş olunacaktır. Bu anlamda bir sözleşmenin özgün bünyesi itibariyle kanunda düzenlenmesi önem taşımaktadır.

Bir sözleşmenin kanun maddesinde zikredilmiş olması onu tipik sözleşme yapmaya yetmemekte[43], ''objektif esaslı unsurlarının kanundan çıkarılabilmesi ve sözleşmenin özgün bünyesinden kaynaklanabilecek asli sorunların da kanunda en azından önemli ölçüde düzenlenmiş olması'' gerekmektedir[44].

Esaslı unsurlar sözleşmenin bünyesini, tipini veya asıl amacını tanıtmak için bulunması gereken zorunlu unsurlardır. Objektif esaslı unsurlara sözleşmenin tipik unsurları demek de mümkündür. Tipik unsurlarda kanunda düzenlenmiş olan isimli sözleşmelerin tanımlarında belirtilmiştir. Kanunda düzenlenmemiş

40 KUNTALP, 10.

41 Yazar isimsiz akitleri, tipik akitlerden sapma derecelerine göre kendi içinde üç gruba ayırmakta ve sözleşmenin unsurlarının tamamının, kanunen öngörülen tiplerden hiçbirine girmemesi durumuna ilişkin olarak 'atipik' yakıştırması yapmakta, böylece 'sui generis' kavramı ile atipik olgusunun kastedildiğini vurgulamaktadır. Bu türe dâhil sözleşmelere de tam anlamıyla yeni bir akit demektedir. Unsurlarının tamamının tipik akitlere ait olduğu ama bunların bir araya getiriliş biçiminin kanuna yabancı olduğu akitlere ise 'karma muhtevalı akit', unsurlarının bir kısmı yasalardaki tiplere ait olmakla beraber bir kısmı kanunda hiç yer almayan akitlere de yukarıdaki iki türün arasında yer alan akit yakıştırmasında bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTALP, 10 vd. Sözleşmenin unsurlarının bir kısmının yasaca düzenlenmediği sözleşmeler de sui generis niteliktedir. ; ayrıntılı bilgi için Bkz. TANDOĞAN, 11. Ancak bugün genel olarak kabul edildiği üzere, kanunda öngörülen çeşitli sözleşmelerin niteliklerini kaybetmeksizin tek bir sözleşme içinde toplandığı akitlerde vardır ve bunlar her ne kadar bünyesinde barındırdığı sözleşmeler bakımından yasada varsa da bir bütün olarak göz önüne alındığında kanunen düzenlenmemiş sözleşme karakterini taşımaktadır. Aynı yönde bkz. YAVUZ, 10 vd

42 YAVUZ, 24-25

43 OKTAY, İsimsiz Sözleşmeler, 274.

44 GÜRZUMAR Osman Berat, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı, İstanbul, 1998, 161.

sözleşmeler açısından ise bir tanım olmadığı için onun esaslı unsurlarını belirleme de çeşitli ihtimaller akla gelmektedir[45]. Bunlardan bir tanesi de, her ne kadar kanunda yer almasa da uygulamada sıklıkla tekrarlanarak adını bulan[46] ve bir anlamda tipikleşen sözleşmelerin uygulamalarda karşılaşılan durumlarından hareketle bir tanım yapılmasıdır[47]. Böylece sözleşmenin objektif esaslı unsurları saptanabilir. Bu çerçevede bakınca da marka lisans sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarını kullandırma borcu, lisans konusu marka ve kullanma bedeli olarak tespit edebiliriz[48].

Yukarıda belirtilen tartışmalara ek olarak, marka lisansı sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak kabul edilmesi durumunda hangi türe ait olacağı hususundaki tartışmaların da belirtilmesi gerekmektedir. Daha öncede belirtildiği gibi akit serbestîsi prensibi gereğince taraflar diledikleri tipte ve muhtevada sözleşme yapabilir, yani kanuni tiplerden kısmen veya tamamen sapabilirler[49]. Buna düzenleme serbestîsi[50] denir ve bugünkü modern hukukta isimsiz sözleşmelerin yapılmasına zemin oluşturur[51].

İsimsiz sözleşmeler de kendi içinde üç ana türe ayrılır: Karma, birleşik ve kendine özgü (sui generis) sözleşmeler. Yasal sözleşme tipleri birbirinden bağımsız olarak ve niteliklerini yitirmeden tek bir sözleşmenin bünyesinde birleşiyorsa, birleşik sözleşmeyle karşılaşılır[52]. Eğer bir sözleşmenin içerdiği unsurlar tamamen veya kısmen herhangi bir kanun hükmünde yer almıyorsa, yani akdin bünyesinde kanunlara yabancı bir unsur varsa kendine özgü sözleşmeden bahsedilir[53]. Sözleşme içerdiği hiçbir unsur itibariyle kanuna yabancı olmamakla beraber, kanunun çeşitli yasal tipler için öngördüğü unsurları kanuna yabancı bir şekilde bir araya getiriyorsa bu seferde karma sözleşmeler söz konusu olur[54]. Ancak son tanımlama üzerinde doktrinde fikir birliğine varılamamış ve ‘‘dar anlamda karma sözleşmeler’’ olarak ifade edilen bu görüşü savunanların[55] yanısıra ‘‘geniş anlamda karma sözleşme’’ kavramını savunanlar da olmuştur[56]. Dolayısıyla yapılan sınıflandırma da temel alınan tanımlamaya göre başkalaşmıştır.

GÜRZUMAR karma sözleşmeler bakımından, ‘kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş sözleşme tiplerinin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği tarzda

45 Bunlardan biriside objektif ve subjektif denklik teorisidir. Objektif denklik teorisi, karşılıklı akitlerde edimlerin objektif olarak eşit değer taşıması şeklinde açıklanmakta ve taraflardan her biri, kendi şahsi görüşüne göre akitten aldığını akit gereğince verdiğine eşit sayıyorsa, edimler arasında denklik münasebetinin olduğu kabul edilmektedir. Bu da subjektif denklik teorisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KANİTİ Salamon, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, 1962, 59.

46 Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci bölüm, 6, dn.24.

47 GÜRZUMAR, Franchise, 9.

48 YILMAZ, 47.

49 KUNTALP, 9.

50 KUNTALP, 50, 51.

51 KUNTALP, 10.

52 YAVUZ,10. ; TANDOĞAN, 34. ; KUNTALP, 103.

53 YAVUZ, 12-13. ; TANDOĞAN, 11.

54 KUNTALP, 102. ; YAVUZ, 10. ; TANDOĞAN, 10.

55 KUNTALP, 102. ; YAVUZ, 11. ; TANDOĞAN, 29.

56 HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 44; GÜRZUMAR, Franchise, 20.

bir araya getiren sözleşmeler karma sözleşmedir' şeklinde yapılan 'geniş anlamda karma' tanımına katılmakta ve böylece doktrindeki 'karma sözleşmelerin sadece yasadaki çeşitli sözleşme tiplerinde öngörülen unsurların bir araya getirilmesi' yönündeki 'dar anlamda karma' tanımından ayrılmaktadır[57]. Sui generis sözleşmeler açısından da 'tarafların tamamıyla kanunda düzenlenmemiş olan unsurlardan oluşan edimleri, yine kanunda öngörülmemiş, ancak çok daha özgün bir içsel birlik sağlayacak şekilde bir arada bulunduran, böylelikle de karma değil yepyeni bir hukuki ilişki türü oluşturan sözleşmeler sui generis sözleşmedir ' şeklindeki tanımlamaya katılmıştır[58]. Bu bağlamda da sui generis sözleşmeler için temsil edilen yaklaşım tarzının karma sözleşmeler bakımından da kabul görmesi gerektiğini belirterek, karma sözleşmelere de sadece yaratma ve kıyas yönteminin uygulanmasını önermektedir. Böylece karma-sui generis sözleşme ayrımının suni bir ayrım haline geleceğini belirtmektedir[59].

Bu konudaki tartışmaları bitirmeden önce son olarak bu bilgiler ışığında marka lisansı sözleşmesini karma sözleşme, sui generis sözleşme niteliğinde değerlendiren çeşitli görüşlere de yer vermek istiyoruz. TEKİNALP marka lisansı sözleşmesini karma nitelikte sözleşme olarak değerlendirip, bu sözleşmenin satım, adi ortalık ve hâsılat kirası sözleşmelerinden unsurlar içerdiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla da somut olayın özelliklerine göre bu sözleşmelerin hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmektedir. nitelik taşımaktadır[60]. Çünkü bu sözleşmenin unsurları kanundaki tiplere yabancıdır.

§2. Sözleşmenin Özellikleri Açısından

Marka lisansı sözleşmesi, markanın sahibinin malvarlığı içinde kalıp, kullanılması hakkının başkasına devredildiği bir sözleşmedir[61]. Bu anlamda sözleşme olması itibariyle hukuk düzeninde kabul gören iki taraflı hukuki işlemler temeline oturur ve ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur. Bu irade beyanlarının da sözleşmenin objektif esaslı noktaları olan lisans konusu marka ve lisans bedeli üzerinde anlaşmayı (consensus) kapsaması gerekir.

Marka lisans sözleşmesi akitlerin nevileri[62] bakımında yapılan ayrımlarda çeşitli özellikler göstermektedir. Bu anlamda marka lisans sözleşmesi esaslı unsurları bakımından kural olarak ivazlı ve iki tarafa borç yükleyebilen, sürekli borç ilişkisi doğuran akit niteliği göstermektedir.

I. MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİ KURAL OLARAK İVAZLI VE İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEBİLEN BİR SÖZLEŞMEDİR.

Marka lisans sözleşmesinde marka hakkı sahibi, bu hakkının kullanımını bir

57 GÜRZUMAR, Franchise, 20, dn.126.
58 GÜRZUMAR, Franchise, 20, dn.126.
59 GÜRZUMAR, Franchise, 20, dn.126.
60 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 140. ; ONGAN, 39. ; BERKHAN, 74. ; YASAMAN / ALTAY, 741, dn.2. ; ÖZEL, 113.
61 TEKİNALP, 435.
62 Akitlerin çeşitli açılardan tabi tutulduğu sınıflandırmalar için bkz. OĞUZMAN / ÖZ, 40. ; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2008, 46.

bedel karşılığında lisans alan kişiye tahsis etmektedir. Burada hak sahibi marka üzerinde "fikri mülkiyet"[63] olarak nitelendirilen mutlak hakkını[64] devretmemekte, o yine hakkın sahibi olarak kalmakta, sadece hakkını kullandırma borcu altına girmektedir[65]. Böylece sözleşmenin bir tarafı olan marka hakkı sahibi, markasının kullanımını sağlama borcu altına girerken karşı tarafta bu kullanım karşılığında lisans bedeli denen bir bedel[66] ödemektedir. Bu da lisans alanın borcunu oluşturmaktadır. Ancak daha öncede lisans sözleşmelerine ilişkin yapılan tanımda belirtildiği üzere, marka sahibinin marka hakkını kullandırma borcunu üstlenmesine karşılık diğer tarafın bedel ödeme yükümü altına girmemesi de mümkündür ve bu da serbest lisans olarak adlandırılır[67]. Bu durumda da marka lisans sözleşmesi kurulmuştur ancak bu sözleşme ivazsız olması sebebiyle tek tarafa borç yükleyen yani sadece markasını kullandıran marka sahibine borç yükleyen bir sözleşme olarak belirmektedir.

Öte yandan marka lisans sözleşmesi alanında serbest lisansa fazla rastlanmamaktadır[68]. Daha çok rastlanılan durum sözleşmenin her iki tarafının da borç altına girmesidir. Burada marka sahibi gayri maddi hakkının kullanımını devrederken lisans alan da bunun karşılığında genellikle periyodik olmak üzere bir bedel ödeme borcu altına girmekte ve böylece marka lisansı sözleşmesi karşımıza edimlerin mübadele ilişkisi içinde olduğu "sinallagmatik" akit olarak çıkmaktadır[69]. Ancak burada lisans alanın yüklendiği ivaz mutlaka para şeklinde bir bedel olmak zorunda değildir. İvazın çeşitli şekillerde kararlaştırılması söz konusu olabilir[70]. Örneğin lisans alanın ürettiği ürünlerden belli bir miktar karşı tarafa vermesi gibi[71].

Bazen de her iki tarafta birbirine karşılıklı olarak lisans tanıyabilir[72]. Böylece her bir taraf kendi mutlak hakkını karşı tarafa kullandırma borcu altına girmiş olur. Bunlarda iki taraflı ve ivazlı sözleşmelerdir[73].

II. MARKA LİSANS SÖZLEŞMESİ BORÇLANDIRICI İŞLEMDİR.

Marka lisans sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir çünkü burada marka hakkı sahibi mutlak hakkı üzerinde tasarrufta bulunmamakta, bu hakkını kullandırmayı borçlanmaktadır ve bu yönüyle de hakkın tamamen devri borcunu doğuran sözleşme tipine değil, bir şeyi kullanma hakkının devredilmesine ilişkin sözleşme tipine

63 Fikri mülkiyet kavramının dar ve geniş anlamda kullanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, 1 -15.

64 Marka üzerindeki hakkın hukuki niteliği ile ilgili görüşler için bkz. ŞANAL, 26 vd.

65 Lisans sözleşmelerinde karakteristik edim, lisans verenin lisans alana sözleşme konusunu kullanma izni verme borcudur. Dolayısıyla kısmen de olsa hakkın mülkiyetinin devri söz konusu olmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ONGAN, 18.

66 Lisans bedelinin ödenme şekli hakkında çeşitli ihtimaller için bkz. ÖZSUNAY, 267 vd.

67 Serbest lisans hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ORTAN, 167.

68 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 63.

69 OKTAY ÖZDEMİR, Lisan Sözleşmeleri, 64.

70 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 64.

71 ÖZSUNAY, 267 vd

72 OKTAY ÖZDEMİR, Lisan Sözleşmeleri, 64.

73 MODİANO G., Le Contrat de Licence de Brevet, Geneve, 1979, 45. (nakleden : OKTAY ÖZDEMİR, 64 vd.).

girmektedir[74]. Ancak belirtilmelidir ki kullanma hakkının devredilmesi borcunu doğuran sözleşme grubuna dâhil olsa da, bu gruba giren diğer kullandırma sözleşmelerinden (adi kira, hâsılat kirası vb.) farklıdır. Adi kira ve hasılat kirasına ilişkin hükümlere bakıldığında, bu sözleşmelerin konusunun maddi varlığı olan yani cismani şeylere hasredildiği ve bunlara ilişkin hakkın kullanımının devredildiği görülmektedir. Kısacası adi kira da sözleşmenin konusunu maddi eşya[75] oluştururken, marka lisansı sözleşmesinin konusunu bir eşyanın değil marka hakkının kullanımı oluşturur. Burada daha çok hâsılat kirası ile olan benzerlik dikkat çekmektedir. Bunun sebebi de BK. md. 270' de hâsılat kirasının konularına nelerin girdiği sayılırken hakların da sayılmış olmasıdır[76]. Dolayısıyla hâsılat kirasında da hakkın kullanımının devri mümkündür[77]. Ancak yine de burada marka lisansı sözleşmesini, konusu marka hakkı olan bir hâsılat kirası olarak kabul edemeyiz[78]. Çünkü hâsılat kirasına ilişkin hükümlerin konulması, kendine özgü olarak ortaya çıkan belirli çıkarların korunması zorunluluğundan doğmuştur[79] ve bu anlamda da lisans sözleşmelerinin ekonomik işlevi bakımından farklılaşmaktadır[80]

III. MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİ SÜREKLİ BORÇ DOĞURAN SÖZLEŞME NİTELİĞİNDEDİR.

Çeşitli açılardan yapılan edim sınıflandırmalarından biri de ifa süresi bakımından edimler şeklindedir[81]. Edimin ifa süresi dikkate alınarak ani edimlerden, sürekli edimlerden ve dönemli edimlerden söz edilmektedir[82]. Borçlunun borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız yani sürekli bir davranışla ifa edebildiği hallerde sürekli edim söz konusudur[83]. Bir borç ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa o borç ilişkinse sürekli borç ilişkisi adı verilir[84]. Marka lisansı sözleşmesi açısından konuyu değerlendirdiğimizde ise lisans alanın edimdeki menfaati belli bir zaman noktasında tükenmemekte, fakat belli bir zamana yayılmaktadır[85]. Burada lisans veren marka sahibi sözleşme ilişkisi boyunca lisans alanın edimdeki menfaatini gerçekleştirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla bu sözleşme sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşmedir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Marka lisans sözleşmesinde marka sahibi tescilli markasını kullanmaya yönelik hakkını sözleşmenin karşı tarafına tahsis ettiği için, bu sözleşme kanaatimizce kullandırma ve yararlandırma borcu doğuran sözleşme niteliği taşımaktadır.

74 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 51.
75 Hukuk düzenimizde kabul edilen eşya kavramı için bkz. OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2006, 4 vd.
76 ORTAN, 24.
77 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 51.
78 ORTAN, 24-25.
79 ORTAN, 24.
80 ORTAN, 25.
81 OĞUZMAN / ÖZ, 9.
82 OĞUZMAN / ÖZ, 9.
83 OĞUZMAN / ÖZ, 10.
84 OĞUZMAN / ÖZ, 10.
85 OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, 66.

Marka lisansı sözleşmesinde bu sözleşmeyi karakterize eden, lisans verenin edimi olan hakkın kullanımının tahsisidir. Nasıl ki mülkiyet hakkı Roma hukukundan bugüne gelen deyimiyle usus (kullanma), fructus (semerelerinden yararlanma), abusus (tüketme) yetkilerini içeriyorsa; marka hakkı da üzerinde fikri mülkiyet denen kendine özgü bir mülkiyet tipi taşımakta ve hak sahibine kullanma (markasını bizzat kullanması), yararlanma (markayı lisansa vermesi) ve tasarrufta bulunma (markayı devretme) yetkisi vermektedir. Böylece taraflar sadece karşılıklı olarak borç yüklenme yönündeki iradelerini açıklamaktadır.

KAYNAKÇA

ARBEK Ömer, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2005.
ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C.I, Ankara, 1998.
AYİTER Nuşin, İhtira Hukuku, Ankara, 1968.
BAŞLAR Yusuf, "Marka Lisansı Açısından Marka Hakkının Korunması", Legal FSHD. , İstanbul, Sayı 14, 2008.
BAŞLAR Yusuf, "Marka Lisans Hakkının ve Marka Lisansı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 20, Ankara, 2008.
BERKHAN İhsan, Marka Lisans Sözleşmeleri, Legal FSHD. , İstanbul, Sayı 13, 2008.
CAMCI Ömer, Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1998.
ÇAMLIBEL TAYLAN Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.
ERDAĞ Nevzat, Marka-Patent Belgelendirme El Kitabı, İstanbul, 2006.
FEYZİOĞLU F. Necmeddin, Özel Borç İlişkileri, C.I, İstanbul, 1980.
GÜRZUMAR O. Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995 (atıf şekli : GÜRZUMAR, Franchise,..).
GÜRZUMAR O. Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul, 1998 (atıf şekli : GÜRZUMAR, Üst Hakkı,..).
HATEMİ Hüseyin / **SEROZAN** Rona /**ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
KANİTİ Salamon, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, 1962.
KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara, 2008.
KIRCA Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997.
KUNTALP Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971.
MERAN Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2004.
NOYAN Erdal, Marka Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 2009.
ONGAN Burak, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Ankara, 2007.
OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk, 11. Bası, İstanbul, 2004.
OĞUZMAN M. Kemal / **ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005.
OĞUZMAN M. Kemal / **SELİÇİ** Özer / **OKTAY ÖZDEMİR** Saibe, Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2006.
OKTAY Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması", İHFM, C.LV, 1996 (atıf şekli : OKTAY, İsimsiz Sözleşmeler).
OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002 (atıf şekli : OKTAY ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri).
ORTAN Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 1979.
OYTAÇ KUTLU, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku – Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, Ankara, 2002.
ÖZEL Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002.
ÖZSUNAY Ergun, "Lisans Sözleşmelerinde Lisans Bedeline (Royalty) İlişkin Sorunlar", İHFM 50. Yıl Armağanı (Cumhuriyet Döneminde Hukuk), İstanbul, 1973.
REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul, 2008.
SARGIN Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2002.

SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2006.
ŞANAL Osman, İçtihatlı-Açıklamalı Markalarda Hükümsüzlük Davaları, Ankara, 2006.
TANDOĞAN Haluk, Boçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, C.I, Ankara,1969.
TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2005.
TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, C.II, İstanbul, 1977.
YASAMAN Hamdi **/ ALTAY** Sıtkı Anlam, Marka hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, İstanbul, 2004.
YAŞAR BOZKURT Sevgi, '' Marka Lisansı Sözleşmesinin Şekli ve Lisansın Sicile Kaydı", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 1, Ankara, 2006.
YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6.Bası, İstanbul, 2008.
YILMAZ Canan, ''Marka Lisans Sözleşmeleri" ,Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2001.
YÜKSEL Ali Sait, Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know – How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul, 1989.
ZEVKLİLER Aydın, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004.

İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK, İŞYERİ UYGULAMALARI VE DİRENME HAKKI

Av. Kadriye Pınar ÇALIM[1]

GİRİŞ

1-) İŞ HUKUKUNUN KONUSU VE NİTELİKLERİ

İş Hukuku, işçi ile işveren arasında çalışmaya dayanan ferdi ve kolektif ilişkileri düzenleyen hukuk dalıdır.[2] İş Hukuku, işçilerin hukuki durumlarının düzenlenmesi ve işçilerin korunması amacıyla doğmuştur.

İş Hukukunun konusu ve amacı 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinde; *"Bu kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektedir."* şeklinde düzenlenmiştir.

2-) İŞ HUKUKUNUN KAYNAKLARI

I. GENEL KAYNAKLARI

Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik, Bakanlar Kurulu Kararları, Resmi Tebliğ ve Genelgeler vs. mevzuat İş Hukukunun genel kaynaklarını oluşturmaktadır. Yargıtay kararları, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Anayasa Mahkemesi kararları, doktrin ve örf ve adet de genel kaynaklar arasındadır.

II. ÖZEL KAYNAKLARI

Toplu İş Sözleşmeleri, Bireysel İş Sözleşmeleri, İşyeri İç Yönetmelikleri, İşyeri Uygulamaları, işverenin talimatları İş Hukukunun özel kaynaklarını oluşturmaktadır.

İŞYERİ UYGULAMALARI

İşyerinde düzenli olarak devam eden genel nitelikteki uygulamalardır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi; *" İşveren, iş sözleşmesiyle….. **işyeri uygulamasıyla oluşan** çalışma şartlarındaki değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir."* hükmünde yer alan işyeri uygulamaları bu madde hükmü ile yasallık kazanmıştır.

İşyeri uygulaması, işveren ile işçiler arasındaki bir sosyal teması oluşturmaktadır. İşverenin işyeri uygulamasına yol açan davranışları karşısında işçiler müstakil bireyler olmaktan çok, bir grup üyesi görünümündedirler.[3]

---

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

2 SUR Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2009 Ankara, Turhan Kitabevi, s.1

3 SOYER M.Polat, Genel İş Koşulları, Özgün Matbaa, 1987, s. 44

Bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabul edilebilmesi için, düzenli olarak tekrarlanma özelliğine sahip olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde bir uygulama işçilere talep hakkı verir. Örneğin; iş sözleşmesinde ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, işverenin her yılbaşında işçilerine ikramiye vermesi, işçilere diğer yılbaşlarında da ikramiye talep hakkı vermektedir. Ancak, bu uygulamanın işyeri uygulaması kazanamayacak kadar çok tekrarlanmamış olması, işçiye talep hakkı vermeyecektir.

Bir uygulamanın, ne kadar süreden beridir yapılıyor olması gerektiğine ilişkin kesin bir ölçü bulunmaması nedeniyle, bu durumun her somut olayda iyi niyet kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir.[4] Aynı zamanda; bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabul edilebilmesi için, bu uygulamanın yasaların ve toplu iş sözleşmelerinin mutlak emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir.

İşverenin işyeri uygulamasından doğan yükümlülüğü zaman içinde ortaya çıkan bir bağımlılığı ifade etmektedir. İşyeri uygulaması, işverenin muntazam bir biçimde sürdürdüğü düzeni değiştirmesini veya ortadan kaldırmasını önleme konusunda hukuki bir etkiye sahiptir.[5]

3-) İŞ SÖZLEŞMESİ

I. TANIMI

4857 Sayılı İş Kanunu madde 8; " İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir." hükmü ile tanımlanmıştır. İşçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denilmektedir. (İş K. M. 2/I)

Alman Hukukunda, *iş ilişkisi* işçiye işverenin işini yapma borcu yükleyen *hukuki bir ilişki* olarak tanımlandığı gibi, işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan *fiili bir ilişki* olarak da anlaşılmaktadır. Hukukumuz yönünden iş sözleşmesi, iş ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işçiye işverenin hizmetine girme yükümünü yükleyen bir anlaşma olarak nitelendirilebilir.[6]

II. İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR

A- İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI

I- İŞVERENİN ÜCRET ÖDEME BORCU

1. Ücretin Tanımı

Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. (İş K. m. 32)

2. Geniş Anlamda Ücret Tanımı

İşverenin işçiye sağladığı her türlü ayni ya da nakdi menfaat, hatta akdi ikramiye geniş anlamda ücret olarak değerlendirilir.

4 GEÇER Bekir, age, s. 42
5 SOYER M.Polat, age, s. 46
6 ÇELİK Nuri, age, s. 74

Yargıtay 9 HD 25.10.1999, 1999/13249 E. 1999/16231 K. sayılı ilamında; "… akdi ikramiyenin de ücret kapsamı içinde olduğu ve ücretin bir eki olarak düşünülmesi gerekir. Dairemizin istikrar kazanmış uygulaması da bu doğrultudadır." şeklinde karar vermiştir.

3. İkramiyenin Hukuki Niteliği Ve Ücret Kavramı İle İlişkisi

İkramiye, işverenin işçilerine, yaptıkları işten duyduğu memnuniyeti veya işçi-işveren bağımlılığını belirtmek için ya da bazı özel vesileler (yılbaşı, bayram, işyerinin kuruluş yıldönümü, evlenme, doğum gibi) nedeniyle verdiği ek bir ücrettir.[7]

İkramiye, toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde açık veya örtülü olarak kararlaştırılmış bulunuyorsa, ücretin bir bölümünü oluşturur ve işçiye talep hakkı sağlar.[8] Aynı şekilde, işverenin tek taraflı olarak sağlamış olduğu ikramiye, **işyeri koşulu haline gelmişse,** işçiye bunu talep etme hakkı verir.

İkramiyenin çalışma koşulu haline gelmesinin klasik örneği, Alman Hukukunda işverence işçilere her yıl Noel'de verilen ikramiye gösterilebilir. Alman Federal İş Mahkemesi kararına göre, en az 3 yıl arka arkaya işverence herhangi bir koşula bağlı tutulmaksızın ikramiye verilmesi halinde, bu uygulama, işçinin örtülü kabulü sonucu iş sözleşmesi hükmü haline gelir ve ikramiyenin verilmemesi halinde işçiye bunu talep hakkı sağlar.[9]

Hukukumuzda, işçilerin bir kesimine ikramiye hakkı *yasa ile* tanınmıştır. 6772 Sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesi hükmü gereğince, bu maddede sayılan *kamu kurum ve kuruluşlarında* çalışan işçilere ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl birer aylık istihkakları tutarında bir ikramiye ödenir.[10]

Bu yasal düzenleme dışında, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya işyeri uygulaması gereği ödeme zorunluluğu bulunmadıkça, işveren ikramiye ödeyip ödememe konusunda serbesttir. Ancak, bu durumda işveren eşit davranma borcu gereği işçiler arasında ayrım yapamaz.

6772 Sayılı Kanun'un ek 2. maddesi hükmü uyarınca, yasa kapsamı dışında kalan işyerlerinde çalışan işçilere toplu iş sözleşmeleri ile en çok dört, münhasıran yer altında çalışanlara ise en çok beş ikramiye verilebilir. Bu maddenin amacından yola çıkılarak ikramiyelerin toplu iş sözleşmeleri yanında, iş sözleşmeleri ile düzenlenen ve doğrudan işveren tarafından ödenen ikramiyeler hakkında da geçerli olduğunu söylemek doğru olacaktır. Görüldüğü gibi, işveren tarafından verilecek ikramiyelerin sayısı yasa hükmü ile sınırlandırılmış bulunmaktadır.

4. Ücretin Ödenmemesi Halinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı ve Diğer Yasal Hakları

Ücretin Ödenmemesi ve İş Görmekten Kaçınma Hakkı

7 SÜZEK Sarper, age, s. 312
8 ÇELİK Nuri, age, s.144, Yargıtay 9 HD 12.05.1982, 3883 E./4794 K.
9 ÇELİK Nuri, age, s.144-145
10 SÜZEK Sarper, age, s. 312

İş K. m. 34/I; *" Ücreti, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir sebep dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır."*

İş K. m. 34/II; *" Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz."*

İşçinin çalışma hakkından kaçınabilmesi için bir ücret alacağının mevcut olması gerekmektedir. İşçinin temel ücretinin ödenmemesi konusunda bu hakkını kullanacağı şüphesizdir. Geniş anlamda ücretin diğer bir ifadeyle *ücret eklerinin*, örneğin **ikramiyenin ödenmemesi** halinde işçiler bu hakkını kullanabilmelidirler.[11]

İş K. m. 17/7, EİK m. 14/11 hükmü ile işçiye ödeme yapılırken geniş anlamda ücretin dikkate alınacağı kurala bağlanmıştır. Yargıtay da, işçi tazminatları konusunda, amaca göre yorum yaparak temel ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerin, yani geniş anlamda ücretin esas alınacağı yönünde karar almıştır.

Ücretin ödenmemesi halinde işçiye iş görme ediminden kaçınma hakkı veren durumda, ücret kavramının geniş anlamda yorumlanması gerekir. Çünkü, bazı hallerde işçinin aldığı ücret temel ücret miktarından fazla olabilmektedir. Bir işçi alacağının bölünerek sadece temel ücretin ödenmesi, ek ücretlerin ödemesinden kaçınılması düşünülemez. Aksi halde, bu ek ücretlerin ödenmesi konusunda işverene kaçınma hakkı tanınmış olur ki, bu da İş K. m. 34 hükmüne aykırı düşmektedir, söz konusu maddeyi işlevsiz hale getirmektedir.

İşçi lehine yorum ilkesi de, anılan hükümdeki (İŞ K. m. 34) "ücret" kavramının geniş anlamda ücret olarak anlaşılmasını gerekli kılar.[12]

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için, ücretinin ödenmemesinin *mücbir bir sebebe dayanmaması* gerekmektedir. İşyerinin içinde bulunduğu mali sıkıntı mücbir sebep oluşturmaz.

İşçilerin iş görmekten kaçınma hakkı, ücret alacaklarına ulaşma amacını taşımalıdır. Bu amacı aşar vaziyette işyerini işgal ederlerse, ya da örneğin işyerindeki makineleri durdururlarsa işveren bu takdirde İş K. m. 25/II hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.

Nitekim Yargıtay'ın görüşü de kanun hükmü ile paralel olarak ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınabileceği yönündedir. Ancak, 1475 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, işçinin iş görmekten kaçınamayacağını, iş

11 SÜZEK Sarper, age, s. 329
12 SÜZEK Sarper, age, s. 330

sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini veya ücret alacağını dava ya da icra yoluyla alabileceğini kabul ediyordu.[13]

İş Görmekten Kaçınma Hakkının Hukuki Sonuçları

• Çalışmaktan Kaçınmanın Grev Sayılmayacağı

İşçiler, ücretlerinin ödenmemesi karşısında kendi kişisel kararlarına dayanarak işi bırakmışlarsa, TSGLK m. 25/I hükmünde yer aldığı şekilde olayda "bir kuruluşun (sendikanın) verdiği karara uyarak" işi bırakma durumu bulunmuyorsa, işçilerin çalışmaktan kaçınması toplu bir nitelik kazansa dahi bu davranışları yasa dışı grev sayılamayacaktır.

• Çalışmaktan Kaçınan İşçiler Yerine İşçi Alınamayacağı

İş K. m. 34/II fıkrası hükmünde iş görmekten kaçınan işçiler yerine işçi alınamayacağı ve işlerinin başkasına yaptırılamayacağı durumu düzenlenmiştir.

• Çalışmaktan Kaçınan İşçilerin Sözleşmesinin Feshedilmemesi

İşveren yasal haklarını kullanan işçilerin iş sözleşmelerini feshederse bu fesih hakkının kötüye kullanılması, haksız ve geçersiz fesih sonuçlarını doğurur.

• Çalışmaktan Kaçınan İşçilerin Ücretlerinin Ödenip Ödenmeyeceği

İş Kanunu'nda işçilerin iş görmekten kaçındıkları süreler için ücrete hak kazanıp kazanmadıkları konusunda bir hüküm mevcut olmayıp, İş Kanunu Taslağı'nda yer alan " işçiler çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanırlar." Hükmü Kanuna geçirilmemiştir. Ancak, ödemezlik defi karşısında alacaklı temerüdüne düşen işverenin çalışılmayan sürelere ilişkin olarak ücreti ileriye doğru Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler çerçevesinde vermesi zaten zorunludur. (BK m. 90)[14]

İş K. m. 34 hükmü, BK m. 81'de genel olarak düzenlenmiş bulunan ödemezlik definin özel bir uygulama alanıdır. Ödemezlik define ilişkin esaslar ve hukuki sonuçları İş K. m. 34 hükmü açısından da geçerliliğini korur.[15] Borçlar Hukuku düzenlemesi içinde, bazı hallerde iş yapılmadığı ya da yapılamadığı hallerde iş sahibinin işçiye karşı ücret ödeme borcu varlığını sürdürmektedir.[16] Örneğin, iş sahibinin işi kabulde temerrüde düşürülmesi hali bu duruma örnek gösterilebilir. (BK m. 325)

İş K. m. 83/IV; *"İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır."* hükmü kıyasen uygulanarak, işçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde de ücrete hak kazandığını söylemek gerekmektedir. Aksi halde, İş K. m. 34 hükmü ile işçilere tanınan hakkın kullanılması fiilen imkansız hale gelir. Çünkü, işçi yararına yasal bir hakkın düzenlenmiş olduğu m. 34 hükmü ile bu yasal hakkını kullanarak iş görmekten kaçınan işçilerin çalışmaktan kaçındıkları bu döneme ilişkin ücret alamayacakları gibi bir yorum, hem kanunun amacına hem de işçi lehine yorum ilkesine ters düşmektedir.

13 Yargıtay 9 HD, 06.03.1992 t., 2607 E./2667 K., Yargıtay 9 HD, 15.09.1999t., 10492 E./13722 K.
14 SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Mimoza Yayıncılık 2009, s.124
15 SÜZEK Sarper, age, s.333
16 YAVUZ Cevdet, ÖZEN Burak, ACAR Faruk, age, s.301

İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Karşısında Diğer Yasal Hakları

• İşçi, ücretinin ödenmemesi karşısında eda davası açarak ücretin ödenmesini isteyebilir. (TSGLK m. 61/I) Ayrıca ödenmeyen ücreti için mevduata uygulanan en yüksek faiz de talep edilebilir. (İş K. m. 34)[17] Mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı sadece asıl ücret için değil, ücret ekleri için de uygulanmalıdır.[18]

• İşçi, ücretinin ödenmemesi durumunda iş sözleşmesini bildirimsiz feshetme hakkına sahiptir. (İş K. m.24/II) İşçinin fesih hakkının doğabilmesi için, işverenin gerçekten ücret ödemekten kaçınmasının varlığı aranmaktadır.[19] Fesih hakkının sınırının iyi niyet kuralına göre belirlenmesi gerekir.

4-) İŞ HUKUKU VE ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK

I. ÇALIŞMA KOŞULU KAVRAMI

Genel olarak iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan bütün hak ve borçların tümüne birden "çalışma koşulları" adı verilir. Buna göre, çalışma koşulları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin yanı sıra, iş ilişkisinin söz konusu olduğu, toplu ve bireysel iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği, işyeri iç yönetmeliği ve iş yeri uygulamasından oluşan hukuki çerçeve ile eş anlamlıdır.[20] İş ilişkisinin tabi olduğu tüm koşullar, çalışma koşullarıdır.

İş sözleşmesinin esaslı edimleri olan iş görme ve ücret ödeme edimleri çalışma koşulları kapsamındaki en temel hak ve borçlardandır.

II. ÇALIŞMA KOŞULLARINI BELİRLEYEN KAYNAKLAR

A. Anayasa, Yasa, Tüzük ve Yönetmelikler

Çalışma koşullarını belirleyen emredici kaynakları oluşturmaktadır.

B. Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri

Taraf iradelerine dayanarak kolektif düzeyde çalışma koşullarını belirleyen kaynaktır.[21]

C. İş Sözleşmesi Hükümleri

Çalışma koşullarının belirlenmesinde en önemli araçtır. İşçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkilerinin temel kaynağı iş sözleşmesidir.

D. İş Sözleşmesini Tamamlayan Kaynaklar

- Personel Yönetmeliği veya İşyeri İç Yönetmelikleri

İşçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi niteliğindedir ve buna aykırılık, iş sözleşmesi ile oluşturulan çalışma koşullarına aykırılık sayılır.[22]

17 SÜMER Haluk Hadi, age, s.126

18 "Maddede sözü edilen ücretin geniş anlamda ücret olduğu kabul edilmeli ve buna göre işçiye gününde ödenmeyen ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri için de bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.", Y. 9 HD 11.01.2005, 5800 E./462 K.

19 SÜMER Haluk Hadi, age, s.127

20 ŞEN Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Seçkin Yayınevi, Mayıs 2005, s.24

21 ŞEN Murat,age, s.31

22 ŞEN Murat,age, s.38

- İş Sözleşmesi Hükmü Haline Gelen İşyeri Uygulamaları

a- Kavram

İşyeri uygulaması, işyerinde zaman içerisinde tekrarlan, işverenin fiili davranışları ile ortaya çıkan uygulamalardır. İşyeri uygulamasının en temel örneği, işverence tek taraflı olarak işçilere verilen ikramiyeler ve her türlü sosyal yardımlardır.

İşyeri uygulamaları işçilerin örtülü kabulü ile bağlayıcı birer sözleşme hükmü haline gelir ve bu şekilde çalışma koşulu sayılır. İşyeri uygulamasının tanımına ilişkin İş Hukukunun Özel Kaynakları başlığı altında ayrıntılı açıklamaya yer verilmiştir.

b- İşyeri Uygulamasının İş Şartı Haline Gelmesi

Bir işyeri uygulamasının, iş şartı haline gelmesi için, öncelikle *genel* nitelik taşıması gerekmektedir. Aynı zamanda, bağlayıcı bir işyeri uygulamasından söz edebilmek için işyeri uygulamasının *devamlı* olması, belirli bir süre tekrarlanması gerekmektedir.

Tek bir davranış, işyeri uygulaması yaratmaz. Yargıtay; *öteden beri işyerinde uygulanmakta olan ikramiyenin çalışma koşulu haline geldiğini* kabul etmiştir.[23]

İşyeri uygulamasının işverence *herhangi bir koşula bağlanmamış* olması gerekir. İşyeri uygulamasının, işverence *aynı koşullarla sağlanması* gerekir.

Örneğin, ikramiye hep aynı miktarda verilmişse, bir süre sonra işyeri uygulamasının o miktar üzerinden oluştuğu sonucuna varılmalıdır.[24] İşyeri uygulaması ile istikrar kazanmış olan ikramiye miktarını işçiler izleyen yıl ikramiyenin hiç ödenmemesi ya da eksik ödenmesi halinde isteyebilirler.

Alman ve İsviçre Hukukunda, iş sözleşmesi hükmüne dönüşebilmesi için uygulamanın arka arkaya üç kez tekrarlanması gerektiği kabul edilmiştir.

Hukukumuzda Yargıtay'ın görüşü de uygulamanın bir kez yapılmasının yeterli olmadığı yönündedir. Nitekim; Yargıtay 9 HD 07.03.1996 t., 1995/36398 E. 1996/4764 K. sayılı ilamı ile *bir ay için taşıt yardımı yapılmış olmasının iş şartını oluşturmadığı,* Yargıtay HGK, 05.02.2003 t., 2003/9-11 E. 2003/54 K. sayılı ilamı ile *üç yıldan fazla ikramiye ödenmesi halinde bu uygulamanın iş şartı haline geldiği* yönünde karar vermiştir.

İşyeri uygulaması ile oluşan çalışma koşulunun işçi aleyhine olarak işverence değiştirilmesi olanağı yoktur. İş K. m. 22 hükmü gereğince, *tarafların anlaşmasıyla* çalışma koşullarında değişiklik yapılabilir.

E. İşverenin Yönetim Hakkı

İşverenin vereceği talimatlarla, mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere, *işin yürütümü* ve *işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme* hakkına "yönetim hakkı" denir. İşçinin bu hak karşısında talimatlara uyma borcu bulunmaktadır.

23 Yargıtay 9. HD 28.01.2003 t., 2002/12289 E. 2003/845 K. sayılı ilamı

24 ŞEN Murat,age, s.47

İşverene tek taraflı olarak çalışma koşullarını belirleme yetkisi veren yönetim hakkı Anayasa, yasa, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmıştır.

Çalışma koşullarını tespit eden kaynaklar piramidinin tabanında işverenin yönetim hakkı yer alır.[25]

III- ÇALIŞMA KOŞULLARININ DEĞİŞTİRİLMESİ

A- Kavram

Bir işyerinde kural olarak iş şartlarının değiştirilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü gerek işletme düzeyinde gerek doğal ve ekonomik faktörlerdeki değişikliklerin ortaya çıkan koşullara söz konusu işyerinin uyum sağlaması gerekir. *Çalışma koşullarının değiştirilmesi işçilerin yararınadır. Çünkü, işçi için işi kaybetmek, iş şartlarının değiştirilmesinden çok daha olumsuz sonuçlar doğurabilir.*[26] Taraflar arasında anlaşarak her zaman çalışma koşullarını değiştirebilirler.

Bu imkânın işverence kötüye kullanılmaması amacıyla, *çalışma koşullarındaki değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı* kuralı getirilmiştir. (İş K. m. 22/II)

B- Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Usulleri

1. İş Hukuku Mevzuatı ve Toplu İş Sözleşmeleri ile Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi

İş Hukuku'nda çalışma koşulu hangi hukuki yolla düzenlenmiş ise, o yolla değiştirilerek yeni çalışma koşullarının oluşturulması en tabi yoldur.[27]

2. Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi ile Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi

İş Kanunu'ndaki "zorlayıcı sebepler" adı altında işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı veren ve İş K. m.24/III hükmü ile düzenlenen *"işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa"* şeklindeki hüküm ile hâkimin sözleşmeye müdahalesi ve çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkündür.

Bu şekilde zorlayıcı sebebin (örneğin; yangın, sel deprem vs.) ortaya çıkması halinde, iş sözleşmesi askıya alınır ve işveren sadece bir hafta yarım ücret ödemekle yükümlü olur. (İş K. m. 40)

3. Tarafların Karşılıklı Anlaşması ile Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi

İş K. m. 22 hükmüne göre taraflarca anlaşmak suretiyle çalışma koşulları her zaman değiştirilebilir. Bu değişiklik sözleşmesi bireysel iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmelerinde de uygulanabilir.

---

25 ŞEN Murat,age, s.64
26 LAÇİNER Vedat, Çalışma Şartlarında Değişiklik Makale
27 ŞEN Murat,age, s.73

Toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen geniş anlamda ücrete ilişkin hususlar, ülkemiz uygulamasında ücret zamları, fazla çalışma ücretleri, primler ve ikramiyeler ile yakacak, yıllık izin ve dini bayram ödentileri, çocuk zamları, aile ve tahsil yardımları gibi sosyal yardımlara ilişkin olmaktadır.[28]

4. Esaslı Değişiklik Yapma Hakkının Saklı Tutulması ile İşveren Tarafından Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi

İş Kanunu Tasarısında iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliği ile benzer kaynaklarda çalışma koşullarında işverenin tek taraflı değişiklik yapabileceğine ilişkin hükümlerin konulmasına imkan sağlayan düzenleme TBMM'deki görüşmeler sırasında metinden çıkarılmıştır.[29]

Dolayısıyla işveren tarafından tek taraflı değişiklik yapma hakkını iş sözleşmesinde, personel yönetmeliği veya toplu iş sözleşmesine konulacak hükümlerle saklı tutulmasının mümkün olup olmadığı, bu hükümlerin geçerli olup olmadığı konusu öğretide tartışmalıdır.

Yargıtay ise bu konuda farklı kararlar vermiştir. İşverene çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisi veren hükümlerin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi olmadığı, İş K. m. 22 olduğu yönünde verdiği kararlar vardır. Başka kararlarında ise işverenin bu şekilde değişiklik yapma hakkını saklı tutabileceğini, ancak bu durumun objektif iyi niyet kuralıyla ölçülmesi ve denetlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Yargıtay'a göre, iş sözleşmesinin işverene nakil hakkı vermesi, iş sözleşmesi ile işçinin Türkiye'nin her yerinde çalışmayı kabul etmesi, işverene ait muhtelif yerlerdeki işyerlerinde çalışma yükümlülüğü getirilmesinin iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkının saklı tutulduğu kayıt örnekleridir.

Bu kayıtların, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, adaba, işçi kişilik haklarına, anayasal özgürlüklerine ve toplu iş sözleşmesi kayıtlarına aykırı olmaması gerekmektedir. Aynı şekilde, değişiklik yetkisi objektif iyi niyet kuralına, hakkaniyete ve eşit davranma ilkesine uygun olmalıdır.

Kanaatimce, işverene tek taraflı olarak çalışma koşullarında değişiklik yapabilme yetkisi verilmesi hakkaniyete ve İş Hukukunun temel ilkelerine, özellikle de işçi lehine yorum ilkesine uygun düşmemektedir. Ancak, işverene de örneğin işçinin o iş için yetersizliği karşısında kullanabileceği bir aracın verilmesi gerekmektedir. Bu tür kayıtların işçinin kabulü ve rızası ile konulması, örneğin işe başlarken bu kayıtların işçiye bildirilerek kabulünün beklenmesi ve işçi tarafından bu tür kaydın kabulü ile değişiklik yapılmasına ilişkin işverene hak tanıyan kayıtlar geçerli olabilmelidir. Bu şekilde, taraflar arasında bir mutabakat sağlanmış ve iş ilişkisi taraflarının iradeleri birleşmiş olur. Böylece çalışma koşullarının değiştirilmesi konusunda hakkaniyet sağlanmış olacaktır.

28 ŞEN Murat, age, s.90
29 SÜMER Haluk Hadi, age, s.117-118

C- Çalışma Koşullarındaki Değişiklik ve Feshin Son Çare Olması İlkesi Arasındaki ilişki

İş Kanunumuz bu ilkeye açıkça yer vermemiş, bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamışsa da, gerek doktrin gerekse Yargıtay kararları öteden beri feshin son çare olarak düşünülmesi gerektiğini kabul etmektedirler.[30]

İş ilişkileri sona erdirilecek işçiler açısından sözleşmelerinin geçerli nedenle feshinden önce, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılarak başka bir işte veya yerde çalıştırılma olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması son çare ilkesinin gereğidir.[31]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, feshin son çare olması ilkesini benimsemekte ve kararlarında bu ilkenin denetimini yapmaktadır. Yargıtay 9. HD' ne göre, *işletmesel kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir sebepten söz edilemez,* görüşünü benimsemektedir.

IV- ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

İş K. m. 22; *"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."*

İş K. m. 22 hükmü ile sözü edilen değişiklikler kısa, orta ve uzun vadede sözleşmenin yürürlüğü sırasında iş ilişkisinde ortaya çıkacak ihtiyaçlar dolayısıyla işverenin yapmak istediği ve yönetim hakkı dışında kalan değişikliklerdir.[32] Çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerin başlıcaları; ücret değişikliği, işin niteliğinde değişiklik, çalışma saatlerinde değişiklik ve işyeri değişikliklerdir.

İşçinin aleyhine sonuç doğuran her türlü değişiklik "*esaslı değişikliktir".* İşverenin yönetim hakkının sınırını aşan ve iş ilişkisindeki denge ve düzen unsuruna müdahale eden değişikliklerdir. Çalışma koşullarında dikey yönde gerçekleştirilen, ücrette azalmayı veya sosyal statüde düşme sonucu doğuran iş, işyeri ve çalışma sürelerindeki değişiklikler esaslı değişiklik örnekleridir.[33]

İş koşullarında yapılacak her türlü değişiklik için İş K. m. 22 hükmünü uygulamak doğru olacaktır. Esaslı değişikliğin, işçiye doğrudan ve yazılı olarak bildirilmesi şarttır. İşyerinde ilan tahtasına asılan bir yazı, bu doğrultudaki bildirimin yerine geçmez.[34] Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve *işçi tarafından altı gün içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz.* (İŞ K. m. 22) İşçinin bu süre içinde beyanda bulunmaması da bu değişikliği reddettiği anlamını taşır. Yani işçinin değişikliğe karşı hiç beyanda bulunmaması değişiklik teklifini kabul ettiği anlamına gelmez.[35]

30 İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Yargıtay'ın İş Hukukna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s.137
31 Kadir Has Üniversitesi İstanbul Barosu, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer, 29.05.2010
32 İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), age, s.141
33 ŞEN Murat, age, s.110
34 SÜMER Haluk Hadi, age, s.113
35 SÜMER Haluk Hadi, age, s.113

İşçi lehine olan değişiklikler işçinin onayı gerekmeksizin işverence tek taraflı olarak değiştirilebilirler.

İş K. m. 22, sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler değil, iş güvencesinin uygulama alanı dışında kalan iş ilişkilerine de uygulanır.

Yargıtay'a göre; *işçinin dokuma tezgâhından alınıp tuvalet işlerinde görevlendirilmesi işte, İstanbul'dan Ankara'ya nakli işyerinde, ücretinde meydana gelen eksiklik ise ücrette, çalışmanın geceye kaydırılması çalışma sürelerinde meydana getirilen değişikliklerdendir.*[36]

Çalışma şartlarında esaslı değişikliklerin *işverenin yönetim hakkı kapsamında olmaması* ve *işçinin durumunu ağırlaştırması* şeklinde iki unsuru bulunmaktadır.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklikte önemli olan ücretin değiştirilmesi kapsamına prim, ikramiye gibi ek ücretlerin girip girmediği konusudur. Ücretin öğretideki baskın görüşe göre geniş anlamda yorumlanması sonucunda prim, ikramiye gibi ek ücretlerin de ücret kapsamında değerlendirilerek çalışma koşullarında esaslı değişiklik kapsamında değerlendirilmeleri sonucunu çıkarır. Yargıtay'ın da son dönemlerdeki kararlarında, ücret kavramı geniş olarak yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, ücretin geniş anlamda yorumlanması görüşünden yola çıkılarak aşağıda ücret bakımından esaslı değişiklik kavramı incelenecektir.

A-Ücret Bakımından Esaslı Değişiklik

Tek taraflı ücret indirimi her durumda esaslı değişikliktir. İşverenin işçiye sağladığı her türlü ayni ya da nakdi menfaat, ikramiye geniş anlamda ücret olarak değerlendirilir ve bu menfaatlere yapılan işçi aleyhine müdahaleler de ücrette indirim sayılmasına neden olur ve esaslı değişiklik kabul edilir.[37] Öğretide, ücret geniş anlamda tanımlanmaktadır. Aksi görüşte Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN' a göre, *İş K. m. 34 anlamında işçiye iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı veren ücret, kök ücret olması gerekir.*[38]

Yargıtay'ın da ücreti geniş anlamda tanımladığı ve ikramiye konusundaki değişikliği esaslı değişiklik kapsamına değerlendirdiği kararları mevcuttur. Ancak, Yargıtay'ın aksi yönde de kararları bulunmaktadır. Bu nedenle ek ücretler konusunda çalışma koşullarının esaslı olarak değiştirilip değiştirilmediği noktasında kesin bir değerlendirme yapmaktan kaçınmak gerekir. Ancak öğretide ücretin geniş anlamda tanımlanması konusunda bir görüş birliğinin de mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

Kanaatimce, ücretin geniş anlamda tanımlanması ve prim ve ikramiye konusunda çalışma şartlarında esaslı değişiklik hükümlerinin uygulanması, işçi lehine olacaktır. Çünkü, işçinin işyeri uygulaması şeklinde oluşmuş prim, ikramiye gibi ek ücretler konusunda beklentisi ve iş motivasyonu, ancak bu ek ücretlerin de

36 ŞEN Murat, age, s.112
37 ŞEN Murat, age, s.150
38 SÜMER Haluk Hadi, age, s.124

uygulamada ücret olarak işleme tabi tutulması ile korunabilecektir. Bu durum İş Hukuku'nun amacına daha uygun olacaktır. Dolayısıyla, işçiye ücretinin ödenmemesi karşısında tanınmış olan yasal hakkın içine ek ücretlerin de eklenmesi, bu eklemenin yasa hükmü ile yapılması işçinin haklarının tam anlamıyla korunmasını sağlayacaktır. Yürürlükte bulunan İş Kanunu'nun 34. maddesindeki ücret kavramının genişletilmesi ya da bu konuda bir İçtihadı Birleştirme Kararı verilmesinin bu konudaki tartışmalara son vereceği kanaatindeyim.

Kural olarak ücret eklerinde değişiklik öngören kayıtlar geçerlidir. Ancak bu durum yasal sınırlar ve iyi niyet prensibi ile denetlenmelidir. Yargıtay'a göre, *ücret görülen işin karşılığı olduğuna göre, daha az iş görüldüğünde buna uygun daha az ücret ödenmesi geçerlidir.*

V- ÇALIŞMA KOŞULLARININ DEĞİŞTİRİLMESİ VE İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI İLİŞKİSİ

Çalışma koşullarındaki değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işin verimliliği, geliştirilmesi noktasında gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirler, işyerindeki çalışma koşullarının belirler. İşin niteliğini en iyi bilen kişi olan işverenin çalışma koşullarını yönetim hakkı çerçevesinde değiştirmesi mümkündür.

İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur. İşverence çalışma koşullarında yapılan değişiklikler yönetim hakkı kapsamında kalıyorsa, esaslı değişiklik sayılmazlar.

Yargıtay 9 HD. 24.05.2010 tarihli, 2009/20411 E. 2010/14372 K. sayılı ilamında; *"İşveren tarafından yapılan değişiklik, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalıyorsa esaslı değişiklik sayılmaz. Kısaca, işveren yönetim hakkı kapsamında bulunan konularda tek taraflı olarak değişiklik yapabilir. İşverenin yönetim hakkı, yasadan, sözleşmeden ve işyeri uygulamasından kaynaklanabilir. Bu konuda en yaygını, işçinin imzaladığı sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğindeki yönetmelik hükümleri ile değişiklik yapılmasını kabul etmesidir. Ancak, yönetim hakkı kapsamında kalan değişikliğin, işçilik kişilik haklarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmaması, işverenin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekir."* şeklinde karar vermiştir.

Bu karardan da görüldüğü üzere, işverenin yönetim hakkı kapsamında çalışma koşullarında değişiklik yapması mümkün olup, bu değişiklikler esaslı değişiklik kapsamında değerlendirilmeyecektir. İşçinin bu kapsamda emir ve talimatlara uyması zorunludur, aksi halde işveren iş sözleşmesini İş K. m. 25/II maddesinin (g) ve (h) bentlerine göre haklı nedenle feshedebilecektir.

VI- EKONOMİK KRİZ NEDENİYLE ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI VE İŞÇİ HAKLARININ KORUNMASI SORUNU

İş K. ekonomik krizlerde işletmelere krizin etkileri en aza indirmek amaçlanmıştır. İlkesel olarak ekonomik krizin bedelinin işçilere ödetilmesi, işin sevk ve

yönetiminin mutlak olarak işverende olduğu, yani işin yönetiminde işçilerin hiçbir söz hakkının bulunmadığı bir sitem içerisinde haklı bir neden oluşturmaz.[39]

Ekonomik kriz nedeniyle işçinin ücretinin indirilmesi konusunda işçinin onayının alınması zorunludur. İş K. m. 22 kapsamında işçinin yazılı olarak kabulü aranmaktadır.

VII- ÇALIŞMA KOŞULLARININ DEĞİŞTİRİLMESİ VE İŞYERİ UYGULAMALARI KONUSUNDA YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

Yargıtay 9 HD. 11.03.2010 tarihli, 2008/21816 E. 2010/6550 K. sayılı ilamında; *"Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri, işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla, işyeri uygulamalarının çalışma yaşamına etkileri sonucu her bir iş ilişkisinde çalışma koşulları meydana gelir. Çalışma koşullarındaki değişikliğin İş K. m. 22 hükmüne göre yapılması gerekmektedir."*şeklinde karar vererek, çalışma koşullarındaki değişikliğin işçinin yazılı onayına bağlanması gerektiği yönünde iradesini ortaya koymuştur.

Yargıtay 9 HD' nin bir diğer kararında; *"Yönetim hakkı kapsamında kalan veya sözleşme ile kabul edilen ve geçerli sayılan değişikliklerde işçinin işverenin talimatına uyması gerekir. Aksi halde değişiklik, esaslı değişiklik olmadığından İş K. m. 25/II-h maddesi uyarınca ödevi hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar eden veya m. 25/II-g maddesi uyarınca devamsızlık nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir."* Şeklinde karar vererek, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan değişikliklerin esaslı değişiklik olmadığı yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Yargıtay 9 HD, 05.04.2010 t.li, 2009/20241 E. 2010/9324 K. sayılı ilam)

Yargıtay, işyeri değişikliğini saklı tutan değişikliklerin geçerli kabul ederek, bu konudaki uygulamanın MK m. 2 çerçevesinde incelenmesi gerektiği görüşündedir.[40]

İşyeri uygulaması konusunda ise Yargıtay'ın görüşü, devamlılık unsuru üzerinde yoğunlaşmaktadır. Örneğin, Yargıtay'a göre, *3 yıldan fazla ikramiye ödenmesi halinde bu uygulama iş şart haline gelir.* (Yargıtay HGK, 05.02.2003, 2003/9-11 E. 2003/54 K.)

Yargıtay'ın başka bir kararında; *"İşyerinde her yıl devamlı olarak 20 gün üzerinden verilmekte olan ikramiye bu yıl davacıya 15 günlük verildiği cihetle noksan ödenen miktarın talep edildiği, ancak bu ikramiyenin sözleşme veya kanunla tayin edilen ikramiye olmayıp çalışmayı teşvik ikramiyesi olduğu, ikramiyenin işverenin takdirine bağlı olduğuna göre, bu çeşit ikramiyenin birkaç yıl üst üste verilse dahi teamül kabul edilemeyeceği"* yönünde karar vermiştir.[41] Böylece Yargıtay diğer kararlarının aksine, işverenin takdirine bağlı olarak iyi çalışan işçileri teşvik amaçlı verilen ikramiye ve primlerin işyeri uygulaması haline

39 Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma, Çalışma Hukuku, 1. Sempozyum 2009

40 ŞAHLANAN Fevzi, Yargıtay Kararı İncelemesi

41 Yargıtay 9 HD, 07.08.1969, 1938E./640 K. sayılı ilam

gelmeyeceği yönünde karar vermiş olmaktadır. Ancak, Yargıtay eski yıllarda vermiş olduğu bu olumsuz kararlardan sonra, yeni kararlarında ikramiyenin devamlılık koşuluna uymak koşuluyla genellikle işyeri uygulaması haline geldiğini kabul etmektedir.

İşverenin içine düştüğü parasal sıkıntı veya genel ekonomik kriz, işçilerin ücretlerinin ödenmemesini, geç ödenmesini, eksik ödenmesini haklı kılmaz. Yargıtay'ın ücret kavramı içinde asıl ücret yanında ücret eklerinin de değerlendirilmesinin gerektiği yönünde kararları mevcuttur. Örneğin, Yargıtay 9 HD 10.11.2004 t, 10295 E./25574 K. sayılı ilamında, *ücret geniş bir kavram olup, hafta ve genel tatil ücretlerini de kapsadığı,* yönünde karar vermiştir.

Yargıtay diğer bir kararında ise; "*İş K. m. 34 hükmündeki ücret, geniş anlamda ücret olarak kabul edilmeli ve buna göre işçiye gününde ödenmeyen ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri için de bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.*" şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay 9 HD, 30.10.2007 t., 19022 E./31935 K. sayılı ilamında; " *İkramiyelerin ödenip ödenmediği hususu, iş görmekten kaçınma hakkının doğumu ile doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle, anılan ikramiyelerin ödenip ödenmediği, ödenmiş ise tarihi kuşkuya yer vermeyecek biçimde açıklığa kavuşturulmalı; davacının eyleminin İş K. m. 34 kapsamında kalıp kalmadığı ve dolayısıyla geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir.*" şeklinde karar vermiştir.

Tüm Yargıtay kararlarından ve Yargıtay'ın genel görüş ve uygulamasından da görüleceği üzere; işyeri uygulaması oluşmuş mu değerlendirilmeli, çalışma şartlarındaki değişiklik esaslı mı değil mi, işverenin yönetim hakkı kapsamında mı değil mi, İş K. m. 22'de öngörülen şekle uyulmuş mu uyulmamış mı, ikramiyenin işyeri uygulaması haline gelip gelmediği vs. konularda, yani her durumda somut olayın niteliklerine bakılmalı ve durumun özelliklerine göre karar vermek gerekmektedir. Dolayısıyla Yargıtay'ın çalışma koşulları, işyeri uygulaması konusunda bir görüş birliğinin bulunduğu söylenemez. Somut olayın özelliklerine göre objektif iyi niyet prensibinin koşulları göz önünde bulundurularak yorum yapmak kanaatimce en doğru olacaktır.

VIII- ÇALIŞMA KOŞULLARININ DEĞİŞTİRİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A- İşçinin Esaslı Değişiklik Önerisini Kabul Etmesi

Bu halde, iş ilişkisi yeni koşullarla devam edecektir. Yapılan değişiklikler iş sözleşmesinin parçası olarak geçerlilik kazanır.

B- İşçinin Esaslı Değişiklik Önerisini Kabul Etmemesi

Bu halde işveren 3 halde davranabilir;

• Çalışma şartlarındaki değişiklikten işveren vazgeçebilir ve çalışma şartları eski şekliyle devam eder.

• İşçinin ret kararı üzerine, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli nedeninin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine de uymak şartıyla iş sözleşmesini feshedebilir. Bu feshe "*değişiklik feshi*" de denir. İşçi bu durumda feshin geçerli bir nedene dayanmadığını düşünüyorsa, İş K. m. 17- 21 hükümleri çerçevesinde işe iade davası açabilir.

• İşveren işçinin ret kararı üzerine ne fesih yapmakta ne de çalışma koşullarını eski şekliyle devam ettirmemekte ise, yani değişikliklerin uygulamaya koyulması şeklinde hareket ediyor ve işçiyi de bu yeni şartlarda çalışmaya zorluyorsa, bu halde *işverenin fesih iradesinin varlığından* söz edilir. İş sözleşmesi bu halde de, işveren tarafından feshedilmiş sayılır. İşçi bu durumda da İş K. m. 17- 21 hükümlerine göre dava açabilir. (İş K. m.22)

KAYNAKÇA

1. ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul
2. GEÇER, Bekir, Örnek Uygulamalar, Yargıtay Kararları ve Belge Örnekleriyle Zenginleştirilmiş İş Hukuku İşveren Rehberi, Yaklaşım Yayıncılık, 2005
3. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, Sayı:2010/4, Temmuz/Ağustos, İstanbul, 2010
4. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, Sayı:2010/5, Eylül/Ekim, İstanbul, 2010
5. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, Sayı:2010/6, Kasım/Aralık, İstanbul, 2010
6. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Beta Yayınevi, 2009
7. Kadir Has Üniversitesi- İstanbul Barosu, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer, 29.05.2010
8.Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003
9. Kocaeli Üniversitesi- Kocaeli Barosu, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Çalışma Hukuku, 1. Sempozyum, 2009
10. KILIÇOĞLU Mustafa/ ŞENOCAK Kemal, İş Kanunu Şerhi, Legal Yayıncılık, 2008
11. LAÇİNER, Vedat, Çalışma Şartlarında Değişiklik, Makale
12. Marmara Üniversitesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 14, Sayı:1-2, İstanbul, 2008
13. Marmara Üniversitesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 14, Sayı:3, İstanbul, 2008
14. OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İst., 2006
15. SOYER, M. Polat, Genel İş Koşulları, Özgün Matbaa, 1987
16. SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009
17. SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Genişletilmiş 3. Baskı, Mimoza Yayıncılık, 2009
18. SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, 2009
19. ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayıncılık, 2009
20. ŞAHLANAN, Fevzi, Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Borcunu Yerine Getirmeme, Tekstil İşveren, Eylül 2008
21. ŞEN, Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005
22. TOPÇU, Umut, Çalışma Koşullarında Değişiklik Makale, 10.08.2011
23. UÇUM Mehmet, İstanbul Barosu, Çalışma ve Toplum 2005/4 Karar incelemesi
24. YAVUZ Cevdet/ ÖZEN Burak/ ACAR Faruk, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007
25. www.kazancı.com.tr (Ziyaret tarihi: 24.08.2011, 26.08.2011, 14.09.2011

"TAKİP KONUSU SENEDİN SAHTE OLARAK DÜZENLENMİŞ OLDUĞU" İLERİ SÜRÜLEREK, İCRA TAKİBİNİN DURDURULMASI NASIL SAĞLANABİLİR?

Av.Talih UYAR

Bilindiği gibi; yürürlükten kalkmış bulunan 1086 sayılı HUMK'un 317. maddesinin "*Sahtelik iddiası 308. madde ile mevaddı müteakibesi ahkamına tevfikan tetkik olunur. Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihibre marifetiyle tetkik ve tatbikına ve vakayi ve hadisattan haberdar olanların istimaına karar verildiği takdirde, bu kabıl senedat neticeyi hükme kadar bir güna muameleye esas ittihaz kılınmaz. Ancak bu senede müsdeniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de helal gelmez ve ledelhace senet sahibi hukukunun muhafazası zınnında sair ihtiyati tedbirlere de tevessül edebilir. "* şeklindeki hükmü uyarınca "*borçlunun, alacaklının takip konusu yaptığı senedin sahte olduğunun tespiti için açtığı davanın(HUMK 314 –ve HMK 208-), İİK'in 72. maddesi anlamında bir menfi tespit davası olduğu kabul edilerek, bu davanın icra takibine etkisinin (yani bu dava nedeniyle icra takibinin durdurulup durdurulmayacağının, durdurulacaksa hangi koşullarda durdurulacağının) İİK'in 72. maddesi hükmüne değil, HUMK'un 317. maddesi hükmüne tabi olduğu* gerek ***doktrind****e ve* gerekse ***uygulamada*** tereddütsüz kabul edilmiştir. Gerçekten doktrinde bu konuda;

A) "*Borçlunun, alacaklının takip konusu yaptığı senedin sahte olduğunun tespiti için açtığı dava (****sahtelik davası;*** *HUMK. m.314) da İİK. m.72 anlamında bir menfi tespit davasıdır. Ancak, sahtelik davasının icra takibini etkisi; İİK. m.72 hükmüne değil HUMK. m.317 hükmüne tabidir. Buna göre sahtelik davasına bakan mahkeme, sahteliği iddia edilen senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin dinlenmesine karar vermiş ise, sahteliği iddia edilen senet, sahtelik davası sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz (HUMK. m.317, c.2); yani, bu halde, sahteliği iddia edilen senede dayanarak yapılmış (başlamış) olan* ***icra takibi kendiliğinden durur."*** **(KURU, B.** İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 2003, s.18 vd.)**.**

"Sahte bir senede dayanarak icra takibi yapılması halinde ... borçlu sahte senedi ancak icra takibinden sonra öğrenir ve menfi tespit (sahtelik) davasını ancak bundan (icra takibinden) sonra açabilir.

Bu halde 'menfi tespit (sahtelik) davasının icra takibine etkisi İİK.m.72 hükmüne tabidir' denirse, bununda kendisine karşı sahte bir senetle icra takibi yapılan ve her nasılsa ödeme emrine itiraz etmemiş veya itirazında imzaya itirazını ayrıca ve açıkça bildirmemiş olan borçlunun durumu çok ağırlaştırılmış olur. Çünkü bu halde sahtelik davasına bakan mahkeme, ihtiyati tedbir yoluyla

icra takibinin durdurulmasına karar veremez (İİK. m.72,III). Yani borçlu, ne kadar haklı olursa olsun mallarının haczedilmesini ve satışını önleyemez ... Bunu önlemek için ***sahtelik davasının, sahte olduğu ileri sürülen senede dayanarak yapılan icra takibine etkisini, İİK. m.72' ye göre değil, HUMK m.317 hükmüne göre incelemek gerekir.*** *Buna göre;*

Sahtelik davasına bakan mahkeme, sahteliği iddia edilen senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar vermiş ise sahteliği iddia edilen senet, sahtelik davası sonuçlanana kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz (m.317, C:2) ...

... Yani bu halde, icra takibi kendiliğinden durur."(KURU, B. *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2, 2001, s.2100 vd.)***.**

*"Borçlunun, alacaklının takip konusu yaptığı senedin sahte olduğunun tespiti için açtığı dava (sahtelik davası, HUMK. m.314) ' da İİK.m.72 anlamında bir menfi tespit davasıdır. A****ncak sahtelik davasının icra takibine etkisi (İİK. m.72 hükmüne değil) HUMK. m.317 hükmüne tabidir.*** **(KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, C:1, 1988, s.468**).**

"Borçlu, alacaklının takip konusu yaptığı senedin sahte olduğunun tespiti için açtığı dava (sahtelik davası; HUMK. m314 'da İİK. m.72 anlamında bir menfi tespit davasıdır. ***Ancak, sahtelik davasının icra takibine etkisi (İİK. m.72 hükmüne değil) HUMK. m.317 hükmüne tabidir.*** *Buna göre sahtelik davasına bakan mahkeme, sahteliği iddia edilen senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına, senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar vermiş ise, sahteliği iddia edilen senet, sahtelik davası sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz (HUMK. m.317, c.2); yani, sahteliği iddia edilen senede dayanarak yapılmış (başlamış) olan icra takibi kendiliğinden durur."* **(KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s.304) **.**

"*Eğer borçlu 'senedin sahte olduğunun tespiti için' –örneğin; 'senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını', 'senedin gününün vadesinin) öne alınmış olduğunu, senedin miktarında tahrifat (değişiklik) yapılmış olduğunu', ileri sürerek olumsuz tespit davası açmışsa bu davanın icra takibine etkisini İİY. mad.72' ye göre değil, 'özel hüküm' niteliğindeki HUMY. mad.317' ye göre değerlendirmek gerekir...* ***Yani; 'sahtelik davası' açılan durumlarda, İİY. mad.72/III (ve II) hükümleri uygulanmamalıdır...*****(UYAR, T.** İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C:1, 2003, s.34**). –** (**UYAR, T.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi C:4, 2008, s.6067**).**

"Alacaklının takibe dayanak yaptığı senedin sahteliği iddiasıyla açılan menfi tespit davasının icra takibine etkisini ayrıca incelemek gerekir, Çünkü, ***sahtelik davasının icra takibine etkisi, İİK'in 72. maddesine değil, 72. maddeye nazaran 'özel hüküm' niteliğindeki HUMK'un 317. maddesine tabidir****...* **(TÜRK, A.** Maddi Hukuk ve İcra ve İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, 2006, s.264 vd.**).**

"*Sahtelik (menfi tespit) davasına bakan hukuk mahkemesi, sahteliği iddia edilen senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin düzenlenmesinden haberi olanların (senedin yazıldığını gören tanıkların) dinlenmesine karar vermiş ise, bu senet yargılama sonunda verilecek hüküm kesinleşinceye kadar hiçbir hukuki işleme esas alınamaz. (HUMK. m.317/c.2)"...* **(MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku, 2008, s.373 vd.)**.**

"Her ne kadar senedin sahteliği iddiası ile açılan bir dava menfi tespit davası niteliğinde ise de, ***'HUMK'un 314 ve müteakip maddelerinde senet sahteliğine ilişkin düzenlenen özel hükümlerin, İİK'in 72. maddesinden önce uygulanması gerektiğine'*** *ilişkin görüşlere katılmamak mümkün değildir... HUMK'un 317. maddesinde yazılı olduğu üzere, 'sahteliği ileri sürülen senet hakkında mahkemece bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin düzenlenmesi hakkında bilgisi olanların 309. maddesi hükmü doğrultusunda dinlenmesine karar verilmesinden itibaren, bu senede dayalı hiçbir işlem yapılamayacağı, ancak alacaklı tarafından bu senede dayanılarak evvelce itiraz edilmiş ihtiyati tedbirlere yönelik işlemlerin aynen korunacağı ve senet sahibi alacaklının hukukunun korunması yönünden gerekli sair ihtiyati tedbirlerin de alınabileceği' hükmolunmuştur.*(**KOSTAKOĞLU, C.** Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 2001, s.721 vd.)**.**

"Sahtelik iddiası ile açılan menfi tespit davasının icra takibine etkisi İİK.'in 72. maddesine göre değil, özel hüküm niteliğindeki HUMK'un 317. maddesine göre değerlendirilmelidir. Sahtelik iddiası ile açılan davada mahkeme bilirkişi incelemesi yapılmasına veya tanık dinlemesine karar vermiş ise, ***HUMK'un 317. maddesi gereğince bu senedin dava sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme tabi tutulmaması gerektiğinden, icra takibinin de dava sonuçlanıncaya kadar durması gerekir"*** **(ÇAVDAR, S.** İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2007, s.731 vd.)**.**

"Yalnız, sahtelik davası (sahteliği iddia edilen senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlemesine karar verilmiş olması halinde) icra takibini kendiliğinden durdurur. Zira, ***sahtelik davasının icra takibine etkisi, İİK. mad.72 göre değil fakat, HUMK. mad.317 hükmüne tabi bulunmaktadır..."*** (**YAVUZ, N.** İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2000, s.179*)***.***

Denilmiştir.

B) Borçlunun C.Savcılığına şikayeti üzerine takip alacaklısı hakkında **"sahte senet düzenlemekten dolayı"** ceza davası açılmışsa *"bu ceza davasının icra takibine etkisi"* hakkında da doktirinde;

"Borçlu ceza davasına şahsi hak bakımından müdahale ederek (CUMK. m.365) sahte senedin iptalini istemiş ve ceza mahkemesinde senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmiş ise, senet, ceza davası sonuçla-

nıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz (HUMK. m.317, c.2) yani icra takibi kendiliğinden durur" (**KURU, B.** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:23, 2001, s.2176)**.**

"Borçlu, alacaklının dayandığı kambiyo senedi hakkında ceza mahkemesinde sahtecilik davası (TCK m.339 vd.; CUMK. m.365) açılmış ise, HUMK. m.317 c.2' deki şartların bulunması halinde icra mahkemesinin sahtelik veya sahtecilik davasının sonuçlanmasını bekletici sorun yapması gerekmektedir." (**KURU, B.** İcra ve iflas Hukuku El Kitabı, 2004, s.664)**.**

"*İcra takibi konusu senet için ceza mahkemesinde sahtecilik davası (TCK. m.339 vd.) açılmış, borçlu bu ceza davasına şahsi hak bakımından müdahale ederek, (CUMK m.365) sahte senedin iptalini istemiş ve ceza mahkemesi senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiş ise, senet ceza davası sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz (HUMK. m.317, c.2); yani, icra takibi kendiliğinden durur."* (**KURU, B.** Menfi Tespit ve İstirdat Davası, 2003, s.20) **.**

"Senede dayanan hakkında sahtecilik suçu isnadıyla C.Savcısı tarafından ceza mahkemesinde kamu hukuku adına resen ceza davası açılmış olup da (TCK. m.204-210; m.211-212) senet borçlusu da şahsi haklarının zarara uğratıldığı gerekçesiyle bu davaya müdahil olarak katılmış (CMK. m.237-243) ve senedin iptalini talep etmiş ise, ceza mahkemesi senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verdiği takdirde, ceza davası sonuçlanıp verilen hüküm kesinleşinceye kadar senet hiçbir işleme esas (dayanak) teşkil etmeyeceği için (HUMK. m.317/c.2) bu halde de icra takibine devam edilemez." (**MUŞUL**, T. İcra ve İflas Hukuku, 2008, s.374)**.**

"Borçlu kendisine izafe edilen senet altındaki imzayı red ve inkarla yetinmeyerek bunun sahteliğini ileri sürmüş ve bu bapta savcılığı tahrik ederek, savcılık tarafından alacaklı aleyhine 'sahtelik davasının' ceza mahkemesinde açılmasını başarmışsa HUMK' un 317. maddesindeki şartlar gerçekleşince yani, sahteliği iddia edilen senedin bilirkişi marifetiyle tetkik ve tatbikine ve olay hakkında bilgisi olanların dinlenmesine karar verildiği takdirde, bu kabil senetlerin neticeyi hükme kadar bir güna muameleye esas ittihaz kılınmaması hakkındaki hükme uyularak, icra tetkik merci tarafından da bekletici mesele yapılması gerekmektedir…" **(POSTACIOĞLU, İ.** İcra Hukuku Esasları, 1982, s.214)**.**

"Ceza mahkemesinde açılan kamu davasının icra takibini 317. madde gereğince kendiliğinden durdurabilmesi için, anılan maddede belirtilen koşullardan (HUMK. m.317,c.2) başka, borçlunun davaya katılma talebinde bulunarak (CMK. m.237 vd.) kişisel hakkını talep etmesi, sahteliğini öne sürdüğü senedin iptalini (yani; senetten dolayı borçlu olmadığının tespitini) istemesi gerekir…" **(TÜRK, A.** Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, 2006, s.267 vd.) denilmiştir.

C) Yukarıda belirtilen doktrindeki görüşler, uygulamada Yargıtay tarafından da aynen benimsenerek bu doğrultuda içtihatta bulunulmuştur:

"Borçlularca asliye ticaret mahkemesinde takip konusu senetlerde sahtecilik iddiası ile açılan davada bilahare ıslah dilekçesi verilerek, sahtecilik iddiasın-

dan açıkça vazgeçilmeksizin, senetlerin teminat senedi olduğu ileri sürülmüştür. Hal böyle olunca mezkûr ***davaya konu olan senet ile ilgili olarak HUMK' un 317. maddesi gereğince hüküm verilinceye kadar hiçbir muameleye esas ihdas edilemeyeceğinden,*** *takibin bu aşamasında icra müdürlüğünce haciz talebinin reddinde yasaya uymayan bir cihet yoktur."* (12 HD. 30.06.2000 T. E:9350, K:11064)**.**

"Bozma ilamında yer alan ' hüküm verilinceye kadar' sözcüklerin dayanağı olarak HUMK 317. maddesi yazıldığı için, bu ibareden 'neticeyi hükme kadar' yani ***hükmün kesinleşmesine kadar senedin hiçbir işleme esas teşkil edemeyeceğinin*** *anlaşılması gerektiğinin tabii bulunmasına..."* (12 HD. 2.11.2000 T. E:15451, K:16478)**.**

"Evrakta sahtecilikten dolayı alacaklı hakkında Denizli 1.Ağır Ceza Mahkemesine dava açıldığı anlaşılmaktadır. ***HUMK'un 317. maddesinde yazılı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulması,*** *gerçekleşmiş ise davanın sonucunun beklenmesi gerekir."* (12 HD. 13.11.1995 T. E:15865, K:15731))**.**

"Merci hakimliğince yargılama sırasında ağır ceza mahkemesine ait dava dosyasının incelendiği ve takip konusu senetle ilgili olarak sahtecilik suçundan dava açıldığının tespit edildiği görülmektedir. HUMK'un 317. maddesi gereğince usulün göre açılmış bir sahtelik davası sırasında senedin bilirkişi marifetiyle incelenmesine ve olaydan haberdar olanların dinlenmesine karar derildiği takdirde, senet dava sonunda verilecek hükme kadar hiçbir işleme ve isteğe esas tutulamaz. Ancak, ***ceza davasının açılmış olması, kişisel hak bakımından davaya müdahale olunarak senedin iptali istenmedikçe hukuk davasına ve icra takibine doğrudan etkili değildir."*** (23 HD. 5.2.2002 T. E:1127, K:2305) **(bknz:EK-14) .**

"Açılan menfi tespit davasında sahtelik yönünden ***HUMK' un 317. maddesinde yazılı şekilde muameleye tevessül halinde,*** *o mahkemeden tedbir mahiyetinde bir karar alınıp icra dairesine ibraz edilebileceğine göre..."* (12 HD. 21.2.1983 T. E:1368, K:1234)**.**

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni HMK. bu konuda çok önemli bir hüküm değişikliğine giderek, HMK' nın 209/I. fıkrasını *"adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz"* şeklinde yeni bir düzenlemeye kavuşturmuştur.

Maddenin değişiklik gerekçesinde, bu konuda " *... 1. fıkrada, adi bir senette yazı ve imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar o senedin bir işleme esas alınmayacağı kuralı tekrarlanmıştır."* ş e k l i n d e bir açıklamaya yer verilmiştir (**PEKCANITEZ, H. / KORKMAZ, H. T. / MERİÇ, N.** Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 2011, s:199).

Görüldüğü gibi; **1086 sayılı HUMK döneminde** kanun koyucu "*sahte senet düzenlenmiş olması halinde ortaya çıkan uyuşmazlıkta -deyim yerindeyse- alacaklı lehine bir düzenleme yaparak*" sadece borçlunun sahtecilik iddiasında

bulunmuş olmasını, icra takibinin durdurulması için yeterli bulmamış, ayrıca bu konuda hukuk mahkemesinde açılan menfi tespit davasında ya da ceza mahkemesinde açılan sahtecilik suçuna ilişkin kamu davasında, mahkemece "*senet üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmasına"* ve "*senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine"* karar verilmiş olmasını aramış, buna karşın **6100 sayılı yeni HMK'nın 209/I maddesini yeniden düzenlerken** tamamen farklı bir sistem benimseyerek bu kez "*sahtelik iddiası"* nda bulunan borçlu yanında yer alarak (borçlu lehine bir yasal düzenleme yaparak) borçlunun sadece "*adi bir senetteki yazı veya imzayı* inkar etmiş olması halinde bu konuda bir karar verilinceye kadar- o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağını" *kabul etmiştir…*

6100 sayılı yeni HMK'nın 209/I maddesinin yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tar ihinden sonra yayımlanmış olan eserlerde de bu konuyla ilgili olarak *"adi senetteki 'imza' veya 'yazı' nın inkaredilmesi halinde, bu mahkemece bir karar verilinceye kadar, o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı, delil olarak kullanılamayacağı"* (PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 2011, s.488) "bir adi senedi düzenlediği iddia edilen kişi (borçlu), bu adi sende dayanarak dava açılmasını beklemeden, senetteki imzanın kendisine ait olmadığının (yani; sendin sahte olduğunun) tespiti için ayrı bir sahtelik davası açabilir (HMK. mad. 208/III). Bu sahtelik davası hukuki niteliği bakımından bir menfi tespit davasıdır." (KURU, B./ARSLAN, B./YILMAZ, E. Medeni Usul Hukuku, 2011, s.391 vd.) *"Bu sahtelik davası, icra takibini kendiliğinden durdurur (HMK. mad.209/I)"* (KURU, B./ARSLAN, B./YILMAZ, E. İcra ve İflas Hukuku, 2011, s.216) şeklinde açıklamada bulunulmuştur…

Yeni HMK'nın 209/I maddesindeki bu düzenleme, yeni kanunun yürürlüğe girdiği **1.10.2011 tarihinden itibaren** uygulanması gerektiğinden, eski HUMK zamanında açılmış bulunan ve halen devam emekte olan tüm "*sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davaları"* nda uygulanması icap eder. Mütalâa ve dava konusu Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2011/564 E. sayılı dosyasında, Bakırköy 5. İcra Hukuk Mahkemesinin 2011/900 E. sayılı dosyasında, Bakırköy 19. Asliye Ceza Mahkemesinin 2011/692 E. sayılı dosyasında ve Bakırköy 12. İcra Müdürlüğü'nün 2011/14033 sayılı takip dosyasında da HMK'nın 209/1 maddesi aynen uygulanacaktır.

Çünkü, yeni kabul edilen HMK. 209 *tıpkı; önceki HUMK. 317 gibi-* hem **icra müdürüne** hem **icra hakimine** ve hem de *sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit (senet iptali) davasına bakan* **hukuk (ticaret) mahkemesi hakimine** hitap eden bir hükümdür. Ne madde metninde ve nede *yukarıda belirtilen* madde gerekçe sinde "*bu maddenin sadece icra müdürüne ve onun bu maddeyi uygulayıp takibi durdurmaması halinde şikayet üzerine icra (hukuk) hakimine hitap ettiği"* buna karşın "*sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davasına bakan hukuk (ticaret) mahkemesinin bu maddeyi uygulayıp icra takibini durduramayacağı"* ileri sürülemez. Nitekim pek çok mahkeme bu maddeyi huzurlarında açılmış olan "*sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davaları"* nda tereddütsüz uygulamakta ve

yeni açılan davalarda "*tensip kararı*" ile, daha önce açılmış davalarda ise "*davacı-borçlunun talebi üzerine" teminat istemeksizin-* uygulayarak "*icra takibinin dava sonuna kadar durdurulmasına*" karar vermektedirler…

Kimi mahkemelerin, bugün "*sahtelik iddiası ile açılmış olan menfi tespit davalarında*" açılmış olan bu davanın icra takibine etkisi konusunda *"özel hüküm" niteliğinde olduğu doktrindeki tüm eserlerde ve Yargıtay' ın tüm içtihatlarında açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen-* HMK'nın 209/I maddesini (yani; önceki HUMK'un 317. maddesini) görmezlikten gelerek İİK'in 72/III hükmünü uygulamak istemeleri ***"hâkimin hukuki sorumluluğu"*** *na* neden olabilecek, **HMK'nın 46/c maddesinde** "Farklı bir anlam yüklemeyecek açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması", **HMK'nın 46/e maddesinde** "*Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması*" şeklinde ifade edilmiş olan davranış biçimine uygun bir eylem/işlem niteliğindedir…

"Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki (Yargılama Usulü Hukukundaki) değişikliklerin, bütün yasal değişiklikler gibi, kendilerini getiren yasada aksine bir düzenleme yapılmamışsa, yasanın yürürlüğe girmesiyle hemen uygulanması gerekir. Yani, yapılmakta olan veya ileride yapılacak yargılamalarda geçerli olurlar; söz konusu yargılamanın yasa değişikliğinden önce gerçekleşmiş olaylar ve hukuksal sonuçlar dolayısıyla açılmış bir davada yapılıyor olması bu çözümü değiştirmez. Doğaldır ki, yargılama usulü hukukunda değişiklik getiren yasanın kendisi bu ilkeye istisna getirmişse, onun getirdiği kural geçerli olur." (**UMAR, B**. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2011, s:11).

"*Bir dava devam ederken yeni bir usul kanunu hükmü yürürlüğe girerse, yürürlüğe girmesiyle birlikte o medeni muhakeme kuralı uygulanacaktır…* Bu konuda davacının kazanılmış hak iddiası olamaz. Fakat burada yine kabul edilen bir kural ise şudur: Tamamlanmış usulü işlemler için yeni hüküm etkili olmamalıdır. Mesela; mevcut görev kurallarına göre dava ikame edilmiş ve daha sonra göreve ilişkin kural değişmiş ise bu yeni kurallara göre mahkemenin görevsizlik kararı vermemesi gerekir." (**KARSLI, A.** Medeni Muhakeme Hukuk Ders Kitabı, 2011, s:74), (**PEKCANITEZ, H / ATALAY, O / ÖZEKES**, M. Medeni Usul Hukuku, 2011, s:63).

"*Zaman bakımından uygulanma*" kenar başlığını taşıyan yeni HMK'nın 448. maddesinde *"Bu kanunun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır"* denilmiştir. Bu kural, hakların himayesi bakımından daha iyi usuller öngördüğü kabul edilmesi gereken yeni usul hükümlerinin, devam etmekte olan davalar bakımından da hemen uygulanmaya başlanması düşüncesine dayanır (**KURU, B / BUDAK,** A. C. Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler "İBD. Eylül-Ekim/2011 s:3 vd.).

Yeni HMK'nın geçici 1 ve geçici 2 maddelerinde hangi durumlarda yeni HMK' nın değil eski HUMK'un uygulanacağı ayrıca belirtilmiştir. Bunlar; *yargı yolu ve göreve ilişkin hükümler* ile *Yeni Kanun'un senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümlerdir.*

Yeni HMK'nın 209/I maddesinde sadece "***imza"*** nın değil, imza inkar edilmeden sadece ***"yazı"*** nın da inkar edilebileceği *"adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilince ye kadar o senet herhangi bir işleme esas alınamaz" şeklinde açıkça belirtilmiştir.* Bu nedenle görülmekte olan bir davada "*senetteki imzanın veya yazının inkarı halinde; bu konuda bir karar verilinceye kadar (yani; senetteki imzanın veya yazının bu kimseye ait olduğu anlaşılıncaya kadar)"* **senet herhangi bir işleme esas alınamaz ve delil olarak kullanılamaz** (**KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E**. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2011, s:391) - (**PEKCANITEZ, H / ATALAY, O / ÖZEKES**, **M**. Medeni Usul Hukuku, 2011, s:488) (**Dr. SALDIRIM,** M. Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu s:176 vd.) .

"Takip konusu senedin sahte olarak düzenlenmiş olduğunu" ileri sürerek yapılmış olan takibin durdurulmasını sağlamak isteyen borçlunun (vekilinin) bu konuda ticaret (hukuk) mahkemesine başvurarak *"sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davası"* açabileceği gibi, C.Savcılığına başvurup *"hakkında sahte bir senet düzenlendiğini (örneğin; senetteki imzanın kendisine ait olmadığını veya senedin alacak miktarını belirten kısmında değişiklik (tahrifat)yapılarak senedin daha yüksek miktarlı (meblağlı) bir senet haline dönüştürüldüğünü ya da senetteki vade tarihinde değişiklik (tahrifat) yapılarak senedin vadesinin öne çekildiğini) belirtip, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunup, ceza mahkemesinde "sahte senet düzenlemek suçu"* ndan dolayı kamu davası açılmasını sağlayabilir ve daha sonra bu mahkemelerde açılan davanın konusu hakkında açıklamalı yazı (derkenar) alıp, bunu, senedin takip konusu yapıldığı icra müdürlüğüne vererek *"hakkındaki takibin HMK'nın 209/1 maddesi uyarınca durdurulmasını"* isteyebilir. İcra müdürlüğünce bu konuda lehine bir karar verilmemesi halinde bu kararı *"şikayet"* (İİK'in 16 maddesi vd.) konusu yaparak, icra hakimliğinden aynı konuda yani *"icra takibinin durdurulması"* konusunda bir karar verilmesini isteyebilir… Ya da, borçlu (vekili) sahtelik iddiasına dayalı olarak açtığı *"menfi tespit davası"* na bakan ticaret (hukuk) mahkemesine başvurarak, HMK. 209/1 maddesi uyarınca *–teminat aranmaksızın- "icra takibinin durdurulmasına karar verilmesini"* isteyebilir.

Bu başvuralar üzerine ne icra müdürünün ve ne de icra ve ticaret (hukuk) hakiminin İİK'in 72/III maddesini öne sürerek *"teminat karşılığında takibin durdurulmasına"* ya da *"teminat karşılığında icra dosyasına yatırılacak paranın alacaklıya ödenmemesine"* şeklinde hatalı (yasaya aykırı) bir karar vermemesi, HMK'nın 290/1 maddesini uygulayarak *–ve teminat aramaksızın- "icra takibinin durdurulmasına"* karar vermesi gerekir…

Ticaret (hukuk) ve icra hakimlerinin HMK'nın 290/1 maddesini doğrudan doğruya uygulamaktan kaçınmalarının *–yukarıda belirttiğimiz gibi-* HMK'nın 46/c ve 46/e maddelerinin, kendileri hakkında uygulanabileceğinin bilincinde olarak davranmaları isabetli olacaktır…

Ticaret Hukuku ve *İcra ve İflas Hukuku* bakımından **"adi senet"** sayılan "*kambiyo senetleri*" ile "*kambiyo senedi niteliğinde olmayan senetler*" için özel hüküm niteliğinde bulunan HMK 209/(1)'deki bu yeni düzenleme isabetli mi olmuştur?

"*Adi senet*" lere dayalı olarak hakkında yapılan tüm takipleri -yukarıda belirttiğimiz şekilde '*sahtelik iddiası*' nda bulunarak- kolaylıkla durdurabilme imkanının borçluya tanınmış olması, bu suretle takiplerin durmasını sağlayan kötü niyetli borçluların sahip oldukları malları alacaklılarından -ileride; alacaklılar tarafından "tasarrufun iptali davası" açılmasını önleyecek bir takım tedbirleri de alarak- kaçırmalarına neden olması bakımından sakıncalı olmuştur…

HMK. 209/(1)'in altına; "*İcra takibine konu olan adi senetler hakkındaki İİK'in 68a, 169a ve 170 hükümlerinin saklı olduğu"* veya hiç değilse "*İcra takibine konu olan kambiyo senetleri hakkındaki 169a ve 170 hükümlerinin saklı olduğu*" belirtilmiş olsaydı, özellikle kambiyo senedine dayalı takiplerde borçlunun takip dayanağı senedin altındaki *imzasını* inkâr etmesi veya senetteki *alacak miktarını* ya da senedin *vade tarihinde* sahtelik yapıldığını -İİK. 168/4, 5 çerçevesinde- icra mahkemesine bildirilmesi halinde, bu iddia İİK. 169a ve 170 uyarınca icra mahkemesince incelenerek, İİK 169'a/II ve İİK 170/II doğrultusunda itiraz (*sahtelik iddiası)* ciddi bulunursa mahkemece –itirazın (*sahtelik iddiasının)* esası hakkında karar verilinceye kadar- "*takibin geçici olarak durdurulmasına"* karar verilerek, borçlunun (sahte olduğu ileri sürülen) senede dayalı olarak yapılan takipten zarar görmesi de önlenmiş olurken, gerçekte takip konusu senette herhangi bir sahtelik bulunmamasına rağmen, kötü niyetli borçlular tarafından sahtelik iddiasının gündeme getirilerek hemen takibin durdurulmasının önüne geçilmiş ve bu suretle alacaklıların da zarar görmemesi sağlanmış olurdu…

Ancak kanun koyucu tarafından -yukarıda önerdiğimiz doğrultuda- yasada bir değişiklik yapılmadan bugünkü şekliyle "*sahtelik iddiaları"* hakkında hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve hem de İcra ve İflas Kanunu birer genel kanun olmaları nedeniyle, "*yeni kanun*" ya da "*sonraki kanun*" durumunda bulunan HMK. 209/(1) hükmünün öncelikle uygulanması ve bunun sonucu olarak da ne İİK.72 ve ne de İİK 169'a ve 170 hükümlerinin –kambiyo senetlerine dayalı takiplerde- "*sahtelik iddiası*" nın ileri sürüldüğü durumlarda, uygulanmamasının düşünülmemesi gerekir…

MÜDAFİİN DOSYA İNCELEME HAK ve YETKİSİ

Necip Taha GÜR[1]

GİRİŞ

Ceza muhakemesi, bir kimsenin suçu işlediğine yönelik şüpheyle başlar. Dolayısıyla kişinin suçlu olduğunu iddia eder. Savunma makamı da bunun doğru olmadığını aynı şartlarda söyleyebilmelidir. Savunmaya bu konuda imkân tanınmazsa, iddia hüküm olarak addedilir.[2]

Şüpheli veya sanık da savunma hakkı çerçevesinde iki seçeneğe sahiptir. Ya kendisini bizzat savunur ya da bir müdafiin yardımından yararlanır. Sanığın kendisini savunmasına *bireysel savunma*, müdafi aracılığıyla savunulmasına ise, *toplumsal (kolektif) savunma* denir. Şüpheli veya sanık, muhakeme sujesi olarak kendisine tanınan hakları etkin ve verimli şekilde, ancak müdafi aracılığı ile kullanabilir.

Müdafiin savunma makamı olma özelliğini yerine getirebilmesi için ise, şüpheli veya sanık hakkındaki suçlamayı, leh ve aleyhteki birtakım delilleri bilmesi gerekir. İşte müdafie tanınan dosya içeriğini inceleme hakkı, bu amaca hizmet eder. Bu hakkın temelinde ise, AY md. 36 düzenlenen *hak arama hürriyeti* yer almaktadır.

I. GENEL OLARAK

Müdafiin dosya inceleme yetkisi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinde düzenlenmiştir.

Müdafiin dosya inceleme yetkisi CMK md. 153'ün yanı sıra, Avukatlık Kanun md. 46/2, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik md. 45, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 22 hükümlerinde düzenleme altına alınmıştır.

Çalışmamızda CMK md. 153 başta olmak üzere, ilgili kanun ve yönetmeliklere değinilecektir. Bu kapsamda CMK md. 153 sistematiği de dikkate alınarak, müdafiin dosya inceleme yetkisi, soruşturma ve kovuşturma aşaması bakımından ayrı olarak ele alınacaktır. En son olarak, Terörle Mücadele Kanunu bakımından dosya inceleme yetkisine de temas edilecektir.

II. SORUŞTURMA EVRESİNDE DOSYA İNCELEME YETKİSİ

A. Genel Olarak

CMK md. 157'de açık olarak belirtildiği üzere, soruşturma evresi gizlidir. Ancak bu gizliliğin iki anlamının olduğunu vurgulamak gerekir. İlk olarak *dahili gizlilik,* soruşturma işlemlerinde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunmaması ve tarafların bazı soruşturma işlemlerinde bulunamamasını ifade eder. Soruşturmada

---

1 Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

2 Faruk Erem, "Savunma Hakkının Kökeni", Ankara Barosu Dergisi, S:5, Yıl:1984, s. 691.

yürütülen faaliyetlerin kamuya açıklanmaması, yayınlanmaması ise *harici gizlilik* olarak tanımlanabilir.[3] CMK md. 153'te hüküm altına alınan, müdafiin soruşturma evresindeki dosya içeriğini inceleme yetkisi ise, dahili gizliliğin bir tezahürüdür. Zira müdafi, şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunan sıfatıyla, ilgili kişilerdendir ve birtakım bilgi, belgelere ulaşabilmelidir.

Başka bir açıdan, suç işlendiği şüphesi üzerine harekete geçen ve soruşturma faaliyetlerini yürüten savcı, her türlü bilgi ve delillere sahiptir. Bu itibarla savcı açısından dosyanın incelenip incelenmemesi bir sorun oluşturmamaktadır.[4] Ancak savcı dışındaki kişiler bakımından aynı durumun olduğu söylenemez. Ceza muhakemesi sisteminde kabul edilen ilkelerden biri olan, silahların eşitliği ilkesine göre, savunma makamı da aynı haklara sahip olmalıdır. Bu açıdan, soruşturma evresinde müdafie tanınan dosya inceleme yetkisi, iddia makamı ile savunma makamı arasında bir hak dengesi kurmak amacındadır.

B. Dosyanın İçeriği

Dosya içeriğini, yetkili mercilerin olaya ilk el koymasından itibaren topladığı leh ve aleyhteki belgeler; ses kayıtları, fotoğraflar, adli sicil kaydı, sicil dosyası, dava ile ilgili daha önceki mahkeme kararları, bilirkişi raporları ve tutulan her türlü tutanak oluşturur.[5]

Ancak dosya içeriğini inceleme yetkisinin, muhafaza altına alınmış delilleri de inceleme yetkisini, kendisinde barındırıp barındırmadığı hususa tartışmaya açıktır. CMK hükmünde, muhafaza altına alınmış delillerin soruşturma aşamasında incelenmesi hususunda açıklık bulunmamaktadır. İlk etapta, soruşturma evresi bakımından bunun bilinçli şekilde düzenlenmediği düşünülebilir. Ancak bu konuda bir görüşe göre, müdafiin iddiaya karşı gerçek bir savunma yapabilmesi için, soruşturma evresinde de muhafaza altındaki delilleri inceleme yetkisi düzenlenmelidir. Öte yandan, CMK md. 234/4'te mağdur vekiline soruşturma evresinde delilleri inceleme yetkisi tanınmış olmasına rağmen, şüpheli müdafiine bu yetkinin tanınmamış olması silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmaz.[6]

Delilleri görme hakkı, soruşturma dosyasındaki belgeleri inceleme hakkının bir bölümü değildir. Aksine bu hakkı tamamlayan bir haktır.[7] Dolayısıyla kanunun bu konuda açık bir ifadesinin olmaması, bizi yanılgıya düşürmemelidir.

C. Dosyanın İncelenmesi

1. Serbest İnceleme

CMK md. 157 hükmünü yukarıda belirttiğimizden farklı bir şekilde yorumlamamız da mümkündür. Maddede, "*kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla*" denmek suretiyle,

3 Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008, s. 89.
4 Murat Aksan, "Yeni CMK'da Dava Evrakı İnceleme Yetkisi", Hukuki Perspektifler Dergisi, S:3, Yıl:2005, s. 121.
5 Nur Başar Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, İstanbul, y.y, 1984, s. 113.
6 Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 175.
7 Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 175.

soruşturma evresindeki gizlilik ilkesinin istisnaları olabileceğine işaret edilmiştir. CMK md. 153 hükmü ile birlikte de soruşturma evresinin gizliliği prensibi, müdafi ve suçtan zarar görenin vekili (CMK md. 153/5) açısından genel bir prensip olmaktan çıkıp istisna haline gelmiştir.[8] Başka bir ifadeyle, CMK md. 153, müdafiin soruşturma evresinde dosyayı inceleyebilmesini kural haline getirmiştir. Dolayısıyla, müdafi ve suçtan zarar görenin vekili açısından bir hak ihdas edilmiş ve bunun sonucunda da dosya içeriğini inceleme konusunda yetkili hale gelmişlerdir.

Müdafiin soruşturma evresindeki dosyayı inceleme yetkisi, dosyanın kolluk veya savcılıkta bulunması açısından farklılık doğurmaz. İnceleme talebi bu organlara yapıldığı zaman, bu organların söz konusu talebi geri çevirme yetkileri de yoktur. Aksi düşünce, incelemenin izinle yapılması sonucunu doğurur. Oysa CMK md. 153 hükmüyle inceleme kural, sınırlama istisna haline getirilmiştir.[9]

CMK md. 153 ve Avukatlık Kanunu md. 46/2 hükümlerinden hareketle, müdafiinin soruşturma dosyasını incelemek amacıyla vekaletname göstermesi gerekmez. Ancak doktrinde bir görüşe göre, bir avukatın ilgisi olmayan bir dosyayı, sırf merakı dolayısıyla incelemeyeceği için, vekaletnamesi yoksa en azından gözaltındaki şüpheliye sorulduktan sonra inceleme izni verilmelidir.[10] Bir uygulamacı bakış açısından ise, şüpheliden izin alınması, soruşturma işlemlerinin ivedilikle yapılması gereken işlemlerden olması, gözaltındaki şüphelinin inceleme için izin verme konusunda sağlıklı psikolojiye sahip olamayabileceği, kolluk görevlilerinin engelleyici tavır takınabilecekleri sebebiyle müdafiin, dolayısıyla şüphelinin savunma hakkını kısıtlar. Ayrıca zorunlu müdafiin dosya incelemesi için şüpheliden izin alınması kanunun mantığı ile de bağdaşmaz. Diğer taraftan şüpheli CMK md. 150/1 hükmüne göre müdafiini kendi seçmişse, dosya inceleme konusunda rıza da vermiş demektir. Bu nedenle gözaltındaki şüphelinin rızasını aramak da gereksiz bir merasim olacaktır.[11]

Uygulamada bir problem olarak, CMK md. 153 hükmündeki dosya inceleme yetkisinin müdafie verildiği, bu itibarla yalnızca avukat olmanın dosya içeriğini inceleme konusunda yeterli olmadığı gerekçesiyle, inceleme taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, müdafilik sıfatı şüphelinin kabul ettiği anda kazanılır ve ayrı bir merasime gerek duyulmaz. Ayrıca, yargının kurucu unsurlarından biri olan avukatlık mesleğinde dosya inceleme günlük işlerde birçok kez karşılaşılan bir durumdur. Avukatın, binlerce dosya arasından belirterek incelemesini istediği dosyada ilgili konumunda olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi durum, sonraki aşamada vazgeçebileceği bir dava takibi açısından gereksiz masraf ve zaman israfına neden olabileceğinden, avukatın bu konudaki talebi geri çev-

8 Mahmut Koca, "Müdafiin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:I, S:1, Yıl:1997, s. 163.

9 Koca, "Müdafiin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", s. 164.

10 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 484.

11 Ş. Cankat Taşkın, "Müdafinin Dosya İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:75, Yıl:2008, s. 401.

rilmemelidir. Gelinen son aşamada, bu düşünce doğrultusunda yerel mahkeme kararları görmekteyiz.[12]

Müdafie tanınan bu yetki, CMK dışında birtakım kanun ve yönetmeliklerde de düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeler, uygulamada sorunlara yol açabilecek şekilde iken, yakın tarihli yapılan değişiklik ve mahkeme kararlarıyla CMK ile uyumun sağlandığı söylenebilir.

İlk olarak, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (R.G. 01.06.2005, 25832) md. 22 "*Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir*" hükmü, açıkça CMK md. 153'teki düzenlemeye aykırılık arzetmekteydi, bu ise normlar hiyerarşisi bakımından kabul edilemezdi. Nitekim Danıştay bu hükümle ile ilgili olarak 15.02.2005 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

Başka bir düzenleme, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (R.G. 01.06.2005, 25832.) md. 45/2 *"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma hakkına zarar vermemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilir"* hükmü, CMK md. 153 ve Avukatlık Kanunu md. 46/2 hükmüne açıkça aykırılık arzetmekteydi. Zira ne CMK md. 153 ne de Avukatlık Kanunu md. 46/2'ye göre dosya içeriğini incelemek için vekaletname gösterilmesi gerekmez. Bu sebepledir ki, uygulamada birçok sorunu beraberinde getirdiği için, yönetmelikte değişikliğe (Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem HizmetlerininYürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (R.G. 24.12.2011, 27795)

MADDE 1 –1/6/2005 tarihli 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 45 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 45 –5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek şartıyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.Şüpheli ya da müdafi soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Şüpheli ya da müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir.

Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz. Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur ya da şikâyetçi ile suçtan zarar gören ve vekilleri de yararlanır. Soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde incelenir.") gidilmiş ve norm uyuşmazlığı düzeltilmiştir.

12 Bu konuda İzmir 16. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 17.01.2011 tarihli kararı için Bkz. Ek No.1.

2. Sınırlı İnceleme

a. Genel Olarak

CMK md. 153/1 hükmüne göre müdafiin dosya inceleme yetkisi sınırsız değildir. Zira esas itibariyle soruşturma evresi gizlidir. CMK md 153/2'ye göre, "*Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.*"

Kanun lafzından hareketle, soruşturma evresinde müdafiin dosya inceleme yetkisine sınırlama getirmek, bir kısım şartlara dayanır. Bu şartlara kısaca değinmekte yarar vardır.

(1) Yargılamanın Soruşturma Aşamasında Olması

CMK md. 153/2 hükmünün açık ifadesiyle, bu sınırlama yalnızca soruşturma evresindeki dosya içeriğinin incelenmesi ve belgelerden örnek alınmasına ilişkindir. Kovuşturma aşamasında ise böyle bir sınırlamaya gidilemez. Zira kural olarak bu evrede alenilik ilkesi geçerlidir.

(2) İncelenmesi Kısıtlanacak Belgenin CMK md. 153/3'te Sayılan Belgelerden Olmaması

CMK md. 153/3'te sayılan belgeler, müdafi tarafından her zaman ve serbestçe incelenebilir. Bu belgeler, *"yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar"* dır.

Eğer dosya inceleme yasağı gündeme gelirse, sözü edilen belgeler dosyadan çıkarılır ve müdafiin incelemesine sunulur. Bunun mümkün olmaması halinde, iki ayrı dosya oluşturulmalıdır.[13]

(3) Dosya İçeriği İncelemesinin Soruşturmanın Amacını Tehlikeye Düşürmesi

Dosya inceleme yetkisinin sınırlanması ancak, incelemenin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olması halinde söz konusu olur. Eğer dosya incelemesi; soruşturmanın gecikmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması sonuçlarını doğuruyorsa, soruşturma amacının tehlikeye düştüğünden bahsedilebilir.[14] Örneğin, müdafi dosyaya baktığında şüpheli hakkından tutuklama kararı verilebileceği konusunda bir kanat edinip, bu konuda şüpheliye bilgi vermesi ve şüphelinin de tutuklanmamak için kaçmaya çalışması durumu[15] veya halen devam etmekte olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin karar ve bu çerçevede yapılan işlemler hakkındaki bilginin şüpheliye verilmesi[16] ve bunun sonucunda şüphelinin telefon hatlarını değiştirmesi durumunda, soruşturmanın amacının tehlikeye düştüğünden bahsedilebilecektir.

---

13 Fatih Selami Mahmutoğlu, Selman Dursun, Türk Hukuku'nda Müdafiin Yasaklılık Halleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 138.

14 Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, s. 120.

15 Taşkın, "Müdafinin Dosya İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi", s. 396.

16 İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, C:I, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2008, s. 844.

Soruşturmanın amacının ne zaman tehlikeye düştüğü konusu ise, somut olaya göre belirlenebilecek bir husustur. Dolayısıyla her olayın özellikleri göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılacaktır.[17]

Soruşturmanın amacının tehlikeye düştüğü gerekçesinden başka, müdafiin dosya incelemesi engellenmemelidir. Dosya içeriğinden edindiği bilgileri savunma amacının dışında ve kötüye kullanan müdafi hakkında ya baroya başvurularak disiplin yargılaması kuralları işletilmeli, ya da eylem bir suç oluşturuyorsa, adli makamlara duyurulmalıdır. Bunun dışında mesleğini icra hakkına sahip olduğu sürece, sırf kötüye kullanma olasılığı düşünülerek, müdafiin dosya inceleme yetkisinin elinden alınması doğru değildir.[18]

(4) Cumhuriyet Savcısının Talebi Doğrultusunda Sulh Ceza Hakiminin Kararı

Dosya içeriğini inceleme yasağının maddi koşullarına değinmiştik. Bu maddi koşulların yanında usüle ilişkin bir koşul olarak, cumhuriyet savcısının bu konuda talepte bulunması ve sulh ceza hakiminin de bu konuda karar vermesi gerekmektedir.[19]

Müdafiin dosya inceleme yetkisinin sınırlandırılmasına dair karar verme yetkisi münhasıran sulh ceza hakimine aittir. Cumhuriyet savcısının veya kolluğun bu konuda karar verme yetkileri yoktur.[20] Ancak sulh ceza hakimi de re'sen harekete geçemeyecek, cumhuriyet savcısının bu konudaki talebiyle hareket edecektir. Başka bir deyişle, cumhuriyet savcısı soruşturma amacının tehlikeye düşmesi halinin muhtemel olduğunu takdir edip[21], sulh ceza hakimini karar verme konusunda münhasır yetkili hale getirecektir. Ancak CMK md. 163'te düzenlenen, sulh ceza hakiminin tüm soruşturma işlemlerini yapabildiği durumlarda, cumhuriyet savcısının talebi olmaksızın, sulh ceza hakimi de re'sen kısıtlama kararı verebilecektir.

Sulh ceza hakimi, savcının talebi doğrultusunda harekete geçecektir. Ancak, bu talep sonucunda, mutlaka müdafiin dosya içeriğini inceleme yetkisini kısıtlama zorunluluğu yoktur. Başka bir bakış açısıyla, cumhuriyet savcısının CMK md. 153/3 dışındaki tüm belgeler hakkında kısıtlama istemesine rağmen, sulh ceza hakimi tarafından verilen kısıtlama kararının, mutlaka söz konusu belgelerin tümünü kapsaması gerekmez. Örneğin, savcı birden fazla şüpheli hakkında tutuklama isteminde bulunmasına rağmen, sulh ceza hakimi bunlardan birinin tutuklanmasına karar verebilir. Tutuklama örneğinde olduğu gibi bu konuda karar verme yetkisi, sulh ceza hakimindedir. Değerlendirme yapılırken, savunma hakkı ön planda tutulmalıdır. Bu açıdan, incelenmesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecek belgeler açısından kısıtlama kararı verilmesi, savunma hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir.[22]

17 Koca, "Müdafiin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", s. 166.
18 Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, s. 120.
19 Mahmutoğlu, Dursun, Türk Hukuku'nda Müdafiin Yasaklılık Halleri, s. 140.
20 Koca, "Müdafiin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", s. 165.
21 Malkoç, Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 844.
22 Güneş Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

Bu değerlendirmelerden şu anlaşılıyor ki, cumhuriyet savcısı kendiliğinden soruşturmanın amacı tehlikeye düştüğü gerekçesiyle, dosya içeriğini avukattan gizleyemez. Soruşturmanın asıl sahibi olan cumhuriyet savcısının dahi sahip olmadığı bir yetkiye, kolluğun hiçbir şekilde sahip olamayacağı açıktır.[23] Soruşturma evresinin asıl sorumlusunun savcı olması sebebiyle, kolluğa bu konuda bir talep geldiğinde, kolluk bunu cumhuriyet savcısına iletip, ondan gelecek cevaba göre inceletmesi gerekir.[24] Cumhuriyet savcısı, yasaklama konusunda sulh ceza hakimine başvurmayı düşünmüyorsa gerekli izni verecek, aksi halde sulh ceza hakiminin bu konudaki kararına kadar dosyayı müdafie göstermeyecektir.[25] Başka bir ifadeyle, cumhuriyet savcısı, sulh ceza hakiminin kısıtlama kararı vermesine kadar, müdafiin dosyayı incelemesini geciktirecektir.[26]

Sulh ceza hakiminin kısıtlama konusundaki kararı gerekçeli olmalıdır. Zira CMK md. 33 hükmü gereği, hakim ve mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olmalıdır. Bu gerekçede, dosya içeriğinin incelenmesinin veya örnek alınmasının neden ve nasıl soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği, belirti niteliğinde de olsa somut delillere dayandırılmalıdır. Bu bakımdan, kanun lafzını tekrar ederek verilen bir mahkeme kararı, somut delillere dayanmadığından, gerekçeli sayılamaz.[27]

Sulh ceza hakiminin kararı aleyhine ilgililer CMK md. 267'de düzenleme altına alınan, itiraz kanun yoluna başvurabilir.

Burada son olarak değinilmesi gereken husus, verilmiş bir kısıtlama kararının cumhuriyet savcısı tarafından re'sen kaldırılabilmesinin mümkün olup olmadığı ile ilgilidir. CMK md. 160 ve CMK md. 161 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, soruşturma evresinde asıl yetkili makam, savcılık makamıdır. CMK md. 162 uyarınca, Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir. Tutuklama ve adli kontrol de bunlardan biridir. CMK md. 103/2 uyarınca, cumhuriyet savcısı adli kontrol veya tutuklama kararının gereksiz olduğu kanısına varırsa, şüpheliyi re'sen serbest bırakabilir. İşte soruşturma evresinde esas yetkili makamın savcılık olması ve CMK md. 103/2 hükmünden yola çıkılarak, Cumhuriyet savcısının kısıtlama kararını re'sen kaldırabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Yine buna ek olarak, kısıtlama kararının olmasına rağmen, birtakım belgelerin incelenmesine izin vermesi de mümkündür. Başka bir deyişle, kısıtlama kararını tamamen değil de, kısmen kaldırması; yani kısıtlama kararı kapsamındaki bazı belgelerin incelenmesine veya örneğinin alınmasına izin vermesi mümkündür.[28]

C:II, S:59, Yıl: 2010 s. 253.

23 Malkoç, Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 844.

24 Timur Demirbaş, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", Legal Hukuk Dergisi, C:III, S:32, Yıl:2005, s. 2882.

25 Mahmutoğlu, Dursun, Türk Hukuku'nda Müdafiin Yasaklılık Halleri, s. 140.

26 Mehmet Emin Alşahin, "Müdafiin Dosya İnceleme Yetkisi", Legal Hukuk Dergisi, C:IV, S:2, Yıl:2006, s. 1060.

27 Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", s. 252.

28 Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", s. 255-256.

3. Her Koşulda İnceleme

a. Genel Olarak

Yukarıda incelediğimiz üzere, bazı durumlarda müdafiin dosya inceleme yetkisi, cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hakiminin kararıyla kısıtlanabilir. Ancak sulh ceza hakimine verilmiş olan bu kısıtlama yetkisi de kısıtlıdır.[29] Buna göre, "*Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında*" kısıtlama söz konusu olamaz. (CMK md. 153/3)

Hükümde belirtilen, her koşulda incelenebilecek belgelerin içerik ve özelliklerine, kısaca değinmekte yarar vardır.

(1) Yakalanan Kişinin veya Şüphelinin İfadesini İçeren Tutanak

İlk etapta kanun lafzındaki, yakalanan kişi veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ifadesini irdelemek gerekir. Zira CMK md. 90 vd. hükümlerine göre yakalama koruma tedbiri uygulanan kişi, şüpheli sıfatını taşır. Bu açıdan, doktrinde yakalanan kişi ibaresinin ayrıca kullanılmasının yanlış olduğu vurgulanmıştır.[30]

İfadeye ilişkin tutanakların içeriğine, kolluk ve savcılık tarafından alınan ifadeye dair tutanaklar ve sulh ceza hakimi tarafından yapılan sorguya ilişkin tutanaklar girer.[31] Başka bir deyişle, buradaki "ifade" tabirini, CMK md. 2 hükmündeki teknik ifade alma işlemi olarak değil, şüphelinin kolluk, cumhuriyet savcısı ve sulh ceza hakimi önündeki "açıklamaları" olarak anlamak gerekir.[32]

Ancak, yakalanan kişinin veya şüphelinin başka açıklamaları veya suç ortaklarının ifadelerine dair tutanaklar CMK. md. 153/3'te sayılan belgelerin kapsamında değildir.[33]

(2) Bilirkişi Raporları

Bilirkişi raporları, tıbbi, psikolojik, teknik, ekonomik vb. konulara ilişkin ve dava için gerekli olan raporlardır.[34] Objektif olarak konunun uzmanları tarafından hazırlanan bu raporların, taraflardan gizlenmesi için bir sebep de bulunmamaktadır.

(3) Yakalanan Kişinin veya Şüphelinin Hazır Bulunmaya Yetkili Olduğu Diğer Adli İşlemlere İlişkin Tutanaklar

Soruşturma evresinde şüphelinin katılmaya yetkili olduğu işlemlere örnek olarak, keşif, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi işlemlerinde, şüpheli ve müdafiin hazır bulunabileceğini zikreden, CMK md. 84/1-2 hükümleri gösterilebilir.

Şüphelinin söz konusu işlemler yapılırken hazır bulunmaması, müdafiin söz

---

29 Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 231.
30 Selman Dursun, "5271 Sayılı CMK'da Müdafi", Hukuki Perspektifler Dergisi, S:3, Yıl:2005, s. 130.
31 Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 177.
32 Malkoç, Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 845.
33 Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, s. 121.
34 Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, s. 122.

konusu tutanakları serbestçe incelemesine engel olmaz.[35] Zira kanunun ifadesinde açıkça anlaşılacağı üzere, hazır bulunmaya yetkili olmak yeterlidir, bizzat katılmak şart değildir.

D. Dosyanın İnceleneceği Yer ve Süre

1. Müdafiin Dosyayı İnceleyebileceği Yer

Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik md. 45/6 hükmü şöyledir: "*Soruşturma evrakı, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda, kalemde incelenir.*"

2. Müdafiin Dosyayı İnceleyebileceği Süre

Müdafiin dosya içeriğini inceleme süresi açısından ise, her olayın özelliğine göre bir süre takdir edilmelidir. Diğer yandan müdafi, dosya içeriğini bir veya birden fazla defa görebilir. Ancak, dosyanın sürekli incelenmeye hazır durumda tutulmalarını isteyemez.[36] Zira Kalem Yönetmeliği md. 45/6 hükmü de "soruşturmanın geciktirilmemesi" kaydını taşımaktadır.

III. KOVUŞTURMA EVRESİNDE DOSYA İNCELEME YETKİSİ

A. Genel Olarak

İddianamenin kabulü ile başlayan kovuşturma evresinde, kural olarak aleniyet ilkesi geçerlidir. CMK md. 153/4 hükmü de buna binaen oluşturulmuş bir hükümdür. Bu hükme göre, "*Müdafi, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.*"

CMK'daki hüküm 25.05.2005 tarih 5353 Sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce, "*iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten*" ifadesini taşımakta idi. Dolayısıyla kovuşturma evresi başlamadan da müdafie mutlak inceleme imkanı tanınmakta idi.

Ancak hüküm mevcut haliyle, "*iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihi*" esas almaktadır. Dolayısıyla önceki düzenleme ile karşılaştırıldığında, müdafiin sınırlamaya tabi olmaksızın dosyayı inceleme yetkisi, ötelenmiş vaziyettedir ve bu husus doktrinde eleştirilmektedir.[37]

B. Dosya İçeriği ve Muhafaza Altına Alınmış Delil

Soruşturma evresi, esasında kovuşturma evresinin hazırlığı niteliğindedir. Bu evrede, suç haberinin alınmasıyla gerçek araştırılır ve bunun için konuya ilişkin deliller toplanır. Toplanan bu deliller, kovuşturma aşamasına gelindiğinde savunmanın tam manasıyla yapılabilmesi için, incelenebilecektir.

Kanunun ifadesinde geçen "muhafaza altına alınmış delil" kavramı tartışmaya

35 Koca, "Müdafiin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", s. 167.
36 Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi, s. 117.
37 Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 485; Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 259.

açıktır. Zira hüküm bu haliyle, incelenebilecek delili sınırlar nitelikte gözükmektedir. Ancak doktrinde bu hususa işaret edilerek, "CMK md. 153/4'te muhafaza altına alınmış delilden bahsedilmesi bir sınırlama değildir. Yani buradan avukatın tüm dosyayı ve bu arada tüm delilleri değil de sadece muhafaza altına alınanları görebilir şeklinde bir yorum yapılması kabul edilemez. Zira savcılık ve onun emrindeki adli kolluk, topladığı delilleri muhafaza altına almaya mecburdur; bunları asla kendine saklayamaz."[38] Dolayısıyla, muhakeme sürecindeki delil, muhafaza altına alınmıştır ve aksi düşünülemez.

C. Dosya İçeriği ve Muhafaza Altına Alınmış Delillerin İncelenmesi

Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi, iddianamenin kabulüyle mutlak nitelik arzeder. Artık bu evrede, inceleme yetkisinin kısıtlanması gibi bir durum söz konusu olamaz.[39] Zira soruşturma evresinde deliller toplanmış ve artık dava dosyası hazır hale getirilmiştir ve kovuşturma aşamasına da geçildiğinden, delillerin karartılması gibi bir şüphe de bulunmamaktadır.[40]

D. Dosyanın ve Muhafaza Altına Alınmış Delillerin İnceleneceği Yer ve Süre

1. Müdafiin Dosyayı ve Muhafaza Altına Alınmış Delilleri İnceleyebileceği Yer

Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik md. 83'te açık olarak ifade edildiği üzere, *"müdafi, kovuşturma aşamasında dosyayı ve muhafaza altına alınmış delilleri yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt katibinin yanında inceleyebilir."* Eğer delilin bir uzmanla birlikte incelenmesini gerektiren bir durum var ise, müdafi beraberinde uzman kişi de getirebilmelidir.[41]

2. Müdafiin Dosyayı ve Muhafaza Altına Alınmış Delilleri İnceleyebileceği Süre

Müdafiin dosyayı ve muhafaza altına alınmış delilleri, ne kadar süreyle inceleyebileceği, her olayın özelliğine göre takdir edilecek bir hususdur. Müdafi, davayla ilgili belgeleri bir veya birçok kez görebilir. Ancak bunların sürekli incelemeye hazır durumda tutulmalarını isteyemez.[42]

E. Özel Durumlar

Yukarıda da temas ettiğimiz üzere, CMK md. 153/4 gereği, kovuşturma aşamasında müdafiin dosya inceleme yetkisi, mutlak nitelik arzeder ve bu yetkinin sınırlanması mümkün değildir.

---

38 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 240.

39 Doktrinde, kovuşturma aşamasında hakimin, yargılamanın düzenli ve sağlıklı şekilde yürüyebilmesi için birtakım tedbirler alabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. İlker Duygu, "Adli Yargıda Dosya İncelemeye Yetkili Olanlar", Adalet Dergisi, S:3, Yıl:76, Mayıs-Haziran, 1985, s. 693.

40 Alşahin, "Müdafiin Dosya İnceleme Yetkisi", s. 1063.

41 Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 175.

42 Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 176.

Ancak her hukuki düzenleme gibi, bu hükmün de istisnaları, özel durumları olduğu düşünülebilir. Bu kapsamda, CMK md. 135/5, CMK md. 136/3 hükümlerindeki, gizlilik düzenlemelerini irdelemek gerekir. Sözü edilen maddelerin ortak özelliği ise, alınan koruma tedbiri kararlarının ve onların yürütülmesine dair işlemlerin gizli olmasıdır.

CMK md. 135'te düzenleme altına alınan, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri bakımından, aynı maddenin beşinci fıkrasında "*bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur*" demek suretiyle, CMK md. 153'teki düzenlemenin kovuşturma bölümüyle ilgili bir istisnaya işaret etmektedir.[43] Zira CMK md. 153/4 hükmüne göre, müdafinin kovuşturma evresinde dosya inceleme yetkisi mutlak nitelik arzeder. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, dosya içeriği kavramına, dava dosyası ile ilgili alınan kararlar da girer ve koruma tedbiri kararları da bu kapsamdadır. Halihazırdaki CMK md. 135/5 hükmü ile, alınan iletişimin denetlenmesi kararı gizli tutulacak ve bu da kovuşturma evresindeki müdafiin dosya içeriğinde inceleyemeyeceği bir alan olacaktır.

Benzer şekilde CMK md. 139 hüküm altına alınan, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbiri bakımından, aynı maddenin üçüncü fıkrasında "*soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili cumhuriyet başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur*" demek suretiyle, soruşturma evresinde alınan kararın gizliliğini, soruşturma evresi bittikten sonra da devam ettirmektedir.[44]

IV. TERÖRLE MÜCADELE KANUNU ÇERÇEVESİNDE MÜDAFİİN DOSYA İNCELEME YETKİSİ

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/e maddesine göre, "*bu kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafiin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelmeye tabi tutulamaz. Ancak müdafiin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, cumhuriyet savcısının istemi ve hakim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulunabileceği gibi bu kişilerin müdafiine verdiği veya müdafiince bu kişiye verilen belgeler hakim tarafından incelenebilir. Hakim belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler.*"

SONUÇ

Müdafiin dosya inceleme yetkisi, ceza muhakemesi sistemimizde soruşturma ve kovuşturma aşamaları bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir. Kovuşturma aşamasında inceleme yetkisi mutlak nitelik arzeder ve bu yetki sınırlanamaz. Ancak niteliği itibariyle gizlilik içeren koruma tedbirleri bakımından, bu kurala istisna getirildiği söylenebilir.

43 Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 232.
44 Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 233.

Soruşturma evresinde ise kural, müdafiin serbestçe dosyayı incelemesidir. Bu düzenlemenin temelinde, mülga CMUK md. 143'te 1992 yılında 3842 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik yatmaktadır. Dosya inceleme konusunda verilen bu temel hak ise, 5271 sayılı CMK md. 153 ile geliştirilmiştir. Dosya inceleme serbestisinin sınırını CMK md. 153/2'teki hüküm belirler. Buna göre, müdafiin dosya içeriğini incelemesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek nitelik arzediyorsa, cumhuriyet savcısının talebi, sulh ceza hakiminin kararıyla dosya inceleme yetkisi kısıtlanabilir. Ancak sulh ceza hakimine verilen kısıtlama yetkisi de kısıtlıdır. CMK md. 153/3'te belirtilen belgelerin incelenmesi her koşulda mümkündür.

Yakın tarihe kadar CMK md. 153 hükmüyle çatışma halinde bulunan yönetmeliklere rastlanılmakta idi. Bunlardan Yakalama ve Gözaltına Alma Yönetmeliği md. 22'deki *"kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili cumhuriyet savcısının yazılı izni gerekir"* kanuna aykırılık arzettiği gerekçesiyle Danıştay tarafından 15.02.2005 tarihinde yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir. Ayrıca Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik md. 45/2 hükmünde, müdafiin soruşturma evrakını inceleyebilmesi için, görevlendirme yazısı veya vekalet ibraz etmesi koşulu aranmıştı. Ancak bu yönetmelik, 24.12. 2011 tarih ve 27795 sayılı resmi gazetede yayımlanan yönetmelikle değişikliğe uğramış ve kanuna aykırılık durumu ortadan kaldırılmıştır.

Kalem Yönetmeliği md. 45'te yapılan değişikliğin bir başka açıdan önemi ise, doktrinde uzun yıllardır tartışılan, şüphelinin dosya inceleme yetkisi konusunda, açık bir düzenlemeye yer vermesidir.

KAYNAKÇA

Aksan, Murat; "Yeni CMK'da Dava Evrakı İnceleme Yetkisi", **Hukuki Perspektifler Dergisi,** S:3, Yıl:2005, s. 121-124.

Alşahin, Mehmet Emin; "Müdafiin Dosya İnceleme Yetkisi", **Legal Hukuk Dergisi,** C:IV, S:2, Yıl:2006, s. 1053-1066.

Centel, Nur, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008.

Centel, Nur Başar; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi,** İstanbul, y.y, 1984.

Demirbaş, Timur; "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", **Legal Hukuk Dergisi,** C:III, S:32, Yıl:2005, s. 2871-2883.

Donay, Süheyl; **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi,** İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.

Dursun, Selman; "5271 Sayılı CMK'da Müdafi", **Hukuki Perspektifler Dergisi,** S:3, Yıl:2005, s. 125 132.

Duygu, İlker; "Adli Yargıda Dosya İncelemeye Yetkili Olanlar", **Adalet Dergisi,** S:3, Yıl:76, Mayıs Haziran, 1985, s. 688-696.

Erem, Faruk; "Savunma Hakkının Kökeni", **Ankara Barosu Dergisi,** S:5, Yıl:1984, s. 689-705.

Koca, Mahmut; "Müdafiin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,** C:I, S:1, Yıl:1997, s. 163-169.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,** İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Selman Dursun; **Türk Hukuku'nda Müdafiin Yasaklılık Halleri,** Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

Malkoç, İsmail, Mert Yüksektepe; **Ceza Muhakemesi Kanunu,** C:I, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2008.

Okuyucu-Ergün, Güneş; "Soruşturmanın Gizliliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C:II, S:59, Yıl: 2010, s. 243-275.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan; **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,** 3.bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

Taşkın, Ş. Cankat; "Müdafinin Dosya İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S:75, Yıl:2008, s. 394-416.

Ünver, Yener, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

MADDİ ZARARIN TESPİTİNDE DENKLEŞTİRME

Av. Duygu Yıldırım ERTÜTÜNCÜ

GİRİŞ

İsviçre ve Türk hukukları bakımından baktığımızda; zarar verici olaydan doğan yararların zararla denkleştirilmesini emreden genel bir hüküm mevcut değildir. 818 sayılı Borçlar Kanununda elde edilmiş yararların zarar tutarından indirileceğine; daha açık bir deyimle zarar ile yararın denkleştirileceğine ilişkin genel nitelikte bir hüküm olmayıp bugüne kadar doktrinde ve gerekse uygulama ile denkleştirme kurumu benimsenmiştir.

Fark yöntemi gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile zarar verici olay meydana gelmese idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararla zarar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararın belirlenmesi gerekmiştir.[1] Denkleştirme kuralı, zarar kavramının ve buna bağlı olarak zarar görenin hukuka aykırı davranış sayesinde zenginleşmemesi prensibinin zorunlu bir sonucu olarak görülmektedir.

1. Türk Hukukundaki Hukuki Dayanağı:

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun, önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan "Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlıklı 71. maddesinde "önemli ölçüde tehlike taşıyan işletmeler" için özel bir düzenleme yapılmış; Yasa'nın bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğuna ilişkin 69. ve 70. maddelerinden sonra gelen bu yeni madde ile genel anlamda "zarar tehlikesi" ile "işletme tehlikesi" arasındaki ayrım gözetilmiş; böylece, öteden beri eksikliği duyulan "olağan sebep sorumluluğu - yaratılan tehlike sorumluluğu" ayrımına yeni yasada kesin bir sınır çizilmiştir. Başka bir anlatımla, genel anlamda "tehlike yaratma" ile teknik anlamda "tehlikeli faaliyetler" birbirinden ayrılmıştır.

Doktrinde de tartışmalı olan denkleştirme 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda kendisine yer bulmuş olup 71. Madde "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" hükmünün son fıkrasında ve 616. Maddenin 2. Fıkrasında yer almıştır. Ancak madde içeriğinde denkleştirme ifadesi geçse bile içerik olarak denkleştirmeyi karşılamamaktadır. İlgili maddelerin ruhunda esasen mahsup ve takas yolu gözetilmektedir. 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda Denkleştirme esas olarak 130/2 ve 438/2 inci maddelerinde ruh bulmuştur. Denkleştirme açısından terimler yanlış kullanılmaktadır.

Genel anlamda denkleştirme, hukuka uygun olmak koşuluyla yarar ile zarar arasında hakça bir denge sağlanmasıdır. Yarar elde eden, istemeyerek veya kusuru

1 Teoman Akünal, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, Syf. 18-20

olmaksızın verdiği zararları gidermek zorundadır. Zarar görenin kusuru veya kusura katılımı yoksa, eylemin ve faaliyetin hukuka uygunluğu ileri sürülerek ondan zarara katlanması istenemez.

Değişik bir tanımla denkleştirme, hukuka uygun ve hukuk düzenince izin verilmiş bir eylem ve faaliyetten kaynaklanan zararın, zarar veren ile zarar gören arasında hakkaniyete uygun bir biçimde paylaştırılmasıdır.

Önemli ölçüde tehlike taşıyan işletmelerden kaynaklanan zararlarda ise denkleştirme, bu tür işletmelerden kazanç elde eden işletme sahibinin, kusursuz sorumluluk ilkesince ve hakkaniyet gereği, zarar görenin zararının uygun bir bedelle giderilmesine katlanmasıdır.

6098 sayılı Yasa'nın 71. madde metninden anlaşılacağı üzere, işletme sahipleri, yasaların öngördüğü ve bu tür faaliyetlerin gerektirdiği izin ve ruhsatı alarak uzmanlarla birlikte her türlü yüksek özeni göstermiş olsalar bile, elde ettikleri yararlara karşılık, hiçbir kusuru bulunmayan üçüncü kişilere verdikleri zararları gidermek zorundadırlar.

Madde metninde "denkleştirme" kavramına hiç gerek olmayıp bu hüküm esasen mahsup ifadesinin karşılığıdır. Uygun olmayan yerlerde kurulmuş fabrika bacalarından havaya yayılan zehirli gazların, toprağa ve suya karışan atıkların ağır hastalık ve ölümlere yolaçması, çevreyi yaşanmaz hale getirmesi; etkileri uzun yıllar sonra ortaya çıkan radyasyonun ölümcül sonuçları gözönüne alındığında, bu tür işletmelere izin ve ruhsat veren yetkililerle birlikte, işletme sahipleri "ağırlaştırılmış tehlike sorumlusu" olduklarına göre, denkleştirmeden söz etmek bize anlamsız olmuştur.

Özellikle ülkemizde kurulması düşünülen nükleer santraller için kamu yararından söz edilmesini, bu tür hizmet ve işletmelerden elde edilen yarar ile verilen zararın dengelenmesi gerektiği düşüncesini de denkleştirmenin lafzına da uygun değildir.

Öte yandan "önemli ölçüde tehlikeli" işletme sahiplerinin maliyet yüksekliğini ileri sürerek ve masraftan kaçınarak arıtma tesisi kurmamaları, bacalara en son teknolojiye uygun filtre taktırmamaları nedeniyle bilinçli olarak havayı, suyu, toprağı, denizi kirletip dünyamızı yaşanmaz hale getirmelerine, ölümlere ve hastalıklara neden olmalarına; siyanürle altın ve gümüş arayıcılarının toprağı ve yer altı sularını zehirlemelerine, artık ağırlaştırılmış nesnel sorumluluk, tehlike sorumluluğu demek pek hafif kalır; bütün bunlara kusursuz sorumluluk değil "kasıt derecesinde ağır kusur" ve giderek insanlık suçu bile denebilir.

Bütün bunlardan ayrı (zarar tutarından yararların düşülmesinin) gerçekleştirilmesi için, üçüncü sahsın iradesinin ve bu iradenin yöneldiği amacın, doğru olarak belirlenmesi gerekir. Haksız eylemin doğurduğu zararı gideren üçüncü şahısların iradesi, haksız eylem fiilini korumaya değilde, zarar göreni gönüllü olarak faydalandırmaya yönelmişse, haksız eylem failinin bu yararların zarardan mahsubunu istemesi mümkün değildir. Çünkü üçüncü şahısların iradesi buna engel teş-

kil etmektedir. şayet üçüncü şahıs, haksız eylem failinin tazminat yükümlülüğünü onun yerine geçerek ifa etmek istemişse, bu takdirde de zarar zaten ödenmiştir; tazminat borcu eda edildiği için artık yararlanmanın mahsubu da söz konusu olamayacaktır.[2]

6098 sayılı Yasa'nın 130 inci maddenin ikinci fıkrası maddesinde "Ancak, çalışana ödenecek sigorta tazminatı, genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilir." İfadesi ile borçlar hukukumuzda geçerli olan zarar görenin, zarar verici olay nedeniyle elde ettiği yararların, uğradığı zarardan indirilmesini ifade eden denkleştirme ilkesi gözetilmiştir.[3]

Yeni Borçlar Kanunu'nun 438 nci maddesinin ikinci fıkrasında da, hizmet sözleşmesinin haklı sebebe dayanmayan feshinin sonuçları düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, haklı sebebe dayanmayan fesih halini düzenleyen yeni bir maddedir. Bu tazminat ile hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın, taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesinden önce feshedilmesi yüzünden işçinin uğradığı olumlu zararların giderilmesi amaçlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada hükmedilecek tazminatlarla ilgili olarak bir denkleştirme kuralına yer verilmektedir. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, işçinin her iki sözleşme türünden birinde isteyebileceği zararından indirilecektir. Böylece zararın oluşumu ile aynı anda doğmuş veya doğacak yararın denkleştirilmesi söz konusu olacaktır.[4]

Bu duruma verilebilecek en iyi örnek; belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçinin iş akdinin süresinden önce feshi durumunda kalan bedelin tazmini için açılan davalarda, işçi sözleşme süresi içinde yeniden işe başlaması durumunda alacağı tazminattan yeni işyerinde elde ettiği kazanç oranında indirim yapılacaktır.

Baskın görüş, tazminatın zarara uğrayanın **zenginleşmesine yol açmaması ilkesini**, dayanak yapmaktadır. Tazminat gerçek zararın karşılığıdır. Tazminatın üst sınırı uğranılan zarar kadardır. Tazminatın amacı, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamak olup zenginleşmeyi sağlamak değildir.[5]

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 31.03.2004 tarih ve E.2003/14455, K.2004/4104 sayılı kararında[6];

"Davacıya mevcut yaralanma nedeni ile sigorta tarafından ödeme yapıldığı dosyaya ibraz edilen belgeden anlaşılmaktadır. Davacıya kazaya karışan aracın trafik sigortasından yapılmış olan ödemeler **tazminatın denkleştirilmesi ilkesi** gereğince hesaplanan tazminattan düşülerek karar verilmelidir. Mahkemece bu belgenin aslı getirtilerek tazminattan indirim yapılıp yapılmayacağı hususunda hüküm kurulması gerekirken bu yön gözetilmeksizin eksik inceleme ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." denilmektedir.

2 Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, Sayfa 269.
3 6098 Sayılı Kanun"un gerekçesi.
4 Selim Altınay, Maddi Zararın Tespitinde Denkleştirme Makalesi
5 Hüseyin Hatemi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sayfa 139
6 Yargıtay İçtihat Bankası

Yine, Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi'nin 09.05.1980 tarih ve E.1980/3094, K.1980/6086 sayılı kararında şu şekilde ifade edilmektedir;

"Öte yandan bütün sosyal sigortalarda hak sahibine ödemede bulunan ilgili kurumun ancak zarara sebebiyet verene rücu hakkının bulunması halinde bu **kurumca yapılan ödemelerin denkleştirme yapılırken zarardan indirilmesi bir kural olarak benimsenmiştir**. 506 Sayılı Kanun'da ölüm sigortasından yapılan yardımlardan dolayı kuruma rücu hakkı tanıyan bir hükme yer verilmemesi nedeniyle ölüm sigortasından hak sahiplerine bağlanan yardımların destekten yoksun kalanların zararlarından düşülmesinin mümkün olmadığını belirten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 1977/4-1110, K. 1979/1395 sayılı ve 28.11.1979 günlü emsal nitelikteki kararı buna örnek olarak gösterilebilir. Emekli Sandığı'nın ne kendi özel kanunu ve ne de genel nitelikteki Borçlar Kanunu hükümlerine göre zararı meydana getiren kişilere karşı bir rücu hakkı vardır. Her ne kadar Emekli Sandığı Kanununun 129. maddesinin birinci fıkrasında iştirakçilerden ölenlerin dul ve yetimlerinin sebep olanlar aleyhine açacakları davaları Sandığın kovuşturmaya ve bu davalara üçüncü kişi olarak girmeğe ve dul ve yetimler tarafından dava açılmamış ise bunu doğrudan doğruya açmaya yetkili bulunmuş ve böylece kuruma rucua benzer bir hak tanınmış ise de; aynı maddenin ikinci fıkrasında bu dava sonunda para tazminatı alınırsa bundan kovuşturma için yapılan giderlerle birlikte dul ve yetim aylığı bağlanan hallerde bu aylıkların beş yıllığı Sandık'ça alınarak varsa geri kalanının ilgililere ödeneceği hükme bağlanmıştır. İşte destekten yoksun kalma tazminatının saptanmasında Emekli Sandığı'nca bağlanan gelirlerin indirilmemesi gerektiğine dair, içtihadın dayandığı esas, sözü edilen ikinci fıkrada öngörülmüş olan bu hükümdür."[7]

Başka bir karar olan, Yargıtay Yirmibirinci Hukuk Dairesi'nin 03.05.2007 tarih ve E.2006/18008, K.2007/7460 sayılı kararında da;

"Kaza halinde sorumluluk riskine maruz kalanlar, yasal sınırlar içinde anlaşarak bir sigorta poliçesi oluşturabilir. Daha açık bir anlatımla adam çalıştıran sorumluluk riskini sigorta ettirebilir. Bu nedenle çifte ödemeye neden olunmaması amacıyla sigortacının kazalı işçiye ödemiş olduğu sigorta bedeli tazminattan indirilecektir. Bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlığında tazminat ilkelerine göre çözülmesi gerekir. Mevzuatımızda denkleştirme yasal olarak düzenlenmiş değildir; genel bir hukuk ilkesi olarak bilimsel ve yargısal görüşte kabul edilmiştir. Yararla zararın nakdi denkleştirilmesinde uygulanacak usul zararın tutarıyla yararın tutarının denkleştirilmesidir. Buna göre, zarar tutan yarar tutarından büyükse denkleştirilmiş zarar ortaya çıkar. Eğer zarar tutarı yarar tutarı ile aynı ise veya daha küçükse .. ortada sürekli iş göremezlik zararı alacağına yol açan bir zarar yok demektir." denilmektedir.

7 Kazancı Yargıtay İçtihat Bankası

2. Denkleştirmenin benzer kavramlardan farkı

2.1 Takas ile Denkleştirme arasındaki farklar:

Denkleştirme, takas ile ifade anlamı olarak karıştırılmakta hatta kimi yerlerde birbirinin yerine kullanılmaktadır. Aslen takasta karşılıklı iki alacak ve borç söz konusudur. Takasta alacaklardan daha az olanı oranında borç ilişkisi sona erebileceği gibi iki alacak ayrı ayrı da talep edilebilecektir. Ayrıca, takasta alacaklar aynı mahiyette ve nitelikte olması gerekirken denkleştirmenin gerçekleşmesi için elde edilen yararın para ile ölçülebilir bir yarar olması gerekmektedir.

2.2 Sebepsiz zenginleşme ile denkleştirmenin farkı:

Her sebepsiz zenginleşmede bir fakirleşen ve birde zenginleşen taraf vardır. Denkleştirmede ise, yarar sağlayan taraf aynı zamanda haksız fiil yüzünden zarara uğrayan yani fakirleşen taraftır. Ayrıca sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için zenginleşen tarafta meydana gelen çoğalmanın haklı bir sebebe dayanmaması gerekirken, denkleştirmede böyle bir durum söz konusu değildir. Denkleştirme haksız fiil nedeniyle zarar görenin malvarlığında bir artış olması yeterlidir.

3. Denkleştirme Koşulları

3.1 Tazmini gereken bir zarar olmalı:

BK'nin 41'inci maddesinde *"...haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur."* denilmekte ve böylece haksız bir eylem sonucunda tazmin borcunun doğumu için zararın doğmuş olmasını aramaktadır. Doktrinde denkleştirme konusu maddi zararlar kapsamında incelenmekte manevi zararlarda denkleştirmenin uygulanamayacağı savunulmaktadır.[8]

3.2 Zararla denkleştirecek bir yarar bulunmalıdır:

Zarar verici olay bir yandan zararlı bir sonuç doğururken, diğer yandan da zarar gören lehine ekonomik bir menfaat sağlamalıdır. Malvarlığındaki artışın yarar olarak nitelendirilebilmesi için bunun her şeyden önce ekonomik bir değer, yani bir malvarlığı değeri, sonra da kesin ve nihai olması gerekir. Zarar görenin mal varlığında meydana gelen yarar, malvarlığında gerçekleşen fiili bir artış olabileceği gibi pasifin azalması, malvarlığındaki eksilmenin önlenmesi şeklinde de olabilir. Denkleştirmeye konu olacak yarar tazmini gereken zararın tam zıddını ifade eder.

Örneğin; Şirket çalışanının alkollü kaza yapması sonucu hurdaya çıkan otomobilin hurdasının satışından elde edilecek gelir göz önünde tutulacaktır. Kaskonun alkollü olunması nedeniyle araç bedelini karşılamadığı durumda şirketin çalışandan isteyeceği zarardan sağlanan fayda düşülür.

3.3 Zarar ile yarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır:

Malvarlığında meydana gelen yarar, zarar verici olayın uygun sonucu olmalıdır. Başka bir deyişle; aynı olay hem yararın, hem de zararın genel hayat tecrübelerini olayların normal akışının uygun sebebi ve sonucu olmak, meydana gelen yarar, zarar verici olayla uygun nedensellik bağı içinde olmalıdır. Yararın denkleştiril-

8 Teoman Akünal, Sayfa 50.

mesi zorunu zararın hesaplanması safhasında yer alır. Böylece gerekleşen brüt zarardan, varsa yararlar düşürülmek suretiyle tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulacak net zarar miktarı hesaplanmış olur. Buna karşılık zarar verici olayın sonuçları olamayan sırf tesadüflere umulmayan olaylara dayanan yararlar denkleştirilemez.

Örneğin; yakılan bir evin arsasının içinde bir petrol bulunmuş ise petrol zarar verici olayla uygun nedensellik bağı içinde olmadığından, bu durumda denkleştirmeden de söz edilemez. Zira olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre yakılan veya yıkılan her evde petrol bulmak zarar verici olayın olağan sonucu değildir.

3.4 Bir kanun hükmü veya tarafların iradesi yararın denkleştirilmesine engel olmamalıdır:

Örneğin; zarar görene üçüncü kişilerin yapmış oldukları bağış ve yardımlar, zarardan indirilemez. Çünkü üçüncü kişiler böyle bir bağış ve yardım yapmaya kanun veya sözleşme gereği mecbur olmaksızın sırf iyilik ve yardım amacıyla bunu gerçekleştirmişlerdir. Kanun veya sözleşme gereği borçlu olmayan üçüncü kişilerin yapmış oldukları bu yardımlar zarardan düşürülse, bundan sadece zarar veren yararlanmış olur. Burada zarar verenin korunmasını haklı gösterecek bir sebep ise mevcut değildir. Zira kazandırmanın amacı münhasıran zarar görene yardım etmektir.

Örneğin, Çocuklarının öldürülmesi nedeni ile ana ve babanın destekten yoksun kalma tazminatı istemeleri halinde ana ve babanın çocuğun ölümü dolayısıyla yapmaktan kurtuldukları bakım, eğitim gibi masrafları da bir yarar olup destek kaybından doğan zarardan düşürülmektedir. Desteğin öldürülmesi sonucunda, zarar görenin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı olması halinde elde edilecek mirasın yarar sayılıp, zarardan düşülüp düşülmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

4. Denkleştirmenin Hesaplanması:

Zararın, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile, böyle bir olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktır. BK eşyaya ilişkin zararın hesaplanması ile ilgili hükümler ihtiva etmemektedir. Ancak doktrinde objektif hesaplama yöntemi ve sübjektif hesaplama yöntemi olmak üzere iki hesaplama yöntemi geliştirilmiştir.

4.1 Objektif hesaplama yöntemi:

Objektif hesaplama yönteminde yok olan, kaybolan veya hasara uğrayan eşyanın serbest piyasada oluşan ortalama değeri esas alınır. Objektif değer aynı tür, miktar ve nitelikte bir malın her türlü sübjektif etkiden uzak olarak belirli bir anda serbest piyasada ortalama alım-satım değeridir. Bir mal, eşya sabit bir pazar veya borsa değerine sahipse, bu değer hesaplamanın temelini oluşturur. Ortalama değerden amaç; bir malın genel ticari değeridir. Buna "objektif değer", "mübadele değeri" denildiği gibi, "rayiç değer", "gerçek değer" veya "piyasa değeri" de denil-

mektedir. Bu yöntemde subjektif durum ve ilişkiler göz önünde tutulamaz. Objektif değer teorisi her zaman tatminkar sonuçlar verememektedir.[9]

4.2 Subjektif hesaplama yöntemi:

Hukukumuzda kabul edilen baskın görüşe göre sübjektif hesaplama yöntemi; ilke olarak eşyanın yok olması, kaybolması, hasara uğramasıyla zarar görenin somut malvarlığının hangi kayıplara uğramış olduğu incelenir. Zarar görenin menfaati yok olan, kaybolan veya zarara uğrayan eşyanın diğer mallarla da ilişkisi de göz önünde tutulursa genel olarak böyle bir şeyin piyasa değerinden yüksektir. Bu nedenle zarar gören, yok olan veya hasara uğrayan eşyanın piyasa değeri dışında bazı ek veya dolaylı giderlere de uğrayabilir. Başka bir deyişle eşyaya ilişkin zarar, eşyanın yok olması, veya hasara uğramasıyla zarar görenin uğradığı doğrudan doğruya zarar yanında, bazı dolaylı zararları da kapsar, Bu itibarla sübjektif hesaplama yöntemine göre önce bizzat eşyanın piyasa değeri bulunmalı,sonra da eşyanın yok veya kaybolmasının ya da hasara uğramasının zarara uğrayanın mal varlığında meydana getirdiği olumsuz etkiyi karşılayan miktar, yani dolaylı zarar tespit edilmelidir. İşte bu sebeple eşyanın piyasa değeriyle, olumsuz etkiyi ifade eden miktarın toplamı, zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı teşkil eder.[10]

SONUÇ

Bu çalışmada denkleştirmenin hukuksal dayanağı tespit edilmiş ve bu doğrultuda fark teorisinde değinilmiştir. Denkleştirme 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almamışken 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu metninde görülmektedir. Ancak burada ise terimler yanlış kullanılmış, mahsup ve takas ifadeleri denkleştirme olarak yer almıştır.

Denkleştirmenin amacı gerçek zararı bulmaktır. Zira fark teorisi de öncelikle gerçek zararın ne olduğunu tartışmakta, yöntem belirlemektedir. Gerçek zararın tespitinden sonra ise zararın tazmini aşamasına geçilecektir. Burada ise kural tazminatın gerçek zararı geçememesi yani zarar göreni zenginleştirmemesidir. Zarar veren, davranışı ile ihlal edilen normu desteklediği, onun amacına katkıda bulunduğu ölçüde, meydana gelen yarardan yararlanabilmelidir.

9 Ergun Orhunöz, Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları, Seçkin yayınları, Sayfa 273.
10 Mustafa Kılıçoğlu, Tazminat Esasları ve Hesaplama Yöntemleri, 1998 Ankara, Sayfa 106.

YENİ TİCARET KANUNU'NDA ELEKTRONİK İŞLEMLER

Av. Tayfun ERCAN[1]

I. GİRİŞ

Avrupa Birliği, 2010 hedefi kapsamında "Dijital Şirket" konsepti yaratmayı hedeflemektedir. Bu bağlamda temel olarak elektronik fatura, elektronik arşivleme, elektronik ihale, elektronik imza, sayısal muhasebe sistemleri, elektronik ticaret sicili, kayıtlı elektronik posta, elektronik kurumsal yönetim konularında ortak düzenlemelerin yapılması için çalışmalar yapılmaktadır[2]. Küreselleşme ve Avrupa Birliği üyelik süreci ile birlikte elektronik işlemler hayatımızın vazgeçilmez bir paçası haline gelmiştir. Bu durum elektronik işlemlerin yasal bir düzenleme altına alınması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Yeni Ticaret Kanunu elektronik işlemlerle ilgili doğan boşluğu doldurmak ve Avrupa Birliği'ne uyum sağlamak için birtakım yasal düzenlemeler getirmiştir. Yeni Ticaret Kanunu'nda elektronik işlemler ve bilgi toplumu hizmetleriyle ilgili düzenlemeler aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir[3]:

- İnternet Sitesi Kurma Mecburiyeti
- Beyanlar, Belgeler ve Senetlerin Elektronik Ortamda Düzenlenebilmesi ve İşlem Görmesi
- Güvenli Elektronik İmza
- Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu ve Genel Kurul
- Ticaret Sicil Kayıtlarının Elektronik Ortamda Tutulması Ve İşlemlerin Elektronik Ortamda Yapılabilmesi
- Defter ve Belgelerin Elektronik Ortamda Tutulması Ve Saklanması
- Elektronik Ortamlar, Alanlar, Adlar ve İşaretler Gibi Değerlerin Sermaye Olarak Konulabilmesi.

Yeni Ticaret Kanunu'nda elektronik işlemlerle ilgili hükümler hazırlanırken ticaret hukukunun kazanımlarının himaye edilmesi, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlanması, Türkiye'de geçerli olan düzenleme ve gelişmelere entegrasyonun sağlanması, teknolojik süreçlerin tanımlanması ve hukuki neticelerinin düzenlenmesi ilkeleri gözetilmiştir[4].

---

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Doktora Öğrencisi

2 http://bthukuku.bilgi.edu.tr/documents/TTK_TASARI_MERKEZ_GORUSU.pdf, Erişim Tarihi: 12.12.2011.

3 Erdal NACAR, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Elektronik İşlemler Ve Bilgi Toplumu Hizmetleri", E-Yaklaşım, Sayı: 228, Aralık 2011.

4 Erkan YETKİNER, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Elektronik İşlemler İle İlgili Yapılan Yeni Düzenlemeler",http://www.mazars.com.tr/printerFriendly.php?contentId=874, Erişim Tarihi: 28.12.2011.

Elektronik ortamda yapılan işlemler bakımından bilgi güvenliğinin sağlanması temel koşuldur. Elektronik işlemler bakımından işlem ve bilgi güvenliğinin sağlanması, işlemi gerçekleştiren kişinin kimliğinin hukuken belirlenmesi ve işlemi yaptığını inkar edememesi, işlemin ne zaman yapıldığının belirlenebilmesi, işlem gerçekleştirildikten sonra işlemle ilgili kayıtların değiştirilememesi ya da yapılan değişikliklerin tespit edilmesi, işlem sonucunun taraflar arasında güvenli bir şekilde transferinin sağlanması, işlem kayıtlarının güvenli şekilde arşivlenmesi, işlem sonuçlarının denetlenebilmesi, ihtiyaç duyulan durumlarda işlem bilgilerinin gizliliğinin sağlanması gerekir.

II. İNTERNET SİTESİ KURMA ZORUNLULUĞU

Yeni Ticaret Kanunu en üst düzeyde şeffaflığın sağlanmasını amaçlamaktadır. 01.07.2013 tarihinden itibaren her sermaye şirketi bir internet sitesi açmak, şirketin internet sitesi zaten varsa bu sitenin belli bir bölümünü herkesin erişimine açık olacak özgülemek zorundadır. Şahıs şirketleri ve adi ortaklıklar bakımından internet sitesi kurma zorunluluğu öngörülmemiştir[5].

Herkesin erişimine açık olacak şekilde kurulan internet sitesinde aşağıda belirtilen asgarî hususların yayımlanması gerekir:

• Şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar.

• Pay sahipleri ile ortakların menfaatlerini koruyabilmeleri ve haklarını bilinçli kullanabilmeleri için görmelerinin ve bilmelerinin yararlı olduğu belgeler, bilgiler, açıklamalar.

• Yönetim ve müdürler kurulu tarafından alınan; rüçhan, değiştirme, alım, önerilme, değişim oranı, ayrılma karşılığı gibi haklara ilişkin kararlar; bunlarla ilgili bedellerin nasıl belirlendiğini gösteren hesapların dökümü.

• Değerleme raporları, kurucular beyanı, payların halka arz edilmesine dair taahhütler, bunlara ait teminatlar ve garantiler; iflasın ertelenmesine veya benzeri konulara ilişkin karar metinleri; şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hakkındaki genel kurul ve yönetim kurulu kararları, bu işlemlerle ilgili açıklamalar, bilgiler, belgeler.

• Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi hâlinde, ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler; sermaye arttırımı, azaltılması dâhil, esas sözleşme değişikliklerine ait belgeler, kararlar; imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar.

• Genel kurullara ait olanlar dâhil her türlü çağrılara ait belgeler, raporlar, yönetim kurulu açıklamaları.

• Şeffaflık ilkesi ve bilgi toplumu açısından açıklanması zorunlu bilgiler.

• Bilgi alma kapsamında sorulan sorular, bunlara verilen cevaplar, diğer kanunlarda pay sahiplerinin veya ortakların aydınlatılması için öngörülen hususlar.

5 NACAR, ag.m., e-Yaklaşım.

• Finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, pay ve menfaat sahipleri bakımından bilinmesi gerekli finansal raporlamalar, bunların dipnotları ve ekleri.

• Yönetim kurulunun yıllık raporu, kurumsal yönetim ilkelerine ne ölçüde uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklaması; yönetim kurulu başkan ve üyeleriyle yöneticilere ödenen her türlü paralar, temsil ve seyahat giderleri, tazminatlar, sigortalar ve benzeri ödemeler.

• Denetçi, özel denetçi, işlem denetçisi raporları.

• Yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri, pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin bilgiler.

• Yeni Ticaret Kanunu'nun 1524. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve internet sitesinde yayımlanması asgari unsurlar tahdidi değildir. Bunlar haricinde bilgi toplumu ve şeffaflık kapsamına dahil olabilecek her şey internet sitesine konulabilir. İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılan bölümü herkesin erişimine açık olmalıdır. Erişim hakkının kullanılması herhangi bir sebeple sınırlandırılamaz ve herhangi bir şarta bağlanamaz. Erişimin mümkün olmaması durumunda herkesin engelin kaldırılması davasını açabilir.

İnternet sitesinin bu düzenlemenin amaçlarına özgülenmiş kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde "yönlendirilmiş mesaj" ibaresi konulmalıdır. Bu ibareyi taşıyan mesaj ancak kanun ve yönetmeliğe uyularak değiştirilebilir. İnternet sitesinin özgülenen kısmında yer alan bir mesajın yönlendirildiği karine olarak kabul edilecektir. İnternet sitesinin bir numara altında tescili ve ilgili diğer konular Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın çıkaracağı yönetmelikle düzenlenecektir. Yönlendirilmiş mesaj kavramı Avrupa Topluluğu'nun e-ticareti düzenleyen yönergesinden alınmıştır[6]. Yönlendirilmiş mesaj ile kastedilen üçüncüye kişiye yönlendirilen mesajdır. Kural olarak bu mesaj yönlendirildiği andan itibaren şirketin tasarrufundan çıkmış sayılacaktır. Yönlendirilmiş mesajların basılı şekilleri yeni Ticaret Kanunu'nun 82. maddesine göre saklanacaktır.

İnternet sitesinde yer alan bilgiler metin haline getirilip şirket yönetimi tarafından tarih ve saati belirtilerek noter tarafından onaylanan bir deftere sıra numarası altında yazılmalı ve yapıştırılmalıdır. Sitede yayımlanan bilgilerde daha sonra değişiklik yapıldığı takdirde değişikliğe ilişkin olarak işlemler tekrarlanacaktır.

Kanun ve ikincil mevzuat ya da idari düzenlemelerde daha uzun bir süre belirtilmedikçe şirketin internet sitesinde yayımlanan içerik üzerinde bulunan tarihten itibaren en az altı ay süreyle internet sitesinde kalmalıdır. Aksi takdirde konulmamış sayılacaktır. Finansal tabloların internet sitesinde kalma süresi beş yıldır.

Yeni Ticaret Kanunu'nun öngördüğü bu yükümlülüklere uyulmaması ilgili kararların iptal edilmesine sebep olacak ve kanuna aykırılığın tüm sonuçları doğa-

6 Erdal NACAR, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Elektronik İşlemler Ve Bilgi Toplumu Hizmetleri", E-Yaklaşım, Sayı: 228, Aralık 2011 .

caktır[7]. Kusuru bulunan yöneticiler ve yönetim kurulu üyeleri bu yükümlülüklerin ihlalinden sorumludur. Örneğin internet sitesinde yayımlanmayan genel kurul kararı iptal edilecek ve kusuru bulunan yönetim kurulu üyeleri ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğü altına girecektir. İnternet sitesi açma zorunluluğunun ihlal edilmesi ve Kanun'da öngörülen bilgi ve belgelerin usulüne uygun şekilde yayımlanmaması çok ağır yaptırımlara bağlanmıştır[8]. Yeni Ticaret Kanunu'nun 562/12. maddesine göre internet sitesini yeni Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde oluşturmayan veya internet sitesi mevcut ise aynı süre içinde internet sitesinin bir bölümünü bilgi toplumu hizmetlerine özgülemeyen anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, limited şirket müdürleri ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette yönetici olan komandite ortaklar altı aya kadar hapis ve yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. İnternet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan failler üç aya kadar hapis ve yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacaktır.

III. BEYANLAR, BELGELER VE SENETLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA DÜZENLENEBİLMESİ VE İŞLEM GÖRMESİ

Yeni Ticaret Kanunu'nun 1525. maddesinde beyanlar, belgeler ve senetlerin elektronik ortamda düzenlenebileceği öngörülmüştür. Taraflar açıkça anlaştığı takdirde ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilecek, yollanabilecek, itiraza uğrayabilecek ve kabul edilmişse hüküm ifade edecektir. Ancak bu düzenleme bakımından bir istisna öngörülmüştür. Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılmak zorundadır.

Yeni Ticaret Kanunu yapılacak işlem ve bildirimlerin en yüksek seviyede güvenilirliğini temin etmek için kayıtlı elektronik posta sisteminin kurulmasını kabul etmiştir[9]. Kayıtlı elektronik posta sistemine, bu sistemle yapılacak işlemler ile bunların sonuçlarına, kayıtlı posta adresine sahip gerçek kişilere, işletmelere ve şirketlere, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilmelerine ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan bir yönetmelikle düzenlenecektir. "Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" yeni Ticaret Kanunu'nun yayımı tarihinden itibaren beş ay içinde yayımlanacaktır.

IV. GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA

Elektronik imza "5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu"nda düzenlenmiştir.

7 Soner ALTAŞ, Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre İnternet Sitesi Açma Ve Yönlendirilmiş Mesaj Bulundurma Zorunluluğu, Mali Çözüm Dergisi, Ocak-Şubat 2011, s. 144.

8 http://www.kpmg.com/TR/tr/Issues-And-Insights/ArticlesPublications/Documents/Yeni-TTK-Dunya-Degisiyor-Ya-Siz.pdf, Erişim Tarihi:02.01.2011.

9 NACAR, ag.m., e-Yaklaşım.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile elektronik imzanın hukuki niteliği, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetleri ve elektronik imza ile ilgili diğer konular düzenlenmektedir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, elektronik imzayı "münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imza" olarak tanımlamaktadır. Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğuracaktır. Esasen bu düzenleme ile elektronik imzanın ticari hayatta da kullanılmasının önü açılmıştır. Yeni Ticaret Kanunu, Elektronik İmza Kanunu ve Borçlar Kanunu'na paralel şekilde elektronik imzaya ilişkin düzenlemeler öngörmüştür.

Yeni Ticaret Kanunu'nun 1526/3. maddesine göre ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, bu Kanunun zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilecektir[10]. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebilecektir. Zaman unsurunun belirlenmesi gereken hâllerde güvenli elektronik imzaya eklenen zaman damgasının tarihi, diğer hâllerde merkezî veri tabanı sistemindeki tarih esas alınacaktır. Bu düzenleme kapsamında konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilecektir. Ayrıca düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, teleks, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabilecek, oluşturulabilecek, gönderilebilecektir. Ancak elektronik imzanın kullanılması bakımından bir sınırlama öngörülmüştür. Buna göre poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetlerin güvenli elektronik imza ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu senetlerle ilgili kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılması mümkün değildir.

Yeni Ticaret Kanunu kapsamında şirket adına imza yetkisine sahip kişiler şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla imza atabilecektir[11]. Böyle bir durumda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin ismiyle birlikte temsil ettiği tüzel kişinin de ismi yazılmalıdır. Elektronik imza ile ilgili bu durum tescil ve ilan edilecektir.

Yeni Ticaret Kanunu'nun 18/3. ve 94/2. maddelerine göre tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar veya ihtarlar ile cari hesap bakiyesinin belirlenmesi ile ilgili bildirimler güvenli elektronik imza ile yapılabilir[12]. Yeni Ticaret Kanunu'nun 1159. mad-

10 http://www.mukellefgazetesi.com.tr/sifresizhaberler/130SORUDAYeniTTK.pdf, Erişim Tarihi: 03.01.2012.

11 NACAR, ag.m., e-Yaklaşım.

12 http://www.bilgicagi.com/Yazilar/5614-yeni_turk_ticaret_kanununda_dijital_sirket_anlayisi.aspxi, Erişim Tarihi: 05.01.2011.

desinde taşıtana elektronik mektupla bildirimde bulunulabileceği hüküm altına alınmıştır.

V. ELEKTRONİK ORTAMDA YÖNETİM KURULU VE GENEL KURUL

Yeni Ticaret Kanunu'nun 1527. maddesinde elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre şirket sözleşmesinde ya da esas sözleşmede öngörülmüş olması kaydıyla sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabilecektir. Bazı üyelerin fiziken mevcut bulundukları bir toplantıya bir kısım üyeler elektronik ortamda katılabilecektir. Bu gibi durumlarda kanunda ya da şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen geçerli olacaktır. Kollektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerde, şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede kararlaştırılması halinde ortaklar kurulu ve genel kurul elektronik ortamda yapılabilecektir. Bu durumda elektronik ortamda ortaklar kuruluna ve genel kurula katılma, öneride bulunma ve oy verme, fizikî katılımın, öneride bulunmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması gerekir[13]. Kollektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerde esas sözleşme ya da şirket sözleşmesi gereği şirket yönetimi, bu yolla oy kullanmanın bütün şartlarını gerçekleştirmek ve ortağa gerekli bütün araçları sağlamak zorundadır[14].

Anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme fiziki katılma ile aynı mahiyette olup fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır[15]. Elektronik ortamda genel kurul yapılmasına ilişkin esaslar bir tüzük ile düzenlenecektir. Bu tüzükte genel kurula elektronik ortamda katılma ve oy vermeye ilişkin esas sözleşme hükümleri yer almalıdır. Anonim şirketler tüzüğe aktarılan ve bu konuyu düzenleyen hükümlerde değişiklik yapamazlar. Tüzük, oyun gerçek sahibi ya da temsilcisi tarafından kullanılmasını sağlayan kurallar ile komiserlerin bu konudaki yetkilerini de içerecektir. Bu tüzük yürürlüğe girdikten sonra genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde zorunlu hâle gelecektir. Pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketler bakımından öngörülen bu değişiklik yönetimsel anlamda yaşanan güç boşluğunu gidermeye yöneliktir. Pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerin en büyük sorunlarından birisi de yönetimsel alanda yaşanan güç boş-

13 Nusret ÇETİN, Ortaklık Haklarının Elektronik Ortamda Kullanılması, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2006, s. 65.

14 NACAR, ag.m., e-Yaklaşım.

15 Işık ÖZER, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması, Başkent Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 34.

luğudur. Halktan olan pay sahipleri genel kurullara çoğunlukla katılmamaktadır. Elektronik ortamda genel kurul yapılmasına imkan tanıyarak bu soruna çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

Elektronik ortamda kullanılacak oyun gerçek sahibi tarafından kullanılmasına ve uygulamaya ilişkin kurallar ile pay sahibinin temsilcisine internet sitesi aracılığıyla talimat vermesi esas ve usulleri Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.

Yeni Ticaret Kanunu elektronik ortamı kullanmak isteyen ortaklar, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri bakımından bir yükümlülük getirmiştir. Buna göre elektronik ortamı kullanmak isteyen ortaklar, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri elektronik posta adreslerini şirkete bildirecektir[16].

VI. TİCARET SİCİL KAYITLARININ ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI VE İŞLEMLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILABİLMESİ

Yeni Ticaret Kanunu'nun 24. maddesine göre ticaret sicili, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın gözetim ve denetiminde ticaret ve sanayi odaları ya da ticaret odaları bünyesinde kurulacak ticaret sicili müdürlükleri tarafından şayet bir yerde oda mevcut değilse veya yeterli teşkilatı yoksa ticaret sicili, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca belirlenecek bir odadaki ticaret sicili müdürlüğü tarafından tutulacaktır. Bu düzenlemeyle ticaret sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasının önü açılmıştır. Ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar hazırlanacak tüzükle belirlenecektir. Ticaret sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulması için Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesinde ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen bir merkezi ortak veri tabanının oluşturulacaktır. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı çıkaracağı bir yönetmelikle ticaret sicili müdürlüğünün kurulmasında aranacak şartları ve odalar arasında sicil işlemleri ile ilgili olarak varlığı gerekli işbirliğinin sağlanmasına ilişkin esasları belirleyecektir.

VII. DEFTER VE BELGELERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI VE SAKLANMASI

Yeni Ticaret Kanunu'nun tacirler bakımından öngördüğü önemli ve ciddi yükümlülüklerden biri de defter tutma yükümlülüğüdür. Buna göre tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilen her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamak zorundadır[17]. Tacirler bakımından öngörülen bu yükümlülük bakımından bir kolaylık öngörülmüştür. Tacirler defterleri ve gerekli diğer kayıtları, olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde ya da veri taşıyıcıları aracılığıyla tutabilecektir. Ancak muhasebenin bu tutuluş biçimleri ve bu

16 Hatice Özdemir KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, s. 13.

17 NACAR, ag.m., e-Yaklaşım.

konuda uygulanan yöntemler Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmalıdır. Defter ve gerekli diğer kayıtlar elektronik ortamda tutulacaksa bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olması gerekir. Elektronik ortamda tutulan kayıtlar Türkçe tutulmalıdır. Yeni Ticaret Kanunu'nda defterlerin ve belgelerin saklanma süresi on yıldır.

Yeni Ticaret Kanunu'nun 82/3. maddesine göre açılış ve ara bilançoları, finansal tablolar ve topluluk finansal tabloları hariç olmak üzere, defterler ve diğer belgeler Türkiye Muhasebe Standartlarına da uygun olmak kaydıyla ve bu belgelerin okunur hâle getirildiklerinde alınmış bulunan ticari mektuplar ve defter dayanaklarıyla görsel ve diğer belgelerle içerik olarak örtüşmesi ve saklama süresi boyunca kayıtlara her an ulaşılabilmesi ve uygun bir süre içinde kayıtların okunabilir hâle getirilebiliyor olması şartlarıyla görüntü veya veri taşıyıcılarda saklanabilirler.

Saklanması zorunlu olan belgeleri yalnızca görüntü ya da başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ibraz edebilen kimse bu belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçları kullanıma hazır bulundurmak zorundadır. Bu belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçlara ilişkin giderler tacire aittir. Görüntü ya da başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla saklanan belgelere ihtiyaç duyulduğu takdirde tacir bu belgeleri bastırmalı ve yardımcı araçlara gerek olmaksızın okunabilen kopyalarını ibraz etmelidir. Yeni Ticaret Kanunu'nun yanı sıra Vergi Usul Kanunu'nda da defterlerin elektronik ortamda tutulmasıyla ilgili yasal düzenlemeler bulunmaktadır[18].

VIII. ELEKTRONİK ORTAMLAR, ALANLAR, ADLAR VE İŞARETLER GİBİ DEĞERLERİN SERMAYE OLARAK KONULABİLMESİ

Yeni Ticaret Kanunu'nun 127. maddesinde ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek unsurlar sayılmıştır. Buna göre kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikrî mülkiyet hakları, taşınırlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konabilir[19]. Elektronik işlemlerin ve elektronik ticaretin[20] arttığı bir dönemde haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler oldukça önem taşımaktadır. Özellikle elektronik ticaretin yapıldığı elektronik ortamlar ve alanlar bünyesinde ticari iş potansiyelini de barındırmaktadır. Bu bağlamda yeni Ticaret Kanunu ile getirilen bu düzenleme oldukça yerindedir.

18 NACAR, ag.m., e-Yaklaşım.
19 NACAR, ag.m., e-Yaklaşım.
20 Mustafa TOPALOĞLU, Bilişim Hukuku, Adana, 2005, s. 81.

AVUSTURYA SİGORTA HUKUKUNDA AŞKIN SİGORTA

Ferhat YILDIRIM[1]

GİRİŞ

Bahse konu çalışma ile Aşkın Sigorta'nın Türk Ticaret Kanunu'ndaki (yürürlükteki ve yürürlüğe girecek olan) düzenlenişi ve Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki düzenlemeleri karşılıklı mukayese edilmiştir. Burada ise bahse konu çalışmanın sadece Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki düzenleniş biçimi ele alınarak, özet halinde tarafınıza sunulmaktadır.

§ 1. TANIMI

A. GENEL OLARAK AŞKIN SİGORTA TANIMI

Zarar sigortalarında amaçlanan hedef, sigortalının rizikonun gerçekleşmesi neticesinde uğradığı gerçek zararının tazmin edilmesidir. Bu, zarar sigortalarında hakim bir ilkedir. Sigorta Hukukunda esas olan ilke, sigortalının rizikonun meydana gelmesini hiç bir zaman istememesi ve sigorta nedeni ile haksız yarar elde etmemesi yani sigorta, sigortalının sebepsiz zenginleşmesine imkan verilmemesidir[2].

Sigorta değeri, sigorta bedeli kavramları aşkın sigortanın tanımında önemli unsurlardır. Taraflar arasında sigorta sözleşmesi oluşturulurken, sigortalı sigorta bedelini özgürce tayin edebildiğinden rizikonun gerçekleştiği esnada sigortalının tayin ettiği ve poliçede gösterdiği bedel, sigortalanan menfaatin gerçek değerine eşit olmayabilir. İşte böyle bir durumda aşkın sigortanın varlığından bahsedilmektedir. Nitekim tüm hukuk sistemlerince benimsenen aşkın sigorta tanımı, "sigorta bedelinin sigorta değerinden fazla olması" durumudur[3].

---

1 İstanbul Barosu Avukatı , Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi (Universität Wien – Juridicum / Zivilrecht Institut)

2 REŞAT ATABEK , Sigorta Hukuku , (İstanbul 1950) , 74 ; TARIK BAŞBUĞOĞLU , Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu (Ankara 1988) , " Yarg.11.HD 23.06.1977 gün ve E.77/2546 , K.3117 sayılı kararı" , 1747.

3 MERTOL CAN , Sigorta Hukuku Ders Kitabı , (Ankara 2005) , 29 und 30; MERTOL CAN , Birden Çok Sigorta , (Ankara 2004) , 30; CELALEDDİN YAVAŞÇA , Deniz Ticareti Hukuku-Deniz Kazaları ve Deniz Sigortaları , (İstanbul 1993) ,191; RAYEGAN KENDER , Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku , (İstanbul 2011) , 10. Bası , 311 ff.; METİN ÖZBOLAT , Temel Sigortacılık , (İstanbul 2006) , 93; IOANNIS ROKAS , Hellenic Insurance Law (Athens 1993) , 64-65; KOCH/SCHIRMER/ SEIFERT/ WAGNER ,Deutsche Versicherungsakademie (Hrsg.) , Allgemeines Recht, Versicherungsrecht , (München 2003) , 3. Bası , 436; HURİYE KUBİLAY, Uygulamalı Özel Sigorta Sözleşmesi , (İzmir 2003) , 2. Bası , 7; MUSTAFA ÇEKER , Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku , (Adana 2004) , 2. Bası , 71-72 ; SİBEL KORKMAZ , Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları , (İzmir 2004) , 352 ff.; ATABEK , Sigorta Hukuku , 74 ff.; HANS MÖLLER , Versicherungsvertragsrecht , (Wiesbaden 1971) , 2. Bası ,161-162; EDGAR HOFFMANN , Privatversicherungsrecht , (München 1978) , 146-147; ALBERT EHRENZWEIG (Hrsg.) , Versicherungsvertragsrecht , Band II , 477 ff.; W. KOENIG , Sigorta Hukuku , (Ankara 1966) , Çeviren : Ekrem Edgü , 94; İSMET SAYHAN , Sigorta Sözleşmelerinin Konusu , (Ankara 2001) ,161 ff.; IŞIL ULAŞ , Uygulamalı Sigorta Hukuku – Mal ve

Böylece, aşkın sigortanın varlığı, sigorta bedeli ve sigorta değerinin söz konusu olabileceği sigorta türlerinde mevcut olabileceğinden, eksik sigorta hallerinde olduğu gibi, aşkın sigortadan sadece zarar sigortalarında söz edilebilecektir.

§ 2. AVUSTURYA SİGORTA SÖZLEŞMESİ KANUNUNDA (VersVG[4]) AŞKIN SİGORTANIN TANIMI

VersVG incelendiğinde, aşkın sigortaya ilişkin düzenlemenin § 51 VersVG'da ele alındığı görülmektedir. VersVG tetkik edildiğinde aşkın sigortaya ilişkin hükümlerin ayrıntılı olarak düzenlediği görülmektedir. Nitekim kanunun ilgili maddesi 5 fıkra içermektedir.

§ 51 VersVG :

(1) Sigorta bedeli sigortalanan menfaatin değerini (sigorta değeri) önemli derecede aşıyorsa, hem sigortacı hem de sigortalı (her ikisi de) derhal aşkın kısmın kaldırılmasını ve buna bağlı olarak da sigorta bedeli ile primlerin sigorta bedeline uygun şekilde indirimini talep edebilir."

Aşkın sigortanın TTK'daki düzenlenişi sadece rizikonun meydana gelmesinden sonraki aşamaya ilişkin olmasına karşın, VersVG'daki düzenleme sadece riziko sonrasını değil, rizikonun gerçekleşmesinden önceki durumu da kapsayacak mahiyettedir. Buna göre, sigortada aşkın bir durumun varlığı söz konusu ise, taraflardan birinin talebi ile sigorta bedeli ve prim miktarının sigorta değerine uygun olarak indirilmesi söz konusudur[5].

Avusturya sigorta sözleşmesi kanunu §51 Abs.1'de geçen "*...büyük bir oran-*

Sorumluluk Sigortaları , (Ankara 2007) , 6. Bası , 114-115 ; ALİ BOZER , Sigorta Hukuku-Genel Hükümler , Bazı Sigorta Türleri , (Ankara 2004) , 63; ERDEM KUNTALP / MERİH KEMAL OMAĞ , Banka ve Sigorta Hukuku (Eskişehir 2006) , 157 ; R. AEBERHARD (Hrsg.) , Versicherungsrecht , (Bern 1947) , 33 ; THOMAS KRAYENBÜHL , Die Neuwertversicherung-Eine kritische Würdigung unter spezieller Berücksichtigung der schweizerischen Verhaltnisse (Diss.) , (Zürich 1962) , 33 ; MICHAEL RONALD BECKMANN / ANNEMARIE Matusche-BECKMANN , Versicherungsrecht Handbuch , (München 2004) , 898 ; HANS SAMWER , Das sogenannte Bereicherungsverbot im Privatversicherungsrecht (Düsseldorf 1937) , 28 ; HERMANN EICHLER , Versicherungsrecht , (Karlsruhe 1976) , 2. Aufl. , 268 ff ; PETER BARTHOLOMÄUS / HELMUT KOLLHOSSER (Hrsg.) , Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot (Karlsruhe 1997) , 84 ; ALFRED MANNES , Grundzüge des Versicherungsrechts , Band IV , (Berlin 1923) , 44 ; HÜSEYİN ÜLGEN / ASLAN KAYA , "Bilgi Toplumunda Hukuk" Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I , (İstanbul 2003) , "Takseli Kara Sigortalarında Esaslı Surette Fahiş Taksenin Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün mü?" , 961-979 , 967 ; ADNAN AVCI , Özel Sigorta Kanunları Uygulaması ve Mevzuatı (İstanbul 1998) , 2. Bası , 8 ; PETER SCHIMIKOWSKI , Versicherungsvertragsrecht (München 2004) , 3. Aufl. , 194 ; ERWIN DEUTSCH , Versicherungsvertragsrecht Ein Grundriß , (Karlsruhe 2005) , 5.Aufl. , 195 ; ROCCA JULA , Sachversicherungsrecht ,(Karlsruhe 2008) , 2. Aufl. , 6 und 149 ; ERICH K. PRÖLLS / ANTON MARTIN , Versicherungsvertragsgesetz Kommentar , Band 14 , (München 2010) , 28. Aufl. , 517

4 Versicherungsvertragsgesetz

5 § 51 Abs.1 VersVG ; ATTILA FENYVES (Hrsg.) / KLAUS KOBAN , Österreichisches Versicherungsrecht Allgemeine Versicherungsbedingungen (Wien 2008) , 4.Aufl. , 196 § 7 Abs.2 ABS 2007 : "Übersteigt die Versicherungssumme den Versicherungswert erheblich , können der Versicherungsnehmer und Versicherer nach § 51 VersVG eine Herabsetzung der Versicherungssumme und der Prämie verlangen. Eine tariflich festgelegte Mindestprämie bleibt unberührt." ; BECKMANN / MATUSCHE-BECKMANN, Versicherungsrecht , 898 ; EICHLER , Bereciherungsverbot , 268 ff ; SCHIMIKOWSKI , Versicherungsvertragsrecht , 197 ;

da..." ..."erheblich" ifadesi ile anlatılmak istenen nedir? Bunun kesin bir miktarı var mıdır? Yoksa her somut olaya göre ayrıca nazara mı alınmalıdır? Yabancı doktrinde ve Avusturya hukukunda kabul gören görüşe göre kanun metninde bahsedilen *"erheblich"* ifadesinden anlaşılması gereken oran sigorta bedelinin sigorta değerinin % 10'undan fazla olması halidir[6]. Şayet sigorta bedeli sigorta değerinin % 10'undan fazla ise bu durumda aşkın sigortanın varlığından bahsetmek gerekecektir[7]. Bu kriterin yanında aşkın sigortanın söz konusu olup olmadığının hakkaniyet kuralları dikkate alınarak her bir somut olay çerçevesinde de ele almak gerektiği kanısındayım. Aşkın sigortanın varlığının belirlenmesindeki bu oran bahsettiğimiz üzere bir çok yabancı hukuk sistemi tarafından kabul edilmesine karşın TTK'da buna benzer bir hükme rastlamak mümkün değildir. Ancak bu durum bahse konu hükmün Türk Hukukuna hiç uygulanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu hükmün Türk Hukuk sistemine uygulanmasına engel teşkil edecek aksi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Avusturya sigorta sözleşmesi kanununda aşkın sigortaya ilişkin düzenleme açısından bir diğer önem taşıyan husus da, aşkın sigortanın türlerine yer verilmiş olmasıdır[8]. Yasa metninden basit aşkın sigorta ve hileli aşkın sigorta gibi ikili bir ayrımın varlığı açık şekilde anlaşılabilmektedir. Kaldı ki, yasa koyucu her bir aşkın sigorta çeşidi için farklı neticeler öngörmeyi de ihmal etmemiştir.

§ 3. AVUSTURYA SİGORTA SÖZLEŞMESİ KANUNUNDA (VersVG[9]) AŞKIN SİGORTANIN TÜRLERİ

A. VersVG'da BASİT (Adi) AŞKIN SİGORTA

§ 51 VersVG incelendiğinde, TTK'nın aksine madde metni içerisinde aşkın sigortanın türlerine ilişkin bir düzenleme yoluna gidildiği açık şekilde görülmektedir. Bu bağlamda VersVG'da kişi basit (adi) aşkın sigortanın tanımını tam olarak bulabilmektedir. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere, VersVG kapsamında basit (adi) aşkın sigortadan anlaşılan sigorta bedelinin sigorta değerini büyük bir oranda aşması durumudur. Nitekim bu büyük oran olarak kabul edilen oran da % 10'luk bir miktardır[10]. Sigorta bedeli ile sigorta değeri arasında bu miktarda bir

6 MÖLLER , Versicherungsvertragsrecht , 161 ; HOFMANN , Privatversicherungsrecht , 146 ; KOCH / SCHIRMER /SEIFERT / WAGNER , Allgemeines Recht Versicherungsrecht , 436 ; JULA , Sachversicherungsrecht , 149 ; SWEN MARLOW / UDO SPUHL , Das neue VVG kompakt , Ein Handbuch für die Rechtspraxis , (Karlsruhe 2010) , 4. Aufl. , 258 ; CHRISTIAN ARMBRÜSTER , Privatversicherungsrecht Handbuch des Museumsrecht II , Leske+Budrich (Opladen 1992) , 41 ; Im Früher OLG Stuttgart Praxis des VersR 1930,87 : "Eine Überschreitung um 6-7% ist vn der Rechtsprechung als unerheblich angesehen worden."

7 KENDER , Hususi Sigorta , 312 , dn. 332 ; SCHIMIKOWSKI , Versichrungsvertragsrecht , 198

8 § 51 Abs.1 VersVG – Einfache Überversicherung ; ""Wenn die Versicherungssumme den Wert des versicherten Interesses (Versicherungswert) erheblich übersteigt, kann sowohl der Versicherer als auch der Versicherungsnehmer verlangen, daß zur Beseiteigung der Überversicherung die Versicherungssumme unter verhältnismäßiger Minderung der Prämie mit sofortiger Wirkung herabgesetzt wird." ; § 51 Abs.4 VersVG – Betrügerische Überversicherung : "Schließt der Versicherungsnehmer den Vertrag in der Absicht ab, sich aus der Überversicherung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, so ist der Vertrag nichtig."

9 Versicherungsvertragsgesetz

10 MÖLLER , Versicherungsvertragsrecht , 161 ; HOFMANN , Privatversicherungrecht , 146 ; KENDER

farklılığın mevcudiyeti basit (adi) sigortanın varlığını ortaya koyacaktır. Bu çerçevede VersVG sistemi ile TTK sisteminin benzer olduğu görülmektedir. Basit (adi) aşkın sigortada, hem sigortalı hem de sigortacı sigorta bedelinin belirli bir oranda indirimini hatta buna karşın gelen prim miktarlarında da indirim yapılmasını talep edebilme imkanına sahip olabileceklerdir. Yine bu indirim taleplerinin dile getirilmesi TTK'da olduğu gibi ileriye dönük olup, geçmişe yönelik etkisi söz konusu olamayacaktır. Geçmişe yönelik olarak etkili olabilmesi durumu § 51 Abs.2' de ön görülen hallerde söz konusu olmaktadır[11].

B. HİLELİ AŞKIN SİGORTA

1. Tanımı

Sigorta bedelinin sigorta değerini aşması durumunda ortaya aşkın sigortanın çıktığı yukarıdaki bölümlerde dile getirilmekle birlikte, bu tür sigortayı basit (adi) aşkın sigorta olarak adlandırmış bulunmaktayız.

Basit (adi) aşkın sigortanın dışında cevaplandırılması gereken bir soru akla gelebilir ki bu da ; *"Sigortalının amacının haksız kazanç elde etmek olması durumudur".* Buna göre *; "Sigortalı haksız kazanç yolu ile menfaat sağlamak için sigorta bedelini sigorta değerinden yüksek gösterirse sonuç ne olacaktır?"* Pek doğaldır ki bu soruya hileli aşkın sigorta ile cevap verilebilecektir.

Konuya ilişkin kanunda düzenlemeler getirilmiş olmakla birlikte, hileli aşkın sigortanın varlığı hallinde sigorta sözleşmesinin geçerliğinin ne olacağı sorusuna cevap aranmıştır. Bu bağlam da, sigortalının bilerek ve haksız kazanç sağlamak amacı ile aşkın sigortaya sebebiyet vermesi durumu hileli aşkın sigorta olarak isimlendirilmektedir.

2. VersVG'da Hileli Aşkın Sigorta

VersVG'da konuya ilişkin düzenleme ayrıca ele alınmıştır.

§ 51, Abs.4 VersVG ;

"Sigortalı, yasa dışı mali bir avantaj (yarar-fayda) sağlamak niyeti ile aşkın sigorta sözleşmesini imzalarsa, bu halde sigorta sözleşmesi gerçersizdir."[12]

VersVG'daki bu düzenlemeye göre, hile ile yapılan aşkın sigorta sözleşmesi hü-

---

, Hususi Sigorta , 312 , dn. 332.

11 SCHIMIKOWSKI , Veriscerungsvertragsrecht , 197 "Ist die Überversicherung durch Kriegsereignisse verursacht , kann auch rückwirkend Herabsetzung verlangt werden (§51 II VVG)" ; HUBERT W. van BÜHREN , Versicherungsrecht in der Anwaltlichen Praxis (Köln 1993) , 2. Aufl. , 31 : DEUTSCH , Ein Grundriß , 195 ; PRÖLLS / MARTIN , s.542

12 MÖLLER , Versicherungsvertragsrecht , 161 "Mit der betrügerischen Überversicherung beschäftigte sich BGH 19. XI. 1962 VersR 1963 S. 77-79. Hier waren Kunstprodukte, die der Fabrikation vor der Währungsreform entstammten und größtenteils Ladenhüter und Ausschußware waren, in Höhe von 400.000 DM versichert, obwohl ihr wirklicher Wert wesentlich niedriger, weit unter der Hälfte der Versicherungssumme lag. Eine betrügerische Absicht konnte dem Versicherungsnehmer jedoch nicht nachgewiesen werden. Inbesondere wurden bloße Verdachtsgründe für eine Brandstiftung nicht als Beweisgründe dafür angesehen, daß wegen eines zu erwartenden Brandes eine Überversicherung in betrügerischer Absicht abgeschlossen war."

kümsüz olarak kabul edilecektir[13]. Kanun hükmü gayet açık olup hileli aşkın sigortanın mevcudiyetinde geçerli olacak hukuki sonucu göstermektedir. Buna benzer düzenlemeler diğer yabacı hukuk sistemlerinde de mevcuttur. Örneğin Fransa'da taraflardan her biri sözleşmenin iptalini ve zararların tazminini talep edebilirler[14]. İsviçre'de hileli şekilde bir aşkın sigortanın var olması durumunda, sigortacı sözleşme ile bağlı kalmamakta ve tahsil ettiği primlerin de kendisinde kalacağı şeklinde düzenleme mevcuttur[15].Belçika'da ise, sigorta sözleşmesinin hükümsüz olacağı ve tahsil edilen primlerin sigortacıda kalacağı hüküm altına alınmıştır[16]. Alman sigorta kanunu, hileli sigortanın varlığı halinde sigorta sözleşmesinin sigortacı için bağlayıcılığının kalmadığı şeklinde hüküm getirmiştir[17].

LITERATURVERZEICHNIS

AEBERHARD , R. (Hrsg.) : Allgemeine Versciherungslehre , Bern 1947.
ARMBRÜSTER , Christian : Privatversicherungsrecht Handbuch des Museumsrecht II , Leske+Budrich , Opladen1992.
AVCI , Adnan : Özel Sigorta Kanunları Uygulaması ve Mevzuatı , İstanbul 1998 , 2. Aufl.
BARTHOLOMÄUS , Peter / KOLLHOSSER , Helmut (Hrsg.) : Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot , Karlsruhe 1997.
BAŞBUĞOĞLU , Tarık : Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu , Ankara 1988.
BECKMANN , Michael Ronald / MATUSCHE-BECKMANN , Annemarie : Versicherungs-recht Handbuch , München 2004.
BOZER , Ali : Sigorta Hukuku-Genel Hükümler , Bazı Sigorta Türleri , Ankara 2004.
CAN , Mertol : Sigorta Hukuku – Ders Kitabı , Ankara 2005.
CAN , Mertol : Birden Çok Sigorta , Ankara 2004.
ÇEKER , Mustafa : Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku , Adana 2004 , 2. Aufl.
DEUTSCH , Erwin : Versicherungsvertragsrecht Ein Grundriß , Karlsruhe 2005 , 5. Aufl.
EHRENZWEIG , Albert (Hrsg.) : Versicherungsvertragsrecht , Reichsrecht und österreichisches Recht mit den tschechoslowakischen Besonderheiten , Band II , Wien-Liepzig ….
EICHLER , Herman : Versicherungsrecht , Karlsruhe 1976 , 2. Aufl.
FENYVES , Attila (Hrsg.) / KOBAN , Klaus : Österreichisches Versicherungsrecht Allgemeine Versicherungsbedingungen , Wien 2008 , 4. Aufl.
HOFMANN , Edgar : Privatversicherungsrecht , München 1978.
JULA , Rocca : Sachversicherungsrecht , Karlsruhe 2008 , 2. Aufl.
KENDER , Rayegan : Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku , İstanbul 2011 , 10. Aufl.
KOCH , Peter / SCHIRMER , Helmut / SEIFERT , Reinhard / WAGNER , Jürgen : Deutsche Versicherungsakademie (Hrsg.) , Allgemeines Recht , Versicherungsrecht , Grundlegende Qualifikationen , München 2003 , 3. Aufl.
KOENIG , W. : Sigortalar Hukuku , Ankara 1966 , Çeviren : Ekrem Edgü
KORKMAZ , Sibel : Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları , İzmir 2004.
KRAYENBÜHL , Thomas : Die Neuwertversicherung – Eine kritische Würdigung unter spezieller Berücksichtigung der schweizerischen Verhaltnisse (Diss.) , Zürich 1962
KUBİLAY , Huriye : Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku , İzmir 2003 , 2. Aufl.
KUNTALP , Erdem / OMAĞ , Merih Kemal : Banka ve Sigorta Hukuku , Eskişehir 2006.

13 SCHIMIKOWSKI , Versicherungsvertragsrecht , 198 ; van BÜHREN , Anwaltlichen Praxis , 31 ; DEUTSCH , Ein Grundriß , 195 ff. ; PRÖLLS / MARTIN , Versicherungsvertragsgesetz , 517 ff. ; MARLOW / SPUHL , Das Neue VVG kompakt , 196 ; BECKMANN / MATUSCHE-BECKMANN , Versicherungsrecht-Handbuch , 898 ;

14 KENDER , Hususi Sigorta , 313 ; BOZER , Sigorta Hukuku Genel Hükümler , 64 ; SAYHAN , Sigorta Sözleşmelerinin Konusu , 164 , dn. 14 ; Code des Assurances art. L.121-3

15 BOZER , Sigorta Hukuku Genel Hükümler , 64 ; KENDER , Hususi Sigorta , 313 ; SAYHAN , Sigorta Sözleşmelerinin Konusu , 164 , dn. 14 ; § 51 sVVG.

16 1922 tarihli kanun § 43

17 KRAYENBÜHL , 20 vd.; § 51 Abs.3 VersVG

MARLOW , Sven / SPUHL Udo : Das neue VVG Kompakt , Ein Handbuch für die Rechts-praxis , Karlsruhe 2010 , 4. Aufl.
MÖLLER , Hans : Versicherungsvertragsrecht , Wiesbaden 1971 , 2. Aufl.
ÖZBOLAT , Metin : Temel Sigortacılık , İstanbul 2006.
PRÖLLS , Erich K. / MARTIN , Anton : Versicherungsvertragsgesetz Kommentar , Band 14 München 2010 , 28. Aufl.
ROKAS , Ioannis : Hellenic Insurance Law , Athen 1993.
SAMWER , Hans : Das sogenannte Bereicherungsverbot im Privatversicherungsrecht , Düsseldorf 1937.
SAYHAN , İsmet : Sigorta Sözleşmesinin Konusu , Ankara 2001.
SCHIMIKOWSKI , Peter : Versicherungsvertragsrecht , München 2004 , 3. Aufl.
ULAŞ , Işıl : Uygulamalı Sigorta Hukuku – Mal ve Sorumluluk Sigortaları , Ankara 2007 , 6. Aufl.
ÜLGEN , Hüseyin / KAYA , Aslan : "Bilgi Toplumunda Hukuk" , Ünal Tekinalp'a Armağan , Cilt I , İstanbul 2003 , "Takseli Kara Sigortalarında Esaslı Surette Fahiş Taksenin Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün Müdür?" , 961-979.
van BÜHREN , Hubert W. : Versicherungsrecht in der antwaltlichen Praxis , Köln 1993 , 2. Aufl.
YAVAŞÇA , Celaleddin : Deniz Ticareti Hukuku – Deniz Kazaları ve Deniz Sigortaları , İstanbul 1993.

TOPLU YAPILARDA 634 SY. KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NU DEĞİŞTİREN 5711 SY. KANUNA "UYARLANMAMIŞ" YÖNETİM PLANLARININ UYGULAMASI SORUNU

Av.Ömer Lütfi COŞAR[1]

GİRİŞ

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 5711 Sayılı Yasa'yla getirilen 66. Maddesinde tanımlandığı üzere, "Toplu Yapı", " bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim plânına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder."

Toplu yapı, yüzlerce bağımsız bölümden ve birçok ortak yaşam alanından oluşan,malikleri ve sakinleri arasında sıradan bir komşuluk değil girift ilişkiler ağına sahip olan,kendi içinden seçeceği birtakım organlarca kararlar oluşturup bu kararlara göre yönetilmesi gereken 4721 sy. Türk Medeni Kanunu'nun "Komşuluk hukukuna ilişkin" 737 ila 750 hükümlerinin karşılayamayacağı düzeyde bir sosyolojik yapıdır.İşte böyle bir yapı ancak ve ancak kendine özgü hukuk alanı olan Kat Mülkiyeti hukukuna göre işletilebilir.Ülkemizde bu hukukun temel statüsünü 634 sy. Kat Mülkiyeti Kanunu ve bu kanuna uygun bir yönetim planıdır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanun'unda,28.11.2007 tarih ve 5711 Sayılı Kanun'la 66 ila 74 maddelerden ibaret " Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler" düzenlenmiştir. Bu kanunun Geçici 3. Maddesinde de, kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim planlarının "kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren en geç altı ay içinde" bu (5711 sy.) kanun hükümlerine uyarlanması gerekmektedir.

Mevcut toplu yapıların **pek çoğunun hala (eski) uyarlanmamış yönetim planlarını uygulamakta olduğunu,** uyarlama yapmamakta ısrar ettiğini, en azından gerekli girişim ve çabayı göstermediğini gözlemlemekteyiz. Yasanın kapsamına giren bir toplu yapıya ait yönetim planı altı aylık süre geçmesine rağmen yasaya uyarlanmamışsa bunun sonuçları ne olacaktır? Bu **"uyarlanmamış yönetim planlarına göre"** kat maliklerinin yaptıkları toplantılar,aldıkları kararlar, seçtikleri kurullar ile bunların işlem ve uygulamalarının hukuksal geçerliği nedir? Sorunun çözüm yolu nedir?

Toplu yapılarda ciddi karmaşalara yol açmaya başlayan bu sorunu irdelemek gerekmiştir.

---

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

II- YASAL DÜZENLEME

634 sayılı Kat Mülkiyeti yasasında, "Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler" başlığıyla, "Dokuzuncu Bölüm " olarak getirilen ve 66 ila 74. Maddeler arasında düzenlenen, ayrıca Geçici 1,2 ve 3. Maddeleri içeren 5711 Sayılı Kanun'la getirilen değişiklik 28.11.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu düzenlemenin getiriliş amacı,kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği gibi, "Toplu Yapı uygulamasının yaygınlaşmasıyla birlikte bir arsa üzerindeki birden çok yapıya ilişkin getirilen hükümler yetersiz kaldığından,ortak yer ve tesisleriyle birlikte bağlantılı birden çok yapının yüzlerle hatta binlerle ölçülen bağımsız bölümlerinin uygulamada mülkiyet,yönetim,ortak gider gibi konularda ortaya çıkardığı sorunlara cevap verecek çözümleri kapsamadığından,Kat Mülkiyeti Kanun'unda değişiklik öngören tasarıda, toplu yapıya ilişkin özel hükümlerin bir arada bulunmasının uygulamada sağlayacağı kolaylık dikkate alınarak toplu yapıya ilişkin özel hükümler ayrı bölüm halinde", düzenlenmiştir.

Kanunun toplu yapıyla ilgili 66 ila 69. Maddelerin gerekçesindeyse, "toplu yapı,blok yapı, ortak yer,ortak tesislerin kullanılmalarına ve yönetilmelerine ilişkin kavramlara açıklık getirilmesinin amaçlandığı,blok yapılardan her birinin kendi sorunlarını o bloktaki maliklerce yönetip çözümleyebilme olanağını getirmeyi amaçladığı,bu amaçlarla blok kat malikleri kurulu ve toplu yapı temsilciler kurulu gibi oluşumları öngördüğü ", vurgulanmıştır.

Ana hatlarıyla yukarıdaki amaç ve gerekçelerle yasaya eklenen toplu yapılara ilişkin hükümler, yasanın kendi nitelemesiyle "özel" nitelikli olup, özel norm-genel norm kuralı uyarınca olmaktan başka, 74/1 madde uyarınca 634 sy. KMK.'nın diğer hükümlerine göre öncelikle uygulanacak hükümlerdir.

Yasanın tanımına uygun bir yapılanma yani "Toplu Yapı" varsa orada 5711 sy. ile değişik Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulanması zorunludur. Çünkü,yasakoyucu statüyü bu şekilde belirlemiştir.Bundan sonraki bütün düzenlemelerde ve uygulamalarda bu statü esas alınmak zorundadır.Bu hükümlerin uygulanabilmesi için de, mevcut yönetim planının Geçici 3. Maddeye göre yasanın istediği hususları içerecek şekilde değiştirilmiş olması gerekmektedir.

III- YÜKSEK MAHKEMENİN TUTUMU

Konuyla ilgili olarak,Yargıtay 3. Hukuk Dairesi çok açık ve net bir tavır sergilemektedir. Yüksek Mahkeme, 2010/12003 E. 17360 K. Ve 25.10.2010 tarihli kararında, *"Dosyada mevcut tapu kaydı uyarınca davaya konu sitenin dava tarihinde 5711 sayılı Yasa'ya uygun biçimde toplu yapı sistemine geçmediği anlaşılmaktadır. 5711 sayılı Yasa ile birden çok parsel üzerinde kurulu bulunan toplu yapılar Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamına dahil edilmiş ise de; yönetim planında gerekli değişiklikleri yaparak toplu yapı yönetimine geçmemiş olan yapılarda Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulama olanağı yoktur. Böyle olunca görev hususunun da Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre değil, genel hükümlere göre belirlenmesi gerekmektedir."* ,şeklinde içtihatta bulunmuştur.

Yüksek Mahkeme 2010/20615 E. 21419 K ve 23.12.2010 tarihli kararında da, *"Dava dilekçesinde kat malikleri kurulu kararının iptali istenilmiştir,mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.*

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Dava, birden fazla parsel üzerinde kurulu bulunan sitede (M... Sitesi), kat Malikleri Genel Kurulunun 17.07.02008-20.07.02008 tarihli kararının iptali ve denetçi atanması istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş olup, hükmü davacı vekili temyiz etmektedir.

*Davaya konu birden fazla parsel üzerinde kurulu sitede, 5711 sayılı Yasa ile değişik 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanun'una göre toplu yapı yönetimine geçilmemiş olmakla, davacının talebi 634 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilemez. Uyuşmazlığın genel hükümlere göre çözülmesi gerekir.",*diyerek içtihadını perçinlemiştir.

Yargıtay, Toplu Yapılardaki uyarlanmamış yönetim planlarına göre kat maliklerince alınan kararların içeriğini hiç tartışmaksızın "yok hükmünde" saydığı gibi, bu durumdaki toplu yapılarda yönetim planı bir yana 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun dahi uygulanamayacağını, dolayısıyla böyle bir toplu yapıda "Kat Mülkiyeti Hukukuna" giren uyuşmazlık söz konusu olduğunda genel hükümlere göre çözülmesi gerektiğini, görevli mahkemenin de Sulh Hukuk Mahkemeleri değil genel görevli Asliye Hukuk Mahkemeleri olacağını içtihat etmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi eski yönetim planı yasaya uyarlanmalıdır ki,özellikle 69,70,71 ve 72. Maddeler yaşama geçirilebilsin. Yasanın topu yapılar için öngördüğü kurullar ve bu kurulların çalışma biçimini belirleyen alt kurallar düzenlenmedikçe toplu yapı sistemi işletilemez. O nedenle, mevcut yönetim planlarının yasanın emrettiği süre, usul ve içerikle uyarlanması kilit bir işlev görmektedir.Yasanın yeni kurullar ve bunların çalışma biçimlerini içeren özel statüye kavuşturduğu toplu yapıyı, artık 8 daireli "Z Apartmanı"yla eşdeğer tutamayacağımızdan,uyarlanmış yönetim planı olmadıkça yüksek mahkemenin içtihat ettiği gibi 634 sy. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun olanağı yoktur. Tıpkı, Kollektif şirket anasözleşmesiyle anonim şirketin yönetilemeyeceği gibi!

Sonuç olarak yüksek mahkemenin içtihadı sert olmakla birlikte yerindedir.

IV- YÖNETİM PLANINI UYARLAMAMIŞ "SİTE" YÖNETİMLERİNİN İŞLEMLERİNİN HUKUKSAL SONUCU

Açık yasal düzenleme ve yüksek mahkemenin içtihadı karşısında, uyarlama süresinin bittiği 28.05.2008 tarihinden sonra, toplu yapılarda eski yönetim planına göre yapılan kat malikleri genel kurul toplantısı,alınan kararlar ve seçilen kurullar isterse oybirliğiyle olsun, "Yok Hükmündedir", hukuksal sonuç doğurmaz.Kat malikleri kurulunun aldığı hiçbir karar uygulanamaz. Bu şekilde seçilen

yönetim ve denetim kurullarının yaptığı işlemler de kat maliklerini hiçbir şekilde bağlamaz. Böyle bir yönetim kurulunun ortak giderleri ödemeyen kat maliklerine karşı da yapabileceği hiçbirşey yoktur. İcra takibi ve diğer yasal yollara gidebilmesi olanaksızdır. Gitmişse dahi, "yok hükmündedir " ve süreye bağlı olmaksızın şikayete tabi olur.Bu sonuç hukukun işlemlerle ilgili en ağır yaptırımıdır.Öte yandan mahkemeler, "X Sitesi" adına açılmış bir dava söz konusuysa, yetkili kurullarca verilen "dava açma,takip etme yetkisi verilmesine ilişkin" karar metniyle birlikte 5711 Sayılı Yasa'ya uyarlanmış yönetim planının sunulmasını istemeli, sunulmaması veya sunulan yönetim planın uyarlanmamış olduğunu tespit etmesi halinde 6100 sayılı HMK. taraf ehliyetine ilişkin Md. 54/1 ve dava şartlarına ilişkin 114/1'e aykırılık nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar vermek durumundadırlar.

İcra daireleri de aynı şekilde hareket etmek zorundadır.

Yukarıdaki "yokluk" durumu kat maliklerinin birbirleri ve yönetimle aralarındaki ilişki açısından olduğu kadar üçüncü kişiler açısından da söz konusudur. Örneğin,üçüncü kişilerin toplu yapıdaki bağımsız bölüm veya ortak yerlere yada maliklerin başka bir ortak çıkarına zarar vermesi halinde yok hükmündeki kararla seçilen yönetim kurulunun bu kişilere karşı herhangi bir talep ve dava yönetmesi olanaksızdır.Çünkü "sıfatı" yoktur.Üçüncü kişiler, bu "sıfatsız yönetim kurullarıyla", dış cephe yalıtımı gibi bedeli birkaç milyon liralara ulaşan bir istisna sözleşmesi yapsa ve işi de bitirmiş olsa,sözleşme bağlayıcı olamayacağından, toplu yapıdaki kat maliklerinden hak talep etmeleri çok zor olduğu gibi çok büyük bir olasılıkla yöneticilerin mal varlığı da sözleşme bedelini karşılamaya yetmeyeceğinden iflasa sürüklenebileceklerdir. Buradan şu sonuçta çıkmaktadır ki,salt mahkeme ve icra daireleri ile kamu kurum ve kuruluşları değil, toplu yapılarda iş ve alış-veriş yapacak olan gerçek ve tüzel hukuk kişilerinin de bu konuda olabildiğince dikkatli ve özenli davranmaları gerekmektedir.

Yönetim planlarını 5711 Sayılı Yasa'ya uyarlamamanın biricik sorumlusu toplu yapıdaki kat malikleridir.Toplumun genelinde yaygın olan bilgisizlik ve kurallara karşı duyarsızlık burada da sorunun asıl kaynağını oluşturmaktadır.Gözlemlediğimiz kadarıyla malikler arasında, "çok başlılığa ne gerek var.Bir arada,tek bir yönetim daha iyi.Çocuk oyun parkurunu,bahçeyi neresinden böleceğiz.…", gibi bilgisizliğe dayanan duygusal ve yüzeysel değerlendirmeler yüzünden yönetim planları yasaya uyarlanmamaktadır.

Oysa, sosyolojik açıdan bakıldığında Toplu Yapı, çoğunun kentte yaşama kültürüne sahip olduğu yada öyle varsayılan insanların oluşturduğu bir yerleşim ve yaşam birimidir. Kent kültürünün en önemli özelliği de kurallı yaşamın yada kurallara uygun yaşama biçiminin egemen olmasıdır.Bu sosyolojik bir gerçeklik olduğu kadar doğal bir beklentidir.

V- YÖNETİM PLANLARININ UYARLANMASI HANGİ YÖNTEMLE YAPILABİLİR ?

Yönetim planını uyarlamamış toplu yapılarda 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu uygulanamayacağından öncelikle, toplu yapıdaki maliklerin uyarlama amaçlı toplantıyı hangi yasa ve usule göre yahut hangi yolla yapacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir.

Kat maliklerinden birinin ya da birkaçının mevcut yönetim planı 5711 Sayılı Yasa'ya uyarlanmış hale getiren bir metni yargı yoluyla sağlayıp sağlayamayacağı hususu pek olanaklı görünmemektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, yönetim planı kat malikleri arasında bir sözleşme olup mahkemelerin kat malikleri yerine geçerek hükmen yönetim planı ihdas etmesi olanaksızdır.

Yargıtay 18. HD. 2008/8229 E, 12777 K. 01.12.2008 tarihli yeni kararına göre, *"634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 28. maddesinin 3. ve son fıkralarına göre; yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu şarttır, kat maliklerinin 33. madde uyarınca mahkemeye başvurma hakları saklıdır. Yönetim planının ve sonra yapılan değişikliklerin tarihi, kat mülkiyeti kütüğünün (beyanlar) hanesinde gösterilir. Bu değişiklikler yönetim planına bağlanarak kat mülkiyetinin kuruluş belgeleri arasında saklanır.Yasanın bu hükmü dikkate alındığında, anataşınmazın yönetim planına ilişkin değişiklikleri yapma görevi, kat malikleri kuruluna verilmiştir.Yapılan değişiklikleri Tapu Sicil Müdürlüğü'ne götürüp yukarıda değinildiği şekilde kütüğün beyanlar hanesine işletilmesi, kat maliklerinin görevi kapsamında bir iştir. Yönetim planı değişikliklerinin iptali de istenmediğine göre, mahkeme kat maliklerinin yerine geçerek yönetim planının değiştirilmesine ve tapuya tesciline ilişkin herhangi bir karar veremez."*

Yargıtay, "Kat Mülkiyeti Kanun'unu uygulama olanağı yok.",dediğine ve yüksek mahkemenin emsal kararlarındaki genel hükümlerden maksat Medeni Kanunun paylı mülkiyete ilişkin hükümleri olduğuna göre, yönetim planının uyarlanması Medeni Kanunun 689 vd. Maddeleri çerçevesinde mi gerçekleştirilmelidir? Bu çözüm yolu benimsenirse, kat malikleri salt (bağımsız bölümlerin her biri bir pay sayılırsa pay ve paydaş) çoğunluğuyla 5711 Sayılı Yasa'ya uyarlanmış yönetim planını görüşüp kabul edebilirler. Bu kararın alınabilmesi için Medeni Kanun belli bir toplantı usulü öngörmemiştir.TMK. md. 689/1'e göre bu bir anlaşma hükmündedir. Ancak bu anlaşmanın / uyarlanmış yönetim planının sonuç doğurup külli ve cüzi halefleri bağlaması için ki amaç budur, Medeni Kanunun 689/son maddesince yönetim planını kabul eden maliklerce planın altının imzalanması ve imzalarının noterce onaylandıktan sonra tapu kütüğüne işlenmesi (şerh edilmesi) gerekecektir.Bu şekilde gerçekleştirilen anlaşmanın/yönetim planının yapılış usulüne ve içeriğine ilişkin davalar Asliye Mahkemelerinde görülecektir.

Diğer taraftan, yönetim planı 5711 sy. uyarlanmamış toplu yapılardaki kat maliklerinin aralarındaki 634sy. Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki ilişki ve

durumlara yüksek mahkemenin isabetli içtihadı uyarınca yasa hükümlerini uygulama olanağı yoksa da, salt yönetim planını uyarlama amacıyla/bu konuyla sınırlı olarak yapılacak toplantıda Kat Mülkiyeti Kanununun "Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler" dışındaki 29 ila 32. Maddelerdeki toplantı ve usulüne ilişkin hükümler çerçevesinde toplanıp karar almalarına bir engel yoktur.Çünkü, 28.11.2007 tarih 5711 sy. Geçici 3. Maddesinde planların uyarlanması için altı aylık süre sınırı getirilmişse de, daha sonra 23.06.209 tarih 5912 sy 5. Maddeyle düzenlenen Geçici 2. Madde herhangi bir süre sınırı koymaksızın " Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim planlarının, bu Kanun hükümlerine uyarlanması amacıyla yapılacak ilk değişiklik için mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu yeterlidir. ", demektedir.Dolayısıyla mevcut kat maliklerinin 5912 sy. getirilen Geçici 2. Maddesi doğrultusunda kat mülkiyeti kanununun toplantıya çağırma ve karar alma usul hükümlerine uygun şekilde toplanıp uyarlanmış yönetim planını görüşerek salt çoğunlukla kabul etmelerinin mümkün olduğu söylenebilir. Fakat bu şekilde uyarlanmış ve tapu siciline işlenmiş plana karşı yapılacak itirazlara hangi mahkemede bakılacağı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Kanımızca kat malikleri bu yolla bir irade oluşturup uyarlama planı yaptıktan ve tapu siciline işlendikten sonra, iptal edilinceye değin kat maliklerini bağlayacağından ve varsa kanunun emredici hükümlerine aykırı hususlar zaten kendiliğinden geçersiz olacağından artık 634 sy. Kat Mülkiyeti Kanunu uygulanabilmeli ve çıkacak uyuşmazlıklar genel görevli Asliye Hukuk değil Sulh Hukuk Mahkemelerinde karara bağlanmalıdır.

VI-YÖNETİM PLANINDA YAPILACAK UYARLAMANIN İÇERİĞİ NASIL OLMALI ?

Uyarlamanın içeriği 5711 sayılı yasanın öngördüğü tüm kurul ve kavramları içermelidir. Örneğin toplu yapıdaki "Ortak Yerler" ve "Sosyal ve Altyapı Tesisleri" ilgili olarak bunların nerelerden ibaret olduğu, kullanılış amaç ve şekilleriyle tahsis edildikleri parsel,blok ve bağımsız bölümler belirlenmelidir.Her bloğun yalnız kendini ilgilendiren konularda karar organı olarak "Blok Kat Malikleri Kurulu",alınan kararların uygulanması için "Blok Yöneticileri",onları denetlemek için "Blok Denetim Kurulu" ile toplu yapıdaki ortak yapı,yer ve tesislerin yönetimi için "Toplu Yapı Temsilciler Kurulu",onları da denetlemek için "Toplu Yapı Denetim Kurulu" oluşturulmak zorundadır. Bu gereklilikler yerine getirilmemişse uyarlama yapılmış sayılmayacaktır.

Kat malikleri bu kurulların oluşturulması ile çalışma biçimlerini ve ortak yerlerle bunların kullanımını belirlerken yasanın çerçevesinde kalmak kaydıyla diledikleri düzenlemeyi yapabilirler. Örneğin, kurullardaki üye sayıları, toplantı usul ve zamanları, karar alma ve uygulama biçimleri belli sınırlar içinde düzenlenebilir. Zaten yasa hükümlerindeki, "aksi kararlaştırılmamışsa,kat maliklerince başka şekilde düzenlenmemişse" vb. ibareler o hükmün değişik şekilde düzenlenebileceğini göstermektedir.

Tek merkezli yönetimin yararlı olduğunu ve bunun mümkün olduğunca sürmesi gerektiğini düşünen ve isteyen hatta bu yüzden eski planı uyarlama konusunda çekinser davranan kat malikleri eğer çoğunluğu oluşturuyorlarsa, uyarlama yapılırken blok bazında ve bloklar arasında karar alma, yönetim ve ortak yerlerle tesisleri kullanma açısından kanunun belirlediği sınırı aşmamak kaydıyla "toplu yapı temsilciler kuruluna" daha fazla yetki veren bir plan yapılmasını sağlayabilirler.Diğer görüşün hakim olması durumunda aksi mümkündür.Bu hususu kat malikleri arasındaki eğilim çoğunluğu demokratik yolla belirleyecektir. Ama ne olursa olsun,toplu yapı maliklerinin yönetim planı uyarlaması yapması yasal ve yaşamsal bir zorunluluktur.

VII- SONUÇ

Yüksek mahkemenin sert fakat hukuka uygun tutumu ortadadır.

Ancak, toplu yapılardaki onlarca hatta yüzlerce malik arasında ortak giderlerin toplanması, gerekli tesislerin yapılıp işletilmesi, asansör bakımı, aydınlatma, sulama, jeneratör vd. giderlerinin karşılanması, kapıcı çalıştırılması ve benzeri konularda maliklerin gereksinimlerini karşılamak için yaptırım gücüne sahip kararların alınıp uygulanması, genel hükümlerle içinden çıkılacak iş değildir. Geçerli kurullar oluşturulup yaptırım gücüne sahip geçerli kararlar alınamayıp yetkili kurullarla uygulamaya konulmazsa, ortak giderler ve diğer gereksinimler karşılanamayacak ve sonuçta hizmetler aksayacak dolayısıyla toplu yapıda yaşam çekilmez hal alacaktır.

Toplu yapıdaki kat malikleri, bir karmaşa yaşamamak, ortak yaşamın çekilmez hale getirmemek istiyorsa,tek çıkış yolları, hiçbir geçerli sonuç doğurmayan karar ve seçimleri hemen bir yana bırakıp, yasanın belirlediği çerçevede uyarlama taslakları hazırlayarak ilk yapacakları kat malikleri kurul toplantısında bunu tartışıp salt çoğunlukla kabul etmelidir.Bu toplantıda toplanma ve karar yeter sayısı sağlanamamışsa, en yakın zamanda ve yine yalnız bu amaçla toplanıp yönetim planını 5711 Sayılı Yasa'ya uyarlamalıdırlar. Bu olmazsa olmaz koşuldur. Tek çözüm yoludur.

YÜKLENİCİDEN ALACAĞI BULUNAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARSA SAHİBİ ALEYHİNE TAPU İPTAL ve TESCİL DAVASI AÇMASI[1]

Av. İlker Hasan DUMAN[2]

I. GENEL OLARAK

Yüklenici ile arsa sahibi arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi vardır. Yüklenici edimini yerine getirdiğinde inşaat sözleşmesine dayanarak önce kişisel hak ardından da nesnel (aynî) hak kazanacaktır. Bu ilişkiler yumağında sorunu ortaya koyalım: Yüklenicinin bir üçüncü kişiye borcu vardır. Yüklenici borcunu ödememekte, üçüncü kişi de, icraya başvurmasına ve takibi kesinleştirmesine karşın yükleniciden alacağını alamamaktadır. Bunun için, alacaklı yüklenicinin inşaat sözleşmesinden dolayı iş sahibinden olan alacağına haciz koyarak alacağını almayı düşünmektedir. Davacı (yüklenicinin borçlu olduğu kişi), iş sahibine dava açarak, yüklenicinin kendisine olan borcunun ödenebilmesi için, yüklenicinin eser sözleşmesine dayanarak iş sahibine ait taşınmazda inşa ettiği binadan kendisine isabet eden dairenin yüklenici adına tescilini istemektedir.

Davacının bu davayı açabilmek için icra müdürlüğünden alacaklı olduğu dosyayla sınırlı olarak yetki belgesi alması gerekmektedir.

Üçüncü kişi, kendi adına değil, borçlusu olan yüklenici adına tescil istemektedir.

İcra ve İflas Kanunu md. 94/II konuyu şöyle düzenlemiştir:

"Borçlunun başka bir nedenle edinip henüz tapuya tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer aynı hakların borçlu adına tescili alacaklı tarafından istenebilir.

Talep üzerine, icra dairesi, alacaklının bu işlemi takip edebileceğini tapu müdürlüğüne ve gerekirse mahkemeye bildirir."

Bu maddede dava konusu edilen "mülkiyet ve diğer aynî hak" olduğu için, açılacak davanın temelinde (konumuz bakımından) "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" olacaktır. Eğer inşaat sözleşmesinde ücret "arsa payı" değil de "para" ise İİK. md. 94'e değil, 89'a gitmek gerekecek ve bu yol yeterli olacaktır.

---

1 **Genel Kaynakça:** Yavuz Süphandağ, İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar, Bilgi yayınevi, Haziran 2011; Mahmut Coşkun, İcra ve İflas Kanunu, Seçkin yayıncılık, Ekim 2010; Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, İcra ve İflas Kanunu El Kitabı, Eylül 2010; Ahmet Erol, Taşınmaz Mal Haczi ve Satışı, Yaklaşım Yayıncılık, Ocak 2010; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin yayınları, Aralık 2010; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Yetkin yayınları, Ekim 2010; Nizam İpekçi, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı, C: 1, Adil Yayınevi, Ankara-2005.

2 İstanbul Barosu Avukatlarından

II. KOŞULLARI

A. Yüklenici ile arsa sahibi arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunmalıdır.

B. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli olmalıdır.

C. Yüklenici sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmiş olmalıdır.

D. Edimini yerine getirmekten dolayı, yüklenicinin arsa sahibinde sözleşmeye dayanan aynî veya şahsî bir hakkı bulunmalıdır.

E. Arsa sahibi o ana kadar edimini yerine getiren yüklenicinin hakkını kendisine teslim etmiş olmamalıdır. Yüklenicinin gerçekleşmiş veya gerçekleşecek hakları arsa sahibinde bulunmalıdır.

F. Üçüncü kişinin yüklenicide bir alacağı bulunmalı, alacak kesinleşmelidir; örneğin alacaklının elinde alacağa ilişkin bir mahkeme kararı bulunabileceği gibi, böyle bir karar bulunmasa bile yüklenici aleyhine yaptığı kesinleşmiş icra takibi bulunmalıdır. Tapu iptal ve tescil davasında, davacının yüklenicide alacağı bulunup bulunmadığı araştırılmayacaktır. Alacaklı bir başka mahkemede bir tazminat davası açmış ise, bu dava sonuçlanıp kesinleşmeden, İİK. Md. 94/II uyarınca tapu iptal ve tescil davası açamayacaktır. Yeniden vurgulanmalıdır ki, bu tür davaların açılabilmesi için alacaklının alacağının kesinleşmiş olması zorunludur. İleride kesinleşeceği düşüncesiyle yargılama devam ederken veya dosya Yargıtay'da iken, inceleme konusu yaptığımız tapu iptal ve tescil davası açılamayacağı gibi, tedbir istemi de kabul edilmeyecektir.

G. Üçüncü kişi, bu alacağını yükleniciden tahsil edememelidir.

H. Üçüncü kişi, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan edimlerini yerine getirdiğinde kazanacağı hakların tamamı veya bir bölümüyle alacağını elde etmeyi düşünmelidir.

I. Üçüncü kişi bunun için İcra Müdüründen yetki belgesi almalıdır.

J. Üçüncü kişi, yetki belgesiyle arsa sahibi aleyhine dava açmalıdır.

K. Bu davada talep, bu hakların davacı adına gerçekleşmesi yönünde olmayıp, borçlu yüklenici adına ve yararına gerçekleşmesi yönünde olacaktır.

III. İİK. MD. 94/II DAVASININ ALACAĞIN TEMLİKİ HAKLARINI ETKİLEMESİ

A.Genel Olarak

Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ödenmesidir. Fakat hayat koşulları, ticaret ve ekonomi gereksinmeleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Alacağın temliki hayatın gereksinimlerinden ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Alacağın temliki, alacaklı ile onu devralan üçüncü kişi arasında borçlunun rızasına gerek olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan yazılı biçime bağlı bir sözleşmedir.

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yasaklamamış ise teslim borcunu yerine getirdiğinde, arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini), arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi, TBK'nun183. maddesi hükmünden yararlanarak, arsa sahibinin rızasına gereksinim duymadan, üçüncü kişilere, yazılı olmak koşuluyla, devir (temlik) edebilir.

Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi, alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Zira, alacağı devralan kişi önceki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek, gerektiğinde borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur.

Fakat temlik alanın ifa istemine muhatap olan borçlu (arsa sahibi) bu isteme hemen uymak zorunda değildir. Devralan kimse temlik işlemini ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile, borçlu (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve savunmalarda (defilerde) bulunmak olanağına sahiptir. Gerçekten TBK. md. 188'e göre "Borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu savunmaları, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir".

Buna göre temliki öğrenen borçlu temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür savunmalar ileri sürebilecekse, aynı savunmalar yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürülebilir duruma gelecektir. Yüklenicinin temliki işleminden kaynaklanan bu gibi davalarda, temlik alan üçüncü kişi yeni alacaklı sıfatını arsa sahibine karşı kanıtlamak zorunda olduğundan, arsa sahibinin ve temlik işlemine dayanıldığından da temlik işleminin tarafı olan yüklenicinin davada taraf olması zorunludur.

B.Özel Olarak

Yüklenicinin alacağını ve hakkını temlik edebilmesi için arsa sahibinin onayına gerek yoktur.

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan hakkını temlik etmiş ise, temellük eden onun bütün haklarına halef olur. Halefiyet, İİK. Md. 94 uyarınca verilen yetkiyi de kapsar[3].

Yüklenici, inşaat sözleşmesi gereğince kazandığı veya kazanacağı kişisel ve nesnel haklarını, alacağın temliki sözleşmesiyle, üçüncü kişilere devretmiş olabilir. Yüklenici sözleşmeye uygun olarak eseri tamamlayıp teslim ettiği zaman gerçek mülkiyet hakkı kazanacağından, o ana kadar arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilen arsa payları avans kabul edilecektir. Avans niteliğinde de olsa, arsa sahibi, yükleniciye arsa payını kısmen veya tamamen devretmediği bir dönemde, yüklenicinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan haklarını temlik sözleşmeleriyle üçüncü kişilere devretmesi durumunda, yüklenicinin borçlu olduğu üçüncü kişinin açacağı davalardan arsa sahibi de temlik alacaklısı olan kişiler de etkilenecektir. Arsa sahibinin etkilenmesi açıktır: Yüklenici edimini yerine getirmemiş, eksik

3 14. HD. 7.4.1997, 2250/2758.

veya bozuk yerine getirmiş, sözleşme ileriye veya geriye etkili olarak bozulabilecek koşullar meydana gelmiş olmasına karşın, yüklenicinin borçlu olduğu kişinin, İİK. Md. 94/II uyarınca açacağı davada yüklenicinin hak ettiği payların yüklenici adına tescilini istemesinden dolayı etkilenecektir.

Sözleşme gereğince yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin yüklenici adına tescil edilmesinde yararı bulunan davacının İİK. Md. 94/II gereğince açtığı davayı kazanması durumunda, karar konusu bağımsız bölümün yüklenici tarafından alacağın temliki yoluyla üçüncü kişiye devredilen yerlerden olması durumunda, temlik alacaklısının bundan olumsuz etkileneceği açıktır. Temlik alacaklısı, tapu iptal ve tescil davasından haberli ise, "asli müdahil" olarak yer alarak ya da yüklenici ve arsa sahibi aleyhine tescil davası açıp asıl davayla birleştirerek; mahkemenin, olayın somut özelliğine, tescil koşullarının oluşup oluşmadığına ve kanıt durumuna göre, yüklenici adına değil temlik alacaklısı yararına tescil kararı vermesini sağlayabilir. Yüklenicinin borçlusu (davacı) yüklenici adına tescilde başarılı olsaydı, yüklenicinin tescille kazanılan arsa payına haciz koydurmak suretiyle hedefine (alacağına) ulaşacaktı. Öte yandan, yüklenici adına tescili amaçlayan davadan temlik alacaklısının haberinin olmaması durumunda; mahkeme kararıyla yüklenici adına tescile karar verilmesi ve kararın kesinleşmesinin ardından, alacaklının (davacının) kesinleşen alacağı için tescille kazanılan tapu kaydına haciz koydurup satması durumunda; yüklenici ile davacı arasında danışıklı işlemlerin bulunmaması (temlik alacaklılarını zarara uğratma kastıyla hareket edilmemesi) durumunda; temlik alacaklısı, kendisinin daha üstün ve öncelikli bir hakka sahip olduğunu öne sürerek, davacı aleyhine zararın tazmini veya tapu iptal ve tescil davası açamayacaktır. Temlik alacaklısı zararlarının tazmini için yalnız yüklenici aleyhine dava açabilecektir. Burada sorun, iki gerçek alacaklıdan hangisinin üstün bir hakka sahip olduğu değil, meşru bir amaca yasaya uygun yollardan giderek, hangi alacaklının daha önce hedefine ulaştığıdır. Hemen belirtelim ki, her iki alacaklı da birbirlerine karşı üstün ve öncelikli bir hakka sahip değildir.

IV. İİK. MD. 94/II DAVASININ DANIŞIKLI İŞLEMLERE ETKİSİ

Davacı, yüklenici aleyhine açtığı tapu iptal ve tescil davasında, yapılan işlemlerin danışıklı (muvazaa) olduğunu öne sürebilir ve bu savını her türlü delille kanıtlayabilir.

Yargıç da işlemin danışıklı olduğunu görevinden ötürü göz önünde bulunduracaktır.

Kuşkulu işlemlerle alacağın tahsiline olanak bırakmamak için taşınmazın kaçırılması amacı ile tapudan yapılan satışın ardından aynı gün düzenlenen noter satış vaadi sözleşmesi ile bu taşınmazın geri alınması ve (ihtiyati haciz ve sözleşmenin tapuya şerh edildiği) gün bu defa noter sözleşmesinin feshi işlemleri; başlangıçta yüklenici ile arsa sahibi arasında tapudan yapılan satışın gerçek bir satış olmadığını (danışıklı olarak düzenlendiğini) gösteren delillerdir[4].

4 14. HD. 24.12.1999, 8359/9195.

V. İİK. MD. 94/II DAVASININ İBRANAMELERE ETKİSİ

Yüklenici ile arsa sahibi, inşaatın tamamlanma oranı % 86 düzeyinde iken, sözleşmeyi geriye etkili olarak bozmuşlar ve birbirlerini ibra etmişler ise; fesihnamedeki ibranın incelenmesi, arsa sahibi ve yüklenicilerin dinlenmesi, olaylar ve kanıtlara göre gerçek bir ibra bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. İbranın geçerli olmadığı sonucuna varıldığı takdirde; İİK. Md. 94/II'ye dayanan tapu iptal ve tescil davasının dinlenmesi gerekir. Fesih var diye, araştırma ve inceleme yapmadan, md. 94/II'ye dayanan davanın reddine karar verilemeyecektir[5].

VI. İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİ GERİYE ETKİLİ OLARAK BOZMASININ İİK. MD. 94/II DAVASINA ETKİSİ

A. Genel Olarak

Sözleşmeyi bozmanın (feshin) ileriye veya geriye etkili olması ayırımı, yüklenicinin yapımını üstlendiği inşaatı kısmen tamamlaması, fakat direnimi (temerrüdü) yüzünden teslim edememesi durumunda tasfiyenin nasıl yapılacağı sorunu ile ilgilidir.

Sözleşmeyi bozmanın sonuçları geriye etkili olacaksa sözleşme hiç yokmuş gibi tasfiye edileceğinden[6] yüklenici inşaattan yaptığı kısma orantılı arsa payı değil, haksız zenginleşme hükümlerince imal ettiği inşaat bedelini alacak, bozmanın (fesih) ileriye etkili kabul edilirse imalat oranına paralel arsa payının devrini isteyebilecektir.

Tarafların aksini kararlaştırmamaları durumunda kural olarak, eser sözleşmesinin feshi geriye etkili sonuç meydana getirir.

İİK. Md. 94/II davacısı, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı değildir. O, yasanın kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak tapu iptal ve tescil davası açtığından; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ilke ve koşulları çerçevesinde yüklenici adına tescil koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılacaktır. Örneğin, inşaatın ruhsat tarihinden başlayarak 14 ay içinde teslim edileceği, bu sürenin 1.1.2009 olan ruhsat tarihinden başlayacağı, böylece teslim tarihinin 1.5.2010 olduğu, bu tarihte eserin tamamlanma oranının % 70 olarak saptandığı, yüklenicinin direnime düştüğü bir olayı değerlendirelim: Bedel olarak arsa payı devrinin kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin eseri fen ve sanat kurallarına, imar mevzuatına ve sözleşmesine uygun olarak yapması, bu şekilde arsa sahibine teslim etmesi gerekir. Eser bedeline bu anda hak kazanılır. Tamamlanma oranı % 70 düzeyindeyken, teslim tarihi gelip çatmış, bu tarihte

5 15. HD. 15.11.2007, 5757/7231; 15. HD. 5.6.2007, 2328/3806.

6 Not: Bu görüş Yargıtay'a aittir. Yargıtay'a göre, "Feshin geriye etkili sonuç meydana getirmesinin anlamı, tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir.".Savunduğumuz görüşe göre ise, sözleşmeden dönüldüğünde, o sözleşmenin "hiç yapılmamış" sayılması, sözleşme öncesi duruma getirilmesi doğru değildir. Yasal olarak kurulmuş ve aylar ve hatta yıllarca uygulanmış böyle bir sözleşmenin tasfiyesi söz konusu olduğunda, haksız zenginleşme kuralları değil, bizzat bozulan sözleşme hükümleri uygulanmalıdır.

yüklenici inşaatı terk etmiş ve inşaat bu düzeyde kalmış ise; kural olarak yükleniciye daha önce (bir bakıma avans olarak) geçirilen tapuların arsa sahibince geri istenmesi ve TBK.nun 125/III. maddesine dayanılarak da devir aşamasına gelmiş arsa paylarının verilmesinden kaçınılması olanaklıdır. Çünkü, bu düzeye getirilen bir inşaatta sözleşmenin bozulması - kural olarak - geriye etkili sonuçlar meydana getirir. Sözleşmenin bozulması davasına bakacak mahkeme, yüklenicinin alacağını para olarak mı, yoksa bir kısım taşınmazların adına tescili suretiyle mi alacağını karara bağlayacaktır[7].

Sözleşme geriye etkili olarak bozulmuşsa, bir ayrım yapılmalıdır;

a) İmalat yasal değil ise, sözleşmenin tasfiyesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü böyle bir imalatın ekonomik değerinden söz edilemeyecektir. Olsa olsa enkaz değerinden söz edilebilir.

b) İmalat yasal ise veya yasal duruma getirilebilir ise, tasfiye yapılacak ve yükleniciye iade edilmesi gereken değerler hesap edilecektir. Bu değerin nasıl hesaplanacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay, hesabın haksız zenginleşme kurallarına göre yapılması gerektiği görüşündedir.

c) Yükleniciye işin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusu verilmeyecektir: Yükleniciye yapılacak iade, para olarak gerçekleşecektir, arsa payı tapusu olarak değil.

B. Özel Olarak

Sözleşmenin bozulmasının ardından tasfiye yapılmamışsa, İİK. Md. 94/II davacısı, aldığı yetkiye dayanarak arsa sahibi ve yükleniciden para isteyebilir. Bunun için, öncelikle sözleşmenin bozulması sonucu arsa sahibinin yükleniciye yaptığı iş nedeniyle ve tasfiye amacıyla ödeme yapıp yapmadığı araştırılacak; ödeme yapılmamışsa yüklenicinin sözleşme doğrultusunda yaptığı inşaatın getirilen fiziki seviyeye göre değeri saptanacak ve davacının icra dosyasındaki alacak miktarı ile sınırlı olmak üzere bu alacağa hükmedilecektir[8].

VII. İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİ İLERİYE ETKİLİ OLARAK BOZMASININ İİK. MD. 94/II DAVASINA ETKİSİ

Arsa sahibi ile yüklenici arasında var olan sözleşme ileriye etkili olarak bozulmuş, yaptığı imalatlara karşılık yükleniciye belli sayıda bağımsız bölüm bırakılmışsa, konumuz bakımından şöyle değerlendirilmelidir:

Fesih ileriye etkili yapılmışsa, inşaatın getirildiği fiziki seviye ne olursa olsun, yükleniciye geriye etkili fesihte olduğu gibi yaptığı işin bedeli değil, yapılan işin fiziki oranına uygun bağımsız bölüm tapusu verilecektir.

Böylelikle, hem yüklenici hem de onun temlik ettiği üçüncü kişi tasfiyede yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm tapusunu isteyebilecektir[9].

---

7 15. HD. 5.4.2004, 4987/1909.
8 14. HD. 10.3.2009, 15308/2934.
9 14. HD. 6.3.2008, 2055/2850.

Alacaklı tarafından İİK'nın 94. maddesine dayanılarak açılan tescil davalarında, alacaklının alacak miktarını karşılayacak sayıda bağımsız bölümün yüklenici adına tesciline karar verilmesi gerekir. Yüklenicinin bu bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için edimini sözleşmeye, projeye ve imara uygun biçimde tam olarak yerine getirmesi gerekir. Sözleşme geçerli değilse veya yüklenici edimini eksik, geç veya kötü yerine getirdiği için iş sahibinin sözleşmedeki hedefine engel olmuşsa; onun bu sözleşmede yazılı alacağının tamamını alamayacağı dikkate alınacaktır. Bir örnek verelim: Sözleşmeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölüm sayısının altı olduğunu varsayalım. Arsa sahibi eksik ve bozuk işler için yükleniciye ait üç bağımsız bölümü devretmemiş veya devretmesine rağmen daha sonra bu amaçla bunların tapularının iptali ile kendi adına tescilini sağlamıştır. Yüklenicinin alacaklısı da bu bağımsız bölümlerin yüklenici adına tescili için bir dava açmıştır. Her iki dava birleştirilmiştir. Yüklenicinin öbür üç bağımsız bölümüne gelince; yükleniciden alacağın temliki yoluyla bu bağımsız bölümleri temellük edenler tüketici mahkemesinde yüklenici ve arsa sahibi aleyhine tapu iptal ve tescil davası açmıştır. İnceleme şöyle yapılacaktır:

- Eksik ve bozuk işler bedeli keşif tarihi itibarıyla bilirkişi eliyle hesap edilecektir.

- Arsa sahibinin güvence olarak elinde tuttuğu üç bağımsız bölümün rayiç değerleri bilirkişi eliyle saptanacaktır.

- Böylece eksik ve bozuk iş bedeli ile üç bağımsız bölümün bedelleri karşılaştırılacaktır.

- Tapu iptal ve tescili istenen bağımsız bölümlerin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılan yerlerden olup olmadığı incelenecektir.

- Yüklenicinin kararlaştırılan bağımsız bölümlere hak kazanabilmesinin arsa sahipleri ile yüklenici arasında yöntemine uygun olarak düzenlenmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yazılı olan edimlerini sözleşmeye uygun biçimde yerine getirmesi koşuluna bağlı olduğu göz önünde tutulacaktır. Örneğin, sözleşmede yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerin aşamalı devri öngörülmüş olup, son iki daireden birinin inşaat bitiminde, son dairenin de yapı kullanma izni alındığında devredileceği (satış yetkisi verileceği) kararlaştırılmış ise; yapı kullanma izni alma yükümlülüğünün yüklenici de olduğunu, bu iznin alınmadığını, eksik ve bozuk iş bulunduğunu, yüklenicinin ödenmemiş sosyal güvenlik ve vergi borçları bulunduğunu, bütün bu iş ve işlemler için bilirkişi tarafından giderlerin belirlendiğini varsayalım. Bu durumda bir bağımsız bölümün değeri eksik işler ve yapı kullanma izni alınması ile ilgili giderleri karşılamaya yetip yetmediği araştırılacaktır.

- Davacının yetki belgesi sunduğu icra dosyasındaki alacak miktarının keşif tarihi itibariyle fer'ileriyle birlikte ulaştığı miktar belirlenecektir.

- Eksik ve bozuk iş bedeli sözü geçen üç bağımsız bölümün değerlerine denk düşüyorsa, yüklenicinin alacaklısının bu bağımsız bölümler için açtığı tapu iptal ve

tescil istemi geri çevrilecektir.

- Eksik ve bozuk iş bedeli iki bağımsız bölüm bedeline denk düşüyorsa, yüklenicinin alacaklısının geriye kalan bir bağımsız bölüm için tapu iptal ve tescil istemi kabul edilebilecektir.

- Öte yandan, alacağın temliki yoluyla edindikleri üç bağımsız bölüm için tüketici mahkemesinde açılan dava/ların sonuçları beklenecektir. Zira bu dava/ların reddedilmesi halinde, yüklenicinin alacaklısının bu bağımsız bölümlerin yüklenici adına tescilini isteme hakkı doğacaktır.

- Tapu iptal ve tescil koşulları gerçekleştiği takdirde, yüklenici adına kayıtlı olan tüm tapu payları değil, alacağa yetecek, alacağı karşılayacak kadar arsa payları iptal ve tescil edilecektir[10].

VIII. ARAŞTIRMA VE İNCELEME YÖNTEMİ

Alacaklının açacağı davada amaç, borçluya aidiyeti saptanan taşınmaz mal üzerinden icra takibi sonucu kesinleşen alacağın tahsilinden ibarettir.

Takip hukukuna dayanan dava olmakla ilke, alacaklı ve borçlunun hak ve hukuku dengeli biçimde korunarak borcun ödenmesidir.Bu tür davalarda davacı, taşınmazın borçlusu adına tapuya tescilini isteyecektir.

Bunun için davaya konu edilmiş bir olayda; yüklenici adına intikali istenen bağımsız bölümlerin her birinin rayiç bedeli saptanıp takip konusu borcu karşılayıp karşılamadığı araştırılacaktır. Yargıtay 15. HD. 11.4.2002, 1331/1777 tarih ve sayılı kararında açıklandığı üzere; bu araştırma yapılmalı ki sonunda bağımsız bölümlerden birinin borcu karşılayıp karşılamayacağı anlaşılabilsin. Eğer bir bağımsız bölümün değeriyle davacının alacağı karşılanabiliyorsa, davacı/alacaklı talep etmiş olsa bile, başka bağımsız bölümlerin yüklenici adına tescilini istemeye hakkı ve bunda hukuksal yararı bulunmadığından istemi reddedilecektir.

Davacının/alacaklının, yetki belgesi alarak, İİK. Md. 94'dayanan tescil isteği kendi adına değil, borçlu yüklenici adına olacağından, yargılamanın olumlu sonuçlanması durumunda mahkemenin vereceği tescil kararı da yüklenici adına tescil yönünde olacaktır[11].

Borçlu yüklenicinin aynı değerde birden çok bağımsız bölümü varsa ve bunlardan biri borcu karşılamaya yetiyorsa, hangisinin tercih edileceği sorununu aydınlığa kavuşturmak gerekir: Araştırma yapılırken, borçlunun da iradesine başvurulmalı, yararına olanı ve taraflar arasında aidiyeti çekişmesiz olanı tercih edilmelidir. Yeniden vurgulanmalıdır ki, bağımsız bölümlerden birinin haciz ve satışı ile borç karşılandığında öbürleri haczedilemeyeceğine göre, açılan davada da sorun buna göre çözümlenecektir.

Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşme gereği, yüklenicinin bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi edimlerini sözleşmeye uygun biçimde yerine getirmesi

10 15. HD. 29.4.2008, 2670/2866; 15. HD. 7.2.2011, 5070/616; 15. HD. 10.2.2005, 3102/655.
11 15. HD. 18.9.1990, 1105/3417.

koşuluna bağlıdır. Sözleşmede, yükleniciye ait olan bağımsız bölümlerin, aşamalı devri öngörülmüş, yükleniciye bırakılan son birkaç bağımsız bölümün tapusunun devri tüm işlemlerin tamamlanması ve yapı kullanma izni alınması koşuluna bağlanmışsa; yapı kullanma izni alınmadığı sürece, yüklenicinin sözleşme kapsamında kendisine düşen tüm bağımsız bölümleri talep etme hakkı doğmayacaktır. Bunun için, yüklenicinin edimini hangi oranda yerine getirdiği, ne kadar bağımsız bölüme hak kazandığı, davalı arsa sahibi tarafından daha önce yükleniciye devredilmiş bağımsız bölümler olup olmadığı, dava konusu bağımsız bölümlerin yüklenici adına tescil talep hakkı doğup doğmadığı araştırılacaktır[12].

Yargıç, alacaklısını zarara sokmak amacıyla yapılan işlemler olup olmadığını ciddi biçimde araştırmalıdır. Borçlu yüklenici tarafından alacaklısına zarar vermek amacıyla yaptığı işlemleri görmek ve geri çevirmek gerekir[13].

İcra İflas Kanunu'nun 94/II. maddesine dayalı olarak açılan davada adına tescil kararı verilen kişinin de taraf olması gerekir.

12 15. HD. 27.9.2004, 4871/4651; 15. HD. 18.2.2008, 7600/930
13 15. HD. 3.2.1988, 4355/383.

TÜP GAZ ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTALARI GENEL ŞARTLARINDA KUSURSUZ SORUMLULUK

Av. Vural SOYTEKİN[1]

Tehlikeli maddeler için yaptırılacak tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortaları ile tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortalarında Bakanlar Kurulu 11.03.2010 tarih ve 27.518 sayılı RG'de yayımlanan 21.01.2010 tarih 2010/190 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda kusursuz sorumluluğu getirmiştir.

1- TEHLİKELİ MADDELER İÇİN YAPTIRILACAK SORUMLULUK SİGORTALARI HAKKINDA KARAR

Sigorta Yaptırma Zorunluluğu

MADDE 1- (1) Tabii veya sentetik, katı, sıvı veya gaz şeklinde bulunan her türlü yanıcı, parlayıcı, patlayıcı ve yakıcı maddelerin üretimi, depolanması, taşınması, satımı ve kullanımı faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu kapsamındaki tehlikeli atıkların toplanması, taşınması, geçici ve ara depolanması, geri kazanımı, yeniden kullanılması ve bertarafı faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler, söz konusu mesleki faaliyetlerinin icrasında meydana gelebilecek kazalar sonucu, *KUSURLARI OLSUN VEYA OLMASIN* üçüncü kişilerin uğrayacakları maddi ve bedeni zararlara karşı, her faaliyeti için ilgisine göre tehlikeli maddeler ve tehlikeli atık mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Tüp gaz Sorumluluk Sigortası

MADDE 3- (1) Likit petrol gazını (LPG) tüpleyen firmalar (dolum tesisleri), 1 inci maddede düzenlenen sigortalara ek olarak, kusurları olsun veya olmasın, doldurdukları tüplerin kullanılmak üzere bulundukları yerlerde *İNFİLAKI, GAZ KAÇIRMASI VEYA YANGIN ÇIKARMASI* sonucu üçüncü kişilerin uğrayacakları maddi ve bedeni zararlara karşı tüp gaz sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

2-TEHLİKELİ MADDELER ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI

Sigortanın kapsamı

Bu sigorta, Kararda belirtilen tehlikeli maddelerle ilgili mesleki faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin söz konusu mesleki faaliyetleri dolayısıyla meydana gelebilecek bir kaza sonucunda, kusurları olsun olmasın üçüncü kişilerin doğrudan doğruya uğrayacakları bedeni ve maddi zararlara karşı sorumluluklarını, poliçede yazılı tutarlara kadar, aşağıdaki şartlar dairesinde temin eder.Sigorta, sigortalının Karar kapsamına giren tüm mesleki faaliyetlerini kapsayacak şekilde yapılır.

---

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Sorumluluk Sigortası bulunan bir işyerinde, kullanılmak üzere bulundurulan LPG tüpünün infilakı, gaz kaçırması, yangın çıkarması sonucu verilecek zararlar, Tüp gaz Sorumluluk Sigortası limitleri dahilinde sigortacısı tarafından tazmin edilir.

3-TÜPGAZ ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI

Sigortanın kapsamı:

Madde 1 ilk fıkra :bu sigorta, likit petrol gazı (lpg) tüpleyen firmaların, doldurdukları veya doldurttukları ve yetkili bayileri vasıtasıyla veya doğrudan doğruya tüketiciye intikal ettirdikleri tüplerin kullanılmak üzere bulundurdukları yerlerde infilaki, gaz kaçırması, yangın çıkarması

Sonucu (kusurları olsun veya olmasın) verecekleri bedeni ve maddi zararlara karşı sorumluluklarını, aşağıdaki şartlar dairesinde temin eder.

Madde 1/3. Fıkra:"tehlikeli maddeler sorumluluk sigortası" bulunan bir iş yerinde kullanılmak üzere bulundurulan lpg tüpünün infilakı,gaz kaçırması,yangın çıkarması sonucu verilecek zararlar tüp gaz sorumluluk sigortacısı limitleri dahilinde sigortacı tarafından tazmin edilir.

Madde 1/son:zarar meydana geldiğinde sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığına bakılmadan 3. Şahısların tazminatı ödenir.

Zararın :

LPG tüpünün takılması sırasında servis hatasından,

kullanıcının kullanma hatasından,

tüpün imalat hatasından,

dolum hatasından,

hortum,

kelepçe,

detantör,

cihaz,

musluk hatalarından meydana gelmesi durumu değiştirmez.

Son fıkrada kusursuz sorumluluk getirilirken tüpün gaz kaçırması,yangın çıkarması ve infilakı aranmamıştır.Zaten tüpün gaz kaçırması,infilakı,yangın çıkarması halleri tüpün imalat hatasını veya tüpün kaynak teknolojisindeki hatasını veya montajdaki hatasını göstermektedir.Bu haller tüp üretim veya dağıtım firmasının kusurluluğu halleridir. Bu durumda LPG tüpünün "infilakı,gaz kaçırması,yangın çıkarması" kelimeleri "ve bu gibi haller sonucu" verilecek zararlar tüp gaz sorumluluk sigortacısı limitleri dahilinde sigortacı tarafından tazmin edilir denilmeliydi. Diğer taraftan LPG tüpünün bağlı olduğu cihazlar; masaüstü ocak, aydınlatmada lüks, banyoda sıcak su üretiminde şofben, oto gaz tanklı otomobillerde oto gaz tankı, ısıtmalarda katalitik soba ve böyle,cihazların sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı da LPG tüp firması tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortacısı sorumlu tu-

tulmuştur. Buradaki çelişki bilirkişilerin tüp gaz Z.S.Sigortacısı şirketi kusursuz sorumlu tutmak için LPG tüpünün gaz kaçırmasını veya patlamasını veya yangın çıkarmasını aramalarıdır.Bu durum Bakanlar Kurulu Kararı'nın ruhuna aykırıdır. Yargıtay 11. H.D.' nin Sarıyer 1. Asl. Huk. Mah' nin 2001/87 E. ,2002/309 K. sayılı kararın üzerine verdiği 2002/11202 E. , 2003/3881 K. sayılı kararındaki LPG tüpüne bağlı cihazlardaki (olayda şofben) kusurlardan LPG tüp firmasının tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortacısı şirketin sorumlu olmadığına dair kararı halen bazı bilirkişilerce geçerli kabul edilmektedir.Bu karar tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortası genel şartları madde 1/son fıkrasına aykırıdır.

Oysa Y. 11. H.D. LPG tüp firmasının tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortacısı şirketlerin kusursuz sorumluluğa dair verdiği kararlar değerlendirilmemektedir.

Y. 11. H.D.'nin tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortacısı şirketin kusursuz sorumluluğuyla ilgili olarak 2002 yılında verdiği ilk 3 kararı sunuyorum :

1- Y. 11. H.D. 11.02.2002, 2001/8923 E. ,2002/1069 K.

'' ..... LPG tüpünün kullanılmak üzere bulundurulduğu yerde meydana gelen zararlardan ötürü uygulanması gereken Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1/ son maddesinde ''... zarar meydana geldiğinde sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığına bakılmadan zarara uğrayan üçüncü şahısların tazminatı ödenir. Zararın LPG tüpünün takılması sırasında servis hatasından, kullanıcının kullanma hatasından, tüpün imalat hatasından, dolum hatasından, hortum, kelepçe, dedantör, cihaz, musluk hatalarından meydana gelmesi durumu değiştirmez. '' denilmektedir. Bundan anlaşılması gereken zararlandırıcı sonucun meydana gelmesi halinde kusur durumuna bakılmaksızın ölümün karbon monoksit zehirlenmesi sonucunda olduğu da sabit olduğuna göre, poliçe teminatının miras payları oranında, davalı sigorta şirketinden tahsili ile davacılara ödenmesi gerektiğidir. Mahkemece, bu hususa dikkat edilmeksizin, bu davalı yönünden de reddine karar verilmesi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle dahi davacılar yararına bozulması gerekmiştir. ''

2- Y. 11. H.D. 09.04.2002 , 2002/2303 E.- 3341 K.

'' ..... LPG tüpünün kullanılmak üzere bulundurulduğu yerde meydana gelen zararlardan ötürü uygulanması gereken tüpgaz zorunlu sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1/ son maddesinde '' zarar meydana geldiğinde sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığına bakılmadan zarara uğrayan üçüncü şahısların tazminatı ödenir. Zararın LPG tüpünün takılması sırasında servis hatasından, kullanıcının kullanma hatasından, tüpün imalat hatasından, dolum hatasından, hortum, kelepçe, dedantör, cihaz, musluk hatalarından meydana gelmesi durumu değiştirmez. '' denilmektedir. Davalı sigorta şirketince tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk poliçesi sunulduğuna göre, ayrıca davalı sigorta şirketi nezdinde tüp gaz zorunlu sorumluluk sigorta poliçesi bulunup bulunmadığı gerektiğinde, sigorta şirketi kayıtları üzerinde incelenip araştırılması ve sonucuna göre hüküm kurulmak gerekirken, sadece davalı sigortacının beyanına dayanılarak, yazılı gerekçeyle davalı sigortacı yönünden de davanın reddi eksik

incelemeye dayalı olmakla doğru görülmediği gibi, söz konusu kararı onayan dairemizin 10. 12. 2001 gün ve 2001/ 6866– 9721 sayılı onama kararı isabetli bulunmadığından davacılar vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile kararın bozulması gerekmiştir.

3- Y. 11.H.D. 22.10.2002, 6196 E.- 9474 K.

sayılı kararında 2. paragrafta '' LPG tüpünün kullanılmak üzere bulundurulduğu yerde meydana gelen zararlardan ötürü uygulanması gereken tüp gaz zorunlu sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1/ son maddesinde yer alan '' tüplerin kullanılmak üzere bulundukları yerlerde inflakı, gaz kaçırması, yangın çıkarması sonucu kusurları olsun veya olmasın verecekleri bedeni ve maddi zararların sigorta güvencesi kapsamında olduğu '' hükmünün bilirkişilerce de isabetle belirtildiği üzere, gaz kaçırması sonucu murislerini yitiren davacılara anılan poliçede yazılı limitleri aşmamak kaydıyla uğradıkları destekten yoksun kalma zararını davalı sigortadan talep etme hakkı kazandırdığı gözden kaçırılarak ve davacıların murislerinin ölümlerine yol açan karbon monoksit zehirlenmesinin bağımsız bir riziko türü değil, gaz sızmasına bağlı ölümün tıbbi terminolojik karşılığı olduğu dikkate alınmaksızın yanılgılı nitelendirmeyle yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir. ''

4- Y. 11. H.D. 03.10.2005, 2004/11632 E. , 2005/9073 K.

sayılı kararında sahife 2, paragraf 2 '' .....Gerçekten de, tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigorta poliçesi genel şartlarına göre, bu sigorta, evlerde LPG tüpünün Gaz kaçırması, infılakı, yangına neden olması halini kapsamamaktadır. Bu şekilde bir riziko, sadece tüp gaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1. Maddesi kapsamına giren bir rizikodur. Bu genel şartların 1/ son maddesinde: '' ..... Sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığına bakılmadan zarara uğrayan 3. Kişilerin tazminatı ödenir. Zararın LPG tüpünün takılması sırasında servis hatasından, kullanıcının kullanma hatasından, tüpün imalat hatasından, dolum hatasından, hortum, kelepçe, dedantör, cihaz, musluk hatalarından meydana gelmesi durumu değiştirmez. '' hükmüne yer verilmiştir.

Aynı genel şartların 3/ a maddesine göre, '' Olaya kasten neden olan kişilerin zarar ve ziyan talepleri '' teminat dışı olduğuna nazaran davacılardan Necati'nin dedantörü iyi takmaması ve kapatacağı yerde musluğu açması şeklinde kasti olmayan eyleminin, teminat dışı bu hali kapsamı dışında kaldığı kuşkusuzdur. Bu itibarla davacılardan Necati'nin kendi kusurundan yararlanamayacağına ilişkin temyiz itirazlar isabetsiz görülmüştür. ''

5- Y. 4. H.D. 21.06.2005, 2004/9685 E. , 2005/6800 K.

sayılı kararında yine Küçükçekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/ 990 E. – 2003/ 1521 K. sayılı dosyasına verilen kusur bilirkişi raporunda ; banyoda tüplü şofbenle banyo yapan genç kızın ölümünde LPG tüp firması ; uygun olmayan banyoya tüp bağlamış olması nedeniyle % 100 kusurlu bulunmuş ve mahkemenin buna göre verdiği karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 21. 06. 2005 T. 2004/ 9685 E. – 2005/ 6800 K. sayılı kararla onanmıştır.

Bu kararlarda görüldüğü üzere ölüm,yaralanma,maddi hasarların doğrudan doğruya tüp gaz veya tüp gaza bağlı cihazlardan kaynaklanması durumunda tüp gaz firmasının sorumsuz olmasına rağmen tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortacısı şirketin tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortaları genel şartları madde 1/son gereği kusursuz sorumlu olarak sorumlu oldukları görülmektedir. Sıvılaştırılmış petrol gazları (LPG)Dağıtım şirketleri ile yetkili bayilerin ve tüketicilerin uymaları gereken usul ve esaslarlara ilişkin Tebliğ(TRKGM 2000/5) 04/03/2009 tarihli 27159 sayılı R.G. ile ilga edildi ve fakat yerine yeni bir tebliğ yayınlanmadı.
Yetkili bayilerin sorumlulukları

Md:14 "Bayiler satış yaptıkları LPG tüplerini (2kg.lık LPG tüpleri hariç) müşterinin bildireceği ev veya işyerlerine TS 1445 standardına göre taşımak ve yetkili personeli vasıtasyla cihazlara bağlamak .sızdırmazlık kontrolünü yapmak. Tüpleri kullanılması konusunda tüketicilere gerekli bilgi ile tanıtma ve kullanma kılavuzunu vermek zorunda olup bu işlemlerden dolayı ücret talep edemezler. "Küçükçekmece 2.Asliye Hukuk mahkemesinin 2003/1255E.sayı ile başlayıp, 2007/458E, ve 2011/13E.la sonuçlanan davasında LPG tüp firması BP GAZ A.Ş.'nin davamızdaki gibi şofbenin baca çıkışının pencerenin yanından boru ile dışarıya verildiği olayda LPG tüp firması %100 sorumlu tutulmuştur.

Kartal 3.Asliye Hukuk mahkemesinin 2003/1272E.dosyasında yine şofben gaz borusunun pencerenin yanından dışarıya bağlandığı olayda verilen 5 ayrı bilirkişiler kurulu raporlarında şofben firmasına da tüp firmasına da gerekçeleri belirtilerek tam kusurlar ya da nisbi kusurlar izafe edilmiştir.4822 Sayılı Kanun'la değişik 4077 sayılı tüketicinin korunması hakkında kanunun 4. Maddesine göre, tüketiciye karşı imalatçı- üretici, satıcı, bayii, acente, ithalatçı ve madde 10/ 5' e göre kredi veren ayıplı maldan tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı ortaklaşa ve zincirleme sorumlu olduğu gibi başlangıçta belli bir depozito ile tüketicinin tüp kullanıcısı konumuna getirilmesi ve periyodik bakım ve kontrol yükümlülüğü nedeniyle imalatçı ile tüketici arasında kusursuz tehlike sorumluluğunu içeren bir akdi ilişki oluşmaktadır. Bu açıklamalardan sonra;

LPG tüp firmasının sigortacısı sigorta şirketinin Tüp Gaz Z.S.S. Genel Şartları madde1/ sona göre kusursuz sorumlu olması için LPG tüpünün gaz kaçırması, yangın çıkarması, infilak etmesi gibi ayıplı olarak üretilmiş- imal edilmiş olması şart değildir.

LPG tüpünün karıştığı yaralamalı, ölümlü, maddi zararlı olaylardan dolayı tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortacısı şirket kusursuz sorumlu olarak sorumludur.

Uygulayıcı olarak avukatlarımızın, bilirkişilerimizin, hakimlerimizin bu hususa özenle dikkat etmeleri gerekmektedir. Ancak bu şekilde bir uygulama Bakanlar Kurulu Kararının ruhuna uygun olabilir ve önlenemez zararların meydana gelmesinde mağdurların mağduriyetleri ancak bu şekildeki bir uygulama ile giderilebilir.

MOTORLU ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA DARALTAN ANLAŞMALAR

Av. Hüseyin ATEŞ[1]

Motorlu araç işletenin ve bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin Karayolları Trafik Kanunu m.85 f.1 bağlamında doğan sorumluluğunu (tehlike sorumluluğu) kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir (KTK m.111 f.1). Hâkim, geçersizliği, görevi gereği kendiliğinden göz önünde bulundurmalıdır.[2]

KTK m.111 f.1'de yer alan düzenleme, trafik kazası meydana gelmeden önce yapılan anlaşmalara ilişkindir. İşleten veya teşebbüs sahibi, sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmayı, hatır için araçtan yararlandırdığı veya taşıma sözleşmesi uyarınca taşıdığı kişilerle yapabilir. Yoksa kazadan önce hiç tanımadığı yoldan geçen üçüncü kişilerle bu türden anlaşma yapma ihtimali yoktur.[3]

Buna göre, trafik kazası meydana geldikten sonra yapılan sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar hukuken geçerli olacaktır.[4]

Otobüs firmalarının, biletlerin arkasına yolcu aleyhine koyduğu, firmalarının yalnızca meydana gelebilecek trafik kazasında kusurlarının bulunması halinde sorumluluklarının doğacağına ilişkin kayıtların herhangi bir geçerliliği bulunmamaktadır.[5]

Kanun koyucu, KTK m.111 f.2'de zarar göreni, tazminat miktarı yönünden koruyan bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre, "Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir."

Zarar gören; bilgi yetersizliği, deneyimsizliği veya yargılama giderleriyle bütçesini sarsmamak, adliye koridorlarını aşındırmamak için sorumlu kişi veya sigortacı ile açıkça yetersiz bir miktar tazminat üzerinden anlaşma veya uzlaşma (feragatname veya ibraname) yapabilir. Yine aynı şekilde sorumlu kişi, olayın korku ve heyecanıyla, zarar görenle açıkça fahiş miktarda tazminat ödenmesi hususunda anlaşma veya uzlaşma yapabilir. Bu kimseler, tazminat miktarı açıkça yetersiz veya fahiş olan anlaşma veya uzlaşmaların yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıllık süre zarfında iptali yoluna gidebilir. Buradaki 2 yıllık süre, hak düşürücü süre niteliğindedir.[6]

"...Mahkemece düzenlenen ibraname ile davacıların tazminat haklarından

---

1 (Antalya Barosu)
2 Nomer, s.86.
3 Tandoğan, s.259; Çeliktaş, s.127; Kılıçoğlu, s.297.
4 Çeliktaş, s.127.
5 Havutçu&Gökyayla, s.267; Karayalçın, s.47.
6 Kılıçoğlu, s.297; Karahasan, 985; Nomer, s.87; Havutçu&Gökyayla, s.268.

vazgeçtikleri, başkaca bir alacakları bulunmadığı biçimde değerlendirme yapılması Karayolları Trafik Kanunu'nun 111/1 maddesine aykırı ise de aynı yasının 111. maddesi 2. fıkrasında "bu tür anlaşmaların düzenlendikleri tarihten itibaren 2 yıl içinde ortadan kaldırılmasının istenebileceği" hükme bağlandığına göre davacılar tarafından düzenlenen ibranamenin 20.7.1998 tarihinde düzenlendiği, iş bu dava ise 23.5.2001 tarihinde açıldığından sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddi gerekir..." *(Y. 4 H.D. 09.05.2002 gün ve 2002/507 - 5551 E.K.)*

Karşılıksız olarak yapılan ibranameler de bu hükme göre iptal edilebilir.[7]

"...Davacının dayandığı ibranamede, davacıya bir ödeme yapılmamıştır. Anılan 111. maddeye göre, hukuki sorumluluğun tek taraflı bir ibranameyle ortadan kaldırılması olanağı olmadığından ibraname hükümsüz sayılmalıdır. Bir ödeme yapıldığı kanıtlanırsa, bunun davalının sorumlu olacağı tazminat miktarı içinde "yetersiz olup olmadığı" değerlendirilmelidir. Bu yolda nitelendirme yapılırken KTK.nun 85/1. maddesinde getirilen sorumluluğun ağırlaştırılmış bir objektif sorumluluk olduğu, sorumluluğa ilişkin anlaşmaları geçersiz sayan veya iptal olanağı getiren 111. maddenin zarar görenleri büyük ölçüde koruma amacı da gözetilmelidir..." *(Y. 4 H.D. 20.12.1988 gün ve 1988/8360-10940 E.K.)*

KTK m.111 f.2'de öngörülen hakkın kullanılabilmesi için dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Anlaşma veya uzlaşmanın yetersiz veya fahiş olduğu davada def'i olarak ileri sürülebileceği gibi, anlaşma veya uzlaşmanın iptaline yönelik 2 yıllık süre zarfında tek taraflı ulaşması gerekli irade açıklaması da yeterlidir.

Bu hüküm, trafik kazası meydana geldikten sonra zarar görenle sorumluluğu KTK' ya tabi olan kimseler arasında yapılan anlaşmalara uygulanır. Bu hüküm, hatır için araçtan yararlandırılan kimselere uygulanabileceği gibi aracın çarptığı üçüncü bir kişiye de uygulanabilir. İşleten ve teşebbüs sahibi dışında, sigortacı ile yapılan anlaşmalarda da KTK m.111 f.2 kendisine uygulama alanı bulur. Kusur sorumluları (sürücü, bisikletli) veya diğer kusursuz sorumlularla (hayvan idare eden, bina ve inşa eseri sahibi) yapılan anlaşmalar, KTK m.111 f.2'nin uygulama alanı dışındadır.[8]

"...Uygulamada sigorta şirketlerinin aldıkları geniş kapsamlı ibranamelerin amacı sigorta şirketini ibradır, bu nedenle sigortacının ödediği miktar ile sigorta güvencesi altına alınan zarar kalemleriyle sınırlıdır. Sigorta ibranamesinde motorlu araç sürücüsünün veya işletenin tüm borçlarının ibra edilmiş olduğu şeklindeki sözlerin üçüncü kişiler için etkili olmadığı gibi, değer kaybı, işten kalma ve manevi tazminatlarda da sigorta teminatı içinde olmadığından bunlara ilişkin sigorta şirketine verilen ibranın sorumluluğun kapsamına etkisi bulunmamaktadır..." *(Y. 4 H.D. 06.05.1985 gün ve 1985/202 - 1846 E.K.)*

Tazminat miktarının, yetersiz veya fahiş olup olmadığını yani ödenmesi gereken tazminat miktarıyla uzlaşılan miktar arasında açık oransızlığın bulunup

7 Nomer, s.87; Havutçu&Gökyayla, s.267; Z. Yılmaz, s.164.
8 Gürsoy, s.121.

bulunmadığını hâkim belirler. Burada gabinin, sübjektif unsurlarının (müzayaka, saflık veya tecrübesizlik) varlığı aranmaz, objektif unsur olarak açık oransızlığın bulunması yeterlidir.

"...Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, davacı vekili, müvekkilince davalı sigorta şirketine verilen ibranamenin 2918 sayılı KTK.nun 111/2. maddesi uyarınca iptaline ve fiili ödeme ile sigorta poliçesince asgari limit miktarı arasındaki farkın tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkemece ise dava, davacı tarafın ibranamenin iptali için irade fesadı iddiası ileri sürülmediği gibi, ibraname ile ödenen miktar ile ödenmesi gereken miktar arasında açıkça yetersizlik bulunmadığı gerekçeleriyle dava reddolunmuş bulunmaktadır.

İsviçre KTK.nun 87. maddesi esas alınmak suretiyle düzenlenen 2918 sayılı KTK.nun hem işletenleri, hem de onların hukuki sorumluluğunu üzerine alan zorunlu trafik sigortasını üzerlerine alan sigorta şirketlerini bağlayan emredici nitelikteki 111. maddesinin 2. fıkrasında, «Tazminat miktarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir» hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi madde, ibranamenin iptali için zarar görene (yetersizlik), zarar verene de (fahiş) iddiası ile iptal hakkı tanımış, iptal sebebi olarak da objektif bir unsur olarak bu yetersizliğin veya fahişliğin (açıkça belli olması) halini kabul etmiştir. Bu durumdan anlaşılacağı gibi, maddede gabini düzenleyen BK.nun 21. maddesinde öngörülen (mutazarrırın müzayaka halinde olması veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade edilmiş olması) gibi hallerini aramamış diğer bir deyişle subjektif unsurlara yer verilmemiştir. Nitekim, gerek mehaz ülkedeki yabancı yazarlardan Oftinger, Strebel (Bkz., Prof. H. Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ank. 1981, sh. 259, 178-181 sayılı dipnotları) gerekse, ülkemizde doktrinde anılan maddenin uygulanmasında BK.da öngörülen gabinin şartları aranmaksızın sadece (açıkça yetersizlik veya fahişlik) objektif unsurunun yeterli olacağı kabul edilmelidir. (Bkz., Dr. S. Arakan, Yeni KTK.nun Sigorta ve Garanti Fonuna İlişkin Hükümleri Üzerinde Bir inceleme, Sigorta Hukuku Dergisi, C. 1, Sayı 3-4, sh. 278 vd.; T. Uygur, Borçlar Kanunu, 2. Cilt, Ank. 1990, sh. 518; D. Çeliktaş, 2918 s. KTK.da İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir, 1987 sh. 127; Prof. Dr. H. Tandoğan, age., sh. 258 vd.; Dr. G. Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İst. 1976, sh 123 vd.). Doktrindeki bu görüş, Yargıtay uygulamasında da aynen benimsenmiş bulunmaktadır (Bkz., Yargıtay 4. HD'.nin 30.6.1988, 4035-6634, ve 16.1.1989, 5223-8806 sayılı kararları ile 19. HD.'nin 7.10.1994 gün ve 1594-9111 sayılı kararı). O halde mahkeme kararı gerekçesinde davanın reddine dayanak yapılan ve gabinde sübjektif unsur olan irade fesadı iddiasının yer almadığı görüşünde isabet bulunmamaktadır.

Mahkeme karar gerekçesinde yer alan ve yine davanın reddine dayanak yapılan açıkça yetersizlik unsurunun gerçekleşmediği yolundaki kabul şekline gelince; zorunlu trafik sigortası poliçesinde ölüm halinde tazminat limiti (80.000.000) TL. olarak gösterilmiş, davacı taraf ise sigortaca iptali istenen 23.10.1993 günlü ibranamede destekten yoksun kalma tazminatı olarak

(22.406.000) TL. hesap edilmiş ve bu miktar ödenmiş bulunmaktadır. Mahkemece, iddianın araştırılması için alınan bilirkişi raporunda ise tazminat miktarı (92.454.444) TL. olarak hesap edilmiş, davalı sigorta vekili tarafından bu rapora karşı yapılan ve fakat son oturumdan sonra mahkemeye ulaşan itirazı içeren dilekçede, bu rapora itiraz edilmekle birlikte kendi uzmanına yaptırdığı rapora dayanarak davacının isteyebileceği tazminat miktarı (40.115.830) TL. olarak kabul edilerek ödenen önceki miktar düşüldükten sonra bakiye zarar olan (17.709.830) TL'yı ödeyeceklerini kabul etmiş bulunmaktadır.

Mahkemece, bilirkişi raporunda hesaplamaya esas alınan ücretlerin fahiş olduğu gerekçesiyle açıkça yetersizlik unsurunun oluşmadığı kabul edilmişse de bu konuda bilirkişiden ek rapor alınmadan bu sonuca varılması eksik incelemeye dayandığından isabetli görülmemiştir. Zira, sigortanın ibraz ettiği raporda dahi olay tarihindeki asgari ücrete göre hesaplanan tazminat miktarı (40.115.830) TL. olup davacıya ödenen tazminat ile arasındaki fark bir misline yakın bulunmaktadır. Bu oran ise açıkça yetersizliğin belirgin ve yeterli bir delilidir. Nitekim, sigortada bu hatayı kabul ederek kısmi kabulde bulunmuştur.

Bu durum karşısında mahkemece yapılacak iş; davalı sigorta şirketinin ibraz ettiği rapor ve kabul beyanı davacı tarafa sorularak kabul edilmesi halinde bu miktara hükmedilmesi, kabul edilmediği takdirde bilirkişiden ibranamenin düzenlendiği tarih olan 23.10.1993 günü itibariyle tespit edilecek asgari ücret üzerinden (sonraki fiili gelişmeler dikkate alınmaksızın) yeniden hesaplama yaptırılarak ve sigortanın yukarıdaki kabulü de dikkate alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar vermekten ibarettir..." (Y. 11 H.D. 07.04.1995 gün ve 1995/207 - 3054 E.K.)

***

"...2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu›nun 111/2 maddesinde tanınan hak, dava sırasında bir def›i olarak ileri sürülebileceği gibi, anlaşmanın yapıldığı tarihten iki yıllık hak düşürücü süre içinde bir davanın açılmış olması, davacının anlaşma (ibraname) ile bağlı kalmak istemediğinin kabulünü gerektirir. **İbraname'***nin iptali davasında zarar görenin yetersizlik, zarar verenin de fahişlik iddiaları araştırılır. Objektif olan bu unsurlar dışında, subjektif unsurların aranmaması gerektiğinden ibranamede ödendiği belirtilen tazminat ile bilirkişi raporu arasında bir misline yakın fark varsa "yetersizlik" olgusu gerçekleşmiş demektir.*

Somut olayda, davacı 12.7.2001 tarihinde meydana gelen trafik kazasından doğan davasını 18.6.2003 tarihinde açmıştır. Ayrıca aynı davada dosyaya ibraz edilen 23.01.2001 tarihli ibranamenin iptalini de talep etmiştir. Yukarda açıklanan yasa maddeleri karşısında davacı Karayolları Trafik Kanunundan kaynaklanan davalarını yasal sürede açmıştır. **İbraname'***de 2.000.000.000.TL. bedelin davacı tarafa ödendiği konusu ihtilafsızdır. İhtilaf konusu iptalin gerekip gerekmediğidir. Dava aşamasında alınan bilirkişi raporunda davacı taraf aracında oluşan zarar miktarı on milyara yakındır. Ödenen meblağ ile bilirkişi*

raporu arasında büyük fark olduğu ortadadır. Bu durumda ibranamenin yetersiz olduğunun kabulü ile iptalinde bir usulsüzlük olmayacaktır…" (Y. 17. H.D. 08.09.2004 gün ve 2004/8361-9117 E. K.)

***

"…Somut olayda davacı hasarlı araç davalı tarafça tamir ettirilmiş ve davacı ibra belgesi imzalamış ise de; tamirden bir ay sonra aracın tamiri sırasında orjinal parça kullanılmadığı ve bazı aksamın da tamir edilmediği mahkemece tesbit edilmiştir. Gerçek zarar yukarıdaki ilke kapsamında giderilmemiş olup, gizli ayıp mevcuttur. Davacı hasarlanan parçanın 2.el çıkma parça ile değişimini kabule zorlanamaz. Süresinde tesbit yaptıran ve dava açan davacının BK. 198. maddesine göre ayıplı haliyle kabulü de söz konusu değildir.

Karayolları Trafik Kanunu›nun 111. maddesine göre bu kanunda öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran ve daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarına ilişkin olup da yetersiz olan anlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler. Yasanın bu hükmünden yararlanmak için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir.

Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, özellikle oluşa ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen tazminata ilişkin hesaplamanın hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davalı sigorta vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile ONANMASINA…" (Y. 17. H.D. 16.02.2009 gün ve 2008/2862 E. 2009/682 K.)

***

"…Davacı M. T.un temyiz itirazlarına gelince mahkeme kararında istemin reddine gerekçe yapılan 4/12/1996 günlü ibraname ve feragatname başlıklı belgede yaralanmasından dolayı yapılan sağlık giderlerini davalı H. Halı San.AŞ. tarafından karşılandığını bu nedenle adı geçen şirketten her hangi bir isteği bulunmayıp dava açmayacağını bildirmiştir. Bu beyan ve açıklamanın tedavi giderini içerdiği anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde davacı davalının haksız eylemi nedeniyle geçici ve daimi işgücü nedeniyle araç hasarı zararı istediği anlaşılmaktadır. Şu durumda istenmesinden vazgeçilen kalem ile dava dilekçesinde istenen kalemler arasında farklılık bulunduğu gibi 2918 Sayılı Kanun'un 111. maddesinde bu tür belgeye dayalı irade açıklamalarının makbuz niteliğinde olduğu, davadan tamamen vazgeçme sonucunu doğurmayacağı anlaşıldığından işin esasına girip karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile tümden davanın reddi bozmayı gerektirmiştir…" (Y. 4 H.D. 20.01.2000 gün ve 1999/9461 E. 2000/237 K.)

***

"…O halde bu durum karşısında mahkemece yapılacak iş; bilirkişi raporuyla davacının annesi yönünden hak ettiği bakiye tazminat miktarı yapılan

ödeme düşüldükten sonra 5.455.779.478.-TL olarak belirlendiğinden, KTK.nun 111. maddesi hükmü de göz önüne alınarak, ibranamede belirtilen miktarın yetersiz olup olmadığının saptanıp sonucuna göre karar vermekten ibaret olup, yazılı şekilde davacıya annesi yönünden tazminat ödenip ibraname alındığı gerekçesiyle davanın bu yönden reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir..." (Y. 11. H.D. 12.06.2006 gün ve 2005/6740 E. 2006/6708 K.)

***

"...Dava, ölümlü trafik kazası sonucunda yoksun kalınan destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat istemine ilişkindir. 3.10.2002 tarihli feragatname ve ibraname ile davacılar, kaza sonucu vefat eden çocukları Ö. Ç.in ölümünde dolayı kazaya sebebiyet veren araç sahibi ve sürücüsü H. C.ndan davacı olmadıklarını, bu kazadan dolayı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmayacaklarını, bu haklarından feragat ettiklerini ve davalıyı ibra ettiklerini belirtmişler, ancak daha sonra davalı H. C.nun taahhüt ettiği maddi ve manevi tazminat ödemelerini yapmadığını beyan ederek KTK.nun 111. maddesine dayalı bu davayı açmışlardır. Davalı H. C. savunmasında davacılara maddi ve manevi her türlü yardımı yaptığı için 3.10.2002 tarihli belgenin düzenlendiğini savunmuş, davacı vekili de temyiz dilekçesinde bu belgede miktar belirtilmediği için öncelikle taraflardan ibraya konu miktarın sorularak açıklattırılması ve ödenmesi gereken gerçek tazminat miktarının tespit edilmesi ve KTK.nun 111. maddesi hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini belirterek müvekkillerine bir miktar ödeme yapıldığını zımnen kabul etmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu›nun 111. maddesine göre, bu kanunda öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler.

O halde bu durum karşısında mahkemece yapılacak iş; taraflardan dava konusu kaza nedeniyle davacılara ödenen tazminat miktarı sorulup, bu konudaki delillerin değerlendirilmesi, bilirkişi raporuyla davacıların hak ettiği destekten yoksun kalma tazminatı miktarının belirlenmesi ve KTK.nun 111 nci maddesi hükmü de göz önüne alınarak, yapılan ödemenin yetersiz olup olmadığının saptanması ve sonucuna göre karar verilmesinden ibaret olup, yazılı gerekçeyle eksik incelemeye dayalı olarak davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir..." (Y. 11. H.D. 22.01.2007 gün ve 2005/13851 E. 2007/497 K.)

***

"...2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinin ikinci fıkrasında tazminat miktarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar ve uzlaşmaların, yapıldığı tarihten itibaren iki sene içinde iptal edilir hükmü yer almaktadır. Yine madde de, sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalarında geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Ne var ki, yapılan

bir ödemenin de göz ardı edilmesi düşünülmemelidir. Yapılan ödemenin gerçek olması durumunda verilen ibraname ancak bir makbuz hükmünde düşünülmeli ve bu ödenen miktar, hüküm altına alınacak tazminattan düşünülmelidir.

Somut olayda davacıların eşi ve annesi durumundaki destekleri ölmüştür. **İbraname'***de ise davacılar «tüm maddi ve manevi haklarını aldıklarını» bildirmiş olmalarına rağmen ne miktar tazminat ödendiği yazılmamıştır. Davacılar yargılama sırasında 500.000.000 lira aldıklarının bildirmişlerdir. Bu miktarın davacıların maddi ve manevi zararlarını karşılaması mümkün olmadığından davalıların dayandığı ibranamenin makbuz niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.*

Şu duruma göre mahkemenin yapacağı iş, davacının haksız fiilden dolayı uğradığı zarar miktarını belirleyerek yapılan ödemenin tazminat miktarından düşürüldükten sonra, geriye kalan miktara hükmetmek gerektiği halde, ibraname nedeni ile davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir…" (Y. 4 H.D. 25.04.2001 gün ve 2001/583 - 4196 E.K.)

***

"…Dava, trafik kazası nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Dosya içinde bulunan 5.8.2002 tarihli ibraname ve feragatname başlıklı belgede davacılar vekilinin sigorta şirketinden 3.000.000.000 lira aldığı anlaşılmaktadır. Sigorta şirketi tarafından yapılan bu ödemenin davacıların maddi zararının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunda indirilmediği görülmektedir. Davacı F. M.ın gerçekleşen maddi zararından anılan ödemenin indirilmesinden sonra arta kalan miktara hükmolunması gerekirken mahkemece davalıların daha fazla miktarda maddi tazminat ile sorumluluklarına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir…" (Y. 4 H.D. 16.04.2003 gün ve 2002/12507 E. 2003/4814 K.)

***

"…Somut olayda mahkemece düzenlenen ibranamenin anılan yasa hükmü karşısındaki durumu ve davacının talep edebileceği destek zararının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de hükme esas alınan bu rapor, karar vermeye elverişli değildir, çünkü KTK›nun 111 nci maddesi açısından değerlendirme ibranamenin düzenlenme tarihine göre yapılmamıştır. O halde mahkemece, davalı vekilinin rapora yönelik ciddi itirazları değerlendirilip yukarıda açıklanan hususlar da gözetilerek yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir…" (Y. 11 H.D. 13.05.2010 gün ve 2008/10274 E. 2010/5320 K.)

Kanun koyucunun KTK m.111'de güttüğü gayeye, irade sakatlıklarına ilişkin genel hükümlerle de (BK m.24, m.28, m.29) ulaşılabilir.[9]

Kazaya taraf olanlardan birinin, kusurlu ve kazadan sorumlu bulunduğuna

9 Nomer, s.87; Havutçu&Gökyayla, s.268.

ilişkin yazılı beyanı, KTK m.111 f.2'ye göre değil irade sakatlıklarına ilişkin genel hükümler uyarınca iptal edilebilir.[10]

Netice itibariyle, kanun koyucu, zarar görenleri korumak maksadıyla sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmaları geçersiz saymış yahut iptal imkânı tanımıştır.

Kaynakça

AKMAN, Sermet Galip : *Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, İstanbul Üniversitesi Yayınları.*

AŞÇIOĞLU, Çetin: *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlukları, 2. Bası, Ankara 2008, Sözkesen Matbaacılık.*

BAŞAKLAR, Emin: İsviçre Karayolları Trafik Kanunundaki Hukuki Sorumluluğa İlişkin Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, y. 1976, s.1, s.59 *vd.*

ÇELİKTAŞ, Demet: *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, İzmir, Aralık 1987, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.*

DURMUŞ, Hicabi : *Trafik Kazalarından Doğan Zararlar Hakkında Sorumsuzluk Anlaşması ve Karayolları Trafik Kanunun İlgili Hükümleri, Adalet Dergisi, 1988 s.1, sh.11 vd.*

GÖKCAN, Hasan Tahsin & KAYMAZ, Seydi: *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Ankara 2000, Seçkin Yayıncılık.*

GÜRSOY, Kemal Tahir: İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Ana Hatları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

HAVUTÇU, Ayşe & GÖKYAYLA, Emre: *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999, Seçkin Yayınevi.*

KARAHASAN, Mustafa Reşit: *Sorumluluk Hukuku, 6. Bası.*

KARAYALÇIN, Yaşar : *Sorumluluk (Mesuliyet) Sigortaları, Sigorta Hukuku Dergisi, 1984, c.ll, s.1-2.*

KILIÇOĞLU, Ahmet M: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Mart 2004, Turhan Kitabevi.*

NOMER, Haluk N. : *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, 1992, c.66, s. 1-2-3, s.36 vd.*

OĞUZMAN, M. Kemal & Öz, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009,Vedat Kitapçılık.*

ORHUNÖZ, Ergun: *Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk Tazminat Sigorta, Ankara 1998, Seçkin Yayınevi.*

TANDOĞAN, Haluk : *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku; Ankara 1981.*

YILMAZ, Zekeriya: *Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, c.1, Ekim 2007, Adalet Yayınevi.*

Yargıtay kararları için başta Corpus İçtihat Programı olmak üzere muhtelif dergi ve içtihat programlarından yararlanılmıştır.

10 Nomer, s.87.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

MURİS MUVAZAASI • TEREKEDEN MAL KAÇIRMA

ÖZET: Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil istemine ilişkin olup; mahkemece, toplanan delillere göre murisin terekeden mal kaçırma amaçlı olarak nizalı taşınmazı davalıya tapuda satış göstermek suretiyle devrettiği anlaşıldığından tescil ve iptale karar verilmişse de, davacılardan Salih, davalı Mesut`un babasıdır. Tapuda devir işleminin yapıldığı tarihte davacının velayeti altında olduğundan ve bir kimsenin kendi muvazaasının sonuçlarından yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunduğundan onur davasının reddine karar verilmesi gerekir.

Y.HGK E: 2010/1-1 K: 2010/32 T: 27/01/2010

Taraflar arasındaki "tapu iptali ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tekirdağ 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 25.12.2008 gün ve 2008/67 E.-370 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 26.02.2009 gün ve 2009/1721 E.2493 K. Sayılı ilamı ile;

(...Dava muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil istemli olarak açılmış, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamına, toplanan delillere göre murisin terekeden mal kaçırma amaçlı olarak nizalı taşınmazı davalıya tapuda satış göstermek suretiyle devrettiği anlaşıldığından aşağıda belirtilen husus dışında kalan davalının tüm temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; işlemin danışıklı olduğu amacın terekeden mal kaçırma için muris tarafından yapıldığı belirlenmiş olduğundan kural olarak tüm davacılar yönünden davanın kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.

Ancak davacılardan S. davalı M.`un babasıdır. Tapuda devir işleminin yapıldığı 1997 tarihinde davacının velayeti altındadır. Bu nedenle tapuda davalı adına satış gösterilerek yapılan intikalde davalının velisi olarak (davalının dava dışı olan annesi ile birlikte) işleme taraf olmuş ve davalı adına tapuda devir işlemini gerçekleştirmiştir.

Dosya arasında bulunan resmi senette muris taşınmazı bedeli karşılığı sattığını belirtmiş, davacı baba da bedelini vererek taşınmazı davalı adına aldığını açıklamıştır. Diğer davacıların bu devrin danışıklı olduğuna dair kendi miras

haklarına dayanarak açtıkları bu davanın her türlü delil ile ispatı mümkün ise de, davacı Salih işlemde velayeten taraf olduğundan kendisinin bizzat yaptığı bu işlemin muvazaalı olduğunu iddia etmesi mümkün değildir. Burada bir hususu açıklamakta yarar vardır. Bir işlem ya muvazaalıdır ve bu nedenle davada taraf olanların tümü için geçersizdir veya değildir. İşlemin bazı davacılar için geçerli, bazıları için geçersiz olduğunu söyleme olanağı yoktur. Bu nedenle davacı Salih yönünden de geçersiz olduğu söylenebilir. Ancak burada bir ayrım söz konusudur. Davacı her ne kadar tapudaki muvazaalı işlemde velayeten bulunmuş ise de işlemin tarafıdır, taşınmazı bedel ödeyerek davalı adına aldığını resmi memur huzurunda beyan etmiştir. O halde kendisinin de bir muvazaası söz konusudur ve kural olarak hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemez. Kaldı ki böyle bir hak talebi herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunamayacağını belirten TMY ikinci maddesine de aykırıdır.

Bu durumda davacı S.`in kendi muvazaasının sonuçlarından yararlanması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunduğundan bu kişi yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı

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 kararından açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; tapuda devir işleminin vekil aracılığı ile değil, ergin olmayan davalının velisi aracılığı ile ve herhangi bir yerden talimat almadan bizzat velinin inisiyatifi ile yapılmış 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: Davalının 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 27.01.2010 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava Borçlar Yasası'nın 18. Maddesinden kaynaklanan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali-tescil isteğine ilişkindir.

Çekişme konusu 2046 parsel sayılı taşınmazın miras bırakan H.İ. tarafından 22.08.1997 tarihinde davalı M`a satış suretiyle temlik edildiği, işlem tarihinde ergin olmayan M. adına akde annesi F. ile

babası S`ın katıldıkları, baba S`ın muris H.İ`in oğlu olup, eldeki davanın davacıları arasında yer aldığı kayden sabittir.

Bilindiği üzere, muvazaa tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ancak kendi gerçek iradelerine uygun düşmeyen, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları halidir. Bir başka anlatımla ve en sade haliyle muvazaa irade ile beyan arasındaki aykırılıktır. Muvazaa kanıtlandığı takdirde sözleşme batıl olacağından hiçbir hüküm ve hukuksal sonuç doğurmayacaktır.

Somut olayda lehine temlik yapılan davalı akit tarihinde 16 yaşında olup ergin değildir. 16 yaşındaki çocuğun parasının olması ve bedel ödemesi söz konusu olmadığı gibi, böyle bir durum hayatın olağan akışına da terstir. Bunun yanında davalı, bedelin ailesi tarafından ödendiği gibi bir savunma da getirmemiştir. Nitekim akde veli sıfatı ile katılan baba S. , temlikin bedelsiz yapıldığı iddiası ile eldeki davayı açmıştır. Tüm bu nedenlerle temlikin bedelsiz ve muvazaalı olduğu açıktır.

Esasen, sayın çoğunluk ile bu noktada görüş aykırılığı da bulunmamaktadır.

Ancak, davalı M.`un akit tarihinde ergin olmaması nedeniyle akitte velayeten anne ve babasının yer aldıkları hususuna yukarda değinilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 335. Maddesine göre Ergin olmayan çocuk anne ve babasının velayeti altındadır. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 342/1. Maddesine göre ana ve baba velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcileridir. Velayeten yapılan eylem ve işlemlerde çocuklarının menfaatlerini korumakla da yükümlüdürler.

Davanın davacılarından S.`in ergin olmayan çocuğunun yasal temsilcisi sıfatı ile miras bırakanın temlikinde yasal zorunluluk nedeniyle ve çocuğun menfaatini gözeterek yer aldığı kuşkusuzdur. Ancak, bu akit hukuki sonuç doğurmuyorsa yasal zorunluluk gereği yer alan babanın akdin tarafı kabul edilip yasa hükümlerinin aleyhine uygulanmasının hukuk kuralları ile bağdaştığından söz edilemez.

Diğer bir ifade ile miras bırakanın torununa mirastan mal kaçırmayı amaçlayarak muvazaalı işlemle yapmak istediği mal kazandırımına, velisi S.`in ".....bu işlem muvazaalıdır, ben yapamam!.." diyerek engel olması, çocuğun yararını yeterince gözetmediği anlamına gelir. Burada velinin işleme katılımı haksız eyleme iştirak değil, çocuk yararına hareket olarak değerlendirilmelidir. Velinin bu duyarlı eylem ve işlemini, O`nun TMK`nın 2. ve 3. maddeleri anlamında dürüstlüğe aykırı ve kötü niyetli sayıp kabul etmek, diğer mirasılardan dışlayarak miras hakkından mahrum etmek, yasa koyucunun amacını aşan ağır bir yaptırım olacaktır.

Uyuşmazlık konusu Velayeten yapılan işlemi vekaleten yapılan işlemle mukayese etmek, ayrıca velinin eylemini haksız eylem hükümleriyle anlatmaya çalışmak da, somut olaya uygun düşmemektedir.

Öte yandan, murisin yaptığı temlikin bir kısım mirasçılar bakımından muvazaalı bir kısmı bakımından da geçerli kabul edilmesi iradenin bölünemeyeceği kuralına da ters düşer.

Hemen belirtilmelidir ki, burada tartışılması gereken "irade", akde ergin olmayan çocuğu adına katılan davacı S.`in iradesi değil, temliki işlemi gerçekleştiren miras bırakan H.İ`in iradesidir.

Tüm bu açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında davanın kabulüne ilişkin direnme hükmünün onanması düşüncesinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.

GÖREVLİ MAHKEME • USULİ KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: Öncelikle belirtmek gerekir ki, görevi kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, Yerel mahkemenin davanın kubulüne yönelik önceki kazanım esastan bozulmasına ilişkin Özel Daire bozmasına uymuş olması bu yönden taraflardan biri yararına usuli kazanılmış hak doğurmaz, uyulan bozmadan sonra dahi uyuşmazlığın görev yönünden değerlendirilmesi usulune olanaklıdır.

Somut olayda da karar Asliye hukuk mahkemesince verilmiş olduğuna ve ilk karar verilene kadar görev itirazında bulunulmadığına göre artık Sulh Hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görev itirazında bulunulamaz.

Y.HGK E: 2010/1-55 K: 2010/64 T: 10.02.2010

Taraflar arasındaki "Muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Akhisar 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 23.07.2008 gün ve 2007/51 E: 2008/284 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 19.02.2009 gün ve 2009/691-2053 sayılı ilamı ile;

(...Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, davacıların davada miras payları oranında tapu iptal ve tescil isteğinde bulundukları görülmektedir. Mahkemece yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu, dava konusu taşınmazın değerinin 11.320.-TL., davacıların miras payları toplamının ise 3/21 olduğu, bu durumda iptal edilen dava konusu payların değerinin 1.617.14.-TL`yi bulduğu görülmektedir.

Davacı vekili keşiften sonra, davaya bakma görevinin Sulh Hukuk Mahkemesi'ne ait olduğu gerekçesiyle görev itirazında bulunulmuştur.

Bu durumda, HUMK`un 8. Maddesini değiştiren 17.04.2004 tarihli 5219 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi gereğince davaya bakma görevinin Sulh Hukuk Mahkemesi'ne ait olduğu kuşkusuzdur.

Öte yandan; kabul tarzı itibarı ile de, davada pay oranında tapu iptal ve tescil isteğinde bulunulduğu gözetilerek, taşınmazın iptal edilen payların değeri üzerinden taraf yararına harç vevekalet ücreti takdiri gerekirken, fazla harç ve vekalet ücreti takdiri de doğru değildir.

Hal böyle olunca, dava konusu taşınmazın dava tarihindeki değeri üzerinden davacıların iptal ve tecil ettikleri miras paylarının toplam değeri dikkate

alınarak davaya bakma görevinin sulh hukuk mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmiş olması doğru değildir. Davalının bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir....) 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:

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir.

Davacılar vekili, davacıların murisinin mal kaçırmak amacıyla ve muvazaalı olarak 429 ada 52 parsel sayılı taşınmazını davalı kızına satış göstererek temlik ettiğini ileri sürüp, miras payları oranında satışın iptali ile adlarına tescilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, murisin taşınmazlarını mirasçıları arasında paylaştırmayı amaçladığını, davacıların babasının kök muristen hakkını aldığını bildirip davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkeme'nin davanın kabulüne dair verdiği ilk karar davalının temyizi üzerine Özel Dairece eksik araştırma nedeniyle bozulmuş, bozmaya uyularak davanın kabulüne dair verilen karar davalının temyizi üzerine Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme ilk karardan sonra artık görev itirazı yapılamayacağı gibi mahkemenin de resen görevsizlik kararı veremeyeceği gerekçesi ile kararında direnmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki görev kamu düzenine ilişkin bulunduğundan,Yerel Mahkeme'nin davanın kabulüne yönelik önceki kararının esastan bozulmasına ilişkin Özel Daire bozmasına uymuş olması bu yönden taraflardan biri yararına usulü kazanılmış hak doğurmaz; uyulan bozmadan sonra dahi uyuşmazlığın görev yönünden değerlendirilmesi usulen olanaklıdır.

Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 7/3. Maddesi aynen "Bir dava, asliye mahkemesinde hükme bağlandıktan sonra, davanın sulh mahkemesinin görevi içinde olduğu ileri sürülerek üst mahkemede itirazda bulunulamaz." Şeklindedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere ancak asliye mahkemesinde karar verilene kadar sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu ileri sürülüp itiraz da bulunulabilinirse de karar verildikten sonra davanın sulh mahkemesinin görevi içinde olduğu ileri sürülerek bu konu temyiz nedeni yapılamaz.

Somut olayda da karar Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilmiş olduğuna ve ilk karar verilene kadar görev itirazında bulunulmadığına göre artık Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle görev itirazında bulunulamaz. İlk kararın bu nedenle temyiz edilmiş olması sonucu değiştirmez. Direnme kararı bu nedenle yerindedir.

Ne var ki davalı vekilinin sair temyiz nedenleri özel dairece incelenmemiş olduğundan, dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan dosyanın davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için **1. Hukuk Dairesine gönderilmesine**, 10.02.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

PAYLI MÜLKİYET • ŞUF`A DAVASI • İYİNİYET

ÖZET: Dava, 4721 sayılı T.M.K.`nun 732. Mad. Hükmüne dayalı olarak açılmış şuf`a davası olup; davalı Mehmet`in dava konusu taşınmazın 528/972 payını 28.02.2005 günü 13.000.-TL.`ye satın aldığı halde T.M.K.`nun 733. Maddesi uyarınca davacı paydaşa pay satın aldığını noter kanalıyla bildirmeyerek üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği ve bu payı satın aldıktan kısa bir süre sonra da 29.09.2005 günü eşine bağış göstererek, Şufà hakının kullanımı engellemek için temlik ettiği, eşi Şefika`nın da eşinin diğer paydaşa noter bildirimi yapmadığını ve kötü niyetli olduğunu bilecek konumda olduğu anlaşılmakla; yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir.

Y.HGK E: 2010/6-94 K: 2010/100 T: 24.02.2010

Hukuk Genel Kurulu`nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, şufa hakkı nedeniyle tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davalı M.K. 28.02.2005`de Antalya Kızılsaray Mah. 7463 ada 13 parselden 5287972 pay satın almış; davacı diğer paydaş şufa hakkını kullanmadan önce de, 29.09.2005 tarihinde eşi Ş.K.`a hibe etmiştir. Eldeki dava 06.07.2007 tarihinde açılmıştır.

Yerel Mahkemece, davalılardan Ş.K. ile M.K. karı-koca olmaları ve akit tablosunda gösterilen rayiç değer ile tanık beyanları gözetildiğinde, davalılar arasındaki bağışlama sözleşmesinin davacı hissedarın önalım hakkını bertaraf etmek için muvazaalı olarak yapıldığı kanaatine varılarak, davanın kabulüne ve tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiştir.

Özel Dairece, davacının tapuda yapılan bağışın satış olduğunu kanıtlayamadığı, önalım hakkının sadece payın üçüncü kişiye satılması halinde kullanılabileceği ve dava konusu edilen payın da davalı Ş.K.`a bağışlanmış olduğu anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmesi gerektiği , gerekçesi ile hükmün bozulması üzerine; yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu`nca davalılar vekilinin temyizi üzerine yapılan incelemede Özel Dairenin bozma kararı benimsenerek direnme kararı bozulmuş; davacı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Uyuşmazlık; eşler arasındaki bağışın gerçekte şufa hakkının kullanılmasını engelleme amacı ile muvazaalı olarak yapılıp yapılmadığı; dolayısı ile şufa hakkının kullanılıp kullanılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu`nun "Devir Hakkının Kısıtlamaları" üst başlığı altında "yasal önalım hakkı" kenar başlıklı 732. Maddesi; "Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler." Hükmünü içermektedir.

Madde gerekçesinde ise: "maddede paylı mülkiyette herhangi bir paydaşın kendi payını ister tamamen ister kısmen bir başkasına satması halinde, diğer paydaşların önalım haklarını kullanabilecekleri öngörülmüştür. Bu suretle, önalım hakkının, bir payın üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması durumunda da kullanılabileceği vurgulanmıştır." Denmektedir.

Aynı kanunun " Kullanma yasağı, Feragat ve Hak Düşürücü Süre" kenar başlıklı 733. Maddesi,

"Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir. Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer." Şeklinde düzenlenmiştir.

"Madde gerekçesinde de; "Bununla önalım hakkının, paylı mülkiyetteki payın, pay sahibinin iradi satışlarında kullanabileceği vurgulanmış, bu satış pay sahibinin kendi serbest iradesine dayanmıyor, cebri arttırmaya dayanıyorsa önalım hakkının kullanılamayacağı öngörülmüştür… Maddenin üçüncü fıkrası satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi yükümlülüğünü getirmiştir. Bu bildirimin noter aracılığı ile yapılması öngörülmüştür. 1984 tarihli Öntasarının 653. Maddesinin beşinci fıkrasında da yer alan bu hüküm sayesinde uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabileceği üst süre olan 10 yılın bitimine kadar bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır." Denmektedir.

Kural olarak; bir taşınmazda önceden beri paydaş olan bir kimsenin kendi payını doğrudan eşine bağışlaması durumunda, bu işleme karşı şufa (önalım) hakkının kullanılamayacağı her türlü izahtan varestedir.

Ne var ki, eldeki davada davalı M.`in baştan beri paydaş olmayıp, şufalı payı satın alan ve hemen ardından diğer davalı eşine bağışlayan durumunda bulunduğu; davacı paydaşın da gerçekte böyle bir bağış ya da devrin olmadığı, bağışın muvazaalı olduğu iddiasıyla bu işleme dayalı kaydın iptali istemiyle şufa (önalım) hakkını kullandığı belirgindir.

Bu noktada, muvazaa kavramının hukuksal niteliği hakkında şu açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür:

Muvazaa, en basit tanımıyla, bir sözleşmenin taraflarının, üçüncü kişilerden gerçek durumu gizleyerek, onları aldatmak maksadıyla, gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarıdır. Bu şekilde yapılan işlemlere de, muvazaalı işlemler adı verilir.

Nispi (mevsuf) muvazaa, ya sözleşmenin niteliğinde, ya konusunda ve şartlarında ya da tarafların şahsında ortaya çıkabilir. Bu durumda, görünüşteki işlem tarafların gerçek iradesine uygun bulunmadığından, her koşulda geçersizdir. Gizli işlem ise, yasanın o işlem için öngördüğü şekil şartına ve ayrıca herhangi bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için aradığı genel geçerlilik şartlarına uygun bulunduğu takdirde geçerli olabilecektir.

Diğer taraftan, görünüşteki hukuki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Somut olay yönünden önem taşıyan yön de budur.

Görünüşteki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekle bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaa iddiasını tanık da dahil olmak üzere her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunu yazılı delille kanıtlama yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu`nun 02/10/2002 gün ve 2002/6-618 K. Sayılı kararı)

Diğer taraftan, 14.02.1951 tarih ve 1949/17 E; 1951/1 K Sayılı Yargıtay İçtihadı Birletirme Kararında da; "Vakıa ve karinelerden olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötü niyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep ve vecih kalmayacağı ve dava hakkının doğumunu sağlayan veya bertaraf eden iyi ve kötü niyetin bu durumda mahkemece resen nazara alınabileceği" kabul edilmiştir.

Bu ilke ve kurallar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davaya konu davacının paydaş olduğu Antalya Kızılsaray Mah. 7463 ada 13 parsel sayılı taşınmazda bulunan 528/972 pay; bir kısım paydaşlar tarafından 28.02.2005 tarihinde 13.000.-TL. bedelle davalılardan M.K.`a satılmış; yapılan bu satış alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşa noter aracılığıyla bildirilmemiştir. Bu arada davalı M. , söz konusu payı 29.09.2005 tarihinde diğer davalı eşine tapuda 13.000.-TL. bedel göstererek bağışlamıştır.

Davacı, paydaşı olduğu taşınmazda davalılardan M.`e yapılan satış işlemine karşı şufa hakkının kullanılmasın önlemek iççin, M.`in diğer davalı eşiyle yaptığı bağış sözleşmesi ile muvazaalı şekilde payını devrettiğini ve bu nedenle yapılan son bağış işleminin gerçek bir bağış olmadığını ifadeyle, 06.07.2006 tarihinde eldeki davayı açmış; bağış sözleşmesine dayalı tapu kaydının iptali ile şufa hakkının kullandırılarak, bu payın kendisi adına tescilini istemiştir.

Şu hale göre, bozma ilamında işaret edilen, davacının, son temlikin muvazaalı

olup, gerçekte payın satıldığını ileri sürerek önalım davası açtığı yönündeki belirleme somut olaya uygun düşmemekte; dvacının, bağış şeklinde yapılan son temlikin aslında satış olduğu yönünde bir iddiası da bulunmamaktadır.

Öte yandan, yapılan ilk satış işleminde alıcı konumunda bulunan M. ve onun tarafından yapılan bağış sonucu temlik alıcısı Ş. davada davalı olarak yer almışlardır. Taraflar arasındaki son bağış işleminin muvazaalı olduğu iddiası mevcut olduğundan, muvazaalı işlemin tarafı olan hir iki kişinin de görülmekte olan davada davalı olarak yer almasında taraf sıfatı yönünden bir sorun bulunmamaktadır.

Mahkemece yerinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen 02.10.2007 tarihli bilirkişi raporunda temlik itibariyle yapın değerinin 382.528.96.-TL. dava tarihi itibariyle ise 421.509.44.-TL. olduğu belirtilmiştir. Dinlenen tanıklar da yeminli beyanlarında; şufalı payın gerçek alıcısının aslında H.T. olduğu halde muvazaalı olarak davalı M. üzerine satın alındığını ve onun da eşi olan Ş.K.`a bağışladığını, tüm bu işlemlerdeki gerçek amacın satış ya da bağış olmayıp, şua hakkının kullanılmasının engellenmesi olduğunu, H.`ın davalı M.`in de bulunduğu bir ortamda tanıklar huzurunda "biz burayı başkası üzerine aldık, o da eşine hibe etti, ne yaparsanız yapın, bir şey yapamazsınız, hak iddia edemezsiniz" şeklinde beyanda bulunduğunu ifade etmişlerdir.

Hal böyle olunca; tüm dosya kapsamına göre; davalı M.`in dava konusu taşınmazın 528/972 payını 28.02.2005 tarihinde 13.000.-TL. ye satın aldığı halde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 733. Maddesi uyarınca davacı paydaşa pay satın aldığını noter kanalı ile bildirmeyerek üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği ve bu payı satın aldıktan kısa bir süre sonra da 29.09.2005 tarihinde eşine bağış göstererek, şuf`a hakkının kullanımını engellemek için temlik ettiği anlaşılmaktadır. Davalı Ş.'nın, eşinin diğer paydaşa noter bildirimi yapmadığını ve eşinin kötü niyetli olduğunu bilebilecek bir konumda bulunduğu sabittir.

Olayların gelişiminden, gerek davalı M.`in, gerekse eşi Ş.`nın tarafı bulundukları bağış işleminde kötü niyetli oldukları; asıl amaçlarının bağış işlemi yapmak olmayıp, şufa hakkının kullanılmasının önlenmesi olduğu açık bir biçimde anlaşılmaktadır.

Bu şekilde kötü niyetli temliklerde salt araya bağış işleminin girmesi nedeniyle şufa hakkının kullanılamayacağının kabul edilmesi durumunda, pay satın alanların şufa hakkının kullanılmasını önlemek için kötü niyetli bir şekilde hemen satın aldıkları payı bir yakınlarına bağış yoluyla devrederek şufa hakkının kullanılması olanağını büsbütün ortadan kaldıracakları; bu durumun da kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

O halde, somut olayda "muvazaalı şekilde yapılan bağış olarak gösterilen işlemin; davacı yönünden geçersiz ve asıl amacın davacının şufa hakkını kullanımının engellenmesi olduğuna, bu nedenle yapılan ilk satış nedeniyle davacının şufa hakkını kullanabileceğine" ilişkin yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir. Ancak, diğer temyiz itirazları Özel Dairece incelenmemiştir.

Bu nedenle, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile "bozma" yönündeki Hukuk Genel Kurulu`nun 11.11.2009 gün ve 2009/6-427 E. ve 492K. Sayılı kararının kaldırılması ve direnme uygun bulunmakla, diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; "şufa (önalım) hakkının kullanılabileceği yönündeki" direnme uygun bulunmakla, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Hukuk Genel Kurulu`nun 11.11.2009 gün ve 2009/6-427 E. ve 492 K. Sayılı bozma kararının kaldırılmasına, dosyanın diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için **6. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 24.02.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

BOŞANMA VE AYRILIK DAVASINDA YETKİ

ÖZET: Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri eşlerin birlikte oturdukları yer mahkemesidir.

Bu yetki kamu düzeniyle ilgili olmayıp, taraflara tanınmış seçimlik hak nedeniyle kesin yetki kuralı da değildir. Bu nedenle resen araştırma ilkesi de söz konusu değildir. Yetki itirazı ilk itiraz olarak ileri sürülmelidir.

Y.HGK E: 2010/2-63 K: 2010/119 T: 03.03.2010

(Taraflar 12.11.2004 tarihinde evlenmişler, boşanma davası, davacı kadın tarafından 06.10.2008 tarihinde açılmış olup, davacının Moldova uyruklu, davalının ise Türk vatandaşı olduğu anlaşılmaktadır.

Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önceki son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. (TMK.m.168) Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. (TMK. M.19/1) 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na dayanılarak çıkartılan ve 15.08.2007 tarihinde yürürlüğe konulmuş olan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği (R.G. 15.12.2007 sayı 26377)`ne göre; Türk vatandaşlarının ve Türkiye`de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli ikamet tezkeresi ile bulunan yabancıların yerleşim yeri adresleri Merkezi Adres Kayıt Sistemi olarak Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü tarafından elektronik ortamda tutulur. (Yönetmelik m.9.10) Yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin beyanı esas alınır. Adres beyan formundaki bildirimler aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. (Yönetmelik m.13/1)

O halde açıklanan yönetmelik hükümleri uyarınca davacının ve davalının dava tarihindeki yerleşim yeri adreslerinin Merkezi Adres Kayıt Sistemin'den sorulması, tarafların yerleşim yeri ve davadan önce son altı aydan beri birlikte oturdukları yerle ilgili taraflardan delillerinin sorulup toplanması ve tüm deliller

birlikte değerlendirilerek yetkili mahkemenin tayini gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir...) 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:

Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenine dayalı boşanma istemine ilişkindir.

Davacı Moldova uyruklu, davalı ise Türk vatandaşıdır. Taraflar, 12.11.2004 tarihinde evlenmiş, eldeki dava ise davacı kadın vekili tarafından 06.10.2008 tarihinde İstanbul Aile Mahkemesi'nde açılmıştır.

Davalı, davacı ile müşterek ikametgahlarının İstanbul ilinde olmadığını, kendisinin ise Kayseri ilinde oturduğunu, bu nedenle Kayseri Mahkemeleri'nin yetkili olması gerektiğini bildirerek, süresi içinde yetki itirazında bulunmuştur.

Mahkemece, davalının yetki itirazı kabul edilerek davanın yetki yönünden reddine, Kayseri Aile Mahkemesi'nin yetkili olduğuna karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire; yukarıya başlık bölümüne aynen alınan gerekçeyle, tarafların yerleşim yeri ve davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yerle ilgili taraflardan delillerinin sorulup toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek yetkili mahkemenin tayini gerektiği noktasından bozulmuştur.

Yerel Mahkeme, davacı tarafın duruşmadaki imzalı beyanıyla halen Karaköy`de oturduğunu, daha önce davalı ile birlikte Ümraniye`de oturduklarını, ayrılmalarını takiben de davalının Kayseri`ye yerleştiğini, bildirdiğini, vekaletnamede de davacının adresinin Karaköy olarak yer aldığını, bu yerin İstanbul ili Beyoğlu ilçesine bağlı olduğunu, davacı vekilinin 02.12.2008 tarihli aynı celsedeki imzalı beyanı ile mevcut duruma göre dosyanın karara bağlanmasını istediği ve delil bildirmeyeceklerini beyan ettiği, durum bu olunca davacı taraftan yeniden delil bildirilmesini istemenin usul ve yasaya aykırı olacağı, gerekçesiyle önceki kararında direnmiş; hükmü davacı vekili temyiz etmiştir.

Bilindiği üzere, boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu`nun 168. Maddesi gereğince, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.

Bu hüküm kamu düzeni ile ilgili olmayıp, taraflara tanınmış seçimlik hak nedeniyle kesin yetki kuralı niteliğinde de değildir. Bu nedenle resen araştırma ilkesi de söz konusu değildir. Yetkisizlik ilk itiraz olarak ileri sürülmedikçe mahkemenin kendiliğinden araştırma yapıp, yetkisizliğe karar vermesi olanağı da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, davacı vekili duruşmadaki açık ve imzalı beyanı ile delillerini hasretmiş; başka delil bildirmeyeceğini belirtmiş; hazır bulunan müvekkili de bu beyanı derhal tekzip etmemiştir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu`nun 69. Maddesi gereğince, vekilin duruşmadaki bu beyanı müvekkili tarafından derhal tekzip edilmezse müvekkilinden sadır olmuş sayılır. Bu açık olguya rağmen, mahkemeden delil bildirmeyeceğini bildiren davacı yana bu konuda yeni bir olanak sağlaması beklenemez.

Şu durumda; davalının yetki itirazında, davanın açıldığı yerin eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer olmadığını, kendi oturduğu yer olan Kayseri Mahkemeleri'nin yetkili olduğunu ileri sürmüş; davacının da duruşmada, şu anda Karaköy`de oturduğunu, Karaköy`e gelmeden önce davalı ile beraber Ümraniye`de 3.5 yıl oturduktan sonra ayrıldıklarını, ayrılınca davalının Kayseri`ye gittiğini ifade etmesine ve özellikle aynı celse davacı vekili tarafından imzalı beyanla mevcut duruma göre dosyanın karara bağlanması, delil bildirmeyecekleri yönünde beyanda bulunulmuş, bu beyana hazır bulunan müvekkilinin karşı çıkmamış olmasına göre, davanın açıldığı İstanbul Mahkemelerinin ne eşlerden birinin yerleşim yeri ne de tarafların davadan önce son altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi olmadığı, davalının yerleşim yerinin ise Kayseri olduğu anlaşıldığından, yeniden araştırma yapılmasını gerektirecek bir yön bulunmamaktadır.

O halde, mahkemenin aynı gerekçelere dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup; onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, gerekli ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına 03.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KİŞİ ADININ DEĞİŞTİRİLMESİ • DAVADA AKTİF HUSUMET

ÖZET: Adın değiştirilmesine ilişkin dava kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, adın değiştirilmesi davasını o adın sahibinden başkası açamaz.

Şartların varlığı halinde üçüncü kişiler bir kişinin adının ne şekilde olması gerektiği yolunda tespit davası açabilirler.

Y.HGK E: 2010/18-135 K: 2010/136 T: 10.03.2010

Taraflar arasındaki "İsim tashihi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Erzincan Asliye 1. Hukuk Mahkemesi`nce davanın kabulüne dair verilen 15.01.2009 gün ve 2008/816 E.2009/29 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı temsilcisi tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi`nin 08.06.2009 gün ve 2459-6143 sayılı ilamıyla;

(…. Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının ölmüş olan babasının nüfus kütüğünde yazılı olan C.A. adının C.A.. olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Aile Nüfus kayıt tablosu içeriğinden davacı F.A.`nun babası C.A.`ın 01.07.1917 doğumlu olarak 03.12.1925 tarihinde nüfusa tescil edildiği ve 10.04.1999 günü öldüğü, davacının baba adının da C. A. Olduğu anlaşılmaktadır.

Özel hukuk açısından ad, kişiyi tanıtan ve onu diğer bireylerden ayırmaya yarayan bir kavramdır. Kendine özgü kişiliği ve özvarlığı olan her birey, başkalarından adıyla ayırt edilir, toplum ve ailesi içinde bununla yer alır. Onun içindir ki her kişinin bir adının olması ve adının nüfus siciline yazılması yasayla zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluk aynı zamanda kişinin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir öğesini oluşturan adını özgürce seçmesi ve onunla tanınması için kendisine tanınmış bir temel kişilik hakkıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış olan adın, kişilik hakları içerisinde taşıdığı önemi göz önünde bulunduran 4721 sayılı Türk Medeni Yasası'nda kişiliği korumaya ilişkin hükümlerle yetinilmeyip (m.23-25) onu ayrıca düzenlemek yoluna gidilmiştir. (m.26-27) Buna göre anılan Yasanın 27. Maddesi hükmü uyarınca adın değiştirilmesi, ancak haklı nedenlere dayanılarak hakimden istenebilir ise de kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ad üzerindeki bu hakkı, kişinin kendisinden başkası kullanamaz.

O halde somut olayda, yaşamı süresince nüfus kütüğünde azılı (C.A.) adını taşıyıp bu adla öldüğü anlaşılan kişinin (babanın) adının değiştirilmesi istemiyle davacı (oğlu) tarafından açılan davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerekirken, mahkemece işin esasına girilerek istem gibi hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı görülmüştür…) 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 dosyasındaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü.

Dava davacının ölmüş olan babasının nüfus kütüğünde yazılı olan "C.A." adının "C.A. " olara düzeltilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemenin "davanın kabulüne" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş;Yerel Mahkemece,"davacının murisinin ölene kadar C.A. ismi ile tanındığı ve nüfusa bu adla kayıtlı olduğu,murisin isminin düzeltilmesinin tüm mirasçılar tarafından verilen vekaletnamede ile istendiği ve davacıların, murisin isminin değiştirilmesin hukuki menfaatler bulunduğu" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme yoluyla hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık ; muris/babanın adının düzeltilmesi istemiyle açılan davada ,davacı oğlunun aktif husumet ehliyetinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, bir davada taraf sıfatı, dava konusu sübjektif hak(dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla davacı sıfatı (aktif husumet) dava konusu hakkın sahibine ,davalı sıfatı (pasif husumet) o hakka uymakla yükümlü olan kişiye aittir.

Bu noktada, mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için,bu kişilerin o davada gerçekten davalı ve davacı sıfatlarına sahip olmaları gerekir.

Bir davada taraflar olarak gösterilen kişiler , taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa , davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava , sıfat yokluğun (husumetten) reddedilir.

Görüldüğü üzere , taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp , dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur .

Öte yandan ,4721 Sayılı Türk Medeni Kanun,"Ad Üzerindeki Hak" başlığı altında ve "Adın Korunması" yan başlığı ile düzenlenen 26. Maddesinde,

"Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir.

Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir. "Hükmüne yer verilmiş; 27. Maddesinde ise,

"Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hakimden istenebilir.

Adın değiştirildigi nüfus siciline kayıt ve ilan olunur.

Ad değişmekle kişisel durum değişmez.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir." Hükmü öngörülmüştür.

Aynı başlık altında düzenlenen bu açık hükümler karşısında, ad üzerindeki hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve bu hakkın kişinin kendisinden başkası tarafından kullanılamayacağı her türlü duraksamadan uzaktı.

O halde, adın değiştirilmesine yönelik bir davada davacı sıfatının (aktif husumetin), dava konusu o hakkın sahibine ait olduğu kuşkusuzdur.

Somut olayda, davacının murisi babası C.A. 10.04.1999 tarihinde vefat etmiş ve davacı F.A. tarafından, babasının nüfus kütüğünde yazılı olan "C.A." adının "C.A." olarak düzeltilmesi istemiyle 17.08.2008 tarihinde görülmekte olan dava tüm işlemlerde bağlayıcılığının bulunacağı açıktır.

Ne var ki; az yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca, kişiye sıkı sıkıya bağlı bulunan dava kosunu ad üzerinde hak sahibi bulunmayan davacı F.A.`nun eldeki davada aktif husumet ehliyetinin bulunduğundan söz edilmesi olanaklı değildir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu`nca da benimsenen ve Özel Daire bozma kararına uyularak, davanın davacının aktif dava ehliyetinin

bulunmaması nedeniyle reddine kaar verilmesi gerekirken; yanılgılı gerekçeyle davanın kabulüne dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı temsilcisinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine 10.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

DİRENME KARARI • GEREKÇELİ OLMA ZORUNLULUĞU

ÖZET: Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa`nın 141/3 maddesi ve onu koşut bir düzenleme içeren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu`nun 388. Maddesi işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.

Öte yandan, bazen bir mahkeme kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm, kesin veya güçlü delil oluşturup oluşturmayacağı gibi konularda yapılacak hukuksal değerlendirmelerin sağlıklı olabilmesi de, o kararın yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür…

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında: Yerel Mahkemece verilen direnme kararının yukarıda açıklanan nitelikte bir yasal gerekçeyi içermediği çok açıktır. O halde, direnme kararı salt bu nedenle bozulmalıdır.

Y.HGK E: 2010/1-139 K: 2010/152 T: 17.03.2010

Taraflar arasındaki "tapu kaydının iptali, elatmanın önlenmesi ve yıkım" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Silifke 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 30.12.2008 gün ve 2004/947 E. 2008/549 K. Sayılı kararın incelenmesinin davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2009 gün ve 2009/5647, E.2009/7459 K.sayılı ilamı ile;

"Dava, çekişmeli taşınmazın kıyı kenar çizgisine göre kıyıda kaldığı iddiasına dayalı tapu iptali, sicilin terkini, elatmanın önlenmesi ve yıkım isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm yalnız davacı hazine tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine ve toplanan delillere göre; çekişme konusu taşınmazın kadastro tespitinin 16.08.1966 tarihinde kesinleştiği, davanın ise 21.09.2004 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar çekişmeli taşınmazın kıyı kenar çizgisi içinde kalan bölümünün devletin hüküm ve tasarrufu altında ve kamu malı niteliğinde özel mülkiyete konu olamayacak (Anayasa'nın 43, 3402 Sayılı Kadastro Yasası'nın 16/C maddesi gereğin-

ce) yerlerden olduğu keşfen saptanmış ise de; 25.02.2009 tarihinde kabul edilip 14.03.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5841 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi ile 3402 Sayılı Yasa'nın 12. Maddesinin 3. Fıkrasına eklenen" bu hüküm iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri dahil tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır." Ve 3. Maddesi ile eklenen geçici 10. Maddesinin" bu kanunun 12. Maddesi'nin 3. Fıkrası hükmü devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalarda dahi uygulanır." Şeklindeki hükmü gözetildiğinde kadastro tespitinin kesinleştiği tarih olan 16.08.1966 tarihi ile davanın açıldığı tarih arasında 3402 Sayılı Yasa'nın 12. Maddesinde sözü edilen 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu sabittir. Temyiz etmemenin 5841 Sayılı Yasa"nın, yeni getirdiği yasal olanaktan yararlanmaya engel olamayacağı; yeni yasanın usuli kazanılmış hakkın istisnasını teşkil edeceği; eldeki davanın kesin hükme bağlanmamış olduğu gözetildiğinde kararın davalı tarafından temyiz edilmemiş olması sonuca etkili görülmemiştir.

Hal böyle olunca; yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında davanın hak düşürücü süreden dolayı reddine karar verilmesi için karar bozulmalıdır.

Öyleyse, davacının temyiz itirazları yerindedir…"

Gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden : Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, kıyı kenar çizgisine göre kıyıda kalan taşınmazın tapusunun iptali ile elatmanın önlenmesi ve yıkım istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece verilen davanın kısmen kabulüne dair karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkemece direnme kararı verilmiştir.

Ancak, Yerel Mahkeme'nin temyize konu direnme kararında, bozmaya karşı hangi gerekçeyle direnildiğine ilişkin herhangi bir açıklama yer almamakta; bozma ilamına hangi nedenlerle uyulmadığı, bozmanın niçin yerinde görülmediği ve mahkemenin bozulan önceki kararının neden hukuka uygun olduğu hususlarında herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Dahası kararın gerekçesinde, önceki kararda direnildiği yönünde bir ifade dahi mevcut değildir. Kararın gerekçe bölümü, bütünüyle Özel Dairece bozulan 30.12.2008 günlü ilamla aynıdır. Sadece gerekçeli kararın başlık kısmında Gereği Düşünüldü başlıklı bölümden önce, "…önceki kararda aynen direnilerek, mahkememiz esasına kaydı yapılan dosyanın yargılaması sonunda" ifadelerine yer verilmiş, "HÜKÜM" kısmında "Önceki kararda aynen direnilmesine" karar verildiğinin belirtilmesiyle yetinilmiş ve sonrasında hüküm fıkrasına geçilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu`nda işin esasının incelenmesine geçilmeden önce, direnme kararının Anayasa`nın 141/3 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu`nun 388/3. Maddeleri anlamında gerekçe ihtiva edip etmediği usuli ön sorun olarak incelenip, değerlendirilmiştir.

Öncelikle konuya ilişkin şu genel açıklamaların yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyar; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir. Tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay`ın hukuka uygunluk denetimini 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 bulunması zorunludur.

Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa`nın 141/3 maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu`nun 388. Maddesi, işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.

Öte yandan, bazen bir mahkeme kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm, kesin veya güçlü delil oluşturup oluşturmayacağı gibi konularda yapılacak hukuksal değerlendirmelerin sağlıklı olabilmesi de, o kararın yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür.

Yine, direnme kararlarının hukuksal niteliklerinin doğal sonucu ve gereği olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu`nun yapacağı inceleme ve değerlendirme sırasında gözeteceği temel unsurlardan birini direnme gerekçesi oluşturacağından, yukarıda değinilen genel anlamdaki tüm diğer nedenlerin yanında, özel olarak bu bakımdan da direnme kararının usul hukuku ilkelerinin aradığı anlamda bir gerekçe içermesi zorunludur. Başka bir ifadeyle, Özel Daire bozma ilamına hangi nedenlerle uyulmadığı, bozmanın niçin yerinde bulunmadığı ve mahkemenin bozulan önceki kararının neden hukuka uygun olduğu hususlarının direnme kararında açıklanması, onun hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi açısından kesin bir zorunluluktur. Nihayet, direnme kararları, yapıları gereği, Yasa`nın hukuka uygunluk denetimi yapmakla görevli kıldığı Yargıtay Dairesi'nin bu denetimi sonucunda hukuka aykırı bularak, gerekçesini açıklamak suretiyle bozduğu bir yerel mahkeme kararının aslında hukuka uygun bulunduğuna, dolayısıyla bozmanın yerinde olmadığına ilişkin bir iddiayı içerdiklerinden, o iddianın yasal ve mantıksal gerekçelerini de ortaya koymak zorundadır.

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında; Yerel Mahkemece verilen direnme kararının, yukarıda açıklanan nitelikte bir yasal gerekçeyi içermediği çok açıktır. O halde, direnme kararı salt bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçeyle HUMK`un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına , 17.03.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

BAĞIŞLAMA • MİRAS PAYI ORANINDA İPTAL

ÖZET: Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı, pay oranında iptal ve tescil isteğine ilişkin olup; miras bırakanın gerçekte davalı mirasçı oğlu ve onun erkek evlatlarına bağışlamak amacıyla ve fakat satış göstermek suretiyle çekişmeli taşınmazları dava dışı kişilere temlik ettiği, sonra da davalılara devrini sağladığı, duraksamaya gerek bırakmayacak biçimde sabittir.

Bundan dolayı davanın kabulüne, davacının miras payı oranında iptal ve tescile karar verilmesi gerekir.

Y.HGK E: 2010/1-275 K: 2010/327 T: 16.06.2010

Taraflar arasındaki "tapu iptal ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bismil Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 12.09.2007 gün ve 2007/90 E., 2007/202 K. Sayılı kararın incelenmesinin davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 25.02.2009 gün ve 2009/880 E., 2009/2432 K. Sayılı ilamı ile,

("…. Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı, pay oranında iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden, ortak mirasbırakan kayden 1318 doğumlu Ç.A.`ın 1988 tarihinde vefat ettiği; geriye mirasçı olarak davacı Zübeyde ile davalılardan Osman`ı ve dava dışı M. (A.) ile H.`yi bıraktığı; sağlığında Bismil Noterliği aracılığıyla 07.03.1973 tarih, 1685 numaralı miras taksim sözleşmesi düzenlendiği, bu sözleşme de "….1 ve 2 parsellerdeki payların Z. , H.M. (A.) ye; diğer (kalan) 63 parseldeki payların oğlu (davalılardan) O.`a taksim ettiğini" bildirdiği, okur yazar olmaması nedeniyle sözleşmenin kendisine okunduğunun belirtildiği, 1686 yevmiye nolu işlemde de davacı ve mirasbırakanın diğer kızlarının davalılardan O.`a bırakıldığı ifade edilen taşınmazlardaki miras haklarına karşılık 500.000. TL. aldıklarını beyan ettikleri, bu sözleşmelerin iki tanık tarafından imzalandığı; bundan 1,5 yıl kadar sonra 17.03.1975 tarihinde miras bırakan Ç.`nin 138 yevmiyeli işlemle miras taksim sözleşmesinde adı geçen 22-23-24-25-26-27-28-67-68-20-21 parsellerdeki paylarını dava dışı M.B.`ye onun da 16.06.1975 tarih 227 yevmiye nolu işlemle davalı Osman`ın erkek çocukları davalılara satış biçiminde temlik edildiği; davalı H.`ın bizzat, diğer davalıların velisi O. ve anne H.`nın işleme katıldıkları, keza miras bırakan Ç.`nin 22.06.1982 tarih 331 yevmiye ile 1,2,6,9,10,11,12,7,8,15,16,29,30,31,66,32,60

,62,63,64,65,66 parsellerdeki paylarını dava dışı dünürü M. E.G.`e devrettiği; onun da davalılara aktardığı; ara malik M.B.`nin temlik alırken ve temlik ederken bedel ödenmediğini belirttiği anlaşılmaktadır. Eldeki davada davacı miras bırakan tarafından yapılan tüm işlemlerin muris muvazaası ile illetli olduğunu ileri sürerek pay oranında iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur.

Bilindiği üzere, irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanan muvazaa pozitif hukukumuzda Borçlar Kanunu'nun 18. Maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede "bir aktin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır." Hükmüne yer verilmiştir.

O halde muvazaa; tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır, şeklinde tanımlanabilir. Bir başka ifadeyle, irade açıklamasında bulunan taraflar bu açıklamanın kendisine yapıldığı kişi, irade açıklamasının sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlar, yalnız gerçek bir hukuki işlemin bulunduğu görüşünü yaratmayı istemişlerse, muvazaadan söz edilir.

Muvazaa daha çok sözleşmenin yorumuyla ilgili olduğundan, öğreti ve uygulamada muvazaa kapsamlı olarak incelenmiş ve belirli kurallara bağlanmıştır. Gerek öğretide, gerek uygulamada muvazaa, mutlak ve nispi muvazaa olarak iki gruba ayrılmaktadır; mutlak muvazaa taraflar herhangi bir hukuki işlem yapmayı (oluşturmayı) istemezler, yalnız görünüşte bir hukuki işlem için gerekli irade açıklamasında bulunurlar; nispi muvazaada ise, taraflar gerçekten belli bir hukuki işlem yapmak isterler, ancak onu saklamak amacıyla, bir başka hukuki işlemin kurulduğu görüşünü yaratmak üzere irade açıklamasında bulunurlar.

Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar, görünüşteki (zahiri) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından, ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır.

Şu halde, özellikle mevsuf (nispi) muvazaada ilke olarak görünüşteki işlemin altına saklanan ve tarafların içerik ve sonuçlarıyla birlikte gerçekleştirilmek istedikleri işlem (gizli sözleşme) geçerlidir. Bu geçerliliğin, tarafların gerçek ve uygun iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklandığı ve onun muvazaalı hukuki işlemin altına gizlenmiş olmasının, ilke olarak geçerliliğini etkilemediği her türlü duraksamadan uzaktır.

Ne var ki, muvazaada gizli işlem şekle bağlıysa ve bu gizli işleme ilişkin irade açıklamaları şekle uygun yapılmışsa, görünüşteki işlem yapılırken yasaların öngördüğü şekle uyulmuş olması, gizli işlemdeki şekle aykırılığı gidermez. Bu durumda, görünüşteki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından

herhangi bir sonuç doğurmadığı gibi, gizli işlem dahi şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir.

Nitekim, bu ilke 07.10.1953 gün ve 8/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda çok açık bir şekilde dile getirilmiş; tapuda kayıtlı taşınmaz malın muvazaalı satış işlemiyle miras hakkından yoksun edilen kimselerin dava hakkına ilişkin uyuşmazlığın irdelendiği 01.04.1874 gün ve 8/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da tüm mirasçıların görünüşteki satış sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 18. Maddesine dayanarak muvazaalı olduğu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açılabilecekleri sonucuna varılmıştır.

Somut olayda, miras bırakanın çekişmeli taşınmazları 07.09.1973 tarihli miras sözleşmesi ile davalılardan O.`a bırakılmış iken sonraki tarihlerde dava dışı kişilere kayden temlik ederek daha sonra davalılara devir edilmesini sağlamıştır. Muris muvazaasında önemli olan mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla hareket edip etmediğidir. Muris, tüm taşınmazlarını (davacı ve diğer kızlarına bıraktığı iki parseldeki paylar hariç) davalı erkek evladına ve ondan olma erkek torunlarına bedelsiz olarak çeşitli yollarla aktarmıştır. Mal varlığı itibariyle mal satmaya gereksinimi yoktur. Davalılar alım gücüne sahip değildir. Hatta bir kısım davalılar temlik tarihinde reşit olmayacak derecede küçüktür. Muris davalı taraf ile birlikte yaşamıştır. Anılan bu hususlar dosya kapsamı ile sabittir.

Belirlenen tüm bu olgular yukarıda açıklanan ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde olayda miras bırakanın asıl amacının satış yada miras sözleşmesi yapmak değil, muvazaalı olarak temlikleri gerçekleştirdiğinin kabulü gerekir.

Öte yandan Türk Medeni Kanunu'nun 678. Maddesi anlamında düzenlediği savunulan sözleşmenin muvazaayı ortadan kaldırdığı, sözleşmeye karşı muvazaa iddiasında bulunulamayacağı anlamına gelmeyeceği tartışmasızdır. Zira madde hükmü ileride terekeye dahil olacak ya da dahil olan malların paylaştırılması ile ilgilidir. Miras bırakanın sağlığında ortadan kaldırdığı anlamında yorumlanamaz. Ayrıca toplanan deliller, sözleşmenin muris muvazaasına konu temliklerin kamuflesi amacıyla düzenlendiğini göstermektedir. Kaldı ki, muris çekişmeli taşınmazları ölümünden önce mal varlığından çıkartmak suretiyle sözleşmeyi uygulanamaz duruma getirmiş, böylece terekede mal kalmamıştır.

Diğer taraftan, butlanla ve yoklukla batıl olan sözleşmeler baştan veya sonradan onay verilmekle geçerli hale getirilemez. Başka bir deyişle olayda muvazaa bulunduğu gerçeğini ortadan kaldıramaz.

Tüm bu gerekçelerle olaya bakıldığında, miras bırakanın gerçekte davalı mirasçı oğlu ve onun erkek evlatlarına bağışlamak amacıyla ve fakat satış göstermek suretiyle çekişmeli taşınmazları dava dışı kişilere temlik ettiği; sonra da davalılara devrini sağladığı, duraksamaya yer bırakmayacak biçimde sabittir. Öyleyse murisin yaptığı temliklerin muvazaa ile illetli olmadığı söylenemez.

Hal böyle olunca, davanın kabulüle davacının miras payı oranında iptal ve

tescile karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle davanın reddedilmesi doğru değildir. Anılan hususlar, karar düzeltme isteği üzerine yeniden yapılan inceleme ile anlaşıldığından HUMK`un 440. Maddesi uyarınca karar düzeltme isteğinin kabulüne, Dairenin 02/07/2008 tarih 6777/8265 sayılı onama kararının* ***ORTADAN KALDIRILMASINA****, yerel mahkemenin 12.09.2007 tarih 90/2002 sayılı kararının HUMK`un 428. Maddesi uyarınca ***BOZULMASINA****...")*

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:

Dava, muris muvazaasına dayalı olarak miras payı oranında tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir.

Davacı, murisi babası Ç.A.`ın sağlığında taşınmazlarını kendisi ve diğer kız kardeşlerinden mal kaçırmak amacıyla kısmen üçüncü kişiler aracılığıyla kısmen de doğrudan doğruya oğlu davalı ile oğlundan olma diğer davalılar olan erkek torunlarına tapuda satış olarak göstermek suretiyle gerçekte bedelsiz olarak bağış ile devrettiğini beyanla muvazaalı işlemlerle davalılar adına tescil edilen taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ile miras payı oranında adına tescilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar taşınmazların bedeli karşılığında satın alındığını, dava konusu taşınmazlar içinde muristen intikal etmiş taşınmaz bulunmadığını, ayrıca davacının miras taksim sözleşmesi ile kendisine düşen taşınmazlar dışındaki miras payını noterde düzenlenen sözleşme ile davalılardan O.A.`a satarak bedelini aldığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Yerel mahkemece, murisin sağlığında tüm mirasçıların katılımı ile noterde düzenlenen 07/09/1973 tarihli miras taksim mukavelesi ile yine 07/09/1973 tarihinde davacı ile davalılardan O.A. arasında miras payının satımına ilişkin olarak noterde düzenlenen sözleşmelerin geçerli olduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, davacının temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda belirtilen gerekçe ile bozulmuş; Yerel Mahkemece bozma kararına karşı önceki gerekçeleri tekrarla ilk kararda direnilmesine karar verilmiştir. Hükmü davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, muris ile mirasçılar arasında imzalanan miras taksim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ile murisin dava konusu taşınmazları diğer mirasçılardan mal kaçırmak kasdıyla ve danışıklı olarak temlik ettiğinin kanıtlanıp kanıtlanamadığı noktalarında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere muvazaa; tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır.

818 sayılı Borçlar Kanunu`nun muvazaaya ilişkin "Akitlerin Tefsiri Muvazaa" başlıklı 18. Maddesinde;

"Bir akdin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmıyarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır.

Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisabeden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunamaz."

Hükmüne yer verilmiştir.

Öğretide nispi muvazaa olarak tanımlanan; tarafların gerçekte bir hukuki işlem yapmak isteyip bunu saklamak için başka bir hukuki işlem gerçekleştirmeleri halinde; görünüşteki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından ve tarafların iradeleri görünürdeki işlemin hukuki sonuçtan yoksun olmasına yönelik olduğundan sonuç doğurmayacağı için; gizli işlem ise şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir.

Bu husus 01.04.1974 gün ve 8/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; tüm mirasçıların görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerinin kabulü ile de teyid edilmiştir.

Yapılan açıklamaların ışığında somut olayın irdelenmesinde; mirasbırakan sağlığında dava konusu taşınmazları noterde düzenlenen miras taksim sözleşmesi ile davalılardan O.A.`a bırakmış iken sonraki tarihlerde tüm malvarlığını üçüncü kişilere satış yoluyla devretmiştir. Murisin dava dışı kişilere mal satımını gerektirecek bir ihtiyacının olmaması, davalıların satım işlemi tarihlerindeki yaşları ve tüm dosya kapsamı gözetildiğinde miras bırakanın asıl amacının miras sözleşmesi veya satış yapmak değil, kız çocuklarından mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak temlik işlemi gerçekleştirmek olduğunun kabulü gerekir.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, miras taksim sözleşmesi yöntemine uygun düzenlense dahi murisin sözleşmeye konu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi sona ermez. Mirasbırakan Ç.A.'da tasarruf yetkisinde bulunan sözleşmeye konu taşınmaz mallarının tamamını sağlığında devrederek elden çıkartmak ve terekede mal bırakmamak suretiyle sözleşmeyi uygulanamaz, dolayısıyla da geçersiz duruma getirmiş; yapılan taksim sözleşmesinden vazgeçmiştir. Durum bu olunca, miras taksim sözleşmesinin hukuki varlığını sürdürdüğünden ve uygulanabilir olduğundan söz edilemez.

Öte yandan, davacı miras payını davalılardan O.A`a noterde düzenlenen sözleşme ile bedeli karşılığında devretmiş ise de bu sözleşme tarihinde muris sağ olup, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 678. Maddesi (Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 613. Madde) uyarınca mirasın açılmasından önce, diğer bir deyişle murisin sağlığında mirasçının miras bırakanın katılması veya izni olmaksızın miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir. Diğer bir anlatımla, davacı ile davalılardan O.A. arasında düzenlenen ve davacının miras payının davalıya devrine ilişkin sözleşme murisin sağlığında düzenlenmesine rağmen murisin katılımı veya izni ile yapılmadığından geçersizdir.

Bu nedenle, geçersiz bu sözleşmeye dayalı olarak davacının miras payını devrettiğinin kabulü ile eldeki tapu iptal ve tescil talebinin reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

Diğer taraftan, dosya içerisinde mevcut belgelerin incelenmesinden dava konusu 13 ve 14 parsel nolu taşınmazların muris Ç.`ye ait olup olmadığı veya bu taşınmazlarda payı bulunup bulunmadığı anlaşılmamaktadır.

Yerel mahkemece yapılacak iş; öncelikle dava konusu taşınmazlardan 13 ve 14 parsellerin de tapu kayıtlarının, tüm tedavüllerinin resmi senetleriyle birlikte celbi ile murisin bu taşınmazlarda mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığının araştırılması ; bu taşınmazların konusu diğer taşınmazlarla birlikte değerlendirilerek muris tarafından yapılan devir işlemlerinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunun kabulü ile tüm taşınmazlar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi; bu iki taşınmazın murise ait olmadığının tespiti halinde ise terekeye dahil olmayan bu taşınmazlar yönünden davanın reddine, terekeye dahil diğer taşınmazlar yönünden ise davanın kabulüne karar verilmesi olmalıdır.

Yerel Mahkemece açıklanan gerekler yerine getirilmeksizin eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı, açıklanan bu değişik gerekçeyle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 16.06.2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

TAPU İPTALİ VE TESCİL • ÇIPLAK MÜLKİYET

ÖZET: Davacılar, miras bırakanın davalıya temlikinin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek iptal, tescil ve tenkisini talep etmişler, mahkemece de davanın kabulüne karar verilmişse de:

Davacılar ve davalının kardeş, munsin ise tarafların annesi olduğu; murisin 21.10.1999 tarihinde dava konusu taşınmaz payın intifa hakkını kendi üzerinde bırakarak çıplak mülkiyetini davalıya satış göstermek suretiyle tapuda devrettiği; bu tarihten önce başlayıp devam eden hepatit hastalığının tedavisinin sadece davalı tarafından yapıldığı; miras bırakanın ölene kadar taşınmazda oturmaya devam etmesi ve davalının kendisine sağladığı bakım ve desteğin yarattığı minnet duygusu dikkate alındığında, satışın gerçek değer üzerinden yapılmamasının mal kaçırma amacıyla hareket edildiği anlamını doğurmayacağı kanaatine varılmakla direnme kararının bozulması gerekir.

Y.HGK E: 2010/1-295 K: 2010/333 T: 16.06.2010

Taraflar arasındaki "Tapu İptali, Tescil ve Tenkis" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sarıyer 1. Asliye Hukuk Mahkemesi`nce davanın kabulüne dair verilen 20.06.2008 gün ve 2006/183 E. 2008/202 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi`nin 17.02.2009 gün ve 2008/11225 E., 2009/1940 K. Sayılı ilamı ile;

(….Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil ve tenkis isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinde toplanan delillerden; tarafların ortak miras bırakanı G.`in maliki olduğu 35 ada 13 parsel sayılı taşınmazdaki 4/16 payının intifa hakkını üzerinde bırakarak çıplak mülkiyetini 21.10.1999 tarihli akitle davalıya satış yoluyla temlik ettiği anlaşılmaktadır.

Davacılar, miras bırakan G.`nin davalıya yapmış olduğu temlikin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır.

Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu Muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunu'n 706 (yeni 782), Borçlar Kanunu'n 213 ve Tapu Kanunun 26. Maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan, gözlenen gerçek irade ile amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan, bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır.

Öte yandan, miras bırakanın sağlığında mal varlığının tamamını veya bir kısmını, mirasçıları arasında hoşgörü ile karşılanabilecek makul ölçüler içerisinde paylaştırmışsa, mirasçısından mal kaçırma iradesinden söz etme olanağı yoktur. O halde, miras bırakanın denkleştirme yapıp yapmadığı üzerinde durulması, miras bırakandan tüm mirasçılarına intikal eden, taşınır, taşınmaz ve hakların araştırılması, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgelerin mercilerinden getirilmesi, her bir mirasçıya geçirilen malların ve hakların nitelikleri ile değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınarak, paylaştırmanın mı yoksa mal kaçırma amacının mı üstün tutulduğunun aydınlığa kavuşturulması zorunludur.

Somut olaya gelince, davacıların miras bırakan G.`in oğulları, davalı S.S.A`ın ıse kızı olduğu, miras bırakan G.`in sağlığında davalı ile birlikte aynı çatı altında hayatını idame ettirdiği ve hasta olması sebebiyle davalının; annesi olan murisin gerekli her türlü tedavisi ile ilgilendiği, tüm sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşıladığı ve murise hayatı boyunca bir evladın ebeveynine bakmakla ve göstermekle yükümlü olduğu şartların fevkinde ilgisini ve hizmetini esirgemediği dosya kapsamı ile sabittir.

Oysa çekişme konusu taşınmazın satış şeklinde davalıya temlik edildiği görülmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, satışa konu edilen bir malın devrinin belirli bir semen karşılığında olacağı kuşkusuzdur. Semenin bir başka ifade ile malın bedelinin ise mutlaka para olması şart olmayıp belirli bir hizmet veya bir emekte olabileceği kabul edilmelidir. Esasen yukarıda da değinildiği üzere muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davaların hukuki dayanağını teşkil eden 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında miras bırakanın gerçek iradesinin mirasçıdan mal kaçırma olması halinde uygulanabilirliğinin kabulü gerekir. Bir başka ifade ile murisin iradesi önem taşır.

O halde, yukarıda değinilen somut olgular açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde, miras bırakanın yapmış olduğu temlikle ilgili olarak gerçek amaç ve iradesinin mirasçıdan mal kaçırmak olmadığı ve bu amaçla temlikin gerçekleştirilmediği kabul edilmelidir.

Hal böyle olunca açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması doğru değildir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı Vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu`nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil ve tenkis isteklerine ilişkindir.

Mahkemenin; "Toplanan kanıtlardan murisin sağlığında dava konusu taşınmazdaki payının çıplak mülkiyetini davalıya bağışladığı ancak yapılan işlemin satış şeklinde gösterildiği gerçekte bu temlikin ivazsız ve bağış niteliğinde olduğu; temlikin diğer mirasçıları miras hakkından yoksun bırakmak amacı ile yapıldığı anlaşılmıştır." Gerekçesiyle "davanın kabulüne" dair verdiği karar; Özel Daire`ce yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuş; Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava konusu taşınmazın davalıya temlikinin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak isimlendirilen muvazaa türünün Türk Hukukunda büyük yeri ve önemi vardır. Muvazaa davalarının büyük bölümü muris muvazaasına ilişkin bulunmaktadır.

Muris muvazaası da taraf muvazaası gibi pozitif hukukumuzda ayrıntılı biçimde düzenlenmemiş, sadece Borçlar Kanunu'nun 18. Maddesinde nispi (nevsufvasıflı) muvazaa olarak soyut bir şekilde hükme bağlanmıştır. Ancak bu yönde pek çok davaların bulunması, toplumun gereksinmeleri ve zorlanmaları ile, muris muvazaası gerek öğretide ve gerekse uygulamada geniş boyutları ile ele alınmış, bu yönde görüş ve kurallar geliştirilmiştir.

Muris muvazaasında, miras bırakan ile sözleşmenin karşı tarafı, aralarında yaptıkları bağış sözleşmesini genellikle satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile gizlemektedirler. Başka bir anlatımla, miras bırakan ile karşı taraf malın gerçekten temliki hususunda anlaşmışlardır. Görünüşteki ve gizlenen sözleşmelerin her ikisinde de samimi olarak temlik istenmektedir. Ne var ki, görünüşteki satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinin vasfı (niteliği) muvazaalı sözleşme

ile değiştirilmekte, ayrıca gizli bir bağış sözleşmesi düzenlenmektedir. Görünüşteki sözleşmenin vasfı (niteliği) tamamen değiştirildiğinden, muris muvazaası aynı zamanda "tam muvazaa" özelliği de taşımaktadır.

Muris muvazaası da öteki nispi (mevsuf-vasıflı) muvazaalar gibi dört unsurdan oluşur:

a- Görünüşteki sözleşme: Miras bırakanın, mirasçıdan mal kaçırmak, onların kendilerinden mal kaçırıldığı yönünde yapacakları itirazları, açacakları davaları önlemek, başka bir anlatımla onları aldatmak için, karşı taraf ile anlaşarak, gerçek iradesine uygun düşmeyecek ve hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacak biçimde düzenlediği sözleşmeye görünüşteki sözleşme denir.

b- Üçüncü şahısları (Mirasçıları) aldatmak amacı: Muris muvazaasına bu açıdan bakıldığında, öteki nispi muvazaalardan farkı mirasçıları aldatmak amacıyla yapılmasıdır. Daha açık anlatımıyla, muris muvazaasında aldatmak isteyen (muvazaalı işlem yapan) miras bırakan, aldatılmak istenen ise mirasçıdır. Oysa muris muvazaası dışında kalan mutlak ve nispi muvazaalarda aldatılmak istenen üçüncü kişinin mirasçı olması şart değildir.

Muvazaalı sözleşme yapıldığı sırada mal kaçırılmak, aldatılmak istenen bir mirasçının veya mirasçıların bulunması, aldatmak amacının (kastının) gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu durumda miras bırakanın ölüm tarihine göre mirasçı olan ve terekeden miras hakkı alması gereken mirasçının, kendisinin henüz mirasçılık sıfatını kazanmadığı tarihte yapılan muvazaalı işleme karşı durarak, muvazaanın tespiti için dava açmakla hukuki yararının ve hakkının bulunduğu açıktır. Muvazaalı sözleşmenin yapıldığı tarihte mirasçı olmamasının muvazaa davası açma hakkına hiçbir etkisi yoktur. Esasen bir mirasçı muvazaa nedeniyle açtığı bir iptal ve tescil davası sonunda muris muvazaalı sözleşme tarihinde mirasçı olmayıp da, miras bırakanın ölüm tarihinde mirasçılık sıfatını kazanan mirasçı o taşınmazdan pay aldığına göre, kendisine, muvazaalı sözleşme tarihinde mirasçı olmaması nedeniyle dava açma hakkı tanınmaması açık bir çelişki yaratacağı gibi, hukuk mantığına da uygun düşmez.

Miras bırakan sağlığında mallarını mirasçıları arasında, makul ölçüler içerisinde, dengeli bir biçimde paylaştırmışsa, artık mirasçıdan mal kaçırmak, onları aldatmak kastı ve iradesi bulunmadığından, muris muvazaasından söz etmek mümkün olmaz.

Bu gibi temliklerde miras bırakanın amacı mirasçıdan mal kaçırmak değil, mallarını sağlığında mirasçılar arasında pay etmektir. Uygulamada "denkleştirme" olarak da tanımlanan bu paylaştırmanın kabulü için, miras bırakanın tüm mirasçılar arasında paylaştırma yapması, paylaştırmada tam bir eşitlik olmasa dahi makul ve hoşgörü ile karşılanabilecek bir denge kurması gerekir.

Miras bırakan sadece mirasçılardan birine veya birkaçına pay vermişse veya paylaştırmada makul ve hoşgörü sınırlarını aşan bir dengesizlik bulunuyorsa, paylaştırma değil mirasçıdan mal kaçırma amacı üstün tutulmuş sayılacağından, al-

datmak unsuru teşekkül edecektir. Bu takdirde de pay almayan veya az pay verilen mirasçı veya mirasçıların dava açmak hakları doğacaktır.

Denkleştirmenin var olup olmadığının anlaşılabilmesi için tüm mirasçılara verilen mal ve kıymetlerin; tanık dinlemek, ilgili mercilerden bilgi ve belge istemek, tüm taraf delillerini toplamak, uzman bilirkişi aracılığı ile her bir mirasçıya verilen mal ve değerleri birbirleri ile kıyaslamak gerekir.

c- Tarafların Beyanları ile iradeleri arasında isteyerek meydana metirdikleri uyumsuzluğu açıklayan muvazaa anlaşması: Muris muvazaasındaki muvazaa anlaşması, miras bırakan ile karşı taraf arasında görünüşte yapılan sözleşmenin niteliğini değiştiren sözleşmedir.

Muvazaa sözleşmesi hiçbir şekil koşuluna bağlı değildir. Yazılı yapıldığı gibi çok kez de sözlü yapılabilmektedir. Uygulamada muvazaa anlaşmasının çok zaman gizli sözleşme ile bir arada, hatta onunla iç içe yapıldığı görülmektedir. Ancak gizli sözleşme ile birlikte yapılması muvazaa sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olması niteliğini ortadan kaldırmaz.

Gerek "taraf" gerekse "muris muvazaasında" muvazaa anlaşmasının varlığı muvazaanın oluşması için şarttır. Muvazaa anlaşmasını miras bırakan bizzat veya vekili aracılığı ile yapabilir. Miras bırakanın görünüşteki sözleşmeyi bizzat yapması, muvazaa anlaşmasını vekili aracılığı ile yapmasına engel teşkil etmez.

Muvazaa anlaşmasının görünüşteki sözleşmeden önce veya en geç onunla aynı zamanda yapılması gerekir.Daha sonra yapılan sözleşme bu muvazaa sözleşmesini değil, önceki geçerli sözleşmeyi değiştiren ikinci bir sözleşme niteliğini taşır.

d- Gizli sözleşme: Muris muvazaasının son unsuru, tüm nispi muvazaalarda olduğu gibi gizli sözleşmedir. Miras bırakan malını bağış yoluyla devretmek istemekte, bu iradesine uygun bir sözleşme yapmaktadır. Ne var ki, bu sözleşmeyi gerçek iradesine uygun olmayan başka nitelikteki bir sözleşmenin arkasına gizlemektedir. Gerçek iradesine uygun olmayan, bilinen ve açıklanan sözleşmeye "görünüşteki sözleşme", gerçek iradesine uygun olan, ancak saklanan, gizli kalan sözleşmeye de "gizli sözleşme" denmektedir.

Muris muvazaasında gizli sözleşme daima bağış sözleşmesi şeklinde yapılmaktadır. O halde muris muvazaasında öteki mirasçılardan gizlenen, malın temliki değil, temlik sözleşmesinin niteliğidir. Gizli sözleşme bulunmadığı takdirde muris muvazaasından söz etme olanağı yoktur.

Bu noktada; görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli sözleşme de şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar resmi sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersizliğinin tespitini ve tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtilmelidir ki; burada yapılan temlikin gerçek yönünün, eş söyleyişle miras bırakanın irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılması önemlidir. Bunun için de, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta

haklı ve makul nedeninin bulunup bulunmadığı, bakım borçlusu ve diğer mirasçılarla ilişkileri, yaşı, sağlık durumu, temlik edilen malın tüm mamelekine oranı gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Saklı pay sahibi olsun veya olmasın, her mirasçı mirastan mal kaçırmak amacıyla miras bırakan tarafından yapılan muvazaalı sözleşmenin geçersizliğinin tespitini, bu sözleşmeye dayanılarak bir tapu kaydı oluşmuşsa tapu kaydının iptali ile pay oranında adına tescilini veya eski hale getirilmesini (terekeye döndürülmesini) isteyebilir. Mirasçı, muvazaalı sözleşmenin dışında kaldığından ve ona karşı koyduğundan üçüncü kişi durumundadır. Her ne kadar mirasçı muvazaalı sözleşme yapan kişinin ardılı (külli halefi) ise de, miras bırakan muvazaalı sözleşme yaparak kanunen kendisine intikal etmesi gereken miras hakkına mani olup onun tamamını veya bir bölümünü başkasına intikal ettirdiğinden, bu sözleşmeye karşı koymakta, onun geçersizliğini istemektedir.

Görülüyor ki, miras bırakanın iradesi ile mirasçının yararı çatışmaktadır. Bir bakıma mirasçı kanuni hakkını miras bırakana karşı korumaya çalışmaktadır. Miras bırakanın iradesine karşı dava açmaktadır. Bu itibarla muris muvazaası davasında mirasçının üçüncü kişi sıfatayla hareket ettiği kuşkusuzdur.

Elbette miras bırakan saklı pay dışındaki mallarını kanunların öngördüğü biçimde serbestçe tasarruf etme ve başkasına dilediği gibi temlik etme hakkına sahiptir. Ancak mallarını kanuna uymayan şekilde temlik ettiği takdirde, öldükten sonra zarar gören mirasçının bu tasarrufa karşı koyma, geçersizliğinin tespitini isteme hakkının bulunduğunun da kabulü gerekir.

Öteki deyişle, miras bırakanın nasıl ki saklı pay dışındaki mallarını kanuna uygun biçimde devretme hakkı varsa, mirasçının da miras bırakanın kanuna aykırı biçimde düzenlediği ve kendisini miras hakkından yoksun bırakan hukuki tasarruflarına karşı koyma, yapılan temlik ve tescilin iptalini isteme hakkı vardır.

Asıl olan miras bırakanın tenekesinin kanunlarda öngörülen şekilde mirasçılarına intikal etmesidir. Miras bırakanın saklı pay dışındaki mallarda dilediği gibi tasarruf etme hakkı varsa da, bu temliki yaparken kanunlarda öngörülen şekil koşuluna uymak zorundadır. Şekil koşuluna uyulmadığı taktirde, kanun gereği malik olacak mirasçının şekil noksanlığından dolayı bu temlikin iptalini istemekte hukuki yararı vardır.

Bununla birlikte, miras bırakan bağış sözleşmesini görünüşte satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi ivazlı bir sözleşme arkasına gizleyerek, mirasçının saklı payını da temlik etmiştir. Miras bırakanın bu kötü niyeti ve onunla işbirliği içerisindeki karşı tarafın kötü niyete dayanan hakkı kanun tarafından korunamaz.

Muris muvazaası davası açacak kişinin muvazaalı sözleşme yapan miras bırakanın mirasçısı olması yeterlidir. Saklı pay sahibi mirasçı olması gerekmez. Dava açan mirasçı üçüncü kişi durumunda olduğundan, davasını her türlü delil ile ispat edebilir. (Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Seçkin yayınevi, 2. Baskı s.343-482)

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakılınca; davacılar ve davalının kardeş, murisin ise tarafların annesi olduğu, dava konusu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın ilk maliki T.A.`ın ölümünden sonra taraflara ve muris anneye kaldığı, davalı S.S.A.`ın bekar olup, anne G.A. ölene kadar muris ile birlikte yaşadığı, murisin ve davalının taşınmazın kira gelirinden başka hiçbir gelirlerinin bulunmadığı, murisin 21.10.1999 tarihinde dava konusu taşınmaz payın intifa hakkını kendi üzerinde bırakarak, çıplak mülkiyetini davalıya satış göstermek suretiyle tapuda devir ettiği, bu tarihten çok önceleri başlayan ve özellikle murisin son yıllarında ağırlaşan hepatit hastalığı nedeniyle sık sık tedavi gördüğü, günlerce hastanede yattığı onun bu halinde bile bakımının sadece davalı tarafından yapıldığı ve davalının refakatçi olarak günlerce murisin yanında kaldığı, davacıların ise murisin çocukları olmasına rağmen muris ile hiç ilgilenmedikleri gibi, davacılardan K.A.`ın murisi hastalığının ağırlaştığı son aylarında şikayet etmek suretiyle hakkında ceza davası açılmasını sağladığı, ceza davasının murisin ölümü ile düştüğü, hususları gerek davacı ve gerekse davalı tanıklarının beyanları ile dosyada mevcut belgelerden anlaşılmaktadır.

Tüm bu olayların gelişiminden, miras bırakanın hepatit hastalığı nedeniyle, sağlık harcamalarının arttığı, kira gelirinden başka hiçbir gelirinin bulunmadığı, karşılaştığı sağlık harcamalarına kaynak yaratmak için çekişmeli taşınmaz payını hayatı ve hastalığı boyunca yanında kalıp kendisiyle ilgilenen ve destek olan davalıya sattığı; her ne kadar taşınmazın akitteki bedeli ile gerçek değeri arasında fark bulunsa da salt tapuda gösterilen değer ile gerçek değer arasındaki nispetsizliğin muvazaanın varlığına yeter delil sayılamayacağı, kaldı ki, ölene kadar taşınmazda oturmaya devam etmesi ve davalının kendisine sağladığı bakım ve desteğin yarattığı minnet duygusu dikkate alındığında, satışın gerçek değer üzerinden yapılmamasının mal kaçırma amacıyla hareket edildiği anlamını doğurmayacağı sonuç ve kanaatine varılmaktadır.

Diğer taraftan; evladın elverdiğince ebeveynine bakıp yardım etmesi ahlaki bir görev ise de, görev sınırının aşıldığı, ana babanın normal bakımın ötesinde ihtimama muhtaç olduğu durumlarda evladın hizmetin karşılığında bir şey istemesi ve sunulan aşırı hizmetin semen olarak değerlendirilmesi gerektiği, hukuka uygun düşeceğinden, böyle bir durumda temlikin ivazlı olduğu kabul edilmelidir.

O halde, taraflar arasındaki pay devri isteminde, muris muvazaasının olmazsa olmaz unsurlarından "gizli sözleşme" unsuru bulunmadığından işlemin gerçekten satış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.04.2009 gün ve 2009/1-130-150 ve 22.10.2008 gün ve 2008/1-650-656 sayılı kararlarından da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir.

Bu nedenle, direnme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK`un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 16.06.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

TESCİLİN İPTALİ • VASİ ATANMASI

ÖZET: Davacılar, kanuni ehliyeti bulunmadığını ileri sürdükleri babalarını temsilen açtıkları davada: Davalı adına yapılan tescilin iptaline, karar verilmesini istemişler ve mahkemece de olumlu karar verilmişse de; hukuki ehliyetsizlik söz konusu olduğundan, hayatta bulunan kısıtlı gerçek hak sahibine vasi tayin edilmesi ve vasisine de vesayet makamından izin alarak hukuki işlemlerde temsil etmesi gerektiğinden davanın kabulüne dair karar kanuna aykırıdır.

Yargılama sırasında ehliyetsiz babanın ölmesi sebebiyle terekeye temsilci tayini ve huzuruyla devam edilmesi de olanaklı değildir.

Y.HGK E: 2010/1-252 K: 2010/337 T: 23.06.2010

Taraflar arasındaki "Tapu iptal ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sincan Asliye 2.Hukuk Mahkemesi`nce davanın kabulüne dair verilen 23.10.2008 gün ve 2004/287 E.2008/476 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi`nin 31.03.2009 gün ve 2009/746 E.2009/3894 K. Sayılı ilamı ile;

(...Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden 5 parsel sayılı taşınmazdaki 6 nolu bağımsız bölümün davacıların babası M. adına kayıtlı iken 01.08.2004 tarihinde 20.000.lira bedelle davalıya satış suretiyle temlik edildiği anlaşılmaktadır.

Davacılar, babası Mehmet`in taşınmazı temlik ettiği dönemde hukuki ehliyete haiz olmadığını ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır.

Mahkemece, kayıt malikinin dava açıldıktan sonra vefat etmesi nedeniyle terekesine temsilci atanarak davaya devam edilip, temlik tarihinde M.`in hukuki ehliyete haiz olmadığının belirlendiği gerekçesiyle dava kabul edilmişse de; hemen belirtilmelidir ki Türk Medeni Kanunu'nun 396 ve devamı maddelerinde açıklandığı gibi, hukuki ehliyetsizlik iddiasında kısıtlı kayıt maliki sağ ise, kendisine yasada öngörüldüğü biçimde vasi tayin edilmesi, vasinin de vesayet makamından izin almak suretiyle (Türk Medeni Kanunu'nun 462/8. Md) kısıtlının bütün menfaatlerini korumak, hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü olduğu açıktır.

Ne var ki; davacıların dava tarihinde sağ olan babaları adına değinilen temsil yetkisi yerine getirilmeksizin dava açtıkları gözetildiğinde davacılar yönünden dava şartı olan taraf sıfatının varlığından söz edilemez.

Öte yandan, yargılama sırasında kayıt maliki M.`in ölmesi terekesine temsilcisi atanarak davanın tereke temsilcisi tarafından takip edilmesi de davacıların var olmayan taraf ehliyetine hukukilik kazandırmaz.

Kaldı ki; böylesi bir durumda terekeye temsilci atanmasına da gerek bulunmadığı açıktır. Hal böyle olunca, her davanın açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirileceği gözetilerek davacıların dava açıldığı tarihte taraf ehliyetleri bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir...) 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:

Dava, tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir.

Davacılar S.T., A.B. ve C.K.; dava dışı kardeşleri O.Ç.`un, babaları M.C.`un akıl zayıflığından yararlanarak, kayden babalarına ait bulunan 6 numaralı bağımsız bölümün davalıya satışını sağladığını ileri sürmüşler ve davalı kayıt maliki aleyhine tapu iptal ve tescil istemiyle 21.10.2004 tarihinde görülmekte olan davayı açmışlardır.

Dava tarihi itibariyle sağ olan davacılar murisi M.Ç.`un, davadan sonra 06.01.2005 günü vefat etmesi nedeniyle terekesine temsilci atanmış ve yargılama tereke temsilcisi huzurunda yapılmıştır.

Mahkemenin; "kayıt maliki M.Ç.`un temlik tarihinde hukuki ehliyeti haiz olmadığının belirlendiği" gerekçesiyle, esas ilişkin olarak "davanın kabulüne" dair verdiği karar, Özel Daire`ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme'ce, "başlangıçta davacıların babaları sağ olması sebebiyle dava açma hakları yok ise de, davanın devamı sırasında davacıların babalarının vefatı üzerine ve mirasçı olmaları sebebiyle dava açma hak ve yetkileri doğduğu, bu şekilde dava şartı noksanlığının yargılama sırasında ikmal edildiği" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Bilindiği üzere taraf ehliyeti, davada taraf olabilme yeteneğidir. Taraf ehliyeti medeni hukuktaki, medeni haklardan istifade (hak) ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir. Gerçekten, kimlerin taraf ehliyetine sahip bulundukları Medeni Kanun'a göre belirlenir. (HUMK. M.38, MK m.8,m.48)

Buna göre medeni haklardan istifade (hak) ehleyite bulunan her gerçek (MK m.8) ve tüzel (MK m.48) kişi, davada taraf olabilme ehliyetine sahiptir. Taraf olma ehliyeti, medeni haklardan yararlanma hakkının bir sonucu olup; usul hukuku ilişinde süje olma, usul hukukundan yararlanma yeteneğidir.

Her gerçek kişi, yaşadığı sürece taraf ehliyetine sahiptir; dolayısıyla gerçek kişilerin kişiliği ve bununla medeni haklardan istifade ehliyeti ölümle sona ereceğinden, ölmüş olan kişinin taraf ehliyeti yoktur.

Bir davadan tarafların, taraf ehliyetine sahip olmaları dava şartlarındandır. Bu nedenle, davanın taraflarından birinin taraf ehliyetine sahip olmadığı mahkemece kendiliğinden gözetilir ve dava esasa girilmeden reddedilir.

Öte yandan sıfat, dava konusu subjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir. Bir sübjektif hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) ilke olarak o hakkın sahibine aittir. Bu nedenle, o hakka ilişkin bir davada davacı olma sıfatı o hakkın sahibine ait olacaktır. Buna uygulamada aktif husumet denilmektedir.

Bu noktada, husumet konusu davanın her safhasında ileri sürülebilir ve mahkemece re`sen, karşı tarafın, bu yollu bir savunmanın yapılmasına, rızası olup olmadığına bakılmaksızın, incelenerek göz önünde tutulur.

Hemen ifade etmek gerekir ki, davacı olma sıfatı, dava konusu hakkın sahibine ait olduğundan, mahkemece davacının gerçekten taraf sıfatına sahip olduğu tespit edildikten sonra ancak dava konusu hakkın esasına ilişkin inceleme yapılabilir.

Taraf ehliyeti davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişi, taraf ehliyetine sahip olsa bile, bu kişinin o davada gerçekten davacı veya davalı olmak sıfatı yok ise, dava konusu hakkın esasına dair karar verilemez. Davanın sıfat yokluğundan reddine dair verilen karar, davanın dinlenemeyeceğine ilişkin bir karar olmayıp, taraf sıfatının bulunmadığını tespit eden esasa ilişkin bir karardır.

Şu hale göre, bir taşınmaz hakkında tapu iptal ve tescil davasının, ancak o taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına dayanan kişi tarafından açılabileceği ve davada tapu iptal ve tescil isteminde bulunan tarafın gerçekten o hakkın sahibi olup olmadığının davanın her mahkemece re`sen gözetilmesi gerektiği, her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olayda davacılar, dava tarihinde hayatta bulunan babalarının davalıya yaptığı temlikin ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile taşınmazın hayatta olan babaları adına tescilini istemişlerdir. Temliki yapan ve gerçekten hak sahibi olan kişi hayatta bulunduğuna göre, bu temlike dayanarak her türlü dava açma hakkı münhasıran ona aittir.

Böyle bir durumda, hukuki ehliyetsizlik iddiası söz konusu olduğundan, hayatta bulunan kısıtlı gerçek hak sahibine vasi tayin edilmesi ve vasinin de vesayet makamından izin almak suretiyle hukuki işlemlerde onu temsil etmesi yasal bir zorunluluktur.

Konuya bu açıdan bakıldığında, davacıların babaları M.Ç.`un dava tarihi itibariyle hayatta olduğu ve yukarıda açıklanan hukuki olgular çerçevesinde taraf ehliyetine sahip bulunduğu; dolayısıyla dava konusu taşınmaz yönünden mülkiyet iddiasına dayalı olarak ancak kendisi ya da onu temsile yetkili vasi tarafından iptal ve tescil davası açılabileceği kuşkusuzdur.

Bu haliyle, eldeki davada davacılar, dava tarihinde hukuken taraf ehliyeti bulunan babaları adına, usule aykırı olarak kendilerini taraf göstererek tapu iptal ve tescil isteminde bulunmuş olup, dava tarihi itibariyle mevcut olan bu dava şartı olan usuli eksikliği, yargılama sırasında babanın ölmüş olması nedeniyle terekeye temsilci tayini suretiyle giderilmesi de olanaklı değildir.

Diğer taraftan, dava konusu taşınmazda hak sahibi olan ve dava tarihi itibariyle hayatta bulunan babaları adına dava açan davacıların, taşınmazı dava etme yetkilerinin (dava hakkının) eş söyleyişle davacı sıfatlarının bulunmadığı da açıktır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu`nca da benimsenen ve davanın reddi gereğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, esasa ilişkin olarak davanın kabulü yönünde verilen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri , 23.06.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

SAKLI PAY • TEREKENİN AÇILMASI •TENKİS

ÖZET: Kural olarak; saklı paya el atıldığından, zedelendiğinden söz edilebilmesi için; kazandırma konusu tereke ile kazandırma (temlik) dışı terekeni türü ile bilinmesi gerekmektedir. Dosyaya delil olarak yansıyan hususlarda taraflara delillerini sunmaları için ayrıca ve açıkça süre verilmesi sonucuna göre terekenin tasarruf edilebilir kısmının belirlenerek, saklı paya tecavüzün bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmekte ise de; somut olayda, mahkemece düzenlenen "Tenkis Hesap Tutanağı" nın taraf vekillerinin tebliği üzerine, taraf vekillerince, tutanağın içeriğine ve hesaplama yöntemine ilişkin herhangi bir itirazda bulunulmadığı gibi, 03.04.2007 tarihli duruşmada, taraflar vekillerince, dava konusu taşınmazlar dışında murise ait herhangi bir taşınmaz ve mal varlığı bulunmadığı, terekenin pasifi olarak bildirilecek değerler de olmadığı beyan edildiğinden direnme kararı yerindedir.

Y.HGK E: 2010/1-360 K: 2010/372 T: 07.07.2010

Taraflar arasındaki "tenkis" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bandırma 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 05.06.2008 gün ve 2005/425 E.2008/167 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 25.03.2009 gün ve 2009/1893-3643 sayılı ilamı ile; *"...Dava, tenkis isteğine ilişkindir.*

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacıların miras bırakanı N.A.`ın maliki olduğu çekişme konusu 9 parça taşınmazın intifa hakkını üzerinde bırakarak çıplak mülkiyetini davalı kuruma 02.12.1987 tarihinde bağış suretiyle temlik ettiği anlaşılmaktadır. Davacılar, miras bırakanın bağış şeklinde yapmış olduğu temliklerin saklı paylarını aşma kastı ile gerçekleştirildiğini ileri sürerek tenkis isteği ile eldeki davayı açmışlar ve mahkemece bilirkişi tetkikatı yaptırılarak davanın kabulü cihetine gidilmiştir. Oysa, davalı tarafın dosyaya ibraz ettiği deliller arasında yer alan ve miras bırakanın bağımsız bölüm, damadına da taksi aldığı belirtilmekte, ayrıca 11.06.1999 tarihli vasiyetname olarak düzenlenmiş belgede ise İş Bankası Bandırma şubesindeki mevduat hesaplarından söz edilmektedir. Ne var ki mahkemece bu konuda bir araştırma ve değerlendirme yapılmamıştır. Bilindiği üzere; tenkis (indirim) davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağlı veya sağlar arası kazandırmaların (teberru) yasal sınıra çekilmesini amaçlayan, öncesine etkili, yenilik doğurucu (inşai) davalardandır. Tenkis davasının dinlenebilmesi için öncelikli koşul, miras bırakanın ölüme bağlı veya sağlar arası bir kazandırma işlemi ile saklı pay sahiplerinin haklarını zedelemiş olmasıdır. Saklı payların zedelendiğinden söz edilmesi ise mümkündür. Tereke miras bırakanın ölüm tarihinde bırakmış olduğu mameleki kıymetler ile, iadeye ve tenkise tabi olarak yaptığı kazandırmalardır. Bunlar terekenin aktifini oluşturur. Miras bırakanın borçları, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bir aylık nafakası, terekenin defterinin tutulması, mühürlenmesi, cenaze masrafları gibi giderler de pasifidir. Aktiften belirtilen borçların indirilmesi net terekeyi oluşturur. Tereke bu şekilde tespit edildikten sonra mirasın açıldığı tarihteki fiyatlara göre değerlendirilmesi yapılarak parasal olarak miktarının tesbiti gerekir. (MK 565) Miras bırakanın Medeni Kanunu'n 564. Maddesinde belirlenen saklı paya tecavüz edip etmediği bulunan bu rakam üzerinden hesaplanır. Tasarruf oranı aşılmış ise tasarrufun niteliğine göre icap ederse kazandırma işleminde, saklı payları zedeleme kastının bulunup bulunmadığı objektif (nesnel) ve subjektif (öznel) unsurlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira tasarruf oranını aşan her kazandırmada saklı payları zedelenen kastının varlığından söz edilemez.

Mutlak olarak tenkise tabi tasarruflarda (ölüme bağlı tasarruflar veya Medeni Kanu'nun 565. Maddesinin 1,2 ve 3. Bentlerinde gösterilenler) veya saklı payın ihlal kastının varlığı kesin olarak anlaşılan diğerlerinde özellikle muayyen mal hakkında tenkis uygulanırken Medeni Kanunu'n 570. Maddesindeki sıralamaya dikkat etmek davalı mahfuz hisseli mirascılardan ise aynı kanunun 561. Maddesinde yeralan mahfuz hisseden fazla olarak alınanla sorumluluk ilkesini gözetmek, dava konusu olup olmadığına bakılmayarak önce ölüme bağlı tasarruflarla davacının saklı payını tamamlamak, sonra sağlar arası tasarrufları dikkate almak gerekir. Bu işlem sırasında dava edilmeyen kişi veya tasarrufların tenkisi gerekeceği sonucu çıkarsa davacının onlardaki hakkını dava etmemesinin davalıyı etkilemeyeceği ve birden çok kişiye yapılan teberru tenkise tabi olursa

563. Maddede yer alan, alınanla mütenasip sorumluluk kuralı gözetilmelidir. Davalıya yapılan tasarrufun tenkisine sıra geldiği takdirde tasarrufun tümünün değeri ile davalıya yapılan fazla teberru arasında kurulan oranda (SABİT TENKİS ORANI) tasarrufa konu malın paylaşılmasının mümkün olup olamayacağı (MK.564) araştırılmalıdır. Bu araştırma sonunda tasarrufa konu mal sabit tenkis oranında bölünebilirse bu kısımların bağımsız bölüm halinde taraflar adına tesciline karar verilmelidir. Tasarrufa konu malın sabit tenkis oranında bölünmezliği ortaya çıktığı taktirde sözü geçen tercih hakkı doğmadan davalının tercihinin kullanması söz konusu olamaz. Daha önce bir tercihten söz edilmişse sonuç doğurmaz. O zaman davalıdan tercihi sorulmak ve 11.11.1994 günlü 4/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı uyurınca sür`atle dava konusu olup sabit tenkis oranına göre bölünemeyen malın, tercih hakkının kullanıldığı gündeki fiatlara göre değeri belirlenmeli ve bu değerin sabit tenkis oranıyla çarpımından bulunacak naktin ödetilmesine karar verilmelidir. Somut olaya gelince; yukarıda değinilen olgular belirtilen ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde mahkemece yapılan araştırma ve incelemenin hüküm kurmaya elverişli olduğu söylenemez.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir…" gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra geregi görüşüldü;

Dava, tenkis isteğine ilişkindir.

Davacılar vekili, müvekkillerinin murisi N.A.`ın 1987 yılında 9 parça taşınmazını davalıya bağışladığını, murisin yaptığı temliki tasarrufları vekil edenleri miras hakkından 608 nolu parsellerde davalıya yaptığı temliki tasarrufların vekil edenlerin mahfuz hisseleri oranlarında tenkisi ile tenkis edilen miktarların yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, her ne kadar tapuda şartsız ibaresi var ise de aslında bağışın ölünceye kadar bakma karşılığında yapıldığını, davalının bağışçı N.A.`ın evine 4 yıl boyunca her gün huzurevinden 2 kişilik yemek gönderdiğini, ev ve elbiselerinin temizlendiğini giyimlerinin temin edildiğini, romatizma hastası ve yatalak olan eşinin, doktor ve hastaneye götürülerek tedavi ettirildiğini, davacıların mahfuz hisselerine tecavüz bulunmadığını, müteveffa bağışçının sağlığında davacılardan kızı Gülten`e apartman dairesi, damadına taksi aldığını, murisin davacılardan mal kaçırma kastı bulunmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, murisin bağışlanmasının altında yatan sebebin ailesine ve çocuklarına kızgınlık olduğu, bu itibarla onlara miras bırakmamak için bu şekilde hareket ettiği, küçük ve nispeten değersiz taşınmaz dışında tüm mal varlığını bir seferde ivazsız olarak bağışlanmasının normal olmadığı, murisin kastının mirasçıların mahfuz hissesini bertaraf maksadı taşıdığı sonucuna varıldığından, tenkis davasının kısmen kabulüne dair verilen karar; Özel Dairece, yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş; mahkemece önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; görülmekte olan davada mahkemece yapılan araştırma ve incelemenin hüküm kurmaya elverişli olup olmadığı, başkaca araştırma ve incelemenin hüküm kurmaya elverişli olup olmadığı, başkaca araştırma yapılmasının gerekip gerekmediği; burada varılacak sonuca göre eksik soruşturma ile hüküm kurulup kurulmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konuya ilişkin genel açıklamalar yapılmasında ve yasal düzenlemenin irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Tenkis davasının konusu, miras bırakanın saklı payı zedeleyen bir veya birden fazla kazandırmalarıdır.

Bir kimsenin karşılık almaksızın kendi malvarlığı hak ve alacaklarından, diğer bir kimse yararına temin ettiği hukuki işlemlere kazandırma, (tasarruf) denir.

Hukuki bir işlemin kazandırma, bağış sayılabilmesi için tamamen karşılıksız olması da koşul değildir.

Miras bırakanın yapmış olduğu kazandırma veya kazandırmalara karşılık lehine kazandırma yapılan kimse de bir karşılık vermiş, bir edimde bulunmuş olabilir. Bu halde de karşılıklı edimlerin bedelleri arasında önemli bir fark bulunuyor ve bu farkın kazandırma amacıyla yapıldığı açıksa, gerçek karşılıkla olan farklılık da karşılıksız kazandırma sayılır. Buna karma kazandırma da denilir.

Miras bırakan tasarruf edilebilir kısmı aşan karşılıksız veya karma kazandırmalarını ölüme bağlı kazandırma, sağlar arası kazandırma veya kazandırmalar şeklinde yapabilir.

Tenkisin sözlük anlamı indirme, azaltma ve eksiltmedir. Kanun koyucu, kanuni mirasçıların bazılarına, miras bırakanın iradesiyle ortadan kaldırılamayan, dokunulamayan bir miras hakkı tanımıştır. İşte, tanınan bu hakka saklı pay, bu hakkın tanındığı kimselere de saklı paylı mirasçı denilmektedir.

Saklı paylı mirasçının hakkı, miras bırakanın iradesinden bağımsız olarak güçlendirilmiş olup, miras bırakanın bu hak üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmıştır.

Sağlar arası veya ölüme bağlı bir tasarruf ile saklı pay sahibi mirasçının saklı payına el atıldığı takdirde, yapılan o tasarruf, tenkis davası yolu ile saklı paylı mirasçının saklı payı sağlanıncaya kadar indirime tabi tutulacaktır.

Başka bir anlatımla; saklı paylı mirasçılar, miras bırakanın saklı paylarına el atması halinde onun, ölümünden sonra bu el atmanın ortadan kaldırımasını, saklı paylarının tamamlanmasını talep ve dava edebileceklerdir.

İşte, bu tür davalara da tenkis davası denilmektedir. O halde tenkis davası, miras bırakanın sağlar arası veya ölüme bağlı tasarruf veya tasarruflarıyla tasarruf edilebilir kısmı aşması halinde, bu tasarrufların, yerine getirilmesini istemesi halinde defi yolu ile de kullanılabilecektir (TMK. Md.571/son)

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 560. Ve devamı maddelerinde tenkis davalarını düzenlemiştir. Hangi tasarrufların tenkis edileceği, saklı paya el atma olup, olmadığının belirlenmesi yöntemi, tecavüz halinde hangi tasarrufların, hangi sıra ile tenkise tabi tutulacağı bu bölümde açıklanmıştır.

Tenkis davaları, yenilik doğuran (inşai) nitelikte davalar olup, mirasın açıldığı güne kadar geriye doğru etkilidir.

Bu dava ile, miras bırakanın yaptığı tasarrufların iptali değil, değiştirilmesi, tasarrufların, tasarruf edilebilir kısma çekilmesi amaçlanmıştır. Bu niteliğiyle tenkis davası bir eda davası olarak kabul edilemez.

Miras bıkananın tasarrufu önceden yerine getirilmişse, davalının elinde bulunan malların iadesinin sağlanabilmesi için ayrıca eda isteminin de bulunması gerekmektedir.

İndirme ve bu indirmenin iadesi istemi ayrı ayrı dava konusu yapılabileceği gibi, her iki istek aynı davada da ileri sürülebilir.

Tenkis davası, tasarrufa konu malın lehtarın eline geçmiş olması halinde, eda istemini de kapsar.

Tenkis kararı bu hali ile iki bölümde değerlendirilmelidir.

Birinci bölüm, miras bırakanın tasarruflarının saklı payı ihlali ve saklı pay sınırına çekilmesini, indirilmesini belirleyen o tasarrufları değiştiren, (inşa) yenilik doğurucu bölümdür.

İkinci bölüm ise, lüzumu halinde saklı payı tamamlamayı, mal varlığında meydana gelen eksikliğin giderilmesini amaçlayan eda bölümünü kapsamaktadır.

Saklı paylı mirasçılara ölüme bağlı tasarrufla yapılan ve tasarruf edilebilir kısmı aşan tasarrufların, kazandırmaların, onların saklı paylarını aşan kısmı, orantılı olarak tenkise tabi olacaktır. Tenkise tabi birden fazla ölüme bağlı tasarrufun bulunması halinde, saklı paylı mirasçıya yapılan kazandırtmanın saklı payı aşan kısmı ile, saklı pay sahibi olmayan kimselere yapılan kazandırmalar, orantılı olarak tenkis edilecektir.

Tenkis miras bırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça mirasçı atanması yoluyla veya diğer bir ölüme bağlı tasarrufla elde edilen kazandırmaların tamamında orantılı olarak yapılacaktır.

Kendisine tenkise tabi bir kazandırma yapılmış olan kimse iyi niyetli ise, sa-

dece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür; iyi niyetli değilse, iyi niyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır. Tenkis, saklı pay tamamlanıncaya kadar, önce ölüme bağlı tasarruflardan; bu yetmezse en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere sağlar arası kazandırmalardan yapılacaktır. Kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflara yapılan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlar arası kazandırmalar en son sırada tenkis edilecektir. (TMK. Md. 570) Ölüme bağlı kazandırmaların aksine, miras bırakanın yaptığı sağlar arası kazandırıcı hukuki işlemler kayıtsız, koşulsuz tenkise tabi tutulmamıştır. Burada işlemin tenkise tabi tutulabilmesi için ön koşul; saklı paya el atma, tasarruf edilebilirlik sınırının aşılmasıdır. Ancak bu da yeterli değildir. Sağlar arası kazandırmaların tenkise tabi tutulabilmesi için saklı paya el atma yanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu`nun 565 ve 567. maddelerinde açıklanan koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

Tereke, ölen bir kimsenin mal, hak, alacak ve borçlarının tümünü ifade eder. Yani miras bırakanın ölüm tarihine göre bırakmış olduğu, maddi veya maddi olmayan, genellikle para ile ölçülmesi mümkün aktif ve pasif değerlerin karşılığıdır. Miras ise, terekeden daha geniş kapsamlıdır. Miras bırakanın hak ve borçları da mirasçılara ve terekeye intikal edecektir. O halde, tereke; miras bırakanın ölüm tarihine göre bırakmış olduğu tüm kıymetler ile mirasta denkleştirmeye konu iadeye tabi olarak yaptığı sağlar arası, mirasçıların terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlü oldukları kazandırmalar terekenin aktifini, miras bırakanın borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, miras bırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri, muvazaalı (danışıklı) ödemelerde alınan karşılıklar, yine eğitim ve öğrenimini tamamlamamış olan veya sakatlıkları bulunan çocuklara yapılack hakkaniyete uygun ödemeler vb. gibi terekenin pasifini oluşturur.

Terekenin tasarruf edilebilir kısmı, net terekeden, yani terekenin aktifinden, pasifleri çıktıktan sonra kalan kısmından saklı payların toplamının çıkarılması sonucu geriye kalan değerlerdir. Miras bırakanın saklı paylı mirasçısı yok ise, miras bırakan net tereke üzerinde ve tamamında dilediği gibi tasarruf edebilecektir. (TMK. Md.505-506)

Net terekenin hesaplanmasında, terekeyi oluşturan tüm unsurların mirasın açıldığı tarihteki, başka bir anlatımla miras bırakanın ölümü tarihindeki rayiç değerlerinin, gerçek sürüm değerlerinin nazara alınması gerekir.

Tenkis davasında ispat yükü TMK'nın 6. Maddesine göre davacıya aittir.

Tenkis davası saklı paylı mirasçılar tarafından açılacağından davacı öncelikle saklı paylı mirasçı olduğunu, mirasa hak ehliyetini (mirasçılık belgesi, nüfus kayıtları veya bunların olmaması halinde tanık beyanlarıyla) miras bırakanın ölümünü, saklı payına el atıldığını kanıtlamak zorundadır.

Saklı payı zedeleme kastı tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilecektir. Bu bağlamda, saklı payı zedeleme kastı yemin delili ile de kanıtlanabilecektir. (A.İ.Ö., tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları s.5-142)

Somut olay bu ilkeler çerçevesinde incelendiğinde; davacıların murisi N.A.`ın dava konusu 9 adet taşınmazını 02.12.1987 tarihinde bağışlamak suretiyle, davalıya devir ettiği, davalı vekilinin 12.05.2006 tarihli delil listesi ekinde sunduğu dosyadan, murisin dalı Kurum`a verdiği Yargıtay bozma ilamında da işaret edilen-24.09.1998 tarihli dilekçede, davacı kızı Gülten Töre`ne daire, damadına taksi aldığını beyan ettiği; 11.06.1999 tarihli vasiyetnamede ise, İş Bankası Bandırma Şubesinde bulunan vadeli, vadesiz hesaplarındaki ve USD Hesabındaki paraları davalı Kurum`a bağışladığını söylediği, ancak bu hususlarda mahkemece hiçbir araştırma yapılmadığı gibi bu savunmalara ilişkin olarak delillerin sunulmasına yönelik olarak taraf vekillerine ayrıca ve açıkça süre verilmediği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Kural olarak; saklı paya el atıldığından, zedelendiğinden söz edilebilmesi için; kazandırma konusu tereke ile kazandırma (temlik) dışı terekenin tümü ile bilinmesi gerekmektedir. Dosyaya delil olarak yansıyan hususlarda taraflara delillerini sunmaları için ayrıca ve açıkça süre verilmesi, sonucuna göre terekenin tasarruf edilebilen kısmının belirlenerek, saklı paya tecavüzün bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmekte ise de; somut olayda, mahkemece, düzenlenen "Tenkis Hesap Tutanağı" nın taraf vekillerine tebliği üzerine taraf vekillerince tutanağın içeriğine ve hesaplama yöntemine ilişkin herhangi bir itirazda bulunulmadığı gibi, 03.04.2007 tarihli duruşmada, taraf vekillerince, dava konusu taşınmazlar dışında murise ait her hangi bir taşınmaz ve mal varlığı bulunmadığı, terekenin pasifi olarak bildirilecek değerler de olmadığı beyan edilmiştir.

Hal böyle olunca, artık mahkemece terekenin aktif ve pasifinin belirlenmesi yönünde yeni araştırmalar yapılmasına ve bozma ilamında geçen delillerin araştırılmasına gerek bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,** davalı Kurum harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına, 07.07.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

DAVADA HUSUMET • TAŞINMAZDA AYIRMA VE BİRLEŞTİRME

ÖZET: Dava, davacının maliki olduğu parseller üzerinde muvafakatı olmadan yapılan haksız işlemler sebebiyle iptal ve tescile ilişkin bulunup, TMK`nın 1007. Maddesi uyarınca Hazinenin de hasım gösterilmesi gerekir. Tapu Sicil Müd.`nün hasım gösterilmiş olması yeterli sayılmaz.

Ayrıca, dava konusu taşınmazın yol olarak terkini yapıldığına göre, kamu malı olan yolların MK`nın 715 ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16. Maddesi uyarınca çıplak mülkiyeti Hazineye ait ise de 5393 sayılı Belediye Kanunu uyarınca idari tasarrufa ve nezareti belediyeye ait bulunduğundan Belediye Başkanlığının da hasım gösterilmesi gerekir.

Y.HGK E: 2010/1-336 K: 2010/396 T: 14.07.2010

Taraflar arasındaki "tapu iptali tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın "reddine" dair verilen 03.07.2008 gün ve 2006/310 E. 2008/121 K. Sayılı kararın incelenmesi, davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 28.05.2009 gün ve 2009/4887-6187 sayılı ilamı ile; *("....Dava, tapu iptali, eski hale getirme ve elatmanın önlenmesi isteklerine ilişkindir.*

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; davacı adına kayıtlı bulunan 3 ve 775 parsel sayılı taşınmazların tevhit işlemleri sonucu oluştuğu, davacıya ait 543 ve 544 parsellerin 66.86 m2 lik bölümünün yola terk edilerek 775 parsel olarak kaydedildiği, 3 parselin 776 parselden geldiği, bu parselinde 539 ve 540 parsellerin tevhidi ile oluştuğu ve davacı adına tescil edildikleri anlaşılmaktadır.

Davacı, çekişmeli taşınmazların terkin ve tevhit işlemlerinin bilgisi dışında imzası taklit edilerek yapıldığını ileri sürerek tapu iptali, eski hale getirme ve bu değişiklikler nedeniyle taşınmazına davalı kişilerce müdahale edildiğinden bahisle elatmanın önlenmesi istekleriyle eldeki davayı açmıştır.

Mahkemece, mahallinde yapılan uygulama sonucu davalılar A. ve S.`in davacı taşınmazlarına müdahalelerinin bulunmadığı belirlenerek elatmanın önlenmesi isteği yönünden davanın reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Davacının bu yönlere değinen temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine;

Ne var ki; iddianın açıklanan içeriği ve ileri sürülüş biçimi itibariyle olayda yolsuz işlemler sonucu oluşan kayda yönelik dava açıldığı, iddia edilen işlemleri gerçekleştireninde tapu idaresi olduğu tartışmasızdır.

Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 1007. Maddesi uyarınca sicillerin yanlış tutulmasından hazine sorumludur. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesinin olayda uygulama yeri bulabileceği açıktır. Olaylara bu açıdan bakıldığında işlemi yapan, idarenin yanı sıra Hazine`ye de husumet düşeceği kuşkusuzdur. Esasen yolların tasarruf idare ve nezareti belediyeye ait olup, çıplak mülkiyeti ise arzın asıl maliki Hazine`ye aittir.

Öte yandan anılan işlemler sonucu taşınmazın bir bölümün yola katıldığına göre davada ilgili kuruluş olan Belediye`nin ve Hazine`nin de yer almasında zorunluluk vardır.

Hal böyle olunca, Hazine ve belediye aleyhine dava açılması konusunda davacıya önel verilmesi, dava açılması durumunda eldeki dava ile birleştirilmesi, yolsuz tescil isteği yönünden tarafların tüm delillerinin toplanılarak değerlendirilmesi, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir...")

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:

Dava, tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davacı, maliki bulunduğu 3 ve 775 parsel nolu taşınmazlara davalı gerçek kişiler S.N. ve A.N.`nun el attığını, ayrıca aynı parsellerde davalı tapu idaresince bazı hukuka aykırı işlemler yapıldığını, 18 nolu parselden gelen 543 ve 544 numaralı parsellerin ifrazı sırasında yola terk işlemi yapıldığını, 24.05.2002 tarihinde 543, 544 sayılı parseller tevhit edilerek 775 parselin oluşturulduğunu, ancak malikin onayı alınmaksızın ikinci kez 66.86 metrekare yola terk edildiğini, ikinci kez yola terk edilme işlemi yapılmasının aykırı olduğunu, bedelsiz ve usule aykırı terk edilen bu kısmın tekrar davacının parseline dahil edilmesini, bu şekilde tapunun iptali ile tescilini istemiştir.

Davalı gerçek kişiler, dava konusu yolun 1993 yılında terkinin yapıldığını savunarak davanın reddini, davalı tüzel kişinin ise taraf sıfatı olmadığını, kaldı ki davanın idari yargıda açılması gerektiğini, ifadeyle davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece; gerçek kişiler hakkındaki davanın reddine, davalı tüzel kişilik hakkındaki davanın ise "tapu iptali ve tescil yönünden açılan davanın değerlendirilmesinde; açılan dava tapu iptali ve tescil davası olmakla her ne kadar davacı kendi rızası olmadan, sahte imzalı belge ile imar uygulaması yapılarak yolun (taşınmazının) genişletildiğini iddia etmişse de, dava ancak bu işlemi yapan idare ve yol ihdas edilmekle bu yolun maliki durumunda olan idare aleyhine açılabilecek dava ile takibi mümkün davalardan olduğundan, tapu kayıtlarını tutan Tapu Kadastro Müdürlüğü'nün taraf sıfatı bulunmadığından" geekçesiyle husumet yok-

luğundan reddine karar verilmiş; davacının temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hükmü temyize davacı vekili getirmektedir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasında gerçek kişilerin müdahalesinin olmadığı konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık; davacının iddiasının açıklanan içeriği ve ileri sürülüş biçimi dikkate alındığında tapu sicil müdürlüğüne husumet düşüp düşmeyeceği, düşeceği kabul edilirse Belediye ve Hazinenin de davalı yanında yer almasının zorunlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacıya ait 775 parsel numaralı taşınmazın kök parseli olan 18 nolu parselin kadastro tespitinin 10.07.1974 yılında kesinleştiği, mahkeme kararı ile yola terkinlerinin yapılıp 09.03.1981 tarihinde ifraz edilerek tescil edildiği, 24.05.2002 tarih 2758 sayılı Kadastro gören yerlerde yapılacak değişilik işlemleri için beyannameye göre 543 ve 544 nolu parsellerin birleştirilerek 775 nolu parselin oluştuğu ve 66.86 metrekare yerin yol olarak terk edildiği ve davacının imzalı beyanına göre tescil bildiriminin isteğine uygun olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Ancak, davacı 24.05.2002 tarih 2758 sayılı Kadastro gören yerlerde yapılacak değişiklik işlemleri iin beyannamedeki imzanın kendisine ait olmadığını 18 nolu parselden gelen 543 ve 544 numaralı parsellerin ifrazı sırasında yola terk işlemi yapıldığını, malikin onayı olmaksızın ikinci kez yola terk işlemi yapılarak 775 nolu parselin oluşturulduğunu, yapılan bu ikinci terk işleminin sahte imzalı beyannameye istinaden gerçekleştirildiğini iddia etmiştir.

Davacı, davalı olarak "Tapu Sicil Müdürlüğü" nü hasım göstermiş; dava dilekçesi tapu sicil müdürlüğüne tebliğ edilmiş, tüzel kişiliği temsilen (izafeten) duruşmalara katılan Hazine vekili; davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davada sıfat, tarafın, dava konusu maddi hukuk ilişkisinin süjesi olup olmamasıyla ilgilidir. Taraf sıfatının bulunmaması halinde dava, sıfat yokluğundan (husumet yönünden) reddedilecektir. HUMK 179/1 maddesi, dava dilekçesinde tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin ad ve adreslerinin bildirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bildirim esnasında yapılan kimi yanlışlıklar, davanın sıfat (husumet) yokluğundan reddi sonucunu doğurmamakta, oluşan hataların giderilmesi bazı durumlarda mümkün olabilmektedir. Davalının temsilcisinde yanılmış olma hali de bu duruma örnek oluşturmaktadır. Çözülmese gereken sorun, tapu sicil müdürlüğünün davalı gösterilmesinin ve Hazine vekili tarafından temsil edilmiş olmanın temsilcide yanılgı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Dava dilekçesi ile birlikte dosya kapsamı değerlendirildiğinde, yolsuz işlemler sonucu oluşan kayda yönelik dava açıldığına dair Özel Daire kabulünün yerinde olduğu açıktır. Bu durumda, burada davalının sıfatının bulunup bulunmadığı ve buradan hareketle başka kurum ve kuruluşların davalı yanında yer alması gerekip gerekmediğinin tartışılması gereklidir.

İlkin belirtilmelidir ki, davacının dava dilekçesindeki içeriğine göre isteminin yasal dayanağı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu`nun 1007. Maddesi olup, bu hükümde Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğu düzenlenmiştir. Devletin "tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna" ilişkin olarak, kusursuz sorumluluk/ağırlaştırılmış sebep/ağırlaştırılmış objektif sorumluluk/tehlike sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanır.

Genel olarak MK'nın 1007. Maddesine dayanan davalar, tapu malikleri ve lehine sahte tescil kararı verilen gerçek veya tüzel kişiler ile Hazine arasında görülür. Bir başka deyişle bu anlamda hakları çatışanlar arasında görülür. Dava, MK`nın 1007. Maddesince Devletin sorumluluğuna dayalı bir dava olduğuna göre husumetin hazineye yöneltilmesi zorunludur. Ne var ki, davacı dava dilekçesinde "Tapu Sicil Müdürlüğü" nü hasım göstererek dava açmıştır.

Davacının asıl dava etmek istediği kişinin "Tapu Sicil Müdürlüğü" değil, "Hazine" olduğu belirgindir.

Durum bu olunca, davanın davalı olarak salt tapu sicil müdürlüğüne yöneltildiğinden söz edilemez. Ortada belirgin biçimde temsilcide yanılma hali bulunmakta olup, bu durumun mahkemece resen gözetilmesi ve davanın usulünce gerçek hasma yöneltilebilmesi için davacı yana olanak sağlanması gerekir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.02.2010 gün 2010/7-70-86 sayılı kararı)

Daha açık ifadeyle, mahkemece yapılacak iş; açıklanan hususlar ve dava dilekçesi içeriği de gözetilerek temsilcide hata halinin varlığının kabulü ile davacının davasını doğru hasma yöneltmesi için olanak sağlanmasıdır.

Çözülmesi gereken diğer bir sorun ise, belediye başkanlığının dava da taraf olarak yer alıp almayacağı konusudur. Dava konusu taşınmazın yol olarak terkini yapıldığına göre, kamu malı olan yolların MK`nın 715 ve 3402 sayılı Kadastro Kanu'nun 16. Maddeleri uyarınca çıplak mülkiyeti Hazineye ait ise de 5393 sayılı Belediye Kanunu uyarınca idari tasarrufu ve nezaretinin belediyeye ait olduğu açıktır. Davacının davasının kabul edilmesi halinde sonucunun belediyeyi de etkileyeceği dikkate alındığında, "Belediye Başkanlığı" nın da Hazine`nin yanında yer alması zorunluluğu doğmaktadır.

Bu arada Özel Daire bozma kararında; "ayrıca Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesinin olayda uygulama yer bulabileceği açıktır." Şeklinde gerekçe yazılmış ise de, bu gerekçesinin somut olayda uygulama kabiliyetinin bulunmadığı Genel Kurulca kabul edilmiştir. İstihdam Edenlerin Mesuliyetini düzenleyen BK`nın 55. Maddesi de kusursuz sorumluluk hallerinden ise de, Devletin tapu sicil kaydının yanlış tutulmasından dolayı doğacak zarardan dolayı sorumluluğunu düzenleyen MK`nın 1007. Maddesi gibi bir özel düzenleme bulunduğuna göre, BK`nın 55. Maddesinin uygulama alanı bulamayacağı açıktır.

Sonuç itibariyle, direnme kararı açıklanan nedenlerle usul ve yasaya aykırı olup, bu değişiklik gerekçelerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı HUMK`un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin verilmesine, 14.07.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖZEL ÖĞRETİM KURUMU • BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen ve usta öğretici gibi personelin hizmet sözleşmesinin en az bir yıl süreli olarak yapılacağı yasa`dan doğan zorunluluktur.

Bu nedenle belirli süreli hizmet sözleşmesinden doğan haklar ve BK. 325 uyarınca bakiye sözleşme süresi ücreti işverenden istenebilecektir.

Özel öğretim kurumlarında çalışan öğretmenlerin belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışmalarından dolayı işe iade davası açmaları olanaksızdır.*

Y.HGK E: 2010/9-666 K: 2011/18 T: 02.02.2011

(....1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçi açmış olduğu bu davada, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce ve haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini, işyerine alınmayarak öğrenciler huzurunca küçük düşürüldüğünü ileri sürerek bakiye süre ücreti ile manevi tazminat isteklerinde bulunmuştur. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Kararı süresi içinde davacı taraf temyiz etmiştir.

Davacı, Milli Eğitim Bakanlığı'na ait resmi okullarda öğretmen olarak görev yapmış ve emekli olduktan sonra davalı özel eğitim kurumunda sınıf öğretmeni çalışmaya başlamıştır. Taraflar arasındaki sözleşme 01.09.2005 tarihli olup 1 yıl sürelidir. Davalı işveren 23.11.2005 tarihinde, davacının mesai arkadaşlarını rencide eden davranışlarda bulunduğu, kurumun belirlediği kurallara uymadığı, yapmakla yükümlü olduğu görevlerini uyarılara rağmen yerine getirmediği, öğrencilere seviyelerinin üzerinde sorumluluklar yükleyerek velilerin tepkisine neden olduğu gibi gerekçelerle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2-n bendi hükmüne dayanılmak suretiyle feshedilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı işçi davalı şirkete ait özel ilköğretim okulunda sınıf öğretmeni olarak bir süre görev yapmış ve 27.10.2005 tarihinde öğrenci iletişim defterine veliye hitaben yazmış olduğu yazıda 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı için panoya asılmak üzere resim ve şiir getirilmesini istemiş,

* Gönderenler: Av. Sedef GÜÇLÜER – Av. Ali Rıza DİZDAR

yine öğretmenler günü konulu şiir, resim veya kompozisyonunun gönderilmesi bildirilmiştir. Konuyla ilgili olarak bir veli tepki göstermiş ve istenilenin, öğrencinin seviyesinin üzerinde olduğu belirtilmiştir. Davacının ilköğretim 1. Sınıf öğretmeni olduğu anlaşılmakta ise de, talep edilenlerin bir zorunluluk olmadığı ve panoya asılmak üzere resim ve şiir getirilmesinin 1. Sınıf öğrencisinin sorumluluğunun üzerinde olmadığı ve sözü edilen dökümanlara çağımız iletişim ve bilgisayar teknolojisinde kolaylıkla ulaşılabileceği dikkate alındığında açıklanan eylemin davacının iş sözleşmesinin feshini gerektirecek ağırlıkta olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Fesih yazısında açıkça yazılı olmasa da, davacı ile müdür yardımcısı konumunda olan davalı tanığı konumunda olan davalı tanığı arasında zaman zaman ilgili olarak tartışmaların yaşanmış olması 4857 sayılı İş Kanununda sözü edilen haklı fesih nedenleri arasında değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işverence tutanağa bağlanan bazı hususlar yönünden 4857 Sayılı Yasa"nın 26. Maddesinde öngörülen 6 iş günlük hak düşürücü süre de geçmiştir.

Son olarak davacı işçi yönünden tutanağa bağlanan husus bir arkadaşı ile tartışan öğrencinin müdür yardımcısı odasından öğretmen tarafından alınarak sınıfına götürülmesi olayı olup, burada da işçinin sözleşmesinin haklı olarak feshini gerektiren bir neden bulunmamaktadır. Sözü edilen eylemler için davacıya imzalatılan işyeri personel, yönetmeliğinin 54.2 maddesinin (e) bendi uyarınca kınama cezası verilmesi ile yetinilmesi gerekirken fesih yoluna gidilmesi ağır bir sonuçtur.

İşyeri personel yönetmeliğinin 54.3. maddesinde işten çıkarma nedenleri sıralanmış olup davacı işçiye isnat edilen fillerin hiçbiri haklı fesih nedenleri arasında gösterilmemiştir.

Yine fesih yazısında davacı işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar ettiği bildirilmişse de, bu yönde görevlerinin hatırlatıldığı ve yapmamakta ısrar ettiğine dair bir delil de sunulabilmiş değildir.

Açıklanan nedenlerle davacının iş sözleşmesinin davalı işverence haklı bir neden olmaksızın feshedildiği sonucuna varılmalı ve davaya konu bakiye süreye ait ücret isteği bakımından hesaplama yapılarak Borçlar Kanunun 325. Maddesi uyarınca inceleme ve değerlendirme yapılarak bir karar verilmelidir…)

Gerekçesiyle oy çokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, iş akdinin işverence haksız feshi nedeniyle bakiye ücret alacağı ile manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, özel öğretim kurumunda bir yıl süresi iş akdi ile çalışan davacı-

nın iş akdinin işverence haksız feshi nedeniyle bakiye ücret alacağı ile öğrencilerin önünde okula alınmayarak küçük düşürülmesi nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davacının okul idaresi ile meslektaşları ve öğrencilerine karşı olumsuz davranışlarının uyarılara rağmen düzelmemesi nedeniyle iş akdinin feshinin haklı nedene dayalı olduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verilen kararın davacı vekili tarafından temyizi üzerine, Özel Dairece; yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmasına karar verilmiş, yerel mahkemece , önceki gerekçe genişletilmek suretiyle davanın reddine dair ilk hükümde direnilmesine karar verilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının iş akdinin işverence feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, özel öğretim kurumları, 08.06.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun yürürlükten kaldıran 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile düzenlenmektedir.

5580 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi uyarınca özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmelerinin en az bir takvim yılı süreli ve yazılı olması gerekmektedir. Yürürlükten kaldıran 625 Sayılı Kanun'un, yazılı iş sözleşmesinde görevin, türü, süresi, ders sayısı, aylık ücret veya ders saati başına verilecek ücret miktarı, terfi süreleri , zam oranları, sözleşmenin uzatılması, feshi şartlarının belirtilmesi gerektiği, mevzuata aykırı olmamak kaydıyla sözleşmeye isteğe bağlı özel şart ve hükümler konulabileceği yolundaki ilkeler 5580 Sayılı Kanun döneminde de geçerli olacaktır.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, özel öğretim kurumu öğretmenlerinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi olması nedeniyle iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün bulunmamaktadır.

Öte yandan, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesinde, "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" şeklinde kurala yer verilerek işçinin kalan süre ücretini talep hakkı olduğu belirlenmiştir. Bakiye süre ücretinin listelenebilmesi için iş sözleşmesinin, işverence feshedilmesi ve feshin haklı nedene dayanmaması gerekir. İşverenin feshi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesinin ilk bendinde yazılı olan sebeplerine, ikinci bentte sözü edilen ahlak ve iyiniyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere ve üçüncü bentte öngörülen zorlayıcı sebeplere dayanması, diğer bir anlatımla haklı sebebe dayalı olması durumunda işçinin sözleşmenin kalan süresine ücreti bakımından talep hakkı doğmaz.

Somut uyuşmazlığın yukarıda yapılan açıklamaların ışığında incelenmesinde; davacının özel öğretim kurumunda bir yıl süreli sözleşme ile çalıştığı sözleşmeyi ve bunun eki niteliğindeki personel yönetmeliğini de okuyup hükümlerinden bilgi sahibi olduğunu, uyacağını taahhütle imzaladığı anlaşılmamaktadır.

Davalı işveren tarafından davacının olumsuz davranışlarının uyarılara rağmen düzelmediği iddiası ile iş akdi feshedilmiş ise de davacının fiillerinin ağır bir sonuç olan feshi doğuracacak nitelikte olmadığı gibi, davalı işveren tarafından Personel Yönetmeliğinde belirtilen prosedür uygulanarak fiillerin yaptırımı olarak öncelikle ve sırasıyla uyarı, kınama ve ücret kesilmesi gibi cezaların uygulanması gerekirken doğrudan ve fiillerin karşılamadığı ağır sonuç olan fesih yaptırımı uygulanmasının doğru olmadığı, bu nedenlerle işverenin iş akdini feshinin haklı nedene dayalı olmadığı açıktır.

Bu durumda davacının 818 Sayılı Kanun'un 325. Maddesi uyarınca bakiye süre ücret alacağını istemeye hakkı vardır.

O halde, yerel mahkemece aynı yönlere işaret eden Özel Daire bozma kararına uyularak, davacının bakiye süreye ait ücret isteği bakımından yapılacak değerlendirme ile varılacak sonuca göre hüküm kurulmak gerekirken direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK`un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 02.02.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

HİZMET SÜRESİ • TANIK BEYANLARI • İZİN ÜCRETİNDE FAİZ

ÖZET: İşçilik alacaklarının tahsili davasında tanık anlatımlarına dayanılarak işçinin hizmet süresi tespit edilebilecektir.

İzin ücreti alacağına en yüksek mevduat faizi değil yasal faiz işletilmelidir.

Y.HGK E:2011/9-158 K: 2011/283 T: 04.05.2011

Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 14. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabul ve reddine dair verilen 28.12.2007 gün ve 20067723 esas, 2007/1250 karar sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2010 gün ve 2008/14534 esas, 2010/805 karar sayılı ilamı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı 1999/Ekim – 16.09.2006 tarihleri arasında davalı işyerinde çalıştığını, sigorta primlerinin eksik yatırıldığını, davalı işverene hizmet tespiti davası açacağını söylemesi üzerine iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini

belirterek, kıdem, ihbar, izin, fazla çalışma ve genel tatil alacağı talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren davacının 01.05.2004 – 05.09.2006 tarihleri arasında çalıştığını sigorta primlerinin düzenli olarak yatırıldığını, iş sözleşmesini davalının haksız olarak sona erdirdiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının 01.05.2004 – 05.09.2006 tarihleri arasında davalı yanında çalıştığı kabul edilerek alacakları hüküm altına alınmıştır.

Davacı davalı işyerinde 1999 yılında çalışmaya başladığını belirtmektedir. SSK hizmet cetveline göre davacının işe girişi ise 01.05.2004 tarihidir. Mahkemece davacı tanıklarının bordro tanığı olmadığı belirtilerek dinlenmemesi hatalıdır.

Davacının tanıkları dinlenerek davacının hangi tarihte işe başladığı açıkça sorulmalıdır.

Tanık beyanları ve davacının işyeri şahsi dosyasındaki belgeler ve işe giriş-çıkış belgeleri birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının hizmet süresi tespit edilmeli ve buna göre yeniden kıdem, ihbar, izin ve genel tatil alacağı hesaplanmalıdır.

3-Yıllık izin ücreti bakımından uygulanması gereken faiz konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. Maddesinde iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Bununla birlikte kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir.

İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. Maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 24.10.2008 gün 2007/30158 E, 2008/28418 K.)

O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda davacının izin ücreti alacağına bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedilmiştir. Dairemizce, yıllık ücretli izin alacağı geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmediğinden yasal faize hükmedilmelidir…)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca 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 04.05.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ • BORÇLUNUN ÖLÜMÜ

ÖZET: Ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesinde borçlunun ölümüyle sözleşme sona ermez; bakıp gözetme borcu bakım borçlusunun mirasçılarına intikal eder.

Öte yandan, borçlunun ölümü halinde alacaklı bir sene içinde sözleşmenin feshini talep edebilir.*

Y.1.HD E: 2010/4926 K: 2010/6710 T: 10.06.2010

Dava, akde aykırılık hukuksal nedenine dayalı sözleşmenin feshi, tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; davacının çekişme konusu 556, 852, 916 parsel sayılı taşınmazları ölünceye kadar bakım koşuluyla yeğeni davalıya temlik ettiği anlaşılmaktadır.

Davacı, davalının akitten doğan bakım borcunu yerine getirmediğini ileri sürerek eldeki davayı açmıştır.

Bilindiği üzere; ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmelerinde bakım alacaklısının ölümü sözleşmenin sona ermesini gerektirdiği halde bakım borçlusunun ölümü ile sözleşme son bulmaz, bakma ve görüp gözetme borcu bakım borçlusunun mirasçılarına intikal eder. Ancak yasa koyucu bakım alacaklısına, isteği dışında, bakım borçlusunun mirasçıları ile birlikte yaşamaya zorlamamak için ölüm tarihinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyi bozma (feshetme) hakkı tanımıştır. (BK`nın 518) Ne var ki, bakım alacaklısının ölüm nedeniyle sözleşmeyi bozması (feshetmesi) halinde bakım borçlusuna verdiği malı aynen mirasçılarından geri istemesine yasal olanak yoktur. Bu durumda Borçlar Kanunu'n 518. Maddesinde açıkça belirtildiği üzere sadece borçlunun iflası halinde, İflas masasından isteyebileceği miktara eşit bir para talep edebilir. Nitekim bu ilke 05.06.1957 tarih 25/22 sayılı inançları birleştirme kararında da açıkça vurgulanmış, uygulama bu yönde kararlılık kazanmıştır.

Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun 518. Maddesinde öngörülen fesih beyanının kullanılması ile sözleşmenin ortadan kalkacağı; feshin hükümlerinin önceye etkili olamayacağı; bu nedenle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin o zamana kadar meydana getirdiği hükümleri muhafaza edeceği kuralıda yerleşmiş Yargıtay İçtihatları ve Bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir.

Somut olayda; yukarıda özetlenen dosya içeriği ve özellikle tanık anlatımların-

---

* Gönderen: Erdoğan Gökçe – Emekli Fatih Hukuk Hakimi

dan davalının bakım ödevini son dönemde yerine getirmemesinin elinde olmayan nedenlere dayalı olduğu, borçlunun ağır ve ciddi sağlık sorunları nedeniyle davacıyla yeterince ilgilenemediği, ayrıca borçlunun kızının da böbrek hastası olduğu, tüm bu durumlar karşısında, davalının haklı bir mücbir sebep ile edimini yerine getirmediği sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenle, mahkemece akdin feshi değil, Borçlar Yasası'nın 517. Maddesi uyarınca bakım alacaklısına irad tahsisi gerekir ise de, borçlunun yargılama sırasında 28.07.2009 tarihinde vefat ettiği anlaşıldığına göre olayda Borçlar Yasası'nın 517. Maddesi değil, aynı yasanın 518. Maddesinin uygulanması olasılığı doğmuştur. Nitekim, davacı vekili 02.02.2010 tarihli dilekçesinde, borçlunun yargılama sırasında ölümü nedeniyle Borçlar Yasası'nın 518. Maddesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmek istediğini, bakım borçlusunun mirasçıları ile devam ettirmek istemediğini, sözleşmenin feshi gerektiği yönünde beyanda bulunmuştur.

Bu durumda, Borçlar Yasası'nın 518. Maddesinin değerlendirilesi ve öngörülen hüküm çerçevesinde işlem yapılması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğinde kuşku yoktur.

Öyle ise, dahili davalıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 10.06.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

MİRASTAN ISKAT SEBEPLERİ • TENKİS HÜKÜMLERİ

ÖZET: Vasiyetnamede belirtilen ıskat sebepleri mirasçının ıskatını gerektirecek ağırlıkta olmadığına göre, ıskat hükümleri değil tenkis hükümleri devreye sokularak çözüme gidilmelidir.*

Y.2.HD E: 2007/4783 K: 2007/7111 T: 30.04.2007

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre sair temyiz itirazları yersizdir.

2-Miras bırakan vasiyetnamesinde ıskat (mirastan çıkartılma) sebebini açıklamış, ancak gösterilen sebepler mahkemece de kabul edildiği gibi (ıskatı) mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren ağırlıkta bulunmamaktadır. (MK.`ın 459) Vasiyetnamenin tasarruf nisabı oranınca geçerli olacağı dikkate alınıp tenkis hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2. Bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** kararın bozma kapsamı dışında kalan yönlere ilişkin temyiz itirazlarının ise **REDDİNE** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 30.04.2007

İSİM VE CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ • YABANCI MAHKEME KARARI

ÖZET: İsim ve cinsiyet değişikliği davacının vatandaşı olduğu devletin hukukuna göre karara bağlanmıştır. Buna ilişkin yabancı ilamın tanınmasını istemekte davacının hukuki yararı vardır. Burada Türk Kamu düzenine aykırılıktan söz edilemez.

Bu nedenle koşullar oluştuğundan yabancı Mahkeme kararının tanınmasına karar verilmelidir.**

Y.2.HD E: 2009/9678 K: 2009/22090 T: 21.12.2009

Davacı, cinsiyetinin "kadın" olarak kabul edilmesine ve L. olan isminin de D.

---

* Gönderen: Erdoğan Gökçe Emekli Fatih Hukuk Hakimi

** Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

olarak değiştirilmesine dair yabancı mahkemece verilen kararların tanınmasına karar verilmesini istemiştir.

Davacının izinle Türk Vatandaşlığı'ndan çıktığı, çıkma belgesini aldığı 01.10.2004 tarihi itibariyle Türk Vatandaşlığı'nı kaybetmiş olup, yabancı durumunda bulunduğu, cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın, 24.02.2005 tarihinde gerçekleştirilen ameliyat sonrasında Alman (Heidelberg) Sulh Hukuk Mahkemesi'nce 04.04.2005 tarihinde verildiği, her iki kararın da, 13.06.2005 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Davacının erkek iken gerçekleştirilen ameliyat sonucu kadın cinsiyetine geçtiği tarihte, davacı Türk Vatandaşı olmayıp Alman vatandaşıdır. İsim ve cinsiyet değişikliği, vatandaşı olduğu devletin hukukuna göre karara bağlanmıştır. Buna ilişkin yabancı ilamın tanınmasını istemekte davacının hukuki yararı da mevcuttur. Cinsiyet değişikliğinin Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesinde gösterilen prosedür izlenmeden yapılmış bulunması ve kararın dayandığı doktor raporunun, bu maddede sayılan hususları ihtiva etmiyor olması tek başına Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmaz. O halde koşulları oluştuğundan her iki kararın tanınmasına (5718s. MÖHUK. Md. 58) karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi. 21.12.2009

BOŞANMADA KUSUR

ÖZET: Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden tarafların aynı oranda kusurlu olduğunun anlaşılması durumunda boşanmaya karar verilmesi gerekir.

Y.2.HD E: 2009/20308 K: 2010/21725 T: 22.12.2010

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü;

Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden; davacı kocanın evin kilidini değiştirdiği, yeni anahtarı eşine vermeyerek evine almadığı, davalının da davacıya hakaret ettiği ve vurduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek şekilde geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylara göre birliğin temelinden sarsılmasında taraflar aynı oranda kusurludur. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın kanunen mümkün görülmemesine göre boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile isteğin reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 22.12.2010

EVLİLİĞİN TESPİTİ DAVASI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Evliliğin tespit ve tescili için açılan davaya Aile Mahkemesinde bakılır.*

Y.2.HD E: 2010/5750 K: 2011/7526 T: 03.05.2011

Dava, evliliğin tespitine ve tesciline yöneliktir. Genel kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun`un 4. Maddesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu`nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (TMK m.118-395) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesi'nde bakılacağı hükme bağlamıştır. Şu halde görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre diğer temyiz isteklerinin şimdilik incelenmesine yer olmadığına temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 03.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Murat Topçuoğlu

KAYYIM TAYİNİ • KAYYIMIN ŞAHSINA İTİRAZ • UYGULANACAK KURALLAR

ÖZET: Vasi tayinine ilişkin usul hükümleri ve vasinin sıfatına karşı yapılan itiraz kuralları kayyım için de uygulanır.

Vesayet makamının itirazı reddetmesi halinde itirazı denetim makamı inceleyecektir. Denetim makamı Asliye Hukuk mahkemesidir.*

Y.2.HD E: 2010/19474 K: 2011/8556 T: 17.05.2011

Temyiz, atanan kayyımın sıfatına itiraza ilişkindir.

Türk Medeni Kanunu'nun 431. Maddesi uyarınca vasi tayinin de usul kayyım için de uygulanır. Türk Medeni Kanunu'nun 422. Maddesi gereğince vasinin sıfatına karşı yapılan itirazları veya vasinin ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini (özürleri) inceleme görevine ilişkin hükümlerin, kayyımın şahsına yapılan itirazın ya da kaçınma sebeplerinin incelenmesinde de gözetilmesi zorunludur. Vesayet makamının itirazı ret etmesi halinde itirazı denetim makamının incelemesi gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 397. Maddesinde belirtilen denetim makamı görevi; Asliye Hukuk Mahkemesi'ne aittir. (5133 S.K.m.2-3 TMK.md.397/2) Öyle ise kayyımın şahsına yönelik itiraza ilişkin dilekçenin görev yönünden reddiyle, yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip gereği yapılmak üzere denetim makamınca bu konuda kesin karar verilmek üzere dosyanın mahalline geri çevrilmesine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Açıklanan sebeple dilekçenin görev yönünden reddi ile dosyanın yukarıda açıklanan doğrultuda gereği yapılmak üzere mahkemesine **GERİ ÇEVRİLMESİNE,** oybirliğiyle karar verildi. 17.05.2011 (Salı)

* Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 22.11.2007 T. 2006/1323 – 2007/16270 sayılı kararı da aynı doğrultudadır.
Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

AVUKATIN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

●

AYNI İŞTE MENFAATİ ZIT OLAN TARAFLAR

ÖZET: Avukatın aynı işte menfaati zıt olan tarafları temsil etmesi mümkün değildir.

Bu kural, avukatın ortaklarını ve yanında çalıştırdığı avukatları da kapsar.*

Y.2.HD E: 2010/23381 K: 2011/13559 T: 20.09.2011

Davacı C.R. tarafından davalı A.B.`a karşı açılan tanıma davasında, tarafların boşanmalarına ilişkin olarak Fransa Aile Mahkemesi kararının tanınmasının talep edildiği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır.

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 37/a maddesi uyarınca, yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı ve onanmış tercümesi ile ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin dilekçeye eklenmesi zorunlu olduğu halde bu hususa uyulmayarak fotokopi ile yetinilmesi doğru bulunmamıştır.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 38. Maddesinin (b) bendinde, avukatın aynı işte menfaati zıt olan tarafları temsil edemeyeceği, yine aynı maddenin son fıkrasına göre bu zorunluluğun avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsayacağı belirtildiği halde, davada davacının Avukat (A.T.) tarafından temsil edildiği, Avukat (A.T.)'nin, davalının da vekili olduğu ancak vekaletnamesindeki tevkil yetkisine istinaden dava tarihinden üç gün sonra Avukat (M.Ü.) ye vekaletname verdiği anlaşılmakla davada menfaati zıt olan tarafların bu şekilde temsili doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/6. Maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere **BOZULMASINA,** oybirliğiyle karar verildi. 20.09.2011

* Legal Hukuk Dergisi'nin 2011/ Ekim sayısından alınmıştır.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

TENKİS KURALLARI • GEÇERLİ VASİYETNAME

ÖZET: Saklı payların karşılığını alamayan mirasçılar miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler.

Buradaki tenkis olanağı geçerli bir vasiyetnameye karşı da ileri sürülebilir.

Y.3.HD E: 2010/4970 K: 2010/8018 T: 04.05.2010

Dava dilekçesinde ve birleştirilen davada, muris A.K.D.`ın yaşamına son verildiği tarihten 2 gün önce düzenlediği vasiyetnamenin gerçek iradesini yansıtmadığını, iradesini etkileyen baskı unsuru olduğunu, 86 yaşındaki vasiyetçinin yaşı icabı ehil olmadığı belirtilerek davaya konu vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

Davalı (Mehmetçik Vakfı Başkanlığı) davanın yersiz açıldığını, murisin hayatının son günlerini geçirdiği huzurevinde, şehit, dul, yetim ve gazilere hizmet eden davalı vakfı tercih ederek son arzularının yerine getirilmesini istemek suretiyle vasiyetname düzenlediğini, son zamanlardaki akli melekelerinin de yerinde olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece; murisin veraset belgesi, mektup ve yazıları ile tıbbi belgeler incelenmiş ve tanıklar dinlenilerek el yazısı vasiyetnamenin muris A.K.D. eli ürünü olduğunu belirten Adli Tıp kurumu yazısı doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacılar vekilinin temyizi üzerine Dairemizce onanmış, davacı vekili temyiz nedenlerini tekrarla karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Birleştirilen dosya davacısı M.H.D. murisin terekenin tamamında tasarruf etmekle mahfuz hisselerinin gözetilmediğini beyan etmiş, asıl dava davacıları da bu taleplerini belirmişlerdir.

Esasen saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler.

Tenkis (indirim) davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmaların (teberru) yasal sınıra çekilmesini amaçlayan, öncesine etkili yenilik doğurucu (inşai) davalardandır.

Murisin ölüm tarihi (1999) itibariyle uygulanacak 743 sayılı MK. 466. Maddesi hükmüne göre; vasiyetname yasa gereğince tenkise tabidir. Mahkemece vasiyetnamenin geçerli olmasına rağmen saklı payların zedelenip zedelenmediği konusunda bir inceleme yapılmaksızın davanın reddi yönünde karar verilmesi doğru değil-

se de, mahkeme hükmünün bu nedenle bozulması gerekirken zuhulen onandığı anlaşılmakla davacılar vekilinin karar düzeltme isteminin bu nedenlerle kabulü ile Dairemizin yerel mahkeme hükmünün onanmasına ilişkin 26.10.2009 gün ve 2009/10456 Esas.16641 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, kararın belirtilen nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle davacılar vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin yerel mahkeme hükmünün onanmasına ilişkin 26.10.2009 gün ve 2009/10456 Esas. 16641 Karar sayılı kararının kaldırılmasına yerel mahkeme hükmünün belirtilen nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 04.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TEREKEYE İLİŞKİN HAKLAR • TEREKE TEMSİLCİSİ

ÖZET: Terekenin tasfiyesine kadar terekedeki haklar için sadece tereke temsilcisine karşı dava açılabilir.

Y.3.HD E: 2011/7900 K: 2011/16015 T: 20.10.2011

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü;

Davacılar vekili, taraflara miras kalan taşınmazların kiraları davalılar tarafından alınarak davacılara hisseleri oranında ödeme yapılmamış olması nedeniyle hisselerine düşen toplam 10.000.000.-TL. alacağın fazlaya dair hakları saklı tutularak davalılardan yasal faiziyle tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davalı Yaşar`ın terekeye mümessil tayin edildiğini ve bu nedenle tahsil edilen kiralardan davacılar paylarının ödendiğini beyanla davalı Saniye yönünden husumet yokluğu nedeniyle davalı Yaşar hakkında esastan reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın ıslah edilen kısımda nazar alınarak kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Maddi olay ile bağlı olan hakim, hukuksal nitelendirmeyi kendiliğinden yapmakla yükümlüdür. Somut olayda talep, miras kalan taşınmazlarda tahsil edilen kiralardan hissenin eksik ödenmiş olması nedeniyle kalan kısmın tahsili istemine ilişkindir. Bu nedenle davalıların tereke mümessili olarak mı, davacıların vekili olarak mı, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre mi sorumlu olduklarının tespiti gerekir. Bunun için öncelikle terekeye temsilci tayinine dair dosya delil olarak bu dosya içine alınarak, terekenin tasfiyesine kadar terekedeki haklar nedeniyle ancak tereke temsilcisine karşı dava açılabileceği (TMK. Md. 640) gözetilmek suretiyle davalı Saniye`nin taraf sıfatı incelenmek gerekirken, bu hususun incelemesiz bırakılması usul ve yasaya uygun görülmemiştir.

Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (TMK. Md.6) İspat külfeti önce ödenenden fazla gelir elde edildiğini iddia eden davacılara düşmektedir. Davacılar davaya konu taşınmazların kira getirisine ilişkin delil sunmamıştır. Davalı taraf ise bu hususta kira sözleşmelerini ve davacılara kira payı ödemelerine dair dekontlarını sunmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise, bu deliller nazara alınmaksızın kesinleşen hükümdeki kira toplamına endeks uygulanmak suretiyle, soyut belirleme ile alacak hesabı yapılmıştır. Oysa davalıların sorumluluğu vekilin sorumluluğu hükümlerine tabi olup, bu nedenle hesap şekli doğru görülmemiştir.

O halde, mahkemece davalının sorumlu olduğu miktar yönünden vekalet veya vekaletsiz iş görme hükümlerine göre alacağın varlığı hususunda davalının sunduğu belgeler de nazara alınarak hesap yapılmak üzere bilirkişiden ek rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yetersiz bilirkişi raporu ile davanın sonuçlandırılması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 20.10.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİ MİSİL

ÖZET: Ecrimisil, kötü niyetli şagilin ödemekle sorumlu olduğu tazminattır. TMK`nın 995. Maddesinde ve 08.03.1950 gün ve 22/4 sayılı YİB kararında da kabul edildiği gibi, başkasına ait şeyi haksız olarak kullanmış olan ve bu kullanımı iyi niyete dayanmayan kimse o şeyi elinde tutmuş olmasından doğan zararları tazmin ile yükümlüdür. Kural olarak, ecrimisil davaları malik ya da zilyet tarafından açılabilir. Başka bir anlatımla, davacı ayni ve şahsi hakka dayanarak ecrimisil talebinde bulunabilir.

Y.3.HD E: 2011/9093 K: 2011/18390 T: 22.11.2011

Dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hak saklı tutularak 7.500 TL. ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Islah dilekçesi ile müddeabihin 21.760.41.-TL.`ye çıkartılmıştır. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davalılar tarafından istenilmekle; taraflara yapılan tebliğat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz eden Davalılar İ.B. ile H.E. geldi. Aleyhine temyiz olunan Davacı ve vekili gelmedi. Gelen asillerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra işin incelenerek karar bağlanması için saat 14.00`e bırakılması uygun görüldüğünden belli saatte

dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, tetkik hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü.

Davacı vekili dilekçesi ile; dava konusu taşınmaz iştirak halinde tapuda kayıtlı iken, dava dışı hissedarlardan 3/5 hisseyi 17.03.2008 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile müvekkili şirketin satın aldığını, 30.12.2009 tarihinde de tapuda devraldığını; davacı şirketin, 16.04.2008 tarihli ihtarname ile davalılar ayrı ayrı kendi hisselerine düşen kira bedellerinin alınmaması hususunda uyardıklarını, davalıların buna yanaşmayarak eskisi gibi kira bedellerini almaya devam ettiklerine; bu nedenle, ecrimisil ödemeleri gerektiğini iddia ederek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, 17.03.2008 tarihinden itibaren 01.01.2010 tarihine kadar geçen süre için 7.500.-TL. ecrimisilin davalılardan faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Islah dilekçesi ile de; müddeabihin 21.760.-TL. `ye yükseltilmiştir.

Davalılar, davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, bilirkişi raporu esas alınarak, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından sürecinde temyiz edilmiştir.

Somut olayda; davacı ecrimisil istenen dönemde taşınmazın maliki değildir. İştirak halindeki taşınmazdan 3/5 hisseyi 17.03.2008 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığı belirtilerek, ecrimisil talebinde bulunulmuştur. İştirak halindeki taşınmazın bir kısım hissedarlar tarafından 3. Kişilere satış (satış vaadi sözleşmesiyle de olsa) geçerli değildir. Bu nedenle, davacı taraf; şahsi hak elde etmiş sayılamaz. Ancak, taşınmazın tapuda devrinin yapıldığı 30.12.2009 tarihinden itibaren mülkiyet hakkını kazandığından, bu tarih itibariyle ecrimisil talebinde bulunabilir.

Mahkemece, bu husus gözetilmeden, yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması doğma görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 22.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

KÜÇÜK ÇOCUK YARALANMASI • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Küçük çocuğun yaralanıp %10.3 oranında malul kalması halinde; anne, baba ve kardeşler yönünden manevi tazminat koşullarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.*

Y.4.HD E: 2008/9803 K: 2009/4737 T: 01.04.2009

Davacıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazası nedeniyle yaralanmadan dolayı uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, dava konusu olay sırasında yaralanın F.E`nin maddi ve manevi tazminat isteminin bir bölümü kabul edilmiş, F.E`nin anne-babası ve kardeşleri olan diğer davacıların manevi tazminat istemleri reddedilmiş; karar, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davacılardan A.E. ve Z.E , trafik kazası nedeniyle yaralanan F.E`nin anne ve babası olup kendileri için asaleten küçük çocukları için velayeten maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Diğer davacılar ise olayda yaralanan F.E.`nin kardeşleridir. Yerel mahkemece, anne-baba ve kardeşlerin manevi tazminat istemlerinin reddine karar verilmiştir.

Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklardır. Bunların fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğinde somut olaydaki duruma göre, davacının çocuğunun yaralanmasının sosyal ve duygusal kişilik değerler kapsamında olup olmadığı konusu üzerine durulmak gerekir. Sosyal ve duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar doğruda doğruya kişiliğe bağlı olmayan, özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK`nın 49. Maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de yakınlarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Somut olayda, küçüğün yaralanma derecesi, Adli Tıp Kurumu raporunda belirlenen %10.3 maluliyet oranı ile olayın özellikleri değerlendirildiğinde; anne, baba ve kardeşler yönünden aile ilişkilerinden kaynaklanan kişisel değerlerine doğrudan saldırı bulunduğunun kabulü gerekir. Şu durumda, diğer davacılar yönünden de manevi tazminat istemi koşulları oluşmuştur. Yerel mahkemece açıklanan bu yönler gözetilmeksizin yanılgı gerekçe ile anne, baba ve kardeşlerin manevi tazmi-

* Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

nat isteklerinin reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, davacıların diğer temyiz itirazlarının ilk bentte açıklanan nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 01.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA • UZLAŞMA YOLU
•
DAVA AÇMA OLANAĞI

ÖZET: Taşınmazına el konulan malik her zaman Mahkemeye başvurarak tazminat davası açabilir.

Kanunda uzlaşma olanağının getirilmiş olması kişinin Mahkemeye başvurma hakkını ortadan kaldırmaz.

Y.5.HD E: 2011/14430 K: 2011/21163 T: 14.12.2011

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığı anlaşılmıştır.

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 5999 Sayılı Kanun'la eklenen Geçici 6. Maddedeki hükümlerin 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 2. Maddesi uyarınca 04.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemlerinde de uygulanacağı kabul edilmiştir.

5999 Sayılı Kanun'la eklenen Geçici 6. Maddesi'nin 1. Fıkrasında "taşınmazlara malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır." Hükmü getirilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 16.05.1956 gün ve 1956/1-6 sayılı kararı uyarınca idarece taşınmazına kamulaştırmasız el atılması halinde malik müdahalenin önlenmesi talebinde bulunabileceği gibi bu fiili duruma razı olması halinde el konulan yerin bedelini talep edebilir.

Bu hüküm uyarınca taşınmazına el konulan malik her zaman mahkemeye müracaat ederek tazminat davacı açabilir. 5999 Sayılı Kanun'la getirilen uzlaşmaya gidilmesi hali kişinin dava açma hakkını ortadan kaldırmaz.

Kanunda, uzlaşmanın önerilmesinin amacı kişinin mahkemeye müracaat hakkını ortadan kaldırmak değil, malikin idareye başvurması halinde uzlaşma yolunun denenmesidir. İdare uzlaşma talebinde bulunan malik ile uzlaşma görüşmelerine başlamakla yükümlüdür. Malikin idareye başvurmadan doğrudan doğruya dava açması hukukun temel prensiplerinden biri olan hak arama özgürlüğüne ilişkindir.

Diğer bir deyişle 5999 Sayılı Kanun'la getirilen Geçici 6. Madde'nin 1. Fıkrasındaki uzlaşma için idareye başvurma, dava şartı olmadığı gibi , taşınmaz maliki dava açmakla uzlaşmak istemediği yönündeki iradesini ortaya koymuştur.

Bu itibarla usul ekonomisi de göz önünde tutulduğundan işin esasına girilerek yapılacak inceleme sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı gerekçelerle red kararı verilmesi, Doğru görülmemiştir.

Davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 14.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ • TARAF TEŞKİLİ

ÖZET: Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşlara, duruşma gün ve saatini bildiren davetiye açık adres bilgileri konusunda yeterli araştırma yapılmaksızın ilanen tebliğ edilmek suretiyle taraf teşkili sağlanmıştır. Savunma hakkı ile sıkı sıkıya ilişkili olan adres araştırmasının sınırlı tutulmasının hakkın kısıtlanmasına yol açacağı kuşkusuz bulunduğundan; paydaşların adres araştırmasının PTT, Belediye, Nüfus müdürlüğü, Tapu, Vergi dairesi ve Askerlik şubesi gibi kurumlardan sorularak yapılması gerekir.

Y.6.HD E: 2010/11627 K: 2010/4685 T: 20.04.2010

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı paydaşlığın giderilmesi davasına dair karar davalılardan S. tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, bir adet taşınmazda ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş, hüküm, davalılardan S. tarafından temyiz edilmiştir.

Paydaşlığın giderilmesi davaları paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşar arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı taraflar için benzer sonuçlar doğrudan davalardır.

Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan biri veya bir kaçı diğer paydaşlara karşı açar. HMUK`un 569. Maddesi hükmü uyarınca davada bütün paydaşların yer alması zorunludur. Paydaşlardan veya ortaklardan birisinin ölmesi halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekir.

Olayımıza gelince; davaya konu edilen ve satışına karar verilen taşınmazın paydaşlarından Ş.A, S.T, S.T, A.A. ve A.G`a duruşma gün ve saatini bildiren davetiye, açık adres bilgileri konusunda yeterli araştırma yapılmaksızın ilanen tebliğ edilmek suretiyle taraf teşkili sağlanmıştır. Savunma hakkı ile sıkı sıkıya ilişkili olan adres araştırmasının sınırlı tutulmasının hakkın kısıtlanmasına yol açacağı kuşkusuzdur. O halde mahkemece, adı geçen paydaşların adres araştırmasının geniş bir çerçeve içerisinde ele alınması, soruşturmanın çok yönlü olarak yapılması bu çerçevede PTT`den , belediyeden, nüfustan, tapudan, vergi dairesi, askerlik şubesinden (erkek olanlar için) gibi adreslerin bulunması muhtemel olan kuruluşlardan

etraflıca araştırıldıktan sonra bulunmamaları durumunda ilanen tebliğat yapılmak suretiyle yöntemine uygun taraf teşkili sağlanarak karar verilmesi gerekirken, savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı S.B.`ın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine 20.04.2010 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KİRA HUKUKU • TAŞINMAZIN DURUMU

ÖZET: Tahliyesi istenilen taşınmazların boş arsa olarak halı saha işletmeciliği yapılmak üzere kiraya verildiği bu niteliği itibariyle 6570 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesi kapsamında üstünün çatı, dam vs. ile ortak bir yapı olmadığı BK'nın adi kiraya ilişkin hükümlerine tabi bulunduğu kuşkusuzdur. Bu sebepler uyuşmazlığın 6570 sayılı kanunun 1. Maddesi kapsamında üstünün çatı , dam vs. ile ortak bir yapı olmadığı BK'nın adi kiraya ilişkin hükümlerine tabi bulunduğu kuşkusuzdur. Uyuşmazlığın BK'nın 254-262 maddelerine göre çözümlenmesi gerekir.

Y.6.HD E: 2011/10172 K: 2011/1054 T: 02.02.2011

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde duruşmalı olarak temyiz edilmiş ancak davanın niteliği gereği duruşmaya tabi olmadığından duruşma isteğinin reddine karar verildi kten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, iktisap ve işyeri ihtiyacı nedeniyle kira sözleşmesinin feshi ile kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkillerinin tarla niteliğinde davaya konu 13219 ve 13222 parsel nolu taşınmazların 2/3 paylarını 20.08.2008 tarihinde ihtiyaçlarına binaen satın aldıklarını, önceki malik ile davalı arasında imzalanan 15.05.2003 tarihli kira sözleşmesini yenilemeyeceklerini ve kendi ihtiyaçları için kullanacaklarını davalıya 15.09.2008 tarihli ihtarname ile bildirdiklerini belirterek kiralananın tahliyesini istemişlerdir. Davalı vekili ise, müvekkilinin davaya konu taşınmazları o zamanki ortağı O.T. ile adi ortaklık yaparak, H.Y. ve İ.Y.`dan kiraladıklarını, bilahare müvekkilinin işletmenin tamamına malik olduğunu, taşınmazların paylı mülkiyete konu olup paydaşlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu, dava dışında kalan paydaş H.Y.`ın ölü olduğunu, mirasçılarının

davaya dahil edilmesi gerektiğini, davadan önce çekilen ihtarın usulsüz olduğunu, ihtiyaç iddiasının kanıtlamadığını ve davaya konu parsellerin kiralanan taşınmazlardan farklı olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece ihtiyaç iddiası haklı ve samimi bulunarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davada dayanılan ve hükme esas alınan 15.05.2003 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesi kiralayan sıfatı ile taşınmazların önceki paydaşlarından H.Y. ve İ.Y. ile kiracı sıfatıyla davalı O.O. ve dava dışı O.T. tarafından imzalanmıştır. Davalı vekilinin 30.06.2009 tarihli dilekçesinden kiracılar O.O ve O.T. arasında adi ortaklığın son bulduğu bilahare davalı O.O`un işletmenin tamamına malik olduğu, davanın kiracı O.O`a yöneltilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kiralananın bulunduğu 13219 ve 13222 nolu parseller paylı mülkiyete konu olup davacılar konu parsellerin 1/3 payını 20.08.2008 tarihinde diğer 1/3 payını ise 30.01.2009 tarihinde satın alma yolu ile iktisap etmişler ve taşınmazın 2/3 payına malik olmuşlardır. Dosyaya getirtilen tapu kayıtlarının incelenmesinden taşınmazların kalan 1/3 payının aynı zamanda kiralayan sıfatını haiz H.Y`a ait olduğu, davalı tarafça adı geçen kişinin vefat ettiğinin ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Öte yandan tahliyesi istenen taşınmazların boş arsa olarak halı saha işletmeciliği yapılmak üzere kiraya verildiği, bu niteliği itibariyle 6570 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesi kapsamında üstünün çatı, dam vs. ile ortak bir yapı olmadığı Borçlar Kanunu`nun adi kiraya ilişkin hükümlerine tabi bulunduğu kuşkusuzdur. Tüm bu açıklamalar karşısında uyuşmazlığın Borçlar Kanunu`nun 254-262. Maddelerine göre ve bu maddelerde sözü edilen feshi ihbarın bozucu yenilik doğuran bir özellik taşıdığı gözetilerek çözümlenmesi gerekirken olayda uygulanma olanağı bulunmayan 6570 Sayılı Yasa hükümlerine göre tahliye kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 02.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ • MİRASÇILARIN DAVA AÇMA YÖNTEMİ

ÖZET: Davacı, bağış ve kazanmayı sağlayan eklemeli zilyetliğe dayanarak tapuda Hazine adına kayıtlı bulunan 716 ada 20 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptaliyle adına tesciline karar verilmesini istemişse de; TMK`nın 702. Maddesi hükmüne göre topluluk devam ettiği sürece tasarrufi muamelelere oybirliğiyle karar verilmesi gerektiğinden ve bu dava da oybirliği ile açılmadığından reddine karar verilmesi gerekir.

Y.8.HD E: 2009/4000 K: 2009/4755 T: 12.10.2009

Davacı, bağış ve kazanmayı sağlayan eklemeli zilyetliğe dayanarak tapuda Hazine adına kayıtlı bulunan 716 ada 21 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile adına tapuya tesciline kara verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili ile Üsküdar Belediye Başkanlığı vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalı belediye hakkındaki davanın husumet yokluğu sebebiyle reddine, Hazine hakkındaki davanın ise kabulü ile 716 ada 21 parselin tapu kaydının iptaline, Üsküdar 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2008/584-557 Esas ve Karar sayılı veraset ilamı gereğince payları oranında miras bırakan N.B. mirasçıları adlarına tapuya tesciline karar verilmesi üzerine; hüküm, davalı Hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık konusu 716 ada 21 parsel sayılı taşınmaz 20.02.1959 tarihinde yapılan tapulama çalışmaları sırasında sahibinin müracaatında ibraz edeceği vesikaya göre tespitinin yapılacağı tutanakta açıklanmak suretiyle malik hanesi boş bırakılarak tespiti yapılmış, kesinleşme şerhi de işlenmemiştir. B.H`nin hasımsız olarak Üsküdar Kadastro Mahkemesi'nde 2004/6-14 Esas ve Karar sayılı dosyasında açmış olduğu tescil davası sonucunda 250 m2 yüzölçümlü 716 ada 21 parsel nolu taşınmazın malik hanesinin Maliye Hazinesi adına doldurularak tapuya tesciline karar verilmiş, anılan hüküm temyiz edilmeksizin 10.01.2005 tarihinde kesinleşmiştir.

Davacı dava dilekçesinde; dava konusu taşınmazın miras bırakanı tarafından sağlığında kendisine devredildiğini, çok uzun süreden beri tasarrufunda bulunduğunu ileri sürerek tapu kaydının iptali ile adına tescilini istemiştir. Mahallinde yapılan keşifte dinlenen yerel bilirkişi ve tanıklar taşınmazın davacıya miras bırakanı annesi N.B. tarafından sağlığında devredildiğini duymadıklarını, murisin ölene dek tasarruf ettiğini, 04.01.1980 tarihinde ölümü ile mirasçılarına kaldığını ve taksim

yapılmadığını ifade etmişlerdir. Bu açıklamalara göre dava konusu taşınmaz miras bırakanın terekesine dahil olup, davacının taşınmaz üzerinde sürdürdüğü zilyetlik elbirliği mülkiyeti hükümlerine göre murisin diğer mirasçıları adına da sürdürülmüş sayılır.

TMK'nın 701. Maddesinde; "Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dalıyısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyetidir." Şeklinde tanımlanmıştır. Elbirliği mülkiyetinde mirasçıların tereke malları üzerinde belli pay ve payları olmayıp hakları taşınmazın tamamı üzerine yayılmış olup terekenin tamamını kapsar. Aynı kanunun 702. Maddesinde topluluk devam ettiği sürece tasarrufi işlemlerde tüm ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerektiği belirtilmiştir. Dava açmak da tasarrufi bir işlem olduğuna göre, mirasçılardan birisinin dava açarak adına tescilini istemesi mümkün değildir. Başka bir anlatımla bir mirasçının elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi bir taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Mirasçılardan birisinin kendi adına açtığı dava diğer mirasçıların paylarını kapsamadığından ve aynı zamanda onlar adına da dava açılmadığından davaya diğer mirasçıların katılması (olurlarının alınması) veya TMK`nın 640. Maddesi uyarınca miras ortaklığına temsilci tayin edilmek suretiyle davaya devam edilmesi mümkün değildir. Şu hale göre davacının böyle bir dava açma yetkisi bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak işin esasına girilmek suretiyle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bundan ayrı; mirasçılardan B.A.B`in usulüne uygun bir dava ve isteği bulunmadığı ve davaya kabul şekline göre de muvafakatı olmadığı halde onun hakkında da kabul kararı verilerek iptal ve tescil hükmü kurulmuş olması da doğru değildir.

Davalı Hazine vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle ve HUMK`un 428. Maddesi hükmü uyarınca **BOZULMASINA,** 12.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

İŞÇİNİN TEKRAR İŞE BAŞLAMAMASI

●

FESHİN GEÇERLİ HALE GELMESİ

ÖZET: İşe iade kararı verilmesinden sonra, tekrar işe başlamayan işçinin bu davranışıyla fesih geçerli hale gelir ve bu durumda boşta geçen süre ücreti ve tekrar işe başlatmama tazminatı talep edilemez.

Y.9.HD E: 2009/1220 K: 2010/39079 T: 20.12.2010

Davacı vekili dava dilekçesinde davacının iş akdinin haksız feshedilmesi nedeniyle Mahkeme'nin 2005/1092 esas sayısına kayden açılan işe iade davasının kabul edildiğini, kararın Yargıtay aşamasından geçerek onandığını, davalının davacıyı süresinde işe başlatmaması nedeni ile verilen karar gereğince hüküm altına alınan 4 aylık işe başlatmama tazminatı ile 4 aylık boşta geçen süre ücretinin tahsili amacıyla Üsküdar 4. İcra Müdürlüğü'nün 2006/13716 esas sayılı dosyası ile takibe geçildiğini, ancak davalının takibe haksız yere itiraz ettiğini, davacının aylık net 850.-TL. ücret aldığını, bu nedenle takibe yapılan itirazın iptali ile takibinin devamına, itirazın haksız olması nedeniyle davalının %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili işe iade kararı sonrasında davacının yapmış olduğu başvuruya hitaben gönderilen 22.09.2006 tarihli ihtarname ile aynı şartlarda derhal işe başlayabileceğinin kendisine bildirildiğini, davacıya bu ihtarnamenin 26.09.2006 tarihinde tebliğ edildiğini, buna rağmen davacının izinsiz ve özürsüz 27-28-29 Eylül 2006 tarihlerinde işe gelmediğini, buna rağmen iş akdinin feshedilmeyerek 5 Ekim 2006 tarihli ihtarname ile var ise özür veya mazeretini 1 gün içinde bildirmesinin istendiğini ancak davacının buna da cevap vermediğini, bu nedenle iş akdinin devamsızlıktan haklı nedenle sona erdirildiğini, davacının tebliğatı 2 Ekimde 2006 tarihinde öğrendiği kabul edilse bile işyerine gelip yetkililerle görüşmediğini, kapı önünde makine bölümündeki arkadaşları ile görüşerek gittiğini, asgari ücret aldığını, bu nedenle taleplerin yersiz olduğunu beyanla davanın reddi ile davacının %40 oranında kötü niyet tazminatına mahkum edilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacının 18.09.2006 tarihinde çekmiş olduğu ihtarname ile işe iade talebinde bulunduğu, iş bu ihtarnamenin davalıya tebliğinden sonra davalı tarafça cevaben 22.09.2006 tarihli ihtarın gönderilerek şirket nezdinde aynı koşullar altında ihtarın tebliğinden itibaren derhal işe başlayabileceğinin bildirildiği bu ihtarnameden sonra çekilen 05.10.2006 tarih ve 20.10.2006 tarihli ihtarnamelerle davacının devamsızlık gösterdiğinden bahisle iş akdinin feshedildiğine dair ihtar-

name gönderildiği, davacıya gönderilen işe davet ihtarının muhatap olan davacının adresinde geçici mi yoksa sürekli mi olarak bulunmadığının usulüne uygun tespit edilmemesi ayrıca en yakın komşusu olan şahsın isminin tebliğ şerhinde bulunmaması nedeni ile geçersiz olduğu, tanık beyanlarından davacının usulsüz tebliğden sonra bu durumu öğrenmesinden itibaren süresinde işyerine başvurduğu ancak daha önceki iş akdinin feshedildiği koşullardan daha ağır koşullarda çalıştırılması talep edildiğinden bahisle işe başlamadığı gerekçesi ile davacının ücretinin net 520.000-TL. olduğu kabul edilerek yapılan hesaplamaya itibar edilmek sureti ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacının işe iade davasının kabulü üzerine süresinde davalı işverene başvuruda bulunup bulunmadığı ve icra takibine konu alacakları talep edilmek sureti ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamına, özellikle dinlenen tanık anlatımlarına, davacının tek tanığının bilgi ve görgüsünün davacıdan duyduklarına dayanmasına göre davacı kendisine düşük ücret teklif edildiği için işe başlamadığı iddiasını kanıtlayamamıştır. Bu hali ile davacı iş akdinin feshi geçerli hale geldiğinden icra takibine ve davaya konu ettiği işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretini talep edemez. Mahkemece davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İKRAMİYENİN TESPİTİ • DENİZ İŞ KANUNUN'DA FAİZ

ÖZET: İşçiye ikramiye verilip verilmediği konusunda çelişkili tanık anlatımları karşısında uzman bir bilirkişi vasıtasıyla işyeri kayıtları ve belgeler üzerinde inceleme yapılarak sonuca gidilmelidir.

Deniz İş Kanunu'nda kıdem tazminatına ve gemi adamı ücretlerine en yüksek mevduat faizi verileceğini öngören bir hüküm yoktur.

Y.9.HD E: 2009/2296 K: 2011/966 T: 27.01.2011

Dosyadaki yazılara toplanan delilerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı davalı işyerinden emeklilik nedeniyle ayrıldığını, işverenin kıdem tazminatını eksik ödediğini, zira işyerinde 3 öğün yemek verildiğini ve 3 maaş da ikramiye ödendiğini ancak bunların tazminata esas ücrete yansıtılmadığını ileri sürerek fark kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı ise kıdem tazminatının eksiksiz ödendiğini, işyerinde ikramiye uygulamasının bulunmadığını savunmuştur.

Mahkemece istek hüküm altına alınmıştır.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık kıdem tazminatına esas alınacak giydirilmiş ücretin miktarı noktasındadır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda brüt 1.392.-TL. ücrete ikramiyeden 348.4.-TL. ve yemek yardımından 130 TL. ilave edilerek toplam 1.871.20.-TL. ye ulaşmış ancak giydirilmiş ücretin tavanı aşması üzerine kıdem tazminatı hesabı tavandan yapılmış, ve işverenden ödenen miktar mahsup edilerek neticeten 7.179.-TL. fark kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan hizmet akdinde ikramiye ödemesi ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Davacı tanıkları 4 ayda bir bir maaş ikramiye ödendiğini söylerken davalı tanıkları ise işyerinde ikramiye ödenmediğini ifade etmişlerdir. Tanık beyanları birbiriyle çelişkili olup bu şekilde sonuca gidilemez. Bu sebeple uzman bir bilirkişi vasıtasıyla işyeri kayıtları ve yazılı belgeler üzerinde inceleme yapılıp davalı işyerinde ikramiye uygulaması bulunup bulunmadığı tespit edilerek sonucuna göre kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Dosyadaki delillerle bu şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır.

Mahkemece, hüküm altına alınan fark kıdem tazminatı, fazla çalışma ve genel tatil alacaklarının en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Deniz İş Kanunu` nda kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte ödeneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Mahkemece faiz türünün bu şekilde belirlenmesi hatalı ise de davalı vekili sadece kıdem tazminatı dışındaki alacaklara en yüksek mevduat faizi uygulanmasını temyiz sebebi yapmıştır. Bu sebeple fazla çalışma ve genel tatil alacaklarına yasal faiz yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde en yüksek banka mevduat faizi ile tahsiline karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.01.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMALARI BELİRLEYEN İLKELER • SATIŞ MÜFETTİŞİ

ÖZET: Satış müfettişi-satış temsilcisi olarak çalışsa davacının çalışma gün ve saatleri düzenlemede inisiyatif sahibi olduğu, çalışmasının çoğunu işyeri dışında işverenin gözetim ve denetimine tabi olmaksızın gerçekleştirdiği dikkate alınarak fazla mesai ücreti talebi reddedilmiştir.*

Y.9.HD E: 2009/5366 K:2011/5034 T: 25.2.2011

Davacı 14.11.1989 tarihide davalı IPG A.S. de satış müfettişi olarak çalışmaya başladığını,, çalışmasının 30.06.1992 tarihine kadar sürdüğünü, bu tarihte ara verip 01.11.1994 tarihinde yeniden aynı davalının işyerinde aynı görevle çalışmaya başladığını, 01.01.1995 tarihinde şirkette kayden giriş çıkış yapılarak ilişkisinin kesilip,diğer davalı U. A.Ş. de giriş yapıldığın, çalışma koşullarında bir değişiklik olmadığını , bu değişiklik nedeni ile işçilik alacaklarının ödenmediği,oysa 01.01 1995 tarihinde davalı U. A.Ş. bünyesinde çalışmaya devam eden davacının iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın ve ihbarsız 31.01.2001 tarihinde feshedildiğini, hafta içi saat 07.30-20.30 arası 13 saat çalıştığını cumartesi günleri 08.00-16.00 saat arası çalıştığını Ankara dışındaki marketlere gittiğinde yolluk ücretleri ödenmediğini beyan ederek kıdem ihbar tazminatı ve bir kısım ücret alacağı isteğinde bulunmuştur.

Davalı davacı işçinin 14.11.1989 tarihinde G. A.Ş. de çalışmaya başladığını, 30.06.1992 de ara verip 01.11.1994 tarihinde tekrar işe alındığını, 2 ay sonra ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenerek iş akdinin sona erdirildiğini, 01.01.1995 tarihinde U. şirketinde çalışmaya başladığını, 31.01.2001 tarihinde tüm hakları ödenerek iş akdine son verildiğini bir kısım alacakları bakımından zamanaşımının gerçekleştiğini, davacının müvekkilini ibra ettiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshedildiği gerekçesi yolluk alacağı isteğinin reddine diğer isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Karar süresi içinde davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bord-

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.5.2011 Gün ve 2009/15316-2011/15933 Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.

ro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda azılı olandan daha fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez. (m.69/3) Bu hal de günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7.5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir. (Yargıtay 9. HD 23.06.2009 gün 2007/40862 E.2009/17766 K.)

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41. Maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir. (Yargıtay 9 HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E. 2008/31210 K.)

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. Maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay`ca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. (Yargıtay 9. HD. 18.07.2008 gün 2007/25857 E. 2008/20636 K., Yargıtay 9 HD. 28.04.2005 gün 2004/24398 E. 2005/14779 K. Ve Yargıtay 9. HD 09.12.2004 gün 2004/11620 E. 2004/27020 K.) Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine, sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, taktiri indirim yerine kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hük-

medilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatıları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, davacı davalı işyerinde satış müfettişi olarak çalıştığını hafta içi saat 07.30 – 20.30 arası 13 saat çalıştığını, cumartesi günleri 08.00 - 16.00 saat arası çalıştığını iddia ederek fazla çalışma ücreti alacağı isteğinde bulunmuştur.

Dinlenen davacı tanıkları davacının haftanın 5 günü sabah 07.30 – akşam 20.30 veya 21.00 e kadar devam ediyordu cumartesi günleri ise sabah bir saat geç başlayıp saat 14.00 a kadar çalıştığını bildirmişlerdir.

Davacının satış müfettişi – satış temsilcisi olarak anlaşılmaktadır. Davacının çalışma gün saatlerini kendisinin düzenlemede insiyatif sahibi olduğu, çalışmasının çoğunluğunu işyeri dışında işverenin denetim ve gözetimine tabi olmaksızın çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının çalışma saatini düzenleme konusundaki insiyatif sahibi olma özelliğinin akışını gösteren işveren tarafından davacıya verilmiş bir talimat veya emir verildiğine dair dosyada kayıt ve belge bulunmamaktadır. Aynı işyerinde davacı ile aynı işi yapan işçilerin açmış oldukları davalarda fazla çalışma ücret alacağının reddine dair kararlar dairemizce onanarak kesinleşmiştir. (Dairemizin 02.11.2009 T. 2008/11613 E. 2009/30148 K. 2009/13098 E. 2009/13577 K. 2008/16179 E. 2008/12788 K. Sayılı ilamları)

Böyle olunca davacı işçi fazla çalışma yaptığını yöntemince kanıtlayamamıştır.

Mahkemece fazla çalışma ücret alacağı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EŞİTLİK İLKESİ • ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİLERİ

ÖZET: Eşitlik ilkesinden sözedebilmek için birbirleriyle aynı durumda olan işçilere yapılan uygulamalara bakılmak gerekir.

Asıl işverenin al işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu yoktur.

Ancak; bir işletmede o işletmenin faaliyet alanı itibariyle yapılması gereken asıl işlerin alt işverene verilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır.

Y.9.HD E: 2010/23498 K: 2011/5236 T: 28.2.2011

Davacı vekili, davacının davalı şirkete ait otel işyerinde taşeron işçisi olarak asıl işte çalıştığını, davalı ile dava dışı taşeron şirket arasındaki ilişkinin 4857

Sayılı Kanun'un 2. Maddesine aykırı olduğunu, taşeron şirketin davalıya ait otel işyerinde işin yürütümüne yönelik herhangi bir iş üstlenmediğini ve davalı şirketin muvazaaya dayalı olarak sadece işçi temini cihetine gittiğini, hukuki ve fiili durum bu olmasına rağmen davalı şirketin, hizmet süresince davacıyı kendi işçilerine ödediği yılda 4 tam maaş ikramiyelerden ve sendikaya üye olmasına rağmen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlandırmadığını, bu durumun ayrıca 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesindeki eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geldiğini belirterek, sendika üyesi olan işçiye eksik ödenen ücret, ödenmeyen ikramiye ve sosyal yardım alacakları ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca yardımcı iş verilen dava dışı alt işveren işçisi olduğunu, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu TİS hükümlerinden yararlanamayacağını, asıl alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğunu, asıl alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığını, yasal unsurlarını taşımaması halinde asıl-alt işveren ilişkisinin geçersizliğine karar verilse dahi, alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmayacağından, istemlerin reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin 4857 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi çerçevesinde taşerona verdiği işin asıl iş olduğu, davacının asıl işte çalıştırıldığı, davacının başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi kabul edilmesi gerektiği, asıl işverenin kendi işçilerine sağladığı ücret ve sosyal haklar ile toplu iş sözleşmesi ile uygulamaya konulan haklardan davacının yararlandırılması gerektiği, davacının alması gereken ücret farkı alacağı, ikramiye alacağı, sosyal hak alacağı ile bu eşitlik ilkesine aykırı davranış sebebiyle de eşitlik ilkesine aykırılık tazminatının hesap bilirkişi raporundaki miktarlar ve taleple bağlılık kuralı gereği kabul gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir." Aynı maddenin 7. Fıkrası'nın son cümlesi gereğince "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan

anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir.

İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı yada benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin diğer anlamda borçları arasında yerini almış ve kanunun 5. Maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. Fıkrası'nda belirtilmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır. 4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hakim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır.

Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir.

Anayasa'nın 141. Maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK`un 388. Maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yönetimin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/20517 Esas, 2008/12483 Karar sayılı ilamı)

Davalı işverenin otel işletmeciliği konaklama ve eğlence işyerleri iş kolunda kalmaktadır. Otel, pansiyon, lokanta, büfe, pastane, kahvehane gibi konaklama, dinlenme ve yemek yerleri ile sinema, müzikli ve müziksiz her türlü eğlence yerleri, plaj, açık ve kapalı spor yerleri, hipodromlar, hamamlar, kaplıcaları, içmeceler, turistik tesislerde yapılan işler bu kolu kapsamındadır. Davalı işverenin otel hizmeti

kapsamında alt işverene verdiği hizmetlerden genel temizlik, Garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı işlerden olması nedeni ile bu şekilde kurulan alt asıl işveren ilişkisi yasaya uygundur. Ancak bu hizmetlerin dışında verilen Restaurant ve Bar, Garson, Komi, Oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindendir. Bu hizmetlerin verilmesi için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir olgu olması gerekir. Davalı işveren bu olguyu kanıtlayamadığı gibi asıl işlerini bir şerketten işçilik temini sureti ile aldığı anlaşılmaktadır. İşçilik temini yasada yer alan bir uygulama değildir. Bu nedenle mahkemece davacı işçinin başlangıçtan beri davalı işçisi sayılarak Toplu İş Sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olması nedeni ile davacı işçinin Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması, bu şekilde fark ücret, ikramiye ve sosyal yardım alacaklarının hüküm altına alınması isabetlidir.

Ancak eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı tazminatın gerekçesiz hüküm altına alınması ve madde uyarınca 4 aya kadar üst sınır belirlendiğinden miktar olarak belirtilmemesi doğru görülmemiştir. Mahkemece eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının neden kabul edildiği gerekçelendirilmeli ve bu tazminatın bir ile dört ay arasında ne kadar olması gerektiği miktar olarak belirlenmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ŞİRKETİN TASFİYESİ • İHYA KURALI • YİRMİDÖRT SAATLİK ÇALIŞMA • DENKLEŞTİRME

ÖZET: Şirket tasfiye halinde ise, dava tasfiye memuruna yöneltilmeli, tasfiye tamamlanmış ise şirketin ihyası için süre verilip sonucuna göre taraf teşkili yapılmalıdır.

Yirmidört saat çalışan işçinin on saat dinlenme arası vereceği kabul edilmelidir.

Günde onbir saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır. Buarada haftada kırkbeş saati aşma koşulu aranmaz.*

Y.9.HD E: 2009/27120 K: 2011/5832 T: 01.03.2011

Davacı vekili; müvekkilinin başka bir işyerinden emekli olduktan sonra 01.09.1988 tarihinde davalı A.E.`a ait servis minibüsünde o tarihteki adı Y. Turizm olan seyahat şirketinde şehir içi servis şoförü olarak çalışmaya başladığını, 1992 yılında A.E`un B.Y. Turizm adıyla kendi hesabına otobüs işletmeye başladığını, davacının da aynı kişiye ait serviste işine devam ettiğini, 1993-1994 yıllarında yine aynı kişinin ortağı olduğu E. Turizm Ltd. Şti.`ye ait araçların servis şöförlüğünü yaptığını, A.E`un Bursa Yılmaz Turizm Ltd. Şti.`ni kurmasından sonra 2005

* Dergimizin 2012/1 sayısında yayımlanan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

Şubat ayına kadar A.E. ve B. Yılmaz Turizm Ltd. Şti. adına kayıtlı araçlarda servis şöförlüğüne devam ettiğini, 17 yıl boyunca sigortasız çalıştırıldığını, AŞTİ`deki servis hizmetleri belediyece kaldırılınca 2005 yılı Temmuz ayı sonunda iş akdinin feshedildiğini ileri sürerek kıdem-ihbar tazminatları, fazla çalışma ücreti, genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti, ücret ve hafta tatili ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalılar vekili; davacının aynı anda birden fazla otobüs yazıhanesinde çalıştığını, müvekkillerinin sigortalı şoförleri olduğundan davacıyı sürekli çalıştırmadıklarını, işin yoğun olduğu hafta sonu ve bayramlarda yedekçi şoför olarak çalıştırıldığını dava konusu alacakların zaman aşımına savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilerek ücret ve hafta tatili ücreti dışındaki istemler hüküm altına alınmıştır.

Yargılama sırasında dosyaya getirtilen ticaret sicil kayıtlarından davalı şirketlerden E. Tur. Tic. San. Ltd. Şti.`nin 23.06.2006 tarihinde tasfiyeye girdiği anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece bu hususta hiçbir işlem yapılmamış, tasfiye memuruna tebligat çıkarılmamış, önceki tarihli vekaletnameye göre bu şirketin de vekili olan davalı vekilinin katılımıyla davaya devam edilmiştir. Adı geçen şirketin tasfiyesiyle ilgili işlemlerin ne aşamada olduğu dosya içeriğinden anlaşılmamaktadır.

Mahkemece şirketin tasfiyesinin ne aşamada olduğu Ticaret Sicil Memurluğundan araştırılıp, tasfiye devam ediyorsa davanın tasfiye halindeki şirketin tasfiye memuruna yöneltilmesi, tasfiye tamamlanmış, şirket sicilden terkin edilmiş ise davacı tarafa şirketin ihyası için süre verilip, sonucuna göre taraf teşkilinin sağlanıp, yargılamaya devam edilmesi gerekirken usulünce taraf teşkili sağlanmadan yargılamaya devam edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmektedir.

Kabule göre de; davacı tanıklarının beyanlarıyla davacının 24 saat çalışıp 24 saat dinlendiği sabittir. Ancak dairemizin yerleşik içtihatları gereğince 24 saatlik çalışmadan 10 saat ara dinlenmesi düşürüldükten sonra günlük 14 saat çalışmasının bulunduğu, bunun yasal 11 saati aşan 3 saatlik kısmının fazla çalışma olduğu böylece bir haftada 4 kez 24 saat çalıştığında 4x3=12 saat, haftada 3 kez 24 saat çalıştığında 3x3=9 saat fazla çalışma yaptığının kabulü gerekirken itibar edilen bilirkişi raporunda haftalık 45 saatlik normal çalışma esasına göre fazla mesai hesaplanması hatalıdır.

Ayrıca yerel mahkemece hüküm kurulurken ihbar tazminatı alacağına en yüksek banka mevduat faizi yürütülmesi, cümlenin sonunda yasal faiz yazılarak çelişkili, infazda tereddüt yaratacak şekilde hüküm kurulması da ayrı bir durum oluşturulması da ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EŞİTLİK İLKESİ • KISMİ ÇALIŞMA • TAM SÜRELİ ÇALIŞMA

ÖZET: Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler için geçerlidir. Birbirlerinden farklı durumları bunan işçilere bakılarak eşit ilkesinin varolup olmadığı irdelenemez.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçinin, fiilen tam süreli çalıştırılması halinde o işçiye tam süreli çalıştırılan işçilere verilen tüm hakların verilmesi gerekir.

Ancak bu durumda eşit işlem borcuna aykırılık tazminatına hükmedilemez.

Y.9.HD E: 2010/26762 K: 2011/6747 T: 14.03.2011

Davacı vekili, davacının davalıya ait otel işyerinde çalıştığını, davacı ile davalı işveren arasında çağrı üzerine çalışma adı altında iş sözleşmesi kurulmuş ise de davalı işverenin sözleşmenin amacını aşarak ekstra personel tanımlamasıyla fakat tam süreli iş sözleşmesi kapsamında davacıyı çalıştırdığını, çalışma çizelgeleri ile maaş bordroları incelendiğinde davacının çoğunlukla haftada 50-60 saat çalıştırıldığını ortalama alındığında haftalık 45 saatin üzerinde çalıştırıldığını, İş Kanununa göre haftalık çalışma süresinin 45 saat olarak belirlendiğini, bunun 2/3 `si olan 30 saatten daha az çalışmaların kısmı süreli çalışma sayılabileceğini sürekli şekilde haftalık 30 saatin üzerindeki çalışmaların tam süreli çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğini, davalı işveren ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinin 34/2. Maddesi ile kısmi çalışanlara çalışma saatleri ile orantı kurulmayıp eşitsizlik yaratıldığını belirterek, davacının tam süreli çalıştığının tespiti ile eşitliğe aykırılık tazminatı ile hafta, ulusal bayram tatilleri çalışmaları karşılığı ücret, ikramiye, yakacak, vasıta yardım, gece çalışma ücreti alacağı, yıllık ücretli izin, izin harçlığı, bayram harçlığı ve yemek yardımı alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davacının belirsiz süreli çağrı üzerine çalışma içeren iş sözleşmesi ile çalıştığını, çalışmalarının karşılığını aldığını, tespit ve eda davalarının bir arada yürütülemeyeceğini, alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının çalıştığı süre içinde ödemeleri ihtirazı kayıt olmadan aldığını, davacının imzaladığı iş sözleşmesi ile birlikte ücretini de kabul ettiğini ve sözleşme hükümlerine göre kendisine hak kazandığı ücretlerin ödendiğini, işverenin işin durumuna göre objektif kriterleri ve sübjektif nitelikleri gözeterek farklı statüde eleman çalıştırmasında yasaya aykırı bir durum olmadığını, çağrı üzerine çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesine göre çalıştıkları süre ne olursa olsun aylık 80 saat esasına göre orantılı olarak hak ve alacaklardan yararlandıklarını, işçi ücretlerinin belirlenmesinde mutlak anlamda eşit davranma borcundan bahsedilemeyeceğini, davacının gece çalışma alacağı ile izin alacağı olmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece alınan bilirkişi hesap raporuna değer verilerek, davacı ile davalı işveren arasında çağrı üzerine çalışmalı iş sözleşmesi düzenlenmiş ise de davacının davalı işyerinde 30 saati aşan çalışmaları olduğu ve fiili çalışmasının tam süreli çalışma olduğu, tam süreli fiili çalışmaya rağmen davacıya kısmi çalışmaya dayalı ücret ve diğer haklarının ödenmesi sebebi ile işverenin İş Kanunu'nun 5. Maddesine aykırı davrandığı, hafta tatili, ulusal tatillerde çalışma yapması nedeni ile hafta tatili ve ulusal tatil alacağı olduğu, toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre ikramiye alacağı ile yakacak alacağı ve vasıta alacağı bulunduğu, gece çalışma süresi ispatlanmadığı, gece çalışma alacağı olmadığı, iş akdinin sona ermemesi nedeni ile izin alacağı ile yıllık izin harçlığı talep edilemeyeceği, bordrolarda yemek yardımı ile bayram harçlıklarının ödendiği, yemek yardımı ile bayram harçlığı alacağı olmadığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile eşitliğe aykırılık tazminatı ile hafta, Ulusal bayram tatilleri çalışmaları karşılığı ücret, ikramiye, yakacak, vasıta yardım alacaklarının kabulüne, diğer işçilik alacaklarının reddine karar verilmiştir.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranme serbestisinden söz edilir. İşverenin işçileri arasında eşit kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır.

4857 Sayılı İş Kanun'u sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almış ve kanunun 5. Maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 2. Fıkrasına göre "İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz". İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. Fıkrasında belirtilmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır. 4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hakim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır.

Kanunu'nun 13. Maddesine göre "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir."

Yine 14. Maddeye göre "Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır."

İş Kanunu`nun uygulanmasına yönelik Çalışma Süreleri Yönetmeliği`nin 6. Maddesi uyarınca, "İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır."

1-Dosya içeriğine ve toplanan delillere göre davacının otel işyerinde çağrı usulü sözleşme ile çalıştırıldığı, Toplu İş Sözleşmesinde bu çalışma usulü nedeni ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırıldığı kabul edilerek işçilik alacaklarının ödendiği, ancak davacının yazılı olarak kısmi süreli olarak çalıştırıldığı gösterilmesine rağmen fiilen işyerinde her hafta 30 saatin üzerinde çalıştırıldığı anlaşıldığından mahkemece, davacının tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının tespit edilerek, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için kabul edilen TİS hükümlerine göre hesaplanan fark işçilik alacaklarının hüküm altına alınması isabetlidir. Davalı vekilinin işçilik alacakları yönünden temyizi yerinde değildir.

2-Davalı vekilinin eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı hüküm altına alınan tazminata yönelik temyizine gelince;

Somut uyuşmazlıkta davalı işveren çağrı usulü sözleşme ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması gereken davacı işçiyi yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak tam süreli çalıştırmış, ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmış gibi işçilik alacaklarını ödemiştir. Nesnel olarak 5 ve 13. Maddeler de açıklandığı gibi davalı işveren kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli işçiye göre kısmi süreli işçide bir farklılık yapmamış, kısmi süreli işçiyi tam süreli olarak çalıştırmıştır. Davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılması nedeni ile fark işçilik alacaklarına bu hükümle kavuşmuştur. Ancak açıklandığı gibi eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının koşulları oluşmadığından anılan tazminatın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

Kabul göre de anılan tazminatın gerekçesiz olarak üst sınır olan 4 aylık ücret tutarında belirlenmesi de bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • ARA DİNLENMESİ

ÖZET: Dört saat ve daha kısa süreli çalışmalarda on beş dakika, dört saatten fazla yedi buçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat, yedi buçuk saati aşan çalışmalar için bir saat, on bir saat ve on bir saati aşan çalışmalar için en az bir buçuk saat ara dinlenmesi verileceği kabul edilmelidir.*

Y.9.HD. E: 2009/18210 K: 2011/18263 T: 16.06.2011

İşçiye işyerinde çalıştığı sırada ara dinlenmesi verilip verilmediği ve süresi konularında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigari gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. Maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedi buçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedi buçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedi buçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma süresi 11 saati aşamayacağından, 68. Maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok 11 saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde 11 saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saat ve daha fazla çalışmalarda ise en az bir buçuk saat olarak verilmelidir.

İşçi ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi halinde bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir.

Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullandırılır. Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya

* Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun kullandırılması gerekir. (Yargıtay 9 HD 17.11.2008 gün 2007/35281 E, 2008/30985 K.)

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. Maddesinin 2. Fıkrasında, ara dinlenmelerinin ilkim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliğine göre yirmidört saat içinde kesintisiz on iki saat dinlenme süresi dikkate alınarak verileceği hükme bağlanmıştır. Adı geçen yönetmeliğin 3. Maddesinin 1. Fıkrasında da ara dinlenme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıklanmıştır.

Somut olayda davacı işçinin haftada 6 gün günde 12 saat çalışarak günde 1 saat ara dinlenme süresi düşülerek yapılan hesaplamaya itibarla %30 oranda hakkaniyet indirimi yapılarak dava konusu fazla çalışma ücret alacağı hüküm altına alınmıştır.

Günde 12 saat çalışma süresi için en az 1,5 saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken 1 saat ara dinlenme süresi düşülmek sureti ile yapılan hesaplamaya itibarla yazılı şekilde fazla çalışma ücret alacağının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GEMİ ADAMININ BAKİYE SÖZLEŞME ÜCRETİ

•

HAKKANİYET İNDİRİMİ

ÖZET: Gemi adamının bakiye sözleşme süresi ücreti alacağı B.K. 325 maddesinden değil, Deniz İş Kanunu'nun 16/A maddesinden kaynaklandığına göre; burada BK. 325. Maddede belirlenen hakkaniyet indirimi yapılamaz.*

Y.9.HD E: 2009/24817 K: 2011/39003 T: 24.10.2011

Mahkemece davacının bakiye süre ücretinden Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesi uyarınca 1/2 oranında hakkaniyet indirimi yapılmış ise de talebin ve kararın yasal dayanağı 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 16/A maddesi olup, bu maddede belirtilen süre yasadan kaynaklanıp, Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığından belirlenen ücretten BK'nın 325. Maddesine göre indirim yapılması hatalı ise de, davacının temyizi olmadığından bu husus bozma sebebi yapılmamıştır.

* Gönderen Süleyman Sami ACAR İstanbul 6. İş Mahkemesi Yargıcı

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalı vekilinin yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 24.10.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YILLIK ÜCRETLİ İZİN

ÖZET: Yıllık ücretli izinle ilgili uygulama; çalışırken süre olarak kullanılması, iş akdi sona erince kullanılmayan yıllık ücretli izin ücrete dönüştüğünden; bu koşullar göz önüne alınmalıdır. Yıllık ücretli iznin kullanıldığı kanıtlama yükümlülüğü işverene aittir.

Y.9.HD E: 2009/27110 K: 2011/43871 T: 17.11.2011

A)Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, maaşından haksız olarak kesintiler yapıldığını ve ücretinin geç ödendiğini bu sebeple iş sözleşmesini haklı olarak fesh ettiğini belirterek kıdem tazminatı ile yıllık izin ve ücret alacaklarını istemiştir.

B)Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının iddialarının doğru olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkemece Kararın Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davacının iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

D)Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E)Gerekçe;

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıda belirtilen bendlerin kapsamı dışında kalan tüm temyiz itirazlarının reddine

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, yıllık izin ücret alacağının olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 59. Maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır.

İşçinin işe iade davası açması durumunda, izin ücretinin talep edilip edilemeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir. Gerçekten işçinin dava sonucu işe başlatılması durumunda, önceki fesih ortadan kalkmış olmakla ve iş ilişkisi devam ettiğinde 4857 Sayılı Yasa'nın 59. Maddesi uyarınca izin ücreti istenemez. İşçinin işe başvurusuna rağmen yasal bir aylık işe başlatma süresi içinde işe alınmaması halinde ise, işe başlatmama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret, işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar.

4857 Sayılı Kanun'un 54. Maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında, işçinin aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştığı sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda, işçinin daha önce aynı işverenin bir yada değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi zorunludur. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödemişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün değildir. Önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri, aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir. İşçinin aralıklı olarak aynı işverene ait işyerinde çalışması halinde, önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel oluşturmaz. Yine, önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki sonraki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenmelidir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde, 4857 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinde belirtilen yasal ya da arttırılmış bildirim önelleri ile 27. Madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez. Kanundaki bu düzenleme karşısında, işçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim öneli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

Kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Yasada, sözleşmenin feshi anı yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak kabul edilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel

olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve İş Kanununun 34. Maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 9 HD. 24.10.2008 gün 2007/30158 E, 2008/28418 K.) Bu itibarla, izin ücreti için yasal faiz uygulanmalıdır.

Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden takdiri indirim yapılması doğru değildir.

İşe iade davası sonunda işçinin işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesi feshedilmiş sayıldığından, izin ücreti hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihte alması gereken ücret dikkate alınmalıdır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olaraködenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 Sayılı Yasa'nın 53. Maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin, işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz.

Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğunun tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.

Somut olayda, mahkemece davacının çalışma süresine göre 28 gün yıllık izin ücret alacağının olduğu kabul edilmiş ise de dosyadaki davacıya ait işyeri dosyasında bulunan mevcut izin belgelerinden davacının toplam 19,5 gün yıllık izin adı altında izin kullandığı anlaşılmıştır.

Mahkemece bu izin belgeleri davacı tarafa sorularak sonucuna göre belgeler değerlendirilip yıllık izin ücreti talebine ilişkin hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 17.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DAVACI TALEPLERİ • TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: Dava dilekçesinde son beş yılın izin ücreti talep edildiğine göre, taleple bağlılık ilkesi uyarınca son beş yılın izin ücreti hesaplanmalıdır.*

Y.9.HD E: 2009/28933 K: 2011/45337 T: 23.11.2011

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi N. Uçakcıoğlu tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A)Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin devamsızlık gerekçesiyle işverence feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti ve resmi tatil çalışma ücreti alacaklarını istemiştir.

B)Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının işyerinde müşterilerle haksız ve gereksiz yeri kavga ettiğini ve haklı bir neden olmaksızın işyerini terk ettiğini ve iş akdinin bu nedenle haklı sebeplerle feshedildiğini yaptığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C)Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E)Gerekçe:

1-Davalının aşağıda belirtilen bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının yıllık izin ücreti alacağının tüm hizmet süresi baz alınarak hesaplanıp hesaplanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda, davacı dava dilekçesinde hizmet süresinin son beş yılında izin kullanmadığını iddia ederek yıllık izin ücreti alacak talebinde bulunmuştur.

Mahkemece taleple bağlılık kuralı gözetilmeksizin, davacının toplam hizmet süresine göre yıllık izin ücreti hesabı yapılan bilirkişi raporu esas alınarak, yıllık izin ücreti alacağının talepten fazlasının hüküm altına alınması HUMK`un 74 (HMK`un 26.) maddesine aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 23.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

* Gönderen: Süleyman Sami ACAR İstanbul 6. İş Mahkemesi Yargıcı

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

HİZMET TESPİTİ • KESİNTİSİZ ÇALIŞMA • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

ÖZET: Hizmet tespiti davalarında çalışma ilişkisinin kesintisiz sürdüğü durumlarda hak düşürücü süre çalışmanın sona erdiği yılın sonundan başlatılmalıdır.

Y.10.HD E: 2008/8258 K: 2010/5064 T: 08.04.2010

Mahkemece, davacının yazılı başvurusu ve Kaymakamlık oluru ile, 12.10.1992 tarihinden başlayarak, başvurunun her öğretim yılı başında yapılması suretiyle, 30.11.1996 tarihine kadar ücretli öğretmen olarak çalıştığı 22.09.1997 tarihinde ise kadrolu öğretmen olarak atandığı, davacının ara vermeksizin Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretmen ataması yapıldığı, bu nedenle, 506 S.K.`nun 79. Maddesinde öngörülen 5 yıllık sürenin geçmediği kabul edilmiş ve bu gerekçeyle hüküm kurulmuştur.

Davalı Milli Eğitim Bakanlığı vekili ile davalı SGK vekili, aşamalardaki savunmalarında ve temyiz dilekçesinde, 30.11.1996-22.09.1997 tarihleri arasında hizmete ara verilmesi nedeniyle davanın zamanaşımından reddi gerektiğini belirtmiştir.

Dava, 506 Sayılı Kanun'un 79/10. Maddesine göre açılmış bir hizmet tespiti davasıdır. 506 Sayılı Yasa'nın 79/10 maddesi hükmüne göre; Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine ilişkin yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilmeyen sigortalılar, çalıştıklarını, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan itibaren (işyerinden ayrıldıkları yılın sonundan itibaren) 5 yıllık hak düşürücü süre içinde mahkemeye başvurarak dava açtıkları ve iddialarını kanıtladıkları takdirde, mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları sigortalı hizmet olarak değerlendirilir. Öte yandan,çalışma ilişkisinin kesintisiz biçimde sürdüğü durumlarda; bir başka anlatımla blok çalışmanın varlığı halinde ise, bildirim dışı çalışmalara ilişkin iddia yönünden 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak,

Blok çalışmanın sona erdiği yılın sonu esas alınmalıdır. Hak düşürücü süre yönünden somut olay hakkında yapılacak değerlendirmede; davacının hak düşürücü süre içinde Kuruma başvurduğuna veya dosya içinde yer alan Kaymakamlık Makamı'na konu ile ilgili başvurusunun Sosyal Sigortalar Kurumun'a iletildiğine, yani, Kurumun bu şekilde konuya muttali olduğuna dair bir bilgi ve belgenin bulunmaması karşısında, davacının çalışmasının blok çalışma niteliğinde olmadığı, nizaya konu çalışma süresinin sona erdiği 30.11.1996 tarihinden itibaren 5 yıllık

hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu gözetilmeksizin, yazılı gerekçeyle kurulan hüküm, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz ardı edilerek eksik araştırma ve incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılar avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 08.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖLÜM AYLIĞI • RÜCU DAVASI • ZAMAN AŞIMI

ÖZET: Kaza sonucu ölen sigortalının eşine ölüm aylığı bağlanmasından doğan rücu davasının zamanaşımı süresi ölüm aylığı bağlama kararının kurumun yetkili organınca onaylandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.*

Y.10.HD E: 2010/2291 K: 2010/9286 T: 24.06.2010

12.05.2008 tarihinde açılan davanın yasıl dayanaklarından olan ve "Uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlığını taşıyan 1479 Sayılı Kanu'nun 70. Maddesinin ikinci fıkrasında, bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve davalarında borcu ortadan kaldırmamakla birlikte, bunu ileri süren tarafa borcu yerine getirmekten kaçınma yetkisi veren defi niteliğindeki zamanaşımı, ölüm aylığı bağlama kararının kurumun yetkili organınca onaylandığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.

İnceleme konusu davada; 11.06.1988 günü gerçekleşen kazada yaşamını yitiren Sigortalının hak sahibi eşine 08.11.2007 onay tarihli ölüm aylığı bağlanmış olmakla, davanın zamanaşımı süresi içerisinde açıldığı belirgin bulunduğundan, işin esasına girilerek tüm kanıtlar toplandıktan sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu, zamanaşımı başlangıç günü olarak haksız eylemin gerçekleştiği kaza tarihi benimsenerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

SİGORTA PRİMİNE ESAS KAZANÇ TUTARI

ÖZET: Anılan maddede; "Sigortalılarla işverenlerin bir ay için ödeyecekleri primlerin hesabında;

a) Sigortalıların o ay için hak ettikleri ücretlerin,

b) Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde ödenenlerin,

c) İdare veya kaza mercilerince karar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, Brüt toplamı esas alınır.

Harcırah ücret niteliğinde olmadığından prime dahil olmaz.

Y.10.HD E: 2010/4199 K: 2011/12922 T: 03.10.2011

Davacı, davalı işveren yanındaki çalışmalarının geçtiği dönemde asgari ücret haricinde aylık 450 Euro ücret aldığını prime esas kazancın bu ücret gözetilerek tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, ilamında belirtilen gerekçelerle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşılmakla, Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu. Temyiz konusu hükme ilişkin dava Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. Maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından, Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1-01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun geçiş hükümlerini içeren Geçici 7. Maddesinin "Bu Kanunun yürürlük tarihine kadar 17/07/1964 tarihli ve 506 sayılı, 02.09.1971 tarihli ve 2926 Sayılı, 08.06.1949tarihli ve 5434 sayılı Kanunlar ile 17.07.1964 tarihli ve 506 Sayılı hizmet süreleri, fiili hizmet süresi zammı, itibari hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları Kanun hükümlerine göre değerlendirilirler" hükmü ve genel olarak Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kural karşısında, davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Kanu'nun 77. Maddesidir.

Anılan maddede; "Sigortalılarla işverenlerin bir ay için ödeyecekleri primlerin hesabında;

Sigortalıların o ay için hak ettikleri ücretlerin,

Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde ödenenlerin,

İdare veya kaza mercilerince karar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, Brüt toplamı esas alınır.

Şu kadar ki, ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar ve kasa tazminatları, ayni yardımlar ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca miktarları yıllar itibariyle belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançlarınaylık tutarlarının tespitinde nazara alınmaz. Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime tabi tutulur…" denmektedir.

Eldeki dava dosyasına konu olayda, davalı işveren ile davalı tanıklarının sigortalılara verilen paranın gidilen ülkeye göre harcırah olduğunu beyan etmeleri karşısında, işveren adına iş yapanlara bu işleri sırasında yapmak durumunda oldukları harcamaları karşılamak için verilen ücretlerin yolluk niteliğinde olup, anılan yasal düzenleme çerçevesinde yollukların pirime esas kazanca dahil olmadığı gözetilerek, sigortalıya ödenen tutarın ne kadarının yolluk, ne kadarının ücret niteliğinde olduğu araştırılarak, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu davacıya verilen tutarın tamamının prime esas kazanca dahil olduğunun kabulü isabetsizdir.

2- Kabule göre de; dava konusu dönemde davacının asgari ücret haricinde 400 Euro ücret aldığının tespiti yönünden, ücrete ilişkin kabul gerekçesi yeterince tartışılmamış ve mevcut deliller hüküm kurmaya yeterli bulunmamıştır. Ücret konusunda, tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyine başlangıç sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 288. Maddesinde yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalıdır. Zira, Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 Esas2005/413 Karar sayılı kararlarında da belirtildiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Mahkemece bu yönde yapılacak yeterli ve gerekli bir araştırmayla ulaşılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken,sadece tanık sözlerine dayanılarak, asgari ücretin üzerindeki prime esas kazancın miktarı konusunda karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde davalıların vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halind davalılardan E. Tır Transport ve Tic. A.Ş.'ye iadesine, 03/10/2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

KURUM TARAFINDAN BAĞLANAN GELİRLER
•
KURUMUN RÜCU HAKKI

ÖZET: İş kazasından sonra sigortalıya hem yaşlılık aylığı, hem de iş kazasından doğan gelir bağlandığına göre, iş kazası sebebiyle bağlanan gelirin ilk peşin değeri tespit edilerek kurumun rücu hakkı belirlenmelidir.*

Y.10.HD E: 2011/12812 K: 2011/14413 T: 24.10.2011

Davacı, iş kazası sonucu sürekli iş göremez duruma gelen sigortalıya yapılan yardımların davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, ilamında belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı 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.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmüm dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi'nin, 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 23.11.2006 gün ve E:2003/10, K:2006/106 sayılı kararı ile 26. Maddedeki "…sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere…" bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptali sonrasında, Kurumun rücu hakkının, yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, mahkemenin, dava tarihindeki mevzuat ve içtihat uygun olarak açılan davada, anılan iptal hükmü nedeniyle oluşan hukuksal durum gereğince değerlendirme yapmasında bir isabetsizlik yok ise de; davalının, sigortalıya Kurumca yaşlılık aylığı bağlandığını iddia etmesi karşısında, Kurumdan sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanıp bağlanmadığı sorularak, yaşlılık aylığı bağlanmış ise, anılan Yasanın 92. maddesinin "Malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır." hükmü gözetilerek, iş kazası sonucu sigortalıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinde, anılan maddenin uygulanması sonucu değişiklik bulunup bulunmadığı belirlenerek,

* Gönderen : Av. Ertuğrul Sakaoğlu Kocaeli Barosu

varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma sonucu, yazılı şekilde hüküm kuruması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde davalıya iadesine, 24.10.2011 gününde oy birliğiyle karar verildi.

EŞİNDEN BOŞANIP BİRLİKTE YASAYAN VE HAK SAHİBİ KIZ ÇOCUK OLARAK ÖLÜM MAAŞI ALANLARIN DURUMU*

ÖZET: Bu aşamada, ayrıntıları yukarıda açıklandığı üzere Anayasa`nın 20. Maddesi ile 5510 sayılı Kanun, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanun'u, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun 4857 sayılı İş Kanunu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanu'nu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'u ve diğer ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle dinlenilmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı davacı ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak; muhtarlıktan ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğü'nden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirtilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/ özel kurumve kuruluşlara verilen belgelerle yer alan adresler dikkate alınmalı, boşanan eşler 4857 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta iseler adlarına ödeme yapılabilecek özel olarak açılan banka hesabı bulunup bulunmadığı belirlenmeli, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/ bölgeler yönünden kapsamlı Emniyet Müdürlüğü/Jandarma Komutanlığı araştırması yapılmalı, anılan mahalle/köy muhtar ve azalarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylelikle "boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama" olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir.

Y.10.HD E: 2011/7225 K: 2011/1531 T: 03.11.2011

* Özlem Berksun, İstanbul Barosu Avukatlarından

Dava, hak sahibi konumunda yer alan davacıya bağlanan ölüm aylığının 5510 Sayılı Kanun hükümleri gereğince kesilmesi yönündeki davalı SGK Başkanlığı işleminin iptali ile aylığın, kesilme tarihi itibarıyla yeniden bağlanması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Hakkında verilen boşanma kararı 15.10.2004 tarihinde kesinleşen davacıya,yaşamını yitiren sigortalı babası üzerinden 506 sayılı Kanun hükümlerine göre hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla bağlanan ölüm aylığının, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığının belirlendiği gerekçesiyle davalı Kurumca 2010 yılının Eylül ayında gerçekleştirilen işlemle 01.10.2008 tarihi itibarıyla kesildiği anlaşılmakta olup, mahkemece yapılan yargılama sonunda istem aynen hüküm altına alınmıştır.

Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. Maddesinin ikinci fıkrası olup, uyuşmazlığın çözümünde, sosyal güvenlik, sosyal güvenliğin amaç ve yöntemleri, sosyal sigortalar, sosyal güvenlik sistemi gibi kavram ve olguların değerlendirilmesine gereksinim bulunmaktadır.

Sosyal güvenlik ..., toplumda yaşayan her kesimi hiçbir ayırım gözetmeksizin hayatın çeşitli sosyal risklerine karşı ekonomik güvence altına alarak yarın endişesinden kurtarmaya, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara yardım ederek onlara insan onuruna yaraşır en az yaşam düzeyi sağlamaya çalışır. Böylelikle bir ülkede, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder. .....Sosyal edimler (yardımlar) sağlayan tüm alanlarda olduğu gibi, sosyal sigortalar da sosyal adalet ve sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmeye ve insana, insan onuruna layık bir yaşam düzeyi sağlamaya yöneliktir... Sosyal güvenlik, sadece insanların geleceğini güvence altına almaya yönelik bir kurallar bütünü olmayıp, her şeyden önce bir sosyal program ya da politikadır. Bu politikada asıl hedef, insanların belirli sosyal risklere karşı ekonomik güvenliklerinin ve sosyal adaletin sağlanması ise de, bunun içinde durmadan değişen kural ve ilkeler, türlü yöntemler ve önlemler yer almaktadır. Bu niteliği itibarıyla sosyal güvenlik bir hukuk dalı olmaktan çok, bir sistemdir. (Prof.Dr. A.Can Tuncay / Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, s.3,5, 115). Bununla birlikte, sosyal güvenliği oluşturan bir takım hukuk kuralları bulunmaktadır ve söz konusu kurallar yönünden incelendiğinde sosyal güvenliğin bir hukuk dalı olduğu kuşkusuzdur. Yalnızca sosyal yardım ve hizmetler ile sosyal sigortaları içeren, üniversitelerin ilgili fakülte ve bölümlerinde ders olarak öğrenimi sürdürülen dar anlamda Sosyal Hukuk söz konusu olduğu gibi, Sosyal Güvenlik Hukuk'u ile beraber konut hakkı, eğitim hakkı, işsizleri koruma ve kendilerine iş bulma, sağlığın, çocukların, tüketicinin, analığın korunması ve

benzeri sosyal konuları barındıran geniş anlamda Sosyal Hukuk`tan da söz edilmekte, ülkemizde ise yerleşik olmayan anılan kavramlar yerine Sosyal Güvenlik Hukuk'u terimi kullanılmaktadır.

Tüm ülkelerin pozitif hukuklarında yer alan ve gelişen sosyal güvenlik kavramı, genel ilkeler düzeyinde, İkinci Dünya Savaşı`ndan sonra kabul edilen birçok Anayasa'da yerini aldıktan sonra, uluslar arası düzeyde ilk defa 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrense Bildirgesi`nde temel bir hak olarak düzenlenmiştir. (Prof. Dr. Ali Güzel / Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuk'u, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2003, s. 37).Birleşmiş Milletler Genel Kurul'u tarafından kabul edilen Bildirge`nin 22. Maddesinde, herkesin, toplumun bir bireyi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, sosyal güvenliğin, bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların doyurulması temeline dayandığı belirtilmiştir. Ulusal normlar yönünden bakıldığında, anılan belgeden esinlenilerek ülkemizde de 1961 tarihli Anayasa`da sosyal güvenlik, herkes için anayasal hak olarak düzenlenmiştir.1982 Anayasası`nın 2. Maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti`nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 5. Maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmanın devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğu bildirilmiş, "Sosyal güvenlik hakkı" başlığını taşıyan 60. Maddesinde, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alıp teşkilatı kuracağı, "Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" başlıklı 61. Maddesinde, devletin , savaş ve görev şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlayacağı, sakatların korunmalarını ve toplum yaşamına intibaklarını sağlayıcı önlemleri alacağı, yaşlıların devletçe korunacağı ve kendilerine yapılacak yardım ile sağlanacak diğer hak ve kolaylıklara ilişkin düzenlemeler yapılacağı, devletin, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü önlemi alacağı, bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kuracağı veya kurduracağı, "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlığını taşıyan 65. Maddesinde, devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıklanmıştır. Tüm ulusal hukuklar için temel model oluşturan Uluslar arası Çalışma Örgütü (İLO) tarafından 28 Haziran 1952 günü benimsenen Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 sayılı sözleşme`de ise dokuz adet temel sosyal sigorta kolu, hastalık durumunda gelir kaybını karşılayan ödenekler, hastalık halinde sağlık yardımları, iş kazası ve meslek hastalığı, sakatlık, analık, yaşlılık, ölüm, aile yardımları (ödenekleri) ve işsizlik olarak sıralanmış olup, anılan Sözleşme`ye taraf olan ülkemizde de bu sigorta türlerinden aile yardımları (ödenekleri) dışında kalanların tümü, tarihsel süreç içerisinde aşamalı olarak kabul edilerek ilgili sosyal güvenlik kanunlarında düzenlenmiştir.

Sosyal sigorta sistemlerinde sigortalılar veya hak sahipleri belli şartların yerine getirilmesi halinde sosyal edime (yardıma) hak kazanırlar. Sosyal edim ya da sosyal yardım hakkı kişilerin belli bir yardım ya da edim üzerinde yargısal yönden icrası mümkün kamusal talep hakkını ifade eder. (Prof. Dr. A. Can Tuncay / Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 128) Sosyal sigortalar; sosyal koruma, dayanışma, sosyal denkleştirme, zorunluluk ilkelerine dayanmakta olup, özellikle inceleme konusu 5510 Sayılı Kanun'un 56. Maddesi yönünden önem arz eden sosyal koruma ilkesiyle, toplumun ekonomik ve sosyal yönden en fazla gereksinimi olan bireylerini/gruplarını koruma, güvenceye kavuşturma ve onlara hizmet amaçlanmakta, yaşamlarını sürdürebilmeleri için bu kişilerin sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması hedefi öne çıkmaktadır. Devletler tarafından amaç olarak benimsenen sosyal güvenlik genellikle, sosyal sigortalar ile sosyal yardım ve hizmetler olarak adlandırılan iki temel yöntem uygulanmak suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. İki ana rejimden meydana gelen Türk Sosyal Güvenlik Sistemi`nde, yardımların genellikle devlet bütçesinden veya gönüllü özel yapılanmalardan karşılandığı, katılmasız veya primsiz rejim olarak adlandırılan sosyal yardım ve hizmetlerin yanı sıra, sistemin temel dayanağını oluşturan ve ilgililerin herhangi bir maddi katkısının söz konusu olmadığı katılmalı veya primli rejim de bulunmaktadır.

Devletin Anayasa`da güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarının yaşama geçirilmesi için gerekli teşkilatı kurması ve diğer önlemleri alması, sosyal güvenlik politikalarını bilimsel verilere göre belirlemesi ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Sosyal sigorta programlarının sigortacılık ilkeleri ve çağdaş standartlarla uyumu ve mali açıdan sürdürülebilirliği, sosyal sigorta kuruluşlarının idari ve mali etkinliklerinin artırılması için gerekli rejimin oluşturulmasını zorunlu kılar. Nesnel ve sürekli kurallarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilir olması düşünülemez. Bu düzenin korunması Anayasa`nın 60. Maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunludur. (Anayasa Mahkemesi`nin 26.01.2011 gün ve 2008/109 Esas, 2011/25 Karar sayılı kararı)

Ülkemizde , 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına Ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu olmak üzere beş ana sosyal güvenlik yasası bulunmakta olup, bu mevzuatlarda düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, Sosyal Sigortalar Kurumu, kısaca Bağ-Kur olarak adlandırılan Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı tarafından yerine getirilmekte iken, öncelikle 20.05.2006 tarihinde Resmi Gazete`de yayımlanarak yürürlüğe giren, örgütlenme yasası niteliğindeki 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile kamu tüzel kişiliğine sahip, idari ve mali açıdan özerk Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kurularak, anılan üç kurum tek çatı altında bu Kurum`da

birleştirilmiş, sonrasında mevzuat birliğini sağlamaya yönelik olarak, istisnaları dışında 01.10.2008 günü yürürlüğe giren 5510 Sayılı Kanun kabul edilmiştir. Tüm modern sosyal güvenlik sistemlerinde yer alan ölüm sigortası, sigortalının yaşamını yitirmesi durumunda geride kalan ve hak sahibi olarak (tanımlanan) kişilerin geleceklerini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Söz konusu kanunlarda iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortası veya ölüm sigortası kollarında hak sahiplerine ölüm geliri, ölüm aylığı, dul ve yetim aylığı bağlanabilmesi için bazı koşullar öngörülmüş, bunlar arasında anne / baba üzerinden hayattaki kız çocuğuna veya eş üzerinden sağ kalan diğer eşe tahsis yapılabilmesi, evli olmama şartına bağlanmıştır. 506 sayılı Kanunun 99. ve 1479 Sayılı Kanun'un 43. Maddelerinde "hakkı doğuran olay tarihi" ibarelerine yer verilmiş, 5510 Sayılı Kanun'un 35. Maddesinde "hak sahibi olma niteliğinin kazanıldığı tarih" 97. Maddesinde "hakkın kazanıldığı tarih" ve "hakkın doğdugu tarih" sözcükleri kullanılmıştır. Kız çocuğuna anne/baba üzerinden ölüm geliri/aylığı veya yetim aylığı bağlanabilmesi için yalnızca ölümün gerçekleşmesi veya evli olunmaması yeterli bulunmayıp, tahsis için her iki olgunun bir arada varlığı gerekmektedir. Evli kız çocuğu kimi zaman boşanmayla, bazen de ölümle hak sahibi sıfatını kazanmakta başka bir anlatımla, sigortalı anne/baba yaşamını yitirmesine karşın kız çocuğu evli ise hak sahibi olamamakta, evli olmayan kız çocukları ise sigortalı anne/baba hayatta olduğu sürece bu sıfatla anılmamakta her iki durumda da gelire/aylığa hak kazanılamamaktadır. Şu durumda, evli kız çocuğu bazen boşanmayla, kimi zaman ölümle ve hangisi daha sonra ise o tarihte hak sahibi olmaktadır. Dolayısıyla, hak sahibi olma niteliğinin kazanıldığı tarih (=Hakkın kazanıldığı tarih= Hakkın doğduğu tarih = Hakkı doğuran olay tarihi) değişkenlik arz etmektedir.

Anılan beş temel kanunda yer almayan inceleme konusu norm, ilk kez 5510 Sayılı Kanun'un "Gelir ve aylık bağlanmayacak haller" başlığını taşıyan 56. Maddesinin ikinci (son) fıkrasında düzenlenerek 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fıkrada "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96. Madde hükümlerine göre geri alınır." Düzenlemesine yer verilmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki, Mahkemesi`ne yapılan 2009/86 Esas numaralı başvurunun, 28.04.2011 tarihinde verilen karar ile reddedildiği, dolayısıyla iptal edilmeyen fıkranın yürürlükte olduğu belirgindir. Kamuoyunda uzun yıllardır varlığı konuşulan, yaşamını yitirmiş sigortalı / iştirakçi bağına son verip boşandığı eşiyle birlikte yaşamayı sürdüren kız çocuklarının veya hayatta bulunmayan sigortalı / iştirakçi eski eşi üzerinden ölüm aylık veya geliri/dul aylığı tahsisi için mevcut evlilik birliğini sonlandırmasına karşın sonraki eşiyle beraberliğini devam ettiren kişilerin durum etik değerler, ahlaki algı ve kurallar yönünden ele alınabilir, uzun bir sürece yayılmış bu türden birlikteliklerin toplum nezdinde oluşturduğu rahatsızlıklar, varsa tarafların ortak çocuklarının ruhsal dünyasında meydana getirdiği olumsuz etkiler dile getirilebilir ise de kuşkusuz, bu yönde yapılacak herhangi bir irdeleme, yargının görev, hak ve yetki alanı içerisinde bulunma-

dığı gibi, yargısal metinlerde bu tür değerlendirmelere yer verilmesinin sakıncaları da ortadadır. İlgili hak sahibinin seçimini, her ne sebeple olursa olsun boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşama yönünde kullanması, mutlak surette bireysel özgürlük çerçevesinde ele alınmalı, bununla beraber Anayasa`nın 65. Maddesinde de ifade edildiği üzere, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile saptanan görevlerini, bu görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri göz önünde bulundurarak mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirme görevi olan devletin, sosyal güvenliğin yaşama geçirilip ülkede yaşayan diğer fertlere de bu hakkın dağıtılmasında soysa sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarını düzenleme yetkisine sahip olduğu gözden uzak tutulmamalı, daha açık anlatımla, boşanılan eşle fiilen beraber yaşama durum ve olgusuna müdahale edemeyecek olan devletin yöntemince kabul edeceği yasal düzenlemeyle bu tür ilişkiyi sürdürenleri sosyal sigorta yardımından yararlandırmama (yoksun bırakma) yetkisi olduğu benimsenmeli, özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal başvurusunun reddedilmesi karşısında, yürürlükteki kanunları uygulamakla yükümlü olan yargı organlarınca görev sınırları içerisinde, sosyal güvenlik hukuku ve onun ilkeleri kapsamında madde hükmü ele alınmalıdır. Anlaşılacağı üzere, söz konusu madde yönünden kanun koyucu tarafından; hak sahibi konumundaki eş veya çocuğun, boşandığı eşiyle eylemli olarak birlikte yaşaması yasaklanmamakta, bu tür ve nitelikte yaşam sürdüren kişinin bir anlamda hak sahipliği sıfatının ortadan kalktığı kabul edilip, gelir ve / veya aylıktan yararlandırılmaması benimsenmektedir.

Konuyla ilgisi bakımından aşağıya alınan kararın, Anayasa Mahkemesi`nin sosyal güvenliğe bakış açısını anlamamız açısından faydalı olduğu düşünülmektedir. 5434 Sayılı Kanun'un 71. Maddesinin birinci cümlesinde yer alan "…..eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır." İbaresinin, Anayasa`nın 2.,5. ve 10. Maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemini görüşen Mahkeme 28.04.2011 gün ve 2009/93 Esas, 2011/73 Karar sayılı kararında "….Devletin sosyal olması,aktüeryal denge ile sosyal devlet ilkesi arasında uyum olmasını, sosyal güvenlikten kaynaklanan yüklerin gerektiğinde Devlet tarafından karşılanmasını zorunlu kılmaktadır… Ancak sosyal güvenlik sisteminin sağlıklı olarak çalışması için aktüeryal dengelerin korunması zorunludur. İtiraz konusu kuralda…, Türkiye`nin sosyal gerekleri de dikkate alınarak iştirakçinin dul eşine sosyal güvenlik hakkından yoksun kalmaması için yarı nispetinde aylık bağlanmıştır. Kamu yararı amacıyla kabul edilen bu düzenlemede iştirakçinin dul eşine ekonomik bir güvence sağlanarak sosyal devlet ilkesine de bağlı kalınmıştır… Anayasa`nın 10. Maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve

topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa`da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Yasa koyucunun aktüeryal dengeleri gözeterek takdir yetkisini kullanmak suretiyle kuralda tespit etmiş olduğu yaş farkı, eşitlik karşılaştırılmasında esas alınamaz." Görüşünü belirtip, söz konusu ibareyi Anayasa`ya aykırı bulmayarak iptal başvurusunu oyçokluğuyla reddetmiştir.

5510 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası, oldukça sade biçimde kaleme alınmış, madde başlığında "bağlanmayacak" sözcüğüne yer verildikten sonra fıkra metninde "bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir." İbareleri kullanılmış, böylelikle, daha önceki sosyal güvenlik kanunlarında yer almayan, boşanılan eşle fiilen (eylemli olarak) birlikte yaşama olgusu, gelir/aylık kesme nedeni olarak düzenlendiği gibi, eylemli olarak birlikte yaşama aynı zamanda gelir/aylık bağlama engeli olarak da benimsenmiştir. Burada, eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun/durumunun tanımlanması, hukuki sınır ve çerçevesinin çizilip ortaya konulması önem arz etmektedir. Taraflar arasında hangi hukuki sebep ve maddi vakıaya dayanmış olursa olsun sona ermiş evlilik birliğinin hak ve yükümlülüklerinin sürdürüldüğü beraberlikler veya kesinleşmiş yargı kararına bağlı olarak gerçekleşmiş boşanmanın ver olan / olası sonuçlarını ortadan kaldırıcı/ giderici nitelikteki birliktelikler madde kapsamında değerlendirilmeli, ortak çocuk/çocuklar yönünden, boşanma kararına bağlanan veya bağlanmayan kişisel ilişkilerin yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak, eşlerin belirli aralıklarda ve günlerde zorunlu şekilde bir araya gelmeleri durumunda ise kanun koyucunun bu türden ilişkinin varlığının gelir/aylık bağlanmaması veya kesilmesi nedeni olarak öngörmediği kabul edilmeli, boşanılan eşle kurulan/yürütülen ilişkinin, eylemli olarak birlikte yaşama kavramı kapsamında yer alıp almadığı dikkatlice irdelenerek saptama yapılmalıdır.

Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi`nce 3976/05 numaralı davada verilen 02.11.2010 tarihli karar konuya bir nebze olsun ışık tutabilecek niteliktedir. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın nedeni, Ş.Y. (başvuran) adlı Türk vatandaşının,06.12.2004 tarihinde yaptığı başvurudur. Türk Medeni Kanunu hükümleri kapsamında geçerli evlilik (resmi nikah) ilişkisi kurulmaksızın yıllardır birlikte yaşadığı kişinin yaşamını yitirmesi üzerine sosyal güvenlik kurumuna başvurarak ölen kişi üzerinden kendisine sosyal sigorta yardımı yapılmasını isteyen başvuranın bu talebinin Kurum ve mahkemelerce reddedlimesi üzerine gerçekleştirilen başvuruda Mahkeme; "…AİHM'in yerleşik içtihadına göre, ayrımcılık, tarafsız ve makul bir gerekçe olmaksızın nispeten benzer koşullardaki kişilere farklı davranmak anlamına gelir… farklı muamelenin, meşru bir amaç güdülmüyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ilgi yoksa tarafsız ve makul bir gerekçesi yoktur. … 14. Madde, farklı olgusal koşulların tarafsız değerlendirmesine dayanan, kamu çıkarına dayalı olarak toplumun

çıkarlarını koruyan ve Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil denge sağlayan muamele farklılıklarının önüne geçmez. ... Yüksek Sözleşmeci Devletler, kanunda benzer durumlardaki farklılıkların farklı bir muameleyi haklı gösterip göstermeyeceği veya ne dereceye kadar haklı göstereceğinin belirlenmesinde belirli bir takdir payını kullanmaktadırlar. ... Bu pay devletin, mali kaynaklarıyla yakından ilintili olan genel mali, ekonomik ve sosyal tedbirlerinin uygulanmasında daha geniştir. ...8. Madde, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının güvencesini vererek, ailenin varlığını gerektirir. Aile hayatının var olup olmadığı aslında, yakın kişisel bağların uygulamada da gerçekten var olmasına bağlı olan bir bilinmezdir. ... 8. Madde meşru ailenin olduğu gibi, gayrımeşru ailenin, aile hayatı için de geçerlidir. ... aile kavramı, yalnızca evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmayıp, tarafların evlilik dışı biçimde beraber yaşadığı aile bağlarını da kapsayabilir. ... Aile hayatı, örneğin çocukların eğitimi çerçevesinde, yalnızca sosyal, ahlaki ya da kültürel ilişkileri kapsamaz; ... maddi türden menfaatleri de kapsar. ... Ek olarak, bir ilişkinin aile hayatı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar verirken, çiftin beraber yaşaması, ilişkilerinin süresi ve çocuklarının olup olmadığı gibi birkaç etken önemlidir. ... Her iki bağlamda da, bireyin ve bütün olarak toplumun rekabet halindeki çıkarlarıyla arasındaki adil denge dikkate alınmalıdır, ayrıca her iki baplamda da, Devletin belirli bir takdir yetkisi olduğu kabul edilir. ... Ayrıca, Devletin planladığı ve demokratik bir toplumda görüşlerin makul biçimde büyük ölçüde farklılaşabildiği ekonomik, mali ve sosyal politikalar çerçevesinde, bu takdir yetkisi ister istemez daha geniştir. ..." yönündeki görüş ve yaklaşımıyla Sözleşme'ye Ek 1:No'lu Protokol'ün 1'inci maddesiyle birlikte alındığında AİHS'in 14. Maddesinin ve ayrıca 8. Maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Anılan 56. maddede, oldukça yalın olarak "eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen" ibareleri yer almakta olup, kanun koyucu tarafından örneğin; "sosyal güvenlik kanunları kapsamında ölüm aylığına hak kazanmak amacıyla eşinden boşanan" , "hak sahibi sıfatını haksız yere elde etme amacıyla eşinden boşanan", gerçek boşanma iradesi söz konusu olmaksızın (muvazaalı olarak) eşinden boşanan" veya bunlara benzer ifadelere yer verilmemiş, sade olarak kaleme alınan metinle uygulama alanı genişletilmiştir. Maddede boşanma amacına/saikine yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden, gerek Kurumca, gerekse yargı organlarınca uygulama yapılırken; eşlerin boşanma iradelerinin gerçekliğinin/samimiliğinin araştırılıp ortaya konulması söz konusu olmamalı, boşanmanın muvazaalı olup olmadığına ilişkin herhangi bir araştırma/irdeleme ve boşanma yönündeki kesinleşmiş yargı kararının geçerliliğinin sorgulaması yapılmamalı, özellikle, kesinleşmiş yargı organının verdiği karara dayanan "boşanma" hkuki durum ve sonucunun eşlerin gerçek iradelerine dayanıp dayanmadığının araştırılmasının bir başka organın yetki ve görevi içerisinde yer almadığı, kaldı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda "anlaşmalı boşanma" adı altındaki hukuki bir düzenlemenin de bulunduğu dikkate alınmalıdır. Şu durumda sonuç olarak

vurgulanmalıdır ki, boşanma tarihi itibarıyla gerçek/samimi boşanma iradelerine sahip olan (evlilik birliği temelinden sarsılan) veya olmayan tüm eşlerin, maddenin yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden itibaren her ne sebeple olursa olsun eylemli olarak birlikte yaşadıklarının saptanması durumunda gelirin/aylığın kesilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Maddede "belirlenen" sözcüğü dikkati çekmekte olup, belirlemenin nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği, belirleme yapılırken hangi yöntemin izleneceği, yargı makamları önünde ispat hak ve yükünün kime ait olduğu, boşanılan eşle eylemli birlikte yaşama/yaşamama olgusunun nasıl kanıtlanması gerektiği önem taşımaktadır. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlığını taşıyan 20. Maddesinde, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; 5510 Sayılı Kanun'un "Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi" başlıklı 59. maddesinde, bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetiminin, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütüleceği, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında belirledikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin, yemin dışında her türlü kanıta dayandırılabileceği, tarafından düzenlenen tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu, Kurumun denetim kontrol ile görevlendirilmiş memurları görevlendirilmiş memurları görevlerini yaparken, tüm kamu görevlilerinin gerekli kolaylığı göstereceği ve yardımcı olacakları, bu Kanunun uygulanması bakımından, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen denetim, teftiş ve kontrol yetkisine de sahip oldukları, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği, "Bilgi ve belge isteme hakkı, bilgi ve belgelerin Kuruma verilme usulü" başlığını taşıyan 100. Maddesinde, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşların ise Kurumla yapılacak protokoller çerçevesinde, Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak durumlar ile özel hayat ve aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa Kurum tarafından kişilerin sosyal güvenliğinin sağlanması, 6183 Sayılı Kanuna göre Kurum alacaklarının takip ve tahsili ile bu kanun kapsamında verilen diğer görevler ile sınırlı olmak üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi sürekli ve/veya belli aralıklarla vermeye, bilgilerin elektronik ortamda görüntülenmesini sağlamaya, görüntülenen bu bilgilerin güvenliğini sağlamaya, korumak zorunda oldukları, bu madde kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşların Kurumun belirleyeceği süre içerisinde söz konusu isteme cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlü oldukları, elektronik ortamda hazırlanacak bilgi ve belgelerin adli ve idari makamlar nezdinde resmi belge olarak geçerli olduğu açıklanmıştır.

Ayrıca, 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 28. Maddesinde, bu yasaya göre seçmen olan vatandaşları tek olarak tanımlayan ve seçmenin oturduğu yeri belirleyen bilgileri kapsayan bilgisayar orta-

mına “Seçmen Kütüğü” denildiği, seçmenin devamlı oturduğu konutun bulunduğu ilçe, muhtarlık, sokak isimleri ile binanın kapı ve varsa daire numarasının “Seçmenin Adresi” olduğu, 45. Maddesinde, seçmen kütüğünde yazılı seçmenlere ait bilgilerin, her yıl seçmenlerin oturdukları il ve ilçeye göre ayrılmış listeler halinde, İl ve ilçe seçim kurulu başkanlıklarına gönderileceği bildirilmiştir. Türk vatandaşları ile Türkiye`de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve usul hükümlerini kapsayan 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunun 3. Maddesinde, bu Kanunda geçen “adres” in, herhangi bir toprak parçası veya binanın coğrafi konumu ve işlevi açısından tanımlanmasını, “Adres Paylaşımı Sistemi” nin, ulusal adres veri tabanında tutulan bilgilerin kurumlar ile diğer kişilerce paylaşılması işlemini, “diğer adres” in, yerleşim yeri adresi dışında kalan yerleri, “yerleşim yeri adresi” nin, sürekli kalma niyetiyle oturulan yeri ifade ettiği belirtilmiş, özellikle 45 ila 53. Maddelerinde konu açısından yararlanılabilecek hükümlere yer verilmiştir. 4857 sayılı İş ve Kanunu'nun 32. Maddesinde de, çalıştırılan işçilerin ücret, prim ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına yatırılmak suretiyle ödeneceği yönünde düzenleme yapılmıştır.

Diğer taraftan, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “ispat yükü” başlıklı 6. Maddesinde kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlü olduğu, 19. Maddesinde, yerleşim yerinin bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olduğu, bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yerinin olamayacağı, 20. Maddesinde, bir yerleşim yerinin değiştirilmesinin, yenisinin edinilmesine bağlı olduğu, önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye`de henüz bir yerleşim yer edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yerin yerleşim yeri sayılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte; 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. Maddesinde yerleşim yerinin 4721 sayılı Kanun göre belirleneceği belirtildikten sonra 24-33. Maddelerinde yargılamaya hakim olan ilkeler açıklanmış olup, Anayasa`nın 36. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi`nin 6. Maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ön önemli unsuru niteliğindeki hukuki dinlenilme hakkının düzenlendiği 27. Maddede, davanın taraflarının, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları, bu hakkın, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirilmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerdiği bildirilmiştir. Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü içeren 29. Maddede 4721 sayılı Kanun'un 2. Maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı yinelenerek, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda oldukları davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlü olduklarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.Hakimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 31. Maddede, hakimin uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kaldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü konular hakkında taraflara açıklama yaptı-

rabileceği, soru sorabileceği kanıt gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca; ispatın, taraflar bakımından yalnızca bir yük olmasının ötesinde aynı zamanda yasal bir hak olarak düzenlendiği 189. Maddede, tarafların kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahip oldukları hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı, 4721 Özel Sayılı Kanunun 6. Maddesine koşut niteliğindeki 190. Maddede, ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi yararına hak çıkaran tarafa ait olduğu, yasal bir karineye dayanan tarafın, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altında olduğu, kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı tarafın yasal karinenin aksini ispat edebileceği, 191. maddede, diğer tarafın, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabileceği, karşı ispat faaliyeti için kanıt sunan tarafın, ispat yükünü üzerine almış sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Önemle vurgulanmalıdır ki, 818 sayılı Borçlar Kanununun 53. maddesinde, hukuk mahkemesi hakiminin kusur belirlemesi yaparken ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ve ceza mahkemesinden verilen berat kararı ile bağlı olmadığı, ceza mahkemesi kararının, kusurun takdiri ve zararın miktarının belirlenmesi konusunda dahi hukuk hakimini bağlamayacağı yönünde düzenleme yapılmış olup, anılan maddede hukuk hakiminin ceza kararında kesinleşen maddi olgularla bağlı olduğuna ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamasına karşın, öğreti tarafından ve uygulayıcı konumundaki yargı makamlarınca "maddi olgulara bağlılık" ilkesi benimsenmiştir. Bunun temelinde hiç kuşkusuz mahkemelere güven duygusu bulunmaktadır. Bu bakımdan, ceza mahkemesince görülüp kesinleşen dava dosyalarındaki boşanan eşlerin eylemli birlikteliklerine ilişkin saptamalar da, anılan ilke gereğince değerlendirmeye alınmalıdır.

Gelirin/aylığın kesilme tarihi ile Kurumun geri alım (istirdat)hakkının kapsamına ilişkin olarak; eylemli birlikte yaşama olgusunun gerçekleşme/başlama tarihi esas alınarak bu tarih itibarıyla gelir/aylık kesme veya iptal işlemi tesis edilip ilgiliye, anılan tarihten itibaren yapılan ödemeler yasal dayanaktan yoksun/yersiz kabul edilmeli, ancak, söz konusu madde 01.10.2008 günü yürürlüğe girdiğinden, eylemli birliktelik daha önce başlamış olsa dahi maddenin yürürlük günü öncesine gidilmeli, başka bir anlatımla 01.10.2008tarihi öncesine ilişkin borç tahakkuku söz konusu olmamalı, böylelikle açıklığa kavuşturulacak yersiz ödeme dönemine ilişkin olarak 5510 Sayılı Kanun'un 96. maddesine göre uygulama yapılmalıdır. İnceleme konusu 56. maddede, "eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle" ibareleri yer aldığından, birden fazla evlilik ve doğal olarak birden fazla boşanmanın gerçekleşmiş olması durumunda, boşanılan herhangi bir eşle eylemli olarak birlikte yaşama durumunda madde hükmünün uygulanacağı gözetilmelidir.

5510 Sayılı Kanun, önceki sosyal güvenlik yasalarını birleştiren temel yasa niteliğinde olduğundan, gerek değiştirilen veya yürürlükten kaldırılan, gerekse geçici ve geçiş hükümlerinin yer aldığı maddelerle birlikte ele alınıp değerlendirmeye tabi

tutulması gerekmektedir. Bu yönden bakıldığında kanunun "Malüllük, yaşlılık ve ölüm siortasına ilişkin bazı geçiş hükümleri" başlığını taşıyan geçici 1. ve "5434 sayılı kanuna ilişkin geçiş hükümleri" başlıklı geçici 4. Maddesinin irdelenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Geçici 1. maddenin 2. fıkrasında, 506, 1479, 2925 ve 2926 Sayılı Kanun'lara göre bağlanan veya hak kazanılan aylık, gelir ve diğer ödenekler ile 5454 Sayılı Kanun'un 1. maddesine ödenmekte olan ek ödemenin verilmesine devam edileceği, bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, geçici 4. maddede, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 5434 Sayılı Kanun'a göre; aylık, tazminat, harp malüllüğü zammı, diğer ödemeler ve yardımlar ile 5454 Sayılı Kanun'un 1. maddesine göre ek ödeme verilmekte olanlara, bu kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 Sayılı Kanun'da kendileri için belirtilmiş olan koşullara sahip oldukları sürece bunların ödenmesine devam olunacağı, bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde; iştirakçi iken, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 4. maddesinin 1.fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanların, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 Sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup bu Kanunun 4. maddesinin 1.fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yayapılacağı, bu madde kapsamına girenlerin aylıklarının bağlanması, artırılması, azaltılması, kesilmesi, yeniden bağlanması, toptan ödemeleri, ilgi devamı, ihya ve borçlanmaları, diğer ödemeler ve yardımlar ile emeklilik ikramiyeleri hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı açıklanmıştır.

Anılan geçici maddelerle kanun koyucu tarafından, 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğü öncesinde yukarıda belirtilen eş adet sosyal güvenlik kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle hak sahiplerine bağlanan gelirin/aylığın, durum değişikliği sebebine bağlı olarak kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, yine anılan kanun hükümlerinin esas alınması gerektiğinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu kanunlarda, boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama olgusu, gelirin/aylığın bağlanması engeli veya kesilmesi nedeni olarak öngörülmediğinden, 56. maddenin zaman bakımından uygulanmasında kuşku ve duraksamaya düşülmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu durumda 4721 Sayılı Kanun'un "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." hükmünü içeren ve "Dürüst davranma" başlığını taşıyan 2. maddesinde yer alan dürüstlük (objektif iyi niyet) kuralı çerçevesinde çözüme gidilmeli, evrensel hukuk ilkeleri arasında yer alan "hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ilkesi sosyal güvenlik hukuku alanında da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, ilk derece mahkemesince verilen direnme kararının temyiz denetimini yapan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 506 Sayılı Kanun'a tabi sigortalı konumundaki kocasını

kasten öldüren eşe, aynı Kanun kapsamında, öldürdüğü eşi üzerinden ölüm aylığı bağlanıp bağlanamayacağı, bir başka anlatımla eşin, miras bırakan sigortalı kocasını kasten öldürdüğü için mirastan yoksun bırakılmasının,506 Sayılı Kanun'da düzenlenen sosyal sigorta hakları kapsamında, ölüm sigortasından eş olarak hak sahipliği sıfatını kazanmasında önleyici nitelik taşıyıp taşımadığı konusu irdelendiği 15.06.2005 gün ve 2005/10-364 Esas, 2005/390 Karar sayılı kararında; Türk Medeni Kanununun 578. Maddesinde sayılan mirastan yoksunluk nedenleri ve bu düzenlemeye koşut bulunan 5434 Sayılı Kanun'un 77. Maddesinin sosyal güvenlik hukuku alanında da evrensel hukuk ilkeleri yer alan "hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ilkesinin gözetilmesini zorunlu kıldığı, sigortalının kasten öldürülmesi durumunda, 506 Sayılı Kanun'un 68. Maddesinde öncelikle aranan "ölüm aylığına hak kazanma" olgusunun gerçekleşmediği sonucunu ortaya koyduğu, aksine düşüncenin, yasa koyucunun temel kavramlar yönünden sosyal güvenlik kurumları arasında farklılık yaratmak istediği sonucunu ortaya koyacağı ve bu durumda buna ilişkin düzenlemeye yasa metninde açıkça yer verilmiş olmasıgerektiği belirtilmiş, sonuç olarak, sigortalı eşini kasten öldüren kadının, öldürdüğü kocası üzerinden ölüm aylığına hak kazanamayacağı görüş ve yaklaşımı benimsenerek ilk derece mahkemesinin direnme kararı oy çokluğuyla onanmıştır. Bu bakımdan 56. Madde açısından 01.10.2008 tarihinden önce hakkın kazanıldığı durumlarda, söz konusu yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne şekilde/amaç/saikle boşanmış olursa olsunlar, başka bir anlatımla eşlerin boşanma iradeleri gerçek/samimi olsun veya olmasın, eylemli birlikteliklerini 5510 Sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenleme sonrasında da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren anılan tür ve nitelikte bir beraberliğe başladıklarının kanıtlanması durumunda, başka bir anlatımla eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun saptandığı durumlarda, anılan 2. Madde kapsamında hakkın kötüye kullanımının varlığı kabul edilerek ilgililere gelir/aylık tahsisi yapılmaması, bağlanan gelirin / aylığın da kesilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz, hak sahibine eylemli birlikteliğin sona erdiği tarihten itibaren, diğer koşulların da varlığı durumunda gelir/aylık bağlanabileceği kabul edilmelidir.

Sonuç olarak; 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. Maddesinin ikinci fıkrasına dayalı açılan bu tür davalarda eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun tüm açıklığıyla ve özellikle taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu dönem yönünden ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu aşamada, ayrıntıları yukarıda açıklandığı üzere Anayasa`nın 20. Maddesi ile 5510 sayılı Kanun, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun 4857 Sayılı İş Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle dinlenilmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı davacı ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak; muhtarlıktan ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer

adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğünden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirtilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/özel kurumve kuruluşlara verilen belgelerle yer alan adresler dikkate alınmalı, boşanan eşler 4857 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta iseler adlarına ödeme yapılabilecek özel olarak açılan banka hesabı bulunup bulunmadığı belirlenmeli, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden kapsamlı Emniyet Müdürlüğü/Jandarma Komutanlığı araştırması yapılmalı, anılan mahalle/köy muhtar ve azalarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylelikle "boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama" olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 03.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İDARİ PARA CEZASI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İdari para cezasından kaynaklanan kurum alacağının tahsili için düzenlenen ödeme emirlerinin iptaline ilişkin uyuşmazlığa alacaklı sigorta müdürlüğünün bulunduğu yer iş mahkemesinde bakılır.*

Y.10.HD E: 2011/15060 K: 2011/15819 T: 22.11.2011

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine,

2- Somut olayda davacı, idari para cezalarının 7201 Sayılı Yasa'ya uygun olarak tebliğ edilmemesi nedeniyle iptaline, 1.666.56.-TL. prim tahakkuku işleminin iptaline, idari para cezalarının tahsiline yönelik olarak başlatılan 2007/15612-15613-15614 nolu takiplerin ve ödeme emirlerinin iptaline karar verilmesini istemiş, Mahkemece; idari para cezasına ilişkin talebin idari yargının görevli olması nedeniyle reddine, prim tahakkukuna ilişkin talebin esastan reddine karar verilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunun'un 297. Maddesinde "Hüküm sonucu kısmın-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

da, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir." Hükmü yer almaktadır.

İdari para cezasından kaynaklanan Kurum alacağının tahsili için düzenlenen 2007/15612-15613-15614 sayılı ödeme emirlerinin iptali istemine ilişkin talepte uyuşmazlık, 6183 Sayılı Yasa'nın 58. Maddesinden kaynaklanmaktadır. 506 Sayılı Yasa'nın 3917 Sayılı Yasa ile değişik 80. Madde hükmüne göre, Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 Sayılı Yasa'nın uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde alacaklı sigorta müdürlüğünün bulunduğu yer iş mahkemesinin görevli bulunduğu hususu da gözetilerek, işin esasına girilip hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği halde, bu talep hakkında hüküm kurulmamış olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda aç ıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 22.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

KOOPERATİF ÜYELİĞİNİN DEVRİ

●

KOOPERATİFE DAVA AÇMA HAKKI

ÖZET: Üyeliğini üçüncü kişiye devreden kişinin kooperatife karşı dava açması mümkün değildir.

Üçüncü kişinin üyeliği devredene karşı hak ileri sürmesi halinde üyeliği devreden kişinin kooperatife karşı dava açma hakki doğacaktır.

Y.11.HD E: 2007/13131 K: 2009/2265 T: 02.03.2009

Davacı vekili, müvekkilinin vereceği yapı denetim hizmeti karşılığı olarak 3 dükkanın verilmesinin taraflar arasında imzalanan sözleşme ile kararlaştırıldığını, davalının edimlerini yerine getirmemesi nedeniyle müvekkilinin sözleşmeyi feshettiğini, davalının da buna karşılık olarak, 15.05.2006 tarihli yönetim kurulu kararı ile anılan tahsislerin iptaline ve kooperatif adına tahsiline karar verildiğini, üyelik ödemelerinin de yerine getirilmiş olduğunu ileri sürerek, anılan kararın iptali ile dükkanların davacı adına tahsisini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, yapılan tahsisin yok hükmünde olduğunu, davacının edimlerini yerine getirmediğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, dava konusu 3 dükkanın başta davacıya tahsis edildiği, daha sonra davacının üyelik devirleri kabul edilerek bazı kişilere intikal ettirildiği, iptali istenen kararın davacıyı etkileyeceği, davalının süreler tanıyarak ödeme talebinde bulunması ve ödememesi halinde, ihraç kararına bağlı olarak tahsisin sona erdirilmesinin zorunlu olduğu, davacının üyeliğine yasal bir engel bulunmadığı, davacı ediminin yerine gelmemesi nedeniyle tek taraflı olarak tahsisin kaldırılamayacağı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, tahsisin iptaline ilişkin yönetim kurulu kararının iptali istemine ilişkindir.

Dava konusu üç dükkanın önce davacıya tahsis edildiği, yönetim kurulu kararı ile ortaklığa kabul kararı alınarak ortaklık senedi verildiği, daha sonra davacının bu üyelikleri dava dışı kişilere devrettiği, devirlerin de yönetimce kabul edildiği, bu kişilerin üyeliklerinin devam ettiği, dosya kapsamı ile sabittir. Bu kişilerin üyeliklerinin, davacının yapı denetimine ilişkin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle davalı kooperatifçe iptal edilmesi ve bu kişilerin davacıya bu nedenle hak iddia etmeleri

halinde davacının iş bu davayı davalı kooperatife karşı açması mümkün iken, henüz bu aşamaya gelinmeden önce, üyelikleri devreden ve buna bağlı olarak dava hakkı kalmayan davacının bu aşamada bu davayı açmakla hukuki yararı mevcut değildir.

Bu durumda, davanın salt bu gerekçe ile reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı bir kısım gerekçelerle davacının bu davayı açmakta hukuki yararının bulunduğunun kabulü ve bundan sonra diğer bir kısım gerekçe ile de esasa girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi suretiyle davacının hukuki durumunun yanlış nitelenmesine dayalı olarak sonuca gidilmesi doğru olmamıştır.

2-Bozma neden ve şekline göre, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin bir bölüm temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 02.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARA TAŞIMASI • BEKLEME ÜCRETİ
•
İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI

ÖZET: Dava konusu araçların TIR değil kamyon olduğu dikkate alınarak bekleme ücretinin kamyonlar için ne kadar olduğu araştırılmalıdır.

Taşımaya, boşaltma ve yüklemeye ilişkin yabancı dille yazılmış belgelerin tercümesi yaptırılmalıdır.

İhtiyari dava arkadaşlığı bulunan her davacıdan ayrı başvurma harcı alınmalı ve her davacıya talebi açıklattırılarak ona hüküm kurulmalıdır.

Y.11.HD E: 2008/5920 K: 2010/2032 T: 23.2.2010

Davacılar vekili,müvekkillerinin kendilerine ait ayrı ayrı kamyonlar ile davalıların yükünü Karadeniz Ereğlisi'nden Bağdat'a karayolu ile taşıdıklarını, 05.06.2001-22.06.2001 tarihleri arasında davaların resmi işlemlerdeki eksikliklerinden dolayı müvekkillerinin beklemek zorunda kaldıklarını, UND birim fiyatlarına göre 48 saati geçen gecikmelerde ilk 10 gün için 350 DM, sonraki günler için 250 DM olan teamüller gereğince beklemede ücretine hak kazanan davacıların ihtarlara olumlu yanıt alamadıklarını ileri sürerek, şimdilik 18.000.000.000.-TL'nin ticari faiziyle birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı A.H. Çelik Ürünleri San. Ve Tic. A.Ş. vekili, alt taşıyıcı davacılar ile müvekkili asıl taşıtan arasında taşıma sözleşmesi bulunmadığını, kaldı ki, beklemenin Irak'taki savaş haline dayalı mücbir nedenden kaynaklanmış olabileceği ve bunu davacıların da öngörebilmeleri gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı D.Ltd.Şti. vekili, bekleme ücretinden alıcının sorumlu olması gerektiğini, beklemede kusurun satıcı ya da alıcıda olduğunu, bekleme ücreti talebinin asıl taşıyıcı olan müvekkiline, alt taşıyıcı olan davacılar tarafından ilei sürülemeyeceğini, asıl ve alt taşıyıcının asıl taşıtan karşısında aynı safta olduklarını, taleplerin muhatabının satıcı ile alıcı olduğunu, kaldı ki talep miktarının da yüksek olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamında, toplanan kanıtlara ve benimsenen 30.08.2006 tarihli asıl ve 17.05.2006 tarihli ek rapora göre, davacılara ait 18 aracın davalılardan A.H.Çelik Ürünleri San. Ve Tic. A.Ş.'nin tesislerinden yük aldıkları, CMR taşıma senedi tanzim edenin diğer davalı şirket olduğu ve asıl taşıyıcı konumunda hareket ettiği, davacıların araçlarının alt taşıyıcı olarak plaka numaraları ile taşıma senedinde yer aldığı, yükün teslim tarihinin CMR senedinde bulunmadığı, sürücülerin pasaport fotokopilerinin dosyada bulunmadığı, boşaltma tarihinin bulunduğu bir belgeye rastlanmadığı, bu durumda normal yol şartlarına göre 7 gün sürmesi gereken taşıma sonunda 48 saat sonrasında başlayan bekleme süresinin UND birim fiyatlarına göre toplam 61.800 DM karşılığının 46.059.972.600.-YTL olarak hesaplandığı, alt taşıyıcı davacılara işi veren asıl taşıyıcı davalı Duyan Ltd. Şti.'nin bundan sorumlu olduğu, asıl taşıtan yük sahibi ile davacılar arasında sözleşme bulunmadığı gerekçesiyle, davanın taleple bağlı kalınarak davalılardan Duyan Ltd. Şti. bakımından kabulüne, diğer davalı bakımından reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalılardan D.U. Nak. Gıda İth. İhr. İnş. Taah. San. Ve Tic. Ltd. Şti. vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisinde bilgi ve belgelerle, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve dosya kapsamına göre yargılamanın karar başlığında gösterilen 3 nolu davalı bakımından yürütülmüş olmasına, dava dilekçesinde ünvanı "Duyan" kelimesi ile başlayan tek davalının bu ünvanının bir iki kelimesinin eksik gösterilmesi temsilcide hata ve bu davalının karar başlığında 2 nolu davalı olarak gösterilmesinin ise maddi hata olarak kabulü ile karar başlığında 2 nolu davalının mahallinde çıkartılmasının mümkün bulunmasına, gerçek ve doğru hasım olan 3 nolu davalının davada temsil edilmiş olmasına ve vekilinin kararı temyiz etmiş bulunmasına, kararın bu davalı bakımından infaz edileceğinin tabii bulunmasına, kısa kararda gerekçeli karardaki 3 nolu davalının unvanına yer verilmeyip, dava dilekçesinde uvanı yazılı olan davalının gösterilmesi ile yetinilmesinin kısa ve gerekçeli karar arasında çelişki ve farklılık anlamına yorumlanmaması gerekmesine, öte yandan CMR Konvansiyonu`nun yabancı para üzerinden hüküm verilmesi halinde uygulanması gereken 27. Maddesindeki faiz oranının, somut olayda TL. üzerinden hüküm verilmesi karşısında uygulama yeri bulunmamasına göre,

mümeyyiz davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, davacı alt taşımacıların sözleşmelisi asıl taşımacı mümeyyiz davalıdan bekleme ücretinin tahsili istemine ilişkindir.

Çekişmeli noktalardan biri de, bekleme süresinin başlangıcı ve bitişi ile bekleme ücretinin buna göre hesaplanması gereken miktarına ilişkindir.

Hükme esas 30.08.2004 tarihli bilirkişi kurulu raporunda, varış tarihlerinin belgelerde yer almadığı, sürücülerin pasaport fotokopilerinin de dosyada bulunmadığı CMR taşıma senedinde boşaltma tarihlerinin yabancı dille yazılı olduğu, yükleme ve boşaltma tarihleri belli olmakla birlikte boşaltma mahalline varış tarihlerinin kesin olarak evraklar üzerinde gözükmemesi nedeniyle makul yol süresi + 48 saat serbest bekleme süresi bitimi olarak belirlenen varma tarihi ile taşıma senetlerinde yazılı boşaltma tarihleri arasındaki sürenin bekleme süresi olarak kabul edildiği bildirilerek, UND`nin 16.12.2002 tarihli cevabi yazısında geçen birim fiyatlara göre bekleme ücreti her araç için ayrı ayrı belirlenip liste halinde rapora eklenmiş ve toplam meblağ gösterilmiştir. CMR taşıma senetlerinde (bekleme süresinin sonunu gösteren) boşaltma tarihlerinin yabancı dille (Arapça) yazılı olduğunun raporda belirtilmesine rağmen, bu belgelerin tercümesi yaptırılmamış olduğundan kaşelerdeki yazı ve tarihlerin ne anlama geldiği, boşaltmayı ve boşaltma tarihini ya ada boşaltma yerine varış tarihini gösterip göstermediği denetlenememektedir. Mahkemece de davacılara ait araçların Irak`a giriş ve çıkışlarını ve sürücülerin pasaport fotokopilerini içeren deliller toplandıktan sonra ek rapor için talimat yazılmış olup, bu belgelerden söz edilmeden ve değerlendirme yapılmadan kök rapora atıf yapmakla yetinen ek rapor hükme esas alınmıştır. Oysa ek rapor dahi denetime ve hükmü izlemeye elverişli olmayıp, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

Diğer yandan dosya kapsamına ve araçların ruhsat fotokopilerine ve iddia ve savunmaya göre, araçlar TIR olmayıp kamyondur. UND`nin rapora ve hükme esas alınan yazısında TIR`lar ile ilgili bekleme ücreti bildirilmiştir. Bu durumda mahkemece, davacıların kamyonlarının özellikleri ve tonajları belirtilmek suretiyle UND`ne yazı yazılarak bekleme ücretlerinin kamyonlar için farklı olup olmadığının sorulmasından sonra gelecek cevabı göre değerlendirme yapılması gerekirken, davacıların araçlarının özellikleri ile uyumlu olmayan anılan cevabi yazıda bildirilen birim fiyatlara göre hesaplama yapan bilirkişi raporunun hükme esas alınması da eksik incelemeye dayalıdır.

Öte yandan, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğundan, tek başvurma harcı ile açılan davanın bu şekilde sonuçlandırılması doğru olmayıp, ayrı ayrı başvurma harcı alınması, davacıların her birinin istem miktarının açıklattırılması, hak edecekleri alacağın ayrı ayrı belirlenip hüküm altına alınması gerekirken, davacıların ayrı ayrı hak ettikleri alacak miktarlarının toplamının hüküm altına alınması suretiyle infazı mümkün olmayan ve infazda tereddüt doğuracağı muhakkak olan yazılı şekilde hüküm tesisi de bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle mümeyyiz davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının **REDDİNE,** (2)nolu bentte açıklanan nedenlerle diğer temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün mümeyyiz davalı yararına **BOZULMASINA,** takdir olunan 750.00.-TL. duruşma vekalet ücretinin davacılardan alınarak davalılardan D. Ulus. Nak. Gıda İth. İhr. İnş. Taah. San. Ve Tic. Ltd. Şti.`ne verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 23.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

CMR ANLAŞMASI • TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

ÖZET: CMR anlaşması gereğince taşıyıcı malları teslim aldığı andan teslim edilinceye kadar, bunların tamamen veya kısmen kaybından ve vukubulacak hasardan sorumludur.

Taşıyıcı hasarın kendisinin sorumlu olmadığı bir sebepten kaynaklandığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilir.*

Y.11.HD E: 2009/13290 K: 2011/14899 T: 03.11.2011

Davacı vekili, müvekkilinin İsviçre`de bulunan müşterisine ihraç ettiği 18.250 kilogram domtes emtiasının taşınmasının davalılar tarafından üstlenildiğini, taşıma sözleşmesinde emtianın +6 derecede taşınacağının belirtilmesine karşın 31 FU ... FU ... plakalı araca teslim olunan emtiaların +9,+10 derecede taşınması sonucu bozulmanın meydana geldiğini, alıcının bu nedenle malları teslim almadığını, emtianın tamamen bozulmuş olduğunu, emtianın Solevenya`da satılmak istenmesine karşın tamamen bozulmuş olduğundan satım işleminin yapılamadığını, hasarın nedeninin hatalı taşıma ısısı olduğunu ve taşıyıcıların kusurlu olduğunu ileri sürerek hasarlanan emtianın CIF değeri olan 14.600.-Euro`nun faizi ile davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, emtianın sözleşmeye uygun olarak taşındığını, emtianın kendi yapısından dolayı çok az bir kısmında yumuşama olduğunu, bu hususun alıcı tarafından getirilen eksper tarafından tespit edildiğini, alıcının ticari kaygıları sebebiyle teslim almaktan imtina ettiğini, aksi halde emtianın Macaristan`a taşınması konusunda talimat verilemeyeceğini, müvekkillerinin sorumluluğunun emtianın İsviçre`ye taşınması olduğunu, emtianın İsviçre`den Macaristan`a taşınması esnasında meydana gelen hasardan müvekkilinin sorumlu tutulamayacağını, davacının talep ettiği zararın gerçek zararın çok üzerinde olduğunu savunarak davanın reddine talep etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, yüke ilişkin dolaşım sertifikası, gümrük çıkışı beyannamesinde ve kontrol belgesinde domateslerin uygunsuzluğuna ilişkin bir açıklama olmadığı, taşıyıcının ta-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

şıma sözleşmesi ve hamule senedinde belirtilen +6 derecelik taşıma ısısına uymadığının da dosya içeriği ile sabit olduğu, ancak hasar yerinde hasar durumuna ilişkin bir rapor düzenlenmediğinden, hasar durumu ve miktarı tam olarak tespit edilmediği, hasarın sadece, uygun ısıda taşıma yapılmamasından değil, toplama, ilaçlama, depolama, sandıklara yerleştirme, olgunluk derecesi ve firigorifik cihazın açılmasına rağmen, teslim alınmayarak araç içerisinde 4 günden fazla kalması ile de oluşabileceği, CMR 17/5 madde hükmüne göre, taşıyıcının hasar sebeplerinden hasar yaptıkları katkı oranında sorumlu tutulabileceği, bilirkişi raporuna göre taşıyıcının hasarın %25 inden sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 3.650.-Euro`nun dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte fiili ödeme günündeki TC Merkez Bankası efektif satış kurunun TL. üzerinden davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ve davalılar vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince; dava, taşıma akdinden kaynaklanmakta olup uyuşmazlığa (Eşyaların Karayolunda Uluslar arası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi) CMR`nin uygulanması gerekir. CMR. 17/1. Maddesi uyarınca kural olarak taşıyıcı malları teslim aldığı andan teslim edilinceye kadar, bunların tamamen veya kısmen kaybından ve vukubulacak hasardan mesuldur. Davaya konu olayda, davalı taşıyanlar tarafından sertifikalı domates emtiası taşınmak üzere teslim alınırken herhangi bir ihtirazi kayıt koyulmadığı ve varma yerinde de ürünün bozulduğu sabit olduğuna göre davalı taşıyanların hasarının kendilerinin sorumlu olmadığı bir nedenden meydana geldiğini kanıtlayamamıştır. Mahkemece alınan bilirkişi raporları tamamen varsayıma dayalı olup, bozulmanın nedenleri de bilimsel verilere dayalı olarak belirlenmemiştir. Zira dosyada bulunan Tarım Bakanlığı Bitki Sağlığı Sertifikası uyarınca ürünler sağlıklıdır. Bu itibarla mahkemece davalıların CMR 17/1. Maddesi uyarınca ihtirazi kayıtsız aldıkları emtiadaki hasarın kendilerinin sorumlu olmadığı bir nedenden ileri geldiğini ispat edemediğinin kabulü ile hasarın davalı taşıyanların sebep olduğu kusur nedeniyle oluştuğunun kabulü ile sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** takdir olunan 825.00.-TL. duruşma vekalet ücretinin davalılardan alınarak davacıya verilmesine, aşağıda yazılı bakiye 254.00.-TL. temyiz ilam harcının temyiz eden davalılardan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 03.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EKSİK EMTİA TESLİMİ • TAŞIYICININ ZARARDAN SORUMLULUĞU

ÖZET: Mahkemece, benimsenen bilirkişi raropu doğrultusunda davalının sorumluluğunun sınırsız olduğu sonucuna varılmıştır. Oysa, Varşova Konvansiyonunun 25. Maddesindeki koşullarda sınırsız sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, zararın yolcu ve bağaj taşınmasından doğmuş olması gerekir. Varşova Konvansiyonu 4 sayılı Montreal Protokolü ile yapılan değişiklikten sonra yük taşımalarında 25. Maddesindeki koşullarda dahi taşıyıcının sorumluluğunun sınırsız olması mümkün değildir. Başka bir deyişle, yük taşımalarında, taşıyıcının veya adamlarının zarar verme kastıyla hareket veya ihmal sonucunda zarar doğmuş olsa bile taşıyıcının sorumluluğu Konvansiyonun 22/2-a maddesindeki halin bulunmadığı hallerde sınırlı sorumluluktur. Davalı taraf navlun bedelinin yükün ağırlığına göre alındığını, taşıma senedinin üzerinde NVD (Kıymet beyan edilmediği) ibaresi bulunduğunu savunmuş, davacı tarafça özel bir bildirim yapıldığı da iddia edilmemiştir.

Y.11.HD E: 2010/4321 K: 2011/15529 T: 21.11.2011

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 24.12.2009 tarih ve 2008/498-2009/760 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Erhan Köse tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline ait cep telefonu emtiasının Luksemburg/İstanbul arası hava yolu taşıması işini davalının üstlendiğini, varma yerinde yapılan incelemede 720 adet cep telefonunun noksan olduğunun belirlendiğini, davalının 9.326 USD borcu kabul ettiğini, 173.380 USD üzerinden takipte bulunduklarını, yapılan takibe kısmi itirazda bulunulduğunu ileri sürerek, itirazın iptalini, icra inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin hasardan sınırlı sorumlu olduğunu, 466.30 kg üzerinden 9.326 USD ödeneceğini, sınırsız sorumluluğu gerektiren durumun davacı tarafından ispatlanması gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, iki palet içinde 720 adet cep telefonunun noksan teslim edildiği, bu miktar emtianın bir insanın taşıyamayacağı miktarda olduğu, ancak araç yardımı ile başka yere götürülebileceği, taşıyıcının adamlarının ağır kusurunun bulunduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne, itirazın iptaline, inkar tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, yük taşımasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup, uyuşmazlık davalı taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı sorumluluk olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raropu doğrultusunda davalının sorumluluğunun sınırsız olduğu sonucuna varılmıştır. Oysa, Varşova Konvansiyonunun 25. Maddesindeki koşullarda sınırsız sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, zararın yolcu ve bağaj taşınmasından doğmuş olması gerekir. Varşova Konvansiyonu 4 sayılı Montreal Protokolü ile yapılan değişiklikten sonra yük taşımalarında 25. Maddesindeki koşullarda dahi taşıyıcının sorumluluğunun sınırsız olması mümkün değildir. Başka bir deyişle, yük taşımalarında, taşıyıcının veya adamlarının zarar verme kastıyla hareket veya ihmal sonucunda zarar doğmuş olsa bile taşıyıcının sorumluluğu Konvansiyonun 22/2-a maddesindeki halin bulunmadığı hallerde sınırlı sorumluluktur. Davalı taraf navlun bedelinin yükün ağırlığına göre alındığını, taşıma senedinin üzerinde NVD (Kıymet beyan edilmediği) ibaresi bulunduğunu savunmuş, davacı tarafça özel bir bildirim yapıldığı da iddia edilmemiştir.

Bu itibarla mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar nazara alınarak davalının hukuki sorumluluğunun tespiti gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 21.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Yeni HMK düzenlemesine rağmen, çekişmesiz de olsalar ticari davalarda görev Ticaret mahkemelerine aittir.*
Y.11.HD E: 2011/12741 K: 2011/16012 T: 29.11.2011

Hasımsız olarak görülen davada İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi`nce verilen 06/10/2011 tarih ve 2011/398 sayılı karana Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin tamiri olduğu çekin kayıp edilerek rayı olduğunu ileri sürerek çekin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, iddia ve dosya kapsamına göre, HMK`nın 382/2-e maddesi uyarınca çek iptal davasında sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle

* Gönderen : Selim Selinkaya , Ankara Hakimi , Bu konuda farklı yönde karar için, bu sayımızdaki Yargıtay 17.HD. kararına bakınız.

mahkemenin görevsizliğine, talep ve kesinleşme halinde dosyanın İstanbul Nöbetçi Sulh Hukuk Mahkemesi`ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

İstem, kambiyo senedinin zayii nedeniyle iptaline ilişkindir.

Mahkemece 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK`nın 383 maddesi uyarınca çek iptal davalarının sulh hukuk mahkemelerinin görevine girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

HMK`nın 383. Maddesinde çekişmesiz yargı işleri ile ilgili olarak aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı öngörülmüştür.

Yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4. Maddesine göre Türk Ticaret Kanununda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır. Yine aynı yasanın 5/2 maddesi uyarınca bir yerde ticaret mahkemesi varsa Asliye Hukuk Mahkemesi`nin vazifesi içinde bulunan ve TTK`nın 4. Maddesinde ücari sayılan davalara Ticaret Mahkemesinde bakılır. Bu nedenle TTK`nın 669 ve devamı maddelerinde öngörülen aksine düzenleme bulunduğundan sulh hukuk mahkemeleri değil ticaret mahkemeleri görevlidir. Kaldı ki 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu`nun 757/1, maddesinde de bu tür işlerde ticaret mahkemelerinin görevli olacağı öngörülmüştür. Bu da yasa koyucunun iradesinin bu tür işlerde ticaret mahkemeleinin görevli olması gerektiği yolunda olduğunu göstermektedir. Açıklanan bu nedenle istemle ilgili işe bakma görevi asliye ticaret mahkemesine ait olmasına rağmen görevsizlik ve dosyanın görevli sulh hukuk mahkemesine gönderilmesine dair verilen mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyizinin kabulüyle kararın **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyu edene iadesine 02.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MARKAYA İLİŞKİN DAVA • HÜKÜM ÖZETİNİN İLANI

ÖZET: Salt marka hakkına tecavüz durumunda hüküm özetinin ilanına karar verilebilir.

Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde hüküm özetinin ilan edilmesi mümkün değildir.*

Y.11.HD E: 2011/12741 K: 2011/16012 T: 29.11.2011

Mahkemece, toplanan kanıtlara göre, taraf markalarını benzer olduğu, iltibas tehlikesi oluşturduğu, markanın hükümsüzlüğünün gerektiği, tescilli markanın

* Gönderen: Av. Ali Sosyal

aynen kullanımının haksız rekabet oluşturmayacağı, ancak davalının, davacının etiketlerini neredeyse ayniyet düzeyinde taklit ettiği, bu durumun haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne, sicilden terkinine, haksız rekabetin tespitine, önlenmesine, haksız rekabet nedeniyle BK`nın 42. Maddesi uyarınca takdiren 8.000.00-TL. tazminatın davalıdan tahsiline ve karar özetinin ilanına dair tesis edilen karar, davalı vekilinin temyizi üzerine, Dairemizce onanmıştır.

Davalı vekili, karar düzeltme isteminde bulunmuştur

1- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve HUMK`un 440. Maddesinde sayılan hallerden hiç birisini ihtiva etmeyen diğer karar düzeltme istemlerinin reddi gerekmiştir.

2- Dava tescilli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi, haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne, haksız rekabetin tespitine, önlenmesine, maddi tazminatın kısmen kabulüne ve hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir. Ancak, 556 sayılı KHK.`nin 72. Maddesi uyarınca hüküm özetinin ilanı salt marka hakkına tecavüz durumlarında mümkündür. Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde hüküm özetinin ilanına karar verilmesi doğru değildir. Bu durum karşısında, hüküm özetinin salt haksız rekabete dair kısmının ilanına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde markanın hükümsüzlüğüne ilişkin kısmı da kapsar şekilde tamamının ilanı yönünde karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu yönüyle davalı yararına bozulması gerekmiş ise de, yapılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapmayı gerektirmediğinden kararın bu yönüyle düzelterek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer karar düzeltme istemlerinin reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 09.05.2011 tarih, 2009/10202 Esas 2011/5549 Karar sayılı onama kararının kaldırılarak kararın hüküm fıkrasının 4. Maddesindeki "hüküm özetinin…." İbaresinden sonra gelmek üzere, "haksız rekabete ilişkin kısmının…" ibaresinin eklenmesi suretiyle düzeltilmesine ve kararın düzeltilmiş bu durumu ile **ONANMASINA**, ödediği karar düzeltme harcının isteği halinde karar düzeltme isteyene iadesine, 29.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEMİYE KOMPLE YÜKLENEN TIR • KARA TAŞIMASI
•
GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Mallar gemiye boşaltılmayıp emtiayı taşıyan TIR Komple gemiye yüklendiğinden varma yerine kadar kara taşımasının devam ettiği kabul edilerek mahkemenin görevi tayin edilmelidir.*

Y.11.HD E: 2010/2502 K: 2011/17504 T: 22.12.2011

Davacı vekili, A. A.Ş.`nin İtalya firmasına ihraç ettiği 23.000-kg greyfurt emtiasının taşımasını üstlenen müvekkilinin bu taşıma işini davalı alt taşıyıcı G.G. Gıda San. Tic. Ltd. Şti. firmasına devrettiğini, davalı alt taşıyıcının 31 F 2179/31 F 3304 plakalı TIR aracına teslim edilen emtia U. gemisine yüklenmesini takiben gemide meydana gelen yangın sonucunda tamamen imha olduğunu, davacı tarafından dava dışı A. A.Ş. `ne 06/10/2008, 11/10/2008, 27/10/2008, 31/10/2008 ve 29/11/2008 tarihlerinde mal bedelinin ödendiğini ileri sürerek 8.124 EURO mal bedelinin yıllık %5 oranındaki işleyecek faizi ile davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davanın deniz kazası kapsamında gemide çıkan yangın sonucu hasar gören emtianın bedelinin tahsili istemine ilişkin olduğu, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 24/03/2005 gün ve 188 sayılı kararının 18. Maddesi 2. Fıkrası A bendine göre bu tür davaları görmeye Deniz Ticaret Mahkemelerinin yetkili kılındığı, ayrı bir ihtisas Mahkemesi bulunmayan ve birden çok Ticaret Mahkemesi bulunan yerlerde 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin Deniz Ticaret İhtisas Mahkemesi sıfatı ile görev yapacağı belirlenmiş olmakla davaya bakmaya görevli ve yetkili Mahkemenin Mersin 1. Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu gerekçesiyle dosyanın Deniz Ticaret İhtisas Mahkemesi sıfatı ile görevli ve yetkili Mersin 1. Asliye Ticaret Mahkemesine gönderilmesine, dosya esasının bu şekilde kapatılmasına karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, üst taşıyıcı tarafından alt taşıyıcı ve onun CMR sigortacısı aleyhine açılan alacak istemine ilişkindir. Dava konusu olayda, davalı alt taşıyıcının aracına yüklenen emtia araçla birlikte dava dışı U. gemisine yüklenmesini takiben gemide meydana gelen yangın sonucunda tamamen imha olmuştur. Bu durumda mallar gemiye boşaltılmayıp emtiayı taşıyan TIR komple olarak gemiye yüklendiğinden ve deniz taşımasından sonra dahi varma yerine kadar kara taşıması söz konusu olduğundan davanın açıldığı genel mahkemenin görevli olduğunun kabulü ile esasa

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

girilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, takdir edilen 825.00-TL. duruşma vekalet ücretinin davalılardan alınarak davacıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 22.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

AİLE HUKUKU • KATKI PAYINA İLİŞKİN İLAMLAR
•
KESİNLEŞME KOŞULU

ÖZET : "Aile Hukuku" kitabında yer alan katkı payına ilişkin ilamların kesinleşmeden icraya konulmaları mümkündür.

Y.12.HD E: 2009/23781 K: 2009/21947 T: 28.10.2009

HUMK'un 443/4. Maddesi gereğince ".....aile ve şahsın hukukuna mütedair hükümler katiyet kesbetmedikçe icra olunamaz." Anılan maddede belirtilen hükümler, Medeni Kanunun "Kişiler Hukuku" ve "Aile Hukuku" kitaplarında yer alan konulara ilişkin tüm hükümler olmayıp, kişinin doğrudan şahsı ya da ailevi yapısı ile ilgili hukuki durumunda değişiklik yaratan ilamlar ile bu ilamların fer'i (eki) niteliğindeki hükümlerdir. (Örneğin ad, soyad, yaş tashihi, velayetin nez'i, babalık davası, nesep tashihi, boşanma ve bunun fer'i niteliğindeki hükümler gibi...)

Somut olayda takibin dayanağı olan ilam, Medeni Kanun'un 227 ve devamı maddelerine dayalı katkı payıalacağına ilişkin olup, bu nevi ilamlar konu olarak anılan kanunun "Aile Hukuku" kitabında yer alsa da, tarafların şahsı ya da ailevi yapılarına ilişkin hukuki durumlarında bir değişiklik yaratmayan, sonuçları itibariyle ancak tarafların mal varlığını etkileyebilen, boşanma ilamının fer'i niteliğinde olmayıp ondan bağımsız olan edaya ilişkin ilamdır. Bu nitelikleri itibariyle de katkı payı alacağına ilişkin ilamların, diğer edaya ilişkin ilamlar gibi, kesinleşmeden icraya konulmaları mümkündür. O halde mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken kabulünü yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, mahkeme kararının belirtilen nedenlerle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin karar düzeltme istemininkabulü ile Dairemizin 03/11/2008 tarih ve 2008/1518 Esas – 2008/19020 Karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428 maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 28/10/2009 gününde oy birliği ile karar verildi.

İMAR UYGULAMASI

•

BELEDİYE MALLARININ HACZİNDE İZLENECEK YOL

ÖZET: Borçlu belediyenin haczedilen paralarının vergi, resim harç niteliğinde olup olmadığı ya da fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığı araştırılarak sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

İmar uygulaması kamulaştırmasız el koyma niteliğinde işlem olmadığından, imar uygulaması işlemlerinden dolayı belediye mallarının haczedilmesi mümkündür.

Y.12.HD E: 2011/20071 K: 2011/17583 T: 04.10.2011

Kamulaştırma Kanununda değişiklik yapılmasına dair 5999 Sayılı Kanun'un 1. Maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma kanununa eklenen geçici 6. Maddesinde; "Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlar veya kaynaklara kısmen veya tamamen ve yahut irtifak hakkı tesis etmek sureti ile malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebi ile malik tarafından ilgili irade tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır." Düzenlemesine yer verilmiş, aynı maddenin son fıkrasında ise; "Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebi ile idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği" düzenlenmiştir.

29.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 Sayılı Kanun'un geçici 2. Maddesinde; "Bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süre ile geçerli olmak üzere 04.11.1983 tarihli ve 2942 Sayılı Kamulaştırma kanununun geçici 6. Maddesi hükmü, 04.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmasız el atma işlemlerine de uygulanır..." hükmü düzenlenmiştir.

Belirtilen kanun maddeleri uyarınca sadece kamulaştırmasız el atmadan doğan tazminatın tahsili için idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemeyecektir. Somut olayda takip konusu ilamda kamulaştırmasız el atma nedeni ile tazminat alacağına hükmedilmemiş olup, tersine 2981 sayılı ve 3194 sayılı yasalar uyarınca yapılan imar uygulaması sonucu temin edilen ipotek bedellerinin artırımına ilişkindir. Bu nedenle yukarıda belirtilen hükümler uyarınca borçlu belediyenin mallarının haczinin mümkün olmadığından bahsedilemez.

Mahkemece, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesi uyarınca, haciz konulan borçluya ait banka hesaplarındaki paraların vergi, resim, harç niteliğinde olup olmadıkları veya fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığı banka hesap dökümleri ve belediyeye ait defter ve kayıtları bilirkişi marifeti ile incelenmek sureti ile tespit edilerek oluşacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Bu konuda

mahkemece yaptırılan 22.03.2011 tarihli rapor hüküm vermeye elverişli olmadığından, bilirkişiden yukarıda belirtilen ilkelere uygun olarak yeniden ek rapor alınmalıdır.

Mahkemece, 5393 Sayılı Kanun'un 15/son maddesine dayalı bir araştırma yapmaksızın olayda uygulama alanı bulunmayan 2942 Sayılı Kanun'un geçici 6. Maddesi ve 6111 Sayılı Kanun'un geçici 2. Maddesine dayalı olarak şikayetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK`un 428. Maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 04.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ KREDİSİ • İCRA HAKİMLİĞİNİN GÖREV ALANI

ÖZET: İİK 68/b maddesinde bankalar lehine bir düzenleme getirilmiş olup, buna göre itiraz edilmeyen ihtarnamenin içeriği İİK. 68/1. Maddesinde belirtilen belge sayılmaktadır. Bu hükmün tüketici kredilerinde uygulanması mümkün değildir.*

Y.12.HD E: 2011/2511 K: 2011/18608 T: 04.10.2011

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp, düşünüldü:

Alacaklı banka vekili tarafından kredi kartı üyelik sözleşmesi nedeniyle oluşan alacağın tahsili için genel haciz yolu ile icra takibine başlandığı, borçlu H.B.`a örnek 7 nolu ödeme emri tebiği üzerine, adı geçenin yasal sürede icra dairesine verdiği dilekçe ile borca, faize ve faiz oranına itiraz ettiğini bildirdiği görülmüştür.

İİK`in 68/b maddesinde;

Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde belirttiği adresine, borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini takip eden onbeş gün içinde bir hesap özetini noter aracılığı ile göndermek zorundadır. (bu fıkraya 17.07.2003 tarihinde 4949 sayılı kanunun 18. Maddesi ile eklenen cümlede) Sözleşmede gösterilen adresin değiştirilmesi, yurt içinde bir adresin noter aracılığıyla krediyi kullandıran tarafa bildirilmesi halinde sonuç doğurur; yeni adresin bu şekilde bildirilmemesi halinde hesap özetinin eski adrese ulaştığı tarih tebliğ tarihi sayılır.

Süresi içinde gönderilen hesap özetinin muhtevasına alındığından itibaren bir

* Dergimizin 2012/1. Sayısında yayımlanan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

ay içinde itiraz etmeyen krediyi kullanan taraf, hesap özetinin gerçeğe aykırılığını ancak borcunu ödedikten sonra dava edebilir.

Kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özetleri ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar bu kanunun 68. Maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılırlar. Krediyi kullanan taraf itiraz etmediği imzayı kabul etmiş sayılır.

İİK'in 68/b maddesinde yapılan düzenleme bankalar lehine olup, borçluların, cari hesabın kesilmesine, hesap özetine ve tazmin talebine ilişkin tebligatları almamak suretiyle takibin başlatılmasını geciktirmeleri önlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre kredi sözleşmelerindeki adrese çıkarılan hesap özetlerine bir ay içinde itiraz edilmemesi halinde hesap özetinin içeriği takip hukuku yönünden kesinleşecektir. Kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özetleri ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar İİK'in 68/1. Maddesinde belirtilen belgelerden sayılırlar. Borçlu, hesap özetinin gerçeğe aykırılığını ancak borcu ödedikten sonra genel mahkemece açacağı bir dava ile ileri sürebilecektir.

Görüldüğü üzere ilgili hüküm bankalar lehine konulmuş ve borçlunun durumunu ağırlaştırıcı niteliktedir. İtiraz edilmeyen bir ihtarname 68 deki belge niteliği kazanmaktadır.

Yasa koyucu bankalardan kredi kullanan bir kısım kredi (tüketici kredisi) lehtarını bu ağırlaştırıcı hükümlerden ayrık tutmak amacını güttüğünden 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna 4822 Sayılı Yasa'nın 15. Maddesi ile eklenen 10. Maddesinde; "Tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir." Şeklinde tamamlandıktan sonra maddede bu tür sözleşmelerin yapılma koşulları ile borcun muaccel kılınabilmesi ve temerrüt koşulları gibi farklı ve özel şartlara yer verilmiştir. Yasaya eklenen 10/A maddesinde; kredi kartı ve nakit çekim sureti ile kullanılan kredilerde 10. Madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, tüketici kredisi kullanan borçluları diğer kredi borçlularından ayrı tutmak, tüketicinin koşullarını iyileştirmek ve kolaylaştırmak amacıyla getirilmiş özel bir yasa olup, bu kanun kapsamında verilen krediler nedeniyle borçluların temerrüde düşüp düşmedikleri, borcun muaccel olup olmadığı, muaccel olan borç miktarının ve faizinin yapılan özel sözleşmelerin şartlarında değerlendirilmesi gerekir. Tüketici Yasasına göre daha genel bir Yasa olan İİK`in 68/b maddesi bu özel yasanın kapsamında kalmayan krediler için uygulanabilir olup, yasa koyucunun anılan kredilere açıkça Tüketici Yasasında yer vermiş olması da, maksadının bu olduğunu ortaya koymaktadır. Aksinin kabulü halinde tüketici kredilerinde de İİK`in 68/b koşullarında çekilen ihtarla başlatılan ilamsız veya ilamlı takip kesinleştirilmiş olacak, özel yasada düzenlenen muacceliyet ve temerrüt koşulları tartışılmadan alacağın tahsili, gerçekleşecek tüketici, lehine getirilen yasa maddelerine rağmen diğer kredi boçluları ile aynı koşullar da icra takibine muhatap kılınarak

mağdur edilecektir. Bu durumda alacağın tüketici kredisinden kaynaklanması halinde, borçlunun temerrüde düşüp düşmediği, alacağın muaccel olup olmadığı, ne miktarının tahsil edilebilir olduğu faiz miktar ve oranlarının tespiti, tüketici yasası koşullarında yargılama yapılmasını gerektirir.

O halde İİK`in 68/b maddesinde tüketici kredilerinde uygulama olanağı yoktur.

Somut olayda, Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesinden kaynaklanan alacak nedeniyle genel haciz yolu ile takibe geçilip, borçluya İİK`in 68/b maddesi kapsamında ödeme emri gönderildiği, borçlunun yasal sürede icra dairesine itirazı üzerine duran icra takibinin devamı sağlanmak üzere itirazın kaldırılması istemi ile alacaklı tarafından icra mahkemesine başvurulduğu görülmüştür.

Yukarıda açıklandığı üzere alacağın varlığı ve miktarı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında yargılama yapılmasını zorunlu kıldığından mahkemece itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine istemin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK`un 428. Maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 04/10/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SGK ALEYHİNE İCRA TAKİBİ

ÖZET: SGK aleyhine icra takibi yapılabilirse de; kurum mallarına cebri icra uygulanamaz.*

Y.12.HD E: 2011/24266 K: 2011/22886 T: 18.11.2011

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlu Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, kendisi hakkında takip yapılmasının mümkün olmadığını ileri sürerek takibin iptalini talep etmiş, mahkemece dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda istemin kabulüyle takibin iptaline karar vermiştir.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 35/3 maddesinde aynen "Kurumun taşınır ve taşınmazları, bankalardaki mevduatları dahil her türlü hak ve alacakları hazedilemez, hakkında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun haciz ve iflas hükümleri uygulanmaz" hükmü bulunmakta olup anılan düzenleme kurumun mallarının hazedilemeyeceğine ilişkin olup hakkında takip yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu durumda mahkemece istemin reddi gerekirken anılan maddenin geniş yorumlanmak suretiyle kurum hakkında takip yapılamayacağı düşünülerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

* Gönderen: Av. Özlem Berksun, İstanbul Barosu Avukatlarından

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. Maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** 18.11.2011 gününde oy birliği ile karar verildi.

İSKAN RAPORU • İCRA MÜDÜRÜNÜN YETKİSİ

ÖZET: Ana yapının kat mülkiyetine geçirilmesi için gerekli olan iskan raporu belediye tarafından verilir.

Bu belge icra müdürü tarafından verilemez.*

Y.12.HD E: 2011/6954 K: 2011/24502 T: 25.11.2011

Adalar Asliye Hukuk Mahkemesinin 22.02.2006 tarih ve 2002/1 E.2006/10 K. Sayılı ilamında projeye aykırılıkların giderilmesine ve anayapının kat mülkiyeti tesisine esas olmak üzere eski hale iadesine karar verilmiş, buna ilişkin yapılan takipte alacaklılar vekili, 03.06.2010 tarihinde icra müdürlüğüne müracaat ederek, eksikliklerin tamamlandığını, ancak kat mülkiyetine geçebilmek için belediye tarafından iskan (yapı kullanım izin belgesi) belgesi verilmesini talep etmiş, icra müdürlüğünce istemin reddine karar verilmesi üzerine alacaklı vekilinin red kararının iptali için icra mahkemesine müracaat ettiği anlaşılmıştır. Mahkemece yapılan yargılama sonunda, Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kesinleşen ilamına göre projeye aykırılıkların 04.05.2005 tarihli rapora göre giderildiği, ilamın hüküm bölümünün yorum yoluyla değiştirilemeyeceği, hüküm kısmının infazının gerekli olduğu, ana yapıdaki projeye aykırılıkların giderildiği gerekçesiyle şikayetin kabulüne, icra müdürlüğünün ret kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Ana yapının kat mülkiyetine geçirilmesi için gerekli olan iskan raporu yani yapı kullanım izin belgesi yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre belediyeler tarafından verilir. Diğer bir anlatımla anılan belgenin verilip verilemeyeceği belediyenin yetki ve görev alanına giren bir işlem olup icra müdürlüğünce bu belgenin verilmesi hususunda karar verilemez. İskan belgesinin verilmesi veya verilmemesiyle ilgili sorunun çözüm yeri idari yargıdır. Bu nedenle mahkemece istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK`un 428. Maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** 25.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Kemal KİL

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

ELEKTRİK ABONESİ • DAVADA GÖREV • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Konuta ilişkin elektrik aboneliğinden doğan davaya Tüketici Mahkemesinde bakılır.

Mahkemenin görevine ilişkin düzenleme kamu düzenine ilişkin olup, davanın her aşamasında resen dikkate alınır.*

Y.13.HD E: 2011/4025 K: 2011/12939 T: 21.09.2011

Davacı, 01.06.1995 yılından beri oturduğu meskende elektrik abonesi olduğunu, faturalarını düzenli olarak ödediğini, 09.12.2005 tarihinde davalı çalışanları tarafından kaçak elektrik tespit tutanağı düzenlenerek 9.554.33.-TL. kaçak elektrik bedeli tahakkuk ettirildiğini, itiraz etmesi üzerine davalı tarafından borcunun 7.733.66.-TL. ya indirildiğini oysa kaçak elektrik kullanılmadığını belirterek 7.733.66.-TL. borçlu olmadığının tesbitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 13.10.2010 havale tarihli bilirkişi raporu dikkate alınarak davanın kısmen kabulü ile davacının 6.018.28-TL. davalıya borcunun olmadığının tespitine karar verilmiş, hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1. Maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. Maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her tüketici işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3. Maddesinde mal, alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta Davacı (alıcı) ile davalı (satıcı) arasındaki mesken elektrik enerjisi satımına ilişkin abonelik sözleşmesi nedeniyle,taraflar arasındaki ilişkinin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. Abonelik sözleşmesinin bulunması nedeniyle, davanın kaçak elektrik kullanımından kaynaklanmış olması da bu sonucu değiştirmez.

---

* Gönderen Av. Sadık Altınok

4077 Sayılı Yasa'nın 23. Maddesinde bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağı öngörülmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya da Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak da söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2- Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** (2) nolu bent gereğince davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 357.00-TL. temyiz harcının istek halinde iadesine, 21.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SİTE YÖNETİCİSİNİN HUSUMET EHLİYETİ

ÖZET: Sitelerle ilgili uyuşmazlıklarda seçilmiş site yönetimi dava açmaya, açılan davalara site adına husumete ehildir.*

Y.13.HD E: 2011/5061 K: 2011/13755 T: 03.10.2011

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulüp düşünüldü.

KARAR

Davacı, Bakırköy İlçesi, Kartaltepe Mah. 51/8 pafta, 1193 ada, ve 1 parsel üzerindeki 11 adet blok ve 394 adet bağımsız bölümünden oluşan taşınmazların T.E. Bankası A.Ş. aracılığı ile diğer davalıdan kat maliklerince satın alındığını, 17/08/1999 depremi sonrasında inşaatların gizli ayıplı yapıldığının ortaya çıktığını, Toplu Konut İdaresi Uygulama Dairesinden teknik bir heyetçe de binalardaki hasarların belirlendiğini, ancak taleplerine rağmen hasarların giderilmesi ve binalara güçlendirme yapılmasını kabul etmediklerini, bunun üzerine Bakırköy 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2000/50 D.İş sayılı dosyasından tespit yaptırıldığını, alınan rapor ile inşaatta ayıplı imalat yapıldığıve noksan malzeme kullanıldığının belirlendiğini site yönetiminin verdiği yetkiye dayanarak site yönetici sıfatıyla açtığı dava ile 450.486.00-TL. `nin ihtarname tarihi olan 31.05.2000`den itibaren faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davacı site yöneticisinin kat maliklerini temsilen böyle bir dava açа-

* Gönderen: Av. Feridun San

mayacağını, kat maliklerinin ayrı ayrı dava açmaları gerektiğini, yapı yönetiminin aktif husumet ehliyetinin bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, her kat malikinin ayrı ayrı dava açması gerektiği sonucuna varılarak aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalı tarafından üretilen toplu konutlara ait ortak alanlarında eksik iş tespit edildiğini belirterek, eksik işlerin tespit ve bedelinin tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, böyle bir davanın ancak kat maliklerince açılabileceği, site yönetiminin aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesi ile dava ret edilmiş olup, öncelikle site yönetiminin aktif husumet ehliyetinin bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bilindiği gibi, ülkemizde yaşanan hızlı ekonomik ve sosyal gelişmeler ile nüfus artışına bağlı olarak konut ihtiyacının arttığı, buna bağlı olarak özel sektör yanında devlet kuruluşlarının da bir veya birden fazla parseller üzerinde bloklar halinde toplu konut ürettikleri bir gerçektir. Her parsele, bir blok yapılması halinde kat irtifakı veya kat mülkiyetine geçildiği için blok yönetimi ile ilgili sorun ve uyuşmazlıklar kat mülkiyeti kanunu hükümleri uyarınca giderilebilmektedir. Ne var ki, somut olayda olduğu gibi, blokların birden fazla ada ve parsel üzerine dağılması halinde blokların ortak yönetimine bırakılmış ortak alanlarla ilgili uyuşmazlıkların mevcut yasal düzenlemeler ile çözümlenme olanağı bulunmamaktadır. Ortak alanlar ile ilgili eksikliklerin giderilmesi, onarım ve bir disiplin içinde yürütülmesi zorunlu olduğu hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Dava konusu olayda 394 bağımsız konut olduğu anlaşılmakta olup, yargılama esnasında ise dava dışı 317 adet konut sahibinden alınan vekaletnamelerin de dosyaya sunulduğu anlaşılmaktadır. Bu tür uyuşmazlıklarda usulüne uygun oluşturulmuş site yönetiminin husumet ehleyitinin bulunmadığı kabul edildiği taktirde uyuşmazlıklar çözümsüzlüğe terk edilmiş olacaktır. Kaldı ki, davacı site yönetimine ait 21.07.2000 ve 04.07.2000 tarihli kararlar ile de site yönetimini temsilen site yöneticisine dava konusu uyuşmazlık hakkında dava açma yetkisi tanınmış bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, mahkemece işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca göre karar tesisi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı tarafından temyiz edilen hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, 03.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

MAHSUP İDDİASI • ARAÇTA MEYDANA GELEN DEĞER KAYBI

ÖZET: Mahsup iddiası itiraz niteliğinde olup mahkemece resen dikkate alınmalıdır.

Trafik kazasında hasarlanan araçta meydana gelen "değer kaybı da" zarar kapsamı içindedir.

Y.15.HD E: 2010/5330 K: 2010/6141 T: 09.11.2010

Üsküdar 4. İcra Müdürlüğü`nün 2008/14529 takip sayılı dosya kapsamından; takip alacaklısı davacı şirket tarafından davalı hakkında adi takip yoluyla 13.10.2008 ve 28.07.2008 tarihli faturalar dayanak alınarak 5.077.34.-TL. onarım bedelinin tahsilinin istendiği, davalı vekilinin süresi içindeki itirazı sonucu takibin durduğu anlaşıldığı gibi; itirazın iptali davasınında bir yıllık yasal süresi içinde açılmış olduğu tespit olunmuştur. Davalıya ait 04 .. 4183 plaka sayılı Hyundai marka aracın arızalanması sebebiyle davacı şirketin istihdam ettiği personelinin yönetiminde servise getirilirken 34 .. 82 plaka sayılı araçta 14.07.2008 tarihinde karıştığı trafik kazasında hasarlandığı ve davacı şirket tarafından aracın onarımının yapılarak davalıya teslim olunduğu ve davacı şirket tarafından aracın onarımının yapılarak davalıya teslim olunduğu ve davacının mali mesuliyet sigortasını yapan sigorta şirketinden 4.844.05.-TL. tutarında tahsil ettiği sigorta bedelinden 2.000.00.-TL.`nin davalı tarafından 28.10.2008 tarihinde davacıya ödenmiş bulunduğu çekişmesizdir.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 104. Maddesi uyarınca, davacı şirketin istihdam ettiği kimselerin kusurları sonucu davalının aracının hasarlanması durumunda davacı oluşan hasarı gidermekle ve davalının gerçekleşen zararını tazminle ödevlidir. Mahkemece, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu sunulan 18.01.2010 tarihli bilirkişi kurulu raporunda da; Üsküdar 1. Sulh Hukuk Mahkemesi`nin 2008/83 D. İş sayılı dosyasında bulunan bilirkişi raporunda da hasarlı sonuçlu trafik olayı sebebiyle davalının aracında oluşan hasar sonucu 2.000.00-TL. değer kaybının mahsubu halinde takip konusu alacağın 844.05-TL. tutarındaki kısmı üzerinden davalının itirazının iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm oluşturulması doğru olmamıştır. Çünkü, mahsup itiraz niteliğinde olup, mahkemece doğrudan gözetilir.

Diğer yandan davası kabul edilen takip konusu alacak üzerinden takip alacaklısı davacı yararına icra inkar tazminatına mahkemece hükmedilebilmesi için İİK`in 67. Maddesinde öngörülen tüm koşulların birlikte gerçekleşmesi ve bu kapsamda alacağın davalı tarafından belirlenebilir yani likit olması zorunludur. Somut olayda davacı alacağı bilirkişi incelemesi sonucu belirlenebilir olduğuna göre, likit

değildir. Bu nedenle mahkemece davacı yararına %40 oranında icra inkar tazminatına da hükmedilmiş olması doğru değildir.

İcra takibinde takip konusu alacağa reeskont faizi uygulanması istendiği halde; mahkemece , uygulanması gereken temerrüt faizinin niteliği açıklanmadan hüküm kurulması da kabul şekli bakımından doğru olmamıştır. Açıklanan sebeplerle karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda 1. Bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. Bent uyarınca kabulüyle kararın temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 09.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

TİCARETİ USULÜNE UYGUN OLARAK TERK ETMEYEN TACİRİN CEZASI

•

TASFİYEYE GİREN ŞİRKETTE TİCARETİ TERK DEĞİL, ORTAKLIK İLİŞKİSİ SONA ERER

ÖZET: İİK'in 337/a maddesinde yaptırıma bağlanan eylem, yalnızca ticareti terk keyfiyetinin ticaret sicili memurluğuna bildirilmemesi değil, bununla birlikte İİK'in 44. maddesine uygun olarak bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerinin bulunduğu bir mal beyanında bulunulmamasıdır. Bu durumda, Türk Ticaret Kanunu'nun 136. Maddesinde sayılan ticaret şirketlerinde ticaretin terki söz konusu olmayıp ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nun 44. Maddesi ile getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün, gerçek kişi tacirlere yönelik olduğu, yukarıda sayılan ticaret şirketlerini kapsamadığı, eş anlatımla ticaret şirketlerinin müdür veya yetkililerinin İcra ve İflas Kanunu'nun 337/a maddesinde yaptırıma bağlanan ticareti terk suçunu işlemeleri yasal olarak mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Hal böyle olunca sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi.

Y.16.HD E: 2010/9283 K: 2010/6462 T: 24.10.2011

Sanık G.Ş.`nın gıyabında verilen hükmün aynı çatı altında oturup oturmadığı belirtilmeden ağabeyine yapılan tebligat geçersiz olması nedeniyle mahkemenin 15.04.2010 tarihli temyiz talebinin reddine ilişkin kararı kaldırılarak sanık G.müdafinin 19.03.2010 tarihli temyiz dilekçesi süresinde olduğunun kabulü ile yapılan incelemede;

İcra ve İflas Kanunu'nun 44. Maddesinin 1. Fıkrasında, "Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Keyfiyet ticaret sicil memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutat ve münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır." Hükmü ile ticareti terk eden tacirin yapması gereken yükümlülüğü belirlenmiş, aynı Yasa`nın 337/a maddesinin birinci fıkrasında ise 44. Maddedeki yükümlülüğe aykırı davranılması da, "Ticareti terk edenlerin cezası" başlığı altında, "44. Maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren

veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikayeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez." Şeklinde düzenleme ile yaptırıma bağlanmıştır. Maddeden anlaşılacağı üzere ticareti terk suçunun oluşabilmesi için, ticareti terk eden tacirin bu durumu onbeş gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret sicil memurluğuna bildirmemesi ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaması gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 44. Maddesindeki mükellefiyet münhasıran tacirler için öngörülmüş olup, ticaret sicil memurluğuna kayıtlı gerçek kişilerin ve ticaret şirketlerinin tacir oldukları hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, ticaret şirketlerinin ticareti terk edip edemeyeceklerine, eş anlatımla ticareti terk etmesi durumunda şirket yetkilisi/müdürünün İİK`in 44. Maddesindeki keyfiyeti kayıtlı olduğu ticaret sicili memurluğuna bildirme ve mal beyanında bulunma yükümlülüğü bulunup bulunmadığına yöneliktir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 136. Maddesinde ticaret şirketlerinin nev`ilerinin; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibaret olduğu belirtilmiştir. Yukarıda sayılan ticaret şirketleri yönünden Türk Ticaret Kanunu`ndaki düzenleme incelendiğinde, bunlar için "ticareti terk" değil, bunun yerine infisah ve tasfiyelerinin öngörüldüğü, diğer bir anlatımla Türk Ticaret Kanununun 136. Maddesinde sayılan şirketlerde ticareti terk değil, ortaklık ilişkisinin sona erdirildiği kabul edilmektedir.

Anılan şirketlerin her biri için infisah ve tasfiye yolu ayrı ayrı gösterilmiştir. "İnfisah", ortaklıklar hukukunda iki manada kullanılmaktadır. Geniş manada; irade ve irade dışı fesih hallerini ve dar manada da; irade dışı yani kendiliğinden sona ermeyi ifade etmektedir. TTK`nın 439. Maddesinde infisah eden şirketin tasfiyeye gireceği hükme bağlanmıştır. Tasfiye sürecinde ticaret şirketinin alacak ve borçları belirlenir, alacakları tahsil edilip, borçları ödendikten sonra varsa kalan mevcudu, esas mukavelede aksine bir hüküm olmadıkça, pay sahipleri arasında ödedikleri sermaye ve paylara bağlı olan imtiyaz hakları nispetinde dağıtılır, tasfiyenin sona ermesi üzerine şirkete ait ticaret unvanının sicilden terkini tasfiye memurları tarafından sicil memurluğundan talep olunur. İş bu talep üzerine terkin keyfiyeti tescil ve ilan olunmakla ticaret şirketinin tüzel kişiliği sona ermiş olur. Terkin işlemi için tasfiye bilançosu ile birlikte başvurulduğundan ve zaten tasfiye sonucu ticaret şirketinin herhangi bir mal varlığı da kalmadığından tasfiye memurunun ya da şirket yetkilisinin İİK`in 44. Maddesine göre mal beyanında da bulunması söz konusu olmayacaktır. Terkin işleminden sonra ticaret şirketinden alacağı bulunduğunu iddia eden bir alacaklı, bu alacağını ancak terkin edilen ticaret şirketini yasaya göre ihyasını sağlamak suretiyle tahsil edebilecektir.

Ticaret şirketlerinin vergi hukuku açısından mükellefiyetinin sona erdirilmesi de, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yapılması gereken işlemlere göre

getirilen tasfiye ve iflasın sona erdiğinin tescil ve ilanına bağlıdır. Başka bir anlatımla, ticaret şirketinin işi bırakması ancak tüzel kişiliğinin ortadan kaldırılması ile mümkündür. Bu nedenle tüzel kişiliği sona erdirilmemiş bir ticaret şirketinin ticari işletmeyi kapattığından, dağıttığından (terk ettiğinden) söz edilemeyecektir. Nitekim Danıştay 4. Dairesinin 2004/602-2021 sayılı kararında da tüzel kişiliği sona erdirilmemiş şirketin mükellefiyetinin sona erdirilemeyeceği belirtilmiştir.

Öte yandan, İcra ve İflas Kanunu'nun 44. Maddesi'nin ikinci fıkrası, mal beyanının ticaret sicili gazetesinde ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabileceğini içermektedir. Buradaki tacirden maksat, gerçek kişi olan tacirlerdir. Yani, tüzel kişi tacirler (ticaret şirketleri) hakkında 44. Maddenin 2. Fıkrasının uygulama kabiliyeti yoktur. Ticaret şirketleri ticareti terk edince tasfiyeye gireceklerinden ve tasfiye sonunda şirketin ticaret sicilindeki kadının silinmesinden sonra ile takip etmeye imkan yoktur. Esasen ticaret şirketleri bakımından buna lüzum da yoktur. Zira, tasfiyede şirketin bütün malları tasfiye edilmiştir. (Prof. Dr. Baki Kuru, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XXVII, 1970, Sayı 1-2) Bu açıklama ile İİK`in 44. Maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin, ticareti terk suçunun gerçek kişi tacirler için geçerli olduğunun, ticaret şirketleri yönünden geçerliliği bunmadığının net olarak ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar İİK'in 44. Maddesinin gerekçesinde, ticareti terk eden kötü niyetli borçluların işyerlerini terk ederek ve ellerindeki mallarını başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğratmaları nedeniyle İİK'in 337/a maddesindeki yaptırım düzenlendiği belirtilmekte ise de, ticaret şirketleri yönünden ticareti terk değil ortaklık ilişkisinin sona erdirilebileceğinden, buradaki borçlu ifadesiyle gerçek kişi tacirin kastedildiğinin kabulü zorunludur. Kaldı ki, Kanunun 345. Maddesi uyarınca sorumlu tutulması gereken ticaret şirketlerinin müdür/yetkilileri tarafından alacaklıları zarara uğratmaya yönelik eylemlerinin cezasız bırakılmadığı, nitekim Kanunun 331,333/a, 345/a maddelerinde gerekli yaptırımlar düzenlendiği gibi, unsurları bulunduğu takdirde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müeyyideye bağlanan hileli iflas veya dolandırıcılık suçlarından da cezalandırılabilmeleri mümkün olduğundan, diğer bir deyişle ticaret şirketlerinin müdür/yetkililerinin alacaklıyı zarara uğratan bu tür davranışlarının yaptırımsız kaldığından söz edilemeyecektir.

Kabule göre de;

1-Sanık D.A.K`nın üzerine atılı ticareti terk suçunun özelliği dikkate alındığında, bu suçtan dolayı yapılan yargılamada duruşma davetiyesinin sanığın terk ettiği bildirilen adresine Tebligat Kanununun 35. Maddesine göre tebliğinin usulüne uygun olduğundan söz edilemeyeceği, zira terk edilen adrese bu şekilde yapılan tebligatın zaten sanığın eline geçmeyeceğinin şikayetçi ve hatta mahkeme tarafından da öngörülmekte olduğu, Anayasa`nın 36. Maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkı göz önünde bulundurularak, ticareti terk suçlarında duruşma davetiyesinin ya da mahkeme kararının Tebligat Kanununun 35. Maddesine göre terk ettiği ileri sürülen adresine yapı-

lan tebligatın geçersiz olup, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağı, hal böyle olunca tespit edilecek adresine usulüne uygun olarak (Tebligat Kanununun 35. Maddesi dışında) duruşma davetiyesinin tebliğini müteakip yargılamaya devam edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

2- Sanık D.A.K'ın nüfus ve sabıka kaydı getirtilip dosya içine konulmadan mahkumiyetine hümolunması,

İsabetsiz olup, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmekle hükmün kısmen istem gibi **BOZULMASINA,** 24.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

NOTERDE YAPILAN DEVİR İŞLEMİ • ARAÇ MÜLKİYETİNİN DEVRİ

ÖZET: Noterde yapılan devir işlemi araç mülkiyetinin devri için yeterli olup, işlemin tamamlanması için trafik siciline tescil yapılması şart değildir.*

Y.17.HD E: 2010/5796 K: 2010/6034 T: 28.06.2010

Taraflar arasındaki rücuen tazminat davasının yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün, süresi içinde davalı Mustafa vekilince temyiz edilmesi üzerine, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı araca, davalıların malik ve sürücüsü oldukları aracın tam kusurlu çarpması sonucu hasarlandığını belirterek, sigortalısına ödediği 11.558.00-TL. nin ödeme gününden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Birleştirilen davada davacı vekili, aynı olay nedeniyle, kazaya karışan aracı noter satış sözleşmesi uyarınca devralan davalı Nurettin aleyhine, 11.558.00-TL. nin faiziyle birlikte tahsili için rücuen tazminat davası açmıştır.

Davalı M., aracı kazadan önce N.`e noterden kafi satış sözleşmesi ile satıp devrettiğini bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalılar, duruşmaya gelmemiş ve davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, olayda davalı sürücü tam kusurlu olup, noterden yapılan satışın trafik kaydına tescili yapılmadığından sonuç doğurmayacağı, aracın kaza tarihinde davalı M. adına kayıtlı olduğu gerekçesiyle, asıl ve birleştirilen davanın kabulüne, 11.558.00-TL. nin, 30.05.2007 ödeme tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı Mustafa vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dava, TTK`nın 1301 maddesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir. Davalı Mustafa aleyhindeki dava, kazaya karışan aracın malik-işleteni sıfatıyla açılmıştır.

2918 sayılı KTK`nın 20/d maddesi hükmü uyarınca, noterlerce gerçekleştirilen devir işlemleri araç mülkiyetinin devri için yeterli olup, işlemin tamamlanması için trafik tesciline alıcı adına tescil işlemi yapılması mutlak koşul değildir. Tescil işlemi idari bir tasarruf olup, yaptırılmaması ayrı bir yaptırıma tabidir ve mülkiyetin devri için kurucu nitelik taşımaz. Bunun sonucu olarak da, trafik kayıtları mül-

* Gönderen: Av. Murat Topçuoğlu

kiyeti gösteren sicillerden olmakla birlikte, bu karine kesin değildir. Ayrıca noter satışıyla devralan, adına tescil işlemi yaptırmamış olsa dahi aracın maliki sayılır.

Somut olayda, davalı Mustafa`nın dosyaya ibraz ettiği belgelerden, kazaya karışan ve davalı Mustafa adına kayıtlı araç, Kocaeli Beşinci noterliğinin 27.07.2005 tarih, 19757 yevmiye numaralı "Kat`i Taşıt Satış Sözleşmesi" ile birleştirilen davanın davalısı Nurettin`e satılmıştır. Kaza ise 27.05.2007 tarihinde meydana gelmiştir. Bu durumda mahkemece, anılan noter satış sözleşmesinin onaylı sureti ilgili noterlikten getirtilerek incelenip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

2-Bozma neden ve şekline göre, davalı Mustafa vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı Mustafa vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün adı geçen davalı yararına **BOZULMASINA,** (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle, sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Mustafa`ya geri verilmesine, 28.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ

●

SULH HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİ

ÖZET: Kıymetli evrak zayii davası çekişmesiz yargı işlerinden olup sulh Hukuk mahkemesinde görülür.*

Y.17.HD E: 2010/5796 K: 2010/6034 T: 28.06.2010

Kıymetli evrakın iptali ve ödeme yasağı konulmasına ilişkin talep hakkında İstanbul 38. Asliye Ticaret ile İstanbul 22. Sulh Hukuk Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

Talep, kıymetli evrakın zayii nedeni ile iptali ve ödeme yasağının konulmasına ilişkindir.

İstanbul 38. Asliye Ticaret Mahkemesi 6100 sayılı HMK`nın 382. Ve 383. Maddeleri gereğince uyuşmazlığa Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılacağından bahisle görevsizlik kararı vermiştir.

İstanbul 22. Sulh Hukuk Mahkemesi ise açılan davanın HMK'nın 382. Maddesine göre çekişmesiz yargı davası niteliğinde olup, çek iptali davalarının TTK. Da düenlenmiş olması ve HMK`nın 4. Maddesinde bu davaların Sulh Hukuk Mahke-

* Gönderen: Av. Orhan Yılmaz, Aynı konuda verilen farklı daire kararına ulaşmak için Yargıtay 11.HD.'nin bu sayıdaki kararlarına bakınız.

melerinde bakılacağına dair hüküm bulunmaması ve TTK`da zayii nedeniyle çek iptallerinin Ticaret Mahkemelerinde bakılacağına dair hüküm bulunması nedeniyle görevsizlik kararı vermiştir.

Türk Ticaret Kanununu 4. Maddesinde, bu kanundan doğan hukuk "davalarının" ticari dava sayıldığı, aynı kanunun 5. Maddesinin 2. Fıkrasında, bir yerde ticaret mahkemesi varsa Asliye Hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4. Maddesi hükmünce ticari sayılan "davalara", Ticaret mahkemesinde bakılacağı hususları düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 382. Maddesinde, "çekişmesiz yargı işleri" düzenlenmiş, aynı maddenin 2. Fıkrasının (e) bendinde, "Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri" başlığı altında 6. Madde olarak "kıymetli evrakın iptali" ne ilişkin taleplerin çekişmesiz yargı "işi" olduğu belirtilmiş, aynı yasanın 383. Maddesinde de, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece Sulh Hukuk mahkemesi olacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda açıklanan yasa hükümlerine göre, çekişmesiz yargıda "dava" deyiminin yeri olmayıp "iş" deyimi vardır. Dava, iki taraf sistemine göre kurulmuş ise de çekişmesiz yargıda birbiriyle çekişme halinde olan iki taraf olmadığından çekişmesiz yargı işleri için "dava" teriminin kullanılması doğru değildir. Yine çekişmesiz yargıda "taraf" değil, "ilgililer" kavramı vardır. Çekişmesiz yargıda dava söz konusu olmadığı için davacı ve davalı terimlerinin de yeri yoktur.

HMK'nın 383. Maddesine göre çekişmesiz yargıda Sulh Hukuk mahkemesinin görevi asıl olup Asliye Hukuk mahkemesinin görevi istisna olduğundan yalnız "mahkeme" veya "hakim" terimlerinin kullanıldığı bütün çekişmesiz yargı işleri için Sulh Hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. (Prof. Dr. B.Kuru/Prof. Dr. A.C. Budak İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 85, Sayı: 5, Yıl:2011, sh.33-36)

Somut olayda uyuşmazlık 13.10.2011 tarihinde yani 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra mahkemeye getirilmiştir.

6100 sayılı HMK`nın geçici 1. Maddesinin 1 bendine göre bu kanunun yargı yolu ve görevi ilişkin hükümleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalara uygulanmaz.

Bu durumda, kıymetli evrakın zayii nedeniyle iptali ve ödeme yasağı konulmasına ilişkin uyuşmazlık 6100 sayılı HMK`nın 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra açılan çekişmesiz yargı işi niteliğinde olup Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK`nın 21. Ve 22. Maddeleri gereğince İstanbul 22. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE**, 21.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

TİCARİ İŞTEN DOĞAN TELLAL ALACAĞI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Ticari işten doğan tellallık alacağı bir yıllık zamanaşımına tabidir.

Y.19.HD E: 2010/9321 K: 2011/2744 T: 02.03.2011

Davacı vekili, davalı şirket ile müvekkili şirket arasında 15.07.2004 tarihli Taşınmaz Satış Tellallığı Sözleşmesi`nin imzalandığını, davalının müvekkili ile yaptığı anlaşmayı yok sayarak taşınmazı üçüncü kişiye satması nedeniyle Tellallık Sözleşmesi uyarınca ödemesi gereken komisyon ve cezai şart alacağının tahsili amacıyla yapılan takibin vaki itiraz üzerine durduğunu belirterek itirazın iptaline, takabin devamına, davalının alacağın %40`ından az olmamak koşuluyla icra inkar tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, ticari işlerden kaynaklanan tellallık alacağının bir yıllık zamanaşımına tabi olduğunu, dolayısıyla davanın zamanaşımına uğradığını, Tellallık Sözleşmesi`nin sona erdiğini, davacının edimini yerine getirmediğini, sözleşmenin yetkili kişiler tarafından imzalanmadığını, davacının tanıtım faaliyetlerinde bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, satış tellallığının Borçlar Kanunu`nda düzenlenmesi nedeniyle TTK`nın uygulanamayacağı, davalının sözleşmeyi ihlal ederek taşınmazı üçüncü kişiye sattığı belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Türk Ticaret Kanununun 106. Maddesine göre "Muamele yapılınca veya mukavele bir şarta bağlı ise şart tahakkuk edince bordroyu vermiş olan tellal ücretini istemek hakkını haizdir. Bu hak muamelenin yapıldığı günden itibaren bir yıl geçince müruru zamana uğrar. Eğer mukavele yapılmaz veya talik olunduğu şart tahakkuk etmezse, tellal, bu işteki teşebbüslerinden dolayı ücret isteyemez. "Anılan Kanun hükmü uyarınca dava konusu alacağın bir yıllık zamanaşımına tabi olduğu gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, Borçlar Kanunu hükümlerine göre yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 02.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

KUSUR TESPİTİ • KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

ÖZET: Davacı kendisini %25 kusurlu gören rapora itiraz etmemiş, davalının itirazı üzerine alınan ikinci raporda davacının %20 kusurlu olduğu belirlenmiştir.

Ancak, ilk rapora davacı itiraz etmediğine göre bu noktada davalı lehine usuli kazanılmış hak doğduğu dikkate alınarak ilk rapora itibar edilerek davacının %25 kusurlu olduğu kabul edilerek zarar hesabı yapılmalıdır.*

Y.21.HD E: 2010/2487 K: 2011/5119 T: 02.06.2011

Uyuşmazlık; Mahkemece, maddi tazminat hesabında, davacıların itiraz etmedikleri 20.07.2007 tarihli raporda belirlenen %25 oranındaki davacı kusur oranının mı yoksa sadece davalıların itirazı üzerine alınan 09.02.2008 tarihli raporda belirlenen %20 oranındaki davacı kusur oranının mı dikkate alınması gerektiği, davalılar yönünden usuli kazanılmış hak oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü, "usuli kazanılmış hak" kavramının açıklanmasını ve açıklanan olgular karşısında somut olay ve taraflar yönünden gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda "usuli kazanılmış hak" kavramına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu kurum, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretide kabul görmüş ve usul hukukunun vazgeçilmez, ana ilkelerinden biri haline gelmiştir. Anlam itibariyle, bir davada , mahkemenin ya da tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkı ifade etmektedir.

Kazanılmış haklar Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2. Maddesinde açıklanan "Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir." Hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Yargıtay içtihatları ile kabul edilen "usuli kazanılmış hak" olgusunun, bir çok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır:

---

* Gönderen: Av. Ertuğrul SAKAOĞLU Kocaeli Barosu

Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır.

Benzer şekilde; uygulanması gereken bir kanun hükmü, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi`nce iptaline karar verilirse, usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir. (HGK. Nun 21.01.2004 gün 2004/10-44 E, 19 K.)

Bu sayılanların dışında ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü-6 Baskı, cilt5,2001)

Usuli kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için; bir davada, ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir.

Somut olayda, 20.07.2007 tarihli rapora davacıların itiraz etmemiş olmaları nedeniyle davacının olaydaki kusur oranı yönünden davalılar lehine usuli kazanılmış hak oluştuğu maddi tazminat hesabında davacının %25 oranında kusurlu olduğu kabul edilerek hesap yapılması gerekirken %20 oranında kusurlu olduğu kabul edilerek hesap yapılması ve sonucuna göre karar verilmesinin davalılar hatalı olmuştur.

Yapılacak iş; maddi tazminat hesabında davacı kazalı işçinin 20.07.2007 tarihli raporda belirtildiği üzere %25 oranında kusurlu olduğunu kabul etmek, hüküm tarihine en yakın peşin sermaye değerini sorarak yeniden hesap raporu almak ve davalılar lehine oluan usuli kazanılmış hakkı gözeterek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacılara iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davalılara yükletilmesine, 02.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MANEVİ TAZMİNATIN TUTARI • MADDİ TAZMİNATIN HESABI

ÖZET: %10.3 iş görme gücü kaybına 20.000.00-TL. manevi tazminat takdiri fazladır.

Maddi tazminatın hesabında; pasif dönemde davacıya bağlanarak maaşın hesaba esas alınması isabetsizdir.

Hesaplama hüküm tarihine en yakın tarihteki ücret artışları göz önüne alınarak yapılmalı, en son bağlanan maaşın peşin sermaye değeri hesaplamada bulunan rakamdan indirilmelidir.*

Y.21.HD E: 2010/5301 K: 2011/12661 T: 08.12.2011

Davacı, iş kazası sonucu malüliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan V. Plastik San. Tic. A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Sezai Öztürk tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan davacının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ile 8.906.67 TL. maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile 20.000.00-TL. manevi tazminatın 20.09.2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve mütüselsilen tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davacının, 20.09.2005 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu %10.3 oranında sürekli iş göremezliğe uğradığı olayda davacının %30 davalı üst işveren V. Plastik ve Sanayi Ticaret A.Ş.`nin %50 ve davalı alt işveren A. İnş. Yapı Malz. Seracılık Plastik Hizm. Nak. San. Ve Tic. Ltd. Şti.`nin %20 oranında kusurlu olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Borçlar Kanunu`nun 47. Maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile sigortalıya verilmesine karar vereceği bir para tutarı adelete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara ugrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün

* Gönderen: Av. Vural Özarslan İstanbul Barosu Avukatlarından

bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı`nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.06.2004, 13/291-370)

Bu ilkeler gözetildiğinde davacı yararına hükmedilen 20.000.00-TL. manevi tazminat fazladır.

3- Bu tür davalarda tazminat miktarı, işçinin rapor tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tesbit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise, 60 yaşa kadar yıllık olarak %10 artırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşından sonra da bakiye ömrü kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yönteme başvurulmadan, her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay`ın yerleşmiş görüşlerindendir.

Kuşkusuz, açıklanan tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı almaya veya işçinin yaşı ve oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunması durumunda da zarar hesabında pasif dönemin hesaba dahil edilmesi gerekir. İş kazası sonucu malul kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden daha fazla çaba harcayacağı asıldır. 60 yaşından sonra elde edeceği gelirleri de diğer işçilerden daha fazla çaba harcayarak elde edeceğinden yaşlılık aylığını aldığı dönemde de devam edecek olan maluliyeti nedeniyle zarara uğramadığı düşünülemez.

Kaldı ki, sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta tamamen uzun vadedeki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmamaktadır. Bu nedenlerle pasif döneminde zarar hesabına dahil edilmesi ve 60 yaştan sonra bakiye ömrüne kadar (pasif dönemde), asgari ücret esas alınarak hesap yapılması gerekir. Mahkemenin davacının zarar hesabında pasif döneminde hesaba dahil edilmesine iliş-

kin kabulü yerindedir. Ancak hükme esas alınan bilirkişi hesap raporunda pasif dönem zararının, Sosyal Sigortalar Kurumunca rapor tarihi itibariyle sigortalıya bağlanacak yaşlılık aylığı esas alınmak suretiyle belirlenmesi isabetsiz olmuştur. Hal böyle olunca hesap raporunun hükme dayanak alınacak nitelikte olduğundan söz edilemez.

4- Dava, nitelikçe Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Bu nedenle de, mükerrer ödemeyi ve haksız zenginleşmeyi önlemek için, hüküm tarihine en yakın tarihte yürürlükte bulunan katsayı dikkate alınarak, hak sahiplerine bağlanan gelirin, tüm peşin sermaye değerinin, hesaplanan zarardan indirilmesi suretiyle tazminatın belirlenmesi gerektiği, Yargıtay`ın yerleşmiş görüşlerindendir. Mahkemece 4447 Sayılı Yasa'nın 16. Maddesiyle 506 Sayılı Yasa'ya eklenen Ek 38. Maddesi gereğince hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan artışlara göre hesaplanan tüm peşin sermaye değerini Kurumdan sorulmadığı ve hesaplanan zarardan indirilmediği anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş; 4447 Sayılı Yasa'nın 16. Maddesiyle 506 Sayılı Yasa`ya eklenen Ek 38. Maddesi gereğince hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan artışlara göre hesaplanan tüm peşin sermaye değerini Kurumdan sormak, bildirilen miktarı hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan ücret artışları nazara alınarak ve 60 yaştan sonra bakiye ömrüne kadar (pasif dönemde) asgari ücret esas alınarak hesaplanan tazminattan indirerek davacının 16.11.2009 tarihli kararı temyiz etmediğini de göz önünde bulundurarak maddi zararı belirlemek ve uygun bir miktar manevi tazminata karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalı V. Plastik San. Tic. A.Ş. iadesine , 08.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ • GİRİŞ BİLDİRGESİ • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

ÖZET: İşe giriş bildirgesi verilmiş olan sigortalı için hizmet tespiti davasında beş yıllık hak düşümü süresinin geçirildiğinden söz edilemez.*

Y.21.HD E: 2010/8614 K: 2011/13743 T: 19.12.2011

Davacı, davalıya ait işyerinde 01.05.1991-10.06.1994 tarihleri arasında hizmet akti ile çalıştığının tespiti istemiştir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu Başkanı

Mahkemece, davanın hak düşürücü süreden reddine karar verilmiş ise de bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.

Davacıya ait 01.05.1991 tarihli ve davalı Ergun Kandemir adına tescilli Oral Diş Labaratuvarı isimli "57737" sicil nolu işyerinden verilen işe giriş bildirgesinin davalı Kurumda olduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık hak düşürücü sürenin geçip geçmediği konusunda toplanmaktadır. Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 79. (5510 Sayılı Yasa'nın 86.) maddesi "Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır. "hükmünü içermektedir. Madde hükmünde yazılı hak düşürücü sürenin işlemeyeceği söz götürmez. Mahkemece işin esasına girip deliller toplanıp sonucuna göre karar verilmelidir. Yargıtay HGK`nun 03.03.2004 tarih 2004/21-139 Esas-117 Karar ve 05.02.2003 tarih 2003/10-7 Esas-53 Karar sayılı ilamları da bu yönlere işaret etmektedir.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine 19.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

İŞE İADE DAVASI • İŞVERENİN İŞÇİYİ İŞE DAVET ETMESİ • GEÇERLİ FESİH

ÖZET: İş sözleşmesinin feshinden sonra işe iade davası yargılaması sırasında işveren davacı işçiyi aynı şartlarla çalışması için usulüne uygun olarak davet etmiş, davacı işçi haklı bir neden olmadan bu davete icabet etmemiştir. İşçinin başka bir işte de çalıştığı belli olup, asıl gayesinin işe dönmek olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında fesih geçerli sayılmalı ve işe iade davası reddedilmelidir.

İşe iade davası sonucunda tekrar işe başlamayan işçi dört aylık ücret ve haklara ve iş güvencesi tazminatına hak kazanamaz.*

Y.22.HD E: 2011/625 K: 2011/6133 T: 28.11.2011

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacıdan kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesinin 03./8.2009 tarihinde feshedilmesine rağmen dava tarihinden sonra 22.10.2009 tarihli noter ihtarı ile Şirketin 13.08..2009 tarihinde almış olduğu Yönetim Kurulu kararı ile bireysel satış ekibini tasfiyesi ile kurumsal satışlara ağırlık ve bu doğrultuda acentalar ve brokerler ile ilişkilerin güçlendirilmesine karar verildiği bu doğrultuda davacının fesihten önce çalıştığı "Acentalar ve Kurumsal Satış Müdürünün" istihdam edilmesi gereksiniminin doğduğu halihazır dava nedeniyle ilk önce bu işin davacıya teklif edilerek maaş haklarının ve görev tanımının aynı kalacak ve hiç kesintiye uğramamışcasına işe başlamış olduğu 27.11.2006 tarihinden itibaren devam ettirileceği yolunda ihtar çekildiği ihtarın davacıya tebliğ edilememesine rağmen bu davetin davalı işveren vekilince 09.11.2009 tarihli duruşmada yenilendiği görülmüştür.

Mahkemece davanın kabulü ile fesih işleminin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir.

Karar davalı işverence temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacının 27.11.2006 tarihinden itibaren Acentalar ve Kurumsal satış müdürü olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin 03.08.2009 tarihinde performans düşüklüğü nedeniyle feshedildiği davacının yasal 30 günlük süre

* Gönderen: Süleyman Sami Acar. İstanbul 6. İş Mahkemesi Yargıcı

içerisinde 20.08.2009 tarihi itibariyle görülmekte olan bu davayı açtığı yargılama sırasında davalı işverenin 22.10.2009 tarihli ihtarnamesi ile işe davet edildiği bu davetin 09.11.2009 tarihli duruşmada da yenilendiği, davacı vekilinin 16.12.2009 tarihli dilekçesi ile davacının 01.09.2009 tarihinde başka bir işyerinde işe başlandığını davalı işverenin bunu tespit etmesi nedeniyle işe dön ihtarında bulunduğunu bu aceleci yaklaşımın davacıyı zor durumda bırakmayı hedefleyen kötü niyetli tavır olduğunu belirtmiştir.

İşe iade davalarındaki temel gaye işinden yoksun kalan işçinin işe kavuşmasını sağlamaktır. Bu nedenle işçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin gerek işe iade davası yoluyla gerekse bu davanın lehine sonuçlanması halinde süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. Maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir. (Yargıtay 9. HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K.)

Somut olayda davalı işveren iş sözleşmesinin feshinden sonra yargılama sırasında davacıyı aynı şartlarda çalışması için usulüne uygun olarak davet etmiş olmasına rağmen davacı haklı bir neden göstermeden davete icabet etmemiştir. Nitekim davacının başka bir işyerinde çalıştığı bizzat davacı vekili tarafından bildirilerek işçinin asıl gayesinin işe dönmek olmadığı açıkça ortadadır. Bu durumda fesih 4857 Sayılı Yasa'nın 21/5. Maddesi uyarınca geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracağından davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1-Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2-Davanın **REDDİNE,**

3-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4-Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 60.00 TL. yargılama giderinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

5-Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.100.00-TL. ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 28.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRELERİ

MÜESSİR FİİL SONUCUNDA ÖLÜM • YARDIM ETME SUÇU

ÖZET: Sanığın eylemiyle maktülün ölümü arasında illiyet bağı bulunduğundan kasten insan öldürme suçu işlenmiştir.

Y.1.CD E: 2009/747 K: 2009/3497 T: 15.06.2009

Öldürmek kastı olmaksızın müessir fiil sonucu ve müstakil faili belli olmayacak şekilde M.`nİn ölümüne sebebiyet vermekten sanıklar A. ve Y.`in yapılan yargılanmaları sonunda; Hükümlülüklerine ilişkin BAKIRKÖY Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 14.05.2007 gün ve 82/124 sayılı hükmün Yargıtay`ca incelenmesi C. Savcısı ile sanıklar müdafii taraflarından istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle; incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Sanıklar A. ve Y. hakkında hükmedilen ceza miktarına göre müdafilerinin duruşmalı inceleme istemlerinin reddine karar verilmiştir.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıklar A. ve Y.`in öldürme suçlarının sübutu kabul, cezayı azaltıcı takdiri indirim sebebinin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle değerlendirilip reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerden bozma nedeni dışında isabetsizlik görülmediğinden sanık Yaman müdafiinin sübuta, gerekçenin yeterli olmadığına, sanık Ahmet müdafiinin teşdiden ceza verilmesinin yersiz olduğuna, 5237 sayılı TCK 87/4 maddesinin ilk cümlesi ile karşılaştırma yapılması, 765 sayılı TCK 463 maddesi ile 1/2 oranında indirim yapılması gerektiğine yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Maktülün sanıklara ait tekstil atölyesinde işçi olarak çalıştığı; sanık A.`in kendilerine ait atölyede üretilen malların kendilerinin mal vermediği esnaflar tarafından ucuz fiyata satıldığını tespit etmesi üzerine, kendisinde atölyenin ve deponun anahtarı bulunan maktülün hırsızlık yaptığından şüphelenerek kendisini takibe aldığı, olay günü sabah saat 05.30 sıralarında maktülün atölyeye gelerek depoya girdiğini ve burada ürettikleri mallardan bir kısmını ayırdığını görünce gizlice arkasından yaklaşarak elinde bulunan 80x8x3,5 cm ebatlarındaki demir profille maktülün kafasına vurduğu, aldığı darbe sonucu yere düştüğü halde maktüle vurmaya devam ettiği, maktül kendisinden geçip hareketsiz kalınca ellerini, ayaklarını bağladığı ve ağzını bantladığı, babası Y.`a telefon açarak maktülü hırsızlık yaparken yakaladığını söylediği, sanık Y.`ın da, atölyeye geldiği, eliyle maktülün kafasına, tekme ile de ayaklarına vurduğu ve küfrettiği; daha sonra maktülü yarı

baygın vaziyette arabaya koyup, sanık Y.`ın arkadaşı olan M.`a ait boş dükkana saat 07.50 sıralarında götürdükleri, burada maktülden çaldığı malların bedeli olarak hesap ettikleri 20 milyarı ödemesini istedikleri; maktülün parayı ödemeyi kabul ettiği; sanıkların, parayı temin etmesi amacıyla maktülün kardeşi R. telefon açarak yanlarına çağırdıkları; R.`ın kısa bir süre sonra geldiği kardeşi olan maktülün elleri bağlı, yüzü kan içinde, yarı baygın vaziyette yattığını görünce yüzüne su serptiği ve maktüle kendisine ne olduğunu sorduğu, maktülün Y.`ın parasını ver, beni sanıklar Y. ile oğlu A. dövdü diye söylediği, R.`ın maktülle konuştuktan sonra sanık Y. ile birlikte maktülün evine giderek bir miktar para ve bilezik alarak sanık Y.`a verdiği, daha sonra maktüle ait otomobili galeriye sattıkları ve galericinin verdiği çeki sanık Y.`ın aldığı bir süre sonra maktülün tekrar sanıklara ait depoya getirildiği, ancak burada durumunun ağırlaşması nedeniyle saat 11.00 sıralarında hastaneye götürülmek istendiği sırada öldüğü, ölü muayene ve otopsi tutanağına göre maktülün kafa ve vücudunda yaygın şekilde darp izleri olduğu, kafa kubbe kemikleri sağlam olmasına rağmen her iki parietal orta bölgede 3x4 cm. lik subaraknoidal kanama, akciğerlerde tek tük noktavi kanamalar, hyoid kemik korpusu sağ kenarda 0.7 cmlik ekimoz olduğu; Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 09.02.2005 tarihli raporuna göre, ölümün genel beden travmasına bağlı yaygın yumuşak doku içi kanamaları ve beyin kanamasından ileri geldiği ölüme etkili genel beden travmasının başlı başına ölüme yol açacak nitelikte olduğu ölüm ile müessir fiil arasında illiyet bağının bulunduğu olayda;

1- Maktülün aldığı darbelerin nitelik ve şiddeti ile sürekliliği ve olayın seyri göz önünde tutulduğunda; ölümün beklenir sonuç olduğu, sanık A.`in eylemi ile açığa çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu, bu nedenle kasten öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiği halde kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiği halde kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini,

2- Sanık Y.`ın, sanık A. tarafından ağır şekilde darp edilip etkisiz hale getirilen maktulün yanına geldiğinde, maktule tekme ve tokatla vurduğu, maktülün ağır şekilde yaralı olup yarı baygın vaziyette olduğunu gördüğü halde maktulü serbest bırakmak, hastaneye götürmek ya da olayı yetkili makamlara bildirmek yerine, sanık Ahmet ile birlikte maktulü alıp arkadaşına ait boş dükkana götürmek, bir süre burada tutmak daha sonra kendilerine ait depoya geri getirmek suretiyle, ölümün çabuklaşmasına katkıda bulunduğu, mevcut delillere göre, başlangıçtan itibaren sanık A. ile fikir ve irade birliği içerisinde hareket ettiğinin kesin delillerinin bulunmadığı, bu nedenle asli fail olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmış ise de, sanık A.`in kolluktaki anlatımı, maktulün kardeşi R.`ın kolluk ve mahkemedeki anlatımları ve oluşa göre, en lehe yorumla suçun işlenmesine katıldığının kabul edilmesi ve kasten öldürme suçunun yardım edeni olarak cezalandırılması gerektiğinin düşünülmemesi,

3-Kabule göre;

Maktulün, sanıklara ait işyerinden birkaç kez hırsızlık yaptığı, olay günüde geceleyin hırsızlık yapmak için işyerine girdiğinde öldürme suçunun işlendiği, maktulden gelen haksız hareketler bütün olarak ağır tahrik oluşturduğu halde, 765 sayılı TCK'nın 51/1 maddesi yerine 51/2 maddesi ile makul oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanıklar A. ve Y. müdafileri ile Cumhuriyet Savcısı'nın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden , sanıklar hakkında kurulan hükümlerin kısmen tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA**, ceza miktarına ve tutukluluk süresine göre sanık Yaman müdafiinin tahliye isteminin reddine, 15.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ

ÖZET: Suçun işlendiği tarih itibariyle mağdura tecavüzcüsüyle uzlaşıp uzlaşamayacağı sorulmalı, sonuca göre karar verilmelidir.

Y.1.CD E: 2008/8174 K: 2009/14350 T: 14.12.2009

Zorla ırzına geçme ve alıkoyma suçlarından sanık Z.`ın yapılan yargılaması sonunda, ırza geçme eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki niteliğinde kabulüyle bu suçtan mahkümiyetine, alıkoyma suçundan ise beraatine dair, Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 14.09.2006 gün 2004/178 Esas, 2006/185 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtay`ca incelenmesi O Yer C.Savcısı, katılan vekili ve sanık müdafii taraflarından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü;

Katılan vekilinin de temyizinin bulunması sebebiyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükmün temyizi kabil olduğu kabul edilerek ve C. Savcısının temyizinin de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükümle sınırlı olduğu gözetilerek yapılan incelemede;

Deliller takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle alıkoyma suçundan verilen beraat hükmü usul ve kanuna uygun olduğundan yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün **ONANMASINA,**

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazları gelince;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine;

Ancak;

Sanığın üzerine atılı 5237 Sayılı Yasa'nın 104. Maddesinde belirtilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikayete bağlı olduğu ve 5560 Sayılı Yasa'yla değişik CMK`nın 253/3. Maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce işlendiği, 5237 Sayılı Yasa'nın 7/2. Maddesi de nazara alındığında uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmakla; öncelikle CMK`nın 253. Ve 254. Maddelerine göre uzlaşma girişiminde bulunulması, sonuçsuz kalması halinde yargılamanın sürdürülmesi ve neticesine göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmesi,

Uzlaşma girişiminin sonuçsuz kalması halinde ise, 19.12.2006 günlü 5560 Sayılı Yasa'nın 23. Ve 08.02.2008 tarihli 5728 sayılı Kanunun 562. Maddeleri ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. Maddesi karşısında koşulların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilemeyeceği hususunun değerlendirilerek mahkemesince bir karar verilmesi lüzumu,

Kabule göre de;

Hesap hatası sonucu 3.000.-TL. yerine 300.-TL. adli para cezasına hükmolunması,

Kanuna aykırı bu itibarla O Yer C. Savcısı, katılan vekili ve sanık müdafiin temyiz itirazları yerinde görülmüş olduğundan 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1 maddesi gözetilerek CMUK`un 321. Maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** 14.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KASTEN İNSAN ÖLDÜRME

ÖZET: Bıçağın vurulduğu yer suçun niteliğini belirler.

Y.1.CD E: 2009/376 K: 2010/6379 T: 05.10.2010

Kastın aşılması suretiyle Muammer Boyacıoğlu`nu öldürmekten sanık Kemal Boyacıoğlu`nun yapılan yargılaması sonunda: hükümlülüğüne ilişkin BAKIRKÖY Onbeşinci Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 27.02.2008 gün ve 324/35 sayılı hükmün Yargıtay`ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası C.Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle; incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, cezayı azaltıcı tahrik ve takdiri indirim sebeplerinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle kısmen kabul kısmen reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma sebebi dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafiinin suç vasfına, sanık hakkında 5237 sayılı TCK`nın 27. Maddesinin uygulanması gerektiğine, haksız tahrik nedeni ile yapılan indirim ora-

nının daha fazla olması gerektiğine vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine;

Ancak;

Oluş ve dosya içeriğine göre; akraba olan sanık, tanık ve maktulün olay günü parkta beraber içtikleri, sanık ve tanık beraber sanığın evine geldikten sonra, akrabaları olan maktulün de eve gelmesi için telefonla sanığın evine çağırdıkları, bir saat sonra sanığın evine gelen maktulün, kendisine kapıyı açan tanık "neden beni sattın" deyip kafa atması, sanığa ve ailesine hakaret etmesi üzerine, sanığın eline geçirdiği bıçakla maktulün sağ göğüs boşluğuna vurduğu tek bıçak darbesinin, diafragmada delik oluşturararak batın boşluğuna geçip karaciğer sağ lobunu kestiği ve maktulün kot kesisi ve iç organ delinmesinden gelişen iç kanama sonucu öldüğü olayda;

Hedef alınan bölge, kullanılan aletin elverişliliği, yaranın yeri, şiddeti ve iç organların bu şiddetle yaralanması karşısında, sanığın, öldürme kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile kasten insan öldürme suçundan hüküm tesisi gerekirken, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan hüküm kurulması,

Yasaya aykırı, sanık müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, sanık hakkında ceza miktarı yönünden CMUK`un 326/son maddesi gereği kazanılmış hakları saklı kalmak kaydıyla hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA,** 05.10.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

TABANCAYLA ATEŞ • SANIĞIN AMACI

ÖZET: Olası kastla , adam öldürmeye teşebbüs suçu işlenemez.
Y.1.CD E: 2010/2020 K: 2010/7623 T: 30.11.2010

a- S.A. müdafiinin yasal süreden sonra yapmış bulunduğu duruşmalı inceleme isteminin reddine karar verilmiştir.

b- Anayasa'nın 40/2, 1412 sayılı CMUK`un halen yürürlükte bulunan 310. Maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 231,234 ve 34/2. Maddelerine aykırı olarak, hüküm fıkrasında yasa yoluna başvuru şekli gösterilmediğinden, sanık Ş.`in temyiz isteminin süresinde olduğu kabul edilmiştir.

c- Sanıklar C. ve O. hakkında mağdurlar O., C., B., Ş., F., S. ve Ş. müstakil faili belli olmayacak şekilde öldürmeye teşebbüs suçundan açılan dava ile ilgili olarak hüküm kurulmamış ise de zamanaşımı süresi içerisinde hüküm kurulması mümkün görülmüştür.

d- Sanık O., A., O., C. hakkında 6136 Sayılı Kanun'a muhalefet suçundan açılan davalarla ilgili olarak hüküm kurulmamış ise de, mahkemece bir karar verilmesi mümkün görülmüştür.

2- Sanık Ş. 6136 Sayılı Kanun'a muhalefet ve kavgada silah boşaltma suçları yönünden;

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçlarının sübutunun kabulünde ve nitelendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamış ise de; mahkemece nitelendirilen kavgada silah boşaltma ve 6136 Sayılı Kanun'a muhalefet suçlarının öngörülen cezasına göre 765 sayılı TCK`nın 102/4 ve 104/2. Maddelerine göre belirlenen ve suçun işlendiği tarihte işlemeye başlayan 7 yıl 6 aylık dava zamanaşımı süresinin inceleme tarihinden önce dolduğu anlaşıldığından, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmekle hükümlerin **BOZULMASINA,** ancak bozma nedeni yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CMUK`nun 322. Maddesinin verdiği yetkiye istinaden 765 sayılı TCK`nın 102/4, 104/2. Maddeleri uyarınca bu suçlardan açılan kamu davalarının **ORTADAN KALDIRILMASINA,**

3- Sanık O. hakkında maktul O.`ı tasarlayarak öldürme, maktul M.`u kasten öldürme, mağdurları olası kasıtla öldürmeye teşebbüs suçlarından kurulan hükümler yönünden;

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık O. suçlarının sübutu kabul, oluşa ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde maktül O.`ı öldürme suçunun niteliği tayin, cezayı azaltıcı takdiri indirim sebebinin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık O. ve müdafiinin bir sebebe dayanmayan, Cumhuriyet Savcısı'nın sanık O.`a ek savunma hakkı verilmesi gerektiğine yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle;

A- Sanık O. hakkında maktul Orhan`ı tasarlayarak öldürme suçundan kurulan mahkumiyet hükmünün **ONANMASINA,**

B- Sanık O.`ın maktul M.`u öldürme suçu yönünden;

a- Gerekçede; "Sanığın maktul O.`ı öldürmek amacıyla ateş ettiği, dar bir koridorda tabancayla ateş etmesinin yaralama kastıyla değil, ölümün meydana gelebileceği göz önüne alınarak diğer yaralanan ve ölen bakımından yaralama ya da ölüm meydana gelirse gelsin şeklindeki bir olası kastla hareket edildiği" şeklinde açıklama yapılarak suçun olası kastla işlendiği kabul edildiği halde sanık hakkında kasten öldürme suçundan hüküm kurulması suretiyle kabul ve uygulama arasında çelişki yaratılması,

b- Kabule göre; 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK`nın olayla ilgili bütün hükümlerinin yargı denetimine olanak verecek biçimde uygulanması, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan hükmün belirlenmesi ve uygulamanın ona göre yapılması gerektiği düşünülmeksizin, somut karşılaştırma yapılmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması

C- Sanık O. hakkında olası kastla öldürmeye teşebbüs suçlarından kurulan hükümler yönünden;

a- Sanığın hedef seçtiği maktul O. tabanca ile ateş sırada yayında bulunan kişilerinde yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışına devam ederek maktul M.`u öldürmesi, mağdurlar O., C., B., İ., Ş., F., S., Ş. ve D. yaralaması eyleminin olası kasıtla öldürme ve yaralama suçunu oluşturduğu, öldürmeye teşebbüs suçunun olası kasıtla işlenmesinin mümkün olamayacağı gözetilmeksizin, olası kastla öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması,

b- Olası kastla öldürme suçunda teşebbüs nedeni ile uygulama yapıldığı sırada uygulama maddesinin gösterilmemesi,

c- 5237 sayılı TCK`nın 81/1,21/2. Maddesi ile belirlenen 20 yıl hapis cezasından teşebbüs nedeniyle 3/4 oranında indirim yapıldığı sırada hesap hatası sonucu 5 yıl yerine 2 yıl 6 ay hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle neticede eksik ceza tayini,

d- Sanık Ahmet hakkında maktuller O. ve M.`u öldürme, mağdurlar İ. ve D.`u öldürmeye teşebbüs, sanıklar, O. ve C. hakkında öldürme suçlarından kurulan hükümler yönünden;

İddianamede sanık O.`ı tabanca ile ateş ederek maktuller O. ve M.`u öldürdüğü, mağdurlar İ. ile D.`u silahla yaralayarak öldürmeye teşebbüs ettiğinin anlatıldığı ve sadece bu sanık hakkında maktullere ve bu mağdurlara yönelik eylemden dolayı sevk maddesi yazılarak cezalandırılma isteminde bulunulduğu, aynı olayda mağdurlar O., C., B., Ş., F., S. ve Ş. silahla ateş edilmesi olayı ile ilgili olarak müstakil faili belli olmayacak şekilde öldürmeye teşebbüs suçundan sanıklar A., C. ve O.`ın cezalandırılması yönünde sevk maddeleri yazıldığı ve eylemlerinin anlatıldığı ancak iddianame metninde bu sanıkların maktuller O. ve M. ile mağdurlar İsmet ve D.`a yönelik herhangi bir eylemlerinin anlatılmadığı anlaşılmakla, sanık A. hakkında maktuller O. ve M.`u öldürme ve mağdurlar İsmet ve D.`a silahla ateş edilmesi, C. ve O. hakkında ise maktuller O. ve M.`u öldürme eylemlerinden dolayı usulüne uygun şekilde açılmış bir dava bulunmadığı gözetilerek, dosyanın Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilerek öldürme ve bu mağdurlara yönelik eylemlerden dolayı usulüne uygun şekilde kamu davaları açıldığı takdirde delillerin birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki davaları açıldığı takdirde delillerin birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, yazılı şekilde sanık A.`in öldürme, mağdurlar İ. ve D.`u öldürmeye teşebbüs suçundan mahkumiyetine, sanıklar C. ve O.`ın ise öldürme suçlarından beraatlerine karar verilmesi suretiyle CMK'nın 225. Maddesine aykırı davranılması,

Usul ve yasaya aykırı ve sanıklar O. ve müdafii ile sanık A. müdafii ile Cumhuriyet Savcısı'nın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmekle sanıklar hakkında kurulan hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA,** 30.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ TAHRİK

ÖZET: Haksız hareketlerin ulaştığı boyut dikkate alınırken kanunda bulunan alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayini gerekir.

Y.1.CD E: 2010/3384 K: 2010/8152 T: 23.12.2010

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliğini tayin, takdire ilişen cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, katılan vekilinin vesaireye, sanık müdafiinin temyiz dilekçesinde ve duruşmalı incelemede eksik incelemeye suç kasıtına, suç vasfına, meşru savunmaya yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak

1-Oluşa ve dosya içeriğine göre, polis memuru olan sanığın, mesai saati dışında yürüyerek evine giderken, sokakta karşı yönden yürüyerek gelmekte olan önceden tanımadığı maktul ve tanık R. ile karşı karşıya geldiği sırada, maktulün sanığa "ne bakıyorsun ulan bi durum mu var? Biz adamı asarız, keseriz." Diyerek sanığın üzerine yürüdüğü, bu sırada maktul ile sanığın arasında 2 metre kadar mesafe bulunduğu, bilahare maktulün cep telefonuyla kimliği belirlenemeyen bir şahısla görüşüp, bulunduğu yeri tarif edip gelmelerini istediği, telefonla konuşma sırasında da sanığın üzerine yürümeye devam ederek, aralarındaki mesafeyi kısaltıp, diğer elini de karın bölgesine götürmesi üzerine, sanığın yanında bulunan tabancasını çıkartarak, namlusuna mermi sürdükten sonra maktule yönelttiği, bunun üzerine maktulün sanığa "silahı çekiyorsan ateş edeceksin, yoksa onu alır ağzına sokarım" deyip sinkaflı sözlerle sövdüğü sırada sanığın, yönelttiği silahı ateşleyip maktulü öldürdüğü olayda, 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası öngören TCK`nın 29 maddesi uygulanırken, haksız hareketlerin ulaştığı boyut dikkate alınarak,alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza yerine, 12 yıl hapis cezası tayini suretiyle eksik ceza verilmesi,

2-Adli emanette kayıtlı bulunan ve suçta kullanılan tabancanın kamu malı olup olmadığı hususunda ilgili idareye müzekkere yazıldıktan sonra müsaderesinin veya idareye tesliminin gerekip gerekmeyeceği hususunun düşünülmemesi,

Yasaya aykırı olup, C. Savcısının ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA,** 16.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA CEZA TAYİNİ

ÖZET: Kışkırtmadaki ağırlık gözetilmeden basit haksız tahrik hükmü uygulanamaz.

Y.1.CD E: 2002/2657 K: 2002/3720 T: 22.10.2002

Failin iradesinden hariç gayrimelhuz esbabın inzimamı sonucu M.K. ölümüne sebebiyet vermekten sanık S.H.Ö. yapılan yargılanması sonunda Hükümlülüğüne ilişkin BAKIRKÖY 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 24.09.2001 gün ve 289/309 sayılı hükmün Yargıtay`ca incelenmesi C.Savcısı, sanık ve müdahil taraflarından istenilmiş sanık duruşmada talep etmiş oldğundan dava dosyası C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Dairemize gönderilmekle, sanık hakkında duruşmalı müdahil ile C.Savcısının temyizi veçhile incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık S. kastı aşan adam öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, takdire ilişen cezayı azaltıcı sebebinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle kısmen kabul kısmen reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma sebebi dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık ve sanık müdafiinin temyiz dilekçesinde veduruşmalı inceleme sırasındaki savunmasında usule , sübuta, eksik incelemeye, müdahil vekilinin vasfa, kabule göre teşdit uygulanması gerektiğine, tahrikin bulunmadığına, TCK 59. Maddesinin yersiz olduğuna yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak,

Maktül Mustafanın muaccel kira borcunu ödememesi, 3 aylık borç birikmesine rağmen sanığın eve gelerek yaptığı ödeme uyarısını “dükkana gel” demek suretiyle savuşturması, sanığın ayağından vaki yaralanma fiili, kendi hareketi ile olmuş sayılsa dahi maktül yakınlarının beyanları ile açıklığa kavuşmayan sanıktaki sair darbın maktül tarafından öncelikle ika edildiği yolundaki savunması ve kuşkunun sanık lehine değerlendirilmesi ile sanığın maruz kaldığı kışkırtma düzeyinin ağır olduğunun kabulü ile TCK`nın 452/2, 51/2 maddesince hüküm kurulması yerine yazılı şekilde basit tahrik değerlendirilmesi ile hüküm tesisi sonucu fazla ceza tayini,

Yasaya aykırı ve sanık müdafii ve C.Savcısı'nın temyiz itirazları bu yönü ile isabetli görülmekle hükmün tebliğnamedeki onama düşüncesine aykırı olarak **BOZULMASINA** 22.10.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS DAVALARINA İLİŞKİN YARGITAY KARAR DERLEMESİ

Derleyen : YAYIN KURULU

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

YAŞ DÜZELTİLMESİ • NÜFUS KAYITLARI

ÖZET: Yaşı düzeltilecek olan kişinin nüfusta ablası olarak görünen kişiden daha önceki tarihte doğmuş olduğu tespit edilerek yaş düzeltilmesi mümkündür.

Y.HGK E: 2010/18-395 K: 2010/369 T: 7.7.2010

Taraflar arasındaki "yaş düzeltilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gölbaşı (Ankara) Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 11.05.2009 ve 2009/101 E.-296 K. Sayılı kararın incelenmesinin davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 15.02.2010 gün ve 2010/1153 E.-2136 K. Sayılı ilamı ile;

(" Davacı vekili dava dilekçesinde müvekkilinin oğlu M.Ş.'nin gerçek doğum tarihinin 15.07.1990 olmasına rağmen her nasılsa nüfus kütüğüne 01.01.1992 olarak kayıt edildiğini ileri sürerek bu yanlışlığın düzeltilmesini istemiş, mahkemece yaşının düzeltilmesi istenenin talebi kabul edildiği takdirde kayıtlarda ablası olarak gözüken Deryadan büyük konuma geleceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kurulunun 12.02.2009 günlü rapor içeriğinde M.Ş.'nin vücut gelişimine göre 19 yaş ile uyumlu olduğunun bildirildiği, dinlenen tanığın da iddiayı doğrular mahiyette beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece tüm bu hususlar dikkate alınarak yaşının düzeltilmesi istenenin doğum tarihinin istem gibi düzeltilmesine karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesinin doğru görülmemiştir...")

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:

Dava; yaş düzeltilmesi istemine ilişkindir.

Davacı, küçük oğlu M.'in gerçek doğum tarihinin 15.07.1990 olmasına rağmen, her nasılsa nüfus kütüğüne 01.01.1992 olarak kayıt edildiğini belirterek, bu yanlışlığın düzeltilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, talep kabul edildiği takdirde M.'in, kayıtlarda ablası olarak gözüken 05.06.1991 doğumlu D.'den büyük konuma geleceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçeler ile hüküm bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçelerle ve ayrıca yaş düzeltilmesi davalarında gerçek doğum tarihinin belirlenmesi ve belirlenen tarihin kayıtlarda çelişki yaratmaması gerektiği, tanık beyanına göre, D.'nin, M.'nin ablası olduğu, doktor raporunun esas alınması halinde; "doğru kayıtlarda çelişki yaratılmaması gerektiği" şeklindeki zorunluluğun ihlal edilmiş olacağı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık; sağlık kurulu raporu, tanık beyanı ve yaşının düzeltilmesi istenen M.nin ablası D.'nin doğum tarihi dikkate alındığında, M'in yaşının düzeltilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Mevcut kayıtlara göre, yaşının düzeltilmesi istenen 01.01.1992 doğumlu M. ile ablası olarak gözüken 05.06.1991 doğumlu D. arasında 6 ay 26 gün (206 gün) olduğu gözükmektedir. Talebin kabul edilmesi halinde ise anılan kişiler arasında 10 ay 20 gün (320 gün) olacağı açıktır.

Öte yandan, yaşının düzeltilmesi istenen M. İn kayıtlarda ablası olarak görünen D.'in her zaman dava açarak yaşının düzeltilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, D.'nin abla olarak bilinmesinin sonuca etkisi bulunmamaktadır.

O halde, Hukuk Genel Kurulunca da uygun bulunan Özel Daire'nin bozma kararına uyulması gerekirken, davanın reddine ilişkin önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle, direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 07.07.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

AYNI KONUYA İLİŞKİN BİR DAVA AÇILABİLECEĞİ

ÖZET: Aynı konuya ilişkin nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir.

Y.HGK E: 2010/18-563 K: 2010/554 T: 3.11.2010

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin nüfus kütüğündeki D. olan soyadının G. olarak düzeltilmesini istemiştir.

Dosya içindeki davacının nüfus kaydının incelenmesinden, davacının soyadı Köker iken Beyoğlu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 8.2.2001 günü kesinleşen kararı ile D. olarak değiştirildiği anlaşılmaktadır.

29.04.2006 günlü 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 36. Maddesi'nin birinci fıkrasının (b) bendine göre "Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının dü-

zeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir." Hükmü karşısında davanın kabulü doğru görülmemiştir.

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.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, soyadı değişikliği istemine ilişkindir.

Davacı, annesinin, A.H., G. ile yaptığı ikinci evliliğin 13 yıldır devam ettiğini kendisinin de toplum içerisinde H.G'nin kızı olarak tanınıp bilindiğini belirterek, nüfus kütüğündeki "O" olan soyadının "G" olarak değiştirilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davacının eldeki davadan önce açtığı davada, soyadını bir kez değiştirdiği, ancak Türk Medeni Kanunu`nun 27. Md. Si gereğince, haklı nedenlerin varlığı durumunda isim, soy isim değişikliği davalarının birden fazla açılabileceği, somut olayda, ibraz edilen gazite ve dergi nüshalarından, tanıkların birbirini destekleyen beyanlarından, davacının iş ve cemiyet hayatında G soy ismi ile hatta H.G. 'nin kızı olarak tanındığı, bu nedenle davacının davasını haklı nedenlere dayandırdığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Özel Dairece; yukarıda açıklanan gerekçeler ile hüküm bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçelerle ve ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-b maddesindeki düzenlemenin isim ve soy isim değişikliği davalarını kapsamadığı, anılan maddenin ancak doğum tarihi düzeltilmesi ile ilgili davalarda uygulanabileceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiş; hükmü davalı vekili temyize getirmiştir.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık;5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun36/1-b maddesindeki düzenlemenin isim ve soy isim değişikliği davalarını kapsayıp kapsamağı, dolayısıyla soyadı değişikliği davalarının bir defadan fazla açılıp açılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın "Nüfus Davaları" başlıklı ve kayıt düzeltmelerinde uyulacak usulleri düzenleyen 36. Maddesi'nin birinci fıkrasının (b) bendinde "Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir." Hükmüne yer verilmiştir. Maddede herhangi bir ayrım yapılmadan kayıt düzeltme davaları düzenleme altına alınmıştır.

Mahkemenin bu hükümde yer alan sınırlamanın sadece doğum tarihi düzeltilmesi ile ilgili davalarda uygulanabileceği gerekçesi bu nedenle yerinde değildir.

Somut olayda; davacının ilk soyadı O iken 8.3.2000 tarihinde evlat edinilmesi

nedeniyle evlat edinenin K soyadını almıştır. Ancak davacı, Beyoğlu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 8.2.2001 günü kesinleşen kararı ile soyadını O olarak değiştirmiştir.

Her ne kadar davacı, evlat edinilmeden önceki ilk soyadını almak için önceki davayı açmış ise de anılan davanın da 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 36. Maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen nüfus kaydının düzeltilmesi davası niteliğinde olduğu açıktır.

Bu nedenle davacı, aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davasını ancak bir kere açılabilecek iken, ikinci kez açması anılan yasal düzenlemeye aykırı olmuştur.

Nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun 2.7.2008 gün ve 2008/18-471-478 K. Sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulunca da uygun bulunan Özel Dairenin Bozma Kararına uyulması gerekirken direnme kararı verilmesi hatalı olmuştur.

Bu nedenle, direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalının temyiz itirazlarının kabulü ile **BOZULMASINA** oybirliği ile karar verildi.

ÇOCUĞUN ADININ DEĞİŞTİRİLMESİ • TARAF TEŞKİLİ

ÖZET: Çocuğun adını anne ve baba birlikte belirlediklerinden değiştirme talebini de birlikte yapmaları gerekir. Eşlerin boşanmış, velayetin anneye verilmiş olması bu durumu değiştirmez. Bir davada taraf teşkili kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır.

Y.HGK E: 2010/18-643 K: 2010/648 T: 8.12.2010

(..... Davacı dava dilekçesinde, kızının S adı ile tanındığını belirterek kayden R olan adının S olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 27. Maddesi hükmü uyarınca kişi, haklı nedenlere dayanarak adının değiştirilmesini hakimden isteyebilir. Yargıtay uygulamalarında yasanın buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla bir kişi çevresinde tanındığı adını kullanabilir ve bu adla nüfusa tescilini isteyebilir. Somut olayda davacının kızının S adı ile tanındığı dosya içeriğinden anlaşıldığına göre, adının değiştirilmesi için haklı nedeni bulunduğundan istemin kabulü gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, nüfusta isim düzeltme istemine ilişkindir.

Davacı, velayeti altındaki kızının S adı ile tanındığını belirterek, kayden R. olan adının S. olarak değiştirilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı idare temsilcisi, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C. Savcısı beyanında; davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş olup, hükmün davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine; Özel Dairece, yukarıya aynen alınan gerekçeyle bozulmuş. Yerel Mahkemece direnme kararı verilmiştir. Hükmü temyize davacı ve Cumhuriyet Savcısı getirmektedir.

Hukuk Genel Kurulun da ki görüşme sırasında, işin esasına girilmeden önce küçüğün babasının davaya katılımının gerek olup olmadığı, diğer bir deyişle taraf teşkilinde eksiklik olup olmadığı, ön sorun olarak incelenmiştir.

Bu aşamada öncelikle taraf teşkili üzerinde durmak gerekmektedir.

Taraf teşkili dava şartı olup, davanın her aşamasında mahkemece re`sen dikkat edilmesi gereken bir olgudur ve mahkemenin, bozma ilamını ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun amir hükmü gereğidir. (Hukuk Genel Kurulu`nun 4.3.2009 gün ve 2009/9-52-105 esas karar; 14.4.2010 gün ve 2010/21-200-216 esas, karar sayılı ilamları)

Bu husus kamu düzenine ilişkin olmakla yargılamanın her aşamasında re`sen nazara alınması gerektiğinden, usulü kazanılmış hakkında istisnasıdır.

Diğer taraftan 4721 sayılı TMK'nın 339/ son maddesi, çocuğun adını ana ve babası koyar, hükmünü taşımaktadır.

Somut olaya gelince; adı değiştirilmek istenilen küçüğün anne ve babasının boşandıkları, küçüğün velayetinin davacı anneye verildiği, annenin de tek başına eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. Taraflar boşanmış ve velayet davacı anneye verilmiş olsa da; bu durum eldeki davada dava dışı olan küçüğün babasının gerçekte onun babası olması durumu değiştirmez. Kaldı ki, velayet şartlarında daha sonradan oluşabilecek değişiklik nedeniyle velayetin babaya verilmesi de ihtimal dahilindedir. Yukarıda da belirtildiği üzere çocuğun adını anne ve baba birlikte belirlediklerinden değiştirilmesi talebini de yasal şartların oluşması halinde mahkemeden birlikte istemeleri gerekir. Anne ve babanın bu taleplerini birlikte yapmamaları veya değişiklik üzerinde anlaşamamaları halinde birinin başvurusu üzerine değerinin davada taraf olarak katılımı sağlanmalıdır. Taraf teşkiline ilişkin bu husus dava şartı olup, kamu düzenine ilişkin olmakla davanın her aşamasında mahkemece re`sen dikkat edilmesi gereken bir olgudur.

Ayrıca Hukuk Genel Kurulu`ndaki görüşme sırasında Türkiye`nin de taraf olduğu Uluslar arası Sözleşmeler ve çocuğun hakları üzerinde durulmuş, dinlenmesi

yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Gerçekten Türkiye`nin kabul ettiği ve taraf olduğu "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme"nin 12. Maddesi ile "Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşme" sinin 1, 2 ve 6. Maddelerine göre; görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocukların, adli merciler önünde kendilerini ilgilendiren her konuda bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesi bir hak olarak düzenlenmiş olup, ayrıca bu hususların adli merciler tarafından yerine getirilmesi aynı zamanda yükümlülük olarak öngörülmüştür. Ancak bozma sebebine göre anılan hususlar bu aşamada ayrıca bozma nedeni yapılmamıştır.

Yerel Mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan taraf teşkili sağlanmaksızın esasa ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı açıklanan değişik gerekçelerle bozulmuş; bozma nedenine göre işin esasının incelenmesine geçilmemiştir.

SONUÇ: Davacı ve Cumhuriyet Savcısı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının **BOZULMASINA**, oyçokluğu ile karar verildi.

NÜFUS KAYITLARI • DOĞUM VE ÖLÜM • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: Doğum ve ölüm öncelikle nüfus kayıtlarıyla ispat edilebilir. Nüfus kaydının bulunmaması ya da mevcut kaydın doğru olmadığının anlaşılması halinde gerçek durum her türlü delil ile ispat edilebilir.

Y. HGK E: 2011/7-27 K: 2011/131 T: 13.4.2011

(.....Dava, mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece miras bırakan A.D. kayıtlarına ulaşılamadığı, davacı ile nesep ilişkisinin tam olarak kurulamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç toplanan delillere ve yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 30. maddesi hükmünde doğum ve ölümün nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat edilebileceği, nüfus kütüklerinde kayıt bulunmaması veya bunların kaydın doğru olmadığının anlaşılması halinde gerçek durumun her türlü delile kanıtlanabileceği açıklanmıştır.

Somut olaya gelince miras bırakan A.D.`nin nüfusta kaydının bulunmadığı anlaşılmakta ise de davacının dedesi Adıyaman Merkez Durak Köyü cilt no:48 hane:37 nüfusta kayıtlı H.D.'in baba adının A olduğu davacının beyanı ve nüfus kayıtlarından anlaşılmaktadır.

Davacı da dedesi H.D.`in babası olan kök miras bırakanının mirasçılarını ve miras paylarını gösterir mirasçılık belgesinin verilmesini istemiştir. Mevcut nüfus kayıtları davacı ile dedesinin babası arasındaki nesep ilişkisini kanıtlamaya yeterlidir.

Hal böyle olunca mevcut nüfus kayıtları dikkate alınarak mirasçılık belgesinin verilmesi gerekirken yersiz gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu`nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararından açıklanan gerektirici nedenlerle ve özellikle hasımsız olarak açılan dava sonucu verilen mirasçılık belgesi kararının çekişmesiz yargı kararı niteliğinde olmakla şekli bakımından kesinleşmiş olsa bile maddi hukuk açısından kesin hüküm teşkil etmemesine, her zaman aksinin iddia ve ispatının olanaklı olmasına ve aksi ispat edilene kadar geçerli olup içeriğine göre işlem yapılması gerekmesine 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 **BOZULMASINA**, oyçokluğu ile karar verildi.

KOCASI ÖLEN KADININ SOYADI • YARGITAY BOZMASI

•

USULİ MÜKTESEP HAK

ÖZET: Kocası ölen kadının ölen kocasından aldığı soyadı kadının yeniden evlenmesiyle ya da kendi isteğiyle babanın nüfus kütüğüne dönmesiyle değişebilir. Yargıtay'ın bozma kararına uyulmakla "usuli müktesep hak" doğar ve geriye dönülerek eski hükümde ısrar edilemez.

Y.HGK E: 2011/18-21 K: 2011/135 T: 13.4.2011

Taraflar arasındaki "nüfus kaydında soyadı düzeltilmesi" dolayı yapılan yargılama sonunda; Eynesil Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 10.03.2010 gün ve 2010/3 E, 2010/19 K. Sayılı kararın incelenmesi davalı nüfus idaresi temsilcisi tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi`nin 25.05.2010 gün ve 2010/3816 e., 7805 K. Sayılı ilamı ile;

("...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak;

Dava, davacıların "B." olan soyadının "P." olarak değiştirilmesi istemine ilişkin olup, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; davacı F.B`in M.B. ile evlenmekle Bir soyadını aldığı, kocasının 01.07.1963 tarihinde öldüğü, davacının kocası hanesinde kalarak onun soyadını kullanmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 187. ve Soyadı Nizamnamesi'nin 17. Maddelerinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı, isterse kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği, Soyadı Nizamnamesi'nin 18. Maddesinde de dul bir kadının evlenmekle yeni kocasının soyadını alacağı, Nüfus Hizmetleri Kanununun 23. Maddesinin ikinci fıkrasında ise kadının evlenmekle kaydının kocası hanesine taşınacağı, koca ölse de kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalacağı, ancak dilerse babasının kütüğüne dönebileceği öngörülmüştür. Bu durumda kadının kocasından aldığı soyadı ancak yeniden evlenmekle veya kendi isteğiyle babası kütüğüne dönmekle değişebilir. Açıklanan hususlar göz ardı edilerek davacının evlenmekle aldığı soyadını değiştirmesine ilişkin davanın kabulüne karar verilmesi ,doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...") Gerekçesiyle hüküm bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Cumhuriyet Savcısı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu`nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, nüfus kaydında soy isminin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar, davalı nüfus idaresi temsilcisinin temyizi üzerine Özel Daire'ce bozulmuştur.

Bozma üzerine yeniden yapılan yargılama sırasında 28.07.2010 tarihli oturumda tarafların beyanları alındıktan sonra verilen ara kararı ile, "Usul ve yasaya uygun bozma ilamına uyulmasına karar verilip tefhimle açık yargılamaya devam olundu" denildikten ve bu şekilde açıkça bozma ilamına uulup, karar tefhim edildikten sonra davacı F.B. hakkındaki davanın terfik edilerek yargılamaya yeni esas numarası verilen ayrı bir dosyada devam edilmiş ve bu tefrik edilen davanın 27.10.2010 tarihli oturumunda yine tarafların beyanları alındıktan sonra verilen yeni bir ara kararı ile, "Mahkememizin 2010/47 esas sayılı dava dosyasında her ne kadar Yargıtay 18.H.D. nin 25.05.2010 tarih ve 2010/3816-7805 esas-karar sayılı bozma ilamına uyulmasına karar verilmiş ise de anılan kararın bir ara karar olduğu ve ara karardan dönülmesinin nihai karar verilene kadar mümkün olması nedeniyle davacı F.B. açısından bozma ilamına uyulmasına dair verilen arakarardan

sarfınazar edilerek tefhimle açık yargılamaya devam olundu" denilerek bozmaya uyma yönündeki ara kararından açıkça dönülerek, yargılamaya son verilmiş; ne var ki, oluşturulan kısa kararda ve buna uygun yazılan gerekçeli kararda az önce verilen uyma kararından dönülerek, önceki kararda direnilerek, davanın kabulüne" şeklinde hüküm oluşturulmuştur.

Burada tarafların beyanları alındıktan sonra mahkemece , "Yargıtay Özel Daire bozma ilamına uyulmasına" ilişkin ara kararı oluşturulmasına karşın, başka bir oturumda bu karardan dönülerek açıklanan bu hukuki sonucun tam aksine bir karar verilmesine (direnilmesine) hukuken olanak bulunup bulunmadığı üzerinde durulması gerekmektedir.

Öncelikle belirtelim ki, vermiş olduğu bir hüküm Yargıtay tarafından bozulan ve Yargıtay`ın bu bozma kararına gerek iradi ve gerekse kanuni şekilde uymuş olan yerel mahkeme, bozma kararı doğrultusunda inceleme yapmak ve hüküm kurmak zorundadır. Mahkeme uyma kararını kaldırarak, direnme kararı veremeyeceği gibi, hükmünün bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan bölümleri hakkında da yeni bir hüküm kuramaz. Bozmaya uyulmakla bozma lehine olan taraf yararına usuli kazanılmış hak doğmuş olur. Buradaki ara kararı davayı sonlandıran ara kararı olup, direnmeden sonra davaya devam edilemez.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kununu`nda "usuli kazanılmış hak" kavramına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu kurum, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretide kabul görmüş ve usul hukukunun vazgeçilmez, ana ilkelerinden biri haline gelmiştir. Anlam itibariyle, bir davada, mahkemenin ya da tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkı ifade etmektedir.

Belirtilmelidir ki; bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. "Usuli kazanılmış hak" olarak tanımlanan bu olgu mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirmektedir (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK)

Bu ilke kamu düzeni ile ilgili olup, Yargıtay`ca kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Hakimin değişmesi dahi açıklanan bu hukuki ilkeye etki yapamaz. (Aynı yönde HGK`nun 26.2.1986 gün ve E: 1986/1-50, K:174; 11.5.1994 gün ve E: 1994/8-252, K: 314; 1.12.1999 gün ve E: 1999/18-1041, K: 1006, 11.5.2005 gün ve E: 2005/2-315, K: 333, 27.09.2006 gün ve E: 2006/19-635, K: 573 sayılı ilamları)

Kural olarak, hakim ara kararından dönebilirse de, bozmaya uyulmasına ilişkin karar, bunun istisnalarındandır. İster aynı oturumda, ister daha sonraki oturumlarda olsun bundan dönerek eski hükmünde ısrar edemez. Hakim değişikliği olsa dahi, bozmaya uymaya ilişkin ara kararından dönülemez ve direnme kararı verilemez. (HGK`.nın 15.10.2008 gün ve E:2008/19-624, K:632 sayılı ilamı)

Kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2. Maddesinde açıklanan "Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir." Hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ki, bu kabul edilemez.

Mahkemece tarafların beyanlarının alınıp bozmaya uyulmasına da karar verildikten sonra yapılacak iş; bozma gereklerinin yerine getirilmesi olmalıdır. Zira mahkemece bozmaya uyulması yönünde oluşturulan karar bozma lehine olan taraf yararına usule ilişkin kazanılmış hakkın neden olur. Mahkemece uyma yönünde verilen karardan dönülerek önceki kararda direnilmesi usulen lanaklı değildir. (HGK.`nun 27.09.2006 gün ve E:2006/19-635, K: 573; 15.10.2008 gün ve E:2008/19-624, K: 632 sayılı ilamları)

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu`nun 17.02.2010 gün ve E:9-71, K:87 sayılı kararında da, benimsenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı yanın temyizi üzerine verilen Yargıtay bozma kararı ve yerel mahkemenin bu karara uyması ile davalı yararına usulü kazanılmış hak oluşmuştur. Bu ilke, yukarıda da belirtildiği gibi, kamu düzeni ile ilgili olup Yargıtay`ca kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

Açıklanan nedenlerle, mahkemece bozmaya uyulmakla gerçekleşen usule ilişkin kazanılmış hak nazara alınarak hükmüne uyulan bozma gereklerinin yerine getirilmesi gerekirken, uyma kararından dönülüp direnme kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Cumhuriyet Savcısı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK`un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelemesine yer olmadığına 13.04.2011 gününde, oybirliği ile karar verildi.

SOYADININ DEĞİŞTİRİLMESİ

ÖZET: Şartların varlığı halinde soyadının değiştirilmesi mümkündür.

Y.HGK E: 2010/18-575 K: 2010/270 T: 4.5.2011

Taraflar arasındaki "Soyadı Tashihi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Erbaa Asliye Hukuk Mahkemesin'ce davanın reddine dair verilen 28.04.2009 gün ve 2009/64 E: 2009/367 K: sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2010 gün ve 2010/1285 E:2010/5200 K sayılı ilamı ile,

(...Davacı, dava dilekçesi ve duruşmadaki beyanı ile nüfus kütüğündeki "D..." olan soyadı ile çevrede tanınıp bilinmediğini, "M..." soyadı ile tanındığını bildirerek soyadının "M..." olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 27. Maddesi hükmüne göre haklı nedenin varlığı halinde, soyadın değiştirilmesi mümkün olup Yargıtay uygulamalarında, kişinin toplum içerisinde bilinip tanındığı soyadı ile anılmayı ve onu kayden de taşımayı istemesinin haklı neden teşkil edeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda davacının nüfus kütüğünde soyadının "D..." olarak yazılı bulunmasına karşın, dinlenen tanık anlatımından "M..." soyadı ile tanınıp bilindiği kanıtlandığından, mahkemece bu husus gözetilerek davanın kabulü gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ile reddi yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

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.

HUKUK GENEL KURUL 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 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 verilmesine, 04.05.2011 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

NÜFUS KAYITLARINA İLİŞKİN TESPİT DAVALARI

●

DAVADA İZLENECEK YOL*

ÖZET: Nüfus kayıtlarında düzeltme amacıyla açılmış olan ölümün tespiti davalarında Cumhuriyet Savcısının ve Nüfus memurunun katılımıyla yürütülmesi gerekir.

Y.2.HD E: 2009/17090 K: 2010/21855 T: 23.12.2010

Temyiz incelemesine konu dava, nüfus sicilinde sağ gözüken kişinin gerçekte ölü olduğunun tespiti yanında, sicilde "sağ" olarak belirtilen kadın "ölü" olarak düzeltilmesini de amaçlayan; bu kişinin ölmüş olduğunun tespiti durumunda mirasçısı olacak kişi tarafından açılmış "ölüm tespiti davası" niteliğindedir. Dava bu hukuksal niteliğiyle; mirasçılık haklarını etkileyeceğinden Türk Medeni Kanunu`nu, nüfus sicilindeki eksik veya hatalı kaydın düzeltilmesini de amaçladığından 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu`nu ilgilendirmektedir. Dava; mirasçılık hakkı ilgisi nedeniyle ölümün tespiti istenilen kişinin diğer mirasçısına, nüfus kaydının düzeltilmesi yönünden Nüfus Müdürlüğüne yöneltilerek açılmıştır. Davada husumet yönünden bir eksiklik veya yanlışlık bulunmamaktadır.

Ölü olduğu halde aile kütüklerinde (nüfus sicilinde) sağ gözükenler hakkında ne gibi işlem yapılabileceği, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 33 ve bu Kanunun Uygulamasına İlişkin Yönetmeliğin 69. Maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; bu gibi kişilerin ölü olduğu idarece tesit edilebildiği takdirde idari yoldan ölüm kaydı düşülebileceği gibi; yönetmeliğin belirtilen 69. Maddesinde düzeltmeye esas alınabilecek belgeler arasında "mahkeme kararları" da gösterilmiş olduğundan, mahkeme kararlarına dayanılarak da ölüm kaydı düşülebilecektir. Yürürlüktün kaldırılan 1587 sayılı Nüfus Kanunu`nda tespit davalarına yer verilmemişken; 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-c maddesinde, nüfus kayıt düzeltim davalarının bir türü olarak "tespit davaları" na da yer verilmiştir. O halde, nüfus idaresi hasım gönderilmek suretiyle açılan ölümün tespiti davasının dinlenmesine artık yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak, bu şekilde ölümün tespiti davaları açıldığında sadece ölümün tespitine karar vermek yeterli olmamakta; ölüm tarihi mirasçılık haklarını etkileyeceği ve sicilde de ölüm tarihinin belirtilmesi gerektiğinden, ölüm tarihinin de mümkünse gün/ay/yıl en azından yıl olarak da tespiti gerekmektedir. Diğer yandan; 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-a

---

* Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

maddesi; nüfus kayıt düzeltim davalarının Cumhuriyet Savcısı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru katılımıyla görüleceği ve karara bağlanacağını hükme bağlamıştır. Bunun sonucu olarak; nüfus kaydında düzeltme sağlamayı da amaçlayan ölümün tespiti davaları açıklandığı gibi, nüfus kayıt düzeltim davalarının bir türü olarak, Cumhuriyet Savcısı ve nüfus memuru katılımıyla görülüp sonuçlandırmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki; nüfus sicilinde kaydı bulunmayan kişilere yönelik olarak, mirasçılık hakları vb. diğer bazı haklar yönünden de ölümün tespiti davası açılabileceğinden; o kişinin nüfus sicilinde kaydı bulunmadığı; ölü kişinin sicile yazımının da olanaklı olmaması nedeniyle; bu gibi ölümün tespiti davalarında Cumhuriyet Savcısı katılımı ve davayı nüfus idaresine yöneltme gerekmemektedir.

Davaya konu olayda; ölümünün tespiti istenilen kişi 1922 doğumlu R oğlu A olup; bu kişi 1923 yılında Dikili nüfus kütüğüne tescil edilmiştir. Davacı bu kişinin 1934 yılında ölmüş olduğunu belirterek ölümün tespitiyle ilgili nüfus kaydında buna ilişkin kayıtların düzeltilmesini istemektedir. Mahkemece dava, Cumhuriyet Savcısı katılımı sağlanmadan görülüp, sonuçlandırılmış; Cumhuriyet Savcısı hükmü katılımı sağlanmadan görülüp karara bağlandığı ve bu durumun usule aykırı olduğu gerekçesiyle temyiz etmiştir. Yukarıda ayrıntısıyla açıklandığı gibi; temyiz incelemesine konu bu davanın, mevcut niteliğine göre Cumhuriyet Savcısı katılımıyla görülüp sonuçlandırılması gerekirken, bu gerekliliğin gözetilmemesi, usul ve yasaya aykırı olup; hükmün bu nedenle bozulmasını gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre, hükmün esasının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 23.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

YAŞ DÜZELTİLMESİ • SAĞLIK KURULU RAPORU

ÖZET: Sağlık Kurulunca verilen raporda davacının yaşının düzeltilmek istenen yaşa uyduğu belirtildiği dikkate alınarak tanıklar da dinlenilmek suretiyle sonuca gidilmelidir.

Y.18.HD E: 2008/12839 K: 2009/171 T: 19.1.2009

(...Davacı dava dilekçesinde velayeti altındaki kızı Y...`nin nüfus kütüğünde 01.05.1998 olan doğum tarihinin 27.10.1994 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece, Y...`nin yaşının istem gibi düzeltilmesi halinde o tarihte davacının eşinin (Y...`nin annesinin) başka birisi ile evli olduğu ve bu durumun kayden engel oluşturduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; Y.P.`nin 01.05.1998 doğumlu olarak babası K.P. ve annesi E.P. tarafından müşterek yaşantılarından doğduğu belirtilerek 31.07.2001 günlü tescil ile nüfusa kaydedildiği, Bakırköy Dr. Sadi Konuk Eğitim ve Araştırma Hastanesi sağlık kurulunca verilen 08.06.2006 günlü raporda yaşının, 13 yaşa uyduğunun bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu duruma göre Y.`nin yaşının nüfusa kayıtlı yaşından daha büyük olduğu saptanmıştır. Mahkemece davacı tarafın göstereceği tanıklar da dinlenip rapor içeriği de dikkate alınarak oluşacak sonuç doğrultusunda karar vermek gerekirken yerinde görülmeyen yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek hilende temyiz edene iadesine 19.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYDINDA DEĞİŞİKLİK • MAHKEME KARARI

ÖZET: Kesinleşmiş bir Mahkeme hükmü olmadan nüfus kayıtları kendiliğinden değişmez.

Y.18.HD E: 2008/9633 K: 2009/208 T: 20.1.2009

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin babasının adı H. N. İken evlenme ile gittiği koca hanesine H.İ olarak yazıldığını baba isminin H. N. Olarak düzeltilme-

sini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerden özellikle nüfus kayıt örneği içeriklerinden davacı A.I.Ç.'nin 29.07.1955 günü Üsküdar da doğduğu baba adının H.İ. olduğu, 22.03.1989 tarihinde evlenerek, E.İli, S. İlçesi, K. Mahallesi, C:...., Hane:...`ya gittiği davacının babası H.İ.'nin ikinci adı olan "İhsan" K.... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 08.08.1973 gün 1973/709-444 sayılı ilamı ile "Nail" olarak değiştirdiği, bu kararın aynı yıl kesinleştiği anlaşılmıştır. 1973 yılında yapılan bu düzenlemeden sonra davacının babasının resmi kayıtlardaki adı H.N. şekline dönüşmüştür. Bundan sonra tüm resmi işlemlerde bu adın kullanılması bir zorunluluktur. Davacının 1989 yılında evlenmesi sonucu gittiği koca hanesine baba adının H.N. Olarak yazılması gerektiği halde yanlışlıkla "H.İ." olarak yazılmıştır. Bu durum karşısında Nüfus Hizmetleri Yasasının 35. Maddesinin birinci bendinde yer alan "kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin bir kaydı düzeltilemez" hükmü de dikkate alınarak mahkemece kanıtlanan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken hukuki olmayan gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 20.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KÜÇÜĞÜN SOYADININ DEĞİŞTİRİLMESİ

●

VELAYET HAKKININ KAPSAMI

ÖZET: Evliliğin feshedilmesi veya boşanmayla çocuk annesine verilmiş olsa dahi babanın seçtiği soyadını alır.Velayet hakkına sahip annenin açtığı küçüğün soyadının değiştirilmesi davası reddedilmelidir.*

Y.18.HD E: 2008/11663 K: 2009/1466 T: 23.02.2009

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. Maddesi hükmüne göre, evlilik birliği içinde doğan çocuk ailenin yani babanın soyadını taşır.

2525 Sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. Maddesi'nin 2. Fıkrası hükmüyle evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babanın seçtiği veya seçeceği soyadını alacağı emredici kuralı getirilmiştir. Baba soyadını veya çocuk ergin olduktan sonra kendi soyadını usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değiştirmedikçe çocuğunda soyadı değişmez.

* Bu sayıdaki Anayasa Mahkemesi kararına bakınız.

Bu itibarla mahkemece, velayet hakkına sahip anne tarafından açılan küçüğün soyadının değiştirilmesi davasının reddi yerine kabulüne karar verilmesi usül ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM TARİHLERİ ARASINDAKİ YAKINLIK

•

ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Toplanan bilgilere göre düzeltilen doğum tarihiyle çocuğun annesinin doğum tarihi arasında yaklaşık dokuz yıllık fark oluştuğu dikkate alınarak bu çelişkili durumun giderilmesi yolunda araştırma yapılmalıdır.

Y.18.HD E:2008/12460 K: 2009/2508 T: 12.03.2009

1-Davacının nüfus kütüğünde 18.04.1989 olan doğum tarihindeki yılın ay ve gün saklı kalmak kaydıyla yılının 1984 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulü yönünde hüküm kurulmuştur.

Yargıtay`ın yerleşik uygulamasına göre; bu tür davalarda, doğum tarihinin düzeltilmesi istenenin gerçek yaşının tespiti için tam teşekküllü bir hastaneye gönderilerek sağlık kurulu raporu aldırılması zorunludur. Mahkemece, Turgutlu Kaymakamlığı Devlet Hastanesin'de görevli radyoloji uzmanı tarafından düzenlenen tek hekim raporu ile yetinilmesi,

2- Dosyada toplanan bilgi ve belgelere göre; mahkemece doğum tarihi 18.04.1984 olarak düzeltilen davacı Z. İle 29.04.1975 doğumlu olarak nüfusa kayıtlı Z.`nin annesi N.ile arasında, düzeltilen doğum tarihine göre 8 yıl 11 ay 19 günlük bir zaman farkı oluşmuştur. Bu yaşta bir kişinin doğum yapması yaşamın olağan akışı ile bağdaşmamaktadır. Hakim nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken, bu kayıtların diğerleri ile çelişik olmamasına özen göstermeli, böyle bir sonucu doğuracak kararlar vermemelidir. Mahkemece, anne ile yaşının düzeltilmesi istenen çocuğun doğum tarihleri arasındaki yaş farkı gözetilerek sözü edilen çelişkiyi giderecek biçimde hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemiş olması,

3- Dosyaya getirtilen nüfus kayıt örneğinden, doğum tarihinin düzeltilmesi istenilen davacı Z. 'nin E adlı ikiz kardeşi olduğu anlaşılmasına karşın, mahkemece iki kardeşin birlikte tam teşekküllü bir sağlık kuruluşuna sevk edilerek ikiz olup

olmadıkları konusunda heyet raporu alınıp bu husus açıklığa kavuşturulmadan eksik inceleme ve yetersiz araştırmayla davanın kabulüne karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan, kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 12.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM VE ÖLÜM OLAYLARININ TESCİLİ • İDARİ YARGI

ÖZET: Doğum ve ölüm olaylarının Nüfus Kütüğüne geçirilmesinin idari nitelikte bir iş olduğu dikkate alınarak, görev yönünden dava reddedilmelidir.

Y.18.HD E: 2008/12642 K: 2009/2690 T: 16.03.2009

Davacı R. ile davalı Nüfus Müdürlüğü arasındaki davada (Çaldıran Asliye Hukuk Mahkemesi) önce verilen ve Yargıtay`ca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunan 18.06.2008 günlü ve 2008/56-78 sayılı kararın yürürlükteki hukuka aykırı olduğu savıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 27.11.2008 gün ve Hukuk-2008/238302 sayılı yazısıyla kanun yararına temyiz edilerek bozulması istenilmiş olmakla, dosyadaki tüm kağıtlar okunup, gereği düşünüldü:

Davacı dava dilekçesinde, 1992 doğumlu olmasına karşın, daha önce doğup ölen aynı addaki 08.06.1986 doğum tarihli kardeşinin kaydı ile yaşamına devam ettiğini ileri sürerek, doğum tarihinin 08.06.1992 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davacının doğum tarihi ay ve gün aynı kalmak koşuluyla 1995 olarak düzeltilmiştir.

Davada doğum tarihinin düzeltilmesini isteyen R.'nin nüfusa kayıt edilmediği, bu güne dek kendisinden önce doğmuş olan 08.06.1986 doğum tarihli kardeşinin ölmesine karşın kaydının düşülmediği anlaşılan aynı addaki kardeşi R.'nin kaydını kullandığı ileri sürüldüğüne göre, bu istek dikkate alındığında, doğum ve ölüm olaylarının Nüfus Kütüğü`ne geçirilmesinin Nüfus İdaresi`ne verilmiş idari bir görev olduğu gözetilerek, dava dilekçesinin HUMK'un 7. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, davaya bakılıp yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla, yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 16.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYITLARINA İLİŞKİN DAVALAR

•

MAHKEMENİN İZLEYECEĞİ YOL

ÖZET: Nüfus kayıtlarına ilişkin davalar kamu düzenine ilişkin olup, bu davalarda mahkeme tarafların bildirdiği kanıtlarla bağlı olmadan re`sen araştırma yaparak sonuca gitmelidir.

Y.18.HD E: 2009/434 K: 2009/3803 T: 07.04.2009

Davacılar vekili dava dilekçesinde; nüfus kütüğüne 25.01.1993 doğumlu olarak kaydedilen davacı N.'nin gerçek doğum tarihinin 08.07.1990 olduğunu ileri sürdüğünü, yargılama sırasında da alınan sağlık kurulu raporu içeriğine göre yaşının düzeltilmesi istenilmiş, mahkemece N.'nin yaşının (12.12.1987 doğumlu kardeşi M. İle aralarında 183 gün kalacak şekilde) 12.06.1988 olarak düzeltilmesine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden yaşının düzeltilmesi istenen N.'ye Van Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kurulun'dan verilen 05.09.2008 günlü raporda, adı geçenin fizik ve radyolojik olarak 20 yaşında bulunduğu belirtilmiştir. Doğum tarihinin düzeltilmesine yönelik davalarda, diğer kamu düzenine ilişkin davalarda olduğu gibi hakim, tarafların sunduğu delillere bağlı olmayıp, kendisinin de doğrudan yapacağı araştırma ve inceleme sonucu elde edeceği bulgulara göre bir karar vermek ve doğru sicil oluşturmak mecburiyetindedir.

Açıklanan bu hususlar gözetilerek 12.12.1987 günü davacının kardeşi M.'yi dünyaya getiren annesinin bu tarihten 183 gün sonra ikinci bir doğum yapıp yapamayacağı başka bir anlatımla bu kadar süre geçtikten sonra canlı, yaşayabilir bir çocuk dünyaya getirip getiremeyeceği konusunda Hastane Sağlık Kurulundan veya Adli Tıp Kurumun'dan rapor alınarak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan, kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** 07.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ • DAVADA YETKİ

ÖZET: Nüfus kaydının düzeltilmesi davası, düzeltme isteyen kişinin bulunduğu yerleşim yeri mahkemesinde açılır.

Y.18.HD. E: 2009/3121 K: 2009/3968 T: 09.04.2009

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası`nın 36. Maddesinin 1/a bendinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının, düzeltmeyi isteyen kişilerin yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görüleceği hükme bağlanmıştır.

Davacının vekiline verdiği vekaletnamede ve 10.04.2008 günlü celsede alınan beyanında davacının yerleşim yeri olarak "Dikili" nin gösterildiği dikkate alınarak davanın Dikili Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülüp karara bağlanması gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile mahkemenin yetkisizliğine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, kabulü ile hükmün HUMK'un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 09.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ • KİŞİYE BAĞLI HAKLAR • ÖLÜ KİŞİDE İSİM DÜZELTİLMESİ

ÖZET: Nüfus kaydının düzeltilmesi davası sıkı sıkıya kişiye bağlı haklardan olup, kaydın düzeltilmesi bizzat hak sahibi tarafından istenebilir.

Ölü kişinin isminin düzeltilmesi mümkün değildir; bu konuda ancak bir tespit kararı verilebilir.

Y.18.HD E: 2009/2055 K: 2009/6255 T: 09.06.2009

Davacı, dava dilekçesinde nüfus kütüğünde babası K.`in annesi olarak gözüken L.`nin gerçek adının Ş. olduğunu ileri sürerek bu yanlışlığın düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden özellikle yersel yazıma ilişkin esas defterinin fotokopisi içeriğinden, Bursa İli Gemlik İlçesi A. Köyü hane:51, cilt: 25 sayfa: 77 de kaydı bulunan davacının babasının annesi L.`ye ait dört sıra numaralı kayıtta L.`nin adının önce Ş. olarak yazılıp tek çizgi ile iptal edildiği böylece K.'nin an-

nesinin adı ile ilgili olarak tereddüt yaratıldığı nüfus kaydına göre de L.`nin (Ş.`n in) 27.08.1982 günü öldüğü anlaşılmaktadır.

Nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davaları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin bulunan davalardan oldukları gerçeği dikkate alınarak bunların, bizzat kaydının düzeltilmesi istenen kişi tarafından açılması gerektiği Yargıtay uygulamalarında kabul edilmekte ise de, çoğun içinde azında bulunduğu kuralı uyarınca düzeltme isteminin aynı zamanda tespiti de içeriğinden davacının, düzeltme isteminde bulunması, tespit kararı verilmesine engel oluşturmaz. Açıklanan duruma ve tüm dosya içeriğine göre davacının iddiası kanıtlanmış bulunduğundan ölü olan babaannesinin nüfus kütüğünde L. olan adının Ş. olduğunun tespitine karar vermek gerekirken doğrudan doğruya kaydın düzeltilmesi şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 09.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS DAVALARI • KAMU DÜZENİ
•
MAHKEMENİN İZLEYECEĞİ YÖNTEM

ÖZET: Nüfus kaydının düzeltilmesi davaları Kamu düzenine ilişkin olup, bu davalarda gerekirse Mahkemece kendiliğinden araştırma yapılmalıdır. Soyut tanık beyanıyla nüfus kaydı düzeltilemez.

Y.18.HD E: 2009/6685 K: 2009/9788 T: 09.11.2009

Davacı dava dilekçesinde oğlu M. Y.'in nüfus kütüğünde her ne kadar 20.03.1996 doğumlu olarak kayıt edilmiş ise de asıl doğum tarihinin 20.03.1994 olduğunu ileri sürerek kütükteki kaydın bu şekilde düzeltilmesini istemiş, mahkemece istem gibi davacının oğlunun doğum yılının 1994 olarak tashihine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, yaşının düzeltilmesi istenilen Ş. Eğitim ve Araştırma Hastanesi sağlık kurulunca 13.01.2009 tarihinde verilen rapor içeriğinden M.Y.'in nasei haline ve kemik grafiklerine göre 17-18 yaşında olduğu bildirilmiştir.

Duruşma sırasında dinlenen davacı tanığının beyanından M.Y.`in doğum tarihini kesin olarak belirtmediği anlaşılmaktadır. Nüfus Hizmetleri Yasasına göre açılan kayıt düzeltme davaları kamu düzeni ile yakından ilgili olan davalardır. Bu davalara bakan hakimler tarafların veya tanıkların beyanları ile bağlı kalmaksı-

zın gerçeği araştırıp, doğru sicili oluşturmak mecburiyetindedirler. Somut olayda; yaşının düzeltilmesi istenilene hastane sağlık kurulunca verilen ve bilimsel nitelik taşıyan yaş tespit raporu esas alınarak M.Y.`in doğum yılının bu rapora ters düşmeyecek ve diğer kayıtlarla da çelişki yaratmayacak biçimde düzeltilmesi gerekirken, tanıkların soyut beyanlarına itibar edilerek adı geçenin yaşının istem gibi düzeltilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** 09.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İSİM DEĞİŞİKLİĞİ • YASANIN ARADIĞI KOŞULLAR

ÖZET: Nüfus Hizmetleri Yasası`nda ve diğer yasalarda davacının almak istediği adları yasaklayan bir hüküm bulunmadığı dikkate alınarak davacının talep ettiği gibi adının düzeltilmesine karar verilmelidir.

Y.18.HD E: 2008/10965 K: 2009/991 T: 12.02.2009

Davacı vekili, dava delikçesin de; müvekkilinin Amerika`da yaşadığını, tüm arkadaşları arasında ve çevrede Amerikalı ismine uygun olarak T. A. olarak tanınıp bilindiğini, resmi belgelerle banka kartlarında bu adı kullandığını ileri sürerek R. olan adının T. A. olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne, R olan adının "Tereysa" olarak düzeltilmesine, ikinci bir ad olarak almak istediği A. Adının ise isim olarak anılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile bu yöndeki istemin reddine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, dinlenen tanık beyanı içeriğinden davacı R.`in çevresinde T. A. olarak tanınıp bilindiği, kendisi ile ilgili belgelerde de bu adı kullandığı anlaşılmaktadır. 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası`nda ve diğer yasalarda davacının almak istediği adları yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkemece bu husus dikkate alınarak kanatlanan davanın kabulüne, davacının adının T.A. olarak düzeltilmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 12.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM KAYDI • MEVCUT KAYITLAR • ÇELİŞKİLİ SONUÇLAR

ÖZET: Bir kimsenin doğmadan nüfus kütüğüne kaydının yapılmış olması mümkün değildir.

Hüküm kurulurken hayatın doğal akışına ve mevcut kayıtlara çelişkili ve ters durumlara yol açacak sonuçlardan kaçınılmalıdır.

Y.18.HD E: 2009/10865 K: 2010/2138 T: 15.02.2010

Mahkemece doğum tarihinin 01/07/1956 olarak düzeltilmesine karar verilen davacı 30/04/1965 tarihinde nüfusa tescil edilmiştir. Bir kimsenin doğmadan önce nüfus kütüğüne tescili mümkün değildir. Hakim nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemeye ve hayatın doğal akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermesi bu hususa dikkat edilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 15/02/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS DAVALARINDA USUL HÜKÜMLERİ

•

ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarda Cumhuriyet Savcısı ile Nüfus Müdürlüğü temsilcisinin bulunması zorunludur.

Bir kimse doğmadan nüfusa tescil edilemeyeceğine göre, tescil tarihinden ilerdeki bir tarihte doğmuş olduğunun kabulü olanaksızdır.

Y.18.HD E: 2009/9889 K: 2010/379 T: 21.01.2010

Dosya içinde bulunan nüfus kaydına göre, S.B.`nin nüfusa 14/01/1966 tarihinde tescil edildiği görülmüştür. Bir kimsenin doğmadan nüfusa tescili mümkün olmadığı halde, doğum tarihinin 05/06/1970 olarak düzeltilmesi nüfus kayıtlarında çelişki meydana getirmektedir. Hakim , nüfus kayıtlarında düzeltme yapılmasına karar verirken, bu kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemek ve hayatın ola-

ğan akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermek zorunda olup, bu hususa uyulmaması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Diğer taraftan, dava hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 46. Maddesi hükmüne göre nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarda Cumhuriyet Savcısı ile nüfus müdürü veya memurunun bulunması ve kararın onların önünde verilmesi zorunludur. Benzer bir düzenlemeye Nüfus Kanunu'nu yürürlükten kaldıran, 29/04/2006 tarih 26153 sayılı Resmi Gazete`de yayımlanarak yürürlüğe giren 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-a maddesinde de yer verilmiştir. İncelenen dosyadan, davalı Nüfus Müdürlüğü temsilcisinin duruşmaların bir kısmına iştirak etmediği anlaşılmıştır. Mahkemenin oluşumuna ilişkin açıklanan yasa hükmü dikkate alınmadan, nüfus idaresi temsilcisinin yokluğunda yargılama yapılması da doğru bulunmamıştır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 21/01/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM TARİHİ DÜZELTİLMESİ

●

TIBBEN MÜMKÜN OLMAYAN DURUMLAR

ÖZET: Doğum tarihi düzeltilecek kişinin aynı anneden doğan kardeşiyle arasında 4 ay, 9 günlük zaman farkı olup, tıbben mümkün olmayan bu durum dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır.

Y.18.HD E: 2009/9888 K: 2010/376 T: 21.01.2010

Doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilen C. ile aynı anneden doğduğu anlaşılan kardeşi 10/06/1990 doğumlu F. arasında düzeltilen doğum tarihine göre 4 ay 9 günlük bir zaman farkı bulunmaktadır. Bir kadının bu süre içerisinde iki kez doğum yapmasının tıbben mümkün olmadığı açık olup, hakim, nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken bu kayıtların diğerleri ile çelişik olmamasına özen göstermeli, böyle bir sonucu doğuracak kararlar vermemelidir. Mahkemece bu husus dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 21/01/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SOYADI DÜZELTİLMESİ • KAPALI KAYIT

ÖZET: Kapalı bir kayıtta bulunan soyadının değiştirilmesi mümkün değildir.

Y.18.HD E:2009/13665 K:2010/609 T: 25.01.2010

Davacı vekili dava dilekçesinde; davacının, ilk kaydının yapıldığı İnebolu nüfus kütüğünde soyadının " Surat" olarak kayıtlı olduğunu, daha sonra İstanbul Büyükçekmece Nüfus Müdürlüğüne nakil yaptırdığını, buradaki kayıtlarda soyadının "Sürat" olarak geçtiğini, İnebolu`daki kaydında "Surat" olan soyadının "Sürat" olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davacının İstanbul ili Bakırköy ilçesindeki nüfus kaydında "Surat" olan soyadının "Sürat" olarak düzeltilmesine karar verilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden; davacının, K. İli İ. İlçesi Ç. Köyü Cilt no:…. Hane no:….. `de soyadının Surat olarak kayıtlı olduğu nakil ile İ… İli B…. İlçesi Z… Mahallesi Cilt no:….. Hane no:….. ya gitmekle İ…. İlçesindeki kaydının kapatıldığı ve yeni kaydında soyadının Sürat olarak yazıldığı, yer değiştirme tutanağında soyadının Sürat olarak belirtildiği anlaşılmaktadır.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasının 14. Maddesinde, "Nüfus kaydının kapatılması; ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlat edinilme, soy bağının düzeltilmesi veya reddi gibi olaylar nedeniyle bir kaydın üzerinde işlem yapılamaz hale getirilmesidir. Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır. Kaydın açılmasından sonra kişisel durumda meydana gelmiş olan olaylar kişinin kaydına işlenir." Hükmü yer almaktadır. Davacının düzeltilmesini istediği soyadı kapalı kayıt olan İnebolu`da ki nüfus kaydında yazılı olan soyadı olup kapalı kayıt üzerinde herhangi bir düzeltme yapılamayacağından bu yöndeki istemin reddi gerektiği gibi mahkemece düzeltmenin istem olmadığı halde ve Bakırköy`deki soyadı zaten Sürat olduğu da göz ardı edilerek B… İlçesi Z…M….Cilt no:…. Hane no:….. `da S olan soyadının S olarak düzeltilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 25.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SAĞLIK KURULU RAPORU

●

NÜFUS KAYITLARI • YAŞ DÜZELTİLMESİ

ÖZET: Sağlık Kurulunca belirlenen yaş durumu ve davacının kardeşinin mahkeme ilamıyla değiştirilmiş olan yaşı dikkate alınarak sonucuna göre karar verilmelidir.

Y.18.HD E:2010/291 K:2010/1761 T: 09.02.2010

Doğum tarihinin düzeltilmesine ilişkin davalar diğer kayıt düzeltme davaları gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan, hakim istemle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği bulgulara göre ve diğer kayıtlarla çelişki meydana getirmeyecek şekilde karar vermek durumundadır.

Nüfus Müdürlüğünden getirtilen aile nüfus kayıt tablosu ve ekindeki doğum tutanağı içeriğinden yaşının düzeltilmesi istenilen G.K.`nin nüfus kütüğüne 01.01.1984 doğum tarihli olarak kaydedildiği, Diyarbakır Eğitim ve Araştırma Hastanesince verilen 11.02.2009 günlü sağlık kurulu raporunda 20 yaş ile uyumlu olduğu ve geri çevirme kararından sonra dosyaya konulan Diyarbakır 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/25-202 E.K. Sayılı kararı ile davacının kardeşi N. K.`nin doğum tarihinin 01.02.1990 olarak düzeltilmesine karar verildiği bu kararın da 12.05.2009 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Mahkemece dosya içindeki tüm bilgi ve belgeler ile sözü edilen N. K.`nin yaşının düzeltilmesine ilişkin dava dosyası dikkate alınarak ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 09.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi**.**

DOĞUM TARİHİNİN DÜZELTİLMESİ • HASTANE RAPORU

ÖZET: Doğum tarihinin düzeltilmesi davasında gerçek yaşın tespiti için tam teşekküllü hastaneden rapor alınması gerekeceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Özel bir Tıp merkezinin verdiği tek hekim raporuyla hüküm kurulamaz.

Y.18.HD E: 2009/10866 K:2010/2139 T: 15.02.2010

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının nüfus kütüğünde 25/10/1972 olan doğum tarihindeki doğum yılının 1974 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulü yönünde hüküm kurulmuştur.

Yargıtay`ın yerleşik uygulamasına göre; bu tür davalarda, doğum tarihinin düzeltilmesi istenenin gerçek yaşının tespiti için tam teşekküllü bir hastaneye gönderilerek sağlık kurulu raporu aldırılması zorunludur. Mahkemece davacının yaşının tespiti için özel bir tıp merkezi tarafından düzenlenen tek hekim raporu ile yetinilip, davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine 15.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM KAYDI • İKİZ KARDEŞ KAYDI • SAĞLIK KURULU RAPORU

•

HAYAT DENEYLERİNE AYKIRI DURUMLAR

ÖZET : Doğum kaydı değiştirilmek istenen kişinin nüfusta ikiz kardeşi görünmekte olup, öncelikle bu iki kişinin ikiz olup olmadığı hususu tıbbi heyet raporuyla saptanmalıdır.

Bir kadının üç aylık süre içinde iki kere doğum yapamayacağı dikkate alınmalıdır. Doğum kaydı düzeltilirken ilama T.C. Kimlik numarası yazılmalıdır.*

Y.18.HD E: 2009/13942 K: 2010/3364 T: 08.03.2010

Davacılar, kızları S.P.'in nüfus kütüğünde 01.03.1994 olarak kayıtlı doğum tarihinin 01.03.1990 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kısmen

* Gönderen: Av. Murat Topçuoğlu

kabulüyle S.`nin doğum tarihinin 01.03.1991 olarak düzeltilmesine karar verilmiştir.

1-Dosya içindeki nüfus kayıt örneğinden, doğum tarihinin düzeltilmesi istenilen SS.P.in R. adlı ikiz kardeşi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda her iki kardeşin birlikte tam teşekküllü bir sağlık kuruluşuna sevki sağlanıp ikiz olup olmadıkları konusunda heyet raporu aldırıldıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yöndeki ara kararından dönülerek eksik inceleme ile ikizlik kaydının kaldırılması sonucunu da doğuracak şekilde davanın kabulü,

2-Doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilen S.P. ile aynı anneden doğduğu anlaşılan kardeşi 01.06.1991 doğumlu İ.P. arasında düzeltilen doğum tarihine göre sadece 3 aylık bir zaman farkı bulunmaktadır.

Bir kadının bu süre içerisinde iki kez doğum yapmasının tıbben mümkün olmadığı açık olup hakim, nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken bu kayıtların diğeri ile çelişik olmamasına özen göstermeli, böyle bir sonucu doğuracak kararlar vermemelidir.

Kabule göre de;

3- Doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilen S.P.'in TC. Kimlik numarasının hükümde yazılmamış olması,

Doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 08.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EVLENEN KADIN • KIZLIK SOYADI

ÖZET : Evlenen kadın kocasının soyadını alır; ancak evlenme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabilir. Evlenen kadının kızlık soyadını alması mümkün değildir.

Y.18.HD E: 2010/6750 K: 2010/10314 T: 06.07.2010

Davacı tarafından açılan davada D. olan soyadının kızlık soyadı olan S. olarak değiştirilmesini istediği, mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği, ancak davacının kayıtlara göre hala J.D. ile evli olduğu anlaşılmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Yasası'nın 187. Maddesinde "Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır, ancak evlenme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir" hükmü yer almaktadır.

Somut olayda davacı 06.06.1984 tarihinde Alman uyruklu J.D. ile evlendiğine ve bu evliliğin yasal olarak sona erdiğini gösteren bilgi ve belge olmadığına göre, mahkemece davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün kanun yararına **BOZULMASINA** oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM TARİHİNİN DÜZELTİLMESİ • SAĞLIK KURULU RAPORU

ÖZET: Doğum tarihinin düzeltilmesi davalarında tam teşekküllü hastaneye gönderilerek rapor alınması gerekeceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Kişinin nüfus kaydı (doğum yılı) sağlık kurulu raporu doğrultusunda değiştirilmelidir.

Y.18.HD E: 2010/7584 K: 2010/12294 T: 30.09.2010

1- Dosya içindeki bilgi ve belgelerle, Nüfus Müdürlüğü'nden getirtilen yaşının düzeltilmesi istenenlere ait nüfus kayıt örneğinde; mahkemenin vermiş olduğu bu karar sonucu Ş.Y.`nin kardeşi D.Y. ile ikiz duruma geldiği anlaşılmaktadır.

Doğum tarihinin düzeltilmesine ilişkin davalar diğer kayıt düzeltme davaları gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan, hakim istemle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği bulgulara göre ve öteki kayıtlarla çelişki yaratmayacak şekilde karar vermek zorundadır. Somut olayda yargılama sırasında yaşının düzeltilmesi istenen Ş.. ile kardeşi D..`nin kız olduklarına dair herhangi bir bilgi ve belge ileri sürülmemiş, bu konuda herhangi bir araştırma da yapılmamıştır. Mahkemece her iki kardeşin ikiz olup olmadıkları araştırılmak üzere birlikte doktora sevki yapılıp rapor alınarak bu hususun açığa kavuşturulması ve ikiz olmadıklarının anlaşılması halinde mevcut kanıt durumuna göre bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi,

2- Yargıtayı'n yerleşik uygulamasına göre; bu tür davalarda, doğum tarihinin düzeltilmesi istenenin gerçek yaşının tespiti için tam teşekküllü bir hastaneye gönderilerek sağlık kurulu raporu aldırılması zorunludur. Mahkemece S.Y.`nını dışındaki doğum tarihlerinin düzeltilmesine karar verilenler yönünden S. Adli Tıp Şube Müdürlüğü Adli Tıp uzmanı tarafından düzenlenen tek tabip raporu ile yetinilmesi,

3- Nüfus Müdürlüğü'nden getirtilen aile nüfus kayıt tablosu ve ekindeki doğum tutanağı içeriğinden yaşının düzeltilmesi istenilenlerden S.Y.`nını nüfusa 05.01.1994 doğum tarihli olarak kaydedilmiştir. S. Eğitim ve Araştırma Hastanesince verilen 30/03/2010 günlü sağlık kurulu raporunda kemik yaşının 18 ile uyumlu olduğu tespit edilmiştir. Saptanan bu durum karşısında mahkemece S.Y.`nının nüfus kütüğünde 05/01/1994 olan doğum tarihinin rapora göre düzeltil-

mesine karar verilmesi gerekirken, Sağlık Kurulu raporu göz ardı edilip adı geçenin doğum yılının 1990 olarak düzeltilmesine hükmedilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 30.09.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ • ÖZEL VEKALETNAME KOŞULU

ÖZET: Nüfus kaydının düzeltilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, vekilin böyle bir davayı açabilmesi için vekaletnamesinde özel yetki bulunması gerekir.

Net ve somut kanıtlara dayanılarak nüfus kaydı değiştirilebilir.

Y.18.HD E: 2010/9036 K: 2010/13410 T: 19.10.2010

1- Davacı vekili, davacının nüfus kütüğünde yazılı 20.05.1970 olan doğum tarihinin 10.09.1969 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece adı geçenin doğum tarihi 10.09.1969 olarak düzeltilmiştir. Uşak Devlet Hastanesi`nden alınan 22.07.2003 tarihli sağlık kurulu raporu düzeltilmek istenen doğum tarihini kesin olarak doğrulamamaktadır. Ayrıca 25 yaşından sonra tıbben yaş tespiti mümkün olmadığı gibi kayden 25 yaşın üzerinde olan davacının yaşının düzeltilmesi için bu bilgi ve belgeler yeterli sayılamaz. O halde kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kamu düzeni ile ilgili olan resmi kaydın mücerret iddia esas alınarak değiştirilmesi yolunda hüküm kurulması,

2- Dava dilekçesine ekli vekaletname genel nitelikte olup, vekil eden davacının nüfus kaydında adının değiştirilmesi konusunda özel bir yetkiyi içermemektedir. Vekilin, kişiye sıkı sıkıya bağlı kişilik hakları ile ilgili böyle bir davayı açabilmesi için vekaletnamesinde özel yetkinin bulunması gerekir.

Bu durumda mahkemece, genel vekaletname ile dava açan avukata dava konusu işle ilgili özel yetkiyi içeren vekaletnamesini ibraz etmesi için belli bir süre tanınması, bu süre içerisinde vekil vekaletnamesini getirmediği ya da asil bir dilekçe ile veya bizzat duruşmaya gelerek özel yetkisi bulunmayan vekilin açmış olduğu davaya ve yapılan işlere icazet verdiği bildirmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, bundan zuhul ile davaya bakılıp esas hakkında hüküm kurulması,

Doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 19.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYDI • ÇOCUK İÇİN AÇILACAK DAVA
•
VELAYETİN KULLANILMASI

ÖZET: Ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak davada birlikte hareket edilmelidir.

Ana veya babanın birinin açtığı davaya diğeri sonradan onay verebilir ve davaya devam edilir.

Y.18.HD E: 2010/10117 K: 2010/14862 T: 05.11.2010

Dava, evliliğin devamı sırasında eşlerden birisi tarafından, nüfus kaydının düzeltilmesi istenilen küçüğe velayetten açılmış, mahkemece, diğer eşin katılması veya icazeti aranmadan davaya bakılıp kabulüne karar verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinde, (eşlerden herhangi birisine öncelik veya üstünlük tanınmadan) evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı öngörülmüş ve 342. maddesinde de anne ve babanın çocuğu velayetleri çerçevesinde temsil edecekleri ilkesi yine ayrım yapılmadan getirilmiştir.

Emredici nitelikteki bu yasa kuralı evlilik birliği içerisinde velayetin kullanılması kapsamında ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak tüm davalar yönünden de geçerlidir. Buna göre, asıl olan eşlerin birlikte dava açmaları ise de, bunlardan birisi tarafından gerçekleşmiş olacağından yeterlidir. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanamadığı davanın ise reddi gerekir.

Bu bakımdan mahkemece davacıya, eşinin davaya katılmak ya da duruşmada hazır bulunmak suretiyle icazetini bildirmesi veya icazetini gösteren imzası noterden onaylı belge ibraz etmesi için mehil verilip, bunun sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eşlerden birisinin istemi yeterli bulunarak esası hakkında hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmeksizin hükmün HUMK'un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 05.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAPATILAN NÜFUS KAYDI • KAPATILMA SONUÇLARI

ÖZET: Vatandaşlıktan çıkmaya izin verilmiş ve nüfus kaydı kapatılmıştır. Artık o kayıt üzerinde değişiklik yapılamaz ve adın düzeltilmesine karar verilemez.

Y.18.HD E: 2010/11235 K: 2010/15314 T: 30.11.2010

Davacı vekili davalı Nüfus Müdürlüğü aleyhine açtığı davada, davacının S olan adının S olarak düzeltilmesini talep etmiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinden, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü`nün 25/09/1997 tarih 97/10015 sayılı yazısına istinaden davacının Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilerek, kaydının kapatıldığı anlaşılmaktadır.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 14. Maddesinde; "Nüfus kaydının kapatılması, ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlat edinilme, soy bağının düzeltilmesi veya reddi gibi olaylar nedeniyle bir kaydın üzerinde işlem yapılamaz hale getirilmesidir. Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır. Kaydın açılmasından sonra kişisel durumda meydana gelmiş olan olaylar kişinin kaydına işlenir." Hükmü yer almaktadır.

Mahkemece davacının nüfus kaydının vatandaşlıktan çıkmasına izin verilmesi nedeniyle kapalı olduğu, bu nedenle nüfus kayıtları üzerinde herhangi bir işlem yapılmayacağı gözetilmeksizin adının düzeltilmesine ilişkin davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı`nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı`na gönderilmesine, 30/11/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM TARİHİ DÜZELTİLMESİ • İKİZ KARDEŞ • SAĞLIK RAPORU

ÖZET : Doğum tarihi düzeltilirken aynı tarihte doğumu görünen kardeşin ikiz olup olmadığı hastane raporuyla araştırılmalıdır.

Y.18.HD E: 2010/11242 K: 2010/15320 T: 30/11/2010

Davacılar dava dilekçesinde ve yargılama sırasındaki beyanlarında, oğulları B`nin nüfus kütüğünde 01.02.2006 olan doğum tarihinin 05.12.2002 olarak dü-

zeltilmesini istemişler, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ve hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Doğum tarihinin düzeltilmesine ilişkin davalar diğer kayıt düzeltme davaları gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan, hakim istemle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği bulgulara göre ve diğer kayıtlarla çelişki meydana getirmeyecek şekilde karar vermek durumundadır.

Doğum tarihinin 05.12.2002 olarak düzeltilmesine karar verilen B.A. adındaki kardeşi de 05.12.2002 doğumlu olduğuna göre, mahkemece yaşının tashihi istenilen B ile kardeşi A`nın birlikte bir sağlık kuruluşuna sevk edilerek ikiz olup olmadıkları ve yaşları hususunda alınacak raporla durumun aydınlatılması gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 30.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM VE ÖLÜM OLAYLARI • İDARİ YARGININ GÖREVİ

ÖZET: Doğum ve ölüm olaylarının nüfusa işlenmesi amacıyla açılan davada idari yargı görevlidir.

Y.18.HD E: 2010/11239 K: 2010/15318 T: 30.11.2010

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının 03/04/1970 doğumlu olduğu halde kendisinden önce doğan ve ölen aynı adı taşıyan kardeşinin kimliği ile yaşadığını ileri sürerek nüfus kütüğünde 03/04/1968 olan doğum tarihinin 03/04/1970 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

1- Doğum tarihinin düzeltilmesi istenilen davacının nüfusa kaydedilmediği, kendisinden önce doğan ve nüfusa 03/04/1968 doğum tarihi ile tescil edilen, ölü olduğu halde kaydı düşülmediğinden sağ görünen kardeşinin kaydını kullandığının anlaşılması üzerine doğum ve ölüm olaylarının nüfus kütüğüne işlenmesinin nüfus idaresine verilmiş idari bir görev olduğu gözetilerek HUMK'un 7/1. Maddesi gereğince görev yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

2- Kabule göre de, mahkemece davacının doğum tarihi 03/04/1970 olarak düzeltilmiş ise de, nüfus kaydına göre 03/04/1968 tarihinde nüfusa tescil edilmiştir. Bir kimsenin doğmadan önce nüfus kütüğüne tescili mümkün değildir.

Hakimin nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken, kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemeye ve hayatın doğal akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya

özen göstermesi gerekirken, bu hususa dikkat edilmeksizin nüfus kayıtlarında çelişki yaratacak şekilde hüküm kurulması,

Usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 30/11/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS DAVALARINDA YETKİ • DAVADA İZLENECEK YÖNTEM

ÖZET: Nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalar yerleşim yerinde bulunan mahkemede açılır

Bu davalar Cumhuriyet Savcısı ve Nüfus idaresi temsilcisi huzurunda yürütülür.

Y.18.HD E: 2010/11238 K: 2010/15317 T: 30/11/2010

Dosyanın incelenmesinde, davada yasal hasım olan Nüfus Müdürlüğü`nün yokluğunda yargılama yapılıp karar verildiği görülmüştür.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-a maddesinde "Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli Asliye Hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları Cumhuriyet Savcısı ve Nüfus Müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır" hükmü yer almaktadır.

Mahkemenin oluşuna ilişkin bu kanun hükmü dikkate alınmadan davanın Nüfus İdaresi temsilcisinin yokluğunda karara bağlanması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 30/11/2010 günü oybirliğiyle karar verildi.

İSİM DEĞİŞİKLİĞİ • AVUKATIN VEKALETNAMESİ

ÖZET: İsim değişikliği davası açabilmesi için avukatın vekaletnamesinde özel yetki olması gerekir. Bu konudaki eksiklik sonradan verilen icazet ile giderilebilir. Aksi halde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir.

Y.18.HD E: 2010/11236 K: 2010/15315 T: 30/11/2010

Davacı R.B. Tarafından Nüfus Müdürlüğü aleyhine vekil aracılığıyla açılan davada davacının, velayeti kendisine verilen küçük oğlunun isminin değiştirilmesini talep ettiği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan isim değişikliği davasının vekil aracılığı ile açılabilmesi için vekile verilen vekaletnamede özel yetki olması gerektiği halde, genel vekaletname ile açılmış davada, avukata dava konusu işle ilgili özel yetkiyi içeren vekaletnamesini ibraz etmesi için belli bir süre tanınması, bu süre içerisinde vekil vekaletnamesini getirmediği ya da asil bir dilekçe ile veya bizzat duruşmaya gelerek özel yetkisi bulunmayan vekilin açmış olduğu davaya ve yapılan işlere icazet verdiğini bildirmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, bundan zühul ile davaya bakılıp esas hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 30/11/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ

•

BİR KERE DAVA AÇILMASI KURALI

ÖZET : Yasal yönden doğum tarihine ilişkin bir kaydın sadece bir kez düzeltilmesi mümkündür. Aynı konuya ilişkin nüfus davası bir kere açılabilir.

Y.18.HD E: 2010/11241 K: 2010/15319 T: 30/11/2010

Tavşanlı Cumhuriyet Başsavcılığı`nın 31/01/2002 gün ve 2002/62-2 no.lu davanamesiyle açılan davada Hikmet Taku`nun yaşının düzeltilmesinin talep edildiği, mahkemece davanın kabulüne, adı geçenin nüfus kütüğünde 15/07/1994 olan

doğum tarihinin 15/07/1992 olarak düzeltilmesine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

29/04/2006 tarih ve 26153 sayılı Resmi Gazete`de yayımlanarak yürürlüğe giren 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası`nın "Nüfus davaları" kenar başlığını taşıyan 36. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, "Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir." Hükmüne yer verilmiştir.

5490 Sayılı Yasa'nın anılan hükmü uyarınca bir kişinin doğum tarihine ilişkin kaydın ancak bir kez düzeltilebileceği göz önünde bulundurularak, daha önce doğum tarihi 15/07/1994 iken İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesi`nin 09/07202 tarih ve 2001/492 Esas, 2002/346 Karar sayılı, 27/08/2002 tarihinde kesinleşen kararıyla 15/07/1990 olarak düzeltilmiş olan davacının doğum tarihinin ikinci kez 15/07/1992 olarak düzeltilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 30/11/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYDINDA DÜZELTME • TARAF TEŞKİLİ

•

RESMİ KAYITLAR

ÖZET: Nüfus kaydındaki düzeltmeyle mirasçılık ve soy bağı etkilenecek olan kişiler davaya dahil edilerek taraf teşkili yapılmalıdır. Resmi kayıtların aksinin ispatı her türlü delille mümkündür.

Y.18.HD E: 2010/11663 K: 2010/16116 T: 14.12.2010

Dosyanın incelenmesinden, kaydının iptali istenenlerin babalarının ölü olduğu ve mirasçılarının davaya dahil edilmediği anlaşılmıştır. Düzeltme ile bu kişilerin de mirasçılık ve soy bağı haklarının etkilenebileceği gözetilerek davaya dahil edilip taraf teşkilinin sağlanması ve yapılan kolluk araştırması, tanık anlatımları ile Türk Medeni Kanunu'nun 7. Maddesine göre resmi kayıtların aksinin ispatı her türlü delille mümkün bulunduğu ve gerçeğe uygun olmadığı sonradan anlaşılan doktor beyanına dayanılarak nüfus kütüğüne işlenen kaydın aksinin kanıtlanmış olduğu da dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelemeksizin hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 14.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAPALI NÜFUS KAYDINA İLİŞKİN KURALLAR • İSİM DEĞİŞİKLİĞİ

ÖZET: Davacının düzeltilmesini istediği annesinin adı kapalı kayıt olan Ankara Nüfusunda bulunduğu dikkate alınarak talep reddedilmelidir. Zira, kapanmış bir nüfus kaydı üzerinde değişiklik yapılması mümkün değildir.

Y.18.HD E: 2010/11697 K: 2010/16123 T: 14.12.2010

Davada, davacı L.D.T. kendi adına aldığı nüfus kaydında ana adının S. Olduğunu, 1981 yılında ölen annesine ait nüfus kaydında ise ana adının idari kayıt düzeltme ile S olarak değiştirildiğini davalı idarenin herhangi bir gerekçe göstermeksizin yaptığı ve hatalı olan bu değişikliğin resmi evrak ve kayıtlar arasında çelişki meydana getirdiğini belirterek, nüfus kayıtlarındaki ana adının S olarak düzeltilmesini istediği anılan Mahkeme'nin 07/05/2009 tarih ve 2009/77 Esas, 2009/173 Karar sayılı hükmü ile dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verildiği, davaya İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/174 Esas sayılı dosyasında devam edilerek 04/11/2009 tarihinde davanın kabulüne karar verildiği İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararıyla kapatılması üzerine gerekçeli kararın İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/579 Esas ve 2009/193 Karar sayılı dosyası üzerinden yazıldığı, hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Davacının dava tarihinde İstanbul İli, Beşiktaş İlçesi Levent Mahallesinde nüfusa kayıtlı olduğu, bu nüfus kaydında ana adının S. Olarak yazıldığı, kararda ise davacının Ankara ili, Altındağ İlçesi, Sakarya Mahallesi, Cilt no: 78, Hane no: 1220 de bulunan kapalı nüfus kaydındaki S olan ana adının S olarak düzeltilmesine karar verildiği anlaşılmıştır.

1- İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce 04/11/2009 tarihinde karar verildiği kısa kararın açıklandığı adı geçen Mahkemenin kapatılması üzerine 12/11/2009 tarihinde tutanakla dava dosyalarının İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde devredildiği anlaşıldığına göre devirden önce karara çıkan dava dosyasının 04/11/2009 tarihi itibarıyla henüz devredilmediği göz önünde tutularak İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/174 Esas sayısı ile 04/11/2009 karar tarihinde karar numarası verilerek gerekçeli kararın yazılması gerekirken İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin esasına kayıt edilip buradan karar numarası verilip 10/11/2009 tarihi karar tarihi olarak gerekçeli kararda belirtilmek suretiyle

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 381., 388. ve 389. Maddelerine aykırı şekilde karar verilmesi,

2- 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası`nın 14. Maddesinde, "Nüfus kaydının kapatılması; ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlat edinilme, soy bağının düzeltilmesi veya reddi gibi olaylar nedeniyle bir kaydın üzerinde işlem yapılamaz hale getirilmesidir. Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır. Kaydın açılmasından sonra kişisel durumda meydana gelmiş olan olaylar kişinin kaydına işlenir." Hükmü yer almaktadır. Davacının düzeltilmesini istediği annesinin adı kapalı kayıt olan Ankara`da ki nüfus kaydında yazılı olan adı olup kapalı kayıt üzerinde herhangi bir düzeltme yapılamayacağından bu yöndeki istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu gibi karar verilmesi,

Usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASIN**A ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 14/12/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖLÜ KİŞİNİN ADININ DEĞİŞTİRİLMESİ • TESPİT DAVASI

ÖZET: Bir kimsenin ölümünden sonra adının değiştirilmesi mümkün değildir. Zira, kişinin adının değiştirilmesi hakkı sıkı sıkıya şahsa bağlı bir haktır. O halde; ölü kişinin adının değiştirilmesi için açılan davaya tespit davası olarak devam edilerek hüküm kurulmalıdır.

Y.18.HD E: 2010/12018 K: 2011/246 T: 18.01.2011

Temyiz istemlerinin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü: Davacı dava dilekçesinde; murisi babasının adının D. iken, nüfusta yapılan tarama sırasında D. olarak değiştirildiğini, bu değişiklik nedeni ile mağdur olduğunu ileri sürerek nüfusta D. olan baba adının D. olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yargıtay uygulamalarında ve bilimsel çevrelerde ad üzerindeki hakkın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir temel kişilik hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda bir kimsenin ölümünden sonra adının değiştirilmesine olanak yoktur. Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinde; davacının baba adı D. olarak geçmektedir. Davacı kendi nüfus kaydındaki baba adının düzeltilmesini istediğine göre, çoğun içinde az da vardır kuralı uyarınca düzeltme isteminin tespiti de kapsayacağı dikkate alı-

narak dosyada bulunan ve toplanacak kanıtlara göre koşulları oluştuğu takdirde davacının babası D. ile D.`un aynı kişi olduğunun tespitine karar verilmesi ile yetinilmesi gerektiği dikkate alınmadan yerinde olmayan gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** 18.01.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CEZA DAVASI • YAŞIN TESPİTİ • MAHKEMENİN GÖREVİ

ÖZET: Ceza kovuşturması esnasında mağdur veya sanığın yaşının tespiti sorunu ortaya çıkarsa, bu sorunu ceza mahkemesi çözer. Bu noktada Hukuk Mahkemesinde dava açılamaz.*

Y.18.HD E: 2010/12144 K: 2011/690 T: 27.01.2011

Dava dilekçesinde, davacıların kızları D.'in C.Y. ile kaçarak evlendiğini, resmi nikah yapılabilmesi için yaş tashihi davası açtıklarını bildirdikleri, mahkemenin de gerekçeli kararında bu hususa değindiği görülmüştür.

5271 sayılı Ceza Mahkemesi Kanunu`nun 218. Maddesinin ikinci fıkrasında, "Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir." Hükmü yer almaktadır.

Davanın açıldığı tarihte, sözü edilen eylemler ile ilgili olarak C.Y. Hakkında Eskişehir 1.Ağır Ceza Mahkemesi`nin 2007/303 Esas sayılı dosyasında açılmış olan kamu davası devam ederken söz konusu yaş düzeltme davasının açılarak sonuçlandırıldığı Eskişehir 1. Ağır Ceza Mahkemesi`nin 10/06/2009 tarih ve 2007/303 Esas sayılı ihbar yazısından anlaşılmaktadır.

Mahkemenin görevi kamu düzeni ile ilgilidir. Görev hususunun mahkemece re`sen araştırılması ve yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir.

Mahkemece, dava dilekçesinde davacılar tarafından bildirilen kaçırılma ve cinsel istismar ile ilgili iddianın Cumhuriyet Başsavcılığı`ndan sorulması ve hüküm tarihi itibarıyla ceza kovuşturması devam ettiğinden davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, bu konuda bir araştırma yapmadan davanın esastan karara bağlanarak ceza yargılamasını etkileyecek şekilde kesin hüküm oluşmasına sebebiyet verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın

* Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 27.01.2011 T.2010/12143 – 2011/689 sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 27/01/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM TARİHİ • TAVZİH • ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Hükmün tavzihi yoluyla ilk kararda belirlenmiş olan doğum tarihinin ek kararla değiştirilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hüküm kurulurken çelişkili sonuçlardan kaçınılmalıdır.

Y.18.HD E: 2010/12141 K: 2011/691 T: 27/01/2011

Davacı Ü.C.'in davalı Nüfus Müdürlüğü aleyhine açtığı davada, 1989 olan doğum tarihinin 1991 olarak düzeltilmesini istediği, mahkemece davanın kabulü ile davacının 09/09/1989 olan doğum tarihinin gün ve ayı baki kalmak kaydıyla 09/09/1992 olarak tashihine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği; Gürpınar İlçe Nüfus Müdürlüğü'nün 15/04/2008 tarihli ihbar dilekçesi üzerine doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilen Ü.C. ile aynı anneden doğduğu anlaşılan kardeşi 01/09/1992 doğumlu G.C. arasında düzeltilen doğum tarihine göre 8 (sekiz) günlük bir zaman farkının olduğunun farkına varılması üzerine, anılan Mahkemenin 10/06/2008 tarihli ek kararıyla bu kez davacının doğum tarihinin gün ve ayı değiştirilmek suretiyle 01/01/1992 olarak tashihine karar verildiği, bu ek kararın da temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır.

Gürpınar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 12/03/2008 tarihli hükmü ile doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilen Ü.C. ile aynı anneden doğduğu anlaşılan kardeşi 01/09/1992 doğumlu G.C. arasında düzeltilen doğum tarihine göre 8 (sekiz) günlük bir zaman farkı mevcut olup, bu süre içerisinde bir kadının iki kez doğum yapması tıbben mümkün görülmemektedir.

Hakimin nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken, kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemeye ve hayatın doğal akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermesi gerekirken, bu hususa dikkat edilmeksizin nüfus kayıtlarında çelişki yaratacak şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Diğer taraftan; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 455. Maddesinde "Hüküm müphem ve gayrivazıh olur veya mütenakız fıkraları ihtiva ederse icrasına kadar iki taraftan her biri ilamın tavzihini ve tenakuzun ref`ini isteyebilir." Hükmü mevcuttur.

Buna göre, açık olmayan veya çelişik fıkralar kapsayan hükümlerin açıklanması istenebilir. Hakim, verdiği hüküm ile bağlıdır. Sonradan hükmün yanlış olduğu kanısına varsa dahi, hüküm temyiz edilip bozulmadıkça veya yargılamanın iade-

sine karar verilmedikçe değiştirilemeyeceği gibi, unutulan bir hususun tefhimden sonra tamamlanması da mümkün değildir. Hükümlerin tavzihi bunun bir istisnası olarak kabul edilemez.

Buna göre mahkemenin 10/06/2008 tarihli ek kararıyla HUMK`un 455. Maddesine aykırı olarak hükümlerin tavzihi yoluyla ilk kararında 09/09/1992 olarak düzeltilen doğum tarihinin ek kararla değiştirilip 01/01/1992 yapılmış olması da usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASIN**A ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 27/01/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ANA ADININ DEĞİŞMESİ • MAHKEME İLAMI

ÖZET: Ana adının değiştirilmesini içeren ilamda, nüfus bilgileri yazılarak gerekçe oluşturulmalıdır.

Y.18.HD E: 2010/12142 K: 2011/684 T: 27/01/2011

Davacı A.S. vd ile davalı Nüfus Müdürlüğü arasındaki davada Ondokuzmayıs Asliye Hukuk Mahkemesince verilen ve Yargıtay`ca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunan 18/03/2010 günlü ve 2008/133-2010/35 sayılı kararın yürürlükteki hukuka aykırı olduğu savıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 22/10/2010 gün ve Hukuk-2010gün ve Hukuk 2010/248450 sayılı yazısıyla kanun yararına temyiz edilerek bozulması istenilmiş olmakla, dosyadaki tüm kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacıların açtığı davada, nüfus kütüğünde G. olan ana adlarının F. olarak düzeltilmesine karar verilmesini istedikleri mahkemece davanın kabulüne karar verildiği hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece davacıların gerçek anneleri olduğu iddia edilen F.U.'ün nüfus kayıt bilgileri yazılarak anne ile çocukları arasında kayden irtibat kurulması gerekirken, sadece G. olan anne isimlerinin F olarak değiştirilmesi ile yetinilmeli usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 27/01/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SOYADI DÜZELTİLMESİ

●

İKİNCİ KEZ DAVA AÇILAMAYACAĞI KURALI

ÖZET: Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydı düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir. Buna göre soyadı kaydı bir kere düzeltilebilir.*

Y. 18 HD E: 2010/12145 K: 2011/1184 T: 03/02/2011

Davacı M.Ç.`ün Nüfus Müdürlüğüne karşı açtığı soyadı değişikliği davasında Ç. olan soyadının Büyükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin anılan hükmü ile E olarak değiştirilmesine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği, dosya içinde bulunan Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 10/09/1979 tarih ve 1979/356 Esas, 1979/537 Karar sayılı hükmü ile davacının babası A.Ç. soyadının Çelikgürz olarak değiştirilmesine karar verildiği, karar tarihinde ergin olmayan davacının da babasına bağlı olarak soyadının Ç. Olarak değiştiği anlaşılmaktadır.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu`nun 36. Maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde: "Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir." Hükmüne yer verilmiştir.

5490 sayılı Kanun`un anılan hükmü uyarınca bir kişinin soyadına ilişkin kaydın ancak bir kez düzeltilebileceği göz önünde bulundurularak, daha önce soyadı mahkeme kararı ile babasına bağlı olarak düzeltilmiş olan davacının soyadının ikinci kez düzeltilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 03/02/2011 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasının 36/1-b madde ve bendinin birinci cümlesinde aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılabileceği aynı bendin son cümlesinde ise Nüfus Müdürlüğünün soyadı değişikliğinde eş ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzelteceği öngörülmüştür. Dosya içindeki Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 10/09/1979 gün 1979/356-537 sayılı kararı ve nüfus kaydından davacının babası A.Ç. açtığı dava sonunda karar tarihinde ergin olmayan davacının soyadının idari olarak Ç iken Ç olarak değiştiği anlaşılmaktadır.

Davacının babası tarafından açılmış dava sonunda soyadının Nüfus Müdürlüğü tarafından yukarıda sözü edilen madde hükmü gereğince değiştirilmiş olması halinde davacı tarafından açılmış bir davadan sözedilemez. İdari nitelikteki soyadı değişikliğinin, aynı konuya ilişkin nüfus kaydının düzeltilmesi

* Karşı oy yazısındaki ilginç ve üzerinde durulabilecek görüş sebebiyle bu kararı yayımlıyoruz

davasının ancak bir kere açılabileceği hükmü kapsamında değerlendirilmesi, haklı nedenlerin varlığı halinde davacının dava açma hakkını engellemesi sonucunu doğuracağından, çoğunluğun davacının babası tarafından dava açmak suretiyle yapılmış bir kayıt düzeltmesi bulunduğu takdirde davanın reddi gerektiği yolundaki görüşüne katılmıyoruz. Bu halde mahkemenin soyadı değişikliği davasını kabul etmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından kanun yararına temyiz isteminin reddi gerektiği görüşündeyiz.

DOĞUM TARİHİ • DOĞUMUN TESCİL TARİHİ
•
ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Bir kimsenin doğmadan nüfusa tescil edilemeyeceği dikkate alınarak tescil tarihinden sonraki tarihin doğum tarihi olarak kabulü olanaksızdır. Nüfus kayıtlarında düzeltme yapılırken mevcut kayıtlar arasında çelişki meydana getirilmemelidir.*

Y.18.HD E: 2010/13922 K: 2011/1961 T: 17/02/2011

Davacılar H.K. ve B.K.`un davalı Nüfus Müdürlüğü aleyhine açtıkları davada, 03/12/1993 doğumlu olan oğulları K.K.I`un doğum tarihinin 1994 olarak düzeltilmesini istedikleri, mahkemece davanın kabulü ile 03/12/1993 olan doğum tarihinin gün ve ayı baki kalmak kaydıyla 03/12/1994 olarak tashihine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

İncelenen dosyadan, küçük K.K.`un nüfusa 14/12/1993 tarihinde tescil edildiği görülmüştür. Bir kimsenin doğmadan önce nüfusa tescili mümkün olmadığı halde, doğum tarihinin 03/12/1994 olarak düzeltilmesi nüfus kayıtlarında çelişki meydana getirmektedir.

Hakim, nüfus kayıtlarında düzeltme yapılmasına karar verirken bu kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemek ve hayatın olağan akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermek zorunda olup, bu hususa uyulmaması usul ve kanuna aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine 17.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 17.2.2011 T. 2010/13926 - 2011/1965 Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.

NÜFUS KAYDININ KAPATILMASI • KAPATILMA SONUÇLARI

ÖZET: Ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlat edinilme, soy bağının düzeltilmesi gibi olaylar nedeniyle nüfus kaydı kapanır ve o kayıt üzerinde işlem yapılamaz.

Y.18.HD E: 2010/13925 K: 2011/1964 T: 17/02/2011

Davacı Z.K. vekilinin davalı Nüfus Müdürlüğü aleyhine açtığı davada, davacının Z. olan isminin Z olarak düzeltilmesini talep ettiği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinden, davacının 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu`nun 20. Maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu`nun 31/01/1991 gün ve 91/1446 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilmesi üzerine Türk vatandaşlığını kaybettiği ve bu sebeple nüfus kaydının kapatıldığı anlaşılmaktadır.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 14. Maddesinde;

"(1) Nüfus kaydının kapatılması; ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlat edinilme, soy bağının düzeltilmesi veya reddi gibi olaylar nedeniyle bir kaybın üzerinde işlem yapılamaz hale getirilmesidir.

(2) Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır. Kaydın açılmasından sonra kişisel durumda meydana gelmiş olan olaylar kişinin kaydına işlenir." Hükmü yer almaktadır.

Mahkemece, davacının Türk vatandaşlığından çıkması nedeniyle nüfus kaydının kapalı olduğu, bu nedenle nüfus kayıtları üzerinde herhangi bir işlem yapılmayacağı gözetilmeksizin isim tashihine ilişkin davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 17/02/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM TARİHİ DÜZELTİLMESİ • DOĞA YASALARINA AYKIRILIK • ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Yirmidokuz günlük sürede kadının iki defa doğum yapması mümkün değildir. Nüfus kayıtları düzeltilirken çelişkili sonuçlar meydana getirilmeden hüküm kurulmalıdır.

Y.18.HD E: 2010/13923 K: 2011/1962 T: 17/02/2011

Davacılar H.Ş. ve D.Ş.`nin davalı Nüfus Müdürlüğü aleyhine açtıkları davada, oğulları Ö.Ş.'nin 2000 yılında doğmuş olmasına rağmen 20/05/2004 doğumlu olan kızları E. ile ikizmiş gibi nüfusa tescil edilmiş olduğunu belirterek Ö.Ş.'nin doğum tarihinin 2000 olarak düzeltilmesini istedikleri, mahkemece davanın kabulü ile 20/05/2004 olan doğum tarihinin gün ve ayı baki kalmak kaydıyla 20/05/2000 olarak tashihine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır.

Karlıova Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19/10/2007 tarihli hükmü ile doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilen Ö.Ş. ile aynı anneden doğduğu anlaşılan kardeşi 18/06/2000 doğumlu İ.Ş. arasında düzeltilen doğum tarihine göre 29 (yirmidokuz) günlük bir zaman farkı mevcut olup, bu süre içerisinde bir kadının iki kez doğum yapması tıbben mümkün görülmemektedir.

Hakimin nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken, kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemeye ve hayatın doğal akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermesi gerekirken, bu hususa dikkat edilmeksizin nüfus kayıtlarında çelişki yaratacak şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 17/02/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ DAVASI

●

CUMHURİYET SAVCISI • NÜFUS MÜDÜRÜ

ÖZET: Nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davaların Cumhuriyet Savcısı ve Nüfus müdürünün de katılımıyla görüleceği Yasa`dan doğan zorunluluktur.

Y.18.HD E: 2010/13924 K: 2011/1963 T: 17/02/2011

Davacı D.C.`nin Nüfus Müdürlüğüne karşı 24/02/2009 tarihinde açtığı isim değişikliği davasında D. olan isminin Kuşadası 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin anılan hükmü ile D.N. olarak değiştirilmesine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Dava nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkindir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu`nun 36/1-a maddesi hükmüne göre, kayıt düzeltme davalarının Cumhuriyet Savcısı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülüp karara bağlanması zorunludur.

İncelenen dosyadan, kararın davalı Nüfus Müdürlüğü temsilcisinin yokluğunda verildiği anlaşılmıştır.

Mahkemenin oluşumuna ilişkin açıklanan yasa hükmü dikkate alınmadan, nüfus idaresi temsilcisi yokluğunda yargılama yapılarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK'un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 17/02/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOĞUM TARİHİNİN DÜZELTİLMESİ • ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Bir kimsenin doğmadan önce nüfusa tescili mümkün değildir. Nüfus kayıtlarında düzeltme yapılırken bu kayıtlar arasında çelişki meydana getirilmemelidir.

Y.18.HD E: 2010/13921 K: 2011/2311 T: 22/02/2011

Davacılar A.A. ve F.A.`ın davalı Nüfus Müdürlüğü aleyhine açtıkları davada, 01/01/1996 doğumlu olan çocukları H.A. ve E.A.`ın doğum yıllarının 1995, diğer oğulları 02/01/1998 doğumlu İ.A.`ın doğum yılının ise 1996 olarak düzeltilmesi-

ni istedikleri, mahkemece H.A.`ın 01/01/1996 olan doğum tarihinin 01/01/1993 , E.A.`ın 01/01/1996 olan doğum tarihinin 01/01/1997 ve İ.A.`ın 02/01/1998 olan doğum tarihinin 02/01/1995 olarak düzeltilmesine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

İncelenen dosyadan, küçük E.A.'in nüfusa 03/01/1996 tarihinde tescil edildiği görülmüştür. Bir kimsenin doğmadan önce nüfusa tescili mümkün olmadığı halde, doğum tarihinin 01/01/1997 olarak düzeltilmesi nüfus kayıtlarında çelişki meydana getirmektedir.

Hakim, nüfus kayıtlarında düzeltme yapılmasına karar verirken, bu kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemek ve hayatın olağan akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermek zorunda olup, bu husasa uyulmaması usul ve kanuna aykırı bulunmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 22/02/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYITLARINDA DÜZELTME • ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Nüfus kayıtlarında düzeltme yapılırken kayıtlar arasında çelişki meydana getirilmemeli ve hayatın doğal akışına ters düşecek tespitler yapılmamalıdır.

Y.18.HD E: 2011/212 K: 2011/2745 T: 28/02/2011

Davacılar C.L. ve T.L.`nin Nüfus Müdürlüğüne karşı 25.09.2007 tarihinde açtıkları davada, velayetleri altında bulunan müşterek çocukları K.L.'in 20/05/2004 olan doğum tarihinin ay ve gün baki kalmak kaydıyla 2001 olarak düzeltilmesini istedikleri, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilen K. ile aynı anneden doğduğu anlaşılan 01/01/2001 doğumlu Y. Arasında düzeltilen doğum tarihine göre 4 ay 19 günlük bir zaman farkı mevcut olup, bu süre içerisinde bir kadının iki kez doğum yapması tıbben mümkün değildir.

Hakimin nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken, kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemeye ve hayatın doğal akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermesi gerekirken, bu hususa dikkat edilmeksizin nüfus kayıtlarında çelişki yaratacak şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Diğer yandan, 02/10/2007 tarihli sağlık kurulu raporunda 60 aylık olduğu belirtilen K.L.`in doğum tarihinin 6 yaşını bitirecek şekilde 20/05/2001 olarak düzeltilmesi de doğru bulunmamıştır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 28/02/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYITLARI • İDARİ DAVA • ÇELİŞKİLİ DURUMLAR

ÖZET: Doğum ve ölüm olaylarının nüfus kaydına işlenmesi idari bir iş olup bu konuda açılan dava görev yönünden reddedilmelidir.

Bir kimsenin doğmadan nüfusa tescili mümkün değildir. Hüküm kurulurken kayıtlar arasında çelişki meydana getirilmemeli ve hayatın olağan akışına ters düşecek tespitler de yapılmamalıdır.

Y.18.HD E: 2011/208 K: 2011/2741 T: 28/02/2011

Davacı tarafından açılan yaş tashihi davasında, davacının 18/04/1971 tarihinde doğduğu ancak ailesi tarafından nüfusa kaydı yapılmayarak kendisi doğmadan önce 2-3 aylıkken vefat eden abisinin nüfus kaydının kullanıldığı ve kaydın bu şekilde kaldığının iddia edildiği, mahkemece davanın kabulü ile kayden 18/04/1967 olan doğum tarihinin 18/04/1971 olarak düzeltilmesine karar verildiği ve kararın temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır.

Doğum ve ölüm olaylarının nüfus kütüğüne işlenmesi, 5490 sayıla Nüfus Hizmetleri Kanunu`nun 15,31 ve 33. Maddelerine göre nüfus idaresine verilmiş idari bir görevdir.

Doğum tarihinin düzeltilmesi istenilen davacının nüfusa kaydedilmediği, kendisinden önce doğarak nüfusa 18/04/1967 doğum tarihi ile tescil edilen ve öldüğü halde ölü kaydı düşürülmediğinden sağ görünen kardeşinin kaydını kullandığı anlaşılmıştır. Mahkemece, doğum ve ölüm olaylarının nüfus kütüğüne işlenmesinin nüfus idaresine verilmiş idari bir görev olduğu gözetilerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu`nun 7/1. Maddesi gereğince görev yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Kabule göre de;

Mahkemece, davacının doğum tarihi 18/04/1971 olarak düzeltilmiş ise de, nüfus kaydına göre davacı, 19/04/1967 tarihinde nüfusa tescil edilmiştir. Bir kimsenin doğmadan önce nüfus kütüğüne tescili mümkün değildir.

Hakimin nüfus kayıtlarında düzeltme yaparken, kayıtlar arasında çelişki meydana getirmemeye ve hayatın doğal akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya

özen göstermesi gerekirken, bu hususa dikkat edilmeksizin nüfus kayıtlarında çelişki yaratacak şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 28/02/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BABA ADININ TASHİHİ • TESPİT DAVASI

ÖZET: Ad üzerindeki hak şahsa sıkı sıkıya bağlı temel bir kişilik hakkı olduğundan, murisin nüfustaki isminin değiştirilmesi için dava açılamaz.

Bu nedenle mevcut davaya tespit davası gözüyle bakılarak yargılamaya devam edilmelidir.

Y.18.HD E: 2011/213 K: 2011/2746 T: 28/02/2011

Davacı vekili dava dilekçesinde; davacının murisi babasının kayıtlarda Ü. olan adının U. olarak düzeltilmesini istemiş. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yargıtay uygulamalarında ve bilimsel çevrelerde ad üzerindeki hakkın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir temel kişilik hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda bir kimsenin ölümünden sonra adının değiştirilmesine olanak yoktur. Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinde; davacının baba adı Ü. olarak geçmektedir. Davacı, nüfus kaydındaki baba adının düzeltilmesini istediğine göre, çoğun içinde az da vardır kuralı uyarınca düzeltme isteminin tespiti de kapsayacağı dikkate alınarak dosyada bulunan ve toplanacak kanıtlara göre koşulları oluştuğu takdirde davacının babası Ü. ile U. aynı kişi olduğunun tespitine karar verilmesi ile yetinilmesi gerektiği dikkate alınmadan yerinde olmayan gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK`un 427. Maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, 28/02/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖLÜ KİŞİNİN ADININ DÜZELTİLMESİ • TESPİT DAVASI

ÖZET: Bir kimsenin ölmesiyle kaydı kapanacağından, bu kişilerle ilgili olarak sadece tespit davası açılabileceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Çoğun içinde azın da bulunacağı dikkate alınarak düzeltme isteminin tespit istemi olduğu kabul edilerek davaya devam edilmelidir.

Y.18.HD E: 2011/1476 K: 2011/3794 T: 22/03/2011

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davacıların murisleri K.A.`ın annesinin babası A.A.`ın ikinci eşi A. olmasına rağmen, kayıtlara anne adının H. olarak geçtiğini bildirerek, muris K.A.`ın nüfus kayıtlarında gerekli düzeltmelerin yapılmasını istemiş, mahkemece, ana ismi düzeltilmesi istenen K.A.`ın 1993 yılında, muris E.`nin gerçek babası olduğu iddia edilen S.Y.`nin 1937 yılında, kayden annesi H.`nin ise 1991 yılında vefat ettikleri, kayıtlarının kapalı olduğu kapalı kayıtlardaki kişilerin şahsi durumları hakkında başkaları tarafından kayıt düzeltim davaları açılamayacağı ve bu kayıtların hukuki işlemlere esas alınamayacakları gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 36. Maddesine göre; ilgililer nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme ve tespit davası açmak hak ve yetkisine sahiptirler. Bir kimsenin ölmesi sonucu kaydı kapalı hale geleceğinden, bu kişilerle ilgili sadece tespit davası açılabileceği Yargıtay uygulamaları ile kabul edilmiştir. Davacılar her ne kadar murisleri Kemal`in nüfus kayıtlarının düzeltilmesini istemişlerse de, çoğun içinde azın da bulunacağı ilkesi gözetildiğinde, düzeltme isteminin, tespit istemini de içerdiğinin kabulü gerekir. Buna göre nüfus kayıt düzeltme davaları diğer bir kısım davalarda olduğu gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan tüm bu açıklamalar dikkate alınarak mahkemece öncelikle H.A.`ın varsa veraset belgeleri de dosyaya getirtilerek hukukları etkilenecek olan tüm mirasçılar davaya dahil edildikten sonra Hakimin, hiçbir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, salt tarafların ve tanıkların beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor da gözetilerek işin esası hakkında tüm kanıtlar toplanıp oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 22/03/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İSİM TASHİHİ • HAKLI SEBEP KOŞULU

ÖZET: Doğum tutanağı düzenlenip kişinin adı nüfusa işlendikten sonra haklı bir sebebin varlığı ile bu isim değiştirilebilir.

Y.18.HD E: 2011/2391 K: 2011/4931 T: 12/04/2011

Davacı dava dilekçesinde; çocuğun İ.`in nüfus kütüğündeki adına S. adı da eklenmek suretiyle kaydın İ.S. olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davacının göstereceği tanıkların davacının talebine aykırı beyanda bulunmalarının mümkün olmayacağı, tanık dinlenmesinin davayı uzatmaktan başka bir yarar sağlamayacağı, kişinin dilediği ismi kullanmasının anayasal bir hak olduğu gerekçesiyle tanık dinlenmeden ve delil toplanmadan davanın kabulüne karar verilmiştir.

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 36. Maddesine ve Türk Medeni Kanun'un 27. Maddesine göre açılan bu tür davalar niteliği itibariyle kamu düzenini yakından ilgilendiren davalardır. Nüfus Sicilleri Devletin özel önem atfettiği belge ve kayıtlardır. Bunların doğruluğu kamu düzeni ile ilgili olup, Hakim doğru sicil oluşturmak mecburiyetindedir. Nüfus sicilindeki bir kaydın değiştirilmesini yasa özel kurallara bağlanmıştır. Bu konuyu düzenleyen Türk Medeni Kanunu 27. Maddesi, adın değiştirilmesini, ancak haklı sebeplere dayanılarak hakimden istenebileceğini öngörmüştür. Bir kimsenin doğumunda o kişinin velisi, doğan kişiye yasalara aykırı olmamak kaydıyla dilediği adı vermekte serbesttir.

Ancak, doğum tutanağı düzenlenip bu ad nüfus kütüğüne işlendiği takdirde bunun değiştirilmesi yukarıdaki yasa hükmünde de değinildiği gibi ancak haklı bir sebebin varlığı ile mümkündür. Buradaki haklı neden adının düzeltilmesi istenenin almak istediği yeni adla çevresinde, arkadaşları arasında tanınıp bilinmesine bağlıdır. Bu durumun kanıtlanması için tanık beyanlarına başvurmak bir zorunluluktur.

Davacı dava dilekçesinde tanık beyanına dayandığına göre davasını kanıtlayıp kanıtlamadığının saptanması bakımından bu gibi delillerin toplanması gerekir. Mahkemece tüm bu hususlar göz önünde bulundurulmadan hukuki olmayan gerekçelerle ve eksik incelemeyle davanın kabulü yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** 12/04/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRK VATANDAŞLIĞINDAN İZİNLE ÇIKMA
•
KAYIT DÜZELTME DAVASI

ÖZET: Türk vatandaşlığından izinle çıkanların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri dikkate alınmalı ve kayıt kapalı da olsa anne adının değiştirilmesi istemli davaya bakılmalıdır.

Y.18.HD E: 2011/3826 K: 2011/6463 T: 10/05/2011

Davacılar dava dilekçesinde, gerçek annelerinin, babalarının şimdiki eşi A. olduğunu ileri sürerek nüfus kütüğnde R. olan anne adının gerçeğe uygun olarak düzeltilmesini istemişlerdir.

Mahkemece, S, S, A ve M`nun nüfus kayıtlarının kapalı olması ve kapalı kayıt üzerinden işlem yapılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine F.Ç. yönünden kabulüne karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, S, M ve A.`ın Türk vatandaşlığından izin ile çıktıkları, S.`in ise 10/07/2009 tarihinde D.S`yla evlenmesi nedeniyle kayıtlarının kapatıldığı anlaşılmıştır.

Mahkemece, 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu`nun 28. Maddesi hükmüne göre Türk Vatandaşlığından izinle çıkanların Türk Vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri dikkate alınmaksızın ve ayrıca davacılardan S.S.`nın baba hanesindeki kaydı evlenmekle kapatılmışsa da koca hanesindeki kaydının açık olduğu göz ardı edilerek ve yine davacıların kayden anneleri R.Ç.`nin 1994 yılında öldüğü ve dava sonucunda verilecek kararla tüm mirasçılarının mirasçılık haklarının etkilenebileceği gözetilip davaya dahil edilip taraf teşkili sağlanmadan tüm deliller toplanıp iddia ile ilgili DNA testi de yaptırılıp kanıtlar birlikte değerlendirilmeden eksik araştırma, yetersiz incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelemeksizin hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 10/05/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRK VATANDAŞLIĞINDAN AYRILMA • KAPALI KAYIT

ÖZET: Türk vatandaşlığını kaybeden kişinin kaydı kapalı kayıt haline gelir ve o kayıt üzerinde işlem yapılamaz.

Y.18.HD E: 2011/5264 K: 2011/7188 T: 16/06/2011

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin adının Y.D. olarak nüfus kütüğünde yazılı bulunmasına rağmen D. olarak tanındığını, Y.D. adının karışıklığa neden olduğunu, Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığından çıkıp 2003 yılında Avusturya vatandaşlığına geçtiğini, Viyana Şehir Belediyesine başvurarak Y.D. olan adını D. olarak değiştirdiğini, böylece iki ülkedeki kayıtlar arasında farklılık meydana geldiğini, Sosyal Güvenlik Kurumundaki kayıtlarda da adının D. olarak değiştirilmesini istediğini, ancak bu konuda mahkeme kararı olmadığı için isteminin reddedildiğini ileri sürerek nüfus kütüğündeki Y.D. adının D. olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; davacı Y.D. Koçer`in 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu`nun 20. Maddesine göre Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verildiği ve çıkma belgesini teslim aldığı 29/07/2003 tarihinde Türk vatandaşlığını kaybettiği, nüfus kaydının kapalı kayıt haline dönüştüğü anlaşılmaktadır.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu`nun 14. Maddesinde; Türk vatandaşlığının her ne suretle olursa olsun kaybedilmesi halinde, kaybeden kimsenin kaydının kapalı kayıt haline geleceği ve bu şekildeki bir kaydın üzerinde işlem yapılamayacağı öngörülmüştür. Her ne kadar 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu`nun 29. Maddesinde 5203 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte; bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri bazı istisnalarla öngörülmüş ise de davacının adının değiştirilmesi onun, sosyal güvenlik haklarını kullanmasını engelleyecek veya kısıtlayacak bir mahiyette bulunmamaktadır. Kapalı kayıtlarla ilgili olarak yapılacak işlemlerde Türk vatandaşı olan kimselere tanınmayan bir hakkın Türk vatandaşlığından her ne sebeple olursa olsun çıkmış bulunan kimselere tanınması yasalara göre mümkün bulunmamaktadır. Davacı, Avusturya`da da Y.D. olan adını kendi isteği ile D. olarak değiştirmiştir. Bu nedenle her iki ülkedeki sosyal güvenlikle ilgili çalışmaların birleştirilmesinde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Mahkemece açıklanan nedenlerle kapalı kayıt üzerinden işlem yapılamayacağı dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK`un 428. Maddesi gereğince **BOZULMASINA** 16/06/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

KAYIT DÜZELTME DAVASI • DAVADA GÖREV

ÖZET: Aile Hukuku ile ilgisi olmayan kayıt düzeltme davasında Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir.*

Y.20.HD E: 2007/10602 K: 2007/10405 T: 16.07.2007

Dava, nüfus kayıtlarının düzeltilmesi istemine ilişkindir.

Dosya kapsamından, davacının dede ve babaannesi adına kayıtlı olduğundan, gerçek anne ve babası adına nüfus kaydına yazılmasına karar verilmesinin istediği anlaşılmaktadır.

1587 Sayılı Nüfus Yasası`nın 46. Maddesinde kayıt düzeltilmesi, TMY`in 282. Maddesinde de soy bağının kurulmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Bu durumda; Aile hukuku ile ilgili olmayan kayıt düzeltilmesine ilişkin davada uyuşmazlığın çözümünde Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; HYUY`nin 25. ve 26. Maddeleri gereğince Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 16/07/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA

TRAFİK KAZALARI NEDENİYLE ORTAYA ÇIKAN TEDAVİ GİDERLERİNDE SORUMLULUK*

6111 sayılı Torba Yasa olarak isimlendirilen yasadaki dikkat çekici düzenlemelerden birisi de trafik kazaları nedeniyle karşılanan sağlık hizmeti bedellerine ilişkindir.

Değişiklik olmadan önce, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. Maddesindeki düzenleme şöyleydi:

"Madde98-Motorlu araçların sebep oldukları kazalarda yaralanan kimselerin ilk yardım, muayene ve kontrol veya bu yaralanmadan ötürü ayakta, klinikte, hastane ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri aracın zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigortacı başvurma tarihinden itibaren sekiz iş günü içinde ve zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları kapsamında öder.

(Değişik: 25.06.1988 – KHK – 330/6 md.; Aynen kabul: 31.10.1990 - 3672/5 md.) Birden çok aracın karıştığı bir trafik kazasında zarar gören kişiler, araçların sigortacılarından herhangi birine veya 108. Maddede belirtilen durumlarda Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabına başvurarak zararın giderilmesini isteyebilirler. Giderleri ödeyen sigortacı veya Karayolu Trafik Garanti Siğortası Hesabı, ödediği miktarın sorumluluk oranlarına göre paylaşılmasını talep edebilir.

Zarara sebep olan aracın bilinmemesi veya geçerlibir zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunmaması veya sigortacının iflas etmesi veya çalınan aracın işleteninin sorumlu tutulamaması hallerinde, birinci fıkrada belirtilen giderler, 108. Maddede öngörülen Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı tarafından ödenir. (1)

(Değişik: 21.05.1997 – 4262/4 md.) Bu madde hükmüne uymayan sigortacılar, 108.000.000 lira hafif para cezası ile cezalandırılırlar."

Yukarıdaki düzenlemeye göre, motorlu araçların sebep oldukları kazalarda yaralanan kimselerin ilk yardım, muayene ve kontrol veya yaralanmadan ötürü ayakta, klinikte, hastane ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri aracın zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan, sigortacı ödemekteydi.

Bu düzenleme, 6111 sayılı Torba Yasa'nın 59. Maddesiyle aşağıdaki biçimde değiştirilmiştir.

MADDE 59- 2918 Sayılı Kanun'un 98. Maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. "Sağlık Hizmet bedellerinin ödenmesi:

---

* Derleyen : Av. İsmail GÖMLEKLİ

MADDE 98- Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.

Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının %15 `ini aşmamak üzere, münhasırın bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 03.06.2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14. Maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır. Söz konusu tutar, ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı belirlenebilir. Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer. Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu söz konusu tutarı %50 sine kadar artırmaya ve azaltmaya yetkilidir.

Bu madde çerçevesinde sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından ödenecek meblağın süresinde ödenmemesi halinde 31.05.2006 tarihli ve 5510 Sayılı Kanun'un 89. Maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.

Sigorta şirketleri ve Güvence Hesabından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılacak meblağın belirlenmesi ve ödenmesi ile sağlık hizmetleri için teminat sağlanan sigortaların tespiti ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir. Trafik kazası sebebiyle Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurumlarınca gerçekleştirilen tedavi giderleri bakımından, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Sağlık Bakanlığına yapılacak ödemeye ilişkin usul ve esaslar Sosyal Güvenlik Kurumu ve Sağlık Bakanlığı tarafından ayrıca belirlenir."

Konuya ilişkin yönetmelik de 27 Ağustos 2011 Cumartesi tarihli Resmi Gazetenin Sayı: 28038 isimli nüshasında yayınlanmıştır. Söz konusu yönetmeliğin Genel Esasları Düzenleyen 4. Maddesine göre de:

İKİNCİ BÖLÜM

Genel Esaslar

Trafik kazalarından kaynaklanan sağlık giderleri

MADDE 4- (1) Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları tedavinin gerektirdiği tüm sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Kurum tarafından Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) yer alan hükümler doğrultusunda karşılanır.

(2) Bu Yönetmelik kapsamındaki zorunlu sigortalara ilişkin mevzuat hükümleri dahilinde ilgili sigorta şirketlerine ve Güvence Hesabına düşen ödemeler bakımından Kurum, sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı arasındaki paylaşım bu Yönetmelik hükümleri dahilinde gerçekleştirilir."

Denilmektedir. Şu halde bu düzenlemelerden sonra:

A.Trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları tedavinin gerektirdiği tüm sağlık hizmet bedelleri,

B-Kazazedenin sosyal güvencesi olup olmamasına bakılmaksızın,

C-Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından,

D-Sağlık Uygulama Tebliğinde yer alan hükümler doğrultusunda,

Karşılanacaktır.

Bu yeni uygulamanın Genel Sağlık Sigortasındaki Aktüeryal Dengeleri nasıl etkileyeceği, Sosyal Güvenlik sistemimiz içinde nasıl bir maliyet oluşturacağı hususu, Sosyal Güvenlik Kurumu İstatistikçilerinin çalışma alanındadır.

Bununla birlikte, konuya ilişkin Yerel Mahkemelerce kararlar verilmeye başlanmış;

Yargıtay kararı oluşmuştur:

Y.10 HD. 2011/6413-9823 sayılı, 30.06.2011 tarihli kararında, yukarıdaki uygulamaya dikkat çekmektedir. 6111 sayılı Yasanın Geçici 1. Maddesindeki düzenleme ile"bu kanunun yayınlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri için bu Kanunun 59. Maddesine göre belirlenen tutarın %20sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erer." Denildiği ifade edilmektedir.

Konuyu ve konuya ilişkin Yargıtay`ın kararı ile 3 adet Yerel Mahkeme kararını Sayın Okurlarımızın dikkatine sunuyoruz.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2011/6413 K: 2011/9823 T: 30.06.2011

Davacı kurum, itirazın iptali, takibin devamını ve %40 icra inkar tazminatı verilmesini istemiştir.

Mahkemece, uyulan bozma ilamı doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum ve davalı Sigorta Şirketi vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Ş.Ö. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, 14.07.2003 tarihli trafik kazası sonucu yaralanan sigortalıya yapılan tedavi gideri ve geçici iş göremezlik ödemelerinden oluşan sosyal sigorta yardımlarının davalı Sigorta Şirketinden tahsili istemine ilişkindir.

a-Dairemizin 23.09.2010 günlü bozma ilamı ile; davalı Sigorta Şirketinin bir-

leşerek gelen dava dosyasına ilişkin olarak, davalı Kurumca gönderilen ödeme yazısı üzerine 16.03.2005 tarihinde 1.807.00-TL.lik ödeme iddiasında bulunması nedeniyle, anılan ödeme olgusunun usulünce araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi yönünde bozma yapıldığı halde; bu yönde hiçbir araştırma ve değerlendirme yapılmaksızın ve bozma kararının gereği de yerine getirilmeksizin karar tesisi isabetli görülmemiştir.

b-Öte yandan, bazı maddeleri dışında 25.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 Sayılı Kanun'un 59. Maddesiyle değişik 2918 Sayılı Kanun'un 98. Maddesindeki "Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.

Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigotalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının %15 ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenene tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 03.06.2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14. Maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır. Söz konusu tutar, ilgili sigorta şirketleri için Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer..." 6111 Sayılı Kanun'un geçici 1. Maddesindeki, "Bu kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri için bu Kanununun 59. Maddesine göre belirlenen tutarın %20sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erer..." düzenlemeleri, bozma sonrası yürütülecek yargılama sırasında birlikte nazara alınarak yapılacak değerlendirme ve araştırma sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı Kurum ile davalı Sigorta Şirketinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde davalıya iadesine, 30.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KONYA 3. İŞ MAHKEMESİ

E: 2010/633 K: 2011/550 T: 27.06.2011

Mahkememizde görülmekte bulunan Rücuen Tazminat davasının yapılan açık yargılamasının sonunda, dosya incelendi.

Davacı vekili mahkememize vermiş olduğu dava dilekçesinde, müvekkil kurum sigortaları N., T., Y.Z. ve S.T. 29.06.2008 tarihinde geçirmiş olduğu trafik kazasında yararlandığını ve kendilerine tedavi masrafı yapıldığını ve sigortalının

yaralanması ile sonuçlanan kazada davalının kusurlu olduğunu, ayrıca sigorta şirketine gönderilen ihtarnameye rağmen kendilerine tedavi masrafı ödenmediğini beyan ederek tedavi masraflarının yasal faizi ile birlikte tahsilini talep etmiştir.

Davalı sigorta şirketleri vekilleri göndermiş oldukları cevap dilekçelerinde davanın husumet ve zamanaşımı itirazında bulunarak davanın reddini talep etmişlerdir.

Davalı B.T. vekili cevap dilekçesinde, meydana gelen trafik kazasında müvekkilinin herhangi bir kusurunun olmadığını, ayrıca aracın trafik sigortası olduğunu ve talep edilen miktarın teminat kapsamında olduğunu beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Davanın seyri esnasında yürürlüğe giren 6111 Sayılı Kanun'un 59. Maddesi ile değiştirilen 2918 Sayılı Kanun'un 98. Maddesi gereğince "trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup, olmadığına bakılmaksızın sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanır." Hükmü ve aynı kanunun geçici 1. Maddesi gereğince "bu kanun yayınlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanır." Hükmü gereğince davanın konusu kalmadığı kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur. Ayrıca dava tarihi itibariyle davacının dava açmada hukuki menfaati olmasına rağmen davanın seyri esnasında yürürlüğe giren kanun gereğince davanın konusuz kaldığı anlaşıldığından davacı ve davalı tarafa vekalet ücreti takdirine yer olmadığı kanaatine varılmıştır.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere:

Davacının davasının konusu kalmadığından **ESAS HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,**

Davacı kurum harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına,

Davanın 6111 sayılı kanun gereğince konusuz kalma olması nedeniyle davacı ve davalı tarafa vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, tarafların yapmış olduğu masrafın kendi üzerinde bırakılmasına,

Miktar yönünden kesin olmak üzere verilen karar davacı vekilinin yüzüne karşı davalıların yokluğunda açıkça okunup usulen anlatıldı. 27.06.2011

KONYA 3. İŞ MAHKEMESİ

E: 2009/616 K: 2011/319 T: 28.04.2011

Davacı vekili mahkememize vermiş olduğu dava dilekçesinde, müvekkil kurum sigortalı A.P.`ın 23.10.2007 tarihinde geçirmiş olduğu trafik kazasında yaralandığını ve kendisine tedavi masrafı yapıldığını ve sigortalınını yaralanması ile sonuçlanan kazada davalının kusurlu olduğunu, ayrıca sigorta şirketine gönderilen

ihtarnameye rağmen kendilerine tedavi masrafı ödenmediğini beyan ederek tedavi masraflarının yasal faizi ile birlikte tahsilini talep etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili göndermiş olduğu cevap dilekçesinde, davanın husumet ve zamanaşımı itirazında bulunarak davanın reddini talep etmiştir.

Diğer davalılar duruşmadaki beyanlarında meydana gelen kazada herhangi bir kusurlarının olmadığını beyan ederek davanın reddini talep etmişlerdir.

Davanın seyri esnasında yürürlüğe giren 6111 Sayılı Kanun'un 59. Maddesi ile değiştirilen 2918 Sayılı Kanun'un 98. Maddesi gereğince "trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup, olmadığına bakılmaksızın sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanır." Hükmü ve aynı kanunun geçici 1. Maddesi gereğince "bu kanun yayınlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanır." Hükmü gereğince davanın konusu kalmadığı kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur. Ayrıca dava tarihi itibariyle davacının dava açmada hukuki menfaati olmasına rağmen davanın seyri esnasında yürürlüğe giren kanun gereğince davanın konusuz kaldığı anlaşıldığından davacı ve davalı tarafa vekalet ücreti takdirine yer olmadığı kanaatine varılmıştır.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere:

Davacının davasının konusu kalmadığından **ESAS HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,**

Davacı kurum harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına,

Davanın 6111 Sayılı Kanun gereğince konusuz kalma olduğundan davacı ve davalı vekilleri için vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, tarafların yapmış olduğu masrafın kendi üzerlerinde bırakılmasına,

İş Mahkemesi Kanun 8. Maddesi uyarınca tefhim veya tebliğden itibaren 8 gün içerisinde temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar davacı vekilinin yüzüne karşı davalının yokluğunda açıkça okunup usulen anlatıldı. 28.04.2011

MERSİN 2. İŞ MAHKEMESİ

E: 2010/284 K: 2011/317 T: 25.05.2011

Dava, rücuan tazminat isteminden ibarettir. Davacı vekili 15.04.2010 tarihli dilekçesiyle kurum sigortalısı S.G.`in hak sahibi oğlu S.G.`in 19.06.2000 tarihinde A.Ş. yönetimindeki 33 B .... plaka sayılı aracın çarpması sonucu yaralanmış, hak sahibinin yaralanması üzerine kurum sigortalı S.G.`e 26.08.2008 tarihinde 1.999.00-TL. ödeme yapılmış, kurum zararının şimdilik 249.88-TL. nin 26.08.2008 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini dava ve talep etmiş, yargılama aşamasında yazılı beyanını tekrarlamıştır.

Davalı Genel Sigorta A.Ş. vekili davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuş diğer davalı yargılamaya katılmamış ve savunma yapmamıştır.

Delillerin değerlendirilmesi neticesinde; Kurum sigortalısı S.G.`in hak sahibi olan Selahattin Geçer 19.06.2000 tarihinde davalı A.Ş. yönetimindeki 33 B 7195 plaka sayılı aracın çarpması sonucu yaralandığı, meydana gelen kazada davalı A.Ş.`ın 1/8 oranında kusurlu olduğu ve davalı kurumca hak sahibi olan kurum sigortalısına 26.08.2008 tarihinde 1.999.00-TL. ödeme yapıldığı anlaşılmış. Mahkememizce Asliye Ceza Mahkemesinde alınan kusur raporu Adli Tıp Kurumundan alındığı anlaşıldığından Mahkememizce hükme esas alınmış. Bu nedenle davanın davalı A.Ş. yönünden kabulü yoluna gidilerek 249.88- TL. tedavi gideri masrafının ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte bu davalıdan alınarak davacı kuruma ödenmesine karar verilmiş.

Davalı sigorta şirketi yönünden açılan davanın ise; 6111Sayılı Kanun'un 59. ve geçici 1. Maddesi uyarınca 2918 Sayılı Kanun'un 98. Maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, yapılan tedavi gideri masraflarından ve kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle de davacı Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumlu olduğu belirlendiğinden ve sigorta şirketinin bu yöndeki sorumluluğu kaldırıldığından bu davalı yönünden açılan davanın reddine karar vermek gerekmiş.

Anlatılan nedenlerle davanın kısmen kabul kısmen reddine karar vermek sonuç ve vicdani kanaatiyle aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-DAVACININ DAVASININ KISMEN KABULÜ İLE 249.88 TL. Kurum zararının dava tarahinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı Ahmet Şallıdan alınarak davacı kuruma ödenmesine,

2-Davacı kurumun davalı sigorta şirketi yönünden açmış olduğu davasının 6111 sayılı yasanın 59. Ve geçici 1. Maddesi uyarınca **REDDİNE,**

3- Davalı sigorta şirketi lehine vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

4-Davacı vekilinin emek ve mesaisine karşılık yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre takdir olunan 1.100.00-TL. vekalet ücretinin davalı A.Ş.`dan alınarak davacı kuruma verilmesine,

5-Davacı kurum harçtan muaf olduğu için ilk aşamada alınmayan 18.40 TL. başvurma harcı ile 18.40-TL. peşin harcın davalı A.Ş.'dan alınarak Hazineye irad kaydına,

6-Davacı tarafça davalı A.Ş. yönünden yapılan 29.00-TL. yargılama giderinin davalı A.Ş.`dan alınarak davacıya verilmesine, bakiyesinin davacı üzerinde bırakılmasına,

Dair davacı vekilinin yüzüne karşı, davalı tarafın yokluğunda dava değeri itibariyle kesin olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 25.05.2011

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI

TBB DİSİPLİN KURULU

ÖZET: Ortak büroda çalışan avukatlar da yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı işe bağlıdırlar.

TBB.D.K. E: 2011/438 K: 2011/719 T: 10.12.2011

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

Şikayetli avukatlar hakkında, şikayetçi şirketlerin vekili iken azledildikleri, şirket vekili Avukat P.G.'nin azilnameden haberdar olmadığını 30.09.2009 tarihli duruşmada beyan ettiği halde, aynı tarihte her iki şirket aleyhine M.K. ve U.K. vekilleri olarak İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 20009/706 ve 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/707 Esas sayılı "şirket genel kurulu kararının iptali" davalarını açtıkları, ayrıca azilnameye rağmen ellerinde bulunan dosyaları teslim etmedikleri, ek şikayet dilekçesi ile de İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde danışmalara girmemek suretiyle görevini ihmal ettikleri ve G. Gıda A.Ş. aleyhine alacaklısı Avukat A.G. olan 183.000,00 TL.lık senedi icraya koydukları, iddiaları ile yapılan şikayet üzerine, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçunu oluşturmadığı kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında, her iki şikayetçi şirketin listesini verdikleri çok sayıdaki davalarını 04.12.2007 tarihinden itibaren takip ettiklerini, buna rağmen vekalet ücreti ve masraflarının ödenmediğini, İstanbul 14. Noterliği'nin 28.09.2009 tarih ve 8598 sayılı azilnamesi ile alacakları ödenmeden haksız olarak azledildiklerini, azilnameyi takiben 12.10.2009 gün ve 9102 sayılı ihtarname ile dosyaların istendiğini, ihtarnamenin ücret ve masraf alacakları ödeninceye kadar yasal hapis hakkı sebebiyle teslim edilmeyeceğini bildirdiklerini, 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/706 ve 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2099/707 Esas sayılı davalarının, şirketin çoğunluk hisselerinin sahibi M.K. ve U.K. adlarına sahte pay defteri düzenlenerek yapılmış olan genel kurul kararlarının yokluk ile malul olduğunun tespitine yönelik olduğunu, şikayetçi şirketlerin aile şirketleri olup, yeni yönetim kurulu başkanı olan H.K. ile oğlu M.K. arasındaki aile içi ihtilaftan doğduğunu ve M.K.'in yönetim kurulu başkanı olarak verdiği bütün vekaletlerin azledildiğini, şikayetin amacının sadece görevlerini yapan avukatları da bu ihtilafa dahil etmek olduğunu, bildirmişlerdir.

Baro Yönetim Kurulu, şikayetli avukatlar Avukat A.G. ve Avukat P.G. hakkında, İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde katılmadıkları duruşmalara mesleki mazeret sunulmuş olması ve mahkemece davanın uzak güne ertelenmesinden sorumlu tutulamayacakları, ihtarnameye cevap vererek azledilmelerinden sonra hapis hakkını kullanarak bildirimde bulunmalarında işlem yapılmasını gerektirir bir husus bulunmadığı, şikayetli avukatların, şikayetçilerin vekilliklerini yürüttükleri

sırada şirketler aleyhine İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/706 ve 11. Ticaret Mahkemesi'nin 2009/707 Esas sayılı davalarını açmak suretiyle Avukatlık Yasası'nın 38/2. maddesini, müvekkilleri aleyhine avukatlık ücreti karşılığı senet almaları ve bu senedi Şişli 7. İcra Müdürlüğü'nün 2009/28105 Esas sayılı dosyası ile takip konusu etmeleri sebebiyle Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesini ihlal ettikleri kabul ederek disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiş karar taraflara tebliği edilmiştir.

Şikayetli avukatlar kovuşturma aşamasındaki savunmalarında, önceki savunmalarına ilaveten, kovuşturma konusu iki davanın, kendilerinin azledildiğinden haberdar oldukları için azilden sonra açıldığını, açılan davanın genel kurul kararının yoklukla malul olduğunun tespitine yönelik olduğunu, bu davanın şirket aleyhine olmadığını, hisse çoğunluğuna sahip kişiler tarafından açıldığını ve davanın bütün ortakların yararına olduğunu, takip konusu edilen senedin şirketin kendilerine olan ücret ve masraf borçlarını ödeyememeleri nedeni il tanzim tarihindeki şirket yetkilisi tarafından verildiğini, avukatlık ücret sözleşmesinde de belirtildiğini, bildirmişlerdir.

Avukatlık Yasası'nın 141. maddesine göre, disiplin kovuşturması Yönetim Kurulu tarafından alınan bir karar ile açılır. Disiplin Kurulları, disiplin kovuşturmasında iddianame niteliğinde olan Yönetim Kurulu kararında belirtilen hususlar ile bağlı olup, hukuki nitelemesi ile bağlı değildir.

Dosyadaki belgelerin kovuşturma açılan konular açısından incelenmesinde;

Şikayetli avukatların, şikayetçi şirketler tarafından Giresun 1. Noterliğinin 04.12.2007 tarih 9256 sayılı genel vekaletnamesi ile 31.12.2009 tarihine kadar geçerli olmak üzere vekil tayin edildikleri;

İstanbul 14. noterliğinin 28.09.2009 tarih 8598 sayılı azilnabesi ile azledildikleri, azilnamenin şikayetli avukatlara hangi tarihte tebliğ edildiğine dair belgenin dosyada bulunmadığı,

Bu iki tarih arasında her iki şirket vekili olarak çok sayıda dosyada görev aldıklarının tarafların iddia ve savunmalarından anlaşıldığı,

İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/259 Esas sayılı davasının 30.09.2009 tarihli duruşma tutanağına göre duruşmaya davacı şirket temsilcisi olarak yönetim kurulu başkanı H.K.'inde katıldığı, şirket vekili olarak duruşmaya katılan Şikayetli Avukat P.G.'nin aynı dosyaya sunulan azilnameden haberdar olmadığını, şirket yetkilisinin davadan feragatini kabul etmediğini, müvekkili şirket yönetim kurulu başkanı ve yönetim kurulunun seçimi ile ilgili en son genel kurulun iptaline yönelik 13.

Asliye Ticaret Mahkamesi'nin 2009/706 Esas sayılı dosyası ile dava açtıklarını, feragatin geçersiz olduğunu ileri sürdüğü, davanın vaki feragat nedeni ile reddin karar verildiği,

İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'ndeki davanın, davacı vekili olarak Şi-

kayetli Avukat A.G. tarafından 30.09.2009 tarihinde açıldığı, 14.09.2009 tarihli olağanüstü genel kurulu kararının yoklukla malul olduğunun tespiti ve kararların iptali istemi ile G. Gıda A.Ş. aleyhine açıldığı,

İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'ndeki davanın da davacı vekili olarak Şikayetli Avukat A.G. tarafından 06.10.2009 tarihinde aynı gerekçelerle G. Gıda A.Ş. aleyhinde açıldığı,

Şikayetçi şirketlerin, azilden sonra, şikayetli avukatlara ihtarname keşide ederek ellerindeki dosyaları teslim etmelerini istedikleri, cevabı ihtarnamede, dosyaların avukatlık ücreti ve masraflar ödeninceye kadar Avukatlık Yasası'nın 39. maddesindeki hapis hakkına dayanarak teslim edilmeyeceğinin bildirildiği, bu iddia ile ilgili olarak disiplin kovuşturması açılmamış bulunduğu,

Her iki şirket ile Şikayetli Avukat A.G. arasında 15.09.2008 tarihli avukatlık ücret sözleşmesi yapıldığı, bu sözleşmede, 01.01.2008'den itibaren aylık 5.000,00.-TL'sı avukatlık ücreti ödeneceği, stopaj ve KDV'nin şirkete ait olacağı, 4. maddesine göre avukata ödenmesi gereken 50.000,00.-TL.sı ile 01.01.2008 tarihinden 30.09.2009 tarihin kadar hesaplanan avukatlık ücretinin karşılığı olarak 15.09.2008 tanzim, 15.09.2009 vade tarihli bono verildiği, 5. maddesinde 30.09.20009 tarihinden sonra avukatlık hizmetinin verilmeye devam edilmesi halinde aylık ücretin her ayın 1-5 arasında ödeneceği, hususlarının da düzenlendiği,

Söz konusu senedin, Şişli 7. İcra Müdürlüğü'nün 2009/28105 Esas sayılı dosyası ile icra takibine konulduğu,

İcra takibine Şişli İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2009/1663 Esas sayılı dosyası ile senedin tek imza ile düzenlendiği, şirketi temsil yetkisinin iki kişide olduğu gerekçesi ile itiraz edildiği,

Şikayetli avukatın G. Gıda A.Ş. adına 24.04.2008 tarih 183650 sayılı, 6.125,00.-TL.sı (net 5.000,00.-TL.sı) tutarında serbest meslek makbuzu düzenlediği,

Her iki tarafın da aralarındaki davaların içeriği ile ilgili olarak sundukları belgeler, disiplin kovuşturmasında araştırılan hususun, şikayet konusu dava ve takiplerde hukuken hangi tarafın haklı olduğu değil, şikayetli avukatlar tarafından yapılan işlemlerin Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları açısından değerlendirilmesi ile ilgili olması bakımından disiplin kovuşturmasına etkisi görülmemiştir.

Şikayetli avukatların da kabul ettiği gibi, müvekkili her iki şirketin de 14.09.2009 tarihinde yapılan olağanüstü genel kurulunda yapılan yönetim kurulu başkan ve üyelerinin seçimi ile alınan kararların yoklukla malul olduğu ve kararların iptali istemi ile savunmasına göre hisse çoğunluğuna sahip iki kişinin vekili olarak ve genel kuruldan sonra seçilen yeni yönetim kurulu başkanı tarafından azledildiklerine dair tebligat yapılmadan önce, şirketlerin vekili olduklarını bildikleri halde 30.09.2009 tarihinde 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/706 Esas sayılı davasını açmışlardır. Bu durum, şikayetli avukatlardan Avukat P.G.'nin 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/259 Esas sayılı davanın 30.09.2009 tarihli duruşma

tutanağında da açılan davanın dosya no.su da bildirilerek beyan edilmiştir. Şikayetli avukatlar bu beyana karşın, savunmalarında azledilme hususunun şikayetlilerden Avukat A.G. tarafından bilindiği, ancak ortağına bildirmediği ve davanın da onun tarafından açıldığı biçiminde tevil yolu ile bildirilmektedir.

Diğer dava, zaten azilnamenin tebliğinden önce bile olsa, şikayetli avukatlar tarafından öğrenilmesinden sonra 06.10.2009 tarihinde açılmıştır. Her iki davanın da, azil hususunun öğrenilmesinden önce veya sonra açılması, dvaların nitelii karşısında disiplin uygulması açısından etkili bulunmamaktadır. Zira davalar her iki şirketin tüzel kişiliğine karşı açılmış bulunduğu gibi şirketlerin 14.09.2009 tarihinde yapılan olağanüstü genel kurul kararlarının yoklukla malul olduğu iddiası ile iptaline karar verilmesi yönündedir. Olağanüstü genel kurul, şikayetli avukatların azledilmelerinden önce ve vekillik görevleri devam ederken yapılmıştır. Şikayetli avukatların azledilmelerinden önce ve vekillik görevleri devam ederken yapılmıştır. Şikayetli avukatların vekillikleri devam ederken ypılan bir uygulmanın hukuka aykırılığı iddiası ile müvekkilleri şirkete karşı dava açmaları, vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonrad ahi mümkün değildir. Vekillik görevi şirketlerin tüzel kişiliğini temsili kapsamakta olup, şirket ortakları arasındaki ihtilafta, haklı olsun olmasın veyaçoğunluk hissesinin sahibi olsun olmasın bir kısım hissedarın yanında olup, diğerlerini karşısına alır biçimde ve hem de şirket tüzel kişiliğini dava ederek yer almak ortaklar araındaki ihtilafın içine girmek, vekillik görevinin dışına çıkmak olarak değerlendirilmek gerekir. Böyle bir davada şirket tüzel kişiliği ile ortaklar arasında menfaat çelişkisinin bulunduğu ise açıktır.

Ayrıca, şikayetçi şirketler ile şikayetl avukatlar arasında vekaletname verildiği 04.12.2007 tarihinden itibaren yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığı halde, 15.09.2008 tarihinde yapılıdığı metninde yazılı avukatlık ücret sözleşmesinin yapılması sırasında, 01.01.2008 den beri avukatlık ücreti ödenemediği açıklaması ile sözleşme tarihin kadar değil de 30.09.2009 tarihine kadar olan ücretlerin hesaplanıp, karşılığında senet düzenlendiğinin belirtilmesi, şikayetli avukatların vekaletnamesinin süresinin zaten 31.12.2009 da sonar ereceği vekaletnamede uyarı olarak açıkça belirtilmiş bulunduğu halde, ücret hesaplanmasının, vekaletin sona ereceği tarihe kadar değil, tam da ileride azledilerek dava açacakları tarihe denk gelmesi, sözleşmenin altındaki imzanın, hakkında iptal davaları açılan genel kurul kararları ile temsil yetkisi sona eren yönetim kurulu başkanına ait olması, sözleşme ve alınan senedin hakkında şüphelere neden olmakta, senedin icraya konularak şikayetli avukatlar ile eski müvekkileri arasında ihtilaf yaratılması da avukatların, "kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olarak mesleki çalışmasını yürütmesi yükümlülüğüne" aykırı bulunmaktadır.

Avukatlık Yasası 34. maddesine göre "Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir şekilde davranmak Türkiye Barolar Birliği'nde belirtilen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler".

Aynı yasanın 38/b. maddesine göre de "Aynı işte menafaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa" işi reddetmek zorundadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesinde "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam sadakatle yürütür". 4. maddesinde "Avukatlık mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır". Hükmüyle belirlenen ilkeler göz önünde bulundurulduğunda maddenin asıl amacının mesleğe olan güveni sarsmamak olduğu bellidir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 36. maddesi "Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. Ortak büroda çalışan avukatlar da, yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar" Hükmü ile avukatlar işi retle yükümlendirilmiştir.

Ayrıca, Avrupa Birlik Meslek urallarının 3.2.3. maddesinde de benzer düzenleme, "Bir avukat yeni müvekkilin vekaletini üstlendiğinde eski müvekkilinin güvenini kaybetme ihtimali doğacaksa veya avukatın, eski müvekkillerinin işleri hakkında sahip olduğu bilgiler yeni müvekkile haksız bir avantaj sağlayacaksa, avukat yeni müvekkilin vekaletini üstlenmekten kaçınmalıdır." şeklinde yer almıştır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatların eylemleri Avukatlık Yasası'nın 34, 36 ve 38/b maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 36 maddelerine aykırı olup disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu çoğunluğunca yapılan hukuki değerlendirmede hukuki isabet bulunmamış, incelenecek başka bir husus da bulunmadığından şikayetli avukatlar hakkında ki "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak her iki şikayetli avukatın ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçilerin itirazının kabulu ile şikayetli avukatlar hakkında eayrı ayrı verilen "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararın **KALDIRILMASINA**, şikayetli Avukatlar Avukat A.G. ve Avukat P.G.'nin ayrı ayrı **KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMALARINA** oy birliği ile karar verildi.

ÖZET: Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir.

TBB.D.K. E: 2011/425 K: 2011/708 T: 10.12.2011

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin vekili olarak İstanbul 12. İcra Müdürlüğü'nün 2001/11131 Esas sayılı dosyası ile S. Demir Çelik A.Ş. aleyhine icra takibini başlattığı, takip alacağının 06.09.2004 tarihine kadar 2.650.000,00.- TL.sına kadar ulaştığı, bu tarihe kadar bilinçli bir şekilde bir tahsilat sağlanmadığı, bu tarihte borçlunun işletme hakkını devraldığını söyleyen E.M.D.Ç. A.Ş. ile izni ve bilgisi olmaksızın alacağını yeniden yapılandırdığı, 650.000,00.- TL.lık kısmını ibra ederek, kalan 2.000.000,00.-TL.sı için taksitlerle ödenmek üzere anlaştığı, bu protokol ile borçludan 30.000.- TL.sı aldığı, bunun 150.000,00.- TL.sini kendisi-

ne verdiği, ancak içeriğinden haberdar olmadığı, protokol gereği alınan çeklerin sadece bir kısmının kendisin ödendiği, geriye kalan kısmı ödenmediğinden Aliağa İcra Müdürlğünün 2006/724, 725 ve 726 Esas sayılı icra takiplerini yaptığı, takip devam etmekte iken, gerekli haciz işlemlerini yapmadığı, daha sonra yine borçluyu 450.000.- TL.sı için ibra ederek 800.000,00.-TL.sı üzerinden protokol yaptığı, şirket yöneticilerinin kendisini arayarak alacağını kendilerinden almasını istedikleri, dosyaya harç ödememek için şikayetli ile birlikte 800.000,00.- TL.sı da aldıkları, bu paradan da 170.000,00.-TL. sı avukatlık ücreti aldığı, daha önce aldığı 130.000,00.-TL. sı da düşülünce kendisine 500.000,00.- TL sı kaldığı, borçlu şirkete TMSF tarafından el konulmasından sonra, kendisine sebepsiz olarak 1.455.000,00.-TL. sı ödeme yapıldığı iddiası ile istirdat davası açıldığını, bu davada kendisini savunabilmek ve alacağına karşılık tahsilat yaptığını ispat edebilmek için, şikayetçinin gizlediği 06.09.2004 tarihli protokol ile yapılan tahsilatların ve şikayetli avukatın kestiği miktarların ildirilmesini ihtarname ile talep ettiği, bu ihtarnameye cevap verilmediği için açılan davayı kaybetme riski altında olduu, şikayetli avukatın daha sonra S. Demir Çelik A.Ş.'nin denetçisi seçildiğini öğrendiği, bu durumun da, şikayetli avukatın kendisinin vekili olarak kurduğu ilişkilirde, borçluyu koruduğunun delili olduğu, iddiaları ile yapılan şikayet üzerine, Baro Yönetim Kurulu tarafından, "Türkiye arolar irliğ imselek Kurallarının 43. maddesine göre bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediği" gereekçesi ile açılan disiplin kovuşturması sonucuna Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyerek disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayetçinin iddialarının olaylara uygun olmadığını, haksız ve dayanaksız olduğunu, şikayetçinin bizzat ve kendisinin gıyabında borçlu ile irtibat kurarak görüşmeler yaptığını, alacağın 2.000.000,00.-TL. sı olarak ödenmesi konusunda şikayetçinin anlaştığını, 06.09.2004 tarihli protokolün, şikayetçinin istediğini ve metninden de anlaşıldığı gibi üç nüsha düzenlendiğini, bu protokol ile İstanbul İcra Müdürlüğündeki 2011/11131 sayılı takipteki alacağın E. A.Ş.'e temlik edilerek bu şirketten protokolde belirtilen çeklerin şikayetçi tarafından alındığını, bunların bir kısmının ödenmemesi üzerine, Aliağa İcra Müdürlüğü'nün 2006/724, 725 ve 726 Esas sayılı icra takiplerinin yapılıdğını, takipler davam ederken şikayetçinin borçlu ile anlaştığını bildirdiğini, o sırada şirkete TMSF'nin kayyum tayin edilmesi üzerine şirkete hacze gidildiğini, şirketin atanan yetkilileri anlaşarak alacağı 800.000,00.-TL. sına sabitlediklerini, şikayetçinin de hazır bulunudğunu, buna ilişkin 22.08.2007 tarihli protokolde şikayetçinin de imzasının bulunduğunu, bu protokolün de üç nüsha olarak düzenlenerek bir nüshasının da şikayetçiye verildiğini ve metninde de gösterildiğini, alacağın tamanının tahsil edilerek şikayetçiye teslim edildiğini, aynı tarihli ibrahame aldığını, daha sonra azilname gönderildiğini, şikayetçi aleyhine açılan davadan ve bilgi istendiğine dair ihtarnameden haberdar olmadığını, gayet bilgi istenmiş ise azledilmiş bir avukattan bilgi istemenin koşullarının olduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatı hakkındaki şikayet üzerine yapılan soruşturma sonucunda, Adalet Bakanlığı'nın 26.02.2011 tarihli "olur"u ile Aliağa İcra Müdürlğü'nün 2006/724, 800.000,00.- TL. sının şikayetçiden gizlenerek şikayetli avukatın uhdesinde tutulduğu iddiasının, şikayetli avukatın müveklilinden aldığı 30.11.2007 tarihli ibraname içeriğine göre, kovuşturma izni verilmemesi üzerine, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Avukatlık Yasası'nın 141. maddesine göre "Disiplin kovuşturması Yönetim Kurulu tarafından verilen bir karar ile açılır." Disiplin kovuşturmasında iddianame niteliğinde olan Yönetim Kurul kararında belirtilen eylem Disiplin Kurullarını bağlayıcıdır.

Dosyadaki belgelere göre bir bölümü Avukatlık Yasası'nın 159. maddesindeki zamanaşımı sürelerinin önesinde kalmış bulunan düzenlenmesi devamında yapılan hukuki işlemlere şikayetçinin de katılmış bulunması, şikayetçinin hem borçluş irket, hem de şikayetli avukat adına düzenlediği ibranameler ile Adalet Bakanlığı'nın bu belgeleri değerlendirerek şikayetli avukat hakkında kovuşturma izni vermemesi hususları karşısında zaten yerinde bulunmadığı anlaşılan diğer iddialar açısından değil, sadece bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi açısından disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiş bulunması sarşısında, disiplin kovuşturmasında inceleme ve değerlendirmenin bu yönden yapılması gerekmektedir.

Baro Disiplin Kurulu kararında, dosyanın aşamaları özetlendikten sonra, aslında disiplin kovuşturmasının konusu ile ilgisi bulunmayan ve disiplin kovuşturması açılmamış konular ile ilgili Adalet Bakanlığı örüşüne dayanılarak ve başkaca gerekçe de gösterilmeksizin karar verilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu, bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası ile ilgili olarak şikayetçi, şikayetli avukata İstanbul 8. Noterliğinin 23.07.2009 tarih ve 33065 sayılı ihtarnamesini keşide ettiğini, şikayetli avukatın bu ihtarnameye cevap ve istediği bilgileri vermediğini, bu sebeple hakkında açılan Aliağa Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/124 Esas sayılı dosyasında, tahsil edilen miktarların gerçek bir alacak nedeni ile olduğu konusunda ispat zorluğu ve davayı kaybetme riski altında oludğunu, iddia etmektedir.

Şikayetli avukat ise bu iddia ile ilgili olarak, ihtarnameden haberdar olmadığını, olsa dahi şikayetçinin azledilmiş bir avukattan bilgi istemesinin yasal koşullarını yerine getirmesi gerektiğini savunmuştur.

Dosyaya sunulan ihtarname ve tebliğ belgesi'nden, şikayetçinin ihtarname ile şikayetli avukattan İstanbul 12. İcra Müdürlğünün 2001/11131 Esas sayılı dosyası, Aliağa İcra Müdürlüğü'nün 2006/724, 725 Esas sayılı dosyaları ile ilgili dosya ve evrakların kendisine verilmesini, bu dosyalardan tahsil edilen miktarların da üç gün içerisinde evraklarla birlikte ödenmesini ihtar ettiği, ihtarnamenin 27.07.2009'da muhatap yanında Ö.Ü. imzasına tebliği edildiği görülmektedir. Belirtilen dosyalar ile ilgili tahsil edilen miktarlar hakkında ibraname düzenlendiği anlaşılmakla

birlikte, ihtarnameye cevap verilerek, varsa dosya ve evrakların teslim edilmesi, yoksa durumun açıklanmasının yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Şikayetli avukatın azledilmiş bulunması, vekalet görevinin devamı sırasındaki iş ve işlemlerle ilgili bilgi verme ve varsa belgeleri teslim etme, verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinin göndermesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 34. maddesine göre "Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap arsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir"

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nun, şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşkurmadığı yönündeki kabulünde hukuki isabet bulunmamış, yeniden incelemeyi gerektiren bir durum bulunmaması sebebiyle şikayetli avukat hakkında verilen "Disiplin cezası verilmesine yere olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vremek gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetçi vekilinin itirazının kabulu ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının **KALDIRILMASINA**, Şikayetli Avukat C.A.'ın **UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

ÖZET: Avukat, menfaat çatışması olan işte, her iki tarafın da haberdar olması, hatta rıza gösterilmesi halinde bile menfaati zıt olan tarafın vekaletini alamaz.

TBB.D.K. E: 2011/431 K: 2011/712 T: 09.12.2011

Şikayetçi, şirketin bir takım kambiyo senetlerinin tahsili amacıyla şikayetli avukata vekaletname verildiğini, icra takibi başlattığı ir kısım doyalardan tahsilat yaparak kendilerine ödendiğini, ancak Ümraniye 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/6975 Esas sayılı dosyası ile kendi avukatı olmasına rağmen şikayetli avukatın kendi işyerine hacze geldiğini, haciz işlemi sırasında vekillikten istifa ettiğini söylediğini, ancak böyle bir istifanın kendisine bildirilmediğini, bu durumdan şüphelenerek verdiği kambiyo senetleri ile ilgili bilgi istemek amacıyla şikayetli avukata noterden ihtarname gönderdiğini, ancak hiçbir bilgi alamadığını, avukatı olduğu için tüm müşteri ilişkilerini bildiğini, böylece diğer müvekkillerine "ondan alacaklarını bir tek ben tahsil ederim" diyerek vekaltlerini aldığını, vekilliğini üstlendiği dönemde öğrendiği bilgi ve belgeleri kendisi aleyhine kullanarak suç işlediğini iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu eylemi sabit görmeyerek şikayetli avukat hakkında "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, hakkındaki iddiaları kabul etmediğini, yaklaşık 12 yıldır Türkiye'nin ihtiyacının %60 ile %70'ini karşılayan çok sayıdaki ve çok büyük cirolu şirketlerin vekilliğini yaptığını, aynı sektörde iş yapan dier bir müvek-

kili şirketin şikayetçi tarafından ödenmemiş ve karşılığı da bulunmayan çeklerinin işleme koymasının kendisinden talep edilmesi üzerine Baro'yu arayarak ne şekilde bu soruna çözüm bulabileceğini danıştığında kendiine istifa dilekçesinin Baroya gönderilmesini uygun olacağının söylenmesinden sonra istifasını Baroya göndererek şikayetçi aleyhine icra takibi yaptığını, daha önce vekilliğini yaptığı dönemde öğrendiği bilgileri hiçbir zaman şikayetçi aleyhine kullanmadığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatın husumetten sonra vekaletname almaması, bu durumun bir zarar da doğurmamış olması sebebiyle şikayetli avukat hakkında "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" karar vermiş, karara şikayetçi vekili tarafından itiraz edilmiştir.

Dosya kapsamı incelendiğinde;

Şikayetli avukatın Ümraniye 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/6975 Esas sayılı dosyası ile bir başka müvekkili için şikayetçi aleyhine icra takibi başlattığı ve şikayetçiye ait işyerinde 04.11.2008 tarihinde haciz işlemi yaptığı, bir takım malları haczettiği ve yediemine teslim ederek işyerinde bıraktığı,

Şikayetçinin Üsküdar 11. Noterliği'nden 14.11.2008 tarih ve 41841 yevmiye numaralı ihtarnameyi şikayetli avukata göndererek kendisine teslim edilmiş olan kıymetli evrakların teslimini talep ettiği,

Şikayetçi ile şikayetli avukat arasında imzalanmış olan 27.01.2009 tarihli teslim ve tesellüm tutanağı ile şikayetli avukatın elinde bulundurduğu tüm dosyaları şikayetçiye teslim ettiği ve vekillik görevinden ayrıldığı,

Şikayetli avukatın şikayetçiden 28.09.2004 tarihinde Üsküdar 11. Noterliği'nin 19341 yevmiye numaralı vekaletname ile üstlendiği vekillik görevinden 31.10.2008 tarihinde İstanbul Baro Başkanlığına gönderdiği dilekçe ile vekillik görevinden isitfa ettiğini beyan ettiği,

Şikayetçinin aynı zamanda şikayetli avukat aleyhine Adalet Bakanlığı nezdinde de şikayette bulunduğu, ancak anılan Bakanlığın şikayetli avukat hakkında 04.01.2010 tarihli olur'u ile soruşturma izni vermediği anlaşılmıştır.

Her ne kadar şikayetli vekalet görevinden baro Başkanlığına gönderidiği faks mesajı ile istifa ederek şikayetçi aleyhine icra takibi başlatarak işyerinde haciz işlemi yaptığını beyan ediyor ise de vekaletten bu şekilde bir istifanın mümkün olamayacağını ve geçerli bir işlem olmadığını bilmesi, üstlendiği görevin bir gereğidir. Vekalet ilişkisi iki taraf arasında kurulan bir hukuki işlem olup sona erdirilmesi de ancak taraflar arasında söz konusu olabilir, üçüncü kişi sıfatında olan Baro Başkanlığına gönderilmiş olup istifa dilekçesinin hukukin bir sonuçz doğurmayacağı açık bir gerçektir.

Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesi, "Ayrı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesi, "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesi, "Avukat, mesleğin itibarını sarsacak her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 36. maddesi, "Bir anlaşmazlıkta, taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz." hükümlerini içermektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 03.10.2000 tarih ve 2000/7961-7836 sayılı kararında da, "Avukatlık, karşılıklı güven ve sadakat isteyen bir meslek olup, vekalet de bu inanç doğrultusunda verilir. Davala avukat, davacının bu inancını kötüye kullanarak hasım tarafın kendiini vekil tayin etmesine karşı koymamış, onun vekilliğini üstlenmiştir. Bu durum müvekkil davacının davalı avukatına karşı beslediği güveninsarsılmasına neden olduğunun kabulünde duraksamaya yer yoktur. O nedenle davacı müvekkil salt bu nedeni ileri sürmek suretiyle dahi azilde haklıdır." Denilmek suretiyle Avukatlık Yasası'nın 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 36. maddeinin, salt öğrenilen sırların önceki müvekkile karşı kullanılmasını önlemek amacıyla değil, karşılıklı güven ve sadakat nedeniyle de konulmuş bulunduğunu açıkça belirtmektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Meslek Kuralların 3.2.3. maddesi, "Bir avukat yeni müvekkilin vekaletini üstlendiğine eski müvekkilinin güvenin kabetme ihtimali doğacaksa veya avukatın, eski müvekkillerinin işleri hakkında sahip olduğu bilgiler yeni müvekkile haksız bir avantaj sağlayacaksa, avukat yeni müvekkilin vekaletini üstlenmekten kaçınmalıdır." denmek suretiyle, avukatlık mesleğine olan kamu güveni ilkesi açıkça dile getirilmiştir.

Avukat, menfaat çatışması olan işte, her iki tarafın da haberdar olması, hatta rıza gösterilmesi halinde bile menfaati zıt olan tarafın vekaletini alamaz. Aksi takdirde, taraflardan her biri yeterli savunulmadığı duygusuna kapılır ki, bu da avukata duyulması gereken güveni kökten sarsar.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 2. maddesinde, "Mesleki çalışmasında avukat bağımsızlığını korur, bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır" denilmekte, her ne sebeple olursa olsun, avukatın kendine karşı da bağımsızlığını korumak durumunda olduğu açıkça bildirilmektedir.

Bu nedenlerle, müvekkile eş zamanlı olarak hasım tarafın vekaletnamesinin üstlenilmesinde, bu vekaletname kime karşı kullanılırsa kullanılsın, Yasa ve Meslek Kurallarına aykırılık kabul edilmelidir. Salı "aynı iş" kavramıyla dar yorumlama avukatlık mesleğine olan güveni sarsacak, kamuoyunda itibarını azaltacaktır.

Avukatlık, "doğruluk" karinesinden yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin mensuplarına inaçları asıldır. Bu nedenle avukatların, kolektif inanca ters düşecek ve u inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 03.07l.1995 tarih ve 8691-7761 sayılı kararında "Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesinde, avukata aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, işi red etmesi gerektiği kuralı yer almaktadır. Yasa ile izlenen amaç, avukatın aldığı vekalet sonucu vakıf olduğu sırla-

rın önceki müvekkilinin aleyhine kullanmayı önlemektir. Yasa maddesi ile öngörülen huus kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece re'sen gözetilir."

1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın altıncı kısmında yer alan 34. maddesi **"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 Meslek Kuralları uymakla yükümlüdürler..."** hükmünü içermektedir.

Avukatlık Yasası'nın altıncı kısmında yer alan 34. maddesi bu görevi açık şekilde düzenlemiş, avukatların görevlerini mesleğin kutsallığına yakışır şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek zorunda olduklarını vurgulayarak görevin tanımını yapmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 136/1. maddesi **"Bu yasanın avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası.... uygulanır."** hükmünü taşımaktadır.

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın altıncı kısmında yer alan 34., 38/b maddelerine ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 36. maddelerine aykırı olup bu bölümde yer alan eylemlere 136/1. madde gereğince en az kınama cezası verilmesi gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası verilmesine yer olmadığına" dair verilen kararında hukuki isabet görülmemiş, kararın kaldırılarak başkaca incelenecek ve araştırılacak bir husus bulunmadığından şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazlarının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun **"Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına"** ilişkin 06.06.2011 tarihli 2010/D.399 Esas, 2011/245 Karar sayılı kararının **KALDIRILMASINA** araştırılacak ve incelenecek başkaca husus bulunmadığından şikayetli Avukat S.G.K.'nın **KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA** oybirliği ile karar verildi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

E: 2010/119 **K:** 2011/165

Karar Günü : 8.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının *"Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır."* biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesiistemidir.

I- OLAY

Eşinden boşanan ve çocuğunun velayet hakkı kendisine verilen davacı anne tarafından çocuğa velayeten açılan isim ve soyadın değiştirilmesi davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı küçük (...) adına velayeten annesi (...); Mahkememize dava açarak; çocuğu (...)'ın soyadının nüfus kayıtlarında babasının soyadı olan (...) olarak kaldığını ve bu soyadının çocuğunu çok rahatsız ettiğini zira (...)soyisminin okulda ve mahalle arkadaşları arasında alay konusu yapıldığını; bunun da çocuğunu olumsuz yönde etkilediğini ve bu yüzden okula gitmek istemediğini; oğlunun nüfusta iki ismi olmakla birlikte kendisine (...) isminde hitap edildiğini ve bunun da resmi işlemlerde karışıklığa neden olduğunu ve ayrıca ilk ismi olan (...) isminin kız ismi olarak bilinmesi nedeniyle de oğlu ile alay edildiğini; bu sebeplerle oğlunun (...) olan isminin (...); (...) olan soyismininise (...) olarak değiştirilmesini talep etmiş ve duruşmada dinlenen küçük (...)'ın duruşmada alınan beyanında; arkadaşlarının kendisine (...) ismiyle hitap etmekle birlikte nüfusta geçen (...) isminin de kız ismi diye kendisiyle dalga geçtiklerini, günlük yaşamda (...) ismi ile bilindiğini ve kendisine (...) ismiyle hitap edildiğini ve bu nedenle ismimin (...) olarak değiştirilmesini istediğini, ayrıca nüfustaki soyisim babamın soy ismi (...) olarak geçtiğini ve bu soyisminyine arkadaşları arasında dalga konusu olduğunu, bu sebeple soyisminin annesinin soyismi olan (...) olarak düzeltilmesini istemiştir.

Davacı (...)'ün, eşi (...)'dan, Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin **09/10/2001** tarih ve **2000/618** esas, **2001/1013** karar sayılı ilamı ile boşandığı ve müşterek çocuk (...)'ın velayet hakkının anne (...)'e verildiği anlaşılmıştır.

İş bu soyadı değişikliği davası sebebiyle uygulanacak; **02/07/1934** tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanun'un 4. maddesinin; Anayasa'nın 10., 13. ve 41. madde-

lerine aykırı olduğu düşünülmekle; Anayasa'nın 152. ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 28. maddesi uyarınca iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.

02/07/1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanu'nun 4. maddesi; "Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir. Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır..."

Anayasa'nın 10. maddesi; *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra:* **07/05/2004 - 5170 S.K./1.** *mad) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür..."*

Anayasa'nın 13. maddesi; *"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 Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

Anayasa'nın 41. maddesi; "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır..."

Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin **09/10/2001** tarih ve **2000/618** esas, **2001/1013** karar sayılı ilamı ile boşanma sonunda müşterek çocuk (...)'ın velayet hakkı tevdii edilmiş olan davacı anne (...)'ın açmış olduğu küçükle ilgili iş bu Soyadı Değişikliği davasında uygulanacak olan 2525 sayılı Soyadı Kanun'un 4/2 maddesinde yazılı "Evliliğin feshi ve boşanma hallerinde çocuk anasına tevdii edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." hükmünün; ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin Anayasa'nın 41. maddesi ile Kadınlar ve Erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna dair Anayasa'nın 10. maddesine ve dolayısıyla Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına ilişkin 13. maddesine aykırı olduğu ve bu itibarla iptal edilmesi gerektiği ve bu sayede uygulamada hakkaniyetin sağlanabileceği kanaatine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 4. maddesi şöyledir:

"Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır. Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zaifliği sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik de devam ediyorsa bu hak ve vazife karınındır.

Kocanın vefatiyle karı evlenmiş veya koca evvelki fıkrada zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, HicabiDURSUN ile Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla 13.1.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, FettahOTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilenkarşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE, karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin Anayasa'nın 41. maddesi ile kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna dair Anayasa'nın 10. maddesine ve dolayısıyla Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına ilişkin 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2525 Sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ilk fıkrasında, soyadı seçme vazifesi ve hakkının evlilik birliğinin reisi olan kocaya ait olduğu belirtildikten sonra, ikinci fıkrasının itiraz konusu birinci cümlesinde evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı (soyadını) alacağı hükme bağlanmıştır.

2525 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde yer alan *"(...) Kanunla mevcut bütün soy adlarının nüfus kütüklerine yazdırılması ve soy adı olmayanların yeni*

bir ad seçerek bunu yazdırması mecburiyeti konmuştur (...)" ifadelerinden, bu Kanun'un ilk defa soyadı alınması ile ilgili düzenlemeler içerdiği anlaşılmaktadır. Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun çocuğun soyadını düzenleyen 321. maddesinde yer alan *"Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır"* hükmü nedeniyle, itiraz konusu kuralın günümüzde sadece bazı istisnai durumlarda uygulanabilmesi söz konusudur.

Anayasa'nın 10. maddesinde *"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"* denilerek eşitlik ilkesine yer verilmiş, ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasında ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı belirtilerek eşitlik ilkesinin eşler arasında da geçerli olduğu vurgulanmıştır.

7.5.2004 günlü, 5170 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle, "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür" hükmü, Anayasa'nın 10. maddesine ikinci fıkra olarak eklenmiş, madde gerekçesinde;

"2003 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayrım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır.

Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 20. maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağı'na ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartı'nın "III. Eşitlik " başlıklı Bölümünün 23 üncü maddesinde, "İstihdam, çalışma ve ücret de dâhil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır." denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir" denilmiştir.

Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına da 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa'yla "ve eşler arasında eşitliğe dayanır" ibaresi eklenmiş, madde gerekçesinde düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir.

Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anla-

mına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaz.

Çocuğun soyadını seçme hakkı, velayet hakkı kapsamında yer alır. Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda ana-babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessesedir. Bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, malvarlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturur. Önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velâyet, günümüzde hem yükümlülük hem de bir hak olarak anlaşılmaktadır.

Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir. Bu nedenle başkasına devredilemez, miras yoluyla geçmez ve bu haktan vazgeçilemez. Bu hak başkasına devredilemediği gibi bu haktan feragat da edilememektedir. Bununla birlikte yasanın gösterdiği bazı şartlar altında velâyet hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen üçüncü kişilere bırakılması mümkündür.

4721 Sayılı Yasa'nın velayet hakkına ilişkin 335. maddesinde ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı; 336. maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

2525 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin gerekçede *"Lâyihanın 4 üncü maddesi kanunu medenimize tevafuk etmek ve bir çok ihtimalleri nazarı dikkate almak suretile Hükümetin teklifinin tadili cihetine gitmiştir. Kanunu medenimizin 152 nci maddesi kocayı evlilik birliğinin reisi olarak kabul etmiştir. Binaenaleyh soy adı seçme vazife ve hakkının evvelâ kocaya ait olması mevcut olan bu hükme gayet uygundur. Soy adıkanunu meriyete girdiği anda evliliğin fesih veya boşanma suretile zevali ve çocuk mevcut olupta bunun karıya tevdii halinde çocuğa babanın seçmiş olduğu adı vermek, at evlâda intikal etmek hesabile muvafık ve bunun tasrihi de lâzım görülmüştür (...)" denilmiştir. Bu gerekçeden itiraz konusu kuralın "koca evlilik birliğinin reisidir" ilkesine bağlı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Oysa genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda kadın-erkek eşitliği konusunda önemli değişiklikler yapılarak, bu eşitlikle bağdaşmayan hükümler Kanun'dan çıkarılmış veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 152. maddesinde düzenlenen koca evlilik birliğinin reisidir ilkesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ilekaldırılarak, bunun yerine "Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler." (m. 186);"Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder."* (m. 188) gibi hükümlerle eşle-

rin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğunu belirten hükümler kabul edilmiştir.

Öte yandan, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası hukuk belgelerinde de kadın-erkek eşitliğini düzenleyen hükümlere yer verilmiştir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin başlangıcında, *"Kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği ve insan şeref ve haysiyetine saygı ilkelerini ihlâl ettiği" belirtildikten sonra 1. maddesinde "Bu Sözleşmenin amacı bakımından 'kadınlara karşı ayrımcılık' terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, Medenî durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir"* denilerek kadınlara karşı ayırımcılığın tanımı yapılmış; 2. maddesinde taraf devletlerin kadınlara karşı ayırımcılık oluşturan uygulama ve yasal düzenlemeleri ortadan kaldırmayı kabul ettikleri; 5. maddesinde, taraf devletlerin her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek için tüm uygun önlemleri alacakları; 16. maddesinde taraf devletlerin evlilik ve aile ilişkileri konusunda kadınlara karşı ayırımı önlemek için ana ve babaya evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ve ulusal yasalarda mevcut veli, vasi, kayyım olma ve evlat edinme veya benzeri müesseselerde eşit hak ve sorumluluklar tanıyacakları kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin *"Ailenin korunması"* başlığını taşıyan 23. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklere sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur"; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık yasağı"başlıklı 14. maddesinde; "Bu Sözleşme'de 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 ayrımcılık yapılmadan sağlanır"* hükümlerine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir.

Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar.

Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE,** 8.12.2011 gününde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

AİHM KARARLARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHM 045 - 07.02.2012
Axel Springer AG v. Germany - Başvuru No: 39954/08
Von Hannover v. Germany (no. 2) - Başvuru No: 40660/08 ve 60641/08
Çeviri : Av. Hasan ÖZDEMİR

Şöhretlerin özel hayatları hakkındaki medya haberleri : şayet özel hayata saygılı olma hakkı ile kamu yararı arasında makul bir denge içindeyse kabul edilebilir.

Axel Springer AG v. Almanya davasında; çoğunlukla AİHS'in 10. maddesi (ifade özgürlüğü)'nün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Von Hannover davasında ise; AİHS'in 8. maddesi (özel ve aile yaşamına saygılı olma hakkı)'nin ihlal edilmediğine oybirliği ile karar verilmiştir.

Davaların ikisi de; tanınmış insanların özel yaşamını gösteren fotoğraflar ve makalelerin medyada yayını ile ilgilidir.

Başlıca gerçekler :

Axel Springer AG

Başvurucu Axel Springer AG ("Springer"); Almanya'da kayıtlı bir şirkettir. O; geniş bir dağıtımı olan ulusal günlük gazete Bild'in de yayıncısıdır.

Ekim 2004' te Bild Gazetesi ön sayfasında; tanınmış bir televizyon aktörü X hakkında, Münih Bira Festivali'nde bir çadırda kokain bulundurmaktan tutuklandığını belirten bir makale yayınlanır.

Makale; diğer bir sayfadaki X' in üç fotoğrafı ile resimlenmiş daha detaylı bir makale ile tamamlan-maktadır. O makalede; X' in 1998' den beri polis başkomiseri rolünde oynadığı bir televizyon dizisinden ve önceden işlediği uyuşturucu bulundurmak suçundan dolayı, Temmuz 2000' de aldığı hapis cezasının ertelenmiş olduğundan bahsedilmektedir. Temmuz 2005'te Gazete 2. bir makalede; X' in tam bir itiraftan sonra, yasadışı uyuşturucu bulundurmak suçundan hüküm giyip, para cezasına mahkum olduğuna ilişkin bir rapor yayınlamıştır.

İlk makale yayınlandıktan hemen sonra X; Axel Springer'e karşı, Hamburg Eyalet Mahkemesi'nde, makalenin ve fotoğrafların daha fazla yayınlanmasını yasaklatmak için ihtiyati tedbir davası açar ve yasaklama kararı verilir. Sonunda, Springer tarafından karşı çıkılmayan fotoğraflar ile ilgili karar ve makalenin yasaklama kararı; Haziran 2005'te Temyiz Mahkemesince onanır.

Kasım 2005'te Hamburg Eyalet Mahkemesi; hemen hemen makalenin tümünün her türlü yayınını yasaklar ve yasaya aykırılık sebebiyle ağır bir para cezası tesbit ederek, Axel Springer'in kararlaştırılan para cezasını ödemesini emreder. Mahkeme; bunun günlük bir tartışma olmadığını, olaylar doğru olsa bile, özellikle toplumun bilgi edinme hakkından, X'in kişilik haklarının korunması hakkının

üstün olduğuna karar vermiştir. X'in eylemi; ciddi bir suç ile ilgili olmadığından, toplumun durumdan bilgi edinmesinde, özellikli bir kamu yararı bulunmadığı kararа bağlanır. Bu karar; Aralık 2006'da Hamburg Temyiz Mahkemesi ve Federal Adalet Mahkemesi tarafından onanır.

X' in mahkumiyeti hakkında 2. makale ile ilgili diğer bir yargılamada Hamburg Eyalet Mahkemesi; temel olarak *ilk makale üzerindeki kararında belirtilenler ile aynı gerekçelerle, O'nun başvurusunu kabul etmiştir. Bu karar; Haziran 2007'de Hamburg Temyiz Mahkemesi ve Federal Eyalet Mahkemesi tarafından onaylanmıştır.*

Karara karşı başvurucu Şirket tarafından yapılan anayasal temyizi de;Mart 2008'de Federal Anayasa Mahkemesi ret etmiştir.

Von Hannover :

Başvuranlar; Monako'nun sabık 3.Prensi Rainier'in kızı Prenses Caroline Von Hannover ve eşi Prens Ernst August Von Hannover' dir.

Prenses Caroline; 1990' ların başından bu yana, kendi özel hayatının fotoğraflarının basında yayınlanmasını engellemeyi denemektedir. Önceden, sırasıyla 1993 ve 1997 yıllarında yayınlanmış 2 ayrı seri fotoğrafları; Alman Mahkemeleri'nde 3 davaya konu olmuştur. Özellikle 1995' te Federal Adalet Mahkemesi ve 1999' da Federal Anayasa Mahkemesi'nin öne çıkan kararlarında; O'nun başvuruları ret edilmiştir. Bu davalar; AİHM'in Caroline von Hannover v. Almanya (başvuru no. 59320/00) 24.06.2004 tarihli kararına konu olmuş ve AİHS'in 8. maddesi gereğince, Prenses Caroline' in özel yaşamına saygılı olma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Sonuç olarak Prenses Caroline ve Prens Ernst August; bu karara dayanarak ve önceden, bir kayak tatili sırasında, onların rızasını almaksızın çekilmiş ve 2002 ile 2004 arasında Alman Frau Aktuell ve Frau im Spiegel magazinlerinde ortaya çıkmış fotoğrafların, daha fazla yayınlanmasının önlenmesi için bir mahkeme emri çıkarmayı amaçlayan farklı davalar açmışlardır.

Federal Adalet Mahkemesi 6 Mart 2007 tarihli kararında (no. VI ZR 51/06); çekişme konusu iki fotoğrafla ilgili olarak Prenses Caroline' nin talebini, bu fotoğrafların genel çıkara yönelik bir tartışma teşkil etmediği gerekçesiyle kabul ederken, Şubat 2002'de Frau im Spiegel' de gösterilen diğer bir fotoğraf ile ilgili talebini ret etmiştir. O fotoğrafta; Monako Prensi Rainier'in sağlık durumunun zayıfladığı sırada, sağlık durumuna değinen bir makale eşliğinde, diğer konuların yanısıra, Çift' in Saint Moritz' de kayak tatili sırasında yaptıkları bir yürüyüşü gösterilmiştir. Federal Mahkeme; Hükümdar Prens'in sağlık durumunun kötüleştiği sırada, çocuklarının tatile gitmek arzusu içinde olmasının, Onların özel yaşamlarının meşru ihtiyaçları ile Onların aile dayanışması yükümlülüklerinin, hangi tavırla uzlaştırılabilecekleri hususu kamu yararı konusu olup, Basın' ın bu olayı rapor etmeye hakkı olduğunu belirtmiştir. 26 Şubat 2008 tarihli kararında Federal Anayasa Mahkemesi; Prenses Caroline' nin anayasal şikayetini, özellikle Alman Mahkemeleri' nin

ihmal ettiği veya AİHM'in içtihatlarının yetersiz kaldığı iddiaları da geçersiz kılarak, ret etmiştir. 16 Haziran 2008' de Federal Anayasa Mahkemesi; sebep belirtmeksizin, aynı fotoğraf ve Frau Actuell' de yayınlanan benzer bir fotoğraf hakkında, başvuru sahipleri tarafından yapılan tekrar inceleme yönündeki anayasal şikayetleri de ret etmiştir.

Şikayetler, Yargılama Usulü ve AİHM'in Yargıçları :

Axell Springer AG; AİHM'in 10. maddesine dayanarak, makalelerin herhangi bir biçimde daha fazla yayınlanmasını yasaklayan tedbir kararından şikayet etmiştir.

Prenses Caroline Von Hannover ve Prens Ernst August Hannover ise; AİHM'in 8. maddesine dayanarak, uyuşmazlık konusu fotoğrafların herhangi bir şekilde daha fazla yayınlanmasının yasaklanmasının, Alman Mahkemeleri tarafından ret edilmesinden şikayette bulunmuştur. Onlar; özellikle, (Alman) Mahkemeleri'nin AİHM'in 2004 yılındaki Caroline Von Hannover v. Almanya Kararı' nın etkin biçimde uygulanmadığını ileri sürmüşlerdir.

Axell Springer AG davasında başvuru; AİHM'e 18 Ağustos 2008' de yapılmıştır. Sırasıyla 22 Ağustos ve 15 Aralık 2008 ' de açılmış 2 başvurudan kaynaklanan Prens Von Hannover v. Almanya (No. 2) davası ise; 24 Kasım 2009' da birleştirilmiştir.

Von Hannover'in başvuruları ile Springer'in başvurusunun birleştirilerek tahsis edildiği AİHM Dairesi; 30 Mart 2010' da Büyük Daire lehine yargılama yetkisinden feragat etmiştir. Her iki davanın Büyük Daire duruşması; birlikte 13 Ekim 2010' da yapılmıştır.

Aşağıdaki kuruluşlara yazılı görüş sunma hakkı tanınmıştır :

Her iki davada da (olanlar) :

Medya Hukukçuları Derneği

Medya Yasal Savunma Girişimi

Uluslararası Basın Enstitüsü

Dünya Gazeteler ve Haber Yayıncıları Derneği

***(sadece) Von Hannover davasında (olanlar) (No. 2)** :*

Alman Magazin Yayıncıları Derneği (Verband Deutscher Zeitungsverleger)

Ehrlich & Sohn GmbH & Co. KG yayıncılık şirketi

Mahkeme Kararı :

Axel Springer AG

AİHS'in 10. maddesi gereğince, Alman Mahkemeleri'nin kararlarının Springer'in ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturduğu taraflar arasında tartışmasızdır. Bu ayrıca başkalarının şöhretinin korunması yasal amacını takip etmiş olan Alman Hukuku'nda tanımlanmış müdahale için de ortak zemin olmuştur.

AİHM; aktörün tutuklanması ve mahkumiyeti hakkındaki makaleler hakkında, demokratik bir toplumda müdahalenin gerekli olup olmadığı sorunu ile ilgili olarak, kamuyu ilgilendiren yargısal gerçeklerden kamunun bilgilenmekte bir çıkarı olduğunu tesbit etmiştir. Ulusal Mahkemeler için, tanınan bir kişiyi, esas olarak ulusal seviyede iyi tanınan ilgili aktörü, çok iyi değerlendireceği prensip olmuştur. Temyiz Mahkemesi de; uzun bir süre boyunca bir polis başkomiseri rolü oynamış, iyi tanınan ve çok popüler bir aktörle karşılaşmıştır. Böylece AİHM; O yeterince iyi tanınan bir toplum figürü olarak nitelendiği için, kendisine karşı davaların olması ve tutuklanması hakkında, toplumun bilgilendirilmekte bir çıkarı bulunduğu düşüncesini güçlendirdiğini kabul etmiştir.

AİHM; iyi tanınan bir aktörün saldırı yapmasının ve Münih Bira Festivali'nde toplum önünde tutuklanmasının açıkça gerçek olması nedeniyle, Springer'in sadece makaleleri yayınlamaktaçıkarı bulunduğu konusunda Alman Mahkemeleri'nin değerlendirmesine büyük ölçüde katılırken, tanınmayan bir kişi olsaydı yayınlanmayacağını da vurgular. Dahası Aktör; özel yaşamının detaylarının bir çok röportajda daha önceden açığa vurulmuş olduğu gerçeği yüzünden etkisinin azalacağı ve özel yaşamının korunacağını beklemekteydi.

Müdahil gazetecilerden birinin; Bild'deki, Aktör'ün Eylül 2004'te tutuklanması bilgisinin, Münih Savcılığı ve Polisten elde edilerek yayınlanmış olduğu iddiasına Alman Hükümeti itiraz etmemiştir. Her iki makaledeki bilgilerin doğru olduğu konusunda taraflar arasında ihtilaf olmaması yüzünden, yeterli maddi temeli bulunmaktadır.

Springer'in bilgiyi yayınlamaktaki çıkarı ile, Aktör'ün özel yaşamına saygı hakkı arasında bir denge kurmak pratiğini gözetmediği ile ilgili hiçbir şey önerilmemiştir. Springer'in savcılık yetkilileri tarafından iletilen bilginin teyidini sağladığında, Aktör'ün anonimliğini korunması gerektiğine inanmak için yeterince güçlü bir gerekçe olmadığı dikkate alınmalıdır. Bu yüzden kötü niyetle hareket ettikleri söylenemez. Bu bağlamda AİHM; Springer'in ilk makaleyi yayınladığı günde, diğer dergi ve TV kanallarında dahi Savcılık tarafından teyit edilen tüm bu bilginin gösterildiğini tesbit etmiştir. Üstelik AİHM; Aktör'ün özel yaşamının detayları hakkında makaleler ortaya çıkmadığını, ancak esas olarak ona karşı cezai takibat sonuçlarının ve onun tutuklanması ile ilgili olayların açıklandığını da tesbit etmiştir. Onlar asılsız iddialar ve aşağılayıcı ifadeler içermediği gibi, Hükümet de makalelerin yayınının Aktör için ciddi sonuçlara yol açtığını göstermemiştir. Şirket üstünde ürpertici bir etkiye sahip bu yaptırımlar dayatılırken, Springer hoşgörülü olmuştur. AİHM; Şirket üstünde uygulanan kısıtlamaların, aktörün özel yaşamının korunması yasal amacı ile makul oranda olmadığına karar vermiştir. Bu sebeple; AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Von Hannover (No. 2)

AİHM'nin 2004'teki Caroline Von Hannover v. Almanya Kararı'nın infazı yü-

kümlülüğü için Almanya'nın tatmin olup olmadığını incelemek AİHM'in görevi değildir, bu görev; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin sorumluğundadır.2 Bugün ki dava; sadece başvurucu tarafından yeni açılan dava ile ilgilidir.

2) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi; 31 Ekim 2007 tarihli ilke kararında benimsediği AİHM'in 2004'teki Caroline Von Hannover v. Almanya Kararı'nı, Almanya'nın uygulaması sebebiyle, davanın incelenmesini kapatmaya karar verdiğini açıklamıştır.

AİHM; Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nin AİHM'in 2004'teki Caroline Von Hannover v. Almanya Kararı'nın ardından daha önceki içtihadını değiştirdiğini gözlemlemiştir. Raporda; özellikle Medya'daki olgusal bir tartışmaya katkıda mı bulunduğu yoksa onun içeriği sadece halkın merakını tatmin etme isteğinin ötesine mi geçtiğinin ifade edilmesi önemlidir. Federal Adalet Mahkemesi; bir kişinin çıkarının daha fazla korunmasına karşı, yayınlanmasındaki yarar ya da tam tersi ve okuyucunun çıkarı hususunda da, eğlenceli olması, genellikle özel alanın korunmasından daha az ağırlık taşıdığından, toplum için bilginin değerinin daha önemli olduğunu tesbit etmiştir.

Federal Adalet Mahkemesi'nin, fotoğrafın bilgi değerine ilişkin ihtilafla ilgili değerlendirmesinde – sadece (fotoğraf için) bir karşı tedbir kararı verilmese – makalenin ışığında, birlikte yayınlanmasının AİHS gereğince eleştirilemeyeceği de gerçektir. AİHM; makalenin içeriği bağlamında, fotoğrafı uygun bulabilir ya da en azından bir ölçüde kamu yararı ile ilgili bir tartışmaya katkıda bulunabileceğini kabul edebilirdi. Çağdaş toplumun bir olayı olarak Prens Rainier'in hastalığını, Alman Mahkemeleri'nin tanımlamasının mantıksız olduğu düşünülemez. Alman Mahkemeleri'nin; benzer olaylarda başvuruları gösteren diğer iki fotoğrafın yayınında, onların sadece eğlence amaçları için yayınlandığının açıklığı gerekçesiyle, yayınının yasaklanması kararı vermiş olduğunun vurgulanması önemlidir.

Ayrıca, Caroline Von Hannover'in Monako Prensliği adına ne ölçüde resmi görevleri olduğuna bakılmaksızın, başvuruculaın, çok iyi tanınan sıradan özel kişiler olduğunun inkar edilemez olduğu iddia edilemezdi. Onlar'ın kamusal tipler olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

Alman Mahkemeleri; başvuruculaın, fotoğrafların genel bir taciz ortamında ya da gizlice alındığını iddia etmediğini ya da bu konuda herhangi bir delil göstermediklerini karara bağlamıştır. Davadaki olaylarda, mahkemeler tarafından, ihtilaf konusu resimlerin nasıl alınmış olduğu konusunda daha ayrıntılı bir inceleme yapılması önerilmediği gibi, başvurucular da bu konuda herhangi bir argüman ileri sürmemiştir.

Sonuçta, Alman Mahkemeleri; başvuruculaın özel yaşamlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına karşılık, yayıncı şirketlerin ifade özgürlüğü hakkı arasında dikkatli bir denge kurmuşlardır. Onlar bunu yaparken de; AİHM'in 2004'teki Caroline Von Hannover v. Almanya Kararı dahil, açıkça AİHM'in içti-

hatlarını da dikkate almıştır. Bu duruma göre; AİHS'in 8. maddesi ihlal edilmemiştir.

41. Madde (Hakkaniyete uygun tazmin) :

AİHM; Almanya'nın Axel Springer AG'ye maddi tazminat olarak 17.734,28 EUR ile masraf ve gider olarak da 32.522,80 EUR ödemesi gerektiğine karar vermiştir.

Muhalefet şerhleri :

Axel Springer AG davasında; Yargıç López Guerra bir karşı görüş ileri sürmüş ve Yargıçlar Jungwiert, Jaeger, Villiger and Poalelungi bu karşı görüşe katılmış olup, muhalefet şerhi karara eklenmiştir.

Bu karar; Fransızca ve İngilizce yazılmıştır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHM 206 - 24.10.2011

Helly ve Diğerleri v. Fransa - Başvuru No: 28216/09

Çeviri : Av. Hasan ÖZDEMİR

"Chauvet Mağarası" üstündeki arazi bakımından ödenen Kamulaştırma bedeli Sözleşme ile uyumludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ; Helly ve Diğerleri v. Fransa (Başvuru no: 28216/09) davasına dair kararda , oybirliğiyle başvurunun kabul edilemez olduğunu açıkladı.

(Bu) karar kesindir.

Başlıca gerçekler :

Başvurucular; Ardèche arazisinde kurulu (Vallon Pont d'Arc, Fransa) Pont d'Arc Sitesi kayıtlarında yer alan malikler , yaşam boyu intifa hakkı sahipleri , mirasçılar ya da hak sahiplerinden oluşan 14 Fransız vatandaşıdır.

Üç Mağarabilimci; söz konusu arazinin altında ,18 Aralık 1994 tarihinde , yaklaşık 30.000 yıl öncesine ait çizimler, resimler ve baskı içeren ve dikkat çekici ölçüde iyi korunmuş olan bir mağara keşfetti.

Mağara; en iyi tarih öncesi sanat sitelerinin birinde , dünya çapında önemi olan ve benzersiz bir arkeolojik keşif olarak ,"Chauvet Mağarası" namıyla tanıtıldı.

Site'yi korumak için , derhal sıkı güvenlik önlemleri alındı. Yerel İdari Makamlar ; Ocak 1995' te beş yıl için , kamu adına araziyi işgal etti ve girişi yasakladı.

Devlet ; öncelikle bir dostane çözüm yoluyla araziyi elde etmek için öneri yaptı.

Bir uzlaşma sağlanamayınca ; kamu yararı adına kamulaştırma işlemleri başlattı. Devlet ; Privas de Grande Mahkemesi kamulaştırmalar hakimliğinden , tazminat miktarını belirlemesi için talepte bulundu.

Privas Mahkemesi; 4 Şubat 1997 tarihli kararı ile , kamu yararı beyanının gerekçelerini değerlendirmeyi sonraya bırakarak , söz konusu mülkün bir yıllık fiili kullanım değerini tesbit etti. Devlet; bu biçimde (**belirlenen değer referans alarak**) ve arazinin piyasa fiyatı ile sınırlı şekilde , tazminat olarak toplam 31.730 frank (4,837.28 Euro) teklifte bulundu.

Bu karar; Nimes İstinaf Mahkemesi tarafından onanmıştır , **(ancak)** hak sahiplerinin yaptığı bir temyiz sonucunda ; tazminat bedeli kamulaştırma yüzünden oluşan hasar ve maddi zararı bütünü ile karşılamak gerekliliği sebebiyle , Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuş ve diğer değerlendirmeleri geçersiz kılmıştır.

(Sonrasında) Toulouse İstinaf Mahkemesi ; Devlet'in toplam 87.500.000 frank (11,339,289.20 Euro) tazminat ödemesi gerektiğine karar verdi.

Bu kararda Site'nin ; "küçük kilise" ya da tarih öncesi "katedral" olarak tanımlandığı kaydedildi.

Zararı; onların arazisinde kamulaştırma yapılmamış olsaydı , hak sahiplerinin durumunun ne olacağını kurgulayarak belirlemek **(yöntemi)** uygun bulundu.

Toulouse İstinaf Mahkemesi'nin bu kararının Devlet tarafından temyizi üzerine; Temyiz Mahkemesi kararı bozmuş ve geçersiz kılarak , davayı , Tarafların atıfta bulundukları Lyon İstinaf Mahkemesi'ne geri yollamıştır.

10 Mayıs 2007 tarihinde ayrıca ; tazminat miktarını tesbit ederken **(arazinin altında)** Chauvet Mağarası' nın var olduğunun dikkate alınması gerektiğini de karara bağladı.

1972 Yılında Devlet'e satılan "Lascaux Mağarası" için belirlenen 1,100,000 Frank değer , hesaplamaya temel alındı.

Esas tazminat bedeli ; 613,652.50 EUR ile **(ilaveten)** 153,413.13 EUR **(olmak üzere)** toplamda ; 767,065.63 EUR **(arazi kamulaştırma değeri belirlendi) .**

Şikayetler hakkında Mahkeme'nin oluşumu ve yargılama usulü :

Başvuru ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 15 Mayıs 2009 ' da kayıt edildi.

Başvurucular; 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) ' ne dayanarak , arazideki haklarına karşılık olarak ödenen kamulaştırma tazminatı miktarının , kendi arazilerinin değeri ile orantılı olmadığından şikayet etti.

Karar ; aşağıda yazılı yedi yargıçtan oluşturulmuş bir Daire tarafından verildi :

Dean **Spielmann** (Luxembourg), *BAŞKAN*

Elisabet **Fura** (Sweden),

Jean-Paul **Costa** (France),

Boštjan M. **Zupančič** (Slovenia),

Isabelle **Berro-Lefèvre** (Monaco),

Ann **Power-Forde** (Ireland),

Angelika **Nußberger** (Germany), *YARGIÇLAR*,

ve ayrıca Claudia **Westerdiek**, DAİRE'NİN YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ.

Mahkeme Kararı :

1 Nolu Protokol'ün 1. Maddesi :

Başvuranlar; kendilerine ödenen kamulaştırma tazminatının söz konusu arazinin olağanüstü değeri ile orantılı olmadığını iddia etti.

Mahkeme; öncelikle , (kamulaştırma işleminin) meşru amacının , kültürel miras teşkili ve tarihin korunması olduğunu gösterdiğini ve (bu amacın) kamulaştırma hakkı verdiğini bu vesile ile ifade eder. " Mülkiyet dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahalenin ölçüsü ; bireyin temel haklarının korunması gerekleri ile toplumun genel çıkarları arasında adil bir denge gözetilerek bulunabilir " (önermesi) tekrar ifade edildi. Arazinin kamulaştırma değeri ile orantılı bir miktar ödeme yapılmazsa , araziye el konulması , doğal olarak aşırı müdahale teşkil eder. Tazminatın olması gereken miktarının eksikliği ; sadece istisnai durumlarda haklı olabilir. Bununla birlikte ; kamu yararının meşru hedefleri için - kültürel mirasın ve tarihin korunması (amaçları) dahil - "mülkün fiili piyasa değerinden daha azı geri ödenebilir" diyebilirsiniz.

Mahkeme ; kamulaştırmalar yargıcının , esas tazminatı , sadece piyasa değeri üzerinden hesaplamadığını , ayrıca referans olarak , 1972 yılında Devlet'e satılmış Lascaux Mağarası'nın (güncellenmiş) değerini kullanarak (ve) mağaranın varlığının sonucu olarak (arazide) elde edilen değer artışını da dikkate aldığını tesbit etti.

Şunu vurgulamak gerekir ki ; arazinin ticari değeri hesaplanırken , tazminatın tesbiti için temel olarak , önce gerçek (mağara) hesaba katılmalıdır , çünkü kesinlikle ifade olunduğunda ; (kamulaştırmalar yargıcının yaptığı) tesbite konu yasal kısıtlamalar ve istisnai özellikleri yapısında taşıyan (ve) ticari değerin bağlı olduğu nesne Chauvet Mağarası değildir. Ayrıca ; tazminat tesbiti usulleri izlenirken , ilgili kişilere kendi haklarını savunmaları için fırsat verildiği ve kamulaştırmalar yargıcı'nın başvurduğu kriterin keyfi görünmediği , kamulaştırma sonuçlarının genel bir değerlendirmesini sağladığı tesbit edildi.

Sonuç olarak Mahkeme ; Başvurucular'ın kamulaştırılan mülklerinin değeri ile ilgili makul bir miktarı elde ettiğini ve Devlet'in takdir sınırını aşmadığına karar verdi.

Karar ; sadece Fransızca yazılmıştır.

Çevirenin notu : Parantez içinde kalınlaştırılarak yazılan kelimeler anlamı tam yakalamak bakımından tarafımdan eklenmiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHM 252 - 22.11.2011

Çeviri : Av.Hasan ÖZDEMİR

İnsanların evlerinin yakınında , havai fişek gösterilerine izin verilmesi ; onların insan haklarını ihlal etmez.

AİHS'in 8. maddesi (özel yaşamın ve aile yaşamının korunması) ' ne tecavüz yoktur.

Dava; evlerinin çevresinde , her yıl ve yılda 2 kez , havai fişek gösterilerine izin verilmesinin , can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ve AİHS'in 8. maddesine tecavüz edildiğine dair , bir aile tarafından yapılan şikayetle ilgilidir.

Başlıca olgular :

Başvurucular; San Gwan (Malta) 'da yerleşik , iki kişi anne-baba ve iki kişi onların çocukları olan , sırasıyla 1949 ve 1986 doğumlu , dört Malta vatandaşıdır.

Onlar; 1994' ten bu yana , evlerinde yaşamaktadır. Bölgede yaşayan insanların 100' den daha azı ; iskan edilmiş olarak sınıflandırılmayan otlak alanın uzağındaki , 3 evin birindedir.

Başvuruculaın Evi' nden 150 metre ya da daha fazla mesafedeki tarlalarda , her yıl kutlanan belirli köy festivallerinde , havai fişek gösterisi yapılmakta olup , Başvurucular; bölgedeki bu havai fişek gösterilerinin , her seferde , yaşamlarını , fiziksel sağlıklarını ve kişisel güvenliklerini tehlikeye düşürdüğünü iddia etmektedir. Buna ek olarak; gösterilerden arta kalan enkazın , onların evlerine ciddi ölçüde zarar verdiğini ileri sürmektedir.

Başvurucular; yıllar boyunca , Polis Komiseri'ne sonuç doğurmayan şikayetlerde bulunmuştur. Onlar'ın başvurduğu Ombudsman; Aralık 1999'da , Polis Komiseri'nin , uzman önerisini gözetmesini karara bağlar. Durumu analiz eden bir grup geçici uzman; tarlalardaki havai fişek gösterilerinin , kısıtlı bir alanda uygulanabilir düzenlemeler olarak sınıflandırılmasını önermiştir.

Ombudsman ; 2001'de , başka bir vesile ile , özellikle havai fişeklerin tipi ve uygulanabilir mesafeler ile ilgili lisans çıkarılmasını eleştirmiştir. Bununla birlikte , o zamandan bu yana , Polis Komiseri ; her yıl , iki festival için izin vermeye devam etmiştir.

Başvurucular'ın 2005'de , anayasal yargıdaki hukuk mahkemesinde açtığı anayasal tazminat davasında ; onlar kısmen haklı bulunmuş ve havai fişeklerin aşırı yüksek seviyelerde gürültüye yol açması sebebiyle , onların en az birinin işitme engelli olmasına sebep olarak , başvuruculaın haklarına zarar verdiği tesbit edilmiştir.

(Ancak) Bu bulgular temyizde iptal edilmiştir. Anayasal Mahkeme ; 2009'da , havai fişeklerin yol açtığı tehlike ve gürültünün başvurucalara bazı rahatsızlıklar verdiğinden dolayı , ilgili düzenlemelerin tam olarak uygulanması suretiyle , bütün toplumun çıkarı ile başvuru-cuların hakları arasında adil bir denge kurulması gerektiğine karar verir.

Şikayetler hakkında Mahkeme'nin oluşumu ve yargılama usulü :

Başvurucular ; AİHS'in 8. maddesi , 14. maddesi (ayrımcılık yasağı) ve 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) ' ne dayanarak , havai fişekler için izin verilmesi suretiyle ,

AİHS'in 8. maddesinde tanımlanan haklarına tecavüz edilerek , ıstırap çektirildiğinden şikayet etmişlerdir.

Başvuru ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 26 Nisan 2010 ' da kayıt edildi.

Karar ; aşağıda yazılı yedi yargıçtan oluşturulmuş bir Daire tarafından verildi :

Nicolas **Bratza** (Birleşik Krallık) , Başkan

Lech **Garlicki** (Polonya),

George **Nicolaou** (Kıbrıs),

Päivi **Hirvelä** (Finlandiya),

Zdravka **Kalaydjieva** (Bulgaristan),

Nebojša **Vučinić** (Karadağ), *yargıçlar* ,

David **Scicluna** (Malta), *ad hoc hakim* ,

ve aynı zamanda Fatoş **Aracı**,Yazıişleri Müdür Yardımcısı.

Mahkeme Kararı :

8. Madde ;

Havai fişeklerden kaynaklanan gürültünün , sadece sınırlı bir süre devam ettiği tartışmasızdır. Buna rağmen , (bu gürültüye) maruz kalmış başvurucuların , fiziksel ve psikolojik durumu hatta sadece geçici olsa bile etkilendiği açıktır. Sonuç olarak , ev ve özel yaşamın korunması hakları , ciddi olarak rahatsız edildiğinden , onların şikayetleri ; 8. maddeye göre kabul edilebilir niteliktedir. AİHM bu köy festivallerinin ilginç olaylarından biri olan havai fişek gösterilerinin , gözden çıkarılamayacak miktarda gelir üreterek , genel ekonomiyi desteklediğini kabul etmiştir.

Üstelik , geleneksel köy festivallerinin ; Malta kültürü ve dini mirasının dikkate değer bir parçası olduğu düşünülebilir. Sonrasında Mahkeme ; başvurucuların en az birinin , bu gürültü seviyeleri sebebiyle , işitme engelli olmuş olabileceğini kaydeder. Aynı zamanda ; başvurucuların yaşam ve kişilik bütünlüğünün , gerçek ve yakın bir tehlikeye düşmediği açıktır. Ayrıca , havai fişeklerin patlatılması (sonucu) ; geri dönüştürülebilir ve asgari ölçüde olsa dahi , başvurucuların haklarının zarara uğradığı da açıktır.

Ek olarak , Hükümet ; havai fişeklerin tehlikesinin farkına vararak , insanların ve mülklerin belirli ölçüde korunabilmesi amacıyla , dava konusu yerde bir sistem oluşturmuştur. Böylece ; havai fişeklerin yükleme ve boşaltılması için özel düzenlemeler yanı sıra , havai fişek gösterileri izne bağlanmıştır. (Yine) gerçek havai fişek patlatılması ; polis müfettişleri ve itfaiyeciler tarafından daha fazla (takip edilip) izlenir olmuştur. Aynı zamanda ; (havai fişek) aktivitesini kapsayan sigorta zorunlu kılınmıştır.

Uzmanların , başvurucuların pozisyonunu destekleyen önerilerde bulunduğu da doğrudur. Polis komiserinin , uzmanların tavsiyesini izlemediği gözönüne alınsa da , başvurucuların , onun kararlarına karşı , olağan sivil mahkemelerde dava açabilecekleri ve böylece ; (zararlarını) ulusal düzeyde telafi edebilecekleri bir kulvara sahip oldukları da açıktır.

Yine başvurucuların; anayasal tazminat davası açmak zorunda bırakılmaları yerine , görüşlerini duyurmak için herhangi bir fırsata sahip olmadıkları da söylenemez. Yeterli kuruluş olmaması sebebiyle , onların karar verme sürecine erişememiş olmasından , bu yargılamaların olumlu sonuçlanmadığı gerçektir.

Son olarak ; onların şikayet ettikleri durumun farkında olarak , mülk edinmiş oldukları sabittir.

Sonuç olarak ; AİHS'in 8. maddesi ihlal edilmemiştir.

AİHS'in 14. maddesi ve 1 nolu Protokolün 1. maddesi :

AİHM başvuruculaın , AİHS'in 14. maddesi ve 1 nolu Protokolün 1. maddesi 'ne dayanan şikayetlerini (de) ret etmiştir.

Ayrımcı muamele iddiası ile yapılan şikayetle ilgili olarak ; bölgede yaşayan , "yerleşik" olarak sınıflandırılmış insanların objektif hakları ile başvuruculara yapılan muamele arasında herhangi bir fark olmadığı ve toplumun çıkarları ile başvurucular arasında adil bir denge sağlanmış olduğunu tekrarlarız.

AİHM başvuruculaın mülkü ile ilgili, önceden Malta Mahkemeleri'nde öne sürmediği şikayetlerini (de) ret etmiştir.

Bu karar ; sadece İngilizce yazılmıştır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHM 245 - 15.11.2011

Petroviç v Sırbistan

Çeviri : Av.Hasan ÖZDEMİR

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne , bir Sırp avukat tarafından yapılan , yüzlerce şüpheli başvuru dosyası , bireysel başvuru hakkının kötüye kullanımıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ; Petroviç ve Sırbistan davasına ilişkin ka-

rarında , oybirliği ile (başvuru nolar 65551/11, 56650/11,56669/11, 56671/11, 56692/11, 56744/11, 56826/11, 56827/11, 56831/11, 56833/11 and 56834/11), başvuruların kabul edilemez olduğunu beyan etti. Bu karar kesindir.

Dava ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurudan önce , şahsen ya da diğer başvurucuların yasal temsilcisi olarak , çoğunlukla son derece şüpheli karakterlere ait 500 ' den fazla dava açmış , bir avukat hakkındadır.

Başlıca gerçekler :

Başvurucu Mihailo Petrović ; Gornji Milanovac ' da ikamet eden , 1963 doğumlu bir Sırbistan vatandaşıdır.

O ; Belgrad Barosu üyesi , ruhsatlı bir avukattır.

Bay Petrovic ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ' nden önce , şahsen kendini başvurucu olarak tanımladığı ya da açıkça kendinden başka insanları ilgilendiren olaylar ve dava süreçleri hakkında şikayette ya da atıfta bulunarak , Sırbistan ' a karşı 11 dava açar.

Üstelik O ; AİHM'e dava açmadan önce , Bosna Hersek , Karadağ , Slovenya , Hırvatistan , Sırbistan'ın yanı sıra sabık Yugoslavya 'nın Makedonya Cumhuriyeti aleyhine 400 'den fazla davada da aynı tavırla başvurular yapar. Ek olarak O ; (bu davadan) önce de , başvuruculara adına ve onların avukatı olarak , 100 ' den fazla davayı AİHM'e getirmiştir.

Davaların incelenmesi sırasında , en az 3 kez Bay Petrovic ' in vefat etmiş insanlar adına başvurular yaptığı , en azından onların biri adına ölümünden sonra vekaletname imzaladığı tesbit edilmiştir. Davaların bir çoğunda ise , AİHM; Bay Petrovic ' in başvurular ekinde sunduğu vekaletnamelerin gerçekliğinden şüphe etmektedir.

AİHM 2. Daire Başkanı, Mart 2010'da ; bu tarihten itibaren , Bay Petrovic tarafından , başvuruculara temsilen AİHM önünde (başvuru yapmasının) yasaklanmasına karar vermiştir.

Bay Petrovic ; yasaklamadan haberdar olmasına rağmen , bazen başvurucular adına hareketle , onların avukatı olarak ve bazen de kendi başına hazırlayarak A.İ.H.M'e başvurular göndermeye başlamıştır.

AİHM'in bu tür talepleri dikkate almayacağını bilmesine rağmen , her zaman kendi (vekalet) ücretlerinin ödenmesini talep etmiştir.

AİHM Yazı İşleri Müdürlüğü Aralık 2010'da ; Mahkeme Kuralları 'nın 36. madde 4. bend b) fıkrası ve 44 D * madde uyarınca ;

Bay Petrovic ' in bu davranış şeklini bildirmek amacı ile , Belgrad Barosu ' na mektup göndermiştir.

(Belgrad) Barosu Başkanı Ocak 2011 de verdiği cevapta ;

Bay Petrovic ' in geçerli mesleki etik standartları ihlal etmiş olabileceği konusunda , Baro 'nun Disiplin Organları ' nın bilgilendirildiğini yazmıştır.

• *Mahkeme Kuralları Madde 44 D ((herhangi) bir tarafça sunulan uygunsuz dilekçeler) : " AİHS'in 35. maddesinin 3. bendi saklı kalmak kaydı ile , bir tarafın temsilcisi , küfürlü , anlamsız , kötü niyetli , yanıltıcı ya da bitmek bilmeyen dilekçeler yazarsa , Daire Başkanı ; dilekçelerin bir kısmının ya da tamamının kabulünü ret ya da bu temsilciyi dava sürecinden men edebilir ya da uygun gördüğü başka herhangi bir kararı verebilir."*

Ayrıca; Bay Petrovic, bugünkü davalardaki 11 başvurunun her birinde, Sırbistan'ın, kayıp kişilerden doğan kazançlarını kaybetmekten doğan, özellikle başvuruları hazırladığı süreçte, başka müvekkillerini temsil edememek imkanından yoksun kalması yüzünden kaybettiği zararlarını, tazmin etmediğinden şikayet etmiştir.

Şikayetler hakkında Mahkeme'nin oluşumu ve yargılama usulü :

Başvuru ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 24 Mayıs 2011'de kayıt edilmiştir.

Bay Petrovic ; 11 başvurusunda da , Protokollere ilave olarak, AİHS'in çeşitli hükümlerine dayanarak şikayette bulundu. Buna ek olarak ; (ihlaller sebebiyle başka müvekkillerini temsil edememek imkanından yoksun kalması yüzünden) kaybettiği kişisel zararları (-nın tazmin edilmediğinden) şikayet etmiştir.

Karar ; aşağıda yazılı yedi yargıçtan oluşturulmuş bir Daire tarafından verildi

Françoise **Tulkens** (Belçika), *Başkan*,

Danut **Jočienė** (Litvanya),

David Thór **Björgvinsson** (İzlanda),

Dragoljub **Popović** (Sırbistan),

András **Sajó** (Macaristan),

Işıl **Karakaş** (Türkiye),

Guido **Raimondi** (İtalya), *Yargıçlar* ,

ve aynı zamanda Stanley **Naismith** Daire Yazı İşleri Müdürü

Mahkeme Kararı :

AİHM ; bu başvuruların yanı sıra , onlar tarafından yapılan tüm başvuruların temel yapısı ve bunların kapsamlarının , benzer bağlamda değerlendirilebileceğini beyan eder.

AİHM, AİHS'in 34. maddesine göre; bir bireysel başvurucunun, ihlal ile gerçekten kişisel olarak etkilendiğini iddia edebilmesi ya da kişisel olarak etkilenmesinin muhtemel olduğu husu-sunda, makul ve inandırıcı delil bulunması gerektiğini , tekrar ifade eder.

AİHM ; Bay Petrovic' in şikayetlerinin , herhangi bir Protokol'ün yanı sıra , AİHS ile pervasızca uyumsuz olup , kendinden ziyade , diğer insanları ilgilendirdiğine karar vermiştir. Ayrıca AİHM ; AİHS 35. maddesinin 3. bendinin (Mahkeme '

nin) , herhangi bir bireysel başvuruda , bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığını anladığında (Mahkeme'nin uygun işleyişinin engellendiği ve bireysel başvuru hakkının amacına açıkça aykırı bir başvurunun yapıldığı durumlarda) , kabul edilemezlik kararı vermesine izin verdiğini vurgular.

AİHM ; öncelikle Bay Petrovic'in (uygunsuz) davranışını , müvekkillerini temsil kabiliyetini engellemeyi amaçlayan , Mart 2010' daki AİHM Kararı' na dikkat çeker. Bu sebeple (başvurular) ; Mahkeme' ye itaatsizlik ve bireysel başvuru hakkının yüzsüzce kötüye kullanılması olarak nitelenmiştir.

Son olarak AİHM ; özellikle ciddi insan hakları ihlallerinin tesbit edilebildiği çok fazla sayıda davanın arttığının açık olduğu (bu konjonktürde) , (gerçek) görev kapsamı zararına olarak , dayanaktan yoksun bir arka planı olan (bu tür) işler ile uğraşarak boşa çaba harcamanın , Mahkeme 'nin görevi olmadığını vurgular.

Mahkeme ; bu sebeplerle başvuruların kabul edilemez olduğuna , oybirliği ile karar vermiştir.

Karar (aslı) ; sadece Fransızca yazılmıştır.

Çevirenin notu ; anlamı aydınlatmak amacı ile , parantez içindeki kelimeler metinde olmamasına rağmen tarafımdan eklenmiştir**.**

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHM 005 - 10.01.2012
di Sarno and Others v. Italy - Başvuru No : 30765/08
Çeviri : Av. Hasan ÖZDEMİR

İtalya'nın Campania Bölgesi'ndeki en uzun süreli "atık(toplama) krizi" ile başa çıkmada yetersiz kalınması , orada yaşayan ve çalışan 18 kişinin insan haklarının ihlaline yol açmıştır.

AİHM 2. Dairesi , **di Sarno and Others v. Italy** (başvuru no. 30765/08) davasına dair bugün çoğunlukla verdiği kesin olmayan kararında ;

AİHS'in 8. maddesi (özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı) ' nin ihlal edildiğine ,

İtalyan Yöneticiler'in başvuranların karşılaşacağı potansiyel riskler konusunda bilgi verme yükümlülüğü ile ilgili olarak (ise) AİHS'in 8. maddesinin ihlal edilmediğine ,

AİHS'in 13. maddesi (etkili bir hukuk yolu sağlanması hakkı) 'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Dava; İtalya'nın Campania Bölgesi'ndeki atık toplama, arıtma ve bertaraf etme ile ilgili (11 Şubat 1994 'ten 31 Aralık 2009 ' a kadar süren) olağanüstü hal sırasın-

da, başvuranların beş aylık bir süre de dahil, atık yığınları arasında yaşaması ve/ veya çalışması hakkındadır.

Başlıca gerçekler :

Başvurucular; 5 'i (Campania) Somma Vesuviana Belediyesi'nde çalışan, 13'ü ise (orada) yaşayan 18 İtalyan vatandaşıdır.

Başbakan ; Campania Bölgesi'ndeki söz konusu yerde kentsel atıkların bertaraf edilmesi ile ilgili ciddi sorunlar ortaya çıktığını açıkladıktan sonra, 11.02.1994'ten 31.12.2009 'a kadar olağanüstü hal ilan edilmiştir. Olağanüstü hal yönetimi, başlangıçta yardımcı komiserlere emanet edilir.

Bölge Başkanı, 9 Haziran 1997 ' de, yardımcı komiser olarak hareket ederek, 5 adet çöp yakma fırını , 5 adet ana depolama sitesi ve 6 adet ikincil depolama sitesi yapımını gerektiren düzenleme yapar.

O; Napoli ilinde, atık arıtma ve bertaraf hizmeti için 10 yıllık bir imtiyaz verilmesi amacı ile bir ihale daveti yapar. (İhale'nin) şartnamesine göre; atık toplama, sınıflandırma, atık kaynaklı yakıt (RDF) 'a dönüştürme ve yakma tarzında, tam bir servis sağlamak gerekli olup, bunu kabul eden ihaleyi kazanacaktır. Bu amaçla, 31 Aralık 2000 ' de, 3 adet atık sınıflandırma, yakıt üretim tesisleri ve RDF kullanarak elektrik enerjisi elde edecek yapılar inşa edilir ve yönetilir.

İhale imtiyazı; toplam olarak, bir (atık) yakma ile 3 adet RDF üretim tesisi inşa etmeyi taahhüt eden ve 5 şirketten oluşan bir konsorsiyum'a verilir.

Aynı Komiser Yardımcısı; 22 Nisan 1999 ' da (da), Campania 'daki atık bertaraf etme servisini işletme imtiyazı için bir ihale daveti (daha) başlatır. İhaleyi FIBE Campania S.p.A. Şirketi kazanır. Şirket; 2 adet atık yakma ve 7 adet RDF üretim tesisi inşa ederek yönetmeyi üstlenir. (İhale) Campania bölgesinde, sınıflandırma ve atık arıtma hizmeti sağlamayı da gerektirmektedir.

Tufino atık depolama sitesinin Ocak 2001 'de kapatılması, Napoli ilinde, atık bertaraf etme hizmetlerinin geçici olarak durdurulması sonucunu doğurur. (Bunun üzerine) İldeki diğer belediyelerin belediye başkanları; kendileri için geçici temelde, atık depolama alanı yapılması için onay verir.

22 Mayıs 2001 ' de Somma Vesuviana Belediyesi'nde atık toplama ve nakletme işi, bir çok şirketin oluşturduğu bir konsorsiyuma emanet edilir. En sonunda, 26 Ekim 2004 ' te, servisin yönetimi kamuya ait bir şirkete teslim edilir.

2003' te Napoli Savcılığı; Campania'daki atık bertaraf etme servisi yönetimi aleyhine bir suç soruşturması başlatır. Savcılık; 31 Haziran 2007' de, 2000 ile 2004 arasında, şirketlerin imtiyaz işlerinde çalışan, belirli bir çok görevli ve müdürler ile yardımcı komiserler hakkında, aldatma, kamu hizmetini kötü niyetle kesintiye uğratarak kamu sözleşmelerini başarısız kılma, dolandırıcılık, kamu görevlerinin yürütülmesinde dezenformasyon yaparak, izinsiz atık işletmelerine yol açmak suçlarından kovuşturmak için duruşma düzenler.

Napoli caddelerinde ve İl'in diğer bir çok şehir ve kasabalarında tonlarca atık

yığılması sırasında, 2007 sonunda, başka bir kriz patlar. 11 Ocak 2008' de Başbakan; (atık) bertaraf siteleri ve yeni depolama alanı tesbit etmek, depolama siteleri açmak yetki ve görevi ile, komiser yardımcısı olarak üst düzey bir polis memuru atar.

Bu arada, 2006' da, geçiş aşaması sırasındaki ilk imtiyaz sözleşmelerinin sona ermesini müteakiben, bu zamanda yürütülmüş atık bertaraf işlemleri hakkında diğer bir suç soruşturması açılır. 22 Mayıs 2008'de Hakim; yardımcı komiserin ofisinden memurlar, atık nakil şirketlerinin temsilcileri, depolama sitelerinin müdürleri, atık dönüştürme merkezlerinin yetkili kişileri, atık bertaraf ve arıtma şirketlerinin çalışanları, müdür ve yöneticileri dahil olmak üzere, sanıklar hakkında zorunlu ikamet emri düzenler. Bu (soruşturma); organize atık ticareti ve kamu görevlerinin yürütülmesinde gerçeklerin çarpıtılması, aldatma, resmi dökümanları tahrip, atık ticareti yapmak için komplo suçları hakkındadır.

Şikayetler, yargılama usulü ve Mahkeme'nin kompozisyonu :

Başvurucular; AİHS 2. madde (yaşam hakkı) ve 8. madde (özel ve aile yaşamına saygı hakkı) 'na dayanarak, Devlet'in uygunsuz yasama ve yürütme politikaları uygulamak suretiyle kamu atık toplama servisinin fonksiyonunu tam olarak sağlaması için gerekli tedbirleri almayı ihmal etmesi sonunda, onların bölgelerindeki çevreye ciddi zarar verdiğinden, onların yaşam ve sağlıklarını tehlikeye düşürdüğünden şikayet etmişlerdir. Onlar; kirli bir bölgede yaşama ile ilgili risklerin gerektirdiği bilgilendirmenin, Yetkililer tarafından yapılmadığını(da) eleştirmiştir.

Başvurucular; AİHS 6. madde (adil yargılanma hakkı)'ye ve 13. madde (etkili bir hukuk yolu elde etme hakkı)' ye dayanarak, İtalyan Yetkililerin, toplumun üyelerinin haklarını korumaya yönelik hiçbir girişimde bulunmadığından, İtalyan Mahkemelerin, sorumluları kovuşturmakta geciktiğinden (de) şikayet etmiştir.

Başvuru; AİHM'e 9 Ocak 2008'de yapılmıştır.

Mahkeme Kararı :

İtalyan Hükümeti'nin ilk itirazları :

İtalyan Hükümeti; başvurucuların mağdur statüsü talep edemeyeceğini iddia etmiştir. AİHM içtihatlarına göre; 8. madde tarafından korunan haklardan birinin ihlal edildiğinin belirlenmesinde, sadece çevrenin genel biçimde bozulmasının değil, kişinin özel ve aile yaşamı için zararlı bir etkinin var olması ile çevre kirliliği miktarı önemli bir unsurdur.

Bununla beraber AİHM; bugün ki davada, başvurucuların şikayet ettiği, onların refahını doğrudan etkileyen çevresel zararın bulunduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple (AİHM); (İtalyan) Hükümet'in, başvurucuların mağdur statüsünün bulunmadığı ile ilgili ilk itirazlarını ret etmiştir.

Ayrıca Hükümet; başvurucuların Campania Bölgesi'nin diğer sakinleri gibi, atık toplama, arıtma ve bertaraf etmeyi yürüten şirketlere karşı, süreklilik arz eden arızalı hizmetleri sonucunda uğradıkları zararı tazmin için bir tazminat davası açа-

bileceklerine dayanarak, iç hukuk yollarını tüketmediklerini iddia etmiştir.

Mahkeme; teorik olarak, başvuruculaların zararları için dava açması ve bunlarla ilgili tazminat elde etmeleri olasılığını değerlendirmişse de, bu olasılığın caddelerden ve diğer kamu yerlerinden çöplerin kaldırılmasını sağlamayacağını tesbit etmiştir. Mahkeme; ayrıca, Hükümet'in, ilgili bölgelerin sakinlerinin, zararları için tazminat elde ettiğine yönelik olarak, (somut) herhangi bir idari mahkeme kararı ya da sivil mahkeme kararı ortaya koymadığını gözlemlemiştir. Aynı şekilde Hükümet; çevre ve kamu hizmetlerine karşı saldırılarla ilgili suç kovuşturmalarına, "atık krizi"nden etkilenen bölgelerin sakinlerinin sivil taraflar olarak katılabileceğinin, herhangi bir mahkeme kararında saptandığına da gönderme yapmamıştır. Son olarak AİHM; başvuruculaların kendileri için tazminat talep edemeyeceğini, çevresel zararlar için tazminat davası açarak talepte bulunma olasılığının sadece Çevre Bakanlığı'na ait olduğunu tesbit etmiştir. Tek seçenek; başvuruculaların, adli makamlara başvurularak dava açılmasını Bakanlık'tan istemesi olabilirdi. Bu durumun, AİHS'in 35/1 maddesi kapsamında etkili bir hukuk yolu oluşturduğu söylenemez. Bu sebeplerle AİHM; Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmemesi hatasına ilişkin ilk itirazlarını ret etmiştir.

AİHM; Devletlerin ilk olarak ve her şeyden önce , özellikle tehlikeli faaliyetlere ilişkin potansiyel risk seviyesine bağlı olarak, söz konusu faaliyetlere uygun düzenlemeler koyması konusunda pozitif yükümlülüğü bulunduğuna işaret eder. AİHS'in 8. maddesi; toplum üyelerine, kendilerinin karşı karşıya bulunduğu tehlikeleri değerlendirebilecekleri bilgiyi (Devletlerden) alabilme imkanının sağlanmasını gerektirmektedir.

AİHM; Somma Versia belediye çevresinde yaşayan ve çalışan başvuruculaların,"atık krizi" nden etkilendiğini gözlemlemiştir.

Başvurucular; 11 Şubat 1994 ' ten 31 Aralık 2009 'a kadar Campania Bölgesi'nde bulunan yerlerinde, olağanüstü hali ve 2007 'nin sonundan Mayıs 2008 'e kadar da, caddelerdeki çöp yığınları ile kirlenmiş bir çevreyi, yaşamak zorunda bırakılmıştır.

AİHM; başvuruculaların, atığa maruz kalmaları ile ilgili herhangi bir tıbbi bozukluktan şikayetçi olmadıklarını, (daha ziyade) taraflar tarafından üretilmiş bilimsel çalışmalara dayalı olarak, doğum kusurları ve kanser riskinin artması ile atıklara maruz kalmaları arasında bağlantı olduğuna dair çelişkili bulgulara dayandıklarını tesbit etmiştir. ***Avrupa Birliği Adalet Divanı; Campania'daki atık bertaraf etme sorunu ve halka açık yollarda önemli bir atık birikiminin görülmesi ya da geçici depolama siteleri yaratmak yükümlülüğünün, toplumun sağlığını riske atmasına rağmen, başvuruculaların hayatı ve sağlığının tehlikede bulunmadığına karar vermiştir.***

Devlet; atık toplama, arıtma ve bertaraf etme gibi tehlikeli faaliyetlerde, çevre ve sağlığın korunması ile ilgili hakları güvence altına alacak makul ve uygun önlemleri almak yeteneği ve yükümlülüğü altındadır.

İtalyan Devleti'nin Mayıs 2008'den itibaren farklı tedbirler uygulaması ve bir dizi girişim başlatması sonucunda, 31 Aralık 2009'da Campania'da olağanüstü hal'in kaldırılabilmesinin mümkün olduğu da doğrudur. Bununla birlikte AİHM; İtalyan Hükümeti'nin, kriz durumunun, (Devleti) zor durumda bırakmak için atfedilecek sebepler olarak yaratıldığı argümanını kabul etmemiştir. İtalyan Hükümeti; -2007 sonundan 2008 Mayısı'na kadar- sadece 5 ay süren, krizin akut fazı'nda bir çaba harcadığı görüntüsü olsa bile, aslında İtalyan Yetkililer, atık toplama, arıtma ve bertaraf etme hizmeti sağlama fonksiyonlarını uzun bir dönem için gerçekleştirememiş ve başvurucuların evleri ve özel yaşamlarına saygı hakkının ihlaline yol açılmıştır. Bu nedenle AİHM; AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Diğer yandan, etkilenen nüfusun bilgilendirilme yükümlülüğüne uyumlu biçimde, 2005 ve 2008 ' de İtalyan Yetkililer tarafından sivil acil planlama bölümünün yaptığı çalışmalar yayınlanmıştır. Bu yüzden; AİHS'in 8. maddesinin topluma bilgi sağlanması ile ilgili bölümünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

AİHS'in 6. ve 8. maddesi :

Mahkeme; başvurucuların suç kovuşturulması açılması şikayeti ile ilgili olarak, özel bir intikam hakkı ya da 3. bir tarafın kovuşturma ve mahkumiyet için bir başvuru yapmasını güvence altına alma gibi bir hakkın, ne 6. ve 13. madde de ne de AİHS'in her hangi bir hükmünde bulunmadığını tekrarlar.

Bununla birlikte, Mahkeme; İtalyan yasal sisteminde süreklilik arz eden zararla ilgili tazminat elde etmek için, etkili bir hukuk yolunun varlığı ile ilgili şikayetin, şimdiye kadar AİHS'in 13. maddesi kapsamında kaldığını da belirlemiştir.

Bu bulgular ışığında Mahkeme; başvucuların ulusal yetkililere şikayetlerini sunabilmeleri için, etkili bir hukuk yolunun varlığı ve sağlanması ile ilgili olarak, AİHS'in 13. maddesinin (de) ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHS'in 41. maddesi :

Mahkeme; AİHS'in 41. madde (hakkaniyete uygun tatmin) kapsamında tesbit ettiği, süreklilik arz eden manevi zarar için yeterli tazminata dair bulgular gereğince, AİHS'in 41. maddesinin (de) ihlal edildiğine karar vermiştir. (Bu sebeple) İtalya'nın, bay Errico di Lorenzo'ya, gider ve masraflarına karşılık 2.500 EUR ödemesi gerektiğine karar verilmiştir.

Muhalefet şerhi :

Yargıç Sajo; karara ekli olan ayrı bir görüş ileri sürmüştür.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHM 278 - 08.12.2011

Göbel v. Germany - Başvuru No. 35023/04

Çeviri : Av.Hasan ÖZDEMİR

Nazi Döneminde zorla sattırılan mülkün asıl sahiplerinin mirasçılarına iadesi ; alıcının hakkının ihlali değildir.

AİHM (5 .) Dairesi ; **Göbel v. Germany** (başvuru no. 35023/04) davasında bugün oybirliği ile 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması)'nin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir. Bu karar ; kesin değildir.

Dava ; Doğu Almanya Erfurt' ta bulunan ve Nazi Rejimi tarafından , daha önceki Yahudi sahiplerine zorla sattırılmış , ortak sahiplik altındaki mülkün, iki hissesinin alıcısı tarafından açılmıştır.

Başvurucu ; 1990 Mülkiyet Yasası gereğince ; dava konusu alanın , orijinal sahiplerinin mirasçılarına iade edilmesinin ardından sadece küçük bir miktarda tazminata hak kazandığından şikayet etmiştir.

Başlıca gerçekler :

Başvurucu Gerd Göbel ; 1948 doğumlu , (Portekiz) Aljezur ' da yaşayan bir Alman vatandaşıdır. O ; Nisan 1992 ' de , Erfurt ' ta bulunan ve bir sanayici topluluğunun mirasçıları tarafından ortaklaşa sahiplenilmiş mülkün bir hissesini satın alır. O ; Ekim 1992 'de , (mülkün) ortak sahip topluluğunun bir üyesi olarak tapu siciline tescil edilir.

Dava konusu mülk ; ilk olarak , Yahudi asıllı S. Kardeşler'e aitken , 1938' de Nazi Rejimi altında ,(bu mülkü) satmak zorunda bırakıldıktan sonra , (Onlar) Almanya'dan ayrılmış ve Avustralya ' ya mülteci olarak sığınmışlardır.

1945'ten sonra , Sovyet işgali altında , dava konusu mülke geçici olarak el konulmuştur. Yetkililer , 1948'de , S. Kardeşler adına ; dava konusu mülkü (sonradan) satın almış sanayici D.'nin Dul (hanımı) Mirasçısı ile bir dostane çözüm içine girerek ; dava konusu mülkün sahipliği 'nin 2/3 ' sinin Dul Mirasçı'da kalması , kalan 1/3 ' ini S. Kardeşler'in elde etmesi ve O'na (Dul Mirasçı) karşı her türlü hak iddiasından feragat etmeleri karşılığında , bir dostane çözüm içine girmiştir. Bununla birlikte sonradan; S.Kardeşler bu çözüme karşı çıkarak , kendilerinin (böyle) bir başvuru yapmadıklarını iddia etmiştir. Dul eş bayan D.'nin vefatından sonra , dava konusu mülkün , (dostane çözümde belirlenmiş) D.'ye ait 2/3 si , mirasçılar topluluğuna kalmıştır.

Bay Göbel ve Mirasçılar arasında 1992' deki satış sözleşmesinde; mevcut mülkiyet durumunu yaratan bu olayların bir açıklamasının sağlandığı gösterilmiştir. Bay Göbel; 1992' de (ilk payı) satın aldığı , (mülk üzerinde) ortak sahipliği bulunan

mirasçılar topluluğundaki bir kişiden, Ocak 1997'de ikinci bir pay elde eder. O , bir şirketin sahipliğindeki kendi iki payını ; Haziran 1997'satar.

Bu arada , S. Kardeşler'in mirasçıları Eylül ve Aralık 1992'deki iki mektupları ile ; amacı sabık Doğu Almanya Cumhuriyeti sınırları içindeki mülkiyet çatışmalarını çözümlemek olan 1990 Mülkiyet Yasası altında , söz konusu alanın kalan 2/3 'lik kısmının geri iadesini talep etmiştir. Bu Yasa ; Doğu Almanya Cumhuriyeti zamanında kamulaştırılan mülkleri , geri iade başvurusu 31 Aralık 1992 ' den sonra olmamak koşulu ile , talep halinde iadesini sağlamanın dışında , Nazi Rejimi altında kamulaştırılmış ya da zorla sattırılarak , mülkiyet hakkını kaybetmiş kişilere de uygulanabilecektir.

S. Kardeşler'in mirasçılarının bu talebi ; başlangıçta , 1948 dostane çözümüne konu yerlerin geri iadesi için herhangi bir talebin kanunun kapsamı dışında bırakıldığı gerekçesi ile ret edilir. Bununla birlikte , Mirasçılar ' ın bu karara itirazı üzerine , **Öncelikli Mülkiyet Sorunlarını Çözme Müdürlüğü ;** bu itirazı kabul ederek , dava konusu mülkün kalan 2/3'sinin de geri iadesine karar verir. (Buna mukabil) Müdürlüğe göre ; bay Göbel , kendi paylarının 1938'deki satış bedeline eşdeğer bir miktar tazminat ödemesine hak kazanmıştır.

Bay Göbel ; önce (yukarıdaki karara karşı) Gera İdare Mahkemesi'ne dava açmışsa da , Müdürlüğün bu kararı , Nisan 2003'te onanır. Ocak 2004'te , Federal İdare Mahkemesi ; Yerel Mahkeme ' nin , bay Göbel'in inceleme için yaptığı başvuruya izin verilmemesi kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunu ret eder. Mart 2004'te , Federal Anayasa Mahkemesi ; O ' nun anayasal şikayet başvurusunu ret eder. Haziran 2004'te bay Göbel ; Mülkiyet Yasası ' na dayanarak , tazminat talebi ile başvuru yapar ve bu prosedür halen devam etmektedir.

Bay Göbel ; dava konusu alanın S. Kardeşlerin Mirasçıları'na geri iadesi yüzünden , 1997 ' de paylarının satışı için bir satış sözleşmesi yaptığı Şirket ' e karşı taahhütlerini yerine getiremediğinden dolayı (bu başvuruyu yaptığını) iddia etmiştir.

Şikayetler , yargılama usulü ve AİHM'in kompozisyonu :

Bay Göbel ; 1 nolu Protokol'ün 1. maddesine dayanarak , tartışmalı arazinin geri iadesi gibi bir talebe itiraz etme-diğini , ancak hala devam eden davalar sonunda , mülkünden mahrum bırakılma durumu ile orantısız bir hesapla , çok küçük bir miktar tazminata hak kazanabilecek olduğunu savunmaktadır.

Başvuru ; AHİM'e 24 eylül 2004 ' te kaydedilmiştir.

Alman Hükümeti için ; Bay Göbel 'in ortak mülkiyet altındaki taşınmazdan hisse satın almak suretiyle , 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinin anlamı çerçevesinde " mülkiyet " hakkı bulunduğu tartışmasızdır. Sonuç olarak ; mülkün orijinal sahiplerinin mirasçılarına iadesi , O'nun (Bay Göbel) mülkiyet dokunulmazlığına müdahale teşkil eder. AİHM; Mülkiyet Yasası 'nda belirlenen ölçütlerin , Demokratik Almanya Cumhuriyeti 'nde kamulaştırılan alanın geri iadesi koşulları ile Nazi Rejimi altında , kamulaştırılmış ya da zorla sattırılarak mülkünü kaybetmiş insanların hakları için dahi geçerli , açık hükümler içerdiğini tesbit etmiştir.

AİHM'in ; ve Bay Göbel tarafından (da) tartışma konusu yapılmayan – Alman Yasası'nın , Nazi Rejimi altında zülme uğramış , orijinal Yahudi sahiplerin mirasçılarına mülkün geri iadesi amacının , kamu yararına uygun olduğundan şüphesi yoktur.

Bunun ötesinde AİHM ; Almanya'nın birleşmesinin özgünlüğü bağlamında , Devlet ' in , bir komünist rejimden serbest piyasa ekonomisine geçişin zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan tüm sorunlar ile başa çıkmak (gibi) muazzam bir görevi olduğunu gözönünde bulundurmanın , (bu yüzden) Yasama Organı 'nın kanunların yürürlüğe girmesi yönünden geniş bir takdir hakkına sahip olması gerekliliğini de vurgular.

Bay Göbel ; mirasçılar topluğundan ilk hisseyi , 1990 Mülkiyet Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra , (ve fakat) 31 Aralık 1992 olarak belirlenmiş olan (mülklerin) geri iadesi için başvuru süresinin sona ermesinden önce , elde etmiştir. Bu nedenle AİHM ; (aynı zamanda) Hükümet'in iddiası olan ,bay Göbel'in , kendisine karşı , geri iade talebi yapılabileceği riskini bilerek , mülkiyeti elde ettiğini kabul etmiştir. Bu kabul ; (bay Göbel'in hissesini elde ettiği mülk ile ilgili olarak) orijinal sahiplerin mirasçılarının geri iade talebinde bulunmasından beş yılı aşan bir süre sonra ve talebin kabulü kararının verilmesinden bir kaç ay sonra , Ocak 1997'de , ikinci payı elde etmesi durumu için , özellikle doğrudur. Ancak , bay Göbel'in şikayetinin geri iade ile ilgili olmayıp , 1990 Mülkiyet Yasası'nın , dava konusu hisseler için , Nazi dönemindeki orijinal satış fiyatına dayalı , çok az bir tazminat miktarı sağlamasına karşı olduğu sabittir. Bu bağlamda AİHM ; O 'nun hala derdest davalarda dahi, Mülkiyet Yasası altında istediği tazminatı elde edebilmesinin mümkün bulunduğunu belirtir.

Bu değerlendirmelerin ışığında AİHM ; Almanya'nın takdir hakkını aşmadığını ve Alman Toplumu'nun genel yararı ile bay Göbel'in mülkiyet dokunulmazlığı arasındaki dengenin bozulmamış olduğunu tesbit etmiştir. Bu tesbite göre ; 1. nolu Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmemiştir.

Bu karar ; İngilizce ve Fransızca yazılmıştır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHM 277 - 08.12.2011

Çeviri : Av.Hasan ÖZDEMİR

Doğu Almanya'da kamulaştırılan mülk : Tazmin yasasının geriye dönük olarak değiştirilmesi ; mirasçıların mülkiyet hakkının ihlalidir.

AİHM 5.Dairesi ; **Althoff ve Diğerleri / Almanya** (başvuru no. 5631/05) davasında , bugün , oybirliği ile 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) ' nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Bu karar ; kesin değildir.

Dava; önceden maliki olmalarına rağmen, Nazi Rejimi altında zorla satmak zorunda kaldıkları ve sonrasında sosyalist Demokratik Almanya Cumhuriyeti zamanında kamulaştırılmış bir arazinin sahibi olan Yahudiler'den birinin mirasçılarının bir grubu tarafından açılmıştır.

Başvuranlar; **Mülkiyet Yasası**'nın , 1998'de, geriye dönük olarak değiştirilmesinin (asıl) amacının eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti topraklarındaki çatışmalar (gerekçe yapılarak) , araziye yerleşmek olduğundan şikayet etmiştir. Değişiklik sonucunda , başlangıçta tazmin davalarının açılması için getirilen zaman sınırı ; ABD ile Almanya arasında yapılmış bir anlaşma uyarınca , Bugün ki davada olduğu gibi , mülkün original sahibi olan Yahudiler'in mirasının yasal halefi olanlar için , Alman Devleti tarafından açılan davalarda geçerli değildir. Bunun sonucu olarak Başvuranlar; Almanya'nın birleşmesinden sonra , ne yapılmış satıştan gelen geliri , ne de mülkün iadesini talep hakkına sahip değildir.

Başlıca gerçekler :

Başvuranlar ; 1939 yılında , Berlin merkezli bir şirketin parsellediği , Potsdam-Babelsberg 'deki bir alandan , yaklaşık 3.000 m2. 'lik bir parsel satın alan , bir mağaza sahibinin mirasçıları olan 9 Alman vatandaşıdır. Bu arazinin orijinal sahipleri ; Nazi Rejimi altında arazilerini satmaya zorlanmış ve zulüm kurbanı olarak 1938 yılında ölmüş Yahudi(ler)dir

1953 yılında , sosyalist Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde , bu alan kamulaştırılmış ve "halkın malı" olmuştur. Sonuç olarak ; ABD'ye göç etmeyi başaran , arazinin orjinal sahiplerinin birinin kızı , Nazi döneminde ,

baskı altında zorla sattırılmış ya da sabık Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde kamulaştırılmış bu arazi hakkında , ABD vatandaşı olmasına dayanarak , ABD hukuku altında , Demokratik Almanya Cumhuriyeti ' ne karşı dava açar.

1980'de **ABD Dışişleri Alacak Uzlaştırma Komisyonu** ;

O ' nun tazminat hakkına sahip olduğunu kabul eder.

Arazi; 1990'da Almanya'nın birleşmesinden sonra, **Birleşme İle İlgili Özel Sorunlar Müdürlüğü**'ne devredilir. Aynı zamanda, Başvurucular, **1990 tarihli Mülkiyet Yasası**'na dayanarak,arazinin iadesi için dava açar. Yasa ; Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde kamulaştırılmış mülklerin iadesi için,en geç 31 Aralık 1992 tarihine kadar dava açmak koşuluyla , geri alınmasını sağlar,(Yasa ;) Nazi Rejimi altında kamulaştırma ya da zorla satış yoluyla mülklerini kaybeden maliklere de , aynı koşullarla dava hakkı verir. Ayrıca (Yasa) ; aynı mülk ile ilgili olarak çok sayıda talepte bulunan taraf varsa , mülkü ilk defa "haksız olarak kaybedenin" (öncelikli) hak sahibi olacağı hükmünü içerir. Buna göre ; Nazi döneminde , baskı altında zorla sattırılmış ya da sonrasında Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde

kamulaştırılmış mülklerin orijinal maliki Yahudiler'in mirascıları , öncelik hakkına sahiptir. Böyle durumlarda ; Nazi dönemi sırasında bu mülkleri satın alan alıcıların mirasçıları (mülklerin orijinal maliki Yahudiler'in Mirasçıları' na mülkü aynen iade yerine) tazminat ödeme hakkına sahiptir.

Alman Hükümeti ile ABD arasında, Mayıs 1992'de, ABD Vatandaşları'nın Demokratik Almanya Cumhuriyeti'ne karşı, ABD Hukuku'na dayanan tazminat taleplerinin küresel olarak çözümlenmesi için, **Alman-ABD Bazı Mülkiyet İddialarının Uzlaştırılması Antlaşması** imzalanır.

1997'de Almanya; toplamda 102 milyon USD'yi aşan bir miktarı ABD'ye tazminat olarak öder. Alman - ABD Antlaşması ' nın sonucu olarak ; Ekim 1998'de , Mülkiyet Yasası değiştirilerek, Alman Devleti'nden (tazmin ya da iade) hak iddialarının başvurularında, zaman sınırı kaldırılır.

Öncelikli Mülkiyet Sorunlarını Çözme Müdürlüğü; Temmuz 2001'de , Başvurucular'ın mülkü ile ilgili iade talebini , (bu mülkün)1997'de yatırım amacıyla bir şirkete satıldığını ve satıştan elde edilen gelirin Alman Devleti ' ne ödenmiş olduğunu göstererek , ret etmiştir**. Mülkiyet Yasası** ile **Alman-ABD Antlaşması** birlikte okunduğunda ; Alman Devleti'ne karşı , O (başvurucu)'nun , böyle (iade) taleplerinden vaz geçerek , tazminat ödemesini tercih etmesi durumunda , Alman Devleti'nin , orijinal malik Yahudiler'in mirasçısına yasal halef olmuş olduğu kararlaştırılmıştır. Başvurucular'ın açtığı davada ; **Postdam İdare Mahkemesi** , 2002'de , **Öncelikli Mülkiyet Sorunlarını Çözme Müdürlüğü** Kararı ' nı onaylamıştır. **Federal İdare Mahkemesi** ; Ocak 2004 ' te , Başvurucular ' ın yargısal (istinaf) talebini ret etmiştir.

Federal Anayasa Mahkemesi, 14 Ağustos 2004'teki kararı ile; Başvurucular ' ın bir anayasal şikayetine izin vermemiştir.

Özellikle **1998'de değiştirilen Mülkiyet Yasası** ; çatışan çıkarlar arasındaki adil dengeyi tehlikeye atmıştır. Başvurucular'ın Ocak 2005'de, tartışmalı arazinin kaybı sebebiyle tazminat talepleri ise; **Öncelikli Mülkiyet Sorunlarını Çözme Müdürlüğü'nce ,** arazinin iade talebinin kesin olarak ret edilmesinden sonra , 6 aylık yasal süre içinde dava açmadıklarından dolayı , Mart 2007'de ret edilmiştir. **Postdam İdare Mahkemesi** ile ilgili , hala askıda olan karardan önce , Başvuranlar tarafından (bu) dava açılmıştır.

Şikayetler , Yargılama Usulü ve Mahkeme ' nin Oluşumu ;

Başvurucular ; özellikle (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ' ne ek) 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) ' ne dayanarak , **1998 ' de değiştirilen Mülkiyet Yasası** ve Alman Mahkemeleri tarafından , mülkiyet haklarının illal edildiğinden şikayette bulunmuştur.

Başvuru ; Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi'ne 11 Şubat 2005 ' de kayıt edildi.

Karar ; aşağıda yazılı yedi yargıçtan oluşturulmuş bir Daire tarafından verildi ;

Dean **Spielmann** (Luksemburg), *Başkan* ,

Karel **Jungwiert** (Çek Cumhuriyeti),

Boštjan M. **Zupančič** (Slovenya),

Mark **Villiger** (Liteştayn),

Ann **Power-Forde** (İrlanda),

André **Potocki** (Fransa), *Yargıçlar*,

Klaus **Köpp** (Almanya), *ad hoc Yargıç*,

ayrıca Claudia **Westerdiek**, *Yazı İşleri Müdürü*

Mahkeme Kararı :

1 Nolu Protokol'ün 1. Maddesi :

Mülkiyet Yasası'nda , 1998 ' de yapılan geriye dönük değişiklik sonucunda ;

Alman Hükümeti ' nin (bu tür) talepler yönünden başvuruda bulunması için zaman sınırının olmaması , başvurucuların , mülklerinin aynen iadesini talep etmesi ya da mülklerin satış gelirlerinin güncel değerini talep etmesi haklarından herhangi birinin kaybına yol açmaktadır. AİHM'in görüşüne göre ; değişiklik böylece , Onların mülkiyet dokunulmazlığına müdahale teşkil etmiştir.

Bu müdahale ; yasa yoluyla sağlanmıştır.

(Böylece) Federal Anayasa Mahkemesi , değerledirmesi 'nde ; iç hukuk mahkemelerinin , ilk etapta , iç hukuku uygulaması gerekliliğine dayalı olarak , değişikliği anayasa uygun bulmuş ve keyfilik olarak görmemiştir. (Yasa) değişikliğinin amacı ; Alman-ABD Antlaşması ' ndan kaynaklanan , Devlet ' in mülkiyet haklarını güvence altına alması zorunluluğu yüzünden , Alman Yasa Koyucu'nun bakış açısındaki belirsiz hukuki durumu açıklığa kavuşturmaktır. AİHM'in ; ulusal yasa koyucuların , sosyal ve economik politikaları uygularken , geniş bir takdir yetkisini elinde bulundurmayı yeğlemesinde , kamu yararı amacının bulunduğundan şüphesi yoktur. Bu durum ; (Almanya'nın) Birleşmesi ile piyasa ekonomisi sisteminin bütünüyle değişmesi gibi bir olguda , özellikle doğrudur.

Bununla birlikte AİHM ; Mülkiyet Yasası'ndaki geriye dönük bu değişikliğin , başvuranların hakları ile orantılı bir müdahale olmakla birlikte , başvuranlar zararına , Devlet lehine bir eşitsizlik yaratmış olduğunu tesbit etmiştir. Onlar ; (Almanya ' nın) Birleşmesi ' nden sonra gerçekleşen satış gelirlerinin ödenmesi ya da söz konusu mülkün iadesi gibi herhangi bir haktan mahrum bırakılmıştır. Mülkiyet Yasası ' nda başlangıçtaki zaman sınırı hükmü (değişiklikten önceki), Alman-ABD Antlaşması ' ndan doğanlar da dahil , tüm mülkiyet iddiaları için başvuru yapılmasına imkan tanıdığı gibi , bu tür başvuru dosyaları için Alman Hükümeti'ni muaf kılan herhangi bir özel hüküm içermemiştir. Alman Hükümeti , bir talep başvurusu yapmak için ; Mayıs 1992'de Antlaşma'nın imzalandığı tarihle , başlangıçta geçerli sabit sürenin bitim tarihi arasında , 7 aydan daha fazla bir zamana sahip olmuş olacaktı. Üstelik değişiklik ; iddialar için başvuru yapmakla ilgili orijinal sü-

renin bitiminden 6 yıl sonra , Almanya'nın Birleşmesi'nden 8 yıl sonra yapılmıştır. Değişikliğin geç yapılması ; Alman Hükümeti ' nin 1997 yılına kadar , Alman-ABD Anlaşması kapsamında tazminat miktarını tam ödememesi ile açıklanabilmesine rağmen , (yukarıdaki) bu süre , yasama organının orantılılık değerlendirilmesinde dikkate aldığı bir faktör olmuştur.

AİHM ayrıca ; başvuranların Ekim 1990'da arazinin iadesi başvurusunda bulundukları zamanla , **Öncelikli Mülkiyet Sorunlarını Çözme Müdürlüğü** 'nün , Temmuz 2001'de , bu talebi ret kararı arasında, 10 , 5 yıl gibi aşırı bir süre geçtiğini tesbit etmiştir. Alman mevzuatı ; başvuranların davasında tazminatın ödenmesini sağlarken , tahmini miktar , onların hakkının ihlalinin ciddiyeti ile orantılı görünmememektedir. Üstelik , Onların herhangi bir tazminat elde edip edemeyeceği hiç belli değildir.

Bu düşüncelerin ışığında , AİHM ; yasa değişikliği sonucunda , kamu yararı talepleri ile mülkiyet hakkının korunması arasında adil bir denge kurulamadığını tesbit etmiştir. Buna göre ; 1 No'lu Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

Madde 41 :

AİHM ; 41. madde (hakkaniyete uygun tatmin) ' ye göre başvurunun çözümüne imkan tanımak için , kararını sonraya bırakmıştır.

Karar ; İngilizce ve Fransızca'da yazılmıştır.

YARARLI BİLGİLER

REESKONT VE AVANS FAİZ ORANI

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranları

YÜRÜRLÜK TARİHİ	İSKONTO FAİZ ORANI	AVANS FAİZ ORANI
1 Ocak 1990	40	45
20 Eylül 1990	43	48,25
23 Kasım 1990	45	50,75
15 Şubat 1991	48	54,50
27 Ocak 1994	56	65
21 Nisan 1994	79	98
12 Temmuz 1994	70	85
27 Temmuz 1994	63	75
1 Ekim 1994	55	64
10 Haziran 1995	52	60
1 Ağustos 1995	50	57
2 Ağustos 1997	67	80
30 Aralık 1999	60	70
17 Mayıs 2002	55	64
14 Haziran 2003	50	57
8 Ekim 2003	43	48
15 Haziran 2004	38	42
13 Ocak 2005	32	35
25 Mayıs 2005	28	30
20 Aralık 2005	23	25
20 Aralık 2006	27	29
28 Aralık 2007	25	27
9 Nisan 2009	19	20
12 Haziran 2009	18	19
22 Aralık 2009	15	16
30 Aralık 2010	14	15
29 Aralık 2011	17	17,75

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2003 - 31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004 - 30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004 - 01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005 - 31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006 - 31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007 - 31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008 - 31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009 - 31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010 - 31.12.2010 arası için	365 gün	%9
01.01.2011 - 31.12.2011 arası için	365 gün	%9
01.01.2012 - --	----	%9

2012 SGK PRİM ORANLARI

1 Ocak 2012'den 30 Haziran 2012 tarhine kadar;

En az : **296,88 - YTL**

En çok : **1,930,35 -YTL**

1 Temmuz 2012'den 31 Aralık 2012 tarihine kadar;

En az : **315,68 - YTL**

En çok : **2,047,94 -YTL**

(Çalışanı olan Avukatlar için en az sigorta primi, işçisine ödediği en yüksek brüt maaşın % 33,5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir)

(6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra)

HUKUKUMUZDA SÜRELER

Mahkeme	Cevap+Cevaba Cevap+İkinci Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İht. Tedbir /Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	Temyiz[1]		Temyize Cevap	Karar Düzeltme	Karar Düzeltmeye Cevap	Temyiz Dilekçesinin Reddi Kararının Temyizi
				Tefhim	Tebliğ				
Asliye Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Asliye Ticaret	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Sulh	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta		8 Gün	10 Gün	15 Gün[2]	15 Gün[3]	7 Gün
İş	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8 Gün	8 Gün	10 Gün			7 Gün
Tüketici	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Aile	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
Fikri - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15 Gün	10 Gün	15 Gün	15 Gün	7 Gün
İcra - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta		10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	10 Gün	7 Gün
İdare	30 Gün	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün
Vergi	30	İki Hafta	7 Gün		30 Gün	30 Gün	15 Gün	30 Gün	7 Gün

(1) Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (6100 sayılı Kanuna 6217 Sayılı Kanun'la eklenen Geçici 3'üncü Madde fıkra 1)
(2-3) Karar Düzeltme Yolu açık olanlar için (HUMK 440/III-2)

HUKUKUMUZDA PARASAL SINIRLAR

	01.10.2011 den önce açılan davalarda[1]		01.10.2011 den sonra açılan davalarda (2012)
	2011	2012	
Senetle / Tanıkla İspat (HUMK 288)	590,00	590,00	2.500,00 (6100 sayılı HMK. md.200)
Görev - Sulh / Asliye (HUMK 8)	7.780,00	-	DEĞER VE MİKTARA BAKILMAKSIZIN ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ (6100 sayılı HMK.md.2)
Görev – B.Şehirlerde Tüketici İl Hakem Heyetleri için alt parasal sınır	2.693,78	-	3.032,65*
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin ÜST veya Tüketici Mahkemelerinde delil olacağına ilişkin ALT parasal sınır	1.031,87	-	1.161,67*
Temyiz / Kesinlik (HUMK 427)	1.540,00	1.690,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)[2]
Temyiz - İcra Mahkemeleri	4.420,00	4.870,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)[3]
Tashihi Karar (HUMK 440)	9.350,00	10.300,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)
Mürafaa (HUMK 427)	15.620,00	17.220,00**	(BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖREVE BAŞLAYINCAYA KADAR DEĞİŞİKLİK YOKTUR)

* ÜFE: %12.58 - (TEBLİĞ NO: TGM-2011/ 2- R.G. 26 ARALIK 2011-28154)

** Yeniden değerleme oranı: %10.26 - (VERGİ USUL KANUNU GENEL TEBLİĞİ-SIRA NO:410-R.G.17KASIM 2011-28115)

Not: Bir önceki sayfa da ki tablonun dipnotlarıdır.

1 - (HMK.) GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz.

(2) Bu Kanunun, senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümleri kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmaz.

2 - YARGI HİZMETLERİNİN HIZLANDIRILMASI AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6217 Kabul Tarihi: 31/3/2011

MADDE 30- 6100 Sayılı Kanun'a geçici 2 nci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 3

(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 Sayılı Kanun'un 26/9/2004 tarihli ve 5236 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

3 - İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5311 Kabul Tarihi: 02/03/2005

MADDE 29.- İcra ve İflâs Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 7.- Bölge Adliye Mahkemeleri'nin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2 nci maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun bu kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır.

Yargıtay'a Göre Kira Artışlarında Uygulanacak Oranlar						
Aylar	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	9.68	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11
Şubat	10.08	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96
Mart	10.63	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79
Nisan	11.01	6.39	10.65	2.52	9.17	
Mayıs	10.95	7.20	8.96	3.50	9.21	
Haziran	10.09	8.39	7.34	4.30	9.42	
Temmuz	9.03	9.76	5.47	5.33	9.59	
Ağustos	8.29	10.68	4.19	6.18	9.76	
Eylül	7.77	11.29	3.22	6.89	10.03	
Ekim	7.23	12.03	2.20	7.71	10.26	
Kasım	6.75	12.56	1.37	8.27	10.72	
Aralık	6.31	12.72	1.23	8.52	11.09	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranları										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	0.42	0.23	0.58	2.36	0.38	0.80	0.29	1.85	0.41	0.56
Şubat	2.56	1.17	1.66	1.72	-0.09	1.29	-0.34	1.45	0.73	0.56
Mart	3.17	0.29	1.94	1.22	0.36	0.96	1.10	0.58	0.42	0.41
Nisan	4.50	0.65	2.35	0.61		1.68	0.02	0.60	0.87	
Mayıs	2.12	-0.05	-1.15	0.15		1.49	0.64	-0.36	2.42	
Haziran	0.32	0.94	-0.50	0.01		-0.36	0.11	-0.56	-1.43	
Temmuz	1.25	-0.71	-0.16	-0.03		0.58	0.25	-0.48	-0.41	
Ağustos	-2.34	0.42	1.15	1.76		-0.24	-0.30	0.40	0.73	
Eylül	-0.90	0.62	0.51	1.55		0.45	0.39	1.23	0.75	
Ekim	0.57	0.28	1.21	1.60		2.60	2.41	1.83	3.27	
Kasım	-0.03	1.29	-0.31	0,65		0.83	1.27	0.03	1,73	
Aralık	-3.54	0.66	1.31	1.00		-0.41	0.53	-0.30	0.58	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Hızı										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	0.42	0.23	0.58	2.36	0.38	0.80	0.29	1.85	0.41	0.56
Şubat	3.00	1.40	2.25	4.13	0.29	2.11	-0.06	3.32	1.14	1.13
Mart	6.26	1.70	4.24	5.40	0.65	3.09	1.05	3.93	1.57	1.55
Nisan	11.04	2.35	6.69	6.04		4.82	1.07	4.55	2.45	
Mayıs	13.39	2.30	5.47	6.20		6.38	1.71	4.17	4.93	
Haziran	13.76	3.27	4.93	6.21		6.00	1.83	3.59	3.43	
Temmuz	15.18	2.54	4.77	6.18		6.61	2.08	3.09	3.00	
Ağustos	12.49	2.97	5.98	8.05		6.35	1.78	3.50	3.75	
Eylül	11.48	3.60	6.52	9.72		6.83	2.18	4.77	4.53	
Ekim	12.11	3.90	7.80	11.48		9.60	4.64	6.69	7.95	
Kasım	12.08	5.24	7.47	12.20		10.52	5.96	6.72	9,82	
Aralık	8.11	5.93	8.87	13.33		10.06	6.53	6.40	10.45	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	6.44	7.90	6.30	10.80	11.13	8.17	9.50	8.19	4.90	10.61
Şubat	8.15	6.43	6.82	10.87	9.15	9.10	7.73	10.13	4.16	10.43
Mart	10.50	3.46	8.58	10.08	8.22	9.15	7.89	9.56	3.99	10.43
Nisan	14.56	-0.35	10.42	8.21		9.66	6.13	10.19	4.26	
Mayıs	16.53	-2.46	9.21	9.63		10.74	5.24	9.10	7.17	
Haziran	17.03	-1.86	7.64	10.19		10.61	5.73	8.37	6.24	
Temmuz	18.41	-3.75	8.24	10.34		12.06	5.39	7.58	6.31	
Ağustos	14.67	-1.04	9.03	11.00		11.77	5.33	8.33	6.65	
Eylül	12.49	0.47	8.91	12.15		11.13	5.27	9.24	6.15	
Ekim	13.29	0.19	9.92	12.58		11.99	5.08	8.62	7.66	
Kasım	12.25	1.51	8.17	13,67		10.76	5.53	7.29	9,48	
Aralık	8.11	5.93	8.87	13.33		10.06	6.53	6.40	10.45	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
Aylar	**Üfe**					**Tüfe**				
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Ocak	6.08	12.81	1.14	8.89	11.11	8.61	10.54	6.16	8.28	6.95
Şubat	5.94	12.63	1.20	9.23	10.96	8.53	10.41	6.38	7.76	7.48
Mart	5.95	11.99	1.63	9.36	10.79	8.40	10.29	6.53	7.29	8.02
Nisan	6.39	10.65	2.52	9.17		8.33	9.98	6.87	6.79	
Mayıs	7.20	8.96	3.50	9.21		8.47	9.49	7.20	6.64	
Haziran	8.39	7.34	4.30	9.42		8.64	9.08	7.41	6.47	
Temmuz	9.76	5.47	5.33	9.59		9.07	8.52	7.59	6.37	
Ağustos	10.68	4.19	6.18	9.76		9.43	7.99	7.83	6.24	
Eylül	11.29	3.22	6.89	10.03		9.76	7.52	8.16	6.00	
Ekim	12.03	2.20	7.71	10.26		10.12	6.95	8.45	5.93	
Kasım	12.56	1.37	8.27	10.72		10.31	6.53	8.59	6.13	
Aralık	12.72	1.23	8.52	11.09		10.44	6.25	8.57	6.47	

KIDEM TAZMİNATI TAVAN MİKTARLARI

TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)	YÜRÜRLÜK TARİHLERİ	MİKTAR (TL/YIL)
01.01.1983 - 31.12.1983	77.500	01.07.1998 - 30.09.1998	181.685.000
01.01.1981 - 30.06.1984	81.250	01.10.1998 - 31.12.1998	200.625.000
01.07.1984 - 31.12.1984	82.820	01.01.1999 - 30.06.1999	286.341.250
01.01.1985 - 30.06.1985	140.300	01.07.1999 - 31.12.1999	345.200.000
01.07.1985 - 31.12.1985	149.450	01.01.2000 - 14.06.2000	506.740.000
01.01.1986 - 30.06.1986	201.600	15.06.2000 - 30.06.2000	558.440.000
01.07.1986 - 31.12.1986	223.200	01.07.2000 - 14.12.2000	587.720.000
01.01.1987 - 30.06.1987	310.200	15.12.2000 - 31.12.2000	646.560.000
01.07.1987 - 31.12.1987	329.00	01.01.2001 - 14.04.2001	646.560.000
01.01.1988 - 30.06.1988	394.800	15.04.2001 - 14.05.2001	663.000.000
01.07.1988 - 31.12.1988	470.000	15.05.2001 - 14.06.2001	730.700.000
01.01.1989 - 14.04.1989	601.600	15.06.2001 - 30.06.2001	768.100.000
15.04.1989 - 30.06.1989	614.400	01.07.2001 - 15.09.2001	807.500.000
01.07.19989 - 14.07.1989	1.049.250	15.09.2001 - 14.10.2001	835.950.000
15.07.1989 - 31.12.1989	1.192.750	15.10.2001 - 14.11.2001	884.830.000
01.01.1990 - 30.06.1990	1.568.000	15.11.2001 - 14.12.2001	938.330.000
01.07.1990 - 31.12.1990	1.969.500	15.12.2001 - 31.12.2001	978.020.000
01.01.1991 - 30.06.1991	2.489.600	01.01.2002 - 14.05.2002	1.076.400.000
01.07.1991 - 14.07.1991	3.323.500	15.05.2002 - 30.06.2002	1.103.540.000
15.07.1991 - 31.12.1991	3.385.188	01.07.2002 - 30.09.2002	1.160.150.000
01.01.1992 - 14.01.1992	4.523.225	01.10.2002 - 30.09.2002	1.260.150.000
15.01.1992 - 30.06.1992	4.663.389	01.01.2003 - 01.07.2003	1.323.950.000
01.07.1992 - 31.12.1992	5.917.293	01.07.2003 - 31.12.2003	1.389.950.000
01.01.1993 - 30.06.1993	7.701.460	01.01.2004 - 30.06.2004	1.485.430.000
01.07.1993 - 14.07.1993	8.687.965	01.07.2004 - 31.12.2004	1.574.740.000
15.07.1992 - 30.09.1993	8.878.345	01.01.2005 - 31.12.2005	1.648,90 YTL
01.10.1993 - 31.12.1993	9.996.580	01.07.2005 - 31.12.2005	1.727,15 YTL
01.01.1994 - 31.03.1994	11.805.500	01.01.2006 - 30.06.2006	1.770,62 YTL
01.04.1994 - 30.06.1994	13.267.500	01.07.2006 - 31.12.2006	1.857,44 YTL
01.07.1994 - 30.09.1994	13.622.500	01.01.2007 - 30.06.2007	1,960,69 YTL
01.10.1994 - 31.12.1994	14.272.500	01.07.2007 - 31.12.2007	2.030,19 YTL
01.01.1995 - 31.03.1995	16.726.300	01.01.2008 - 30.06.2008	2.087,92 YTL
01.04.1995 - 14.04.1995	18.020.125	01.07.2008 - 31.12.2008	2.173,19 YTL
15.04.1995 - 14.11.1995	19.765.750	01.01.2009 - 30.06.2009	2.260,05 YTL
15.11.1995 - 31.12.1995	31.311.650	01.07.2009 - 31.12.2009	2.365,16 TL
01.01.1996 - 30.06.1996	35.176.250	01.01.2010 - 30.06.2010	2.427,04 TL
01.07.1196 - 31.12.1996	53.312.500	01.07.2010 - 31.12.2010	2.517,01 TL
01.01.1997 - 30.06.199	77.219.375	01.01.2011 - 30.06.2011	2.623,23 TL
01.07.1997 - 31.12.1997	104.734.375	01.07.2011 - 31.12.2011	2.731,85 TL
01.01.1998 - 30.06.1998	149.990.000	01.01.2012 - 30.06.2012	2.805,04 TL

GİDER AVANSI HESAP TABLOSU

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat)	30	60	90	120	150	180	210	240	270	300	
											+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET	21	42	63	84	105	126	147	168	189	210	
(Tebligat+tanık ücreti)											+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı + ulaşım)	205										
											+
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SINAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		+
DİĞER	**TÜM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR**										
MALİYET	50								TOPLAM		50

ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ (BİR DAVACI, BİR DAVALI, 4 TANIK, KEŞİF ÖRNEK HESAPLAMA)

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat)	30	60	90	120	150	180	210	240	270	300	60
											+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET	21	42	63	84	105	126	147	168	189	210	84
(Tebligat+tanık ücreti)											+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı+ulaşım)	205										205 +
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SINAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		250
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		+
DİĞER	**TÜM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR**										
MALİYET	50										50
									TOPLAM		649

ÇEKİŞMESİZ YARGI (VERASET) TANIK YOK, KEŞİF YOK

AVANS HESAP TABLOSU											
TARAF SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat)	30	60	90	120	150	180	210	240	270	300	30
											+
TANIK SAYISI BELİRTİLMEMİŞSE 3 TANIK GİDERİ ALINIR											
TANIK SAYISI	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
MALİYET (Tebligat+tanık ücreti)	21	42	63	84	105	126	147	168	189	210	+
KEŞİF İSTENİYORSA MAHKEMEYE GÖRE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ DE İLAVE EDİLİR											
KEŞİF											
MALİYET (Keşif harcı+ulaşım)	205										+
BİLİRKİŞİ	SULH HUKUK	İCRA HUKUK	ASLİYE HUKUK	AİLE	İŞ	KADASTRO	TÜKETİCİ	FİKRİ VE SINAİ HAKLAR	TİCARET DENİZCİLİK İHTİSAS		
MALİYET	150	150	250	200	200	200	150	300	300		+
DİĞER	TÜM HUKUK MAHKEMELERİ İÇİN AYNI MİKTAR										
MALİYET	50										50
										TOPLAM	80

GİDER AVANSI HESAP TABLOSU
Dava açılırken alınacak gider avansının hesaplanmasına yardımcı olacak tablo ve uygulama örnekleri Adalet Bakanlığı'nca yayınlanmıştır.

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

YİTİRDİKLERİMİZ

Baromuzun 3323 sicil sayısında kayıtlı

Av. FADIL ALTOP

21/03/2012 tarihinde vefat etmiştir.

1962 - 1964 İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği

1964 İstanbul Barosu Sayman Üyeliği

1967 - 1968 İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği

1969 İstanbul Barosu Genel Sekreterliği

1983 - 1984 İstanbul Barosu Başkan Yardımcılığı

1985 - 1986 İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği

1969 - 1978 Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Üyeliği

1978 - 1980 Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığı

2004 - 2007 yılları arasında İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi'nde eğitmen.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 3346 sicil sayısında kayıtlı

Av. NERMİN ÖZKER

11/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1927 yılında Urfa'da doğmuş, 1951 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1953 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11702 sicil sayısında kayıtlı

Av. YAVUZ EVRANOS

27/02/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında İstanbul'da doğmuş, 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Elazığ Barosu'nda tamalayarak, 1980 yılında Baromuz naklen kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12588 sicil sayısında kayıtlı

Av. AHMET FATİH ÖZALP

24/01/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1953 yılında Hatay'da doğmuş, 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1982 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

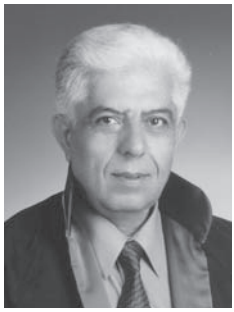
Baromuzun 20414 sicil sayısında kayıtlı

Av. METİN KILIÇ

18/01/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1970 yılında Tokat'ta doğmuş, 1994 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1996 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 24444 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA TARIK KALE

13/02/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Şereflikoçhisar'da doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Askeri Hakimlikten emekli olduktan sonra, 2000 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 34386 sicil sayısında kayıtlı

Av. TAHSİN GÜZEL

24/02/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1977 yılında Bursa'da doğmuş, 2005 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2007 yılında Baromuz kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

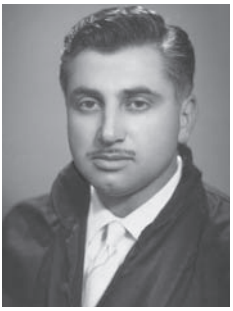
Baromuzun 39046 sicil sayısında kayıtlı

Av. ZEYNEP MERSİNLİOĞLU

25/02/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1984 yılında Adapazarın'da doğmuş, 2008 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2010 yılında Baromuz kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 2297 sicil sayısında kayıtlı

Av. FİKRET CANLI

26/03/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1923 yılında İstanbul'da doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda tamalayarak, 1949 yılında Baromuz naklen kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 3295 sicil sayısında kayıtlı

Av. ALİ KADRİ GÜÇMEN

29/02/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında İstanbul'da doğmuş, 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda tamalayarak, 1953 yılında Baromuz naklen kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 21544 sicil sayısında kayıtlı

Av. JALE DUATEPE

26/03/2012 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1968 yılında Ankara'da doğmuş, 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1997 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
1	24854	HÜSEYİN	UÇAN	BALIKESİR	26.01.2012
2	30054	YAKUP	ATEŞ	TEKİRDAĞ	02.02.2012
3	31625	SELDA	AYATA	ADANA	22.03.2012
4	32720	AYTUNÇ	ÜNALAN	ANTALYA	02.02.2012
5	32947	SERRA	TAŞKÖPRÜ	KOCAELİ	19.01.2012
6	34021	FURKAN	ÇALIŞ	-	07.03.2012
7	37319	PINAR	KEÇECİ	-	28.02.2012
8	37749	TÜRKER	VATANSEVER	İZMİR	23.02.2012
9	41425	FATİH	BAŞYİĞİT	-	08.03.2012
10	42953	NİLÜFER	ALBUZ	ESKİŞEHİR	19.01.2012
11	42954	EMRE	YOZCU	ADANA	26.01.2012
12	42955	CEREN	SU	ANKARA	26.01.2012
13	43002	SERHAT	ARASAN	MANİSA	02.02.2012
14	43007	ÜNSAL EŞBER	GÜZEL	DİYARBAKIR	02.02.2012
15	43008	ALİ OZAN	AÇIKALIN	İZMİR	02.02.2012
16	43031	GÜLKIZ	DÜĞEROĞLU	KIRIKKALE	09.02.2012
17	43032	SEDA EGE	AKYÜZ	ANKARA	09.02.2012
18	43033	NUH SAMİ	YILDIRIM	ANKARA	09.02.2012
19	43034	İREM	ÇİÇEK	ANKARA	09.02.2012
20	43035	ASLI	TOKTAŞ	İZMİR	16.02.2012
21	43036	ORHAN	NALCIOĞLU	ANKARA	16.02.2012
22	43088	ERDEM	EREN	ESKİŞEHİR	23.02.2012
23	43089	SERKAN	PAMUKKALE	İZMİR	23.02.2012
24	43090	NAZİF KORAY	KIRCA	ANKARA	23.02.2012
25	43091	MEHMET NUMAN	SARIOĞLU	ANKARA	23.02.2012
26	43092	SABRİYE DİLEK	TÜRKER	ANKARA	23.02.2012
27	43093	TUĞKAN	KOCATÜRK	ANKARA	23.02.2012
28	43094	ASLIHAN	ERBAŞ AÇIKEL	ANKARA	23.02.2012
29	43123	ERDAL	KESEBİR	ANKARA	01.03.2012
30	43124	EMRAH	ASLAN	ERZİNCAN	01.03.2012
31	43168	ONUR	ÇELEN	ANKARA	15.03.2012
32	43169	DAMLA	KENDİROĞLU	MERSİN	15.03.2012
33	43174	OKTAY	BAĞATIR	BATMAN	15.03.2012
34	43176	MİKAİL	HASBEK	SİVAS	15.03.2012
35	43177	İBRAHİM	ÇEKEN	KONYA	15.03.2012
36	43199	SİMİN	YALÇINTAŞ	ANKARA	22.03.2012
37	43200	GÜL BENGİ	DOĞAR	İZMİR	22.03.2012

AYRILMALAR - I

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Durumu	Hareket Tarihi
1	4020	MELEK NUR	MELEKSOY	İstifa	26.01.2012
2	4397	YUSUF İZZETTİN	ÖZSEVENLER	İstifa	23.02.2012
3	4599	NURETTİN MAHİR	ALTUĞ	İstifa	26.01.2012
4	5308	ABDULKADİR	BAYAZİT	İstifa	26.01.2012
5	6203	SEZEN	ÖZOL	İstifa	02.02.2012
6	7874	ÜLKER	KÖSEOĞLU	İstifa	23.02.2012
7	8288	ALİ ATEŞ	KUNT	İstifa	19.01.2012
8	9421	VAHİT	DENİZ	İstifa	02.02.2012
9	9845	PENBE İNCİ	ÖZAN	İstifa	23.02.2012
10	10114	ÖNER	BİROL	İstifa	08.03.2012
11	10902	MEHMET ALİ	ÖZPOLAT	İstifa	26.01.2012
12	12175	ORHAN	ŞERİFSOY	İstifa	26.01.2012
13	13158	MİHRİMAH BELMA	SATIR	İstifa	16.02.2012
14	13222	AHMET	POLAT	İstifa	09.02.2012
15	13732	NURPINAR	DERİCİ	İstifa	26.01.2012
16	15574	HALE BEDRİYE	SARI	İstifa	08.03.2012
17	16766	HAMİT TAYFUR	ÖZGÜR	İstifa	01.03.2012
18	18040	NAZIM	ÜSKÜL	İstifa	02.02.2012
19	18138	MURAT	ORAN	İstifa	01.03.2012
20	20155	AYŞE	PASİNLİ	İstifa	23.02.2012
21	20626	YAVUZ	GÖMEÇ	İstifa	26.01.2012
22	21204	MUZAFFER	PEPENOĞLU	İstifa	02.02.2012
23	21225	NURİ	ADİKTİ	İstifa	19.01.2012
24	21500	HÜSEYİN	HAŞLAK	İstifa	19.01.2012
25	21920	OSMAN	DEMİRCİ	İstifa	19.01.2012
26	22094	HASAN	GÜNER	İstifa	19.01.2012
27	22243	BEYTUL FATİH	KARACA	İstifa	19.01.2012
28	22295	İSMAİL	AYDIN	İstifa	19.01.2012
29	22384	SEDAT	KAŞIGÜZEL	İstifa	19.01.2012
30	22642	MURAT	ERTEN	İstifa	19.01.2012
31	22740	ERCAN	TÜRE	İstifa	19.01.2012
32	22811	CENGİZ	YILMAZ	İstifa	19.01.2012
33	23092	MUSA	ÜLKÜ	İstifa	19.01.2012
34	23519	RECEP	YİLĞİN	İstifa	19.01.2012
35	23740	YASİN	KARACA	İstifa	19.01.2012
36	23828	TUNCAY	YILDIZ	İstifa	19.01.2012
37	23990	HASAN	ASLAN	İstifa	19.01.2012

AYRILMALAR - II					
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Durumu**	**Hareket Tarihi**
38	24015	YÜKSEL	AYTEKİN	İstifa	19.01.2012
39	24027	SERKAN	YOĞURTÇU	İstifa	19.01.2012
40	24038	HÜSEYİN	ZÜMRÜT	İstifa	19.01.2012
41	24093	CEMAL	TAHNAL	İstifa	02.02.2012
42	24155	TURAN	AYDIN	İstifa	19.01.2012
43	24429	ABDULLAH SEMİH	ÖZKORKMAZ	İstifa	19.01.2012
44	24484	CEMİL	YORGANCI	İstifa	19.01.2012
45	24575	MEHMET	DEĞİŞ	İstifa	19.01.2012
46	24839	MURAT	AKTÜRK	İstifa	19.01.2012
47	24885	MUHAMMET EMİN	ÜNALAN	İstifa	26.01.2012
48	24981	İSMAİL	EKEN	İstifa	19.01.2012
49	25061	HASAN	ALKAÇ	İstifa	19.01.2012
50	25265	MUSTAFA	ÇABAS	İstifa	19.01.2012
51	25388	SUBAY	ÖZDEMİR	İstifa	19.01.2012
52	25452	ABDÜLKADİR	YÜCE	İstifa	19.01.2012
53	25455	MEHMET	ŞEN	İstifa	19.01.2012
54	25504	CELALEDDİN	KOLUTEK	İstifa	19.01.2012
55	25557	ABDÜLAZİM	GÜLTEKİN	İstifa	19.01.2012
56	25765	CÜNEYT	GÜLBAŞ	İstifa	19.01.2012
57	25792	OĞUZHAN	SEÇKİN	İstifa	09.02.2012
58	25928	YÜCEL	KIRIM	İstifa	19.01.2012
59	26760	MAHMUT	BADILLI	İstifa	19.01.2012
60	26836	SAMİ	KURT	İstifa	19.01.2012
61	26859	MEHMET NAZİF	GÜRASLAN	İstifa	19.01.2012
62	26880	ÖZGÜR	KURU	İstifa	19.01.2012
63	26942	ORHAN	AL	İstifa	19.01.2012
64	26967	EROL	BUĞDAY	İstifa	19.01.2012
65	27265	ABDULHALİL	KASIM	İstifa	19.01.2012
66	27763	SEMİH	DOĞAN	İstifa	19.01.2012
67	27934	SİBEL	TÖZENBİLEK	İstifa	15.03.2012
68	28344	MUSTAFA	BIYIK	İstifa	19.01.2012
69	28351	AHMET	YÜCEL	İstifa	16.02.2012
70	29647	FERHAT	DEMİR	İstifa	01.03.2012
71	30934	EVRİM	GÜLAY	İstifa	26.01.2012
72	31243	SEHER	YILDIRAN	İstifa	23.02.2012
73	31271	MURAT	FIRAT	İstifa	19.01.2012
74	31325	ARİF	GENÇ	İstifa	26.01.2012

AYRILMALAR - III					
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Durumu**	**Hareket Tarihi**
75	31446	MUHTEREM	BİLDİREN	İstifa	19.01.2012
76	31790	NERİMAN	KORKMAZ	İstifa	19.01.2012
77	32711	KADRİ	ÖNER	İstifa	02.02.2012
78	33958	HÜLYA	BİNGÖL	İstifa	16.02.2012
79	36545	OĞUZHAN	OĞUZ	İstifa	08.03.2012
80	37403	MÜGE	BELGE	İstifa	01.03.2012
81	38518	NİDA	MALBELEĞİ	İstifa	09.02.2012
82	38708	MİNE	ALTEN	İstifa	02.02.2012
83	39003	MEVLÜT	İPEK	İstifa	09.02.2012
84	39382	VEDAT	ÜNSAL	İstifa	19.01.2012
85	39721	ARMAN	GÜVENÇ	İstifa	26.01.2012
86	40425	İLHAN	SUBAŞI	İstifa	02.02.2012
87	41507	ÖMER	DURSUN	İstifa	23.02.2012
88	41636	GÖKÇE	GÜLTEKİN	İstifa	22.03.2012
89	41685	SONER	HİÇDURMAZ	İstifa	26.01.2012
90	42003	KÜBRA	BAYRAKTAR	İstifa	08.03.2012
91	42097	ABDULLAH	EROL	İstifa	09.02.2012
92	42264	YUSUF SİDAR	ŞAHİN	İstifa	26.01.2012

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

- A -

AİLE HUKUKU 395
ARAÇ MÜLKİYETİNİN DEVRİ 410
ARAÇTA MEYDANA GELEN DEĞER KAYBI 404
ARA DİNLENMESİ 357
ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİLER 349
AVUKATIN YÜKÜMLÜLÜĞÜ 329
AYNI İŞTE MENFAATİ ZIT OLAN TARAFLAR 329

- B -

BAĞIŞLAMA 290
BELEDİYE MALLARININ HACZİNDE İZLENECEK YOL 396
BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ 317
BORÇLUNUN ÖLÜMÜ 323
BOŞANMADA KUSUR 326
BOŞANMA VE AYRILIK DAVASINDA YETKİ 282

- C / Ç -

CMR ANLAŞMASI 387
ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ 390, 411
ÇIPLAK MÜLKİYET 296

- D -

DAVA AÇMA OLANAĞI 336
DAVACI TALEPLERİ 362
DAVADA AKTİF HUSUMET 284
DAVADA GÖREV 401
DAVADA HUSUMET 313
DENİZ İŞ KANUNUNDA FAİZ 344

DENKLEŞTİRME *352*
DİRENME KARARI *287*

- E -

ECRİ MİSİL *332*
EKSİK EMTİA TESLİMİ TAŞIYICININ ZARARDAN SORUMLULUĞU *389*
ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ *341*
ELEKTRİK ABONESİ *401*
EŞİNDEN BOŞANIP BİRLİKTE YASAYAN VE HAK SAHİBİ KIZ ÇOCUK OLARAK ÖLÜM MAAŞI ALANLARIN DURUMU *368*
EŞİTLİK İLKESİ *349, 354*
EVLİLİĞİN TESPİTİ DAVASI *327*

- F -

FAZLA CEZA TAYİNİ *430*
FAZLA ÇALIŞMA *357*
FAZLA ÇALIŞMALARI BELİRLEYEN İLKELER *346*
FESHİN GEÇERLİ HALE GELMESİ *343*

- G -

GEÇERLİ FESİH *420*
GEÇERLİ VASİYETNAME *330*
GEMİ ADAMININ BAKİYE SÖZLEŞME ÜCRETİ *358*
GEMİYE KOMPLE YÜKLENEN TIR VE KARA TAŞIMASI *393*
GEREKÇELİ OLMA ZORUNLULUĞU *287*
GİRİŞ BİLDİRGESİ *418*
GÖREVLİ MAHKEME *275, 327, 381, 390, 393*

- H -

HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE *363, 418*
HAKKANİYET İNDİRİMİ *358*
HAKSIZ TAHRİK *429*

HİZMET SÜRESİ 320
HİZMET TESPİTİ 363, 418
HÜKÜM ÖZETİNİN İLANI 391

- İ -

İCRA HAKİMLİĞİNİN GÖREV ALANI 397
İCRA MÜDÜRÜN YETKİSİ 400
İDARİ PARA CEZASI 381
İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI 384
İHYA KURALI 352
İKRAMİYENİN TESPİTİ 344
İMAR UYGULAMASI 396
İSİM VE CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ 325
İSKAN RAPORU 400
İŞÇİNİN TEKRAR İŞE BAŞLAMAMASI 343
İŞE İADE DAVASI 420
İŞVERENİN İŞÇİYİ İŞE DAVET ETMESİ 420
İYİNİYET 278
İZİN ÜCRETİNDE FAİZ 320

- K -

KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA 336
KARA TAŞIMASI VE BEKLEME ÜCRETİ 384
KASTEN İNSAN ÖLDÜRME 425
KATKI PAYINA İLİŞKİN İLAMLAR 395
KAYYIMIN ŞAHSINA İTİRAZ 328
KAYYIM TAYİNİ 328
KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI 414
KESİNLEŞME KOŞULU 395
KESİNTİSİZ ÇALIŞMA 363, 390
KISMİ ÇALIŞMA 354
KİRA HUKUKU 339
KİŞİ ADININ DEĞİŞTİRİLMESİ 284
KOOPERATİFE DAVA AÇMA HAKKI 383

KOOPERATİF ÜYELİĞİNİN DEVRİ *383*
KURUM TARAFINDAN BAĞLANAN GELİRLER *367*
KURUMUN RÜCU HAKKI *367*
KUSUR TESPİTİ *414*
KÜÇÜK ÇOCUK YARALANMASI *414*

- M -

MADDİ TAZMİNATIN HESABI *416*
MAHSUP İDDİASI *404*
MANEVİ TAZMİNAT *334*
MANEVİ TAZMİNATIN TUTARI *415*
MARKAYA İLİŞKİN DAVA *391*
MİRASÇILARIN DAVA AÇMA YÖNTEMİ *341*
MİRAS PAYI ORANINDA İPTAL *290*
MİRASTAN ISKAT SEBEPLERİ *325*
MURİS MUVAZAASI *273*
MÜESSİR FİİL SONUCUNDA ÖLÜM *422*

- N -

NOTERDE YAPILAN DEVİR İŞLEMİ *410*

- O / Ö -

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ *338*
ÖLÜM AYLIĞI *364*
ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ *323*
ÖZEL ÖĞRETİM KURUMU *317*

- P -

PAYLI MÜLKİYET *278*

- R -

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ *424*
RÜCU DAVASI *364*

- S / Ş -

SAKLI PAY *306*
SANIĞIN AMACI *426*
SATIŞ MÜFETTİŞİ *346*
SGK ALEYHİNE İCRA TAKİBİ *399*
SİGORTA PRİMİNE ESAS KAZANÇ TUTARI *365*
SİTE YÖNETİCİSİNİN HUSUMET EHLİYETİ *402*
SULH HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİ *411*
ŞİRKETİN TASFİYESİ *352*
ŞUF`A DAVASI *278*

- T -

TABANCAYLA ATEŞ *426*
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ *362*
TAM SÜRELİ ÇALIŞMA *354*
TANIK BEYANLARI *320*
TAPU İPTALİ VE TESCİL *296*
TARAF TEŞKİLİ *338*
TASFİYEYE GİREN ŞİRKETTE TİCARETİ TERK DEĞİL, ORTAKLIK İLİŞKİSİ SONA ERER *406*
TAŞINMAZDA AYIRMA VE BİRLEŞTİRME *313*
TAŞINMAZIN DURUMU *339*
TAŞIYANIN SORUMLULUĞU *387*
TENKİS *306*
TENKİS HÜKÜMLERİ *325*
TENKİS KURALLARI *330*
TEREKEDEN MAL KAÇIRMA *273*
TEREKENİN AÇILMASI *306*

TEREKE TEMSİLCİSİ..... 331
TEREKEYE İLİŞKİN HAKLAR..... 331
TESCİLİN İPTALİ 303
TİCARETİ USULÜNE UYGUN OLARAK TERK ETMEYEN TACİRİN CEZASI... 406
TİCARİ İŞTEN DOĞAN TELLAL ALACAĞI..... 413
TÜKETİCİ KREDİSİ..... 397
TÜKETİCİ MAHKEMESİ..... 401

- U -

USULİ KAZANILMIŞ HAK..... 276
UYGULANACAK KURALLAR 328
UZLAŞMA YOLU 336

- V -

VASİ ATANMASI..... 303

- Y -

YABANCI MAHKEME KARARI 325
YARDIM ETME SUÇU 422
YILLIK ÜCRETLİ İZİN 359
YİRMİDÖRT SAATLİK ÇALIŞMA..... 352

- Z -

ZAMAN AŞIMI..... 364 ,413

NOTLAR