İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

TEMMUZ - AĞUSTOS 2014
CİLT: 88 • SAYI: 2014/4 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

TEMMUZ - AĞUSTOS 2014

CİLT: 88 - SAYI: 2014/4 ISSN 1304-737X

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

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)
Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu 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,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.
Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 251 63 25-179
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

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

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. Hüseyin ÖZBEK
Av. Füsun DİKMENLİ

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Yörük KABALAK

•

Genel Yazman
Av. A.Coşkun ONGUN

•

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Ali Turan HÜR
Av. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Hakan MURAN

•

Yönetim Yeri
Şahkulu Mah. Serdar-ı Ekrem Cad. No:7 Galata-Beyoğlu-İst.
Tel: (0212) 251 63 25 / Faks: (0212) 293 89 60
Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22
www.istanbulbarosu.org.tr
dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Yayıncı Sertifika No: 12457

•

Baskı
Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir - İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05
www.egebasim.com.tr

•

Baskı: Temmuz 2014

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULUNDAN 9

Avukatlığın Kamu Hizmeti Niteliği, Avukatın Tarafsız Olmasını Ne Zaman Gerektirir ?

Prof. Dr. Rona AYBAY 15

Soma'da Yaşanan Felaket Bağlamında İş Kazaları

Av. Abbas BİLGİLİ.....22

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Ali ÖNAL 32

Terörle Mücadele Yasası'nda, Ceza Yargılama Yasası'nda Ve Türk Ceza Yasası'nda 6526 Sayılı Yasa İle Yapılan Değişiklikler Hakkında Düşünceler

Av. Prof. Dr. Süheyl DONAY 55

Avukatın Savunma Dokunulmazlığı Ve İfade Özgürlüğü İle İlgili Bir İnceleme

Av. Osman KUNTMAN.....84

Terör Grupları İçin Finans Kaynaklarının Önemine Genel Bakış

Yrd. Doç. Dr. Elnur Hasan MİKAİL, Andaç KARABULUT - Av. Filiz DEĞER 108

"Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'a" İlişkin Değerlendirme

Kenan TANDOĞAN.....123

Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu

Aygül KIZILAY.....163

İnternet Erişiminin Engellenmesi

Av. Can YAVUZ 178

İnternet Servis Sağlayıcılarının Telif Hakkı İhlallerinden Kaynaklanan Sorumluluğu – ABD, AB ve Türk Hukuku Kapsamında İnceleme

Av. Kaan GÜRPINAR 211

Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Açısından KKTC Anayasası

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN 248

Ülkemizde Yargının Sürüncemede Kalmasını Önleyici Proje Önerisi

Av. Casim YILMAZ 254

Medeni Kanunda Yer Alan Vasiyetname Çeşitleri İle Bunların Tenkis Davasında Karşılaştığı Farklı Sonuçlar Çözüm Yolu Nedir?

Erdoğan GÖKÇE 258

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde 3. Kişinin Şahsi Hak Talebi

Av. Fehmi GÜNDÜZ 265

Özgür Basın Ütopyası 4. Erk Olarak Basın

Gizem YILMAZ 280

Yargıtay Kararları Işığında Faturanın İspat Açısından İncelenmesi

Av. İrem GÜRBÜZER 302

İş Mahkemeleri Ve İş Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Görüşler

Av. Orhan RÜZGAR.....329

Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği

Av. Mustafa Oğuz TUNA 337

Şirketlerin Ödenmeyen Vergi Borçlarından Şahsi Malvarlıkları İle Sınırsız Olarak Sorumlu Olan "Kanuni Temsilciler" Hakkında Açılan Tasarrufun İptali Davasının Kapsam Ve Koşulları
Av. Talih UYAR....354
'Suçluluk Karinesi' Gölgesinde Adil Yargılanma
Av. Esra AKCEBE....366
5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından Meşru Savunmanın İncelenmesi
Uğur GÜNER....377
Türk Sermaye Piyasasında Yatırım Kuruluşlarına Dair Yeni Esaslar
Yavuz AKBULAK....382
Bilgi Suistimali Suçu
Uğur ÖZİL....417
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları....433
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi....502
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi....507
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi....513
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi....519
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi....526
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi....532
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi....538
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi....553
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi....557
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi....577
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi....584
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi....607
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi....609
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi....612
Yargıtay 16. Hukuk Dairesi....613
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi....616
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi....621
Yargıtay 20. Hukuk Dairesi....624
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi....632
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi....651
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi....658
UYGULAMADAN DOSYALAR....687
YARGITAY CEZA DAİRELERİ KARARLARI....668
DANIŞTAY KARARLARI....713
YARARLI BİLGİLER
Tablo ve Çizelgeler....727
YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR
Yitirdiklerimiz....761
Nakiller....763
Ayrılmalar....764
KAVRAM DİZİNİ
Kavramlara Göre Arama Dizini....765

YAYIN KURULUNDAN

GÜNDEM SOMA

Ülkemizde siyasi ve sosyal gündem o denli çabuk değişim gösteriyor ki, hangi konuya ne şekilde yönelip o durum üzerinde incelemeler yapmak zorlaşıyor; ciddi odaklanma güçlükleri çekiliyor.

Bu değişkenlik gösteren toplumsal gündemimiz çoğu zaman için, hukukun müdahale ve eleştirisini de gerekli kılacak olaylardan oluşuyor.

Hukuk, daha çok sonuca yönelik görünse de, yaşanan olayların döngüselliği, benzeri olguların tekrar etmemesi, etmesi durumunda bu sorunların aşılması, daha az zararla atlatılması veya giderilme yöntemleri konusunda kapsayıcı bir bakış açısı ortaya koyar.

Daha önce de birçok kez maden kazasına tanıklık etmiş bir millet olarak hiç bu denli sarsılmamıştık.

Yurdumuzdaki maden ocaklarının sayısı oldukça fazla olmasına karşın madencilerin sorunları ve maden ocaklarının çalışma koşulları üzerinde temellenen bir toplumsal gündeme tanıklık etmemiştik.

Hukukun, yaşanan iş kazalarına karşı geliştirdiği önlemler, iş güvenliği hakkında çıkarılan yasa ve yönetmelikler, Soma'da yaşamını yitiren işçilerin cansız bedenleriyle birlikte yerin yedi kat altında kaldı.

Hukukun normları salt kâğıt üzerinde kalan kelimelerden ibaretse şayet, uygulanabilirliği sağlanamamakta, çıkarılan düzenlemelerin hayata geçişleri gereği gibi denetlenemiyorsa, hukukun kendisi bile kulağa hoş gelen bir sözcük olmaktan öteye geçemez.

Sözcüklerin sıralanışı ve kullanışları toplumsal edebiyat için anlamlıdır ama hukuk, bir ülkede salt kelimeden ibaretse, yaşananları yine edebi bir deyim tanımlar: Trajedi!

Hukuku içselleştiremeyen toplumların "kaderini" de bu trajediler belirler.

Bu çerçevede Dergimizde Yargıtay'ın olayı ele alan ve emsal sayılabilecek içtihadını, bu tür olayların yaşanmamasını umarak siz okurlarımızla paylaşıyoruz.

Yüksek Mahkeme kararında fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalmak sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aşar," diyerek uygulanacak yaptırımları belirliyor.

Bir kez daha hepimizin başı sağ olsun.

***

Adli tatile denk gelen bu sayımızın dinlence zamanlarında da meslektaşlarımız için yararlı olmasını umarak, sağlıklı ve huzurlu bir adli tatil dönemi geçirmenizi dileriz.

Yayın Kurulu

YAZILAR

AVUKATLIĞIN KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ, AVUKATIN TARAFSIZ OLMASINI NE ZAMAN GEREKTİRİR ?

Prof. Dr. Rona AYBAY

Avukatlık Kanunu'na göre avukatlık hem "kamu hizmeti" hem de "serbest meslek" niteliğinde olan bir meslektir ve "Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder (Av.K.m.1). "Yargılama", ancak düzgün işleyen "savunma"nın varlığı ile gerçek anlamını kazanır. Savunma işlevi de avukatlar aracılığıyla yerine getirilebilir. Çağdaş hukuk anlayışına göre, görevini gerektiği biçimde yerine getiren avukat, sadece müvekkiline hizmet etmekle kalmaz; düzgün bir yargılama sonucunda karar vermek isteyen mahkemeye ve dolayısıyla kamuya hizmet eder[1].

Avukatların görevlerini yerine getirirken, bağımsız olmaları, yani meslekdaşlarıyla yapacağı danışmalar dışında kimseden buyruk,yönlendirme vb. kabul etmemesi gerekir. Durum böyle olmaz da; örneğin, totaliter devletlerin uygulamalarında görüldüğü gibi, "siyasal" suçlardan yargılananları savunacak avukatların siyasal iktidarca atandığı yada denetlenip,-yönlendirildiği bir ortamda; yargılamalar da, avukatların varlığı da "göstermelik" olmaktan öteye bir değer taşımaz.

Avukatlığın önemi ve düzgün bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından vazgeçilmezliği konusundan söylenmiş pek çok söz vardır. Avukatlık mesleğinin genelgeçer öğelerinin neler olduğunu gösteren bu sözler arasında, durumu abartıp, "avukatın bürosunun bir mabet (ibadethane; tapınak) olduğunu ileri sürmüş olanlar bile yok değildir[2].

---

1 1996-2003 yılları arasında, uluslararası yargıç olarak görev yaptığım Bosna Hersek İnsan Hakları Mahkemesi'nde, içsavaş öncesi dönemde yetişmiş avukatlar, içsavaş nedeniyle ülkeyi terk etmiş olduklarından (yada düzgün işleyen bir avukatlık kurumu zaten var olmadığından) Mahkememize başvuran davacıları ("başvurucuları") temsil eden avukatlar yoktu. Biz yargıçlar, bu yokluğu hep duyumsuyor ve kendi çabalarımızla, elimizden geldiği kadar gidermeye çalışıyorduk; ama elbette işin doğrusu, başvurucuların haklarını savunan avukatların bulunmasıydı.

2 1940 yılında yayınlanmış bir kitapta, avukatın bürosunu betimlemek yazılmış olan avukat "*haksızlığa uğrayanların feryat ve ıztırabını burada dinler ve duyar", " büro, bir sığınak ve bir mabeddir"* sözleri, yayınladığı 1940 yılı için ne kadar geçerliydi bilemem; ama günümüz koşulları karşısında herhalde gerçekçilikten oldukça uzak ve giderek tebessüm uyandıracak niteliktedir. Bkz. ÖZKENT, Ali Haydar, Avukatın Kitabı, İstanbul 1940, Arkadaş Basımevi, Tıpkıbasım, İstanbul Barosu, İstanbul 2002, s. 10,11.

Çağdaş bir hukuk devletinin varlığı açısından avukatlığın "vazgeçilmez" önemde olduğu, bir gerçektir. Bu açıdan bakıldığında, avukatlığın "bağımsız" niteliği de vurgulanması gereken bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır:

"*Güçlü bir anayasal devletin, güçlü bir avukatlık mesleğine gereksinimi vardır; ve avukatlık mesleğinin uzun dönemli özgürlüğü ve bağımsızlığı, güçlü bir özyönetimle sağlanabilir*."

"Avukatlık mesleğinin özünde, onun bağımsızlığı vardır. Anayasal devlet içinde avukatın; görevlerini, adalet hizmetinin öteki ögeleri yani yargıçlar ve savcılarla aynı statü içinde ve aynı haklara sahip olarak yerine getirebilmeleri ancak bu bağımsızlığın gerçekleşmesiyle olanaklıdır."[3]

"Eşitlik" Kavramının Avukatlık Hizmeti Açısından Özelliği

Avukatın yerine getirdiği görev "kamu hizmeti" sayılmakla birlikte, avukatların hukuksal durumunda kamu hizmetlerinin dayandığı bazı temel özellikler açısından tartışılabilecek noktalar yok değildir. En başta belirtilmesi gereken husus şudur: avukatın, devlet egemenliğinin İdare alanında kullanılması anlamında kamu erki kullanması sözkonusu değildir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin "yeminli mali müşavirler"in, vergi yükümlülerinin vergiye esas olacak nitelikteki bilgi ve belgeleri inceleyip,"onaylama" yetkisine ilişkin bir kararında; *"kendilerine tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Devlet ve yeminli müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi özel hukuk sözleşmesi ile değil, bir kanunla olmaktadır". Dolayısıyla yeminli mali müşavirleri de 'kamu görevlisi' saymak gerekir*"sonucuna varılmıştır[4].

3 Alman Federal Barosu Yar-Başkanı (*Vice-President*) Dr. Michael Krenzler'in İstanbul Barosu'nun 17 Mart 2013 günü yapılan Olağanüstü Genel Kurul toplantısında yaptığı konuşmadan; yazarca yapılmış çeviri.

4 Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili ilk içtihadında: "Ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir… Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan … yeminli büro elemanlarının, Anayasanın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen 'kamu görevlileri' deyimi kapsamına da girmediği anlaşılmaktadır" demiştir. AYM, E.85/11, K.86/29, karar t. 11 Aralık 1986, RG 18 Nisan 1987,19435.

Anayasa Mahkemesi, altı ay kadar sonra "Yeminli Mali Müşavirler"in, vergi yükümlülerinin vergiye esas olacak nitelikteki bilgi ve belgeleri inceleyip, "onaylama" yetkisine ilişkin bir kararında ise, "kendilerine tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Devlet ve

Avukatlık, 80 yıl kadar önce yayınlanan Avukatlık Kanunu ile "kamu hizmeti" niteliğinde bir meslek olarak kabul edilmiş ve o günden bu yana yapılan yasal düzenlemeler bu gerçeği değiştirmemiştir.

Avukatlık Kanunu'nun ***"Avukata Karşı İşlenen Suçlar"***başlıklı 57. madde hükmü de, avukatlığın "kamusal" niteliğini göstermek bakımından çok önemlidir. Bu hükme göre :

"Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır."

Görev sırasında yada görev nedeniyle işlenen suçlarla ilgili olarak; avukatlara, yargıçlarla eşit koruma sağlayan bu hüküm, avukatlığın "kamu hizmeti" niteliği konusunda çok açık bir göstergedir.

Bununla birlikte, avukatlığın kamu hizmeti kavramı içinde bazı özellikleri olduğu da bir gerçektir. Bu özellikler, örneğin *"eşitlik"* ve *"tarafsızlık"* bakımında belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır:

Kamu hizmeti kavramı, bu hizmetin yasalarla saptanmış belli koşullarda bulunan herkese eşit biçimde açık olmasını gerektirir. Bir kamu görevlisi, kendi yetkisi ve görevi içindeki konularda yapılmış her başvuruyu; ırk, renk, siyasal yada dinsel inanç vb. ayrımları kesinlikle dikkate almaksızın değerlendirmek ve istem (talep)yerinde ise gereğini yerine getirmekle yükümlüdür.

Oysa, avukat kendisine yapılmış her başvuruyu olumlu karşılamak ve kabul etmek zorunda değildir. Avukat, kendisinden beklenen hizmeti, hiçbir gerekçe göstermeksizin reddedebilmekte[5] yani yasaya göre "kamu hizmeti" niteliğinde olan avukatlık görevini, kendi değerlendirmesine göre belirleyeceği kişiler için yapmayabilmektedir[6].

---

yeminli müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi özel hukuk sözleşmesi ile değil, bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla yeminli mali müşavirleri de 'kamu görevlisi' saymak gerekir .

Bu kararlar ve yorumları için bkz. BİLGEN, P.; İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul" 1999,s.12 vd.

5 "Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin, işsahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur (Av.K. m.37/I).

6 Burada Avukatlık Kanunu m.37/2'de yer alan "İşi iki avukat tarafındanreddolunan kimse, kendisine bir avukat tayinini baro başkanından isteyebilir." hükmü de hatırlanmalıdır. Böyle bir durumda,tayin olunan avukat, baro başkanı tarafından belirlenen ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır (Av. K. m. .37/3).

Öte yandan, bir avukatın ölümü yada meslekten çıkarılma vb. nedenlerle iş yapamaz hale gelmesi durumlarında; işleri geçici olarak yürütmek için, Baro Başkanınca bir avukat görevlendirebilmektedir .Böyle bir durumda, kendisine görev verilmiş olan avukat ancak, Baro Yönetim Kurulunca kabul edilen "haklı nedenlerle" işi reddedebilmektedir (ayrıntılar için bkz. Av.K.m.42).

"Tarafsızlık" Kavramının Avukatlık Hizmeti Açısından Özelliği

Kamu hizmeti kavramı içinde avukatlığın özelliği, "tarafsızlık" konusunda da ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmetinde görev yapanların, görevlerini ***"tarafsızlık"*** ilkesine bağlı olarak yerine getirmeleri gerekir; oysa, avukatın kendi müvekkilinin haklarını ve çıkarlarını korurken, yasalara saygılı ve dürüst olması; karşı tarafın kişilik haklarına saygılı davranması vb. davranışlar elbette beklenebilir ama "tarafsız" olması beklenemez[7]

Bu noktada avukatın durumunu savcının durumuyla karşılaştırmak yararlı olacaktır: CMK'ya göre: Savcının hazırladığı *"İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür" (*CMK m. 170/3/5).

Oysa avukatın böyle bir yükümlüğü yoktur. Avukat, görevini gerektiği gibi yerine getirebilmek için, karşı tarafın lehine olabilecek hususları da araştırmalıdır denilebilir. Ama, avukat, karşı tarafın lehine olabilecek hususları, sadece temsil ettiği müvekkilinin haklarını ve çıkarlarını daha güçlü savunabilmek için,"taktik" açıdan dikkate almak durumundadır. Karşı tarafın lehine olabilecek hususlar, avukatın yapacağı savunmaların ve ileri süreceği istemlerin (taleplerin) içeriğinin ve zamanlamasının belirlenmesi açısından önemli olabilir. Ama, avukatın bu görevi; kendi müvekkilinin haklarını ve çıkarlarını daha iyi savunabilmek amacıyla sınırlıdır.

Bu amaç dışında, karşı tarafın lehine olan hususları ortaya çıkarmaya çalışmak, avukatlık göreviyle çelişkili bir durum yaratır. Sonuç olarak, avukatın bu anlamda "tarafsız" olması, üstlendiği görevle bağdaşmaz.

Avukatların, avukat sıfatıyla hareket ederken "tarafsız" olmalarını gerektiren durumlar, Baro Disiplin Kurulu yada Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu üyesi olmaları halinde sözkonusu olur. Avukatlar hakkındaki disiplin kovuşturmaları, Baroların Disiplin Kurullarınca yürütülmekte, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu da, bu konularda "itiraz mercii" olarak görev yapmaktadır[8]. Avukatlar hakkında disiplin işlemlerini ve kovuşturmaları yapan bu Kurullarda, en az beş yıl kıdemli olan avukatlar görev yapabilmektedir (Av. K.m.104 göndermesiyle m. 90).

Bir avukatın, Baro Disiplin Kurulu yada TBB Disiplin Kurulu üyesi

7 Avukatlar, mahkemelerce bilirkişi olarak görevlendirildikleri sıkça görülen bir durumdur. Böyle bir görev üstlenmiş olan avukatın, bilirkişi olarak inceleyeceği olayın tarafları karşında "tarafsız" olması gerekir. Ancak, "bilirkişlilik" avukatlık mesleğinin doğal ve yasal kapsamında bir hizmet olmadığı için, bu yazının konusu dışında kalmaktadır.

8 Burada ayrıntısına girmediğimiz bu konular, Avukatlık Kanununun "Disiplin İşlem ve Cezaları "başlıklı Onuncu Kısım" (m.104-162) hükümlerinde düzenlenmiştir

olarak görev yaparken, gerek kendisinin gerek kurulun tarafsızlığını şüpheye düşürecek durumlardan kesinlikle sakınması beklenir; çünkü bu kurulların işlevi bir tür"yargılama" yapmaktır. Dolayısıyla, bu kurullarda görev yapan avukatların, kendileriyle doğrudan yada dolaylı ilişkisi bulunan dosyalarla ilgili her türlü işlemden uzak durmaları; bu konuda en üst düzeyde duyarlı olmaları gerekir.

Bu konuda, CMK'nın, *"Hakimin Davaya Bakamayacağı Haller"* başlığı altında düzenlenmiş m. 22. ve m.23 hükümlerindeki ilkelerin, disiplin kurullarında görev yapan avukatlar için de geçerli olduğunda, kuşku yoktur. Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı, kendilerine karşı işlenen suçlarla ilgili olarak yargıçlarla eşit statüde olan avukatların (Av. K.m.57), disiplin kurullarında görev yapmalarına engel durumlar bakımından da yargıçlarla aynı durumda olmaları gerekir.

Örneğin, disiplin kurulu önüne gelmiş bir dosyanın konusunu oluşturan olayda; hakkında disiplin kovuşturması yapılmakta olan avukatın vekilliğini üstlenmiş olan avukatın, disiplin kurulunda başkan yada üye olarak görev yapması yanlıştır. Böyle bir durum, sonuç olarak verilen kararı veren Kurulun ve kararın"tarafsızlığı" konusunda haklı kuşkular uyandıracak niteliktedir[9].*"Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayan hakkında"* disiplin cezaları uygulayan (Av.K.m.134) Disiplin Kurullarının "tarafsızlık" konusunda özel bir dikkat göstermeleri gerekir.

Sonuç

Anayasaya göre *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür"* (AY m. 128/I). Anayasanın bu hükmünden, kamu hizmeti denilen hizmetlerinin, "memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle" görülmesinin ilke olduğu anlaşılmaktadır. Avukatların memur olmadıkları konusunda herhalde duraksama yoktur; çünkü avukatlar; devlet bürokrasisi içinde "atama" işlemiyle göreve başlayan ki-

9 TBB Disiplin Kurulu'nun E.2013/588, K. 2013/904 sayılı ve 9 Kasım 2013 tarihli kararında; Kurul başkanının aynı zamanda hakkında karar verilen avukatın vekili olduğu görülmektedir. Kararın sonundaki "imzalar" bölümünde, Başkanın imzasına ayrılmış olan yerde "Katılmadı" açıklaması vardır. Buradaki "katılmadı" deyiminin içeriğinin ne olduğu, Kurul Başkanının hangi aşamada ve neye "katılmadığı" tam olarak anlaşılamamaktadır. Her halde, Disiplin Kurulu Başkanlığı ile taraf avukatlığının aynı kişide birleşmesi kabul edilemez bir durumdur.

şiler olmadığı ve bir üste (amire) bağlı olarak çalışmadıkları gibi; yaptıkları hizmet karşısında kendilerine, devletten maaş, ödenek ve benzeri türden bir ödeme yapılması da söz konusu değildir[10].

Ancak,"kamu hizmeti" kavramını "bu etkinliği yürüten organların ve kişilerin özelliklerinden ayrı olarak, sadece etkinliğin içeriğine bakılarak açıklanabileceği"[11] de söylenebilir. Nitekim, kamu hizmetlerinin, özel teşebbüs eliyle yürütülebileceğinin Anayasa ile kabul edildiği, "devletleştirme" konusuyla ilgili şu hükümden anlaşılabilmektedir:

*"Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir"(*AY m. 47).

Öte yandan, kamu hizmeti kavramının özellikle son yüzyıllık dönemde içerik ve kapsam bakımından önemli değişikliklere uğramış olduğu da bir gerçektir. Çağdaş devlet, bir yandan geniş anlamıyla kamu düzenini ve ulusal savunmayı sağlamak gibi geleneksel görevlerine ek olarak ekonomik ve sosyal yaşamın çeşitli kesimlerinde öncü ve düzenleyici rol oynamak durumunda iken; bir yandan da "geleneksel" sayılan bazı görevlerini özel teşebbüse devretmektedir. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun[12] örneğinde de görüldüğü gibi, geleneksel anlamda en temel "kamu hizmeti" kapsamına giren işlerin, özel teşebbüsler eliyle gördürülmesi artık yadırganmamaktadır. Bu kanuna göre, vali "kişilerin silahlı personel tarafından korunması, kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulması veya güvenlik hizmetinin şirketlere gördürülmesi"ne izin verebilmektedir. Bazı yabancı devletlerde[13], cezaevlerini bile özel teşebbüse devredildiği görülebilmektedir.

Avukatlığın "kamu hizmeti" niteliğinde bir meslek olduğu, 1938 yılında yürürlüğe girmiş olan Avukatlık Kanunu'ndan beri Türk pozitif hukukunca kabul edilmiş bulunmaktadır. Avukatlığın "kamu hizmeti" niteliğinde, kuramsal açıdan tartışılabilecek noktalar bulunabilirse de, 80 yıla yakın bir süredir yasa ile "kamu hizmeti" sayıla gelmiş bir meslekten bu niteliğin kaldırılması, özellikle günümüz koşullarında mesleğin itibarsızlaştırılması çabalarına destek olacaktır. Bu nedenle, avukatlığın "kamu hizmeti" sayılmasının devamında yarar vardır.

10 Uygulamada "Kamu Avukatları" diye anılan avukatlar, bu noktada bir ayrıksılık (istisna) oluşturmaktadır. Burada incelenmesine girmediğimiz bu konu için bkz. AYBAY, Rona: Avukatlığın "Kamu Hizmeti" ve "Serbest Meslek" Niteliği Üzerine, Prof. Dr. YıldırımULER'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi yayını (KKTC).

11 GİRİTLİ, İsmet/Pertev, BİLGEN/AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku, Beşinci Bası, İstanbul 2012, s. 1048.

12 Kanun nu.5188, kabul tar.10 Haziran 2004; RG 26 Haziran 2004, 25504.

13 Örneğin, ABD'nin bazı eyaletleri, Brezilya, İngiltere (Birleşik Krallık), Kanada.

Yurdumuzda toplam sayısı 80.000'i aşmış olan ve yarıya yakını "genç" sayılacak yaşlarda olan avukatların, gittikçe artan biçimde karşılaşmak durumunda oldukları geçim sorunları ve iş güvenceleri, üzerinde ciddi olarak düşünülmesi gereken konular haline gelmiştir. Bunlar, toplumun esenliği açısından ve mesleğin korunması gereken etik değerleri bakımından çok olumsuz durumlara yol açabilecek niteliktedir. Avukatların ve avukatlık mesleğinin saygınlığının korunmasının, insan haklarına saygılı ve demokratik hukuk devleti niteliğindeki bir toplumun esenliği açısından taşıdığı önem hafife alınamaz .

Düzgün işleyen ve halka güven veren bir "yargı"nın varlığı, toplumsal esenlik açısından vazgeçilmez önemdedir. Böyle bir yargının varlığı için; bağımsız bir avukatlık mesleğinin ve uygulanmasının varlığı kesin bir gerekliliktir.

Bu anlamda "bağımsızlık" avukatların disiplin konularında, kendi örgütlerince yargılanmalarının temel ilke olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. İdeal olan durum, avukatların disiplin işlerinin Adalet Bakanlığı'ndan bağımsız olarak yürütülmesidir. Bu ideale ulaşılması ve Adalet Bakanlığının müdahalelerini haksız ve gereksiz kılacak yasal değişikliklerin yapılabilmesi için, avukatların disiplin konularında karar veren organlar "tarafsızlık" konusunda en üst düzeyde duyarlı olmalıdır.

SOMA'DA YAŞANAN FELAKET BAĞLAMINDA İŞ KAZALARI

Av. Abbas BİLGİLİ[1]

GENEL GİRİŞ

13 Mayıs 2014 Salı günü Soma'da büyük bir felaket yaşandı. Maden ocağındaki patlama/yangın sonucunda 301 maden işçisi hayatını kaybetti. Literatürde buna "iş kazası" dendiği söyleniyor. Acaba gerçekten öyle mi? Alınmayan önlemler, yetersiz denetimler, taşeron denilen ucube çalışma ilişkisi, ***"iş kazası"*** denilen bu facialarının davetçisi değil mi?

Kolombiyalı büyük yazar **Gabriel Garcia Marquez *Kırmızı Pazartesi*** isimli romanında, herkesin bildiği, ancak engel olmak için hiç kimsenin müdahale etmediği bir cinayeti anlatır. Roman kahramanı **Santiago Nasar**'ın öldürüleceği baştan bellidir. Çevresindeki herkes bu cinayetin işleneceğini biliyor. Kasabadakiler bu cinayeti bekliyor. Hiç kimse cinayeti önlemek için harekete geçmiyor ve sonuç olarak **Santiago Nasar** öldürülüyor. Romanda cinayetin arka planı yanında bir halkın ortak davranış biçimine dikkat çekiliyor.[2]

Konumuza gelelim.. Cinayet geliyorum diyor. Hükümet seyrediyor, il ve ilçe yöneticileri seyrediyor, işveren seyrediyor, sendika seyrediyor, amirler seyrediyor… Ve nihayet beklenen cinayet herkesin gözü önünde işleniyor. Soma'daki beklenen, ancak önlem alınmayan cinayet için bir roman yazılsaydı, **Marquez** ustadan mülhem, ***Karanlık Salı*** veya ***Kara Salı*** denilebilirdi.

"Karadır kaşların benzer kömüre" diyen halk türküsünde kömüre güzelleme varsa da, ***"kömür gözlüm sende sevda ne arar"*** diyen de hayli sitemli görünüyor. Ne yazık ki kömür konusu reel hayatta, şarkılardaki, türkülerdeki gibi değil, insanın ciğerini delen kötü gerçekliği ile karşımıza çıkıyor.

Emile Zola bu gerçeği 1800'lü yıllarda anlattı ***Germinal***'de… ***"Kara bir mürekkep gibi yoğun ve karanlık bir gecede"*** bir maden kasabası olan **Montsou**'ya doğru iş bulmak amacıyla yürüyen **Etienne Lantier**'in maden ocaklarındaki yaşamı 19. Yüzyıl vahşi kapitalizminin edebi bir be-

1 Adana Barosu avukatlarından

2 **Gabriel Garcia Marquez,** Kırmızı Pazartesi, Can Yayınları, İstanbul 2014, 19. Bakı

timlemesi sayılabilir. Her satırında ezilmişliğin, sömürünün, çaresizliğin her halini görmek olası. Maden ocağındaki karanlık dehlizlerde genç işçi kız **Catherine**'in ***"ölmek istemiyorum... ölmek istemiyorum..."*** diye yükselen sesini unutmak mümkün mü?[3]

Bir başka romandan birkaç satır okuyalım mı? **Richard Llewellyn** Galler'deki maden ocaklarını anlatır ***"Vadim O Kadar Yeşildi Ki"*** de... ***"Mumlarımızın turuncu ışığı altında pırıl pırıl parlayan siyah kömür damarına bakar ve bir şerit gibi uzayıp giden bu damarı bir yas kurdelesine benzetirdim. Yoksa, bu şerit dünyamızın taşıdığı bir yas işareti midir diye düşünürdüm kendi kendime. Biz onu yakmak için yerinden sökerken, dünyamızın hesaplaşma gününü bekleyerek, yarı kapalı gözlerle bize baktığını sanırdım. Oradayken her zaman bir korku duyardım içimde. Bu korkudan bütün ömrüm boyunca kutulamadım"*** diyor maden işçisi.[4] Ve devam ediyor; ***"Karın kaslarını koparan bir ağrı, gün sona ermeden çok önce kendini duyurmaya başladı. Öylesine iki büklüm çalışırdık. Ivor diz çökerek, yan yatarak, ayakta durup bir yanına eğilerek, ya da arkaya doğru kaykılarak hiç durmadan, aralıksız çalışır, buram buram terlerdi. Yüzüne yapışan kömür tozlarıyla, siyah bir ipekli kumaş gibi parlardı teni. Yalnız yemek yemek, ya da bir yudum çayla ağzının pasını temizlemek için mola verirdi."***[5]

"Bizim vardiyadaki işçilerle birlikte tepenin yokuşunu çıkarken, tanıdığım bazı çocuklara rastladım. Beni selamlamadıklarını görünce şaşırdım. Ama sonradan tepemden tırnağıma kadar kömür tozuna bulanmış olduğumu ve beni bu yüzden tanıyamadıklarını anladım."[6]

İktisat tarihinde 19. Yüzyıl vahşi kapitalizminin özel bir yeri var. Her türlü olumsuz koşullarda çalışan işçilerin bugünkü anlamda hiçbir hukuksal kazanımları yoktu. Bu olumsuz koşulların doğurduğu dip dalgaları, yani toplumsal dinamikler, devrimlerin itici gücü oldu. Marks'ın düşünceleri bu ortamda oluştu ve olgunlaştı. Vahşi kapitalizme yöneltilen eleştiriler, sistemi iş güvenliği ve iş güvencesine doğru evrimleştirdi.

Ancak, bizdeki muktedirlerin yüz yıl önceki iş kazalarını örnek göstererek, madencilikteki kazaları ve ölümleri işçinin kaderi olarak göster-

3 **Emile Zola,** Germinal, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013

4 **Richard Llewellyn**, Vadim O Kadar Yeşildi Ki, Engin Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul 1998, sh. 477

5 **Richard Llewellyn**, age, sh. 477, 478

6 **Richard Llewellyn**, age. sh. 478

meleri, bugünden ne kadar kopuk olduklarını gösteriyor. İş hukukundaki gelişmeler ve işçiler açısından elde edilmiş hayli kazanım varken, Avrupa'nın ilkel ve vahşi kapitalizmindeki kazalar oldu diye bugünkünü mazur göstermeye çalışmanın içi boş bir avunmadan ibaret olduğu söylenebilir. Birleşmiş Milletlerin 1948'de kabul ettiği, ülkemizin ise 1949'da onayladığı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesi ***"herkesin; çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır"*** diyor. Ulusal ve Uluslararası bir çok metinde işçilerle ilgili düzenlemeler mevcut. Ancak Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 176 sayılı ***"Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi"***nin 19 yıldır Türkiye tarafından imzalanmamış olması da oldukça ilginç değil mi? Söz konusu sözleşmenin hükümetlere ve işverenlere yükümlülükler getirdiğini söylemeye gerek yok sanırım.

Maden ocaklarında çalışanların ilginç ve acı tecrübeleri vardır tarihimizde. 1867'de Dilaver Paşa Nizamnamesi ile tam 21 yıl ***"maden mükellefiyeti"*** denilen zorunlu çalışmayı görüyoruz. Ancak daha sonra Cumhuriyet döneminde de 1940'tan başlayarak 8 yıl süren bir başka ***"mükellefiyet"*** ile karşılaşıyoruz. Yazar **Metin Köse** ***"Mükellefiyet"*** ve ***"Göl Dağı"***nda bunları hatırlatırken insanlık dışı uygulamaların insanları silindir gibi ezip geçtiğini anlatır.[7] Dilaver Paşa Nizamnamesi'nin 21. maddesinde, ***"Ereğli Sancağı'nın 14 kariyesindeki erkeklerin sağlam olanlarının 13-50 yaşlarındakiler madende kazmacı, kürekçi ve direkçi olarak çalışmakla mükelleftir"*** deniliyordu. Her köydeki işçilerin ikiye bölünerek, nöbetleşe madene girecekleri ve çalışma süresinin 12 gün olacağı (md. 24), hasta işçilerin madende muayene edileceği, çalışamaz duruma gelirse eşeğe bindirilip köyüne gönderileceği (md. 30), ocaktaki bir işçinin kaçmaya teşvik edilmesi veya kaçırılması halinde ibret için iki kat süreyle çalışacağı (md. 31), üretim ve taşıma sırasında kömüre zarar verenlerin ağır şekilde cezalandırılacağı (md. 35) gibi ilginç maddeler vardı. Bu uygulama ile başlangıçta 30 bin okka olan üretim 200 bin okkaya çıktı. 1940 yılında Milli Koruma Kanunu ile getirilen ikinci mükellefiyet ise sadece Zonguldak'ı değil, Soma ve Tavşanlı'yı da kapsıyordu. İnsanlar jandarma zoruyla maden ocaklarına sokuldu. Zamanın gazeteleri sadece üretimdeki artışlardan bahsedebiliyor, çalışma koşullarından ve iş kazalarından bahsetmek yasaktı. 1947'de Kozlu'daki bir kazada 49 işçinin ölümü ile ilgili eleştirel bir yazı nedeniyle bir gazeteci 3 ay hapis ve iki bin lira para cezasına çarptırılıyor.[8]

---

7 **Metin Köse,** Mükellefiyet, Doğan Kitap, 2010; **Metin Köse,** Göl Dağı, Doğan Kitap, 2012

8 **Metin Köse,** "Zorunluydular Gönüllü Oldular", Radikal Kitap, 23.05.2014, sh. 16-18

Bunlar geride kaldı diyebilir miyiz? Bir çok yasa ve yönetmelik çıkmasına karşın, bu gün de ***"gönüllü mükellefiyet"*** hükmünü sürdürüyor. Değişen çok şey var gibi görünse de, işin özünde değişen fazla bir şey yok. Bugün kayıtlı 740 işletmede 49 bin maden işçisi çalışıyor. Ocakların teknik altyapı analizleri mevcut değil. Bir çok ocakta havalandırma sistemleri olmadığı gibi, acil durumlara ilişkin gerekli standartlardan da yoksun.

Her şeyden önce maden ocaklarında öncelik iş güvenliği olmalıdır. Oysa mevcut durumda üretimi artırmak ön plandadır. Maliyetleri en aza indirerek daha fazla üretimi amaçlayan bir sistemin iş güvenliğini ıskalayacağı çok açık. Soma'da da üretim artırılarak maliyet düşürülmüş. Siyaset bilimci **Ayşe Kadıoğlu**'nun ***"merhametsiz büyüme"*** ya da ***"insafsız büyüme"*** dediği[9] şey bu olmalı. Milyon ton taş kömürü üretimi başına düşen ölüm sayısı ABD'de 0,02, Çin'de 1,27 ve bizde ise 7,22'dir. Yani dünyada ilk sıradayız. Türkiye'de 1946-2010 arasında 59.300 kişi iş kazasında hayatını kaybetmiş. Bunun anlamı yılda 880 kişi demektir.

SOMA ÖRNEĞİ

Soma'daki olayda dikkat çeken yönleri şöyle sırlamak mümkün:

1. 13 Mayısta kazanın meydan geldiği ocakla ilgili olarak iş sağlı ve güvenliği konusunda 13-18 Martta denetim yapıldığı ve mevzuat açısından bir eksiklik ve aksaklığın tespit edilmemiş olması, denetimlerin kağıt üzerinde ve adet yerini bulsun diye yapıldığını gösteriyor. Nitekim denetimi yapan müfettişlerden birinin, denetlenen maden ocağındaki müdürlerden birinin akrabası olması da ***"eş dost kapitalizmi"***nin bir göstergesi olsa gerek.
2. Ocağı işleten Soma Kömür İşletmelerinin yetkilisi maliyeti 130-140 dolardan 23-24 dolara düşürme taahhüdü verdiklerini söylerken de aslında cinayetin gerçek sebebini itiraf etmiş oluyor. Maliyetlerin bu kadar düşmesinin ana nedeni ücretlerin düşüklüğü olduğu kadar, iş sağlığı/güvenliği önlemlerinden ***"tasarruf"*** edilmiş olmasıdır. İş sağlığı ve güvenliğinden tasarruf etmenin cinayete davetiye çıkardığı çok net görünüyor.
3. Vardiya değişiminin yer altında yapılması, iki vardiyanın da yer altındayken kazaya yakalanmış olmaları sonucunu doğurmuş ve buna bağlı olarak ölü sayısı artmıştır. Vardiya değişimlerinin mutlaka gözden geçirilmesi gerekir.
4. Yetkililerin ilk açıklamalarının aksine, yangının trafo patlamasın-

9 Radikal, 23.05.2014, sh. 8,9

dan değil de, kömürdeki kızışmadan kaynaklandığının anlaşılması da gösteriyor ki, büyük bir yanlış bilgilendirmenin ya da bilgisizliğin hakim olduğu sonucu çıkıyor.

5. Esasen rödövans sistemi bir alt işveren (taşeron) ilişkisi değildir.[10] Bu nedenle Soma örneğindeki çalışma ilişkisinin bildiğimiz anlamda alt işverenlik (taşeron) olmadığı kanısındayız. Ancak, nasıl işlediği çok da belli olmayan ve ***"ucube"*** bir ilişki olduğu anlaşılan ***"dayıbaşı"*** denilen kişilerce işçi temin edildiği ve bunlara prim ödendiği söyleniyor ki, bu şekildeki bir aracılığın, işçinin sırtından para kazanmak anlamına geldiği söylenebilir. Bu da işçinin sömürüsü anlamına gelir.

6. Maden Kanunu'nun ***"teknik nezaret"*** başlıklı 31. maddesinde düzenlenmiş olan teknik nezaretçi ile ilgili daha ayrıntılı düzenleme Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 111. maddesinde yapılmış olup, teknik nezaretçisi olmayan ruhsat sahalarında üretim yapılamaz. Teknik nezaretçi maden sahasında onbeş günde en az bir defa denetlemek, tespitlerini ve önerilerini teknik nezaretçi defterine not etmek zorundadır. Tespit ve önerilerini panoya asar, noter onaylı deftere rapor ederken ruhsat sahibine bildirir.[11] Soma örneğinde teknik nezaretçiliğin de iyi işlemediği anlaşılıyor.

7. Ocaklarda ***"yaşam odası"*** denilen kurtarmaya yönelik mekanların olmaması büyük eksiklik. Mevzuatta zorunlu olmadığı söyleniyor, ama "her türlü önlemi almakla yükümlü olan" işverenin bu odaları yapması zorunludur. Maliyetinin 200 bin dolar olduğu söylenen yaşam odalarının işletme için büyük bir külfet olmayacağı kanısındayız. Kaldı ki, insan yaşamının söz konusu olduğu yerde maliyet hesabı yapmanın bir anlamı yok.

8. Maden ocaklarında, yer altında çalışanların en önemli iş güvenliği malzemelerinden biri olan maskelerin yetersiz ve kalitesiz olduğu konusunda medyaya yansıyan haberlerin dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Sadece 45 dakika dayanabilen eski tip maskeler yerine 2 saat dayanabilen yeni tip maskelerin kullanılması sağlanmalı idi.

9. Gaz sensörlerinin yeterli olmadığı da anlaşılıyor. Kaldı ki, mevcut sensörlerin uyarıları dahi dikkate alınmış değil. 50 ppm karbonmonoksitin insan sağlığı için tehdit kabul edildiği uzmanlarca söylenirken, olay anında 500 ppm gösteren sensörlerin olduğu söyleniyor

10 **Levent Akın,** İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, sh. 200

11 **Levent Akın,** age. sh. 198,199

ki, bu hususun da hiç dikkate alınmadığı, ***"bize bir şey olmaz"*** alaturkalığının burada da hüküm sürdüğü anlaşılıyor.

10. Yeraltındaki işçilerin çip sistemi veya başka yöntemlerle takip edilmesi gerekirken, Soma'da bunun yapılmadığı anlaşılıyor.

11. Yedek enerji ve havalandırma sistemlerinin yokluğu da felaketin boyutunu artırmıştır.

12. İş sağlığı ve güvenliği konusundaki en önemli önlemlerden biri, işçilere eğitim vermektedir. Ancak uygulamada bir çok işveren, bu eğitimi vermediği halde, işçilere ***"eğitim aldım"*** beyanını içeren belgeler imzalattığı da bu ülkenin acı gerçeklerindendir. Özellikle maden sektöründe ciddi bir eğitim şart olup, bu eğitimin tatbikatlarla güçlendirilmesi gerekir. Soma olayında da işçilere yeterli eğitim verilmeden yer altına gönderildikleri anlaşılıyor.

13. Sendikaların madencilik sektöründe etkin olması beklenir. Ancak Soma örneğinde görüleceği üzere, sendikaların işçilerin (üyelerinin) hak ve menfaatlerini korumada hiç de etkin olmadıkları, beklenenin tam aksine işverene daha yakın durdukları görülüyor.

14. Devletin alım garantisi verdiği bir sistemde daha fazla üretim için işçilerin zorlandığını söylemeye gerek yok. Daha fazla üretim ve daha fazla kazanç hırsının iş güvenliğinin önüne geçtiği görülüyor. Rödövans sisteminin teşvik ettiği az fiyata çok üretim ve sınırsız satış imkanında işçiler sadece birer üretim süjesi olarak kabul ediliyor.

15. Bantlardaki aşırı kömür yükü nedeniyle elektrik panolarının sürekli arıza yapması ve dayanamayacak duruma gelmesi de, aksayan bir başka yön.

16. İşverene bağımlı çalışan iş sağlığı ve iş güvenliği uzmanlarının işverenin açıklarını rapor etmesi oldukça zor. Bu durumun düzeltilmesi ve bağımsız denetim sisteminin geliştirilmesi gerekir.

17. Kazaların çoğunun insan hata ve başarısızlığından ileri geldiği biliniyor. Bu nedenle ***"bize bir şey olmaz"*** aymazlığını bırakarak, iş güvenliği kültürünün kazandırılması gerekir.[12]

Çalışma koşullarının olumsuzluğunda kanımızca üç önemli etken var; taşeronlaşma, sendikaların etkisiz hale getirilmiş olması ve kayıt dışılık.

12 İş güvenliği kültürü konusunda geniş bilgi için bak; **Salih Dursun,** İş Güvenliği Kültürü, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2012; **Tunç Demirbilek**, İş Güvenliği Kültürü, Legal Yayınevi, İzmir 2005

Bugün 1 milyon 250 bin taşeron işçisi mevcut ki, bunların 700 bini kamuda çalışıyor. Taşeronlaşma devlet tarafından sürekli teşvik edilmiştir, ancak bu gidişe dur demenin zamanı gelmiş de geçiyor. Çünkü özellikle kamudaki taşeronların büyük kısmı gerçek anlamda alt işveren (taşeron) değil, muvazaalı ilişki ile kurulmuş göstermelik işverenlerdir. Kamu sektörü ***"hizmet alımı"*** adı altında bir çok işyerinde taşeronlaşmaya gitmiştir. Taşeronlaşma sonucunda işçilerin örgütlenmeleri engellenmektedir. Taşeronlaşma, aynı zamanda düşük ücret ve emek sömürüsü demektir. Çünkü taşeron işçilerinin çoğu asgari ücret düzeyinde bir ücretle çalışmaktadır. Taşeronların, çoğu zaman iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de yeterli düzeyde ve ciddiyette ele almadıkları biliniyor. Oysa, alt işverenlerin (taşeronların) bu konudaki sorumlulukları gözardı edilemez.[13]

Taşeronlaşmaya kömür işletmeleri ve Soma bağlamında baktığımızda da, yetkililerin iş sağlığı ve güvenliğinin ciddiyetinin farkında olmadıklarını görüyoruz. 29 Nisan – 2 Mayıs 2010 günlerinde yapılan **"Kamu İşletmelerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları"** konulu bir sempozyumda konuşan Türkiye Kömür İşletmeleri (TKİ) Genel Müdür Yardımcısının görüşleri oldukça ilginç. Soma'daki ocakta rödövans sistemi uygulanmakla birlikte, Genel Müdür Yardımcısının açıklamalarına göre TKİ, madencilikte 18 ayrı işi ***"hizmet alım"*** yöntemi ile taşeronlara yaptırıyor.[14] Bu işlerin bir kısmı yemek, temizlik, güvenlik, personel taşıma gibi yardımcı işler iken, bir kısmı da yer altı kömür üretimi, tüvenan kömür nakli, kömür kazı yükleme, kriblaj tesisleri çalıştırma, delme-patlatma işleri gibi asli işlerdir. Oysa İş Yasası'nın 2. maddesine göre yardımcı işler taşerona yaptırılabilecektir, asli işlerin ise sadece teknik anlamda uzmanlık gerektiren kısımları taşerona yaptırılabilir. Genel Müdür Yardımcısının açıklamasına göre, ülkenin enerji ihtiyacını karşılayabilmek için ortaya çıkan personel ihtiyacı hizmet alım yoluyla sağlanmaktadır. Burada yine ilginç bir açıklama var,"***hizmet alım uygulamalarını karlılık,, istihdam ve üretkenlik açısından başarıyla uyguladığımıza inanıyoruz. Hizmet alım uygulamalarının bizi zorlayan mevzuatlar olsa da kamu yararı açısından oldukça başarılı bir uygulama olduğuna inanıyoruz"*** diyor sayın müdür.[15] Anlaşılıyor ki, ***"mevzuat zorlaması"***na rağmen üretimi ve karlılığı artırabilmek için önemli gayret sarf edilmiş. Bu açıklamalara göre 2001 yılında TKİ'nin karı 4,5 milyon TL iken, 2005'den itibaren hizmet alım yoluyla

13 **Levent Akın,** age, sh. 211 - 259

14 "Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları (Seminer/Çalıştay), Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Antalya – Belek 29 Nisan – 02 Mayıs 2010 (TKİ Genel Müdür Yardımcısı **Fehmi Okumuş**'un konuşmasından alıntı), sh. 85

15 Aynı konuşma, sh. 88- 89

taşeron işçilerin sayısı artmış ve kar 2008'de 196, 2009'da da 424 milyon TL olmuş. Bu rakamları sayın yönetici yorumlarken, ***"kadrolu personel istihdamındaki kısıntının bir sonucu olarak yapılan hizmet alımı uygulamaları, kamunun üretkenliğine büyük katkı sağlamıştır"*** diyor ve ilave ediyor; ***"2006 yılında yer altından 1 ton kömürü kamu imkanları ile 125 TL'ye çıkarırken, hizmet alımı uygulaması yolu ile 1 ton kömürü 26 TL'ye çıkarmaya başlamıştır."***[16] Yine sayın yöneticiden ilginç bir cümle; ***"üretimde ve karlılıkta, netice itibariyle geldiğimiz noktada, müfettiş raporlarıyla bu konunun muvazaaya taşınmış olması, açıkça bizim canımızı sıktı, ancak heyecanımızı kırmadı. Zaman zaman bizi zorlayan konular bunlar"*** diyor TKİ yetkilisi.[17] TKİ yetkilisinin bu konuşması dikkatle irdelenecek olursa, hedefin sadece üretimi ve kazancı artırmak olduğu, iş sağlığı ve güvenliği konusunun ise hiç gündeme gelmediği anlaşılıyor. İlginç olan yönlerden birisi de mevzuatın kendilerini ***"zorlaması"*** ve müfettiş raporlarında taşeron ilişkisinin muvazaa olarak tespit edilmiş olmasının ***"can sıkıcı"*** olarak değerlendirilmiş olması. TKİ yetkilisinin bu konuşmayı Soma'daki felaketten 4 sene önce, yani 2010 yılında yapmış olduğu dikkate alınacak olursa, hukuku ayak bağı olarak gören zihniyetin, felaketin hazırlayıcısı olduğu sonucu çıkıyor. Felaket, geliyorum diyor, ama bizim yöneticiler hala üretim ve kazanç peşinde… Ve sonuç ortada…

Özellikle 12 Eylül 1980 askeri darbesi, demokrasiye olduğu kadar sendikal özgürlüğe ve sendikal örgütlenmeye de çok büyük bir darbe vurmuştur. Sendikalı işçi sayısı 1980'den sonra giderek azaldığı gibi, mevcut sendikaların etkisi de en aza indirilmiştir. Bunu Soma örneğinde görmek mümkündür. Sendikaların eğitim, pazarlık, örgütlenme gibi konularda işverenle yapacakları görüşmelerin işçiler için ne kadar önemli olduğunu vurgulamaya gerek yok. İşyeri sendika temsilcilerinin işçilerle işveren arasında iletişim kurarak sorunların çözümünde önemli rol oynamaları beklenir. Ancak bu gün sendikaların hak arama konusunda oldukça çekingen davrandıkları biliniyor. Soma örneğinde, bir çok kurum ve kuruluş elinden geleni yapmaya çalışırken, esas ortada olması gereken sendikadan ses çıkmaması, aslında ülkemizdeki sendikacılığın hazin durumunun somut bir göstergesidir diyebiliriz. Soma'daki işçilerin sendikalı oldukları dikkate alındığında, sendikasızların durumunu anlatmaya gerek yok sanırım.

Türkiye'deki önemli sorunlardan biri de kayıt dışılıktır. Ekonominin yaklaşık % 40'ının kayıt dışı olduğu söyleniyor. Kayıt dışılığın önemli bir

16 Aynı konuşma, sh. 90

17 Aynı konuşma, sh. 90

ayağını da kayıt dışı istihdam oluşturuyor. Madencilik sektöründe de kayıt dışılık oldukça yaygın. Kaçak kömür ocaklarında hiçbir sosyal güvencesi olmayan kayıt dışı işçiler çalışıyor. Kayıtlı işyerlerinde dahi büyük sorunlar yaşanırken, kayıt dışı işyerinin durumunun daha da felaket ve işçiler açısından içler acısı olduğunu söylemeye gerek yok.

SONUÇ

İş hukukundaki temel yükümlülüklerden birisi, işçinin ***"sadakat"*** borcunun karşılığı olarak işverenin de ***"işçiyi koruma"*** borcudur.[18] İşçinin korunması oldukça geniş kapsamlı düşünülmesi gereken bir boçtur. Kapsamının dürüstlük ve iyi niyet kuralları (MK, md. 2) ve diğer mevzuatla birlikte ele alınması gerekir. Anayasa'nın kişiliğin korunması ile ilgili 12 ve 17. maddeleri, Medeni Kanun md. 23, ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddeleri genel bir çerçeve çizerler. İş sağlığı ve güvenliği açısından önemli bir hüküm ise ***"İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür"*** (TBK, md. 417/2) kuralıdır. TBMM'de 20.06.2012 tarihinde kabul edilen 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu oldukça kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Yasada, genel yükümlülük (md. 4), risklerden korunma (md. 5), iş sağlığı ve hizmetleri (md. 6), işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlığı (md. 8), risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma (md. 10), acil durum planları, yangınla mücadele ve ilk yardım (md. 11), tahliye (md. 12), çalışmaktan kaçınma hakkı (md. 13), sağlık gözetimi (md. 15), çalışanların bilgilendirilmesi (md. 16), çalışanların eğitimi (md. 17), çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması (md. 18), çalışanların yükümlülükleri (md. 19), çalışan temsilcisi (md. 20), iş sağlığı ve iş güvenliği kurulu (md. 22), teftiş ve denetleme (md. 24), işin durdurulması (md. 25), idari para cezaları (md. 26) gibi hükümlerin önemleri yadsınamaz.

6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun mantığı ve sisteminin, ortaya çıkan sorunları gidermekten ziyade, muhtemel sorunları önleyici bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır. Çalışanların eğitilmeleri ve sorumluluk almalarıyla yasanın raflardan indirilerek okunup tatbik edilmesine, giderek işyerlerinde sağlık ve güvenlik kültürünün oluşmasına yol açabilecektir.[19]

18 **Sarper Süzek,** İş Hukuku, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2012, sh. 419

19 **Erol Akı,** "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri", Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı 2013 İzmir 2014, Cilt I, sh. 3- 24

Sonuç olarak, Soma faciasından alınacak çok ders olduğu ortada.. Yasaların ve yönetmeliklerin çıkartılması, yürürlüğe sokulması önemli olmakla birlikte, uygulanması daha da önemlidir. Yükümlülerin sorumluluklarının gereği olarak görevlerini iş güvenliği kültürü bilinci içinde yerine getirmeleri ve görevlerini yapmayanlara yaptırımların etkin şekilde uygulanması hukuk düzeninin bir gereğidir. Hukuku ***"ayak bağı"*** ve denetimi de ***"can sıkıcı"*** bulan zihniyetle iş kazaları önlenemez.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Ali ÖNAL[1]

Özet: Kredi kartları, sağladığı avantajlar ve peşin ödeme imkânını ortadan kaldırması nedeniyle tüketiciler tarafından tercih edilen bir araç olmuştur. Bu aracın kullanılması, farklı hukuki sorunları da gündeme getirmektedir. 28.05.2014 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unda (TKHK), 4077 Sayılı Kanun'un aksine kredi kartlarına ilişkin özel bölüm yer almamaktadır. Kredi kartları, tüketici kredileri başlığı altında incelenmiş ve tüketici kredileri hakkındaki hükümlere tâbi olmuştur. Her ne kadar kredi kartları tüketici kredisi olarak belirtilmiş olsa da, kredi kartı sözleşmelerinin kendilerine özel durumları göz önüne alınarak, tüketici kredilerinden ayrı özel başlıklar halinde belirtilmesi gereklidir. Söz konusu hükümler özellikle sigorta hükümleri, kart aidat, hesap işletim ücretleri, faiz ve erken ödeme üzerinde olmalıdır. Çalışmamızda, TKHK ile tüketici kredileri başlığı altında ele alınan kredi kartlarının, belirtilen konularda özel durumları hakkında uygulama ve doktrin bazında yer alan konular üzerine inceleme yapılacaktır.

1. Genel Olarak

6502 Sayılı TKHK kredi kartlarını, ikinci bölümde, "*Tüketici Kredileri*" başlığı altında md. 22'de tanımlamıştır. Buna göre, "*Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir*". Yeni Kanun'a göre kredi kartı sözleşmesinin iki temel unsuru vardır: *i*) İlk olarak kredi kartı sözleşmesinin faiz veya bir menfaat karşılığında düzenlenmesidir. Bu unsur kredi veren menfaatinin sağlanmasını esas almaktadır. *ii*) İkinci olarak ise, ödemenin üç ay ya da daha uzun süre ertelenmesi veya taksit imkânı sağlanması şartıdır. Burada amaç tüketicinin menfaatinin sağlanmasıdır. Söz konusu unsur kredi kartı sözleşmelerine

1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Araştırma Görevlisi

ilişkin asli unsurdur. Zira TKHK salt tüketicileri korumak şartıyla getirilmiş olup, söz konusu unsur da tüketicinin menfaatlerini korumaktadır.

Kanun her ne kadar tüketicinin korunması hakkında hükümler icra etse de, tüketici ile kredi veren arasında edimler dengesini sağlamak amacıyla hareket etmektedir. Bu durum yeni bir anlayıştır. Kanun ile tüketici, taksit veya ödemelerin ertelenmesi ile menfaat elde etmektedir. Bunun yanında kredi veren ise erteleme veya taksit imkânları sunması karşılığında faiz, ücret veya başkaca bir menfaat elde etmektedir. Kanaatimizce yeni Kanun'da tüketici kredisi sözleşmelerinde taraflar arasında edim dengesinin sağlanması, bir şart olarak göze çarpmaktadır.

Yeni kredi kartı düzenlemesinin 4077 Sayılı Kanun düzenlemesine nazaran daha geniş bir uygulama alanı oluşturduğu bir gerçektir. 4077 Sayılı Kanun'da "*Kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan krediler…*" şeklinde düzenlenmekteydi. Yeni düzenleme ile kredi kartları, yalnızca mal ve hizmet alımları için kullanılmaktan çıkarılarak; taraflardan birinin tüketici olduğu her türlü sözleşmede uygulanabilir olmuştur. Bu açıdan Kanun tüketici lehine bir düzenleme getirmiştir. Kredi kartlarının, taraflardan birinin tüketici olduğu her türlü sözleşmede kullanılması durumu, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi başlığı altında incelemesinin bir sonucudur. Kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi başlığı altında düzenlenmesinin bir diğer sonucu da faiz oranına ilişkindir. Buna göre kredi kartı sözleşmeleri, faiz oranının tüketici kredisi sözleşmeleri uyarınca belirlenen miktarı geçemeyeceği koruması altındadır. Bu hukuki korumadan kredi kartı sözleşmeleri de yararlanmaktadır[2]. Bu şekilde kredi kartlarının uygulama içinde daha geniş bir alanda kullanılacağı görülecektir.

2. Kredi Kartı Sözleşmelerinin Şekli Unsurları

Türk hukukunda kural olarak sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Bu durum kural olmakla birlikte, bazı hallerde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Bu kabulün amacı, tüketicinin son defa düşünmesi ve hukuken irade beyanını ifade etmeden önce son defa kararını gözden geçirmesinin istenmesidir[3].

---

2 Ebru Ceylan, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Tüketici Kredisi Hakkındaki Yeni Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C. 88, Özel Sayı, 1, s. 63.

3 Yahya Deryal, 4077 Sayılı Kanuna göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, *Prof. Dr. Erdoğan Morağlu'na 65. Yaş Günü Armağan'ı,* 2. Basım, İstanbul 2001, s. 159; Ece Bilir, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredileri", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C: III,* Ankara 2011, s. 2991.

Kredi kartı sözleşmesinin şekil şartları 4077 Sayılı TKHK kapsamında özel olarak belirtilmişti. 6502 Sayılı Kanun'da ise sözleşmenin şekil şartlarının neler olacağı yönünde md. 5'de kısmen bir düzenleme yapılmıştır. Bu noktada, TKHK'da ayrıntılı olarak şekil şartlarına ilişkin düzenlemenin yapılmasına gerek de duyulmamaktadır. Keza, söz konusu hükümler Banka ve Kredi Kartları Kanunu[4] (BKKK) md. 24 kapsamında ele alınmıştır. Buna göre kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az on iki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak, yazılı sözleşme ile düzenlenecektir[5]. Bu hususun Kanun'da yer alması oldukça manidardır. Zira, bankaların tüketici sözleşmelerini küçük harflerle yazarak, tüketiciyi yanıltma ihtimalinin önüne geçilmektedir[6].

Tüketici kredilerinde şekil şartları bir zorunluluktan öte sözleşmenin geçerlilik şartıdır[7]. Peki sözleşmenin şekil şartlarında eksiklik bulunmasının yaptırımı ne olacaktır? Bu duruma 4077 Sayılı Kanun dönemi uygulamalarından hareketle yorum yapılabilir. 4077 Sayılı Kanun md. 6/6'da kredi kartı sözleşmeleri için benzer şekil şartlarını düzenlemiştir. Kanun hayatın olağan akışı içerisinde karşılaşılan sorunlara paralel olarak konuyu ayrı ayrı iki kısımda ele almıştır. İlk olarak sözleşme şekil şartlarında eksiklik bulunması konusu üzerinde durulmuştur. Sözleşmede sağlanması gerekli olan şekil şartlarında eksiklik bulunması halinde Kanunen bu durum haksız şart oluşturacak[8], sözleşmenin iptali sonucu

4 BKKK kapsamında getirilecek olan düzenlemeler TKHK çerçevesinde değerlendirilecek olup, bu Kanun'un ruhuna aykırı olacak şekilde yorumlanamayacaktır. (Cengiz Kostakoğlu, Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Hakkında Çözüm Önerileri, Beta Yayınları, Üçüncü Baskı, İstanbul 2010, s. 740).

5 Belirtilen durumun tüketiciyi korumak amacıyla getirildiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ebru Ceylan, "Banka Kredi Kartları", *Banka ve Finans Hukuku Paneli,* İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s. 932.

6 Şebnem Akipek, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* S: 3, Ankara 2003, s. 113.

7 Şebnem Akipek, Tüketici Kredisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.260; Aydın *Zevkliler*/ Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 284; Bilir (2011), s. 2992.

8 Yargıtay 13. HD. E. 2008/15042, K. 2009/5386, T. 20.4.2009; "*…sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir.*"

doğurmayacak, bu eksikliklerin kredi veren tarafından derhal giderilmesi söz konusu olacaktır. Eksiklik bulunan şekil şartlarının kredi veren tarafından giderilmesi sonrasında sözleşme tüketiciye tekrar sunulacaktır. Kredi verenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımı idari para cezası olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir Doktrin, sözleşmedeki eksikliklerin taraflarca giderilmesinin mümkün olması nedeniyle, tarafların bu eksikliklere dayanarak sözleşmenin geçersizliğini öne sürmesini hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmektedir[9] [10].

Kanunda şekil şartlarına ilişkin ikinci başlık ise zorunlu şekil şartlarının eksikliğidir. Bilindiği üzere sözleşmelerin asli şekil unsurları vardır. Kredi kartı sözleşmesinde ise bu durumun en bariz örneği taraf iradelerinin uyuşması, sözleşmenin yazılı olarak yapılmasıdır. Sözleşmenin zorunlu unsurlarının bulunmaması temel bir eksiklik olup, sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna varacaktır. 4077 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde doktrindeki yazarlar, sözleşmenin şekil şartlarının kanunen sağlanması gereken bir zorunluluk olması nedeniyle, bu şartlara hiç uyulmamasının yaptırımını butlan olarak belirtmişlerdir[11].

6502 Sayılı Kanun'un 5. maddesi, 4077 Sayılı Kanun'a benzer düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Bu duruma uyulmaması, yani sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması halinde veya birden çok anlama gelmesi durumunda bu hükmün, tüketicinin lehine yorumlanacağı belirtilmiştir[12]. Kanaatimizce hâkim böyle bir durumda, tüketicinin lehine olan durumu tespit etmek amacıyla, tüketicinin dilekçesinde belirtmiş olduğu netice-i talebi ile bağlı olacaktır. Böylece Kanun'da belirtildiği

---

9 Akipek (1999), s. 261; Deryal, s. 161; Ümit Gezder, Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, İstanbul: 1998, s. 23 vd.

10 Doktrinde Ceylan düzeltilebilir şekil şartlarının giderilmemesi halinde sözleşmenin geçersiz olacağını savunmaktadır. Ceylan (2009), s. 933.

11 Akipek,(2003), s. 114. Farklı görüşler için bkz: Türk hukukunda şekil ve şekle uymamanın sonuçları için bkz: Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 272; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Cilt 1, İstanbul 2013, s. 157 vd.

12 Kanun'daki belirsizliklerin veya birden çok anlam çıkmaya müsait durumların tüketici lehine yorumlanması yerinde bir düzenlemedir. Zira 4077 sayılı TKHK döneminde, sözleşmedeki eksikliklerin kredi veren tarafından tek taraflı olarak giderilmesi söz konusu olup, bu durumda yine tüketici aleyhine haksız şart meydana getirme ihtimali mümkündü (Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, Ekin Yayıncılık, 1. Baskı, Bursa 2003, s. 315). Şu halde eksikliklerin veya yanlış anlaşılmaların kredi verenin tasarrufuna bırakılmadan, tüketici lehine yorumlanması hakkaniyetli bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır.

üzere, konusu açık olmayan sözleşme hükümlerinin tüketici lehine yorumlanması mümkün olacaktır. Bunun yanında Kanun düzenlemesinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu sözleşmenin şekil şartları hakkındaki ayrıntıları yine BKKK düzenlemelerine bırakmıştır.

6502 Sayılı Kanun kapsamında şekil şartlarına ilişkin getirilen bir diğer yeni düzenleme de sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüdür. Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere bu düzenlemede amaç; tüketicinin, tüketici sözleşmesini, daha özelde ise kredi kartı sözleşmesini yapmadan önce son kez düşünerek, hangi yükümlülükler ile bağlı olduğunu, neye imza attığını bilmesinin istenmesidir. Düzenlemeye göre kredi verenin ve varsa kredi aracısının, tüketiciye, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi zorunludur. Görüldüğü üzere, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü yalnızca kredi verene değil; kredi aracısına da yüklenmiştir. Bilgilendirme formunun makul sürede verilmesinden kasıt ise sözleşme yapılmadan önce, tüketicinin gerekli araştırmaları yapıp, sözleşme hakkında gerekli düşünme süresine sahip olması imkânının sağlanmasıdır. Bu noktada özellikle kredi kartı sözleşmeleri bakımından uygulamada karşılaşılan, tüketicinin kredi kartı talep etmesine dayanılarak, sözleşme yapılmadan hemen önce bilgilendirme formunun sunulmasının önüne geçilmek istenmiştir.

3. Cayma Hakkı

Cayma hakkı tüketicinin, satıcı ve sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmeden, Kanun'un belirttiği süre içinde tek taraflı olarak vazgeçmesidir. TKHK kapsamında en önemli yeniliklerden biri tüketicilere sözleşmeden cayma hakkının 6502 Sayılı Kanun ile kabul edilmesi olmuştur.

TKHK ile tüketicilere iki çeşit kredi kartı sunulacaktır. İlk ve esas kredi kartı türü kredilendirilmiş kartlardır. Bu kartlar faiz veya benzer bir menfaat karşılığında, ödemeyi üç ay veya daha fazla süreli erteleme veya taksit imkânı sunmaktadır. İkinci tür kartlar ise Avrupa uygulamasında "*Debit Kart*" olarak belirtilen ve tüketicinin mevduatındaki parayı kullandıran, bir çeşit ödeme aracı olarak var olan kartlardır. Bu kapsamda kredi kartı sözleşmeleri ile kast edilen, esasında kredilendirme yeteneği olan kartlardır. Zira TKHK'da kredi kartı sözleşmesi tanımında yer alan unsurların her biri, kredilendirme yeteneği olan kartlarda yerine getirilmektedir. Dolayısıyla TKHK ile tüketici kredileri için getirilen cayma hakkı, tüketici kredilerinin bir türü olan kredi kartı sözleşmeleri, yani kredilendirme yeteneği olan kartlar için geçerlilik arz edecektir.

4077 Sayılı Kanun'da tüketicinin sözleşmeden cayması sadece md. 8 ve 9'da düzenlenen kapıdan satış sözleşmelerinde kabul edilmiştir. Söz konusu hükümde cayma hakkının hukuki niteliği, genel hükümlere göre bir geri alma hakkı olduğu yönünde görüş ileri sürülmüştür[13]. Ayrıca cayma hakkı bir nevi yenilik doğurucu bir hak olduğu yönünde bir kabul mevcuttur[14]. Bilindiği üzere sözleşmeden cayma ve geri alım hakları Türk hukukunda farklı şekillerde düzenlenmiştir[15]. Bu nedenle TKHK'da tüketicinin sözleşmeden vazgeçmesi genel hükümler çerçevesinde çözülmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede tüketicinin fesih, sözleşmeden dönme, iptal gibi bozucu yenilik doğuran[16] haklar vasıtasıyla sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün görülmektedir[17]. Hal böyle olunca 6502 sayılı TKHK ile cayma hakkı prosedürünün, genel hükümlerden ayrılarak, yalnızca tüketicilere özel, tüketici sözleşmeleri göz önünde bulundurularak kabul edilmesi dikkate değer bir yenilik olarak göze çarpmaktadır.

4077 Sayılı Kanun döneminde kredi kartı sözleşmelerinin sona erdirilmesi hakkındaki hükümler BKKK'da düzenlenmiştir. BKKK kapsamında tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, Kanun'un 25/2 düzenlemesinde "*sözleşmeyi feshetmek*" olarak belirtilmiştir. Aynı hüküm BKKK Uygulanması Hakkında Yönetmelik md. 18/2'de düzenlenmiştir[18]. Hem Kanun hem de Yönetmelik hükmüne göre kart hamili, kredi kartını veren kuruma başvurmak suretiyle kredi kartı sözleşmesini feshetmek hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere BKKK ve Yönetmelik kapsamında kredi kartı sözleşmesinin sona erme şekli fesih olarak düzenlenmişken; TKHK'da tüketici kredisi kapsamındaki kredi kartı sözleşmesinin sona erme usulü cayma olarak belirtilmiştir. Şu durumda sona ermenin hukuki niteliği hangi kanuna göre tayin edilecektir?

---

13 Cemal Oğuz, "Kapıdan Satışlarda Tüketiciye Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VIII, S: I-II*, Ankara, s. 35. Her ne kadar cayma hakkı, genel hükümler çerçevesinde bir bozucu yenilik doğuran hak olarak geri alma hakkı gibi ifade edilse de kanaatimizce, TKHK kapsamında cayma hakkı, geri alma hakkı olarak nitelendirilemeyecektir.

14 Zevkliler/ Aydoğdu (2004), s. 250.

15 Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapevi, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, İstanbul, s. 113.

16 4077 sayılı TKHK kapsamında cayma hakkının "*Bozucu Yenilik Doğuran*" veya "*Tüketici Açısından Askıda Geçersiz Bir İşlem*" olduğu görüşler için bkz: Zevkliler/ Aydoğdu (2004), s. 250; Aslan (2006), s. 435.

17 Tamer İnal, Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Kazancı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005, s.420.

18 Yönetmelik md. 18/2: "*Kart hamili, talep etmek suretiyle kartı iptal ettirmek ve sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir. Kartın iptal edilmesine ve sözleşmenin feshine ilişkin kart hamilince yapılan talebin en geç yedi gün içinde kart çıkaran kuruluşça yerine getirilmesi zorunludur…*"

Fesih, sürekli borç doğuran bir sözleşmeyi, ileriye etkili olacak biçimde sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir hukuki muameledir[19]. Fesih olağan, olağanüstü, süreli ve süresiz olmak üzere ayrılır. Cayma ise Türk hukukunda yaygın bir kullanıma sahip olmayan ve doktrinde ağırlıklı görüşe göre dönmenin bir çeşidi olarak gösterilen bozucu yenilik doğuran bir hukuki işlemdir[20]. Bu iki kavram arasındaki temel fark, dönmenin geçmişe etkili, feshin ise geleceği etkili olduğu belirtilerek sınırları çizilmiştir[21]. Dönmenin bir şekli olarak cayma için de aynı durum söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, BKKK kapsamında tüketici kredisinin sona erme şekli olarak düzenlenen fesih hakkı için bu bağlamda kullanılan terim, karışıklığa yol açmakta olup, kanun koyucunun esas olarak belirtmek istediği hususun cayma müessesesi olduğu düşünülmektedir. Zira tüketici kredisi içinde yer alan kredi kartı sözleşmeleri ileriye etkili olarak sona ermektedir. Bu doğrultuda kredi kartı sözleşmeleri için, geçmişte ifa edilen karşılıklı edimlere halel gelmemekte ve karşılıklı ödemelerin ifa edilmesi sonrasında sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona ermektedir. Tüketici kredisi için aynı durum söz konusudur. Buna göre tüketici kredisinde sözleşmenin sona erme usulü TKHK kapsamında düzenlendiği üzere caymadır. Keza, TKHK kapsamında olduğu üzere tüketici, sözleşmeden caydıktan sonra, krediyi geri ödemektedir. Bu durumda geçmişe etkiden söz edilecektir. Hal böyle olunca TKHK ile getirilen cayma müessesesi, BKKK'da belirtilen fesih hakkına göre daha yerinde bir ifade olarak yer almıştır.

Cayma hakkının ne şekilde kullanılacağı TKHK md. 24'de belirtilmiştir. Buna göre tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin cayma hakkı süresi içinde kredi verene yöneltilmiş olması yeterlidir. BKKK kapsamında ise kredi kartı sözleşmesinin feshedilmesine dair bildirimin yapılması sonrasında ilgili kurum en geç yedi gün içinde talebi yerine getirmelidir. Ayrıca kredi veren, cayma hakkı olduğu konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Bu durum TKHK ile yeni getirilen ve kredi verene ekstra mükellefiyet yükleyen bir durumdur. Kanaatimizce, kredi veren cayma hakkı konusunda iyiniyetli tüketiciye cayma hakkı olduğunu bildirmemiş ise, süresi içinde cayma hakkını kullanmayan tüketici, süreyi geçirmesi nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır.

19 Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, 16. Baskı, Ankara, 2012, s. 730 vd.; Serozan, s. 115; Özer Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul 1972, s. 112.

20 Serozan, s. 137;

21 Serozan, s. 118.

Cayma hakkını kullanan tüketicinin krediden faydalandığı hâllerde, tüketici, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri ödeyecektir. Bu süre içinde ödeme yapılmaması hâlinde tüketici kredisinden cayılmamış sayılacaktır (TKHK md 24/3). Söz konusu hüküm kredi kartı sözleşmeleri içinde geçerlidir. Kredi kartı sözleşmesini fesheden tüketici, kredi kartı ile yapmış olduğu harcamaları en geç otuz gün içinde ödemelidir. Bu ödemelerin kapsamına, tüketicinin faiz veya belli bir menfaat karşılığında, üç ay veya daha uzun tarihli ertelenen ödemeleri ile taksitli ödemeleri dâhil olacaktır. Bu şekilde geçmişe etkiden de söz edildiği için, Kanun lafzında belirtilen cayma ifadesinin, uygulanmak istenen amacı taşıdığı görülmektedir. Cayma hakkının düzenlenmesi tüketicinin daha etkin bir şekilde korunmasına hizmet edecek ve tüketicinin baskı altında kaldığı durumlarda etkin bir koruma sağlayacaktır[22].

4. Sözleşmede Yapılacak Değişiklikler

6502 Sayılı Kanun'da tüketici kredisi sözleşmeleri belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler olarak ayrılmıştır. Kredi kartı sözleşmeleri, 4077 sayılı Kanun'da olduğu gibi belirsiz süreli sözleşme sınıfında yer almaktadır. Sözleşmenin süresinin önemi, sözleşme değişiklerinde kendisini göstermektedir. Zira, özellikle faiz oranında meydana gelmesi muhtemel değişiklikler üzerinde, sözleşmenin belirli ve belirsiz süreli olmasının etkisi görülmektedir. 4077 Sayılı Kanun'da olduğu gibi, 6502 sayılı TKHK kapsamında ele alınacak olan sözleşme değişiklikleri faiz dışı değişiklikler ve faiz oranın arttırılmasına ilişkin değişiklikler olarak sınıflandırılmıştır[23].

4. 1. Faiz Dışı Değişiklikler

Kredi kartı sözleşmesinde faiz dışı değişiklikler meselesi öncelikle ele alınmalıdır. Sözleşme değişiklikleri hakkında, 6502 Sayılı Kanun md. 4, "Temel İlkeler" başlığında, 4077 Sayılı Kanun md. 10/1'de düzenlenen temel bir düstura yer vermektedir. Buna göre, sözleşmede öngörülen şartlar, sözleşme süresi içerisinde değiştirilemeyecektir (md. 4/2). Kanun'un temel ilkelerine göre tüketici aleyhine sözleşmenin değişimi yasaklanmıştır. Elbette, ne zaman sona ereceği belirsiz olan bir sözleşme üzerinde, hiçbir surette değişiklik yapılmaması, taraflar arasındaki edim dengesini kredi veren aleyhine bozacaktır. Böyle bir durum da haliyle, Kanun'un

22 Ceylan (2014), s. 65.

23 Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, Ekin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, Bursa 2006, s. 415 vd; Ebru Ceylan, Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 111.

tüketici ile kredi veren arasında tesis etmeye çalıştığı denge zarar görecektir. Bu aykırılığın giderilmesi amacıyla, BKKK md. 25/1'de kredi kartı sözleşmelerinin değiştirilmesi ve değişim usulü belirtilmiştir[24]. Buna göre belirsiz süreli sözleşme niteliğinde bulunan kredi kartı sözleşmesinin değişmesinin mümkün olduğu görülecektir. Ancak md. 25 çerçevesinde sözleşmenin değiştirilmesinin kabul edilmesi TKHK genel hükümlerinde belirtilen sözleşme değişikliği yasağı ile BKKK hükümlerini birbiri ile çatıştırmaktadır. Kanaatimizce var olan çatışma, BKKK hükümleri uygulanmak suretiyle giderilebilir[25]. Buna göre kredi kartı sözleşmesinde faiz dışında yapılacak olan değişiklik kart hamiline bildirilir. Bu değişiklikler bildirimin yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren, tüketicinin değişikliklere sessiz kalarak itiraz etmemesi veya kabul etmesi halinde hüküm ifade edecektir. Bildirimin ait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam olunması halinde, sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiği addolunur. Ayrıca BKKK Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik[26] md. 18'de bu yöndedir[27].

Kredi kartı sözleşmelerinde, faiz dışı yapılacak olan değişiklerin 6502 sayılı TKHK kapsamında düzenlenmemesi eksikliktir. Zira yapılacak değişikler BKKK'na göre yapılabilecek ise de sözleşme değişikliklerinin daha çok kredi veren lehine yapılmaları nedeniyle tüketici aleyhine sonuçlar doğurabilmesi muhtemeldir. BKKK ile tüketicilere faiz dışı sözleşme değişiklerinden kaçınma imkânı tanınıyor olması, TKHK'da bu durumun düzenlenmesi gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. TKHK'un amacı ve ruhuna uygun olarak kredi kartı faiz dışı değişikliklerinin düzenlenmesi yerinde olacaktır.

4. 2. Faiz Oranının Artırımına İlişkin Değişiklikler

6502 sayılı Kanun kredi kartı sözleşmesinde faiz oranının arttırılması hakkında değişiklikler yapılmasını açıkça düzenlemiştir. Bilindiği üzere faiz dışı değişikliklerin yapılması konusu Kanun'da belirtilmemiştir. Söz konusu olan düzenlemeler, kredi kartı sözleşmenin belirli ve belirsiz sü-

24 BKKK md. 25/1: "*Sözleşmede yapılacak değişiklikler kart hamiline bildirilir. Bu değişiklikler bildirimin yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Bildirimin ait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam olunması halinde, sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiği addolunur…*"

25 Aynı yönde görüş için bkz: Aslan (2006), s. 415.

26 Resmi Gazete: 17.12.2010, Sayı: 27788.

27 BKKK Yönetmelik md. 18: "*Kredi kartı sözleşmelerinde yapılacak değişiklikler kart hamiline hesap özeti ile bildirilir. Bu değişiklikler bildirimin yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Bildirimin ait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam olunması halinde, sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiği addolunur.*"

reli olması göz önüne alınarak yapılmıştır. Kanun'un temel ilkeleri çerçevesinde tüketici aleyhine sözleşme şartlarının değiştirilmesi yasağının istisnası olan bu durum, belirsiz süreli tüketici sözleşmesi olan kredi kartları bakımından kabul edilmiştir. Çünkü, belirsiz süreli sözleşmeler olan kredi kart sözleşmesinde, kredi verenin faiz arttırmasını engellemek, Kanun'un temel ruhu olan, kredi veren ile kredi alan arasındaki edim dengesini sağlama amacını bertaraf edecektir. Bu sebeple Kanun koyucu kredi kartı sözleşmesinde faiz artırımına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Belirli süreli tüketici kredilerinde, sözleşme süresi içinde faiz artışına ilişkin düzenlemeler yasaklanmıştır.

Kanun'un 26/2 maddesinde kredi kartı sözleşmelerinin belirsiz süreli tüketici kredisi olmaları nedeniyle, kural olarak faiz artışı serbest bırakılmıştır. Kredi verenin yapacağı faiz oranının arttırılmasına yönelik bu değişiklik, değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilecektir. BKKK md. 25'de bu yöndedir[28]. Söz konusu durum bir zorunluluk olarak kabul edilmiş, ancak kredi veren tarafından bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin yaptırımı düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, Kanun'da belirtilen zorunlulukların yerine getirilmemesi halinde, faiz artışı uygulanmayacaktır. Faiz artırımına ilişkin bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile ödeme aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilecektir. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmeyecektir. Tüm bu değişikler yerinde bir şekilde doktrindeki eleştirilere paralel olarak getirilmiştir[29].

Kredi kartı sözleşmelerinde faiz artışına ilişkin son olarak, hem TKHK hem de BKKK'da belirtilmeyen bir eksikliğe dikkat çekmek istiyoruz. Kanun'da faiz artırımının yapılış usulü belirtilmiş; lakin bildirim şeklinin nasıl olacağı konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu konu taraflar arasında faiz artışı konusunda çıkabilecek olası ihtilâflar ispat hukuku açısından önem taşımaktadır[30]. Bu noktada bildirimin, hesap

28 BKKK md. 25: "*Faiz oranının artırılması durumunda ise bu değişikliğin hüküm ifade edebilmesi için otuz gün önceden kart hamiline bildirilmesi zorunludur. Kart hamili faiz artırımına ilişkin bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcunu ödeyip kredi kartını kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.*"

29 Ceylan, s. 113; Mehmet Bahtiyar, "Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Sözleşmenin Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. Maddelerinin Değerlendirilmesi", *5464 Sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Değerlendirilmesi ve Yol Açtığı Sorunlar*, İstanbul 2009, s. 70-86.

30 Ceylan (2009), s. 937.

döneminden ne kadar önce yapılması gerektiği konusunun Kanun'da düzenlenmesi meydana gelecek uyuşmazlıklarda, ispat hukuku açısından taraflar arasında kolaylık getireceği aşikârdır.

5. Erken Ödeme

İfa zamanı, borçlunun borcunu ifa edip, yerine getireceği zaman olarak belirtilmektedir[31]. İfa zamanı vadeye bağlı olarak süreç içine yayılabileceği gibi herhangi bir vade olmadan da ifa edilebilir. Kural olarak vadeye bağlanmamış olan borçlarda, hem alacaklı hem de borçlu borcun ödenmesini her zaman talep edebilir. Ancak vadeye bağlanmış olan borçlar bakımından, alacaklı borcun vadesinden önce ödenmesini isteyemeyeceği gibi; borçlu da dilerse vadesinden önce ödeme yapabilir. Bu durumda erken ifa söz konusu olacaktır. Bu durum Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 96'da düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilecektir. Ancak, borçlunun kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olan hallerde erken ödeme yapması halinde, kendisine indirim yapılmayacaktır[32].

Görüldüğü gibi genel hükümler uyarınca erken ifada (ödeme) bulunan borçlu hakkında herhangi bir indirimde bulunulması kanun, adet ve sözleşme gereği olmayan hallerde yasaklanmıştır. 4077 sayılı TKHK "*Tüketici Kredisi*" başlığını taşıyan md. 10/4 hükmü, tüketicinin erken ödemede bulunması halinde kredi verene faiz veya komisyon indirimi yapması hakkında yükümlülük yüklemiştir. Şu halde TKHK düzenlemesi, TBK md. 96'nın kanuni istisnası olarak yer almaktadır.

Tüketici kredisi sözleşmeleri, tüketim ödüncü (karz) sözleşmelerinin bir çeşididir[33]. Tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin bir miktar paranın veya tüketilebilen misli bir şeyin kullanılmasını sağlamak üzere mülkiyetini ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda geri vermeyi üstlendiği bir sözleşmedir (TBK md. 386). Tüketim

31 Akipek (1999), s. 164.

32 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2012/27053, K. 2012/27475, T. 29.11.2012; "*Taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin faiz türüne göre, davacıdan kredi borcunun erken kapatılması halinde erken kapama ücretinin tahsilinde yasal olarak hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte uygulamada sık rastlanıldığı üzere; faiz oranlarındaki düşüş nedeniyle, bankalarca yeni faiz oranları üzerinden ödeme miktarları ve tarihlerinin yeniden yapılandırılması yoluna gidildiği, bu işlem yapılırken bir kısım bankalar tarafından ek sözleşme adı altında bir sözleşme tanzim edildiği, bir kısım bankalar tarafından ise eski sözleşmenin feshedilerek yeni bir sözleşme tanzim edildiği bu işlemler esnasında ise kredi borçlularından farklı isimler altında ücretler tahsil edildiği anlaşılmakta ise de, yeniden yapılandırma işleminin yasada belirtildiği şekilde bir erken ödeme niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.*"

33 Sabih Arkan, "Tüketici Kredisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,* Ankara 1995, s. 27; İnal, s. 423.

ödüncü sözleşmesinin konusunu ancak para ve tüketilebilen misli şeyler oluşturabilir. Tüketim ödüncü sözleşmesi kural olarak ivazsız şekilde yapılır. Bir diğer ifade ile taraflar kendi aralarında ödünç verilen para için faiz ödenmesini kararlaştırmamış ise faiz ödemek gerekmez. (TBK md. 387/1) İvazlı tüketim ödüncünde ise taraflar faiz ödenmesini şart olarak kabul etmiş iseler, faiz ödenmesi gerekecektir[34]. İvazlı (faizli) tüketim ödüncü sözleşmelerinde kabul edilen vadeye kadar, ödünç alanın erken ödeme yapması kural olarak mümkün değildir. Ancak, ödünç alan erken ödeme ile birlikte faiz vermeyi de kabul ediyor ise şu halde ivazlı tüketim ödüncü sözleşmesinde erken ödemede bulunabilir[35]. Buna karşın, bilindiği üzere TKHK, tüketicinin faiz ve masraf indiriminden yararlanarak erken ödeme yapmasını mümkün kılmaktadır.

Erken ödeme düzenlemesinin kredi kartı sözleşmesi bakımından neticeleri önem arz etmektedir. 4077 Sayılı Kanun'da "*Kredi Kartları*" başlığını taşıyan md. 10/A'da, tüketici kredisi düzenlemesinin uygulanmayacak hükümleri belirtilmiştir. Buna göre, md. 10'da belirtilen tüketici kredisinde erken ödeme düzenlemesi, md.10/A kredi kartları için uygulanmayacaktır. Kanaatimizce, şu halde kredi kartı sözleşmeleri bakımından erken ödeme müessesesi genel hükümler uyarınca mümkün olup, TKHK kapsamında kredi verenin yapmakla mükellef olduğu faiz ve komisyon indirimleri geçerli olamayacaktır.

6502 Sayılı TKHK kapsamında tüketici kredilerinin erken ödenmesi konusu ayrı bir başlık altında md. 27'de düzenlenmiştir. Buna göre tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür. Görüldüğü üzere kanun koyucu yeni Kanun'da da TBK md. 96 düzenlemesinin kanuni istisnası olmaya devam etmektedir.

Kredi kartları sunmuş oldukları hizmet çeşitliliği ve taraf sayısına göre farklı tasniflere ayrılmıştır[36]. Şüphesiz bu ayrımlar bizler için de önem arz

34 Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 12. Basım, Ankara 2013, s. 379; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapevi, C: 1, İstanbul 2012, s. 449.

35 İnal, s. 423.

36 "*Bu çerçevede kredi kartları, kartı ihraç eden kurum bakımından, kredi kartı kurumları tarafından çıkarılan kartlar ve doğrudan mal satan ya da hizmet sunan işletmeler tarafından çıkarılan kartlar olarak ikiye ayrılabilir. Esasen bu ayırım sistemin işleyişi bakımından da çok önemlidir ve uygulamada iki taraflı sistem ve üç taraflı sistem çerçevesinde çıkarılan kartlar olarak adlandırılmaktadır, ayrıca doktrinde bu ayırım genişletilerek mevcut ayırıma karma sistem de dâhil edilmektedir*." Akipek (2003), s. 106; Ömer Teoman, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2. Bası, İstanbul 1996. s. 41 vd.

etmektedir. Ancak 6502 sayılı Kanun kredi kartı çeşitliliğini ikiye ayırarak incelemiştir: Debit kart ve kredilendirme özelliği olan kartlar. TKHK kapsamında yer alan erken ödeme düzenlemesinin, kart tiplerine göre ayrıca incelenmesi yerinde olacaktır.

5. 1. Debit Kartlar Bakımından Erken Ödeme

Bilindiği üzere TKHK ile bankalar müşterilerine debit kart ve kredilendirme yeteneği olan kartlar olmak üzere iki çeşit kart sunmak zorundadır. Debit kartlar, kullanıcısına sadece mevduat hesabında bulunan parayı kullanma imkânı veren, taksitlendirme veya ödemeyi erteleme özelliği bulunmayan, aidatsız olarak kullanılan kartlardır. Hal böyle olunca bu kartlar kredi kartı sözleşmesinin niteliklerini barındırmadığı için TKHK kapsamında kredi kartı olarak değerlendirilemeyecektir.

Debit kartlarda, tüketicinin kart kullanımından kaynaklanan borçlarını erken ödemesi halinde, sözleşme TKHK hükümlerine tâbi olmayacağı için herhangi bir faiz veya komisyon indirimi gündeme gelmeyecektir.

5. 2. Kredilendirme Özelliği Olan Kartlar Bakımından Erken Ödeme

Yeni Kanun ile getirilen ikinci düzenleme kredilendirme özelliği olan kredi kartlarıdır. Bu kartlar, TKHK kapsamında tanımı yapılan kredi kartı sözleşmeleri sonucunda tüketicinin kullanımına sunulacak olan kartlardır. Kredilendirme özelliği olan kredi kartları, tüketicinin yapmış olduğu alış verişlerde, ödemeyi üç ay veya daha uzun süre ileri tarihe erteleme veya taksitle ödeme imkânı sunma gibi özelliklere sahiptir. Ancak kredi kartının sunmuş olduğu bu özellikler neticesinde, kredi kartını veren banka yıllık ücret veya faiz isteyebilecektir.

4077 Sayılı TKHK'da yalnızca tüketici kredileri için var olan ve kredi kartı sözleşmeleri için öngörülmeyen erken ödeme müessesi, 6502 sayılı TKHK'da ayrıma gidilmeden tüm tüketici kredileri için kabul edilmiştir. Dolayısıyla kredilendirilmiş kredi kartları için de eski uygulamanın aksine erken ödeme kabul edilmiştir. Kredi kartı, tüketicinin taksitli veya üç aydan daha uzun süre vadeli olarak yapacağı alış verişlerde, ödemelerini vadeden önce yapması tüketiciye faiz indirimi veya ücretlerde indirim şeklinde yansıyabilecektir.

6502 Sayılı Kanun ile tüketiciye erken ödeme imkânı sunulmuş ve bu erken ödeme sonrasında kredi verenin bir takım indirimler yapmasının önü açılmıştır. Tüketicinin, kredi kartı borcunu kısmen veya tamamen erken ödemesi halinde tüm faiz ve diğer giderler hakkında indirim yapmakla yükümlü tutulmuştur. 4077 Sayılı Kanun döneminde var olan "*faiz veya komisyon indirimi*" genişletilerek, tüm giderlerin indirime tâbi

tutulması imkânını getirmiştir. Şüphesiz bu durum olumlu bir değişikliktir. 4077 Sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tüketici Kredisinde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyet Oranını Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'e[37] göre erken ödemeden kasıt, tüketicinin ödemesi gereken taksitlerin bir kısmının veya tamamının vadesinde önce ödenmesi olup, bu takdirde indirim tutarlarının miktarlarının da ne şekilde hesaplanacağı tablolar halinde belirtilmiştir. 6502 Sayılı Kanun düzenlenmesinde erken ödemenin sonuçlarının ne şekilde olacağı belirtilmemiştir. Bu konuda Bakanlığın düzenleyeceği yönetmelik sonrasında, erken ödemenin sonuçlarının ne olacağı daha iyi anlaşılacaktır.

6. Temerrüt Faizi Sorunu

Temerrüt, alacaklı veya borçlunun muaccel olmuş bir borcun gereği gibi yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilen borcun kabul edilmemesi şeklinde ifade edilmektedir[38]. Temerrüt faizi sorunu tüketici kredileri için önem arz etmektedir. Temerrüt konusunu kredi kartı sözleşmeleri açısından önemli kılan mesele, temerrüde düşen borçlunun, hangi tarihten itibaren temerrüde düştüğü konusunda farklı uygulamalar ve görüşler olmasıdır[39]. 4077 Sayılı TKHK bu konuda başlangıçta herhangi bir hüküm ifade etmezken; 4822 Sayılı Kanun değişikliği sonrasında 4077 Sayılı TKHK'a kredi kartı sözleşmeleri hakkında geçici hükümler[40] ile birlikte 10/A-2 hükmü[41] kabul edilmiştir. 6502 sayılı TKHK md. 28'e göre temerrüt; "*Belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kredi veren, borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.*" şeklinde düzenlenmiştir.

37 Resmi Gazete Sayı: 25186, Tarih: 1.8.2003.

38 Kılıçoğlu, s. 677; Oğuzman/ Öz, s. 361 ve 470 vd.

39 Aslan (2006), s. 421.

40 Geçici Madde 1- *Bu Kanunun yayımından önce borçlunun temerrüdü nedeniyle ödenmeyerek icra takibi aşamasına gelen veya icra takibine konu edilen kredi kartı borçları, temerrüt tarihindeki ana paraya, yıllık yüzde elliyi geçmemek üzere gecikme faizi uygulanmak suretiyle on iki eşit taksitte ödenir. Kredi kartı borçları nedeniyle gerçekleştirilen her türlü takip, yukarıda yer alan hükme göre ilk taksitin ödenmesiyle durur ve son taksitin ödenmesiyle birlikte tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu madde hükümleri, tüketicinin kredi verene, Kanunun yayımı tarihinden itibaren otuz gün içinde yazılı müracaat etmesi halinde uygulanır.*

41 Madde 10/A "*Kredi veren faiz artırımını otuz gün önceden tüketiciye bildirmek zorundadır. Kredi veren tarafından artırılan faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcu ödeyip kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.*"

Görüldüğü üzere yapılan düzenleme belirli süreli tüketici kredisi sözleşmeleri açısından geçerli olacak olup, belirsiz süreli sözleşme niteliğindeki kredi kartı sözleşmeleri açısından temerrüt hükümleri bakımından herhangi bir yenilik mevcut değildir. Bu durum yine belirsiz nitelikli sözleşme olan kredi kartı sözleşmeleri açısından, temerrüt faizinin işleme anı bakımından kesinlik meydana getirmediği için geçmiş Yargıtay uygulamalarını daha da önemli hale getirecektir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre ise temerrüt tarihi, bankanın kredi kartı sahibine gönderdiği ihtarnamenin tüketicinin eline ulaştığı tarihtir. Eğer kredi veren tüketiciye ödeme yapması için süre tanımış ise bu süre sonunda tüketici temerrüde düşmüş sayılacaktır. Yargıtay bir kararında "*...Somut olayda davalı bankaca hesap 17.6.2003 tarihli ihtarname ile kat edilip davacıya bildirilmiştir. Bu ihtarname davacıya 24.6.2003 tarihinde tebliğ edilmiş ve verilen 7 günlük ödeme süresi gözetildiğinde davacı 2.7.2003 tarihinde temerrüde düşmüştür. Mahkemece davacının 2.7.2003 tarihinde temerrüde düştüğü gözetilmeden 6.3.2003 tarihini temerrüt tarihi olarak kabul eden bilirkişi raporu benimsenerek karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...*" şeklinde karar vermiştir[42]. Ayrıca tüketiciye, ihtarname göndermek yeterli olmayıp, bu ihtarnamenin usulüne uygun gönderilmesi ve tüketiciye ulaşması gerekmektedir. Yine bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda, "*...Davacı alacaklı tarafından Gebze 6. Noterliğinden 22.05.1998 gün ve 21538 yevmiye sayılı davalıya muhatap ihtarnamesinde kredi kartı hesabının 22.05.1998 tarihi itibariyle kat edilerek sözleşmenin feshedildiği, bu tarihteki borcun 247.198.114 TL olduğu, vs. bildirilmiş, bu ihtarname ekinde hesap özeti de gönderilmiş, muhatap adresten ayrıldığından muhatabına tebliğ edilememiştir. Şu durumda ihtarname usulünce tebliğ edilmediğinden direnim faizi uygulanmasına olanak bulunmadığı açıktır...*" şeklinde hüküm vermiştir[43] [44]. Kredi kartı sözleşmeleri hakkında temerrüt tarihi ve temerrüt faizinin ne olacağına ilişkin düzenlemelerin yapılmamış olması, görüldüğü gibi Yargıtay içtihatlarını daha da önemli hâle getirmektedir.

---

42 Yargıtay 13. HD. E. 2004/16245, K. 2005/1031, T. 2008.1.2005.

43 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 2002/264,, E. 2002/19-266, T. 10.04.2002, Mustafa Çeker, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçlar" *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2004, s. 419.

44 Yargıtay 19. HD. K. 2002/262, E. 2001/3755, T. 17.01.2002; "*Davacı banka tarafından hesabın katına ilişkin olarak davalıya keşide edilen ihtarnamenin tebliğ edilmeden iade olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalının takip tarihi itibariyle temerrüde düştüğünün kabulü gerekir.*" Çeker, s. 419.

7. Kredi Kartı Sözleşmelerinde Tüketici Lehine Sigorta Yaptırılması

6502 Sayılı Kanun ile gelen en ciddi yeniliklerden bir diğeri de tüketicilerin, tüketici kredisi kullanmaları halinde kendilerine hayat sigortası yapılması hakkındadır. Kredi kartı sözleşmeleri de tüketici kredisi olması nedeniyle bu durum kredi kartı sözleşmeleri için de geçerli olacaktır. Kanun'un 29. maddesi, "*Tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamaz. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir*." şeklinde düzenlenmiştir.

4077 Sayılı Kanun döneminde tüketicilerin en büyük sorunlarından biri de kredi verenlerin tek taraflı iradeleri ile tüketici lehine hayat sigortası yaptırmaları ve bu hayat sigortasının primlerini tüketici rızası dışında ödetmeleridir. Kanun düzenlemesi ile öncelikle bankaların, tüketici kredisi, daha özelinde kredi kartı temin etmesi halinde tüketici lehine tek taraflı olarak hayat sigortası yapılmasının önüne geçmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında bu durum taraflar arasında denge kurulmak suretiyle çözüme kavuşturulmuştur[45]. Yargıtay'ın bir kararında; "*… her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda alınan sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır, zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşılıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir*" şeklinde karar verilmiştir. Yargıtay'a göre tüketici kredisi sözleşmeleri yapılırken hayat sigortası yapılması, bu konuda tüketicinin onayı olmasa dahi, tüketicinin menfaati olduğu gerekçesiyle haksız şart olarak nitelendirilemeyecektir. Zira haksız şartın varlığının mevcut olması için gerekli olan üç unsurdan tüketicinin menfaatinin tek taraflı olarak zedelenmesi unsuru bu durumda sağlanmamaktadır.

6502 Sayılı Kanun tüketici kredisi ile ilgili olarak sigorta sözleşmesi yapılmasını tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı yoluyla açık izni olması halinde mümkün kılmıştır. Şu halde sigorta yaptırılmasına ilişkin

45 Yargıtay 13. HD. 2013/924, K. 2013/4474, T. 26.2.2013.

hükümleri, tüketici kredisi sözleşmesi türü olan kredi kartı sözleşmesine ne şekilde uygulanacaktır? Kanaatimizce bu durumda, kredi kartının türünden hareketle bir yorum yapılması faydalı olacaktır. İlk olarak kredilendirme özelliği olan kredi kartlarında, tüketici lehine hayat sigortası yapmanın faydası mevcuttur. Zira tüketici, bu kartları kullanması esnasında yapacağı alış verişlerde, taksitlendirme imkânına veya ödemeyi ileri bir tarihe erteleme hakkına sahip olacaktır. Dolayısıyla kredi ödenmeden önce tüketicinin ölümü halinde kredi bedeli hayat sigortasından sağlanacaktır. Tüketicinin, kredi ödemesi sona erdiği takdirde ise hayat sigortası primleri tüketici lehine devam edebilecek veya sonlandırılabilecektir. Hal böyle olunca tüketici lehine bir durumun olduğu açıktır.

Tüketiciye alış verişlerinde kredilendirme hizmeti sunmayıp, tüketicinin hesabında bulunan mevcut miktarı kullanmasına yardımcı olan debit kartlarda ise hayat sigortası yaptırmanın tüketicinin lehine herhangi bir fayda sağlamayacağı açıktır. Ancak buna rağmen tüketici dilerse, kullanmış olduğu kart bakiyesinin miktarı kadarı olan meblağı hayat sigortası yaptırabilir. Tüketicinin debit kart başvurusu yapacağı sırada, kendisinin yazılı izni ile veya kalıcı veri saklayıcısı yoluyla bu durum mümkündür. Bu konuda kıyasen uygulanması mümkün olan ve Yargıtay'ın 4077 Sayılı Kanun döneminde tüketici ve konut kredileri hakkındaki yerleşmiş içtihatları da aynı yöndedir[46].

Kanun düzenlemesinde dikkat çeken bir diğer konu ise hayat sigortası sözleşmesinin yapılması halinde sigortanın kim tarafından yapılacağına kimin karar vereceğidir. 4077 Sayılı Kanun döneminde, bu konuda herhangi bir düzenlemenin olmaması, boşluk meydana getirmesinden dolayı

46 Yargıtay 13. HD. E. 2012/23738, K. 2012/ 25211, T. 8.11.2012; *…Ne var ki incelenen dosya içeriğine göre, davacıdan yapılan tahsilatlar içerisinde, dosya masrafı ve komisyon ödemeleri dışında, sözleşme kapsamında alınan sigorta bedeli ile ekspertiz ücretinin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki; her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır zira, sözleşmenin bir hükmü, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağlıyorsa, bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Davalı bankanın kredi borçlusunun hayat sigortası yapılmasındaki asıl amacının kredi borcunun teminat altına alınması olduğu, ancak belli bir prim ödeme borcu getirmekle birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında davacı sigortalının da bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında davadan tahsil edilen sigorta primlerinin ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğu gerekçesiyle ödenen primlerin davalıdan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*" Aynı yönde karar için bkz: Yargıtay 13. HD. E. 2011/5556, K. 2011/7757, T. 11.5.2011.

bankalar tarafından suiistimal edilmekteydi. Hayat sigortaları, bazen bankanın kendisi tarafından yapılmakta, bazen de bankaların belirli komisyonlar ile anlaştıkları sigorta şirketleri tarafından yaptırılmaktaydı. Bu durumun tüketici aleyhine yol açtığı haksızlıklar nedeniyle 6502 Sayılı Kanun açıkça düzenleme getirmiştir. Buna göre hayat sigortası ile ilgili olarak talepler iki aşamada toplanmaktadır: İlk olarak tüketici, talep edeceği kredi kartı ile alakalı hayat sigortası yaptırmak istiyor ise bunu açıkça yazılı bir şekilde veya kalıcı veri saklayıcısı yoluyla dile getirmelidir. İkinci olarak ise tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Böylece kredi verenin keyfi olarak sigorta şirketleri ile anlaşıp, tüketiciyi mağdur etmeleri engellenmektedir.

8. Hesap İşletim Ücreti ve Kart Aidatları

Kredi kartı sözleşmeleri hakkında en çok uyuşmazlığın olduğu konu, kredi kartı kullanımı sonrasında, kart hamiline, kredi sunan tarafından bir takım isimler altında ücretler ödettirilmeye çalışılması hakkındadır. Söz konusu konu BKKK ve TKHK kapsamında ele alınmasına rağmen uygulamada halen sorunlara rastlanmakta ve tüketici mağdur edilmektedir.

Bankalar mevduat kabul etmeleri yanında, kredi hizmeti sunan kuruluşlardır. Bankaların bu noktada yapacakları faaliyetler Bankacılık Kanunu (BankK) md. 4'de gösterilmiştir. Bankalar, BankK. md. 4'de gösterilen faaliyetleri yerine getirirken olabildiğince fazla müşteri portföyüne sahip olmak istemektedir. Bu bağlamda kredi kartı hizmetleri bankaların müşteri sayısını arttıran; aynı zamanda da müşteri lehine imkânlar sunan bankacılık faaliyetidir.

Bankaların, kredi kartı sözleşmelerine dayanarak tahsil etmiş oldukları kart aidat ve ücretlerinin hukuki dayanağı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 20[47] hükmüdür[48]. Kanun hükmü tacirlerin vermiş oldukları hizmetler karşılığında ücret isteme hakkını düzenlemektedir. Bankaların anonim şirket olarak kurulmaları zorunlu olup, bu bağlamda tacirlerin sahip oldukları yükümlülüklere sahiptir. Bu özellikleri nedeniyle bankalar TTK md. 20 hükmünü kendi lehlerine yorumlayarak vermiş oldukları hizmetin bedelini almak istemektedirler.

47 TTK md. 20: "*Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca, tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır.*"

48 Oya Şahin, "Bankalar tarafından "Kredi kart üyelik ücreti-kart aidatı" adı altında tahsil edilen bedellerin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun karşısındaki durumu" *İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabetin Korunması Hukuku, Özel Sayı: 6*, İstanbul s. 86.

TTK'nın tacirler lehine getirmiş olduğu olumlu durum karşısında, özellikle TKHK ve BKKK hükümleri de tüketiciler lehine haklar sağlamaktadır. İlk olarak, BKKK kapsamında kart hamilinden ücret alınmasına ilişkin esaslar md. 13/2 ve 24/4'de farklı iki hüküm içinde düzenlenmiştir. BKKK md. 13/2'e göre "*Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartlarına uyguladıkları faiz, gecikme faizi, yıllık ücret ve her türlü komisyon oranları ile istenilen diğer bilgileri kamuoyuna yayınlanmak üzere aylık olarak Kuruma iletir. Yayınlanacak bilgi ve belgelerin içeriği ve yayınlama usul ve esasları Kurulca belirlenir*." Söz konusu hükümden kredi kartı sözleşmeleri kapsamında kredi verenin komisyon ücreti alacağı anlaşılmaktadır. Keza, kredi verenden aylık alacakları kredi kartı komisyon ücretlerinin Kurum'a (Kurumdan kasıt, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumudur) bildirilmesi gerekeceği belirtilmiştir.

BKKK'nda düzenlenen bir diğer hüküm md. 24/4 "*Kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle, sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili iki hüküm arasında çelişki varmış gibi bir izlenim doğmaktadır. BKKK md. 24/4'e göre kart hamilinden hiçbir surette faiz, komisyon veya masraf istenemeyeceği görülmekte ise de, Kanun metninde belirtilen "*…sözleşmede yer almayan…*" ibaresi meselenin yönünü değiştirmektedir. Gerek BDDK gerek TKHK kapsamında kart ücreti istenemeyeceğinin belirtilmesine rağmen bankalar TTK md. 20 hükmü ile birlikte "*…sözleşmede yer almayan…*" hususlar nedeniyle verilen hizmetleri ücretlendirmektedir. Bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır. Keza BKKK md. 24/1 bu durumu düzenlemekte ve tüketiciden sözleşme nedeniyle istenecek olan ücretler konusunda ayrıntılı bilgilendirme yapılması gerekliliğinden bahsetmektedir. Bu bilgilendirme sonucunda tüketicinin izni ve onayı ile ücretlendirme yapılacakken; bilgilendirme yapılmayan konularda ücretlendirme yapılmasının önüne geçilmektedir.

Bankaların tüketiciden, kart aidatı veya kart ücretlerinin istenebilmesi için BKKK'da iki temel şart ön görülmüştür: İlk olarak md. 24/4 uyarınca, kart ücretinin istenebileceğine dair hüküm sözleşmede usulüne uygun bir şekilde yer alması gereklidir. Bu çerçevede yine BKKK md. 24'de düzenlendiği üzere sözleşme en az on iki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı şekilde düzenlenmek suretiyle şekli şartlar yerine getirilmelidir[49]. İkinci olarak ise sözleşmede yer alan, kart ücret ve aidatlarına ilişkin yükümlülükler hakkında tüketiciye ayrıntılı bilgiler verilmelidir.

49 Söz konusu durum daha önce belirtilmiştir. Bkz: s. 2.

Kanaatimizce bu noktada verilmesi gereken bilgiler aylık veya aidat tutarının miktarı, hangi süre içinde ücretin kesileceği ve ödemenin zamanı konularında olmalıdır. Bunun yanında söz konusu bilgilendirme üstün körü olmayıp, ayrıntılı bir şekilde olmalıdır. Tüketicinin karşılaşacağı her türlü durum hakkında bilgilendirme yapılmalıdır.

4077 Sayılı TKHK md. 10/A-4'de ayrı bir durum belirtilmiştir. Buna göre "*Mal veya hizmetin kredi kartı ile satın alındığı durumlarda, satıcı veya sağlayıcı, tüketiciden komisyon veya benzeri bir isim altında ilave ödemede bulunmasını isteyemez*". Söz konusu düzenlemede dikkat çeken husus, tüketicinin yalnızca mal veya hizmet alımlarında kart ücreti veya aidatına maruz kalmayacağının belirtilmesidir. Bu durum 4077 sayılı Kanun kapsamındaki kredi kartı sözleşmelerinin tanımına uygundur. Bunun yanında tüketicinin mal veya hizmet alımları dışında kredi kartını kullanması, kart aidatı veya ücretini ödemekle mükellef olduğu şeklinde yorumlanabilir.

4077 Sayılı Kanun ve BKKK'nın 13 ve 24. maddelerinde belirtilen şartların uygulanmamasının yaptırımı maddeler kapsamında belirtilmemiştir. Uygulamada özellikle sorunların kaynağı bu durumdur. BKKK'nda yaptırımı belirtilmeyen bir konu hakkında, bankalar kendileri lehine kanuni hükümleri dayanak göstererek işlem yapmaktadır. Bankaların, kredi kartı tüketicilerinden almış oldukları kart aidat ve ücretleri hakkında Yargıtay'ın çeşitli kararları mevcuttur. Yargıtay bir kararında,[50] "*satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır*" hükmünü göze alarak, kredi kartını temin eden bankanın, söz konusu maddelere alenen aykırılık taşıyan hükümleri nedeniyle kart ücreti alamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda kredi kartı tedarikçisi bankanın, BKKK ve TKHK kapsamındaki hükümlere muhalif hareket etmesini, yine TKHK md. 6'da düzenlenen haksız şart hükümleri çerçevesinde değerlendirmiştir. Bir diğer ifade tarzı ile Yargıtay, bankanın şekil şartlarına aykırı hareket etmesi ve tek taraflı olarak tüketici aleyhine kart ücreti talep etmesini haksız şart şeklinde yorumlanmıştır.

Yargıtay'ın bankaların aldıkları kart ücretleri hakkında bir diğer kararı daha da dikkat çekicidir. Yargıtay vermiş olduğu karar da kart ücretleri bankaların vermiş oldukları hizmetlerin karşılığı olarak görülmektedir. Bir kararında Yargıtay, bankaların kâr amacıyla kurulan müesseseler ol-

50 Yargıtay 13. HD. E. 2008/4345, K. 2008/6088, T. 2.5.2008. Aynı yönde Yargıtay kararları için Bkz: 11 HD. E. 2009/ 2029, K. 2009/2700, T. 9.3.2009. Kazancı Hukuk Yayımcılığı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 2.1.2014.

duğunu, bu nedenle gördükleri hizmetin karşılığını isteyebileceklerini, ayrıca çok sayıda banka bulunduğu için tüketicinin yükümlülüklerini yerine getirmek kaydıyla dilediği bankadan kredi kartı kullanma hakkına sahip olduğunu belirtmiş; kredi kartı hizmetinin banka açısından riskli olduğu ve bankanın bu riski tüketici ile paylaşmasının anormal bir durum olmadığına değinmiştir[51]. Ayrıca bankaların BKKK'nın 25. maddesi gereği belirledikleri ücreti, kart kullanıcılarından istediklerinde bunu ödemeye yanaşmayan kişileri sözleşme yapmaya zorlanamayacakları gibi, mevcut sözleşmeleri de bundan sonra sürdürmeye devam etmeyecektir.

6502 Sayılı Kanun kart aidatları ve ücretleri konusunu, geçmişte uygulamada yaşanan sorunlara binaen daha kesin bir biçimde ele almıştır. Kanun'un 31/3. maddesi "*Kart çıkaran kuruluşlar, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu noktada kart çıkaran kuruluşlardan kasıt, dar anlamda bankalar olmakla birlikte geniş anlamda, mevduat kabul etme gibi esas bankacılık faaliyetleri ile iştigal etmeyen ancak kart çıkarma yetkisi bulunan kredi kuruluşları ifade edilmektedir[52]. Kart çıkaran kuruluşlara Kanun ile iki yükümlülük yüklenmektedir: ilk olarak kart kuruluşları yıllık aidat alınmayan, ücret istenmeyen, tüketicinin harcamaları vadelendirme gibi özelliği olmayan bir kart çeşidini sunmak zorundadır. Her ne kadar ismi belirtilmese de hüküm ile kast edilen husus debit kartlardır. Bankaların böyle bir kart hizmeti sunmak ile menfaati, tüketicinin harcadığı miktar kadar hesabında bulunan ücreti işletmek suretiyle bankanın gelir elde etmesidir. Bilindiği üzere debit kartlar kredi kartı sözleşmeleri bünyesinde yer almamaktadır. İkincil olarak ise bankalar kredilendirme özelliği olan, Kanun'un 22. maddesinde belirtilen üç ay veya daha uzun süre ödemeleri erteleme imkânı olan ya da taksitlendirme niteliği bulunan; ancak bu hizmetleri faiz ve benzeri bir menfaat karşılığı yerine getiren kart çeşidini tüketicinin kullanımına sunmak zorundadır. Belirtilen iki kart türünün tüketiciye sunulması Kanun'da yükümlülük olarak belirtilmiştir. Kanaatimizce bu şekilde tüketicinin kredi kartı kullanması kolaylaştırılmış; aynı zamanda bankalara yıllık ücret ve aidat alma hakkı yasal olarak tanınmıştır. Görüldüğü üzere TKHK genelinde kabul edilmiş bulunan sistem hem tüketici hem de kredi veren lehine hükümler getirmiş ve edimler dengesini tesis etmiştir.

Kanaatimizce, 6502 Sayılı Kanun düzenlemesi uygulamada yaşanan

51 Yargıtay 13. HD, E. 2010/14259, K. 2011/4306, T. 22.3.2011.

52 Kredi kurumları ifadesi daha çok Avrupa Birliği hukuku kapsamında bankacılık hizmetleri veren kurumlar için kullanılmaktadır.

sorunları çözücü mahiyettedir. Zira hem bankaların hem de tüketicilerin talepleri göz önünde bulundurularak bir hareket tarzı belirlendiği gözlenmektedir. TTK md. 20 bankaların tacirlik vasfı dolayısıyla verecekleri hizmetler göz önüne alınarak, bu hizmetlerin ücretlendirilmesi kabul edilmiştir. Diğer tarafta, tüketiciye kart aidatı ve ücreti olmayan bir kart sunulmuş ve tüketicinin hem kredi kartına sahip olması hem de kart aidatına maruz kalmaması sağlanmıştır.

SONUÇ

6502 sayılı TKHK birçok yenilik getirmektedir. 4077 Sayılı Kanun döneminde özel olarak düzenlenen tüketici kredisi türü olarak kredi kartları uygulamaları, yeni Kanun daha çok tüketici kredisi hüviyetine bürünmüş görünmektedir. Kanun'un getirdiği en temel yenilik, Kanun'un salt tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerden çok, kredi veren ile tüketici lehine hükümlerin birlikte, karşılıklı dengeler gözetilerek düzenlenmiş olmasıdır. Bu sebeple uygulayıcıların dikkatini çekmesi gereken en temel konu bu dengeyi gözeterek hareket etmek olmalıdır.

Kanun ile özellikle kredi kartı sözleşmesinin şekli, sözleşme değişiklikleri, cayma hakkı, erken ödeme, temerrüt faizi uygulamaları, kart ücret ve aidatları, tüketici lehine sigorta yaptırılmasına ilişkin hükümler Kanun'da belirtilen kredi kartı tanımına paralel olarak anlaşılmalıdır. Kanun'da kredi kartı ödemeleri üç ay veya daha fazla süre ile öteleyen ve bunu faiz veya belli bir menfaat karşılığı sunan araç olarak tanımlanmıştır. Kredi kartlarının bu özel durumu, tüketici kredisi hakkındaki tüm hükümlerin doğrudan kredi kartları için de geçerli olacağının önüne geçmelidir. Özellikle kredi kartlarının belirsiz süreli sözleşmeler olması nedeniyle faiz artışının mümkün ve olağan görülmesi gerekirken; TKHK'da tüketici kredilerinin belirli süreli sözleşmeler olmasından hareketle faiz artışı gibi konuların yasaklanması, kredi kartı sözleşmeleri hakkındaki hükümlerin "*Kredi Kartı*" başlığı ile tanımlanması gerektiğine örnektir. Ayrıca temerrüt faizine ve temerrüt tarihine ilişkin düzenleme yalnızca belirli süreli sözleşmeler için ön görülmüş, kredi kartı sözleşmelerinin belirsiz süreli olması nedeniyle, kredi kartlarında temerrüt konusu Kanun'da açıklanmamıştır. Söz konusu haller, uygulama ile birlikte çözülecektir.

Kredi kartlarına ilişkin en temel yeniliklerden biri de kart ücret ve aidatları hakkında kabul edilmiş ve ilk kez TKHK'da kredi verenin yasal olarak kart ücreti ve aidatı almasının yolu açılmıştır. Kanun ile kredi kartı çıkaran kurumların iki tür kart çıkararak tüketiciye tercih hakkı zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu durum hem tüketicilerin kart edinmelerini kolaylaştırmış, hem de kart çıkaran kuruluşların sunmuş oldukları hizmetler karşılığında ücret almaları yasal bir temele dayandırılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akipek, Ş. (1999). *Tüketici kredisi*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Akipek, Ş. (2003). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde kredi kartları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 3, s. 103- 120.
- Arkan, S. (1995). Tüketici kredisi. Ankara: *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 35- 42.*
- Aslan, Y. (2006). *Tüketici Hukuku*, Üçüncü Baskı, Bursa: Ekin Yayıncılık,
- Bahtiyar, M. (2009). Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Sözleşmenin Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. Maddelerinin Değerlendirilmesi, İstanbul, *5464 Sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Değerlendirilmesi ve Yol Açtığı Sorunlar*, s. 70-86.
- Bilir, E. (2011). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici kredileri. İstanbul: *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C: III,* s. -2977- 3009.
- Ceylan, E. (2009), "Banka Kredi Kartları", *Banka ve Finans Hukuku Paneli,* İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s. 930-938.
- Ceylan, E. (2010). *Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Ceylan, E. (2014), "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Tüketici Kredisi Hakkındaki Yeni Düzenlemeler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, Özel Sayı, 1.
- Çeker, M. (2004). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kredi kartı borcunun ödenmemesi ve hukuki sonuçlar. Erzincan: *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 415- 442.
- Deryal, Y. (2001). 4077 sayılı Kanuna göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri. İstanbul: *Prof. Dr. Erdoğan Moralı'na 65. Yaş Günü Armağan'ı.* 2. Basım, s. 139-173.
- Eren, F. (2012). *Borçlar hukuku genel hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Gümüş. A. (2012). *Borçlar hukuku özel hükümler.* İstanbul: Vedat Kitapevi, C: 1.
- İnal, T. (2005). *Tüketici kredileri ve tüketici kredisi sözleşmeleri.* 2. Baskı. İstanbul: Kazancı Yayınları.
- Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar hukuku genel hükümler.* Ankara: Turhan Yayıncılık.
- Kostakoğlu, C. (2010). *Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Hakkında Çözüm Önerileri*. Üçüncü Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Oğuz, O. (2005). Kapıdan satışlarda tüketiciye tanınan cayma hakkının kullanılmasının şartları ve caymanın sonuçları. Ankara: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VIII, S: I-II*, s. 23-37.
- Oğuzman, O. / Öz, T. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Gözden Geçirilmiş 11. Baskı. Cilt 1.
- Seliçi, Ö. (1972). *Borçlar Kanunu'na göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkisinin sona ermesi*. İstanbul.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden dönme*. Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, İstanbul: Vedat Kitapevi.
- Şahin, O. (2007). Bankalar tarafından "Kredi kart üyelik ücreti-kart aidatı" adı altında tahsil edilen bedellerin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun karşısındaki durumu. İstanbul: *İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabetin Korunması Hukuku, Özel Sayı: 6*.
- Teoman, Ö. (1996). *Hukuki yönden kredi kartı uygulaması*. 2. Bası, İstanbul 1996.
- Zevkliler, A./ Aydoğdu, E. (2004). *Tüketicinin korunması hukuku*. 3. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 250.
- Zevkliler, A./ Gökyayla, E. (2013). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. 12. Bası. Ankara: Turhan Kitapevi.

TERÖRLE MÜCADELE YASASI'NDA, CEZA YARGILAMA YASASI'NDA VE TÜRK CEZA YASASI'NDA 6526 SAYILI YASA İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Av. Prof. Dr. Süheyl DONAY[1]

Bilindiği üzere 06.03.2014 tarih ve 28933(mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6526 sayılı torba yasa olarak nitelendirilen yasa ile Terörle Mücadele ve Ceza Yargılama Yasalarında önemli bazı değişiklikler yapılmıştır. Özellikle Ceza Yargılama yasasında, anılan yasanın yapıldığı 2004 ve yürürlüğe girdiği 2005 tarihinden bu yana yapılan değişikliklerin 20'ye maddelerindeki de 100'e yaklaştığı görülmektedir. Ancak bu temel yasa 5328 sayılı Yürürlük Yasasının 19. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihine kadar henüz uygulanması görülmeden bazı değişiklikler yapılabilmesi için 1 Haziran 2005'te "zamanaşımı hükmü hariç" yürürlüğe sokulmuştur. Aynı durum Türk Ceza Yasasında da yapılmıştır. Böyle bir uygulama dünyada ender rastlanan bir olgudur. Gerçekten yasa henüz yürürlüğe girmeden değişikliklere uğramıştır.

Bu şekilde temel yasalardan olan bu yasalarda her gereksinim duyulduğunda değişiklik yapılması hem yasaların insicamını bozmuş, hem de yasanın ilk yapılışında ve daha sonra kısa sürelerde noksanların ve hataların bulunduğu bizzat yasa koyucu tarafından ikrar edilmiş bulunmaktadır. Böyle temel yasaların bu kadar sık değişikliklere uğraması, ilk yapılışının konusunda yeteri kadar ehil olmayan eller tarafından ve de gerekli özen gösterilmeden yapıldığının bir yansımasıdır.

Genelde bu şekilde hazırlanan yasalar temel yasa olarak kabul edilmiş ve TBMM İç Tüzüğün 91. maddesine göre yasalaşmıştır. Bilindiği üzere İç tüzüğün 91. maddesi aynen şu şekildedir:

"Temel kanunlar

a) Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar

1 Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Yargılama Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır.

Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önergeleri verebilir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dâhil madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasî parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır.

Yeni bir madde olarak görüşülmesine komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önergeler ile yeniden görüşülmesine karar verilen maddeler üzerinde görüşme açılır ve bu maddede belirtilen sayıda önerge verilebilir.

Bölümler üzerindeki soru-cevap süresi, onbeş dakika ile sınırlıdır.

Diğer hükümler saklıdır.

b) Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasî parti gruplarının önerisi üzerine de (a) bendinde belirtilen yasama yönteminin uygulanmasına Genel Kurulca karar verilebilir."

Böylece bu yasanın esas itibarı ile konumuzu teşkil eden Ceza Yargılama yasası ile ilgili olması nedeni ile yapılan görüşmeler sınırlı olmuş ve tartışmalar ancak blok görüşmeler sırasında yapılabilmiştir. Özellikle 30 maddeye ulaşabilen bu blok maddelerin tartışılması sırasında bazı atlamalara neden olmuştur. Blok görüşme, belki yasa tasarı veya teklifinin çok özenle hazırlanmış olması halinde uygulanabilir. Kanaatimizce bu şekilde temel yasaların blok görüşmeler yerine her maddenin ayrı ayrı tartışılması ileride buradaki hükümlerin sık sık değiştirilmesine de engel olabilirdi. Bu sistemin tek faydası kanun teklif ve tasarıların süratle yasalaşmasını sağlamaktadır.

Görüşümüze göre iyi bir yasanın hazırlanması için yasa teklif veya önerisinin yapılma evresinde, kamu oyununun bilgisine sunulması, uzman

kişi veya kuruluşların görüşlerinin alınması ve gerekli eleştiriler dikkate alınarak bundan sonra yürürlüğe sokulması ve böylece ileride sık sık yapılan değişiklikler yapılmamasına neden olur.. Böyle bir yöntemin uygulanmaması bu sonucu doğurmuştur. Hele özellikle torba yasa olarak isimlendirilen yasaların içine konan çeşitli yasalarda yapılan bu değişiklikler Meclis iç tüzüğünde de düzenlenmiş olmakla beraber temel yasada yapılan değişiklikle beraber, aynı zamanda birçok yasaların da düzenlenmesi, özellikle uygulamacıları bu değişiklikleri takipte zorlamaktadır. Bu çalışmanın yapılmasının temel nedeni değerli meslektaşlarımın bu karışıklık sırasında hangi hükümlerin değiştirildiğini kolaylıkla saptayabilmesini sağlayabilmektedir. Bu açıdan birçok eleştiriye de açık olan bu yasanın eleştirisi dar tutulmuştur.

6526 Sayılı Yasa ile yapılan ilk değişiklik 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nda olmuştur. Bu yasaya 1. madde ile ilk olarak geçici 14. madde eklenmiştir. Her ne kadar bu yasa 5271 Sayılı Yasa'dan başka bir yasa olmakla birlikte yapılan değişiklik Ceza Yargılama Yasasını da yakından etkilemektedir. 1. maddede yapılan bu hükümle Terörle Mücadele yasasına eklenen geçici 14. madde ile iki önemli değişiklik yapılmıştır:

a. 02.07.2012 tarih ve 6352 Sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi ile görevlerine devam eden Özel Görevli Mahkemeler ile;

b.Terörle Mücadele Yasasının 10. maddesi gereğince görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

6352 Sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi aynen şu hükümleri içermekte idi::

"GEÇİCİ MADDE 2 – (1) Bu Kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca; Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilir. (2) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ve doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar .(3) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalan ve açık ceza infaz kurumunda bulunan iyi halli

hükümlülerin talepleri hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebilir. (4) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun l0. maddesinin kovuşturmaya ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanır. (5) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251. maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Cumhuriyet savcıları yürütmekte oldukları soruşturmalara, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca Terörle Mücadele Kanunu'nun l0. maddesi uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcıları göreve başlayıncaya kadar devam ederler.(6) Terörle Mücadele Kanunu'nun l0. maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla açılmış olan davalarda, sanığın taşıdığı kamu görevlisi sıfatı dolayısıyla hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin veya karar alınması gerektiğinden bahisle durma veya düşme kararı verilemez. (7) Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır."

Böylece kaldırılan 2. madde ile çok yerinde olarak halen görevleri sınırlı da olsa devam etmekte olan özel görevli mahkemeler ile Terörle Mücadele Yasası'nın 10. maddesinde kurulmuş olan ve bizim özel görevli bölgesel ağır ceza mahkemesi olarak isimlendirdiğimiz, özel mahkemelerin görevleri sonlanmış olmaktadır. Geçici 2. maddeye görevleri devam eden özel görevli mahkemeler bu yasa ile kaldırılmamış olsa idi bu mahkemelerin ellerinde olan davalar görülmeye devam edecek, hatta Yargıtay incelemesi sonucu hükümleri bozulan bu mahkemeler yine de bu dosyaları incelemeye devam edecekti. Böylece hukuken aslı kaldırılmış olan mahkemelerin Geçici 2. madde nedeni ile uzun bir süre daha görevlerine devam etmeleri söz konusu olacaktı. Böylece bu mahkemelerin ve savcılıkların geçici de olsa görev yaparken yürürlükten kaldırılmış olan CYY'nin 250 ve devamı maddelerini uygulamaları söz konusu olmakta idi. Bu uygulama da yürürlükten kalkmış ve yasal dayanakları kalmamış mahkemelerin istisnai olarak ve hukuken yok olan veya kaldırılmış hükümlerinin uygulamalarına neden olmaları da bertaraf edilmiştir.

Bu açıdan kanaatimizce bu mahkemelerin mülga 2. maddeye göre yürürlükten kalkmış olan hükümleri bunun ilgasına kadar adil yargılama

ilkesine açıkça aykırı olmuştur. Bu konuda hem hükumet, hem öneri sahipleri, hem de muhalefet şerhi verenler aynı görüşü paylaşmaktadır. 6526 Sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde de yerinde olarak belirtildiği gibi,"Adil yargılama bakımından üzerinde büyük tartışmalar olan özel yetkilere sahip mahkeme ve Cumhuriyet savcılığı uygulaması ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne son verilmekte ve tüm ağır ceza mahkemelerinin aynı usullere tabi olması sağlanmaktadır."

Yasanın genel gerekçesinde: "Adil yargılama konusunda ülkemizde yaşanan tartışmaların başında, Devlet Güvenlik Mahkemeleriyle başlayıp CYY'nin 250. ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca kurulan Ağır ceza Mahkemeleriyle devam eden özel yetkilere sahip mahkemeler ve Cumhuriyet Savcıları eliyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar gelmektedir. Ayrıca, özel yetkilere sahip Ağır ceza mahkemeleri uygulaması sonucunda, üç farklı ağır ceza mahkemesi ortaya çıkmış ve toplumda adeta özel hâkim, özel mahkeme, özel savcı nitelemeleri yapılmak suretiyle hâkim ve C. Savcıları arasında fiili olarak hiyerarşik bir algı ortaya çıkmıştır. Teklifle, adil yargılama bakımından üzerinde büyük tartışmalar olan özel yetkilere sahip mahkeme ve C. Savcılığı uygulaması ile özel soruşturma ve kovuşturma usullerine son verilmekte ve tüm ağır ceza mahkemelerinin aynı usul kurallarına tabi olmasını sağlamaktadır."-denmektedir.

1. maddenin gerekçesinde de, sadece maddenin içeriği belirtilmiştir. Bu arada Ömer Süha Aldan ve arkadaşlarının muhalefet yazılarında:" Yasa teklifinin birinci maddesi ile 6352 Sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi uyarınca görevlerine devam eden ve özel yetkili olarak tanımlanan ağır ceza mahkemeleri ile 3713 Sayılı Yasa'nın 10. maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemelerinin kaldırılması geç te olsa olumlu bir düzenlemedir. Ancak bu tip ağır ceza mahkemesinin yıllar itibarı ile, yasal düzenlemelerin amacına, hukuk devlet ilkelerine ve yargı bağımsızlığına aykırı, keza kamu oyu vicdanında kabul görmeyen işlem ve kararlarının olumsuzluklarını giderme anlamında bir niyetin dahi ortaya konmaması düşündürücüdür. Bu bağlamda sorulması gereken husus şudur. Bu mahkemeler neden kaldırılmıştır? Yasa teklifinin gerekçesinde mahkemelerin neden kaldırıldığına ilişkin hiçbir somut değerlendirme bulunmamaktadır.

2. Lakin teklif sahiplerinin kamuoyuna yansıyan görüşlerine bakıldığında; gerek kolluk güçlerinin ve gerekse bu olağanüstü mahkemelerin Devlet içinde Devlet statüsünde bir konuma geldikleri ve verilen kararların hukuksal olmaktan çok, örgütsel bir yapının talimatlarına dayanır hale geldiğidir. Nitekim teklifi imzalayan milletvekillerinin mensubu ol-

dukları Adalet ve Kalkınma Partisinin en yüksek düzeyde yetkilileri bu mahkemelerle ilgili kaygılarını defaatle dile getirmektedirler. Sözü edilen ağır ceza mahkemeleri ile ilgili olarak; özellikle 2007 yılından bu yana yapılan işlem ve verilen kararla ilgili olarak hukuka aykırılık, düzmece kanıtlara itibar etme, savunma taleplerini umursamama, kişi özgürlüğünü gereksiz yere sınırlandırma ve vicdan gözetmeyen tasarrufları 17 Aralık öncesine kadar duymazdan gelenlerin dahi, kaygı ifade eden sözlerin bir karşılığı olmalıdır ki, bu mahkemelerin verdikleri önceki kararları yeniden gözden geçirmeyi gerektirmektedir. Bu açıdan mahkemelerin kapatılmasının anlamı olabilmesinin yolu, bu mahkemelerin yarattığı tahribatın giderilebilmesine bağlıdır." Bununla beraber şunu da ilave edelim ki muhalefet şerhinde de yeniden gözden geçirmeye veya tahribatın giderilmesine ilişkin bir bir yol da gösterilmemektedir. Kanımızca muhalefet şerhinde bu yol da önerilmeli idi.

Yeni yasa aynı zamanda bu mahkemelerde görevli Cumhuriyet Savcılarının da yürütmekte oldukları soruşturma dosyasını bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihte, yetkili kılınan Cumhuriyet Savcılarına devretmelerini öngörmektedir. Yasa Özel görevli mahkemelerde görevli Cumhuriyet Savcılarının da onbeş gün içinde devir işlemlerini tamamlayacaklarını belirtmektedir. Bu süre sadece devir için tanındığı için, savcıların bu süre içinde herhangi bir hukuki tasarrufta veya işlemde bulunmaları söz konusu olmayacaktır. Her iki mahkemede de derdest bulunan dosyaların devri de bu onbeş gün içinde tamamlanacaktır. Başka bir deyişle mülga 2. madde uyarınca yetkileri kaldırılmış özel görevli mahkemeler ile Terörle Mücadele yasasının 10. maddesine göre görevlendirilen ağır ceza mahkemelerindeki derdest dosyalar yetkili ve görevli mahkemelere devredilecektir. Mahkemelerinde bu süre içinde herhangi bir hukuki tasarrufta bulunmaları engellenmiş olmaktadır. Örneğin karar vermiş olup gerekçeli kararı yazmamış bir mahkeme, gerekçe yazamayacağı veya yazmaya başladığı gerekçe taslağına tamamlayamayacağı gibi, başka bir tasarrufta da bulunamayacaktır. Madde her ne kadar, gerekçesi yazılmamış olan hükümlerin gerekçelerinin onbeş gün içinde yazılacağını belirten bir hüküm içermekte ise de, kanaatimizce, bu süre sadece devir için tanınmış bir süre olup, maddede gerekçe yazmalarını tanımak uygun olmamıştır. Koruma önlemleri konusunda bile ancak bulundukları yerdeki mahkemeleri yetkili kıldıktan sonra, gerekçe yazmalarını beklemek doğru olmamıştır. Kaldı ki bu onbeş günlük süre içinde gerekçe yazdıklarını belirten bir mahkeme, bu gerekçeli metni aynı süre içinde Yargıtay'a ulaştırmamışsa veya bu gerekçeli kararı tamamlamış ve fakat gerekli düzeltmeleri ve şekli unsurları yerine getirmemişse artık gerekçeyi tamamlamış olduğu söyle-

nemez. Bunun yanında bir olasılık ne kadar zayıf olsa da, mahkemenin henüz tamamlanmamış bir gerekçe özetini, gerekçeli karar gibi gönderdiğini bunun taraflara tebliği ile temyiz süresi başlayacaktır.(CYY. m.291) Kaldı ki bu mahkemelerin kaldırılmasının nedeni kamunun ve de yasama organının bu mahkemelerin çalışmasından hoşnut olmamasına veya adil yargılama yapmamalarına dayanmaktadır. Buna rağmen onbeş günlük bir ek süreyi yasada tanımak uygun olmamıştır. Bütün şekli unsurları içeren bir gerekçe, esasa ilişkin birçok eksiklikleri içerebilir. Her ne kadar bunların Yargıtay'da incelenmesi olanağı varsa da, koruma önlemleri alma yetkisi dahi tanınmamış bir mahkemeye onbeş gün içinde gerekçeli kararını yazmasının istenmesi doğru olmamıştır. Bu mahkemelerce verilip Yargıtay Cumhuriyet Savcılığında veya Yargıtay dairelerinde bulunan dosyaların incelenmesine devam edilmesine ilişkin hüküm kabul edilebilir. Zira burada verilmiş olan hükümlerin kanun yolunda incelenmesi söz konusudur. Ancak onbeş günlük sürenin başlangıcında henüz gerekçesini bitirmemiş bir mahkeme yukarıda da belirttiğimiz gibi alelusul bir gerekçe ile bunu tamamlayabilir. Kaldı ki bu mahkemelerin adil bir yargılama yapmadıkları hem yasanın gerekçesinde yer almaktadır, hem de davanın sanıkları ve vekilleri bu konuyu paylaşmaktadır. Bir mahkemeyi adil yargılama yapmamakla itham ettikten sonra ona gerekçeyi onbeş gün içinde tamamlama yetkisi tanımak yasanın gerekçesi ile de çelişmektedir.

Bu konuda CYY'nin 230. maddesi hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususları açıkça belirtmektedir. Yargıtay'ımız da müteaddit kararlarında bu konuda çok titiz davranmaktadır. Nitekim Celal Adan ve arkadaşlarının verdiği muhalefet şerhinde "Bu mahkemelerdeki dosyaların devri ile yeni sorunlar yaşanacak, hak ihlalleri yaşanacaktır. Kısa kararı verilip, gerekçeli kararı yazılmayan davalar açısından bir belirsizlik söz konusudur." denmektedir. Burada bu durumda düşünülebilecek bir husus yargılamanın mevcut dosyalar açısından yenilenmesidir. Ancak bunun için de yasal bir düzenlemeye gereksinim vardır. Aksi takdirde hükmün gerekçesi yazılmış sayılacak ve Yargıtay'a gönderildiğinde Yüksek Yargıtay inceleme yapacaktır.

Kaldırılan mahkemelerde bulunan ve KESİNLEŞEN dosyalara ait arşiv, emanet ve diğer evrak ve dokümanlar HSYK tarafından belirlenecek mahkeme veya mahkemelere devredilir ve bundan sonraki işlemler bu mahkemelerce yerine getirilir ve karara bağlanır. Madde kesinleşen hükümlerden söz ettiğine göre mülga mahkemeler tarafından bu mahkemelerin nihai kararlarına karşı yapılacak talepler ancak olağanüstü yasa yoluna başvurmaya ilişkin olabilir.

Yeni yasa mahkemeleri kaldırmakla beraber, buralarda görevli yargıç ve savcıların HSYK tarafından dosyaların devrinden itibaren on gün içinde mükteseplerı dikkate alınarak, uygun görülecek bir göreve atanırlar. Burada mükteseplerinden amaç aynı düzeyde bir yargı göreve verilmesidir. Ancak bu hiçbir şekilde ağır ceza başkanı iken bir asliye ceza mahkemesine veya yargı görevi sayılan başka bir göreve atanmasına engel olmaz. Ancak bu sayın yargı mensuplarının görev yaptıkları adliyeden başka bir adliyede görevlendirilmeleri uygun olacaktır düşüncesindeyiz

Özel yasalarda CYY'nin 1. maddesine göre görevlendirilen mahkemeler ile 3713 Sayılı Yasa'nın 10/1. maddesine göre kurulmuş mahkemelere yapılan atıflar görevlendirilen ağır ceza mahkemesine, bu mahkemelerin üyelerine yapılmış olan atıflar HSYK tarafından belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır. Bu konuda gerekçede bir açıklama yoktur. Ancak Adalet Komisyonunda, Doğan Kubat ve arkadaşlarının birinci maddenin bu hükmüne ilişkin olarak değişiklik yapılmansa ilişkin yasa teklifinde, "bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza mahkemesine yapılmış sayılır" önerisi sunulmuştur. Adalet Komisyonunda da buna uygun bir düzenleme getirilmiştir. Ancak madde Ankara Ağır ceza Mahkemesi olarak yasalaşmıştır.

Mevzuatta CYY'nin birinci fıkrasına giren suçlar ile terörle mücadele yasasının 10. maddesinin 10/4. maddesine giren suçlara yapılan atıflar TCK'da yer alan: a) Örgütlü faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlendirme suçuna, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenmiş suçlara, c)İkinci kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedince Bölümünde tanımlanan suçlara (305,318, 319, 323, 324, 325 332nci maddeler hariç) yapılmış sayılır.

Maddenin son fıkrasında Yürürlükten kaldırılmış bulunan Terörle Mücadele Yasası'nın 10. maddesine giren suçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarı ile açılmış olan davalarda sanığın taşıdığı kamu görevlisi sıfatı nedeni ile hakkında soruşturma yapılabilmesi için karar alınması gerektiğinden bahisle durma ve düşme karırı verilmez. 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesi hükmü saklıdır. Bunun dışında bir kamu görevlisi hakkında eğer 10. maddeye göre kamu davası açılmış ise, karar alınmamış olsa bile kamu davasına devam edilir. Bilindiği üzere 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması

Hakkında Kanun, bu kişilerin yargılanması konusunda özel izin alınmasını öngörmektedir. Ancak yasanın 2. maddesine göre görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. Bu hükme göre bu tür suçları işleyenler hakkında esasen bir izin gerekmemektedir. Bu nedenle maddeye konan bu hüküm olmasa idi dahi izin veya karar alınması gerekmemekte idi. Zira buradaki suçlar ağır cezalık suçlardır.

Yasanın 2. maddesi 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve yetkileri Hakkında Yasanın Ağır Ceza Mahkemelerine ilişkin hükmünü değiştirmektedir. Buna göre Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren suçlar genişletilmiştir. Bu değişikliğe kadar Ağır Ceza Mahkemeleri 5235 Sayılı Yasa'nın 12. maddesine göre Kanun'ların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), "resmi belgede sahtecilik (m.204/2)", nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevli idi..Yeni yasa bu suçların yanında Terörle Mücadele Kapsamına giren suçlar dolayısı ile açılan davalar ile Türk Ceza Kanunu'nun ikinci Kitap Dördüncü kısmının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçları (318, 319, 324, 325 ve 332nci maddeler hariç) davaları da ilave etmiştir. Tabiatı ile burada Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, Askeri ceza mahkemelerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü hükümler saklı tutulmuştur. Maddeye yapılan tek muhalefet Batman milletvekili Bengi Yıldıza aittir. Sayın Yıldız Terörle Mücadele Yasası'na karşı olduğu için, bu düzenlemede hukuk tekniği açısından bir sakınca olmasa da, bu yasanın kaldırılmasına burada da değinmiştir.

Madde gerekçesinde de Terörle Mücadele Yasasının 10. maddesinin yürürlükten kalkması nedeni ile bu yasa kapsamına giren suçlara ilişkin davaların Ağır Ceza Mahkemesinde görülmesinin sağlandığı ifade edilmektedir. Teklif Komisyon tarafından da benimsenmiş ve aynen yasalaşmıştır.

Yasanın 3. maddesi 5237 sayılı TCY. nın 135/1. maddesinde yer alan kişisel verilerin kaydedilmesine ilişkindir. Maddenin 1. fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilirdi. Yapılan değişiklikle bu suça ilişkin cezanın

alt haddi altı aydan bir yıla çıkarılmıştır. Buna göre kişisel verilen kaydedilmesinin cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olmuştur.

Madde gerekçesinde, Anayasanın 20. maddesine değinilmiş ve buna göre herkesin kendisi ile ilgili kişisel verilerin korunmasını istemek hakkına sahip olduğu, böylece özel hayatın daha etkin korunması için kişisel verileri özel olarak kaydedenlere verilen cezanın arttırıldığı ifade edilmiştir. Bilindiği üzere gerçek kişi ile ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Başka bir deyişle kişisel verilerden amaç, kişiyi diğer şahıslardan ayırabilecek tüm bilgileri içerdiğini kabul etmek gerekir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, amaç Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan ve Türkiye'nin 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmenin" ilgili hükümleri ile korunan yararların ihlali eylemlerinin yasa ile yaptırıma bağlanması olmakla birlikte bu yazımı ile sakınca doğuracak niteliktedir.[2]Bununla beraber cezada yapılan artırım uygun olmuştur. Üst sınırı üç yıl olan bir cezanın alt sınırının bir yıl olması yerinde bir ceza arıtırımıdır.

Yasanın 4. maddesi 5237 sayılı TCK'nın 136. maddesinin cezasında arttırma yapmaktadır. Bilindiği üzere bu maddeye göre "(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."Bu madde hükmü gerekçesinde de belirtildiği gibi, 135. maddedeki belirtilen bilgileri ister hukuka uygun ister hukuka aykırı olarak kaydedilmiş olsun, bunları hukuka aykırı olarak başkasına veren, yayan ya da ele geçiren kişilerin eylemleri bağımsız bir suç olarak yaptırıma bağlanmaktadır. Suç teşebbüse müsait olmayıp bilginin verilmesi, yayılması veya alınması ile oluşur.[3]Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi bu cezanın artırılmasının nedeni kişisel verilerin ve özel hayatın daha etkin korunmasını sağlamak içindir. Kanaatimizce cezadaki bu artırım yerinde olmuştur. Yukarı haddi dört yıl olan bir cezanın, aşağı sınırının iki yıl olması ceza adaletine ve ölçülülük kriterine uygundur. Bu madde ile ilgili ceza artırımı konusunda açık bir muhalefet olmamasına rağmen, Süha Aldan ve arkadaşlarının verdiği muhalefet şerhinde: " Teklifin 3,4 ve 5. maddeleri ceza artırımını içermektedir. Cezaların caydırıcılığı tek başına yeterli bulunmamaktadır. Bu açıdan öncelikle kişisel verilerin korunmasına dair düzenlemenin bir an önce yasallaşmasının önemi vardır. Zira son yıllarda kişisel verilere ve özel hayata yönelik saldırılarda, failin tespitine ilişkin etkin soruşturmalar yapılmamaktadır, kişilerin itibarsızlaşmasına neredeyse avuç ovuştu-

2 TCK.M.135 için ayrıntılı bilgi DONAY, Türk Ceza Kanunu Şerhi,İst,2007,s.215

3 Ayrıntı için BKZ. DONAY, age.,s.215

rulduğu görülmekte, bu maddelerdeki ceza artırımının uluslar arası imaj tazeleme amacından öte bir niyet olmadığı düşünülmektedir."denmiştir. Bu eleştiri cezanın artırımı konusunda bir söylem içermemektedir. Her ne kadar sadece ceza artırımı suçları engellemekte önemli bir etken olarak kabul edilse bile, genel olarak suçları engelleyecek başka öğeler de bulunabilirdi.

Yasanın 5. maddesi CYY'nin 138. maddesine ilişkin olup, hem buradaki cezayı arttırmış hem de 2. fıkrayı ilave etmiştir. CYY'nin 138. maddesi değişiklikten önce "(1) Kanun'ların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."-şeklinde idi. Maddeye göre kişisel verilerin yasal sürenin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Örneğin CYY'nin 80. maddesine göre, genetik inceleme yapıldıktan sonra beraat kararı verilmesi veya ceza verilmesine gerek olmadığı kararı verildiğinde buna ilişkin bilgiler C. Savcısının huzurunda derhal yok edilir. Buna aykırı hareket edilip, veriler bu sistem içinde yok edilmediği takdirde fıkradaki suç oluşur.[4] Değişiklikten sonra önce bu fıkranın cezası "bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası olarak" artırıldı. Böylece eski ceza bir kat artırılmıştır.

Eklenen ikinci fıkra ile "Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması halinde verilecek ceza bir kat artırılır." Madde gerekçesinde kişisel verilerin ve özel hayatın daha etkin korunması amaçlandığı belirlenmektedir. Adalet Komisyonunun raporunda ve 135, 136 ve 138. maddeler için birlikte bir gerekçe sunulmaktadır. Buna göre: " Maddedeki değişikliklerin amacının, özelde kişisel verilerin ve genelde de özel hayatın gizliliğini etkin bir biçimde korunmasının sağlanması olduğu ifade edilmektedir. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, bir suçla korunan değerin korunması için onu koruyan suça bağlanan ceza yaptırımının miktarının artırılması, etkin bir koruma sağlanmasının tek ve yeterli yolu değildir. Kaldı ki, bir fiili suç olarak belirlemek veya onun cezasını artırmak, yasama organının tekelinde olsa dahi bu belirleme yapılırken suçta ve cezada ölçülülük/orantılılık ilkesi muhakkak gözetilmelidir. Diğer taraftan kişisel verilerin korunmasına ilişkin TBMM'si Başkanlığına verilmiş tasarıların bir türlü kanunlaşmayarak hükümsüz kalması, kişisel verilerin korunması iddiasını temelsiz bırakmaktadır. 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı kanunla Anayasa'nın 20. maddesine eklenen fıkrada yer alan " kişisel ve-

4 Bkz. DONAY, age., s.216

rilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" hükmüne rağmen aradan geçen dört yılda kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunun bir türlü çıkarılmaması da kişisel verilerin etkin bir biçimde korunması söylemin kabul edilebilirlikten uzak olduğunu göstermektedir. Tasarı komisyonda da kabul edilmiş ve aynen yasalaşmıştır.

Yasanın 6. maddesi CYY'nin 91. maddesinde bir değişiklik getirmiştir. Buna göre 91/2 maddede yer alan "işlendiğini düşündürebilecek emarelerin" ibaresi " işlediği şüphesini gösteren somut delillerin" şeklinde değiştirilmiştir. Teklif gerekçesinde: Kişi hürriyeti ve güvenliği, Anayasamız ve Uluslar arası sözleşmelerle teminat altına alınmıştır. Gözaltı kararının kişi hürriyeti ve güvenliğini kısıtlayıcı bir karar olduğu şüphesizdir. Soruşturma için zorunlu olması halinde, sadece "kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin" varlığına dayanarak basit bir şüphe ile kişilerin göz altına alınması, uygulamada pek çok mağduriyetlere ve hak ihlallerine yol açabilmektedir. CYY'nın 91. maddesinin ikinci fıkrasında yapılması öngörülen değişiklikle, gözaltına alınmaya ilişkin kararın verilebilmesi, "suçun işlendiğini düşündürebilecek emarelerin" yerine "suçun işlendiğini gösteren somut delillerin" varlığına bağlanmaktadır. Böylelikle, C. Savcısı, soruşturma için zorunlu olması halinde sadece "kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin" varlığına dayanarak gözaltı kararı veremeyecek, gözaltı kararı verebilmek için " bir suçun işlendiğini gösteren somut delillere dayanmak zorunda kalacaktır. Kanaatimizce bu değişiklik yerinde olmuştur. Böylece somut kanıta dayanmayan bir gözaltına alınma söz konusu olmayacaktır. Elbette somut kanıtın değerlendirmesinde gerçek bir somut kanıt aranmalıdır. Başka bir deyişle somut kanıtın ne olduğu açıkça belirtilmelidir.

Gözaltına alınma yalnız C. Savcılığına tanınmış bir yetkidir. Kolluğun böyle bir yetkisi yoktur. Polis Vazife ve Salahiyet yasasında yer alan durdurma ve yakalama geçici bir idari önlem olup, böyle bir olguda durum derhal C. Savcılığına bildirilerek ancak savcılığın kararıyla tutulabilir.[5] Ancak tekraren ifade edelim ki somut kanıtın bu niteliğinin iyice değerlendirmesi gerekir.

Yasanın 7. maddesi 5271 sayılı CYY'nın 94. maddesini yeni baştan düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre Yargıç ve mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine, soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi en geç yirmidört saat içinde yetkili yargıç ve mahkeme önüne çıkarılır. Yakalanan kişi en geç yimidört saat içinde yetkili yargıç ve mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise

5 Bkz DONAY, Ceza Yargılama Hukuku Mevzuatı, İst. 2013, s.358 ve son

en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması sureti ile yetkili yargıç veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır. Yapılan değişiklik eski metindeki yirmi dört saatlik azami süreyi muhafaza etmiştir. Ancak yetkili mahkeme ve yargıcın huzuruna çıkarılamıyorsa, örneğin yakalandığı yer ile yetkili mahkeme birbirinden yirmi dört saatte ulaşılamayacak kadar uzaksa, yakalandığı yer adliyesi huzuruna çıkarılır. Ancak burada sesli ve görüntülü iletişim sistemi kurulmamışsa, bu sistemin kuru bulunduğu en yakın adliyede sorgusu yapılır ve ifadesi alınır. Böylece hem tutuklu kalması engellenmiş olacak, hem de yol tutuklanması olarak isimlendirilen uygulamaya son verilecektir. Bu kişinin bir müdafiinin yardımından yararlanmasını engelleyemeyecektir. Burada önemli olan yirmidört saat içinde ses ve görüntü sisteminin kurulu bulunduğu bir adliyeye ulaşılmasıdır.

Adalet Komisyonu'nun raporunda özellikle çok failli veya iştirak halinde işlenen suçlar açısından, faillerin farklı yerlerde yakalanması halinde yirmidört saatlik süre içinde yetkili yargıç ve mahkeme önüne çıkarılamamasının çözümünün teklifte bulunmadığı belirtilmiştir. Kanaatimizce böyle durumlarda yirmidört saatlik süre en önemli öğe olduğundan birden fazla sanık aynı adliyede buluşturulamıyorsa, getirilemeyen kişinin sistemin bulunduğu adliyede diğerlerinden ayrı olarak ifadesi alınacak veya sorgusu yapılacaktır. Eğer yakalandığı yere, sistemin kurulu olduğu en yakın adliyeye yirmidört saat içinde ulaşılamıyorsa bu durumda sistemden yararlanmadan ifade veya sorgu yapılabilmelidir. Bu sonuca varmamızın nedeni bu sistemin kurulamamış olmasının şüpheli veya sanığın kusuruna dayalı olmamasından kaynaklanmaktadır. Burada önemli olan kişinin yirmidört saat içinde mahkeme huzuruna çıkarılmış olmasıdır.

Yasanın 8. maddesi CYY'nin 100/1 maddesindeki olguların ibaresinin somut deliller olarak değiştirilmiş olmasıdır. Teklif gerekçesinde "Koruma tedbirleri, ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılabilmesi amacıyla başvurulan tedbirlerdir. Bu tedbirler, kişilerin özgürlüklerine çeşitli kısıtlamalar getirmektedir. Koruma tedbirleri bir amaç değil bir araçtır. Ancak bir suç şüphesinin varlığı, kanuni düzenleme olması ve zorunlu hallerde başvurulabilecektir. Bununla birlikte, koruma tedbirleriyle amaçlanan hedef ile tedbir arasında orantılılık olması gerekmektedir. Maddeyle Ceza Yargılama Yasası'nın 100. maddesinin birinci fıkrasında yapılması öngörülen düzenleme ile, tutuklamanın kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillere dayandırılması zorunluluğu getirmektedir. Bununla birlikte, CYY'nin 100/4 maddesinde değişiklik yapmak sureti ile mükerrirlerin, itiyadi suçluların ya da suçu meslek halin getirenlerin tekrar suç işlemelerini önlemek amacıyla yeni bir tutuklama nedeni kabul

edilmektedir. Bu kişilerin suç işlediği konusunda kuvvetli şüphe sebebinin varlığı durumunda tutuklama nedeni var sayılabilecektir. Suç ve suçlulukla etkin mücadelede kullanılan ve mukayeseli hukukta birçok ülke uygulamasında yer bulan bu nedenle, faillerin yeniden suça yönelmelerini engelleyecektir."

Bu konuda Adalet komisyonu raporunda" Teklifin tartışmaya en açık maddelerinden biri de tutuklama nedenlerini düzenleyen CYY'nin 100 maddesinde değişiklik öngören Çerçeve 8. maddesidir. Eğer teklifin demokratikleşme ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması amacına hizmet ettiği iddia ediliyorsa en köklü değişikliğin bu maddede yapılması gerekir. Ancak kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması durumunda tutuklama kararı verilebilmesi gerekir. Buna rağmen uygulamada genellikle klişe gerekçelerle tutuklama kararı verildiği ve bu durumun da devamlı tartışıla geldiği hususları göz önünde bulundurulduğunda, kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin olmaksızın ve klişe gerekçelerle haklarında tutuklama kararı verilenlerin mağduriyetlerinin nasıl giderileceğine ilişkin teklifte herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer taraftan CYY'nin 100. maddesinde yapılan değişikliğin amacı demokratikleşme ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması ise bir diğer değişikliğin "tutuklulukta geçecek süre" başlıklı 102. maddede yapılması gerekir. Maddeye göre ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır; bu süre zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir ve uzatma süresi toplam üç yılı geçmez. Öncelikle ifade etmek gerekir ki bir uzatma süresi hukuken, esas süreden daha uzun olamaz/ olmamalıdır. Bu nedenle tutukluluk için öngörülen esas süren iki yıl ve uzatma süresinin artı üç yıl olması izah edilebilir değildir. Yapılan değişikliğin amacının gerçekleşmesi için sadece tutuklulukta geçecek sürelerin kısaltılması da yeterli değildir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının önemli bir aracı ve niteliği gereği bir koruma tedbiri olan tutuklamanın öne alınmış bir ceza şeklinde uygulanmasını engelleyecek nitelikte enstrümanların geliştirilmesi gerekir.

Öncelikle ifade edelim ki maddeye konan somut kanıt kavramının eklenmesi çok yerinde olmuştur. Bununla beraber kuvvetli suç şüphesinin de bulunması doğrudur. Ancak kuvvetli suç şüphesi kavramı bir sübjektif değerlendirme sonucu ortaya çıkmaktadır. Her sübjektif değerlendirmede olduğu gibi bunun belirlenmesinde de yanılma olabilir. Hâlbuki somut kanıt, mevcut bir somut olayı belirlediği için bir sübjektiviteyi öngörmez. Ancak bu konuda karar verecek olan yargıç veya mahkeme somut kanıtın ne olduğunu da belirtmek durumundadır. Başka bir deyişle somut kanıtın ne olduğunu belirtmeden, sadece somut kanıt vardır demek suretiyle

karar veremez. Böylece bu ufak değişiklik çok önemli sonuç doğuracak ve mahkemelerin tutuklamada matbu bir şekilde aynı kavramları kullanarak tutuklama kararı vermelerini engelleyecektir. Elbette somut kanıtların yanında kuvvetli suç şüphesinin oluştuğunu da arayacaktır. Esasen AİHM kararları da bu doğrultudadır. Örneğin Ilıjkov/Bulgaristan kararında, Mevcut dosyanın unsurlarına göre, başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verirken, çoğu kez aynı gerekçeleri kullanmıştır. Yakalanan kişilerin suç işlediğinden şüphe edecek nedenlerden söz etmek tutukluluk kurallarının olmazsa olmaz koşuludur yolunda karar vermiştir. AİHM bu konudaki kararları da müstakardır. Örneğin AİHM müstakar bir şekilde dolaylı olarak somut olguyu aramaktadır.. Örneğin, ''Mahkeme, bir sanığın tutukluluk süresinin makul sınırı aşmamasını sağlamanın en başta ulusal adli makamlara özgürlüğe saygı kuralına bir istisna getirilmesini haklı çıkaran bir kamu yararının mevcut olup olmadığını tespit veya reddetmelerini sağlayacak nitelikteki tüm koşulları incelemeleri ve serbest bırakılma taleplerini reddettikleri kararlarında bunu esas noktalarıyla belirtmeleri gerekmektedir

Şunu da ifade etmek gerektiğine inanmaktayız Komisyon raporunda ağır ceza mahkemelerinde görülen davalarda tutukluluk süresinin iki yıl, ancak uzatmanın üç yıl olduğunu ileri sürerek uzatmanın hiçbir zaman tutukluluk için öngörülen iki yıllık süreyi aşamaması gerektiği söylenmektedir. Doğrusu bu görüşü hayretle karşıladık. Demek ki burada bulunan uzmanlar öğretiyi ve de uygulamayı yeterince iyi takip etmiyorlar. Biz şimdiye kadar bütün Yargılama hukukuna ilişkin eserlerimizde, makalelerimizde bu üç yılın azami süre olduğunu açıkladık. Yani ağır ceza mahkemelerinde tutukluluk süresi normal olarak iki yıldır, bu gerektiğinde toplam olarak üç yılı aşamaz olarak anlaşılmak gerekir. Eğer gerekçesi ve hazırlık çalışmaları dikkatlice okunsaydı bu sonuç tartışılamazdı bile. Akif Hamzaçebi, Ali Rıza Öztürk ve Dilek Akagün Yılmaz'ın TBMM başkanlığına sunduğu 5271 sayılı CYY'nda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun teklifindeki gerekçelerinde, özellikle tutuklamaya değinilmiş ve tutuklamanın süre olarak İHAS'ne göre çok uzun olduğu, tutukluluğun geçici bir önlem olmaktan çıkıp adeta fiili bir mahkumiyete döndüğü, CYY'nin 100. maddesindeki katalog suçlar adeta otomatik bir tutuklama nedeni gibi anlaşılmaya başlandığı, 31 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe giren ağır ceza mahkemelerindeki yürürlülük sürelerine ilişkin düzenleme, yasanın muğlak lafzı nedeni ile yargı, bilim çevreleri ve kamuoyunda tartışmalar yarattığı, CYY'nin 102/2 deki uzatma süresinin 3 yıl olarak kabul edilerek, kişinin 5 yıl tutuklu kalması sonucu doğuracak şekilde yorumlanarak, sanık aleyhine olabilecek en uç noktaya gelinmiştir denmektedir. Teklif metninde 102. madde için şu metin önerilmiştir:

".Ağır Ceza Mahkemelerinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek en çok bir yıl daha uzatılabilir. Ağır Ceza mahkemesinin görevine giren işlerle ilgili 2.fıkradaki tutukluluk sürelerine ilişkin sınırlar, istinaf ve temyiz incelemesi aşamasında uygulanmaz. Tutuklu işleri ilişkin istinaf ve temyiz incelemeleri toplamda en çok bir yıl içinde karara bağlanır. Haklarında istinaf ve temyiz incelemeleri, toplamda en çok bir yıl içinde karara bağlanmayan tutuklu sanıklar derhal salıverilir.

Bununla beraber YCGK'nin E.2011/1-51,K.2011/42 sayı ve 12.04.2011 sayılı kararında açıkça CYY'nin 102/2 maddesine göre Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren işlerde uzatma ile birlikte tutukluluk süresini beş yıl olacağını kabul etmektedir. Aynı kararda bu tutukluluk süresinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen sürenin dikkate alınacağı, yerel mahkeme tarafından hüküm verildikten sonra hükmen tutuklu sayılacağından temyiz incelemesinde geçen sürenin hesaba katılmayacağını öngörmüştür. Çoğunluk görüşüne katılmayan bir üye ise, ağır ceza mahkemesinde tutukluluk süresinin en çok iki yıl olduğunu zorunlu hallerde uzatılan bu sürenin üç yılı aşamadığı görüşünü savunmuştur. Bu üyeye göre AİHM, sözleşmenin 5. maddesinde tutuklulukta geçen makul süreyi kavramını yorumlarken bu sürenin ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonraki aşamayı kabul etmediğini, ancak AİHS'nin başlangıç bölümü ile 55. maddesine göre sözleşmeye taraf olan Devletler, kendi yasalarında sanığın özgürlüğünü daha fazla koruyucu hükümlere yer verebileceğini, bu nedenle AİHS'e aykırılık olmayacağını ileri sürmüştür. Akif Hamzaçebi ve arkadaşlarının yasa teklifinde bu konuya da değinilmiş ve ilk derece mahkemelerinde haklarında mahkûmiyet kararı verilen tutuklu kişiler ile haklarında henüz bir karar verilmemiş olan tutuklu kişiler arasında bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Aynı konuda Anayasa Mahkemesi Resmi Gazete'nin 02.09.2013 tarih ve 28726 sayılı nüshasında yayımlanan E.2012/100, K.2013/84 sayı e 04.07.2013 tarihli kararında da, Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzama süresi toplam üç yılı geçemez görüşünü kabul etmiştir. Ancak neden üç yıl olarak hesap edileceği konusunda bir gerekçe dahi göstermemiştir. Yüksek mahkemeye göre Anayasanın 19/7 maddesinin birinci cümlesinde "Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakmayı isteme hakları vardır denilmek sureti ile makul bir süre içinde yargılanma ve makul süreler içinde tutuklu kalmamak haklarının Anayasal güvenceye bağlandığını ifade etmiştir. Mülga Terörle Mücadele Yasa-

sının 10 maddesinde yazılı ve TCK'nın 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler dışında kalmak üzere İkinci Kitap Dördüncü kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerindeki suçlar yönünden tutukluluk süresinin iki kat arttırılması, yani on seneye kadar uzamasını Anayasanın 13 ve 19. maddelerine aykırı bulmuştur.

Yasanın 9. maddesi 5271 sayılı CYY'nin 116. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "makul" ibaresi "somut delillere dayalı kuvvetli" olarak değiştirilmiştir. Madde bilindiği üzere şüpheli ve sanıkla ilgili aramayı düzenlemektedir. Teklifin gerekçesinde arama önleminin uygulanması, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç kanıtlarının elde edilebileceği hususunda, arama kararı veren C. Savcısı veya yargıcın kuvvetli şüphenin bulunduğuna ilişkin somut gerekçeleri göstermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bununla beraber Adalet Komisyonu, raporunda, "teklifte muhtelif koruma tedbirleri bakımından aranan 'somut delillere dayanma' şartı söz konusu tedbirlerin niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira somut delil ancak suçla ilgili olabilir. Koruma tedbirlerinin bakımından ise suçun işlendiğini gösteren kuvvetli şüphe yeterlidir. Bu kavramın uygulamada yanlış anlaşılıyor olması Yasama organı eliyle başka bir yanlışın yapılmasına yol açmamalıdır."Rapordaki bu fikirlerin kabul edilmesi mümkün değildir. Özellikle somut delilin sadece suç olgusu ile ilgili olduğu beyanı gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Nitekim Ömer Süha Aldan ve arkadaşlarının verdiği muhalefet şerhinde kanaatimizce doğru olarak,"bu durumda arama kararı verilmesi oldukça güç koşullara bağlanmaktadır. Keyfi aramaların önlenmesi açısından olumlu bir düzenleme olsa da, uygulamada tereddütlerin giderilmesinin kolay olmayacağı sanılmaktadır." denmiştir. Son dönemlerdeki sübjektif değerlendirmelere dayanan keyfi aramaları göz önüne alırsak bir objektif değerlendirmeyi gerektiren somut delil isteme uygun olmuştur. Her yeni düzenlemesinin uygulamada zorluk çıkarması olasıdır. Ancak bu zorluklar aşılması güç değildir. Bu açıdan yukarıda bu konuda verdiğimiz açıklamalara atıfla yetinmekteyiz.

Yasanın 10. maddesinde "Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma" suçunda ilk değişiklik birinci fıkradaki kuvvetli şüphe kavramının önüne somut delillere dayanan ibaresinin getirilmesidir. Yine birinci fıkranın son fıkrasında " Somut olarak belirlenen bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi tamamlanabilir." denmek sureti ile somut olarak belirlenme ibaresi eklenmiştir. Böylece elkoymada da kuvvetli suç şüphesinin somut kanıtlara dayanması aranmıştır..

Maddenin 10. alt bendinde bulunan "suç işlemek için örgüt kurmak" maddeden çıkarılmıştır.

Örgüt kurma suçunun ikinci fıkradaki katalog suçlardan çıkarılması ve bazı suçlarda özellikle bu önlemin uygulanabilmesi için suçun örgüt kurma suçu içinde soruşturma ve kovuşturma yapmasının önüne geçmek istenmesi madde gerekçesinde bu değişikliği belirtmek için konmuştur.

Maddenin son fıkrası olan 9. fıkra tamamen değiştirilmiş ve yeni bir sistem oluşturulmuştur. Fıkranın ilk şekline göre el koymaya ancak yargıç karar verebilirdi. Yeni düzenlemeye göre 9. bent " bu maddeye göre el koymaya ağır ceza mahkemesince oybirliği ile karar verilir. İtiraz üzerine bu konuda karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.

Yapılan değişiklikle: (a) bendinin 10. alt bent yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre "Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine gör Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Milli Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanırı. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir." 9 alt bent ise, Bu maddeye göre el koymaya ağır ceza mahkemesince oybirliği ile karar verilir, İtiraz üzerine karar verilebilmesi için de oybirliği aranır." Bu konuda teklif gerekçesinde, "uygulamada suçtan elde edilip edilmediğine bakılmaksızın tüm mal varlığına el konulduğu, bu uygulama nedeniyle Anayasanın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı ve 36. maddedeki adil yargılama hakkının ihlal edildiği belirtilmektedir. Düzenlemeyle taşınmazlar, hak ve alacaklar bakımından elkoyma işleminin uygulanabilmesi için ilgisine göre yukarıda belirtilen Kurum ve kuruluşlardan rapor alınması öngörülmüştür.

Adalet Komisyonunun raporunda, bu kuruluşlardan alınacak raporda hak ve alacağın suçtan elde edilip edilmediğinin saptanması istenmektedir. Bir eylemin suç konusu olup olmadığının saptanması ancak yargılama konusunda karara bağlanacağından, Yürütme Organına bağlı olarak görev yapan kurum ve kurullardan rapor alma koşulu kanaatimizce yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmektedir. Koruma önlemleri kararının kimi durumlarda ivedilikle verilmesi gerektiğinden söz konusu koruma önleminin böyle bir şarta bağlanması önlemin ve sonuçta verilecek nihai kararın uygulanabilirliğini ortadan kaldıracaktır"

Yine Komisyon raporuna göre, bu önlemlere karar verme yetkisinin ağır ceza mahkemesine bırakılması ve buradaki kararın da oybirliği ile verilebilmesi hem bu mahkemelerin işini arttıracak, hem de koruma önleminin mantığına aykırı olacaktır. Bunun yanında hangi ağır ceza mahkemesi bu kararı verecektir. Eğer asal dava bir ağır ceza mahkemesinde

görülüyorsa o mahkeme mi, yoksa başka mahkeme mi karar verecektir. Sorun soruşturma evresi için çözümü olan bir olgudur. Bu durumda örneğin nöbetçi ağır ceza mahkemesi karar verecektir. Ancak kovuşturma evresinde yetkili ve görevli mahkeme belirlenmemiştir. Bu durumda bir başka ağır ceza mahkemesi karar verecektir ilkesi kabul edilince, bu mahkemenin sanki asal mahkemeymiş gibi bütün dosyayı okuması suçluk konusunda da bir karar vermesi gerekir. Bu nedenle bu kararı davayı gören mahkemenin vermesi daha doğru olur. Ancak oyçokluğu uyuşmazlığı bu mahkemeyi de asıl davayı görmekten engelleyebilir. Kaldı ki CYY'nin 224. maddesine göre mahkemece verilen kararlar ve hükümler oybirliği veya oyçokluğu ile alınır. Karşı oya tutanakta yer verilir ve gerekçesi de tutanakta gösterilir. Elbette buna aykırı bir hüküm getirilebilir ve bazı olgularda oybirliği aranabilir. Özellikle itiraz sonucu itiraz mahkemesinde de oybirliği aranması birçok durumda karar verilemesine neden olabilir. Olabilir ki ağır ceza mahkemesinde oybirliği sağlanamadı. Birçok kez oy verilmesi işlemi yapılmasına rağmen karlar hep oy çokluğu ile çıktı. Bu durumda yasanın aradığı oybirliği sağlanamadığı için önlem kararı alınamayacaktır. Bu durumda önlem kararı alınamadığına mı karar verilmiş olacaktır. Böyle bir varsayım CYY'nın 224. maddesine aykırıdır. Aynı olguyu itiraz mahkemesinde de uygulayabiliriz. Farz edelim ki oybirliği ilk karar mahkemesinde alındı ve bu karara itiraz edildi ve itiraz mahkemesinde oybirliği sağlanamadı. Bu durumda itiraz kabul mü edildi, yoksa ret mi edildi sayılacaktır? Bu açıdan bu hüküm doğru olmamıştır.

Rapora itiraz eden, Ö.Süha aldan ve arkadaşları raporun alınmasının zorunlu kılınmasını kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulmuşlardır. Öte yandan ülkenin dört bir yanından gelen taleplerin bu kuruluşların görevlerini arttıracak sorunların çözümü uzayacak ve gelirler kolaylıkla kaçırılabilecektir görüşünü de eklemişlerdir.

Celal Adan ve arkadaşları da aynı konulara değinmişler ve bunun yanında 17 aralık sürecinde el konulan değerlere ilişkin önlem kararları alınamayacaktır demişlerdir.

Bengi Yıldız muhalefet şerhinde bu maddenin hukuk tekniğine aykırı yalnız mahke-menin yetkisinde olan el koymanın birtakım kurumların kararına bırakılmasının el koyma önlemini zorlaştıracağı görüşünü ileri sürmüştür.

Kanaatimizce muhalefet şerhinde ve Komisyon raporundaki görüşlere tamamen katılmaktayız. İdarenin vereceği görüşler bir bilirkişi raporu gibi olmayıp, bir suçu belirleyen raporlardır ve bu yürütmenin yargıya müdahalesi olup Anayasaya da aykırıdır. Kaldı ki, Ağır Ceza Mahkeme-

sinde oybirliği kararı aranması genel olarak Ceza Yargılama Hukuku kurallarını da göz ardı etmektedir.

Yasanın 11. maddesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama ve Elkoyma düzenlenmektedir. Burada yapılan değişiklikler olumludur. Öncelikle buralarda arama yapılması, kopya çıkarılması soruşturmada "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplenin varlığı" aranmak sureti ile keyfi olarak bilgisayarlarda arama yapılması engellenmiştir. Bunun yanında yedekten kopya alınarak şüpheliye verilmesi onun isteminden çıkarılmış, zorunlu hal getirilmiştir. Zira uygulamada genelde hiç sormadan kopya alınmadan götürülmekte idi. Böylece yeni şekilde bilgisayarda değişiklik yapılması bir kopyası şüphelide bulunacağından artık iddia edilemeyecektir.

Yasanın 12. maddesinde İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ile ilgilidir. Yapılan değişiklikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

1.İletişimin dinlenmesi, kayda alınması. tespiti konusunda karar alınması, eski metinde hâkim ve gecikme halinde C. Savcısına bırakılmışken, hâkim yerine ağır ceza mahkemesi konmuştur. Ancak yasa koyucu diğer maddelerde olduğu gibi burada da ağır ceza mahkemesin oybirliği ile karar almasını aramıştır. Aynı şekilde itiraz için de oybirliği aranmıştır. Bu şekilde bu konuda mahkeme kararı zorlaştırılmıştır. Ancak ilgi çekici olan gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.savcısının kararını derhal mahkemenin onayına sunacaktır. Burada da mahkeme dendiğine göre ağır ceza mahkemesi mevcut sisteme göre oybirliğince karar alacaktır. Madde gerekçesinde bunun ağır ceza mahkemesince verilmesi temel insan hak ve özgürlüklerin daha güvenceli hale getirilmesi amacı taşıdığı belirtilmesine rağmen, uygulamada doğacak sıkıntılar bir yana itilmiştir.

2. Maddeye eklenen 2. fıkra ile "Talepte bulunurken hakkında bu madde uyarınca karar verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcısını gösterir belge ve rapor eklenir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi suçla ilgili olmayan kişilerin dinlenmesini engellemek amacıyla, iletişimin tesbiti, dinlenmesi ve kayda alınması talebinde bulunulurken hakkında bu madde uyarınca önlem kararı verilecek kişinin kullandığı telefon hattının veya iletişim bağlantısının tespitine olanak sağlayacak kodu taşıyan cihazın sahibini gösterir belgenin talep yazısına eklenmesi zorunluluğu getirilmektedir. Bu şekilde suçla ilgisi olmayan kişinin yerine başka kişiler dinlenemeyecektir.

Eski 2. fıkra eklenen bir fıkra nedeni ile teselsül nedeni ile 3. fıkra olarak düzeltilmiştir.

3. Dördüncü fıkrada yapılan değişiklikle, dinleme kararı üç ay için verilirken, yapılan değişiklikle bu iki aya indirilmiştir. Bu süre eskiden bir defa uzatılırken bu bir aya çekilmiştir. Daha sonra örgütün faaliyeti içinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde mahkeme yukarıdaki sürelere ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak üzere ve toplam üç ayı geçmemek üzere olarak değişiklik yapılmıştır.

4. 5. fıkrada yer alan tespit işlemi için üç ay da iki aya, bu sürenin iki ay iken bir ay daha uzatılabileceği şeklinde değiştirilmiştir.

5.Eski altı ve teselsül nedeni il 7. fıkranın 5 numaralı alt bendinden sonra gelmek üzere 6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148,149) alt bende eklenmiştir. Diğer alt bentler de buna göre teselsül ettirilmiştir. Eski 8 alt bent yürürlükten kaldırılmıştır. 9. alt bentteki fuhuşun yanındaki fıkra ç ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Yasanın 13. maddesi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ile ilgilidir. Bu maddenin 1. fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre: Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oybirliği ile karar verilir. İtiraz üzerin bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.

Öncelikle bu yasada hemen hemen tüm maddelere konulan somut kanıtlara dayalı ibaresi kanımızca doğru olarak eklenmiştir. Eski metinde bunları atamaya yargıç ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.savcısı kararı gerekirken yapılan değişiklikle bu yetki C.savcılarının elinden alınmış ve ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile vereceği karara bağlanmıştır. Bu mahkeme kararına itiraz halinde itirazı inceleyecek olan ağır ceza mahkemesi de oybirliği ile karar verecektir. Daha önce diğer maddelerde söylediğimiz ağır ceza mahkemelerinin oybirliği ile karar vermesinin sakıncaları bu madde için de geçerlidir.

Maddenin 6. fıkrasına eklenen bir cümle ile, "suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhal yok edilir." Böylece, yerinde olan suçla ilgisi bulunmayan bilgiler ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamayacağı gibi, bunlar derhal yok edilecektir. Bu hüküm hem kişisel verileri hem de özel yaşamı korumaktadır. Bengi Yıldızın bizim de katıldığımız eleştirisinde gizli soruşturmacının süresinin belli olmamasıdır. Bir insanın hayatı boyunca gizli soruşturmacı ile yaşaması olanağına madde, bir süre tanımayarak öngörebilmektedir.

Yasanın 14. maddesi teknik araçlarla izlemeyi düzenleyen maddede değişiklik yapmaktadır. Bun göre, teknik araçlarla izleme konusunda hem kuvvetli şüphe bulunmalı hem de somut kanıtlar mevcut olmalıdır.

Aynı fıkranın (a) fıkrasının 2 numaralı alt bendinde sonra 3 numara altında nitelikli hırsızlık(madde 142) ve yağma (madde 148,149) eklenmiştir. 5 numaralı alt bent yürürlükten kaldırılmış ve mevcut 6 bentte yer alan fuhuş suçunun yanında bulunan fıkra üç ibaresi kaldırılmıştır.

Değiştirilen 2. bende göre teknik araçlarla izlemeye oybirliği ile ağır ceza mahkemesi karar verecek, itiraz üzerine bu önleme karar verebilmek için yine oybirliği aranacaktır.

Teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacıdan farklı olarak bir süreye bağlanmıştır. Buna göre bu karar en fazla üç haftalık süre için verilir. Ancak örgüt faaliyeti içinde işlenen suçlan için gerekli görülmesi halinde mahkeme her defasında bir haftadan fazla olmamak koşulu ile toplam dört haftayı geçmemek üzere izin verebilir.

Yasanın 15. maddesi ile 5271 Sayılı Yasa'nın 161. maddesine aşağıdaki fıkra eklemiştir: "(8) Türk Ceza Kanunu'nun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 0 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesi hükmü saklıdır."

Bilindiği üzere 5271 sayılı TCK'nın 161. maddesi "Cumhuriyet Savcısının görev ve yetkilerini düzenleyen bir hüküm içermektedir. Bu hüküm esas itibarı ile C. Savcılarının görevlerin yaparken 31.05.2005 tarihinde Budapeşte'de toplanan ve savcılar için görev ve ilkelerini belirleyen "Savcılar için etik davranış biçimlerine ilişkin Avrupa esasları"nı belirleyen ve Budapeşte ilkeleri adı altında savcıların temel görevlerini öngörmektedir. Madde Türk hukukunun uygulanmasına ilişkin konuları da düzenlemiştir.Yapılan değişiklikle maddeye yukarıdaki 8. fıkra eklenmiştir. Madde gerekçesine göre " Ömer Süha Aldan ve arkadaşlarının muhalefet şerhinde, en üst derecede kolluk bu maddede öncelikle CYY'nin 5 fıkrasına eklenerek, en üst derecede kolluk amirleri bakımından inceleme ve soruşturma izninin Adalet Bakanı tarafından verilmesi, Adalet Bakanının inceleme ve soruşturmayı, Adalet müfettişleri veya C. Başsavcıları eliyle yaptırılması sağlanmaktadır. Diğer yandan Terörle Mücadele Yasasının 10. maddesi kaldırıldığından bu maddede düzenlenen bazı suçların doğrudan soruşturulacağına ilişkin hüküm bu maddeye eklenmektedir." " Ömer Sühe Aldan ve arkadaşlarının muhalefet şerhinde, en üst derecede kolluk amirini adli olaylar yönünden yürütme organına mahkûm etme niyetinin bir sonucudur. Bu düzenlemenin özellikle 25 Aralık 2013 tarihinde İstanbul C. Başsavcılığının yürüttüğü bir soruşturmada, arama

ve elkoyma işlemini yerine getirmeyen İstanbul Emniyet Müdürünü korumak için gerçekleştirildiği düşünülmektedir. Denmektedir. Celal Adan ve arkadaşlarının eleştirisinde, kolluk görevlilerinin, adli görevlerine ilişkin konularda soruşturma açılıp açılmayacağı yetkisinin yürütmenin bir üyesine verilmesi mahkemelerin bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır, eleştirisini ileri sürmüşlerdir. Adalet komisyonunda da teklif kentinin 161. maddesinin 5.fıkrasına eklenmesi istenen " en üst derecede kolluk amirleri hakkında inceleme ve soruşturma izni Adalet Bakanı taragında verilir. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya C. Başsavcıları eliyle yaptırır " fıkrası kanunlaşmamıştır. Bunun nedeni esasen bu hükmün 161/5. maddesinde bulunmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten 161/5 maddede " Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri (Ek ibare: 5353 - 25.5.2005 tarihli yasa ", en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü" uygulanır" hükmü yer almakta idi. Eklenen 8 fıkra ile TCK.nun Devletin Birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (m.302),Anayasayı ihlal (m309),Yasama organını karşı suç(m.311),hükümete karşı suç(m.312) Türkiye Cumhuriyetine Karşı Silahlı İhlal(m.313), Silahlı örgüt (m.314), Silah sağlama (m.315)Suç için anlaşma (m.316) düzenlenen suçlar hakkında görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsalar bile C. Savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Böylece 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Hakkında Kanun'un 26. maddesi söz konusu olduğunda C. Savcılarının resen soruşturma yapma yetkileri yoktur.

Yasanın 16. maddesi, önce 169. maddesinde açıklık getirecek bir hüküm getirmiştir.Buna göre soruşturma yapıldığı yerin yanında eski hükümde sadece zaman ibaresinin somutlaştırmak sureti ile bunun yerine tarih, başlama v bitiş saati yazılması eklenmiştir. Böylece kişinin soruşturma sırasında da özgürlüğü kısıtlandığından bu sürenin somutlaştırılması istenmiştir.

Aynı maddeye eklenen 7. fıkra ile : "(7) Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısmının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlarla ilgili yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hâllerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı, kolluk görevlisinin iş yeri adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında

adres olarak iş yeri adresleri gösterilir." Bu fıkra tamamen soruşturma ve kovuşturmada bulunan görevlilerin ve bu arada kollukların korunması amacıyla getirilmiştir. Özellikle terörle mücadele yasasının 10. maddesi kalkmasına rağmen bu dönemde soruşturma ve kovuşturmaya katılanların kişilikleri korunmakta devam edilmektedir. Diğer suçlar da milli savunmaya ilişkin suçlar dışında ağır cezaları gerektiren suçlar olduğu için açık kimlikleri yerine sicil numaralarının yazılması yeğlenmiştir. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiğinde davetiye ve çağrı kağıdı iş adreslerine yollanacaktır. Böylece ikamet adreslerinin saklı tutularak kendileri ve aileleri korunmak istenmiştir.

Yasanın 17. maddesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun, Yürütmenin durdurulmasına ilişkin 27/2 maddesinin ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere "Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz."Bilindiği üzere İdari Yargılama Yasası'nın 27/2. maddesi :" Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez." Böylece eklenen cümle kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama naklen atama, görev veünvan değişikliği geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin işlemler uygulamakla etkisi tükenecek idari işlemlerden sayılmamıştır. Böylece idarenin savunması alınmaksızın yürütmeyi durdurma kararı verilmeyecektir. Maddenin gerekçesinde bu konuda bir açıklıklık mevcut değildir. Ömer Süha Aldan ve arkadaşları muhalefet yazılarında bu hükmün atam, görev değişikliği,geçici görevlendirmeye ilişkin olarak idarenin savunmasının beklenmesinin aranmasını hem yürütmeyi dirdirma kararını geciktirmek, aynı zamanda idari görevlerde hizmet yapanların haksız ve mesnetsiz görev değişikliğine yönelik işlemlerde geri dönmesinde güçlük yaratacağından, hak kaybna neden olacak bir düzenleme olacaktır görüşü savını ileri sürmüşlerdir.

Adan ve arkadaşları bu hükmün 17 Aralık yolsuzluk ve rüşvet soruşturması nedeni ile görevden alınan kolluk ve kamu görevlilerinin hızlı bir şekilde yürütmeyi durduma almalarını engelleyici bir hüküm olduğunu ve böylece hak arama yolunun da kapatıldığını ileri sürmektedir. Ancak şunu ekleyelim ki idare mahkemesi bu tür işlemlerde, 27. madde durdurabilir dediğine göre, savunma almadan da yürütmeyi durdurma kararı verebilir. Ancak böyle bir hükmün yasaya alınması idare mahkmeleini savunma almaya zorlayabilcektir.

Yasanın 18. maddesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 28/1. maddesina cümleler eklediği gibi 4. fıkrayı da değiştirmiştir. Buna göre: "Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir."91/2. maddeyi esas alma kamu görevlisine ayrı bir yük getireceği açıktır. Nitekim bu maddeye göre: "Söz konusu memurların eski kadrolarına ait en son ayda aldığı malî haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının net tutarının, atandıkları yeni kadrolarına ait malî haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının net tutarından fazla olması hâlinde, aradaki fark, farklılık giderilinceye kadar, atandıkları kadrolarda veya bu kadrolardan istekleri dışında atandıkları başka kadrolarda kaldıkları sürece, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın tazminat olarak ödenir. Aylık mutad olarak yapılmayıp belirli bir dönemi kapsayan ödemelerin ödendiği tarih itibarıyla net tutarları toplamının yılı içinde çalışılan aylara bölünmesi suretiyle bulunacak tutarı, en son ayda aldığı aylık tutarına ilave edilir. Fazla çalışma ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti ve nöbet ücreti gibi ilave bir çalışmanın karşılığında elde edilen ödemeler aylık tutarına ilave edilmez."

"4. Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir."

28/1 madde değişiklikten önce şu şekilde idi:" Danıştay bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem

tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." Bu hükme göre idare mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar vermesi halinde idarenin gecikmesizin gerekli işlemi yapmaya tebliğden itibaren otuz gün içinde bu işlemi yerine getirmeye mecbur idi.

Değişiklikten sonra ise kamu görevlileri hakkında atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekaleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği ile ilgili olarak boş olması halinde bu kadroya, boş olmaması halinde aynı kurumda kazanılmış hak derecesine uygun başka bir kadroya atanmak sureti ile yerine getirilir. Eski kadro ile yeni kadro arasında bir fark var ise 657 Sayılı Yasa'nın /2 maddesinde düzenlen usul ve çerçeve içinde ödenir. Böylece idarenin otuz gün içinde işlemi yerine getirmeye zorunluluğu kaldırılmıştır. Ayrıca eklenen 4. madde ile kararların süresi içinde yerine getirilmemesi halinde tazminat davası ancak idareye karşı açılacaktır. Bu şekilde örneğin haksız bir atama halinde bir yere atanamayan kamu görevlisi ancak idareye karşı dava açabilecektir. Bu davanın süresini de göz önüne alırsak kamu görevlisinin uğrayacağı zararı anlayabiliriz.

Yasanın 19. maddesi ile getirilen düzenlemeler:

A.

a)4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi hakkındaki kanunda

b)2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin murakabesi hakkında kanunda

c) 657 sayılı Devlet Memurları Hakkında kanunda;

d)178 sayılı Maliye bakanlığının Teşkilat ve Görevleri hakkında kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapılmasına dair kanunun 11/1. maddesindeki

Devlet Güvenlik Mahkemesi ibareleri ibaresi kanun kentinden çıkarılmıştır.

B.

a) .04.02.1983 tarih ve 2803 sayılı Hakimler ve Savcılar kanununun 93/A maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.Buna göre :" Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı

aleyhine tazminat davası açılamaz. Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün, b) Dava sonunda verilen hükmün,kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya hükmün kesinleşmesinden önce, hâkim veya savcının söz konusu işlem, faaliyet veya kararıyla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmaktan mahkûmiyeti hâlinde ise tazminat davası bu hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir.Devlet, ödediği tazminattan dolayı, tazminat davasına konu işlem, faaliyet veya kararla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkim veya savcıya rücu eder.Kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, hâkim ve savcıların işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarında uygulanmaz.Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle Devlet aleyhine açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümleri; bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde ise ilgisine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır. Bu madde hükümleri;a) Yüksek mahkemelerin başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar, b) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişleri ile adalet müfettişlerinin, yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar,nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır.

Böylece yargıç ve savcılarca hukuka aykırı eylemleri nedeni açılacak tazminat davalara Devlete karşı açılacaktır. Daha sonra Devlet bu miktar kadar yargıç ve savcıya rücu eder. Böylece savcı ve yargıçların hukuka aykırı bir eylemde bulunmaları halinde özenli davranmaları engellenmiş olmaktadır.

b)12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 10 – Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek

illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adlî yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak;a) Soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.b) Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesi hükmü saklıdır. c) Yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hâkim görevlendirilir. ç) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinin birinci fıkrasındaki yirmidört saat olan gözaltı süresi kırksekiz saat olarak uygulanır. d) Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir. e) Gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz. f) Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı, kolluk görevlisinin iş adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir.g) Güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verilebilir. ğ) Açılan davalara adli tatilde de bakılır. h) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,c) İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci

Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), dolayısıyla açılan davalar, birinci fıkra hükmüne göre görevlendirilen mahkemelerde görülür. Üçüncü fıkranın (d), (e), (f) ve (h) bentleri hariç olmak üzere, bu madde hükümleri, bu suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanır.

Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamaz; bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz.

C.

5271 Sayılı CYY'nin 153/ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları

Bu fıkralar esas itibarı ile müdafiinin dosya içeriğini incelemesi, belgelerden örnek almasını c.savcısının istemi üzerine sulh ceza yargıcının kararı ile sınırlayabileceği, ancak adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında böyle bır sınırlamanın olamayacağı, müdafiinin iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğin inceleyebileceği, tüm tutanak ve belgelerini harçsız alabileceği ve muhafaza altına alınmış kanıtları inceleyebileceği hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Belirtelim ki bu madde daha önce 5353 Sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce müdafiinin C. Savcılığınca mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini veya muhafaza altına alınmış kanıtları inceleyebilir, bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız alabilirdi.

D.

02.07.2012 tarih ve 6352 Sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesinin dördüncü fıkrası

Yürürlükten kaldırılan bu fıkra şu şekilde düzenlenmişti:" 4) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 250. maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez. 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun l0. maddesinin kovuşturmaya ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanır

Bu maddenin yürürlükten kaldırılmasının nedeni Özel görevli mahkemelerin ve Terörle mücadele için kurulmuş özel Görevli Bölgesel Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kaldırılmasına dayanmaktadır.

AVUKATIN SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLGİLİ BİR İNCELEME

Av. Osman KUNTMAN[1]

İÇİNDEKİLER:

I) OLAY

II) SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ ESASIYLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR

III) KONUNUN 01.03.1926 GÜNLÜ VE 765, 26.09.2004 GÜNLÜ VE 5237 SAYILI CEZA KANUNLARI HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

IV) KONUYLA İLGİLİ YARGI KARARLARI

V) KONUYLA İLGİLİ ULUSLAR ARASI KURALLAR

VI) AVUKATIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUYLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR

VII) AVUKATLIK MESLEK KURALLARININ 40.MADDESİ HÜKMÜ AÇISINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

I) OLAY:

04.12.2004 günlü ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 251'inci maddesi hükmüyle görevlendirilmiş özel yetkili Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığı;

Müşteki O.Ş.'nin 08.09.2010 günü Savcılığa verdiği şikâyet dilekçesiyle, Erzurum (250 md. İle yetkili) Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptığı dönemde yürütmüş olduğu Erzincan ilindeki bir terör örgütü yapılanmasına ilişkin soruşturma dolayısıyla, bu soruşturma süreci ve konusunu anlatan bazı eserlerin yayınlanarak piyasaya sürüldüğü bu eser sahiplerinden "Cübbeli Adalet" isimli kitabın yazarı İ.T., "Postmodern Cihad" isimli kitabın yazarı İ.S., "Operasyon adı Ağa Ol" isimli kitabın yazarı A. D. ile yine soruşturma süresi ve konusunda kendisi hakkında basın açıklaması yapan İstanbul Barosu'na kayıtlı Av. T.K. haklarında; "kamu görevlisine görevinden dolayı basın yoluyla hakaret, âdil yargıla-

1 İstanbul Barosu avukatlarından.

mayı etkilemeye teşebbüs ve kamu görevlisini hedef gösterme suçlarından suç duyurusunda bulunduğunu; yapılan soruşturma sonucunda şüphelilerin üzerlerine atılan suçu işlediklerine dair yeterli delil bulunduğundan, haklarında Terörle Mücadele Kanunu'nun 6/1, 5237 sayılı Kanun'un 53. maddeleri hükümlerine muhalefetten cezalandırılması istemine ilişkin 06.01.2011 g.Soruşturma: 2010, Esas:20114 sayılı iddianamenin CMK'. nın 175/1 inci maddesi uyarınca kabulüyle yargılanarak cezalandırılması isteminde bulunmuş; bu iddianame Erzurum Özel Yetkili 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2011/6 esasına kayıt ve yargılamaya başlanılmıştır.

Av.T.K.; Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/108 sayılı dosyasında görülen davanın sanıkları arasındaki Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı İ.C.'nin müdafii sıfatıyla Erzurum Adliyesi önünde yaptığı basın toplantısındaki beyanları ve 19.02.2010 günü de İstanbul Adliyesi önünde benzer mahiyetteki yazılı ve görsel medyaya yaptığı açıklamalarda, kamu oyunda Ergenekon terör örgütü olarak adlandırılan örgütlenmenin Erzincan'da yapılanmasına yönelik soruşturmayı yürüterek terörle mücadelede görev almış Cumhuriyet Savcısı O.S'yi hedef gösterdiği iddiasıyla yargılanıyordu.

Bunun dışında: İ.C.'ye İzmir/Buca Cezaevinden bir mektup gönderilmişti. Bu mektupta, İ.C'ye karşı bazı oyunlar oynandığı anlatılıyordu. Av. T.K., müvekkiline bir tuzak ve tertip olabileceği kuşkusunu da vurgulayarak, gerçeğin araştırılmasını istediğinden 01.03.2010 günlü dilekçesini, alındı şerhi koydurarak Başsavcı vekiline teslim etmişti. Arada soruyor, cevap alamıyordu. İki ay geçmesine ve duruşma gününün yaklaşmasına rağmen hiçbir işlem yapılmadığından yeniden 27.04.2010 günlü dilekçeyi vermiş, 05.05.2010 günlü oturumda da; böyle bir mektuba ve yaptığı başvuruya seyirci kalmanın suç olduğunu söylemiş, yani savcıyı eleştirmişti.

Bütün bu ihlalleri tartışmak suç sayılmış ve Av. T.K. aleyhine üç dava açılmıştı.

Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2011/6 esas sayısında kayıtlı davanın 01.11.2011 günlü oturumunda Av.T.K. savunmasını yapmış; 06.03.2012 günlük oturumda Cumhuriyet Savcısı, sanığa atılan TCK'nın 123/3-a md. görevli memura görevinden dolayı hakaret suçu ile TCK'nın 288. md.de sayılan adil yargılanmayı etkilemeye teşebbüs suçlarının 3713 sayılı Kanun'un 4. maddesinde gösterilen suçlardan olmadığı, bu suçlarla ilgili yargılama görevinin genel yetkili Erzurum Ceza Mahkemelerine ait olması nedeniyle, CMK'nın 3 ve 250. md. Uyarınca Mahkemenin görevsizliğine, yargılama dosyasının sanığın daha ağırolan adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs eylemi yönünden bu suça bakmakla görevli Erzurum ( )

Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Özel Yetkili Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi de, 06.03.2012 günlü oturumda:

" 1 – Sanığı üzerine atılı bulunan görevli memura görevinden dolayı hakaret ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçlarının, üst sınırı ve atılı suçların sanığın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği suç kapsamında bulunmadığı değerlendirildiğinden davaya bakmakla görevli mahkemenin Asliye Ceza Mahkemesi olduğu anlaşılmakla 5271 sayılı CMK'nın 5/1, 5135 sayılı Yasanın 11. ve 5271 sayılı Yasanın 252/1-g maddeleri uyarınca mahkememizin GÖREVSİZLİĞİNE…"

karar verilmiştir.

Dava Erzurum 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/308 esasına kaydedilmiş, 28.05.2012 günü dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda:

"Sanık Avukat T.K'ye isnat olunan eylemin sanığın müvekkilinin de aralarında bulunduğu sanıklar hakkındaki kamu davasının duruşma gününde yapılan basın açıklamasında gerçekleştiğinin iddia olunması karşısında; atılı suçun Avukatlık görevi esnasında işlendiğinin kabulü ile, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59/1-2 maddesi uyarınca kovuşturma yapılması gerektiğinden; ve dosya kapsamı itibariyle kovuşturma şartı bulunmadığı belirlendiğinden;

HÜKÜM: Gerekçesi ekli kararda açıklanacağı üzere; CMK'nın 223/8 maddesi uyarınca KOVUŞTURMANIN DURMASINA, dosyanın Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmek üzere Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine…" karar verilmiştir.

Bu karara karşı şikâyetçi durumundaki Antalya Cumhuriyet Savcısı O.Ş. tarafından (müdahale talebini de içeren) 15.08.2012 günlü dilekçeyle itirazda bulunulmuşsa da, Erzurum 3. Ağır Ceza Mahkemesi, 22.08.2012 günü, Değişik İş No.2012/606 sayı ile İTİRAZIN REDDİNE karar vermiş olup, sonrasında bir gelişme bulunmamaktadır.

II) SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ ESASIYLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR:

"…Müdafaa serbestisi, ta eski çağlardan, Yunanlılar ve Romalılar zamanından beri mukaddessattan sayıla geldiğinden bu mukaddes vazifeyi görenlere sonsuz bir söz hürriyeti verilmek lüzumu duyulmuştur. Avukatın hâkimden ve hasmından korkmayarak ve istediği vaziyet ve tavrı takınarak müdafaa için lâzım gördüğünü söyleyebilmesi bütün medeni dünyanın kabul ettiği bir esastır. Bunsuz müdafaa, müdafaa olmazdı.

Çünkü müdafaası işin faideli gördüğü sözü, hakaret ve iftira suçlarını teşkil edebileceği korkusu ile veya herhangi bir endişe ile söyleyemeyen avukat vazifesini hakkı ile yapmış olamazdı. Bundan ise adalet müteessir olurdu. (Bak.No.601-602).(Dosyanın nasıl hazırlanacağı ve müdafaanın nasıl yapılacağı hakkında 717-747 inci maddelere bak).

506-Bazı Misaller : Avukat, müdafaa vasıtalarını serbestçe takdir eder ve kullanır. Bunu ecnebi mahkeme içtihatlarından birkaç misal ile izah edeceğiz:

"Avukatlık mesleği serbest bir meslektir. Kendisine emanet edilen hakkı büyük bir gayretle müdafaa etmelidir. Aynı zamanda hâkimlerin önünde müdafaasını yaparken, gerek maddi gerek hukuki meselelere dair olsun, faideli ve esaslı gördüğü delilleri ve müdafaaları kullanmak vazifesi icaplarından olmalıdır." Sein mahkemesi kararı. (12) Cresson Traite de la profession d'avocat. T.2.p.76

"Avukat davayı müvekkilinin menfaatı nasıl icap ederse öylece müdafaa etmekte hürdür". 2 Nisan 1829 tarihli karar. (13) Cresson Traite de la profession d'avocat. 2.p.76

"Suçlunun müdafaası için faideli gördüğü vasıtalara müracaatta avukatın vicdanı yegâne hâkimdir". (14) Cresson Traite de la profession d'avocat. T.2.p.76

Hasım, şahitler ve ehlivukuf hakkındaki müdafaa ve tenkitlerinde avukatın tamamen serbest olduğunu anlatmak için eski bir Fransız müddeiumumisi der ki:

"Avukatın kullanmağa mecbur olacağı kelimeler, müdafaa etmekte olduğu mevzuun icaplarına uygun olacak sözlerdir. İnsan birkimseyi rencide etmeksizin aldığı hakkı müdafaa edemez. Hatta hususi haysiyetine dokunmaksızın uğratılmış olan haksızlığı meydana çıkaramaz. Ağır sert kelimeler kullanmaksızın meselenin mahiyetini anlatamaz. Bu gibi hallerde, iftira maksadı olmayan hakaretli sözleri meşru müdafaadan ayırmak mümkün değildir. Avukatın bu sözlerinden müteessir olacak kimse onun mes'uliyetini bizzat kendisinde aramalıdır". 15 Cresson: Traite de la profession d'avocat. T.2.p.77

Av. Ali Haydar Özkent, AVUKATIN KİTABI, 1940 İstanbul Arkadaş Basımevi-İkinci Baskı (Tıpkı Basım) 2002, İstanbul, Sh.341-342

"MÜDAFAA MASUNİYETİ:

Müdafaa samimi ve müessir olmak zorundadır (216). Müdafaanın hususiyetlerini zayıflatacak her türlü endişe, neticede, adaletin zararına

olur. TCK'nın 486. maddesindeki hüküm bu endişeleri kısmen gidermektedir.

a) ESASI: Müdafaa masuniyetinin esasını adalet mefhumunda aramak lazımdır. Söylenmesi gerekenin, ceza korkusu ile söylenememesi adaletin tecellisine mâni olur. Müdafaa masuniyetinin yegâne esası budur.

Müdafaa hürriyetinin kullanılmasına karşı Ceza Kanunlarının yalnız hukuki ve inzibati müeyyideler (TCK.486, f2) kabul etmiş olmaları ve cevap vermekten kaçınmaları sureti ile sağlanan masuniyetin daha geniş ve daha başka esaslara dayanması doğru olurdu. Zira müdafaada suç işlememek kâfi değildir. Herhangi bir suç isnadı endişesi dahi müdafaayı zedeleyebilir.

b) AMME HUKUKU İLE ALAKASI: Müdafaa masuniyeti amme hukukuna taallûk eder. Bu itibarla masuniyetten faydalanmak talebe bağlı değildir. Masuniyet hükmünün tatbiki şartlarının mevcut olup olmadığını hâkim araştırmakla mükelleftir. (218). Masuniyetten feragat de edilemez.(219).

3. MASUNİYETİN MEVZUU:

a) Yazı ve Söz: Hakaretamiz hareketlerin (mesela el ile yapılan ayıp hareketlerin) masuniyet ile alâkası yoktur. Zira hareketler müdafaaya hizmet etmez (241)... Fakat söz ile hareketin müterafık olduğu (yani birlikte) hallerde masuniyet kabul olunmalıdır... Bir kimse hakkında gazetelerde çıkan haysiyet kırıcı makalelerin hasım tarafından gayri ahlâki durumundaki bir resminin mahkemeye tevdii (evrak) tâbirine dâhildir...

b) Dava ile ilgili olma şartı: Hakaretin mevzuu ile dava arasında (herhangi mantıki bir rabıta) (256) kâfidir. (Hakareti teşkil eden sözlerin müdafaa için söylenmesi kâfi olup iş bu sözlerin müdafaaya salih olup olmadığını tetkike mahkemelerin sâlahiyeti yoktur). (257)

Prof . Dr. Faruk Erem, CEZA HUKUKU HUSUSİ HÜKÜMLER, Ankara 1968 Sh.419 ve devamı

KONUYLA İLGİLİ OLARAK YARD. DOC. DR. MERAL SUNGURTEKİN ÖZKAN'IN GÖRÜŞLERİ İSE ŞÖYLE :

"... Ceza hukukuna ilişkin bir işlemin yapılmasından umulan fayda ile verilmesi olası zarar arasında makul bir oranın bulunması ve zararın faydadan çok fazla olması halinde işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye, Oranlılık ilkesi denir. 310.

Adâletin herhangi bir engelleme ile karşılaşmaksızın gerçekleşti-

rilmesini sağlama amacı ile öngörülmüş bulunan bir hukuka uygunluk sebebi olarak savunma dokunulmazlığı ile beklenen fayda, adaletin iyi şekilde tecellisidir. Savunma dokunulmazlığı ile ortaya çıkabilecek zarar ise, hakaretin yönelmiş olduğu kişinin onurunun zedelenmesidir. Hukuk Devletinin görevi ise, umulan fayda ile ortaya çıkabilecek zarar arasında denge kurmaktır. Bu makul dengeyi, olay yargıcı somut olayın özellikleri ve yaşam tecrübesi kurabilir. Biri diğerine tercih edilemeyeceği gibi, feda da edilemez. Savunma dokunulmazlığına hiçbir sınır getirilmemesi, hukuksal barışı zedeleyebilir veya savunma dokunulmazlığının aşırı sınırlanması, Hukuk Devleti anlayışından uzaklaşılarak totaliter devlete dönüşme tehlikesi yaratabilir. 311.

486. madde çerçevesinde savunma dokunulmazlığının, hakaret içeren söz ve yazılar için devreye girebilmesi bakımından davayla ilgili olmak kaydıyla, tüm muhakeme sürelerine yönelik hakaret içeren yazı ve sözler buraya dahil edilebilir. 311. (DİP NOTTA : ... Erem (Müdafaa Masuniyeti, s.6) ve Dönmezer (N.262/b), savunma dokunulmazlığından yararlanabilecek olanlara hakaret halinde savunma dokunulmazlığının sözkonusu olabileceği görüşündeyken; Erman ise (Hakaret ve Sövme, s.147-148), dava ile ilgili olan ve olmayan 3. kişilere yönelik hakaret içeren söz ve yazıları, TCK'nın 486. maddesinin kapsamına dâhil görmektedir... Erman, tanık, bilirkişi ve yargıca hakaret edenlerin cezalandırılmalarının savunma hakkını çok kısıtlayacağını örneğin bilirkişi ve yargıcı red gerekçesiyle cezalandırılmaması görüşündedir. Majno ise, karşı taraf, tanık hatta yargıca yönelik hakaret içeren yazı sözler bakımından 486. maddenin uygulanabileceği kanısındadır. (Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları III, Ankara 1980, m.486, N.1801, s.372) Savunma dokunulmazlığının Anayasanın 36. maddesindeki savunma temel hakkının güvencesi olduğu ve savunma hakkı kapsamında olacak hakaret içeren yazı ve sözlere kim muhatap olacaksa, o çerçeve ile sınırlı anlaşılmasının amaçsal yorumun bir gerekliliği olduğuna inanmaktayım.) Denilmektedir.

Savunma dokunulmazlığı, özel bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelenebilir 316. Hakaret kural olarak suçtur; ama hakaret içeren söz ve ifadeler ile hukuken korunmaya değer menfaat izlenmekte ise ve ancak o onur kırıcı söz ve ifadeyle söz konusu menfaat gerçekleştirilebilmekte ise, meşrudur. Hakaret içeren ama olaya uygun kıymet hükümleri ve sözler hakaret değildir. 317.

c) Dokunulmazlığın sonuçları :

Bu sonuçlardan ilki, savunma dokunulmazlığı kapsamındaki hakaret içeren yazı ve sözler için, bunları sarfeden hakkında kovuşturma yapılmamasıdır (TCK. M.486/I). Ancak TBB'nin 15.02.1997 tarihli Dis. Kur. kararında da belirtildiği üzere, ceza yargılaması sırasında suçun manevi unsuru bakımından kuşku duyulması ve bunun sanık lehine yorumlanarak beraat kararı verilmesi, ceza hukuku yönünden "suç" oluşup oluşmadığına ilişkin bir değerlendirmedir. Disiplin hukuku yönündense sarfedildiği saptanan sözlerin Avukatlık Yasasına ve Meslek Kurallarına aykırı olup olmadığının mahkeme kararındaki yorum ve sonuç ile bağlı olmaksızın ayrıca irdelenmesi gerekir 319…"

AVUKATLIK MESLEĞİ AVUKATIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ,

İzmir 1999, Gnişletilmiş 2. Baskı, Sh.93-101

A.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ CEZA VE CEZA USUL HUKUKU ARAŞTIRMA GÖREVLİSİ MUHARREM ÖZEN'İN GÖRÜŞLERİNE GELİNCE:

"… I. SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ ESASI:

Savunma dokunulmazlının esasının neden ibaret olduğunun belirlenmesi yerinde olur. Zira bu konuda kabul edilecek düşünce farklı sonuçlara varılmasına yol açacaktır. Bu konuda değişik düşünceler bulunmaktadır. Kimilerine göre, yargılama makamları önünde söylenen sözlerden ve yazılardan dolayı tarafların ve temsilcilerinin cezalandırılmamasının nedeni zarurettir (I). (ALABAY, Rifat: Müdafaa Masuniyeti, AD., Ankara 1938, s.1728). Gerçekten her zaman ve her yerde, uygarlığın ilk devirlerinden beri ve bugünkü mevzuatta " zaruret halinde başkalarının haksız bir saldırısına karşılık veren doğal savunma hakkını kullanmış olur" ilkesi uygulama alanı bulmuştur. Çünkü bu insanlarla birlikte doğmuş olan ve herhangi bir kanundan önce kamu vicdanının kabulünü kazanmış, tanınmış olan bir haktır (2)…. Bu düşünceye göre, muhakemede herkesin sahip olduğu gerektiğinde karşı tarafın saldırılarını reddetmek ve kendisini savunmak, yani uyuşmazlık konusu için yararlı olduğu takdirde kayıtsız ve şartsız, endişesiz, serbest bir şekilde hareket etmek ihtiyaç ve zaruretinden başka bir şey değildir (3).

Kimileri ise, tarafların tartışmanın şiddet ve hararetinden sâkin ve soğukkanlılıklarını kaybettiklerin ve kendilerini tutamayacak bir duruma geldiklerini ve böylece, hakaret teşkil eden sözlere başladıklarını ileri sürmektedir. Bu düşünce sonuçta savunma dokunulmazlığının esasını bir tür tahrike dayandırmaktadır…

Diğer bazı yazarlar da savunma dokunulmazlığının "imtiyaz"dan başka bir şey olmadığını iddia etmektedir (6). Belirtelim ki bu düşünce doğru değildir. Çünkü dokunulmazlıktan yararlanan kişiler sadece vekil ve müdafiler değildir. Bunlardan başka taraflar, müşavir ve kanuni temsilciler de yararlanmaktadır...

Bazıları ise savunma dokunulmazlığının, savunma kastının hakaret veya sövmeyi ortadan kaldırdığı, ilkesinin uygulanmasından başka bir şey olmadığını iddia etmektedir...

Son olarak bazı yazarlar ise, savunma dokunulmazlığının esasının yargı önündeki tartışma özgürlüğüne ilişkin genel menfaat olduğun ileri sürmektedir (10). Gerçekten de bu cezalandırmama nedeni, kaynağını bizzat menfaatlerini korumaları için taraflara ve temsilcilerine yargısal uyuşmazlıkarda geleneksel olarak tanınan savunma ve tartışma özgürlüğünde (libertas convicii) ifadesini bulmaktadır (II). Öyle ise bu neden tartşma özgürlüğüne ilişkin toplumsal menfaati temin amacıyla konulmuştur (12). Kanaatimizce de savunma dokunulmazlığının esası yargısal uyuşmazlıklarda kabul edilen savunma ve tartışma özgürlüğüdür. Diğer düşüncelerde de az çok doğruluk ve haklılık payı olmakla birlikte kimileri yanlış esaslara dayanmakta, kimileri ise, söz konusu kurumun esasını tam olarak açıklayamamaktadır. Bu nedenle son düşüncenin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. İtalyan Yargıtayı da vermiş olduğu bir kararda 598. maddenin (TCK.m.486) esasının muhakeme esasında taraflara ve vekillerine sağlanmış olan savunma ve tartışma özgürlüğü olduğuna karar vermiştir. (13)..."

SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1992/3, Sh.416-421

III) KONUNUN 01.03.1926 GÜNLÜ VE 765 SAYILI VE 02.09.2004 GÜNLÜ VE 5237 SAYILI CEZA KANUNU HÜKÜMLERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Konunun doğru anlaşılabilmesi bakımından, yürürlükten kaldırılmış bulunan 565 sayılı TCK'nın 486. maddesine bakmakta yarar vardır. Maddede:

"Tarafların veya vekil, müdafi, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bi dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layıha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılmaz.

Dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa

hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıki fıkra hükmünden hariçtir…". Denilmektedir.

Cumhuriyet Halk Partisi TBMM Grubu, maddenin ikinci fıkrası hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuş, istem, 08.06.1965 gün ve E.1963/163, K.1965 36 sayı ile ve oy çokluğu ile reddedimiştir.

Konunun önemi ve davanın bir oy farkıyla reddedilmesi gözönünde tutularak red kararı verenlerle karşı oy sahiplerinin değerlendirmeleri aşağıda açıklanmıştır.

DAVANIN REDDİ YÖNÜNDE OY VERENLERİN GEREKÇELERİ:

"… Gerçekten iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. İddia ve savunma sınırı içinde kalan hareketin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan, bu serbestlik, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle, hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böylelikle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde yazılmasında zorunluk bulunmayan yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk var denemez. İşte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış olacağından haysiyetler de korunmamış olur. Bu bakımdan sözü edilen hüküm, yargı mercileri önünde iddia ve savunmada bulunan kişileri korkutacak ve tereddüte düşürecek ve bu yüzden de onların söylemleri ve yazmaları gereken bir hususu söylemekten veya yazmaktan alıkoyacak bir nitelik taşımamaktadır…

Bu sebeplerle iptali istenen hüküm Anayasa'ya aykırı olmadığından, davanın reddi gerekir…".

DAVANIN KABULÜ YÖNÜNDE OY VEREN BAŞKAN VE ALTI ÜYENİN GEREKÇELERİ İSE ŞÖYLE:

"Anayasa, (31. madde "hak arama hürriyeti" başlığı altında "herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir" hükmünü koymuş ve böylece "iddia ve savunma hakkını" kişinin temel hakları arasına almış bulunmaktadır. Diğer taraftan Anayasa'nın (11)inci maddesine göre bu hak, ancak Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlanabilir ve özüne de dokunulamaz.

Bu fıkraya göre, gerçekten iddia ve savunma hürriyeti, iddia ve savunmanın hudutları ile sınırlanmaktadır. Halbuki, iddia ve savunma hudutları içinde kalan hususlar için böyle bir dokunulmazlık hakkının kabulüne lüzum ve ihtiyaç ta yoktur. Zira iddia ve savunmanın icap ettirdiği ve meşru kıldığı hususlarda, hakareti mutazammın olsalar dahi, kasdın bulunmaması dolayısiyle bir suçtan bahsetmek imkânı olmamak iktiza eder. Asıl, iddia ve savunma hududunun aşıldığı iddia olunan hallerdir ki, iddia ve savunma hakkını himaye bakımından bir dokunulmazlık söz konusu olabilir. Haddizatında, iddia ve savunma hakkında bir sınır ve onun nerede başlayıp nerede bittiğini tayin eden sarih bir ölçü bulmak ta mümkün değildir. Bu sınır, iddia ve savunmanın mahiyetine göre değişebileceği gibi sanıklara, davacılara, bunların müdafilerine ve nihayet hakimlerine göre değişebilir. Yani daima takdire bağlı bir husustur. Binaenaleyh tayin ve tespiti indi kalacak bir keyfiyettir. Her an bu gayrı sabit sınırı aşmamak gayret ve endişesi, bundan mütevellit tereddütler savunmayı bağlayacaktır.

Bu sebeple sözü geçen dava konusu hüküm, savunma hakkının layıkı ile kullanılmasına engel teşkil edecek bir mahiyet taşımaktadır. Halbuki, Anayasa'nın yukarıda işaretolunan (31) inci maddesi herkese meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkını tanımaktadır. Anayasa'nın müzakeresi sırasında yapılan konuşmalardan da (meşru vasıta ve yollar) tabirinden (hukuk nizamına uygun vasıta ve yollar) tabirinden (hukuk nizamına uygun vasıta ve yollar) ın kasdedilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla (486)ıncı maddenin kabul ettiği savunma hürriyetini, dava konusu hükümde olduğu şekilde ceza müeyyidelerinin tehdidi altında kullanılmaz bir halde bırakmayarak, onu inzibati veya hukuki vasıta ve tedbirlerle tanzim etmenin, Anayasa'nın (31)inci maddesinin sözün ve ruhuna daha uygun ve u sebeple dava konusu hükmün Anayasa'nın zikri geçen maddesine aykırı bulunduğu kanaatinde olduğumuzdan bu hükmün iptali gerektiği reyindeyiz".

26.09.2004 günlü ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "İddia ve savunma dokunulmazlığı" başlıklı 128. maddesinde:

" (I) yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı ve sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıklarla bağlantısı olması gerekir".

Denilmektedir.

Maddenin gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir:

"Madde metninde, bir hukuka uygunluk nedeni olan Anayasamızda da güvence altına alınan (m.36) iddia ve savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir…

İddia ve savunma hakkının kullanılması bağlamında, kişiler açısından somut isnat ifade eden nitelikte maddi vakıaların ortaya konulması yada kişilerle ilgili olumsuz değerlendirilmelerde bulunulması mümkündür. Bu somut isnatlar veya olumsuz değerlendirmeler, iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla ilişkilendirilmemesi durumunda hakaret ve hatta iftira suçu oluşturur…

Somut uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin iddia ve savunma hakkı kapsamında mütalaa edilmesi mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabilir. Çünkü bu gibi durumlarda iddia ve savunmanın sınırı genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşılmaktadır. Aslında öfke ve gazap hali, kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğini etkileyen bir faktördür ve bu durum, kişinin işlediği hakaret suçu dolayısıyla kusurun tespiti bağlamında değerlendirmedir".

Böylece, yürürlükten kaldırılan ve halen yürürlükte bulunan kanun hükümlerini ve gerekçelerini açıkladıktan sonra konuyla ilgili Yargı kararları üzerinde durmak istiyoruz.

IV) KONUYLA İLGİLİ YARGI KARARLARI:

1) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 günlü ve 1974/1160 E 1975/5782 K.sayılı kararı: (Karar önemli olup, güncelliğini de koruduğundan büyük bir bölümüne yer verilmiştir)

"Davacı; avukat olan davalının S.V. vekili sıfatiyle İst. 2.Tic.M.de 1973/19 E.s.davasını açarken verdiği 06.02.1973 günlü dilekçesi ile kendisine (sicilli bir dolandırıcı) demek suretile hakaret edip kişilik haklarını ihlal ettiğinden söz ederek 30.000 lira manevi tazminatın ödetilmesini istemiş, Davalı ise; anılan davada dayanak gösterilmek ve davacı hakkında açılan emniyet suistimal ve dolandırıcılık davalarından söz edilmek suretiyle savunma hakkının kullanıldığını, hakaret kastı olmadığını ileri sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuş, yapılan yargılama sonunda; mahkemece, aynı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir…

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 1,2 ve 34,35. Maddelerinin birlikte incelenmesinden çıkan sonuç şudur:

Avukatlık, kamu hizmeti niteliğinde bir serbest meslektir ve bu mes-

leğin amacı, avukatların hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine bağlama, tarafların hukuki ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların, hakka uygun olarak çözümlenmesinde ve genel olarak uygulanması konusunda yardımda bulunmaktır. Çünkü avukat, sözleşme ile üzerine aldığı işin yapılmasında ne müvekkilinin buyruğu altında ne de onun çıkarları ve yararları peşindedir (Fridun Müderrisoğlu - Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi – Ankara 1974 – Sayfa 9 vd) Onun ödevi, kısaca hukukun üstün tutulmasında yargı organlarına, hakemlere, resmi ve özel kurumlara yardımcı olmak ve dolayısiyle müvekkilini bu doğrultuda yararlandırmaktır.

Doktrinde genellikle kabul edilen baskın görüş, savunma durumunda olan kişilerin ya da onları savunmakla görevli avukatların karşı tarafın, tanıkların, bilirkişilerin kişisel haklarını ihlal edici iddiaları ileri sürmek zorunda kalabilecekleri hususudur. Özellikle avukata, mesleğini icra ederken, geniş serbesti tanımak lazımdır. Avukat, müvekkilinin verdiği bilgiden, bunların gerçeği uygun olup olmadıklarını bizzat araştırmak zorunluğunda olmaksızın, davada yararlanmaya izinli olmalıdır. Avukat, temsil ettiği tarafın çıkarlarını öteki tarafın bundan doğabileccek zararlarını düşünmeden sert ve hatta merhametsiz bir biçimde savunmak durumundadır. (A.Egger-İsviçre Medeni Kanun Şerhi – I. Cilt – Giriş ve Kişinin Hukuku – Ankara – 1947 – Volf Çernis çevirisi – Sayfa 299, N.61/c), (M.R. Karahasan – Tazminat Davaları – İstanbul 1970 – sayfa 559), Nisim İ.Franko – Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini – Ankara 1973 – Sayfa 110 vd.) Çünkü avukatın yüklendiği mesleki ve toplumsal görev bunu gerektirir. Nitekim TCK'nın 486. maddesi hükmünde, bir tür (savunma dokunulmazlığı) açıkça benimsenmiş ve savunma sınırını aşmamak, yersiz ve icapsız olmamak koşulu ile bir dava sırasında iki taraf vekillerince dava hakkında mahkemeye verilen dilekçekçelerle sözlü savunmada sarfedilen şeref ve haysiyet kırıcı sözlerden ötürü kovuşturma yapılamayacağı, diğer bir deyimle cezai sorumluluğun benimsenmeyeceği öngörülmüştür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, savunma dokunulmazlığı denilebilecek olan bu hak mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim TCK'nın anılan maddesinin 3. fıkrasında açıkça, talep halinde manevi tazminata hükmedilebileceği yani hukuki sorumluluğun mevcut olduğu kabul edilmiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi 08.06.1965 gün 963/169 Esas, 965/36 karar sayılı kararında anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını kabul etmek suretiyle de bu hakka bir sınır tanındığını tescil etmiş bulunmaktadır. Kaldı ki, HUMK'un 70 ve 78. maddeleri hükümleri de dolaylı olarak böyle bir sınırın var olduğunu kabul ile avukat tarafından yapılan savunmada, kişisel hakların ihlali halinde bunun

savunma nedeniyle bir mazeret teşkil etmeyeceğini ve özellikle okunamayan ve münasebetsiz olan belgelerin iade edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

O halde, kesin olarak denilebilir ki, savunma dokunulmazlığının da bir sınırı mevcuttur ve bu sınır, Egger'in de açıkça belirtildiği gibi (age-299) haklı yararları korumanın çizdiği sınır ile sınırlıdır. Diğer bir deyimle dava ile korunan çıkarın haklı gösterdiğinden öteye gitmeyen, bir taşkınlık teşkil etmeyen, hakkın korunması için gerekli bulunan ve yersiz biçimde saldırgan olmayan, objektif bir üslupla yapılan savunma, hukuka aykırı değildir. (Karahasanage-559)... Başka bir deyişle, karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, bu savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır...".

2) Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 19.09.1990 günlü ve E.3748, K.4259 sayılı kararı:

"... Sanığa yükletilen eylem, yaralama suçu ile ilgili olarak hakkında kurulan hükümlülük kararına karşı kaleme aldığı temyiz yoluna başvuru dilekçesinde, kişisel davacı için " Yusuf ile ilişki kurduğunu öğrendim" demekten ibarettir. Mahkeme, bu sözlerin savunma çerçevesinde kaldığı ve suç kastı bulunmadığını belirterek sanığın beraetine karar kılmıştır.

.....

Hakaretin savunma sınırlarını aşıp aşmadığını saptayabilmek için ise söylenen sözlerin savunmanın konusuyla mantıksal bağlantısı ve savunmaya yararlı bulunmaması gerekir.

Sergilenen nedenlerle savunma sınırının aşılıp aşılmadığı belirtilen ölçüler içinde takdir edilmek gerekirken, açıklanan gerekçeyle beraat hükmü kurulması Yasaya aykırı

hükmün BOZULMASINA..."

İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1991, Sh.8203-8204

3) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.02.1994 günlü ve 1994/4-14 E., 1994/44 K.sayılı kararı:

"... Avukat olan sanığın davacılar vekili sıfatıyla Sulh Hukuk Mahkemesine verdiği hâkimi red ve yeniden tedbir kararı verilmesi istemlerini içeren 25.08.1989 ve 29.08.1989 günlü dilekçelerde görevli hâkimlere yönelik olarak "Vukufiyetsizlik, tarafsızlık, adaletsizlik ve görevi savsama" gibi sözcükler kullanmak suretiyle onlara hakaret ettiği iddiasıyla açılan davada Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık sarfedilen

bu sözlerin hakaret suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkindir.

İncelenen maddi olayda sanığın istemi doğrultusunda konulan tedbir kararının delillerde bir değişiklik olmadığı halde kaldırılmasına karar verilmiştir.

Aynı delillere dayanılarak hukuki sonuçları farklı iki ayrı karar verilmesini dosyaların yeterince icelenmemesine ve hâkimlerin taraflı davranmalarına bağlayan sanığın, bu durumu açıklamak için suça konu sözleri kullandığı, kullandığı sözler ile iddiasını vurgulayıp dikkat çekerek red talebinin kabulünü sağlama çabasında olduğu saptandığına göre bu oluşta müsnet suçun yasal unsurları yoktur…".

4) Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 11.02.1997 günlü ve E. 10420, K.11091 sayılı kararı:

"…Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; 1) Avukat olan sanığın, 4. Kolordu Askeri Mahkemesi'ne verdiği 09.06.1994 tarihli dilekçesinde; Askeri Yargıtay 2. Dairesi'nin dosyayı yüzeysel ve peşin yargı ile incelediği, kararda ciddiye alınmayacak gerekçekler ileri sürdüğü, hukukla hiç ilgili bulunmayan subay üye ile Askeri Yargıtay dairesinin aynı noktada buluştuğu, kararın vicdanları sızlattığı, mağdure ve yakınlarının özellikle Askeri Yargıtaya inançlarının kalmadığı, bozma kararlarında hayali suçlamalara yer vererek mağdureyi suçlu göstermeye çalıştıkları, bozma kararının, Genelkurmay Adli Müşavirliğindeki akrabaları olduklarını sandığımız hakimlerce kesin olarak bozulacağını iddia eden sanığı haklı çıkardığından söz ettiği ve ayrıca 02.08.1995 tarihli temyiz dilekçesinde ise, daire'nin konuya nesnel (objektif) bakmadığı, tarafsızlığı yitirdiğine ilişkin kanılarının sürdüğü, vicdani rahatsızlık duymayacaklarını umarak aslında verilecek kararı bilmelerine karşın temyiz hakkını kullanmaya gerek duydukları, bozma kararının hukuk ve adalet mantığından yoksun olduğu, sanığın kurtarılması için gerekçe yaratıldığı, hukuk adına üzüntü veren şeyin direnmeden sonta dosyanın Daireler Genel Kurulu'na gönderilmediği gibi sözlere yer verme eylemlerinde, suçu hukuka uygun kılan eleştiri sınırlarının aşılmadığı ve savunma çerçevesinde kalıp suç ögelerinin oluşmadığı gözetilmeden, beraet yerine hükümlülük kararı verilmesi… yasaya aykırı ve sanık N.E. müdafiinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKÜMLERİN BOZULMASINA…".

Yargı Dünyası, Ekim 1999, Sh.91-92

5) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20.10.1998 günlü ve E.1998/4-225, K.1998/316 sayılı kararı:

"… Hakkın kullanılması olarak kabul edilen savunma hakkı 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36 ıncı maddesinde:

"Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir." biçiminde düzenlenmiştir…

İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti dava konusu olayın aydınlığa kavuşması bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan diğer bir değişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakaret oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyle haysiyetler korunmamış olur.

İnceleme konusu olayda; sanık avukatın borçlu (sanık) L.B.vekili olarak mahkemeye gönderdiği 16.06.1994 tarihli temyiz dilekçesinde, müvekkilinin mâhkumiyetine ilişkin kararı veren katılanı kasdederek: "… mahkeme beraet kararı vermesi gerekirken 10 günlük tazyik hapis cezası verdi. İnsan hukukçuluğundan utanıyor: Şu karar yurt dışında basına verilse bizi Afrika kanunları ile idare ediliyoruz zannederler. Hayret …! İstanbul vilayetindeki bir mahkeme hukukun inceliğini nasıl bilemez bunu anlamak mümkün değil ve yine eyvah. Bu itiraf süresinde yapılsa, vah efendim sen bir de mal beyanında bulunacaksın diye hapis cezası mı vereceğim? Bu hangi kanunda yazılı, hangi mantık ve hukuk anlayışı buna cevaz verir? Kanunu iyi okumak gerekir ve anlamak gerekir diye düşünüyoruz". Demek suretiyle, katılanı küçük düşürdüğü açıktır. Dilekçede yer alan bu sözlerin dava ile ilgisi ve yararı yoktur. Savunma hududu aşıldığından, hakareti oluşturan bu sözler nedeniyle sanığın savunma dokunulmazlığından yararlanması olanaklı değildir. Yerel mahkemenin bu doğrultudaki gerekçesi de yasal ve yeterlidir…

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı ve Üyeleri " temyiz dilekçesinin bütünü nazara alındığında; sanık tarafından yazılan ve hakaret teşkil ettiği iddia olunan sözlerin müşteki Hâkime değil, karara kar-

şı eleştiri niteliğinde olduğu, Anayasal ve yasal savunma dokunulmazlığı kapsamında kaldığından müsnet suçun oluşmadığı"görüşüyle,

Üye O.K.D. ise "...Bu sebeple eleştiri sınırlarını mümkün olabildiğince geniş tutmak gerekir. Bu genişlik demokrasinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının gereğidir. Eleştiri ağır da olsa bundan yararlanılmalıdır. Tabiyatiyle hakaret ve sövmeyi ayırmak da gereklidir. Ve eleştiride olduğu gibi karşılamak mümkün değildir. Ancak, bu ayırım açıklık ve netlikle yapılmıyorsa; "Şüpheden sanık yararlanır" kaidesi ile (demokrasi) ve (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları) gereği, ağır da olsa eleştiri kapsamında kabul edilmelidir. Olayımızda da net ve açık kesin hakaret ve sövme yoktur. Temyiz dilekçesine yazılan sözlerin eleştirimi, TCK'nın 486. Maddesindeki savunma hakkı kapsamında mı kaldığı yahut hakaret mi teşkil ettiği tartışıldığına göre, açıkladığımız üzere, sanık avukatın hakaret kastı ile hareket etmediği ve bu sözlerin hakaret derecesine ulaşmadığı eleştiri ve TCK'nın 486. Maddesindeki savunma kapsamında kaldığı kabul edilmelidir... 21. Asıra girerken demokratik bir hukuk devleti olduğu söylenen Türkiye Cumhuriyetinde eleştirinin suç sayılmasına karşı olduğumdan, çoğunluk görüşüne katılmıyorum" diyerek karşı oy kullanmışlardır.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle, yerel mahkemenin sanıklardan Zeki hakkında kurduğu direnme hükmünün istem gibi (Onanmasına)... 21.10.1998 günü... oyçokluğu ile karar verildi.

Sunduğumuz Yargıtay kararlarından, 4. Hukuk Dairesi'nin 2.5.1975 günlü olanının, avukatın savunma dokunulmazlığının sınırlarını belirlediğini söylemek mümkündür.

5237 sayılı TCK'nın konuya ilişkin 128. maddesi hükmünün gerekçe bölümünde de, savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlere müsamaha ile bakılması gerektiği görüşü dile getirilmiştir.

V) KONUYLA İLGİLİ ULUSLARARSI KURALLAR:

Şunu önemle belirtmekte yarar var ki; avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olup bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiğinden (1136 sayılı Avukatlık Kanunu, mad.1) Yargı organları ve Adli mercilerle ilişkilerinin nasıl olacağı, Türkiye Barolar Birliğinin Ocak 1978 tarihinde Ankara'da yapılan XI. Genel Kurulu toplantısında kabul edilen "Türkiye Barolar Birliği Mesek Kurulları"nın "Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle ilişkiler" başlıklı 17-25'inci maddeleri hükümleriyle düzenlenmiştir.

"Adil yargılanma" gibi çok önemli bir görevi yerine getirme yükümlülüğü ve sorumluluğu altında bulunan hâkimlerin hangi kurallarla bağlı olduğu, "2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler BANGALOR YARGI ETİĞİ İLKELERİ" ile belirlenmiştir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 27.06.2006 gün ve 315 sayı ile, (tanımlar kısmı çıkartılarak) bu İlke Kararlarının BENİMSENMESİNE karar vermiş ve Adalet Bakanlığı personel Genel Müdürlüğünce yargı mevzuatı bülteninde yayınlanarak hâkim ve savcılara duyurulmuştur.

BU İLKELERİN ÖNSÖZÜNDE

"…. Uluslararası İnsan Hakları Bildirgesi'nin, herkesin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve kendisine herhangi bir suç isnadında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından tam bir eşitilikle, adil ve aleni olarak yargılanmaya" sahip olduğunu temel bir prensip olarak tanımış olmasından;

DOLAYI,

Hâkimlere yönelik meslek ahlâkı standartlarını oluşturmak niyetiyle, AŞAĞIDAKİ PRENSİPLER tasarlanmıştır. Bu prensipler, hâkimlere rehberlik edecek ve yargı etiğini düzenleyecek bir çerçeveyi yargıya temin edecek şekilde tasarlanmıştır. Yine bu prensipler, yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve kamuoyunun, yargıya daha iyi destek olmalarına ve onu daha iyi anlamalarına yardımcı olacak şekilde tasarlanmıştır. Bu prensipler, hâkimlerin yargı mesleği standartlarını takviye etmek üzere oluşturulan ve bizzat kendileri de bağımsız ve tarafsız olan uygun kurumlar karşısında, mesleki davranışlarından dolayı sorumlu olduklarını varsayar ve bu prensipler, hâkimleri bağlayıcı mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil onları tamamlamak niyetiyle öngörmüştür". Denilmektedir.

Bundan sonra (Bağımsızlık, Tarafsızlık, Doğruluk ve Tutarlılık, Dürüstlük, Eşitlik İlkeleri) ile ilgili düzenlemeler yer almakta; son olarak (Ehliyet ve Liyakat İlkeleri) ne yer verilmektedir:

4- Hâkim, uluslararası sözleşmeleri ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeleri kapsayan uluslararası hukuk gelişmeleri hakkında kendisini sürekli güncellemelidir.

5- Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, âdilane ve makul bir süre içerisinde yerine getirilmelidir…".

Kısaca hâkimlere ilişkin ilke kararlarına değindikten sonra, avukatların tabi olduğu uluslararası kurallar üzerinde durmak istiyoruz.

1) "AVRUPA'DA AVUKATLARIN TABİ OLDUĞU MESLEK KURALLARI"

Bu meslek kuralları ilk önce 28 Ekim 1988 tarihinden yapılan CCBE (Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi) Genel Kurul toplantısında kabul edilmiş; 28 Kasım 1998, 6 Aralık 2002 ve 19 Mayıs 2006 günlerinde yapılan Genel Kurul toplantılarında değişikliğe uğramıştır.

Kurallar, 20 Ağustos 2007 tarihinde yapılan Olağanüstü Genel Kurul toplantısında CCBE Tüzüğünde yapılan değişiklikleri de kapsamaktadır.

Bu "MESLEK KURALLARI"nın 2.Genel İlkeler, 2.1 Bağımsızlık maddesinin 2.1.1. bölümünde:

" Bir avukatın yapmak durumunda olduğu birçok görevi, kendi kişisel çıkarları ve dış baskılardan kaynaklananlar başta olmak üzere, onun her türlü etkiden arınmış mutlak bağımsızlığını gerektirir. Bu bağımsızlık, adaletin gerçekleşmesine duyulan güven açısından bir yargıcın tarafsızlığı kadar gereklidir…". Denilmektedir.

Az yukarıda açıklanan "2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler BANGALOR YARGI ETİĞİ İLKELERİ'nin ÖNSÖZÜNDE yer alan: "… Bu prensipler, hâkimlerin yargı mesleği standartlarını takviye etmek üzere oluşturulan ve bizzat kendileri de bağımsız ve tarafsız olan uygun kurumlar…"ın başında avukatların geldiğini belirtmek isteriz.

Bu "MESLEK KURALLARI"nın 4. Mahkemelerle İlişkiler, 4.3.Mahkemelerde Davranış maddesinde:

" Bir avukat, mahkemeye karşı gerekli saygı ve nezaketi gösterirken, müvekkilinin çıkarlarını; kendi çıkarlarını ve kendisi veya üçüncü şahıslar bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlarını düşünmeksizin, onurlu ve korkusuz bir biçimde savunacaktır"… denilmektedir.

(TBB tarafından 2009 yılında yayınlanan Avukatlık Kanunu Sh.378-386)

2) AVRUPA KONSEYİ AVUKATLIK MESLEĞİNİN İCRASINDAKİ ÖZGÜRLÜKLER HAKKINDA 9 NUMARALI TAVSİYE KARARI:

Tavsiye kararının başında:

Avrupa Konseyi Statüsünün 15. maddesi (b) bendine dayanarak Bakanlar Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Szleşmesi'nin hükümleri dikkate alınarak;

Aralık 1990'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan "Avukatların Rolü İle İlgili Birleşmiş Milletler Temel Prensipleri" dikkate alınarak;

13 Ekim 1994'de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen "Hâkimlerin Rolü, Etkinlikleri ve Bağımsızlığı ile ilgili 12(94) Numaralı Tavsiye Kararı dikkate alınarak hazırlandığı yazılıdır.

PRENSİP I – Avukatlık mesleğinin İcrasındaki Özgürlüğün Genel Prensipleri başlığı altında:

"1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri dikkate alınarak avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlüğün ayrım gözetmeden, hükümet veya kamudan gelebilecek uygunsuz müdahalelere yer vermeyecek şekilde korunması, teşvik edilmesi ve bağımsızlık prensibine saygı gösterilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır.

"4. Mesleki standartlara uygun olarak hareket eden avukatlar, herhangi bir yaptırıma veya baskıya tabi tutulmamalıdırlar veya bununla tehdit edilmemelidirler". Denilmektedir.

(T.B.B. tarafından 2009 yılında yayınlanan Avukatlık Kanunu kitabının 410. sayfasından alınmıştır).

3) "AVUKATLARIN ROLÜNE DAİR TEMEL PRENSİPLER"

(HAVANA KURALLARI)

Havana kuralları, 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan "Suçların Önlenmesine ve Suçluların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

Bu " Temel Prensipler" in "Avukatlık Faaliyetinin Güvencesi" başlıklı 16. maddesinde:

"Hükümetler avukatların;

a. Hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahaleyle karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini,

Kabul görmüş meslek ahlak kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette bulundukları için kovuşturma veya idari, ekonomik, veya başka bir yaptırımla sıkıntı çekmemelerini veya tehditle karşılaşmamalarını sağlar".

20. maddesinde:

"Avukatlar, bir mahkeme, yargı yeri veya hukuki ya da idari bir makam önünde mesleki nedenlerle bulundukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü taleplerinde yaptıkları beyanlardan ötürü hukuki ve cezai muafiyetten yararlanır". Denilmektedir.

(Aynı Avukatlık Kanunu, Sh.391-403)

4) AVUKATLIK MESLEĞİNİN ÖZGÜRCE YAPILMASINA İLİŞKİN AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ TAVSİYE KARARI:

Bu tavsiye Kararı, Temsilci Bakanların 25 Ekim 2000 tarihli 727. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından benimsenen Rec (2000) 21 sayılı kararıdır.

Bakanlar Komitesi, ... "Avukatları; kim tarafından ve hangi gerekçeyle olursa olsun, doğrudan ya da dolaylı biçimde etki, kışkırtma, tehdit yada yersiz müdahalelere muhatap etmeyecek, meslek bağımsızlıklarını kabul edilemez kısıtlamalar olmaksızın güvence altına alacak hakça bir yargılama sisteminin gerekliliği bilinciyle tavsiye eder.

1. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin açık hükümleri ışığı altında, gerek devlet erki, gerekse kamu tarafından ayrımcılığa ve haksız müdahalelere yer vermeksizin, avukatlık meslek özgürlüğünün hayata geçirilmesi, korunması ve saygı gösterilmesine yönelik zorunlu bütün önlemlerin alınmış olması gereklidir.

4. Avukatlar, meslek ahlak ilkeleri sınırları içerisindeki eylemlerinden ötürü hiçbir türden baskı, ceza ya da tehtidine muhatap edilmemelidir..."

5) 21.YÜZYILDA AVUKATLIK MESLEK KURALLARINA DAİR TURIN İLKELERİ:

27.Ekim.2002 tarihinde Sydney'de toplanan Uluslar arası Avukatlar Birliği (UIA) Genel Kurulunca kabul edilmiştir.

Avukatın Rolü

Avukatın rolü bütün kişilerin yasalar huzurunda korunmasını sağlamaktır.

Mesleklerini, bir yandan kendilerine emanet edilen menfaatleri korurken, bir yandan da yasaların bilinmesini, anlaşılmasını ve uygulanmasını gözetecek şekilde icra etmek avukatların hakkı ve görevidir.

Avukatın Rolünün Kabul Görmesi

Avukatların rolünün hem toplum hem de yasama, yürütme ve yargı organları tarafından kabul görmesi avukatlar için bir haktır; zira adaletin tecelli ettirilmesinde ve toplumun hayatının düzenlenmesinde bir araç olarak avukatın rolü elzemdir.

Dokunulmazlık ve Adil Yargılanma Hakkı

Avukatlar mesleklerini müdahale veya kısıtlamaya maruz bırakılmadan tam bir mesleki dokunulmazlık içinde icra etme hakkına sahiptirler. Avukatın bürosunda yasaya aykırı olarak arama yapılamaz..."

(T.B.B. yayını 2009 T.li Avukatlık Kanunu, Sh.453 ve dv.)

VI) AVUKATIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUYLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR:

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1.Aralık.1948 tarihli ve 217(111) sayılı kararıyla kabul edilen "İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ" nin 19'uncu maddesinde:

"Her ferdin fikir ve ifade hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzubahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde emek ve yaymak hakkını gerektirir". Denilmektedir. (R.G.27.5.1949-7217)

"AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ" nin "İfade Özgürlüğü" başlıklı 10. maddesi hükmü ise şöyledir:

"1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yüklenen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir".

Acaba, bu "İfade Özgürlüğü" hakkı bakımından avukatın konumu ne olmalıdır?

"…Avukat bağımsız konumu ve hukuk bilgisile devlet mercilerinin kontrolünü gerçekleştirir. Yerinde olarak belirtildiği üzere avukat, hukuk devletinin tek tek de olsa, başarısız kaldığı hususları, nasıl başarısız olduğunu ve devletin nerede kusuru bulunduğunu belirterek kontrol görevini yerine getirmiş olur 351.

Avukatın adalet sistemini eleştirme hakkı, sadece düşündüğünü ifade etme özgürlüğünden değil; tarafın usuli haklarından da kaynaklanır. Eleştiri konusundaki bu hak ve özgürlük, hukuk devletine özgü adalet sisteminin bir gereğidir 352. Bu sadece bir hak olmayıp; aynı zamanda bir yükümlülüktür 353…".

Yrd.Doc.Dr.Meral Sungurtekin Özkan, AVUKATIK MESLEĞİ AVUKATIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ, İzmir 1999, Genişletilmiş 2. Baskı, Sah.109

Böylece, "İfade Özgürlüğü" konusundaki uluslar arası düzenlemeleri ve bilimsel görüşü açıkladıktan sonra, konuyla ilgili olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihatlarına değinmek istiyoruz.

" MOR V.Fransa – 15.Aralık.2011-(28198/09):

42. Mahkeme, ayrıca avukatların özel statülerinin onları mahkeme görevlileri olarak adlandırılan davanın tarafları ile mahkeme görevlileri olarak adlandırılan davanın tarafları ile mahkeme arasındaki aracı niteliğinin, adaletin işleyişinde merkezi bir pozisyona oturttuğunu; dahası bu pozisyon dolayısıyla mahkemelerin faaliyetlerine toplumun güveninin sağlanmasında da kilit bir rol oynadıkları ve bu rolün bir demokrasi ve hukuk devletinde asıl olduğunu not etmektedir. (Schofer v.İsviçre, 20 May 1998...

43. İfade özgürlüğü adaletin işlevini yerine getirmesi konusunda kamuoyu önünde konuşma hakkına sahip olan avukatlar için de geçerlidir; ancak eleştirileri belirli bir sınırı aşamamalıdır. (Amihalachioaie, supra, 27-28

NİCULA v.FİNLANDİYA

III. Karşılaştırmalı Hukuk ve Uygulama

A. İnterghts tarafından yapılan sunumlar (müdahil – amicus curiae 22.Müdahil, (Avusturalya, Kanada ve Güney Afrika gibi belirli başka devletlerin yanında) Avrupa Konseyi'ne üye bir dizi Devlete (Ör.Belçika, Danimarka, Fransa, İtalya, Hollanda, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık) ilişkin araştırmasında bu Devletlerin büyük bir çoğunluğunda mahkemelerde müvekkillerini temsil ederken avukatlara sarfettikleri sözlerden dolayı ayrıcalıklı davranılır. Böylesi bir ayrıcalığın kapsam ve uygulaması ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, araştırmaya dahil edilen her Devlet avukatın kendini ifade edebilmesinin müvekkilinin savunulması yükümlülüğü ile yakından ilişkili olduğunu kabul etmektedir. Hakaretamiz olduğu ileri sürülen ifadeler için, avukat dayandığı olguların gerçekliğinden emin olmasa bile mümkün olduğunca etkili bir savunma yapabilmesi adına ayrıcalık tanınır. Örneğin, Hollanda'da savcının takdir hakkını kötüye kullandığı iddiası savunma avukatları tarafından düzenli olarak ileri sürülmektedir...

23. Avukatların mahkemede konuşmalarına ilişkin kısıtlamalar izin

verdiği ölçüde İnterghts tarafından araştırılan ülkelerin çoğunda, cezai tedbirlerden çok disiplin tedbirlerinin kullanılmasından yana bir eğilim bulunmaktadır…

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

45. Mahkeme, avukatların özel statüsünün onları toplum ile mahkemeler arasındaki aracılar olarak adaletin işleyişinde merkezi bir pozisyona yerleştirdiğini yinelemektedir…

46. Mahkeme, ayrıca (SÖZLEŞME'NİN) 10.maddesinin sadece ifade edilen fikir ve bilginin özünü değil, aynı zamanda onları ileten formu da koruduğunu yinelemektedir. Avukatlar da adaletin işleyişi hakkında kamuoyu önünde yorumda bulunma hakkına kesinlikle sahiptir; (ancak) eleştirileri belirli sınırları aşmamalıdır. Bu bağlamda yargısal kararla ortaya çıkan meseleler hakkında kamuoyunun bilgi sahibi olma hakkı adaletin doğru şekilde işlemesi gerekliliği ile hukuk mesleğinin onuru dahil, olayla ilişkili olan değişik menfaatlerin arasında doğru bir denge kurulması ihtiyacı dikkate alınmalıdır…".

http://aihmgunlugu.blogspot.com/2012/07/insan-haklarıavrupa-mahkemesi.html

Bu yazıda açıklanan "savunma dokunulmazlığı" ve "ifade özgürlüğü ile ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki uygulamaları göz önünde tutulduğunda, Av. T.K. hakkında açılan ceza davasının ne kadar hukuka aykırı olduğu görülmektedir.

Prof. Dr. İlhan Lütem'in de dediği gibi: "Hakkın olduğu yerde bozmaya, kötüye kullanarak hakkı yok etmeye (ihlale) rastlanır. Düşünce özgürlüğü ve öbür haklar "Aydınlanma Dönemi"nin yaydığı kavramlardır. Haklara "ihlaller" daha o dönemde başlamıştır. Montesqueu: "Kim ki iktidara sahiptir, onu kötüye kullanmaktan kendini alamaz. diyordu.

Bugün de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesinde belirtilen düşünceyi anlatım özgürlüğünün çok sayıda ülkede ihlal edildiğini görmekteyiz. Hükümetler ve kudretli başka gruplar kabul etmedikleri, beğenmedikleri düşüncelerinden dolayı bireyleri zorlamakta, saldırıya uğratmakta, hapsetmekte. Anlatım özgürlüğünün bir parçası olan bilgilendirme özgürlüğüne sahip olması gereken gazeteciler, iktidarın kötü davranışlarını açıkladıklarında korkutulmakta; yerli ve yabancı gazeteler, dergi ve kitaplar toplatılmakta; yasaklanmakta; radyo ve TV yayınları engellenmekte, durdurulmakta, kapatılmaktadır".

"DÜŞÜNCELERİ ANLATIM ÖZGÜRLÜĞÜ", Cumhuriyet gazetesi, 21.Kasım.1995

VII) "AVUKATLIK MESLEK KURULLARI" NIN 40. MADDESİ HÜKMÜ AÇISINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Avukatlık Meslek Kurulları'nın 40. maddesinde:

" Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına basına açıklamada bulunamaz. Açıklamalarda adalete etkili olmak amacı güdülemez".

Denilmektedir.

Acaba bu kanuni düzenleme, avukatın, müvekkiliyle ilgili olarak basın açıklaması yapmasını engeller mi?

T.C. Anayasası'nın 90. maddesine 7.5.2004 günlü ve 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle hüküm gözönünde tutulduğunda, Meslek Kuralları'nın 40. maddesi hükmünün, avukatın müvekkiliyle ilgili dava hakkında basın yoluyla açıklamada bulunmasının engellenemeyeceğinin kabulü gerekir.

Ancak, yukarıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Nicula v. FİNLANDİYA davasında verilen kararda belirtildiği üzere: ".....eleştiriler belli sınırları aşmamalıdır. Bu bağlamda yargısal kararla ortaya çıkan meseleler hakkında kamuoyunun bilgi sahibi olma hakkı, adaletin doğru şekilde işlemesi gerekliliği ile hukuk mesleğinin onuru dahil, olayla ilişkili olan değişik menfaatlerin arasında doğru bir denge kurulması ihtiyacı dikkate alınmalıdır...".

TERÖR GRUPLARI İÇİN FİNANS KAYNAKLARININ ÖNEMİNE GENEL BAKIŞ

Yrd. Doç. Dr. Elnur Hasan MİKAİL[1]
Andaç KARABULUT[2] - Av. Filiz DEĞER[3]

Özet

Kayıt dışı ekonomide yasa dışı ekonomik faaliyet, terör örgütlerinin finans kaynağı temin etmesinde önemli yer almaktadır. Terör örgütlerinin bu finans kaynakları sonucunda ise ülke ekonomileri zarar gördüğü gibi güvenliklerini de olumsuz etkilemektedir. Ülke yönetimlerinin adil ve istikrarlı olmaması, diğer komşu ülkeler ile olan uyuşmazlıklar, uluslararası sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin ve yerel mevzuatın uygulanmaması, spesifik olarak komşu ülkelerin birbirlerinin ulusal birlik ve beraberliğine gereken ihtimamı göstermemesi, ülkelerde yasadışı ekonomik faaliyetlerinin oluşma sebeplerinin başında gelmektedir.

Giriş

Terör, topluma travma yaşattığı gibi devlet güvenliğine ve ekonomisine de zarar vermektedir. Çeşitli ideolojileri ve amaçları olan terör örgütleri, kavramsal olarak 19. yüzyılda irdelense de, köklü bir geçmişe sahiptir.

Soğuk savaşın sona ermesi ile birlikte dünya yeniden yapılanmaya giderken küresel egemenlik adına yeni çalışmalara başlanmıştı. Bu çerçevede terör, özellikle etnik kimlik ve dini ayrılık olgusu üzerinde inşa edilmiştir. Bu nedenledir ki terör, yeni bir döneme girerken devletlerin ve toplumların olaylara karşı tutumlarını pek çok kez belirsizleştirmiştir.[4]

Özellikle, 11 Eylül 2001 tarihinde Dünya Ticaret Merkezi'ne yapılan saldırılar, sadece Amerika Birleşik Devletleri'nin değil, tüm dünyanın teröre hassasiyet göstermesine sebep olmuştur. Bu saldırı ile birlikte terör kavramı yeniden yorumlanmıştır. Dünya kamuoyunca ve devletlerce, terör ve terörizm kavramı, tanımı, etkisi, zararı ve finans kaynakları hassasiyet ile irdelenmiştir.[5]

Bölücülük faaliyeti gösteren terör gruplarının irtica ve sol ideoloji çer-

1 Kafkas Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Öğretim Görevlisi
2 Kavram MYO. Öğr. Gör
3 Avukat
4 Aydın, N., "Küresel Terör Ve Terörizm", Kumsaati Yayın Dağı, İstanbul, 2009, Sf. 21-22.
5 Cirhinlioğlu, Z., "Terör Ve Toplum", Gündoğan Yayınları,İstanbul, 2004, Sf.7-8.

çevesinde misyonları bulunmaktadır. Radikal dinci terör örgütleri, irtica kapsamında incelenirken, devletler günümüzde terör tehdidi algısını bölücü terör örgütleri üzerinde yoğunlaştırmaktadır.[6] Ancak terör örgütlerinin finans kaynaklarına değinilmeden önce terör örgütlerinin finans kaynaklarının temelini oluşturan kayıt dışı ekonomi'de yasa dışı ekonomik faaliyetleri belirtilmesi gerekmektedir.

1. Kayıt Dışı Ekonomi Tanımı

Kayıt dışı ekonomi evrensel bir olgu olup pek çok ülkenin karşılaşmış olduğu ekonomik bir sorundur. Kayıt dışı ekonominin tanımlanmasındaki diğer bir husus ise devletten gizlenen ve / veya kayda geçirilmemesi sebebiyle denetlenemeyen faaliyetlerden olmasıdır. Bu tür çeşitli tanımlamalarda bulunulurken kayıt dışı ekonomi, literatürlerde farklı kavramlarla da kullanılmaktadır. Bunlar; vergi dışı ekonomi, yeraltı ekonomisi, illegal ekonomi, kara ekonomi, resmi olmayan ekonomi, gizli ekonomi, düzensiz ekonomi, kayıp ekonomi, karaborsa ekonomi, gözlemlenemeyen ekonomi, paralel ekonomi, enformel ekonomilerdir.[7]

Kayıt dışı ekonomide ticari etkinlikler resmi belge kullanılmadan, kayıt altına alınmadan, vergi ve diğer sosyal güvenlik kurumlarının denetimi altına girilmeden gerçekleşmektedir. Kayıt dışı ekonomi, yasal alanlarda yasadışı iş yapmak olarak da görülmektedir. Böyle bir durumda kayıt dışı ekonominin bütün ülkeler için ortak bir sorun olduğu, gelişmekte olan ülkeler için ise daha yıkıcı etkiye sahip olduğu söylenebilir.[8]

Kayıt dışı ekonomi, kapsamlı bir yapıya sahiptir. Bu sebeple kayıt dışı ekonominin nedenleri bütün ülkeler için aynı değildir. Gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler için kayıt dışı ekonominin nedenleri farklılık gösterebilmektedir. Kayıt dışı ekonomi gelişmekte olan ülkelerde, artan nüfus ve göç sebebi ile iş gücü piyasasında vergi yükünden kurtulmak olarak ortaya çıkmaktadır. Gelişmiş ülkelerde vergi kaçırma sık olması sebebi ile kayıt dışı ekonominin önlenmesine dair yapılan çalışmaların pek çoğu vergi kaçırma ve bu durumu önleyici yasal düzenlemeler üzerine yoğunlaşmaktadır. Yasa dışı ekonomik faaliyet ise kayıt dışı ekonominin türleri arasında yer almaktadır.

1.1. Yasadışı Ekonomi ve Türleri (Yeraltı Ekonomisi)

Yeraltı ekonomi, organize suç örgütleri tarafından yürütülen, yasadışı

6 Karabulut., A., "Terör Örgütlerinin Yasadışı Finansman Kaynakları ve PKK Terör Örgütü Örneği" Beykent Üniversitesi Uluslar arası İlişkiler Yüksek Lisans Tezi, 2013, Sf.28

7 Gelir İdaresi Başkanlığı., "Kayıt Dışı Ekonomiyle Mücadele Stratejisi Eylem Planı", Yayın No. 89, Ankara, 2012, Sf. 3

8 Karabulut. A., "Terör Örgütlerinin Yasa Dışı Finansman Kaynakları ve PKK Terör Örgütü Örneği" Beykent Üniversitesi Uluslar arası İlişkiler Yüksek Lisans Tezi, 2013, Sf.5.

yollardan gelir elde edilen her türlü ekonomik faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Bu gelirin elde edilmesindeki özellikler ise şiddet içermesi, masum insanların öldürülmesi, örgütlü ve sistematik olmasıdır.[9]

Kayıt dışı ekonomik faaliyetleri gerçekleştirenler sadece vergi cezaları ile cezalandırılırken yeraltı ekonomik faaliyetinde veya yasadışı ekonomik faaliyette bulunanlar hakkında, hapis veya para cezasına hükmedilmektedir. Daha çok kamu düzenini ilgilendiren ve devletin kolluk kuvvetlerinin faaliyet alanı içinde olan bu ekonomik faaliyet, silah kaçakçılığı, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı, sigara kaçakçılığı, gümrüklerdeki rüşvet gibi yasadışı pek çok faaliyet bu yeraltı ekonomik faaliyetin içinde örneklendirilebilir.[10]

Ülkelerce topluma maddi ve manevi zararlar veren bu tür yasadışı ekonomik faaliyetlerin sona erdirilmesi amaçlanmaktadır. Zira kanunlarca yasaklanmış faaliyetlerden elde edilen gelirlerin kayda geçirilmesi ve vergilendirilmesi beklenemez. Kaçakçılığa konu olan eşyanın ülke ile komşu ülke arasındaki fiyat farkının yüksek olması kaçakçılığın iktisadi sebepleri arasındadır. Bu durum kolay para kazanmak için uygun koşulları oluşturmaktadır.[11]

Kaçakçılığın sebepleri arasında, kaçakçılıkla mücadelenin etkin olarak yapılamaması, hukuki yetersizlik ve/veya yaptırım yetersizliği gibi faktörler yer almaktadır. Kaçakçılık ile etkin mücadele için, adlî makamlar başta olmak üzere, kolluk birimler ile Millî Emlak ve Tasfiye İşletmeleri gibi kurumlar arasında iyi bir işbirliği ve eşgüdümün olması gerekmektedir.[12]

1. Terör Grupları İçin Finans Kaynaklarının Önemi

Terör örgütlerinin son 10 - 15 yıllık dönemde, organize suç örgütlerine benzer şekilde faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Terör örgütleri, başta uyuşturucu ticareti olmak üzere, gelir getirici yasadışı alanlara yoğun olarak yönelmektedirler. Örgütlerin yasadışı alanlara yönelmesinde iki husus etkilidir: Bunlardan ilki, terör örgütlerine verilen yabancı devlet desteklerindeki nispi gerileme, ikincisi ise; yüksek getirili suç piyasasının artan cazibesidir.[13]

---

9 Katkat, M.,"Muhasebede Vergi Yönünden Denetimin Kayıt Dışı Ekonomi Üzerindeki Başarısı", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Erzurum, 2007, Sf. 24.

10 Sugözü, İ. H.,"Kayıt Dışı Ekonomiyi Önlemede Vergi Politikaları",Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Konya, 2008, Sf. 18.

11 Karabulut. A., A.g.e. Sf.16-17

12 KİHBİ., "Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2011 Raporu", Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, Yayın No. 78, Ankara, 2012, Sf. 2.

13 Baybaş, Ş., "Türkiye'deki Terör ve Terörle Mücadele Yöntemleri Üzerine Sosyolojik Bir İnceleme", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Elazığ, 2007, Sf. 8.

Terör gruplarının faaliyete geçmeleri ve uygulayacakları eylemlerin sürekliliği için ekonomik gelirlerinin olması gerekmektedir. Terör grupları, daha fazla gelir elde etmek adına yeraltı ekonomik faaliyete yönelirken, vergi yükü gibi, gelirlerini düşürecek şartlardan da uzaklaşmaktadırlar. Bu doğrultuda, terör gruplarının yeraltı ve/veya yasadışı ekonomik faaliyetleri, ülke ekonomisine, toplumun sosyal yaşantısına vb. durumlarına zarar vermektedir. Teröre maruz kalmış veya terörle mücadele eden ülkelerin güvenliğini tehlikeye sokan yasadışı ekonomik faaliyetler, terörist faaliyetleri güçlendirmektedir.[14]

Terör örgütlerinin, faaliyet ve eylemlerinin finansmanında fonların gerçek sahiplerinin kimlikleri gizlenerek kullanılması, takipten korunmak için sık uygulanılan yöntemlerdendir. Uygulanan bu yöntem ile terör eylemlerinin gizliliği sağlanarak terörü finanse edenlerin asıl suçla ilgisinin kurulması engellenmektedir.[15]

Terör örgütlerinin giderleri, barınma ve beslenme ihtiyaçları, lojistik destek ve diğer giderler olarak üç gruba ayrılmaktadır. Terör gruplarının, değişik şehir ve ülkelerde, halktan uzak yerlerde genellikle dağlık arazilerde kalmalarından dolayı barınma ve beslenme ihtiyacı bulunmaktadır. Ayrıca şehirlerin kozmopolit yerleşimi olan bölgelerinde, hücre evi şeklinde barınmaları ve lojistik destek almaları terör örgütleri için maliyet sebeplerindendir. Terör örgütlerinin, temel felsefesi silahlı eylemlerde bulunmaktır. Bu eylem türünde; silah, mayın, telekomünikasyon imkânı, yayın faaliyetleri önemli dört giderdir. Terör örgütlerinin diğer giderleri ise militanların giyecek, tedavi, ulaşım masrafları propaganda amaçlı giderleridir. Bu sebeple; terör örgütleri giderlerini karşılamak için çeşitli yasadışı faaliyetlerle gelir sağlamaya çalışmakta veya yabancı ülkelerden finans desteği almaktadırlar.[16]

Terör gruplarının, yasal olarak kurmuş oldukları dernek, vakıf, kooperatif gibi örgütlenmeler, para transfer araçları olarak kullanılmaktadır. Bu durum yasa uygulayıcılarının dikkatini çekmemektedir. Teröristlerin ve terör örgütlerinin nihai amaçları belirtildiği üzere, gelir elde etmek olsa da faaliyetlerini finanse edebilmeleri için mali kaynak bulmaları da gerekmektedir. Terör örgütleri, ağırlıklı olarak yasadışı faaliyetlerden gelir elde etse de yasal sayılan kaynaklardan da gelir sağlayabilmektedir. Örneğin; aidat ve bağışlar, terör örgüt üyesi olmayan ve örgütle bağlantısı olmayan kişilerin para, yiyecek, ilaç, araç-gereç yardımları yasal olan gelir kaynakları arasındadır.[17]

---

14 Karabulut., A., A.g.e. Sf.37-38.

15 MASAK., "MASAK Faaliyet Raporu 2011", Mali Suçlar Araştırma Kurulu, Kom Yayınları, No. 78, Ankara, 2011, Sf.15.

16 Quarbanov, İ. B., "Terörizmin Finansmanı İle Mücadelede Uluslararası Girişimlere Bir Bakış", Azerbaycan Vergi Belgeleri, Sayı. 9, Azerbeycan, 2011, Sf. 95.

17 Karabulut., A., A.g.e. Sf.37-38.

Kar amacı gütmeyen kuruluşlar aracılığı ile terör örgütlerine mali kaynak sağlanmaktadır. Burada, masum vatandaşın yaptığı yardımların terör örgütüne aktarılması, yasal çerçevede gerçekleştirilmektedir. Gazete, dergi ve kitaplar ile hem ideolojik propaganda yapılmakta hem de bu örgütsel yayınların satılmasıyla, terör örgütlerine finans kaynağı sağlanmaktadır. Dış destek ise; ülkelerin terör örgütlerine kendi çıkarları doğrultusunda yardım ve destek vermesidir.[18]

Terör eylemlerinin, nihai aşamasının gerçekleştirilmesi için yapılan harcamalar, terör örgütlerinin doğrudan maliyeti olarak isimlendirilmektedir. İstatistiklere göre; terör örgütlerinin şiddet içerikli eylemleri, bombalama (%38), ateşli silahla vurma (%24), intihar bombalaması (%10) ve rehin alma (%5) olarak sıralanmaktadır. Terör eylemlerinde gerekli olan teçhizat ve ekipman için yapılan harcamalar örgütün doğrudan maliyetleri arasında yer almaktadır.[19]

Tablo.1. Bazı Terör Eylemlerinin Tahmini Doğrudan Maliyetleri

Terör Eylemi	Tarih	Tahmini Maliyet
Londra metro bombalaması	7 Temmuz 2005	8.000 İngiliz Sterlini
Madrid tren istasyonundaki bombalama	11 Mart 2004	10.000 ABD Doları
İstanbul HSBC ve Sinegog binaları bombalanması	15 ve 20 Kasım 2003	40.000 ABD Doları
Bali'deki bombalama eylemi	12 Ekim 2002	50.000 ABD Doları
USS Cole'un Bombalanması	12 Ekim 2000	10.000 ABD Doları
Doğu Afrika elçilik binasının bombalanması	7 Ağustos 1998	50.000 ABD Doları

Kaynak: Karabulut., A., *"Terör Örgütlerinin Yasadışı Finansman Kaynakları ve PKK Terör Örgütü Örneği"* Beykent Üniversitesi Uluslar arası İlişkiler Yüksek Lisans Tezi, 2013, Sf.39.

Tablo 3'teki terör eylemlerinin nihai aşaması için yapılan harcamalara bakılarak, terör eylemlerinin düşük maliyette olduğu, bu eylemlere harcanan miktarların örgütün finansman ihtiyacı içinde çok az yer tuttuğu görülmektedir.

18 MASAK., A.g.e. Sf.16-17-18.

19 Karabulut., A., A.g.e. P.39.

2. Terör Örgütlerinin Yasadışı Ekonomik Faaliyetleri

Terör örgütleri, varlıklarını sürdürebilmek ve eylemlerindeki etkililiğini arttırabilmek için finans kaynaklarına ihtiyaç duymaktadırlar. Terör örgütleri özellikle, yasadışı ekonomik faaliyet olarak; silah, sigara, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı, gümrüklerde hayali ihracat kaçakçılığı yapmaktadır.[20]

Bu bölümde, Amerika Birleşik Devletleri'ne 11 Eylül tarihinde İkiz Kulelere yapılan saldırı sonrasında dikkatleri üzerine çeken El- Kaide terör örgütünün, 1959 yılından sonra İspanya'da eylemlerde bulunan ETA terör örgütünün ve İsrail başta olmak üzere, Amerika'nın çeşitli stratejik noktalarına eylemlerde bulunan Hizbullah terör örgütünün finans kaynaklarına değinilmektedir.[21]

2.1. Silah Kaçakçılığı

1989 yılında Berlin duvarının yıkılmasından sonra silah kaçakçılığı ve terör olaylarında artış olmuştur. Bu tip organize suç faaliyetlerindeki hızlı artışa bağlı olarak Avrupa devletleri ve bu tehdide maruz kalan diğer devletler, güvenlik stratejilerini yeniden belirlemiş, istihbarat servisleri terör ile mücadelede yeni stratejiler belirlemiştir.[22]

Silah kaçakçılığında dünyanın en büyük silah kaçakçısı olan Victor Bout, Rus askeri üslerindeki silahları rüşvetle ülkeden çıkarıp Afganistan, Lübnan, Kolombiya, Liberya, Kongo gibi çatışma noktalarındaki teröristlere silah satmasıyla tanınmıştır. KGB ajanı ve aynı zamanda da iş adamı olan Victor Bout, Liberya'da on yılda üç yüz bin kişiyi öldüren diktatör Charles Taylor'a silah satışı yapmıştır. Ayrıca Victor Bout, Taliban'a üç yılda elli milyon dolarlık silah satmıştır. Victor Bout, yasadışı ekonomik faaliyet sonucunda zengin olmuş ancak 05.03.2008 tarihinde Tayland'da yakalanmıştır. Terör gruplarını ve illegal örgütleri "silah satış pazar" ı olarak belirleyen Victor Bout, yasadışı silah satışı ile her yıl milyonlarca insanın ölümüne sebep olmuştur. Silah kaçakçılığı kendi amaçları doğrultusunda gerçekleştiren terör örgütleri aynı zamanda silah satışı için bir "pazar" olarak haksız kazanç elde etmek isteyen kişilerce görülmektedir.[23]

Kalaşnikof marka silahların üreticisi olan, IZHMASH Rus firması, yapmış olduğu basın açıklamalarında ABD, Bulgaristan, Romanya, Polonya,

20 Karabulut., A., A.g.e. P.41.

21 Karabulut., A., A.g.e. P.41.

22 MI6 Secret Intelligence Service., "Our History", https://www.sis.gov.uk/our-history.html (26.11.2013)

23 "Savaş Lordu Yakalandı.", 06.03.2008, Vatan Gazetesi, http://haber.gazetevatan.com/Savas_Lordu_yakalandi_165716_30/165716/30/ (10.10.2012)

Çin ve İsrail'de bulunan, on adet anlaşmalı fabrikada, 1990 yılında anlaşmalarının bitmesine rağmen, Kalaşnikof silahı üretilmeye devam edildiğini belirtmiştir.[24] 2011 yılında ise; Rus yetkili firması ile Venezuela'nın imzalamış olduğu anlaşma gereğince, Venezuela'da da Kalaşnikof silah üretimine başlandığı kamuoyunda yer almıştır.[25] Altmış yılda yüz milyondan fazla üretilen, ucuz maliyetli, dayanıklı ve birbirinden bağımsız parçalardan oluşan bu silah, teröristler için cazip olmuştur.

Silah şirketlerinin, teröre farklı boyut kazandırdığı bir gerçektir. Örneğin; Türkiye Genel Kurmay Başkanlığı 2007 yılında yapmış olduğu basın açıklamasında, teröristlerden ele geçirilen ve menşei tam olarak belirlenen 4.500 Kalaşnikof silahın %71,6'sının Rusya, %14,7'sinin Çin, %3,6'sının Macaristan, %3,6'sı da Bulgaristan orijinli olduğunu açıklamıştır.[26]

El Kaide özellikle, Afganistan ve Pakistan Bölgesi'nde etkinliğini sürdürüyor olsa da, tehdidi, geniş coğrafyaları etkilemektedir.109 El-Kaide, bu coğrafyalarda finans kaynağı temin ederek hedef ülkelere karşı tehdidine farklı boyut kazandırmaktadır. Özellikle silah kaçakçılığında aktif olan El-Kaide terör örgütünün, diğer radikal dinci terör örgütlerine ve muhalif örgütlere silah sattığı, kamuoyunda ve istihbarat raporlarında yer almaktadır. İstihbarat raporlarında, El-Kaide terör örgütünün, Orta Asya'da yer alan Fergena Bölgesi'ndeki diğer radikal dinci terör örgütlerine, silah sattığı kamuoyunda açıklanmıştır.[27]

2.2. İnsan Ticareti ve Göçmen Kaçakçılığı

Her yıl milyonlarca insan açlık, iç savaş, sefalet, ekonomik kriz vb. pek çok sebep yüzünden yasal olmayan yollara başvurarak göç etmekte veya göç etmeye çalışmaktadır. Kadınlar ve kız çocukları seks kölesi yapılması için çeşitli vaatler ile kandırılıp farklı ülkelere yasal olmayan yollar ile göç ettirilmektedir. Bu durumu organize edenler ise mafya veya terör örgütleridir.[28]

Amerikan istihbarat servislerinin, Somali'deki terörist gruplara yöne-

24 Yalçın. A.,"Rusya ikinci ülkelerin Kalaşnikof üretmesinden rahatsız", Rusya Haber, 07.05.2010, http://www.rusya.ru/Content/10642Rusya_+ikinci+%C3%BClkelerin+Kala%C5%9Fnikof+%C3%BCretmesinden+rahats%C4%B1z (05.10.2013).

25 "Venezuela Kalaşnikof Üretiyor", Tıme Turk Gazetesi, 14.06.2012, http://www.timeturk.com/tr/2012/06/14/venezuela-kalasnikof-uretiyor.html (05.10.2013).

26Öztürk, S., "Genel Kurmay Belgelerine Göre PKK Silahları", Hürriyet Gazetesi, 19.10.2007, http://www.hurriyet.com.tr/gundem/6922630.asp (05.10.2013).

27 Erol, M. S., "Orta Asya'da Güvenlik Sorunları.", USAK OAKA Dergisi, Cilt. 1, Sayı. 2, Ankara, 2005, Sf. 97.

28 Erdal, H.,"Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti Ve Türkiye Örneğ", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt. 10, Sayı. 2, Ankara, 2008, Sf. 1 -24.

lik gerçekleştirdiği istihbarat çalışmaları neticesinde, El-Kaide terör örgütünün bu bölgede örgütlenmiş radikal, dinci terör örgütleri ile organik bağı olduğu belirlenmiştir.[29] Somali'de istikrarsız siyasi yapı ve kıyı güvenliğinin sağlanamaması sebebi ile Gine Körfezi, Aden Körfezi ve Batı Hint Okyanusu kıyılarında, El-Kaide terör örgütünün desteği ile insan kaçakçılığı yapıldığı belirtilmektedir.[30]

Kenya'nın başkenti Nairobi'de, El Kaide'nin Somali kolu olan El Şebab terör örgütünün yetmiş kişiyi bir alışveriş merkezinde öldürdüğü kamuoyunda yer almıştır. Bu eylemde, El-Kaide üyesi bir Türk'ün de aktif olduğu belirtilmektedir. Etkililiğini Afrika'da gösteren El-Kaide terör örgütü, El-Şebab örgütü ile organik bir bağ içerisindedir. El-Kaide terör örgütü, Afrika coğrafyasında etkililiğini artırabilmek için Wesgate alış veriş merkezine 21.09.2013 yılında saldırı düzenlemiştir. Saldırının bir ay öncesinde, kendine bir dükkân kiralayan Türk şüphelinin, El Şebab terör örgütü üyelerinin silahlarını bu dükkânda gizlediği, bu durumun da Amerikan istihbarat servisleri tarafından ifşa edildiği uluslararası kamuoyunda yer almıştır. Bu silahlı eylemden sonra militanların ve sempatizanların bir kısmının sığınmacı olarak Hindistan'a ve Somali sınırlarında yer alan mülteci kamplarına kaçtıkları, bir kısmının da deniz yolları ile kaçak olarak Hindistan'a yakın bölgelere kaçtıkları belirtilmektedir.[31]

2.3. Sigara Kaçakçılığı

Soğuk savaşın bitmesi ile terör örgütlerinin finans kaynakları farklılık göstermiştir. Bunun sonucunda dünya uyuşturucu baronları ile teröristler arasındaki ittifak derinleşmiş, yasadışı ekonomik faaliyetler daha profesyonel bir hal almıştır. Özellikle kaçakçılık üzerine yoğunlaşan bu ittifak, terörizmin ödemeler dengesini destekleyen unsur olmuştur.[32]

Vergi artışlarının tüketici üzerinde yük olmasından dolayı, tüketicinin yasadışı yollara başvurmayı tercih etmesi, teröre katkı sağlamakta, devletin gelirini de olumsuz etkilemektedir. Birleşik Krallığın Organize Suç Görev Kuvveti raporlarına göre, sadece 2000 yılında Kuzey İrlanda ve İrlanda Cumhuriyeti arasında yapılan sahte tütün kaçakçılığından Birleşik Krallığın beş yüz altmış sekiz milyon dolar gelir kaybına uğradığı, İRA terör örgütünün sahte tütün ve mal kaçakçılığından elde ettiği paranın yedi ile on iki milyon dolar arasında olduğu tahmin edilmektedir.[33]

29 Artokça, İ., "Eş-Şebap Terör Örgütü", Stratejik Rapor No. 63, Ankara, 2013, Sf. 7.

30 Sarı, B., "Amerikan Ulusal Çıkarları ve Afrika", Ankara Üniversitesi Afrika Çalışmaları Dergisi, Cilt. 1, Sayı. 2, Ankara, 2012, Sf. 95-119.

31 Artokça, İ., A.g.e. Sf. 18.

32 Karabulut., A.g.e. Sf. 24.

33 Aykın, H., Sözmen, H.K., "Terörün Finansmanı", Mali Suçları Araştırma Kurulu, Yayın No. 12, Ankara, 2009, Sf. 27.

Sigara kaçakçılığı, terör grupları ve illegal yapılanmalarda bulunan örgütler için getirisi yüksek cazip bir finans kaynağıdır. Lübnan'daki Hizbullah terör örgütü, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı dışında sigara kaçakçılığından da finans kaynağı sağlamaktadır.[34] ABD'de Güney Carolina'da güvenlik güçleri tarafından 18 eve düzenlenen baskın sonucunda, Hizbullah terör örgütü üyelerinin yakalandığı açıklanmıştır. Yakalanan kişilerin evlerinde, gece görüş dürbünü, kaçakçılıktan elde edilen para, silah ve bunlara ait mühimmat ele geçirildiği basında yer almıştır. Sigara kaçakçılığından elde edilen, bir milyon dolardan fazla paranın Lübnan'a transfer edildiği basında yer almıştır.[35]

2.4. Gümrüklerde Yaşanılan Rüşvet ve Kaçakçılık

Mehmet Çardak "*Türkiye'mden Gümrük Manzaraları*" eserinde gümrükleri, *"ekonominin ahlakı"* olarak belirtilmektedir. Ekonominin zayıflatılmasında ve hazineye verilen büyük zararlarda gümrükler kilit rolde sahip bölgelerdir. İkinci dünya savaşından sonra ekonomik krize çözüm bulmak için Washington, Londra ve Paris gibi merkezlerde ihracatı arttırmaya yönelik çalışmalar yapılmış, yapılan çalışmalar sonucunda 1947'de Cenevre'de "Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması" imzalanmıştır. Türkiye'nin de imzaladığı anlaşmanın amacı, gümrük mevzuatları arasında bütünlüğü ve uyumu sağlamaktır.[36]

Ülkeler ve terör örgütleri için gümrük sınır kapıları önem taşımaktadır. Çünkü yapılacak olan kaçakçılığın güzergâhları, sınır kapılarındaki güvenliğe bağlı olarak belirlenmektedir. Ayrıca, sınır kapılarından terör örgütleri tarafından sahte evraklarla, belgelerle, piyasaya getirilen ürünler, iç piyasada haksız rekabet ve kazanca sebep olmakta ve devleti zarara uğratmaktadır.[37]

Kaçakçılık suçunun oluşması için belge ibrazında bulunan kişilerin niyetinin yetkili vergi organları tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, bürokratik işlemlerin uzun zaman alması ve nitelikli personel temin edilememesi gerekli denetimlerin yapılmasına engel olmaktadır. Gümrüklerde ve gümrük sınır kapılarında, kaçakçılığın gerçekleşmesindeki diğer bir etken ise yetkili ve görevli memurun kötü niyetli davranarak çıkar karşılığında kaçakçılığa göz yummasıdır.[38]

34 Karabulut., A.g.e. Sf. 46.

35 "ABD'de Hizbullah'a Operasyon", NTV Haber, 22.06.2000, http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/19162.asp (23.10.2013).

36 Çardak, M., "Türkiye'mden Gümrük Manzaraları", Evrim Yayın Evi, İstanbul, 2008, Sf. 8.

37 Karabulut., A.g.e. Sf. 47.

38 Karabulut., A.g.e. Sf. 47.

2013 yılında, Kenya Westgate alışveriş merkezine, El Şebab terör örgütü tarafından yapılan eylemden önce, örgüt üyesi bir Türk'ün alışveriş merkezinden silah saklamak için dükkân kiraladığı ve bu dükkânın camlarını kurşungeçirmez camlarla değiştirdiği, kurşungeçirmez camların, Kenya Gümrük Kurumu'ndan bir yetkilinin rüşvet karşılığında örgüte yardım etmesiyle ülkeye sokulduğu uluslararası basında yer almıştır.[39]

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Madde 3 kaçakçılığı şu şekilde açıklamaktadır:

"Sahte belgeler kullanmak suretiyle gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin, transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakan kişi, belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dâhilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, sahte belge ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, ithali kanun gereği yasak olan eşyayı ithal eden kişi, gümrük idaresinin izni olmadan kısmen veya tamamen çıkaran veya değiştiren kişiler, kaçakçılık yapmış kabul edilmektedir."

Madde 3'te kaçakçılık faaliyetleri belirtilse de bavul ticareti ile para giriş-çıkışına değinilmemektedir. Kara para aklama faaliyetinin kontrol edilememesi yasadaki boşluktan kaynaklanmaktadır. Kara para aklama ve kayıtlara girilmeyen döviz giriş-çıkışı, kayıt dışı ekonomiye sebep olduğu gibi, eylemi gerçekleştiren kişinin niyetine bağlı olarak kaçakçılığa da zemin hazırlamaktadır.[40]

2.5. Uyuşturucu Kaçakçılığı

16. yüzyılda Avrupa ve Amerika kıtasında yerlilerce kullanılan uyuşturucu, zamanla Çinli göçmenlerce Avrupa'ya tanıtılmıştır. 1877 yılında Nevada eyaleti tarafından uyuşturucu ile mücadelenin ilk temelleri atılmış, uyuşturucunun doktor reçetesi ile kullanılması bu tarihte başlamıştır. 1906 yılında ilk federal yasa düzenlenmiştir.[41]

Uyuşturucunun ülkelere ve toplumlara sosyal, kültürel, psikolojik etkisi olduğu gibi ülke ve birey ekonomisine de olumsuz manada etkileri bulunmaktadır. Bu nedenle Avrupa Birliği üye ülkeleri tarafından suç örgütlerinin uyuşturucu faaliyeti hakkında bilgi toplamak maksadı ile Avrupa Polis Kurumu kurulmuştur. Avrupa Polis Kurumu'nun görevleri

39 Artokça, İ., A.g.e. Sf. 27.

40 Karabulut. A., A.g.e. Sf. 27.

41 Öner, Z. M.,"Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2013, P. 38.

arasında terör örgütlerinin finans kaynağı olan uyuşturucu ile mücadele yer almaktadır.[42]

Rus "Moskovakiy Komsomolest" gazetesinde, dünyada uyuşturucu üretiminin %90'ına sahip olan Afganistan'da uyuşturucu üretiminin artması ile Afganistan'da yer alan ABD ordusu arasında bağlantı olduğu belirtilmektedir. ABD ordusunun 2001 yılında Afganistan'a intikalinden sonra uyuşturucu üretim çiftliklerinde, eroinin ve haşhaşın üretiminde artış olduğu belirtilen diğer bir husustur. Ancak bu açıklamaların aksine diğer uluslararası basın kuruluşları tarafından, Amerika'nın, uyuşturucuyla mücadelede Tacikistan için yirmi yedi milyon dolar, Afganistan, Pakistan ve Orta Asya ülkeleri için toplam dört yüz elli altı milyon dolarlık bir bütçe ayırdığı belirtilmektedirler.[43]

Her yıl, milyarlarca dolarlık uyuşturucu kaçakçılığı dünyanın çeşitli bölgelerinde gerçekleşmektedir. 1990'lı yıllarda Afganistan dünyanın en büyük afyon üreticisi olmuştur. Rakamsal olarak Afganistan dünyada uyuşturucu üretiminin, 1999 yılında dört bin beş yüz seksen bir metrik ton ham afyon üretimi ile %79'unu, 2000 yılında %70'ini karşılamıştır. Temmuz 2000'de afyon ekim yasağı uygulamaya başlanmış ve 2000 - 2001 Ekim sezonunda üretimde belirgin oranda düşüş görülmüştür. 2001 yılı üretim tahmini, 2000 yılının toplam üç bin iki yüz yetmiş altı metrik tonluk üretimi ile karşılaştırıldığında üretimde %90 civarında bir azalma olduğu açıklanmıştır.[44]

2.6. Terör Örgütlerinin Diğer Finans Kaynakları

ETA terör örgütü, İspanya'da totaliter rejimin baskıları sonucunda, 1959 yılında dil, kültür gibi İspanya Bask Bölgesi'nin özelliklerini korumaya yönelik olarak kurulmuş bir örgüttür. Franco rejiminin, yönetimi ele geçirip Kastilya dili haricindeki dillerin, kullanılmasını yasaklaması nedeniyle milliyetçi istekler hiçbir zaman sistematik olarak ifade edilememiştir. 1950 yılında İspanya ekonomisindeki sıkıntı, Bask Bölgesi'ndeki işçi grevlerini başlatmış, Franco rejimi de bölgedeki baskısını arttırmıştır. Bunun üzerine, Bask Direniş Hareketi radikal gençlerin eline geçerek 31 Temmuz 1959'da ETA (Euzkadi Ta Azkatasuna-Bask Anayurdu Ve Özgürlük) kurulmuştur.[45]

---

42 Demirci, S.," Terörizme Karşı Mücadele Modelleri", Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,Cilt. 2, Sayı. 2, Çankırı, 2013, P. 206.

43 Askeroğlu, S., "Kırgızistan'da Rusya ve ABD'nin Üsler Mücadelesi",21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü, Ankara, 16.11.2013, http://www.21yyte.org (24.11.2013).

44 Çalışkan, İ., "Güneybatı Asya Eroini Strateji Konferansı", Çağın Polisi, 03.11.2012, http://www.caginpolisi.com.tr/eski_sitemiz/3/11-12.htm (03.11.2012).

45 Bal, İ., "Alacakaranlıkta Terörle Mücadele ve Komplo Teorileri" Siyasal Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

ETA terör örgütü, 1979 ve 1986 yılları arasında şantaj yoluyla önemli miktarlarda para elde etmiş "devrim vergisi" adı altında halktan vergi almış, banka ve işletmelerde soygunlarda bulunmuştur. 1970'lerde ETA için ana gelir kaynağı ise "gasp" olmuştur.[46]

ETA terör örgütü gelirini, fidye amaçlı adam kaçırmalardan elde etmiştir. Örneğin, Katalan işadamı Jesus Serra Santamans Nisan 1980'de kaçırılmış ve bir milyon beş yüz bin dolar karşılığında serbest bırakılmıştır. Sanayici Adolfo V. Martin, yaklaşık üç aylık kaçırılma döneminden sonra, 24 Şubat 1990'da iki milyon sekiz yüz bin dolar, fidye karşılığında serbest bırakılmıştır. Temmuz 1993'te kaçırılan barış hareketinin önemli isimlerinden, Zamona kaçırıldıktan sonra serbest bırakılması için ETA'ya büyük miktarda fidye ödenmek zorunda kalınmıştır.[47]

ETA, 1978'den 2010 yılına kadar, fidye için adam kaçırmadan seksen bin dört yüz otuz altı nokta altı euro, gasptan kırk iki bin yedi yüz kırk beş nokta üç euro elde etmiştir. 2000-2004 yılları arasında adam kaçırmadan toplamda, dokuz yüz elli altı virgül beş euro gelir elde edilmişken, 2005 yılı sonrasında gelirini ise sadece gasptan elde etmiştir. ETA tarafından, iş adamlarının kaçırılması 1972 yılında başlamış ve kaçırma olayları 1995'e kadar üst seviyeye ulaşmıştır. Buesa. M, Baumert, ETA terör örgütünün finans kaynağını şu şekilde açıklamaktadır:

"1996 Yılında iyi eğitilmiş militanların kaçırılması ve pahalı alt yapıların olması eylemlerde riske neden olduğu için adam kaçırmayı bırakmıştır. Bask Bölgesindeki belediyelerin ve hükümetin ETA'ya varlık tahsis ettiği ve aktardığı, Bask milliyetçi partilerin de ETA'yı desteklemektedirler."[48]

Hizbullah terör örgütünün diğer finans kaynakları arasında, yardım kurumları arasında yoksul ve sakatlar için tıbbi yardım ve eğitim hizmeti veren "imdad' ve İsrail'e karşı savaşta ölenlerin ailelerine yardım sağlayan "Şehitler Müessesesi" bulunmaktadır. Bu kurumlar; bir bakıma sivil toplum örgütü gibi faaliyet göstermektedir. Hizbullah'ın birden fazla hastane, klinik, okul ve tarım merkezleri bulunmaktadır. Hizbullah'ın, Al Manar isimli televizyon kanalı, Nur isimli radyo kanalı, Lahit isimli gazetesi ve El Mukaveme adını taşıyan dergisi de bulunmaktadır.

---

46 Buesa, M., Baumert, T., "Dısmantlıng Terrorıst's Economıcs:. Unıversıdad Complutense De Madrıd", Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Sayı. 11,Madrid, 2012, Sf. 11-28.

47 Alkan, N., "Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları", Emniyet Genel Müdürlüğü, Ankara, 2004, http://www.egm.gov.tr/temuh/terorizm10_makale5.htm (26.11.2012),

48 Karabulut., A., A.g.e. Sf.50.

3. Terör ve Terörizmin Finans Kaynaklarına İlişkin Uluslararası Düzenleme

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, 09.12.1999 tarihinde "Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme" terörizmin finansmanıyla mücadele konusundaki ayrıntılı düzenlemelerini içeren, ilk ve en önemli uluslararası sözleşme olarak kabul edilmiş ve ülkelerin imzasına açılmıştır. Sözleşme, 10.01.2002 tarihli ve 4738 Sayılı Kanun'la uygun bulunmuş ve 01.03.2002 tarihli ve 2002 / 3801 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 2002 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle, iç hukukumuzun bir parçası hâline gelmiştir.[49]

Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması, uluslararası barış ve güvenlik nedeni ile devletlerarasında, iyi ilişkiler sağlamayı hedeflemektedir. Terörist eylemlerin, dünya çapında artış göstermesi devletleri endişelendirmektedir. Sözleşmede, Birleşmiş Milletlere üye devletlerin, nerede ve kim tarafından yapıldığına bakılmaksızın devletler ve halklar arasındaki dostane ilişkileri, devletlerin güvenliğini ve toprak bütünlüğünü tehlikeye düşürenler de dâhil olmak üzere yapılan tüm terörist eylem, yöntem ve uygulamaların suç olduğunu ve bu eylemlerin haklı gösterilemeyecekleri gerekçesiyle açık bir şekilde kınandığı hatırlatılmaktadır.[50]

Sözleşmede, terör örgütleri tarafından yasadışı veya yasal kaynaklardan elde edilen finans kaynaklarına devletlerce el konulması hükmü getirilmiştir. Herhangi bir kişi ya da devletin, her ne suretle olursa olsun terör örgütlerine, fon sağlaması halinin, terörün finansmanı olarak kabul edildiği sözleşmede yer almaktadır.[51]

Sonuç

Kayıt dışı ekonominin evrensel olması sebebi ile ülkeler bu ekonomik yapıyı sıklıkla yaşamaktadır. Şahıs ve tüzel kişilerin rekabet üstünlüğü ve kar marjını daha da yükseltmek için bu yola başvurduklarından söz edilmesi mümkündür.

Kapsamlı yapıya sahip olan kayıt dışı ekonomi ve bunun nedenleri, ülkelere göre değişmektedir. Nüfus artışı, gelir dağılımı, göç, iş gücü piyasası gibi sebepler ile vergi yükünden kurtulmak isteme gibi etkenler toplumu yasadışı ekonomik faaliyete itmektedir. Sonuç olarak kayıt dışı ekonomi ve adaletsiz gelir dağılımı toplumun refah seviyesini etkilemektedir.

49 Dışişleri Bakanlığı., "Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve Türkiye", Ankara, 2011, http://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-teskilati-ve-turkiye.tr.mfa (11.09.2013).

50 Dışişleri Bakanlığı., A.g.e.

51 Birleşmiş Milletler., "Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun Tasarısı Ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/940)", Birleşmiş Milletler, New York, 2000, Madde 2.

Devletlerin bürokratik işlemlerdeki yoğunluğu veya niyete bağlı olarak mükelleflerin gerçekleştirmiş olduğu yanlış veya yanıltıcı belge ibrazı da kaçakçılığın doğmasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca hukuktaki yetersizlik veya yasal boşluktan kaynaklanan sebepler de kaçakçılığı etkilemektedir. İnsan nefsinin her zaman daha fazlasını istemesi, ihtiyaçların sınırsız, kaynakların kıt olması sebebi ile bireyler kazançlarını paylaşmak istememektedir. Bireylerin ve tüzel kişilerin kazançlarını devletle paylaşmak istememesi, kayıt dışı ekonomiye sebep olmaktadır.

Kayıt dışı ekonomi arasında yer alan yasadışı ekonomik faaliyet diğer adı ile yeraltı ekonomi faaliyet, illegal faaliyetten elde edilen gelir olarak açıklanmaktadır. İllegal ekonomik faaliyetten, bireyler gelir elde ettiği gibi, terör örgütleri de gelir elde etmektedir.

Terör örgütlerinin yasadışı ekonomik faaliyetinden gelir elde edilen ve en belirgin yasadışı ekonomik faaliyet olan kaçakçılık türleri ise silah, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı, sigara kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı, gümrüklerde yaşanılan rüşvet ve yolsuzluktur. Bu finans türlerinin oluşmasına yasaların etkili ve caydırıcı olmaması, kamu görevlilerinin ilgili mevzuat ve görevlerini yeteri kadar bilmemesi sebep olmaktadır.

Kaynakça:

- Alkan, N., **"Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları"**, Emniyet Genel Müdürlüğü, Ankara, 2004, http://www.egm.gov.tr/temuh/terorizm10_makale5.htm (26.11.2012).
- Artokça, İ., **"Eş-Şebap Terör Örgütü"**, Stratejik Rapor No. 63, Ankara, 2013.
- Askeroğlu, S., **"Kırgızistan'da Rusya ve ABD'nin Üsler Mücadelesi",**21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü, Ankara, 16.11.2013, http://www.21yyte.org (24.11.2013).
- Aydın, N., **"Küresel Terör Ve Terörizm"**, Kumsaati Yayın Dağı, İstanbul, 2009.
- Aykın, H., Sözmen, H.K., **"Terörün Finansmanı",** Mali Suçları Araştırma Kurulu, Yayın No. 12, Ankara, 2009.
- Bal, İ., **"Alacakaranlıkta Terörle Mücadele ve Komplo Teorileri"** Siyasal Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Baybaş, Ş., **"Türkiye'deki Terör ve Terörle Mücadele Yöntemleri Üzerine Sosyolojik Bir İnceleme"**, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Elazığ, 2007.
- Birleşmiş Milletler., **"Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun Tasarısı Ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/940)"**, Birleşmiş Milletler, New York, 2000, Madde 2.
- Buesa, M., Baumert, T., **"Dısmantlıng Terrorıst's Economıcs:. Unıversıdad Complutense De Madrıd"**, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Sayı. 11,Madrid, 2012
- Cirhinlioğlu, Z., **"Terör Ve Toplum"**, Gündoğan Yayınları,İstanbul, 2004.
- Çalışkan, İ., **"Güneybatı Asya Eroini Strateji Konferansı"**, Çağın Polisi, 03.11.2012, http://www.caginpolisi.com.tr/eski_sitemiz/3/11-12.htm (03.11.2012).

- Çardak, M., **"Türkiye'mden Gümrük Manzaraları"**, Evrim Yayın Evi, İstanbul, 2008.
- Demirci, S.,**" Terörizme Karşı Mücadele Modelleri",** Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,Cilt. 2, Sayı. 2, Çankırı, 2013
- Dışişleri Bakanlığı., **"Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve Türkiye"**, Ankara, 2011, http://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-teskilati-ve-turkiye.tr.mfa (11.09.2013).
- Erol, M. S., **"Orta Asya'da Güvenlik Sorunları."**, USAK OAKA Dergisi, Cilt. 1, Sayı. 2, Ankara, 2005.
- Erdal, H.,**"Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti Ve Türkiye Örneği",** Polis Bilimleri Dergisi, Cilt. 10, Sayı. 2, Ankara, 2008.
- Gelir İdaresi Başkanlığı., **"Kayıt Dışı Ekonomiyle Mücadele Stratejisi Eylem Planı"**, Yayın No. 89, Ankara, 2012,
- Karabulut., A., **"Terör Örgütlerinin Yasadışı Finansman Kaynakları ve PKK Terör Örgütü Örneği"** Beykent Üniversitesi Uluslar arası İlişkiler Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Katkat, M.,**"Muhasebede Vergi Yönünden Denetimin Kayıt Dışı Ekonomi Üzerindeki Başarısı"**, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Erzurum, 2007.
- KİHBİ., **"Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2011 Raporu",** Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, Yayın No. 78, Ankara, 2012.
- MASAK., **"MASAK Faaliyet Raporu 2011"**, Mali Suçlar Araştırma Kurulu, Kom Yayınları, No. 78, Ankara, 2011
- MI6 Secret Intelligence Service., *"Our History",* https://www.sis.gov.uk/our-history.html (26.11.2013)
- **"ABD'de Hizbullah'a Operasyon"**, NTV Haber, 22.06.2000,
- http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/19162.asp (23.10.2013).
- Öner, Z. M**.,"Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları",** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2013.
- Öztürk, S., **"Genel Kurmay Belgelerine Göre PKK Silahları"**, Hürriyet Gazetesi, 19.10.2007, http://www.hurriyet.com.tr/gundem/6922630.asp (05.10.2013).
- Sarı, B., **"Amerikan Ulusal Çıkarları ve Afrika"**, Ankara Üniversitesi Afrika Çalışmaları Dergisi, Cilt. 1, Sayı. 2, Ankara, 2012.
- **"Savaş Lordu Yakalandı.",** 06.03.2008, Vatan Gazetesi,
- http://haber.gazetevatan.com/Savas_Lordu_yakalandi_165716_30/165716/30/ (10.10.2012).
- Sugözü, İ. H**.,"Kayıt Dışı Ekonomiyi Önlemede Vergi Politikaları"**,Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Konya, 2008.
- "**Venezuela Kalaşnikof Üretiyor"**, Tıme Turk Gazetesi, 14.06.2012,
- http://www.timeturk.com/tr/2012/06/14/venezuela-kalasnikof-uretiyor.html (05.10.2013).
- Quarbanov, İ. B., **"Terörizmin Finansmanı İle Mücadelede Uluslararası Girişimlere Bir Bakış"**, Azerbaycan Vergi Belgeleri, Sayı. 9, Azerbeycan, 2011.
- Yalçın. A**.,"Rusya ikinci ülkelerin Kalaşnikof üretmesinden rahatsız"**, Rusya Haber, 07.05.2010,
- http://www.rusya.ru/Content/10642Rusya_+ikinci+%C3%BClkelerin+Kala%C5%9Fnikof+%C3%BCretmesinden+rahats%C4%B1z (05.10.2013).

"TERÖRİZMİN FİNANSMANININ ÖNLENMESİ HAKKINDA KANUN'A" İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Kenan TANDOĞAN[1]

"GİZLİ SORUŞTURMACI VE GÖREVLENDİRİLMESİ"

GİRİŞ

Çalışmamıza konu olan Kanun, terör ve terörizmin finansmanıyla etkin mücadele kapsamında; Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Sözleşme'nin ve BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarının uygulanması ile malvarlığının dondurulmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Kamuoyunda ve meclis aşamasında yeterince tartışılmadan yasallaşan geçen söz konusu kanun değerlendirilmeye değer bir konu olarak karşımızda durmaktadır. Bu kanun, ilgili diğer kanunlar ve Anayasa'nın birçok hükmüyle birlikte değerlendirmeye tabi tutulması zorunluluk arz etmektedir. Çünkü gerek anayasanın kimi hükümleriyle gerekse de diğer kanun hükümleriyle çatışma halinde olan bir düzenleme olarak hukuk dünyamızda yer almaya başlamıştır.

Bir bütün olarak bu kanun şimdiden tartışmaya açık bir düzenleme olarak karşımızda durmaktadır. Kanunun birçok hükmü uygulamada başa dert açacak nitelikte hükümlerdirler. Özellikle hukuk devleti ilkesini zedeleyen nitelikte maddeler içerisinde barındırmaktadır. Örneğin yargıda olması gereken birçok yetki yargı erkinden alınarak, yargı dışında oluşturulan başka kurum ve komisyonlara devredilmiştir. **Mesela normal prosedürde bir suç işlenirse öncelikle soruşturma açılır, sonra bu soruşturma, gerekirse kovuşturma aşamasına taşınır. Ardından yargılama yapılır ve hüküm tesis edilir. Bu hükme göre kişi veyahut kurum suçlu bulunursa kararlaştırılan ceza infaz edilir. Suçlu bulunmasa beraat hükmü geçerli olur. Bu kanunda ise üstü kapalı bir şekilde bu süreçler bertaraf edilmiştir. Yine bir hukuk devletinde egemenlik erki hiçbir şekilde başka ülkelerin müdahalesine açık bir alan olamaz. Ancak bu kanunda bu mümkün hale getirilmiştir.**

Konumuz çoğunlukla eleştirel bir gözle ele alınmıştır. Bu sebepledir ki sorun olarak gördüğümüz birçok husus tüm detaylarıyla ele alınma-

1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi

ya çalışılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bu konuda yeterince kaynak ve materyal elimizde olmadığından eksik kalma olasılığımız mevcuttur. Çünkü çalışma konusu bakımında çok fazla değerlendirme henüz yapılmamıştır. Fakat ileriki süreçlerde pratikte çıkacak sorunlarla birlikte çok fazla makale ve değerlendirme yapılacağını şimdiden öngörmemek mümkün değildir. Makalemiz okunurken bu ve benzeri hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bütün bunlara rağmen çalışmamız aşağıdaki gibi şekillenmiştir.

Genel olarak çalışmamızın şematiğinden söz etmek gerekirse, çalışmamız beş bölümde oluşmaktadır. **Birinci bölümde**, öncelikle bu kanunun hazırlanmasına neden olan süreç veyahut süreçlerin arka planı irdelenmiştir. Ardından konunun amaç, kapsam ve tanımlar boyutu ele alınmıştır. **İkinci bölümde,** kanuna konu olan suç fiillerinin yani terörizmin finansmanı suçu ve yasak fiiller ele alınmıştır. **Üçüncü bölümde,** BM kararları ile diğer devletler ve uluslararası ilişkiler bakımından konu değerlendirilmiştir. **Dördüncü bölümde**, malvarlığının dondurulması değerlendirme komisyonu ve cezai hükümler tartışılmıştır. Ve son bölüm olan **beşinci bölümde** ise, konumuzun anayasa ve diğer kanun hükümleri ile ilişkisi, uygulanacak hükümler ve yollamalar üzerinde durulmuş ve belli bazı karşılaştırmalar yapılmıştır. Sonuç kısmında ise genel bir değerlendirmeyle konu toparlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AMAÇ, KAPSAM VE TANIMLAR

Konumuzu irdeleyebilmek için öncelikle bu kanunun hazırlanmasına vesile olan koşulların arka planına bakmakta fayda vardır. Genel değerlendirme bakımından belki hukuki bir değerlendirmeden çok kanun koyucunun iradesine ve o iradeyi yönlendiren güç veya güçlere bakmakta yarar vardır. Aksi takdirde konunun tam anlaşılması mümkün olamayacaktır.

Bu kanunun hazırlanmasına vesile olan koşulların başlangıcı 11 Eylül ve sonrası sürecine dayanmaktadır. 11 Eylül sonrası ortam köklü değişikliklere gebe bir ortam olarak hazırlana geldi. Bu süreç 11 Eylül yasalarıyla şekillenip olgunlaştırıldı. Bu, Amerikan Anayasası'nın ve uluslararası hukukun 11 Eylül kodlarıyla yeniden yorumlanması anlamına gelmektedir. Aslında 11 Eylül'ün hukuk alanına yansıması değişimin ne kadar köklü ve geleceğe yönelik olduğunun da göstergesi olmuştur. 11 Eylül koşulları modern toplumları, insanlık tarihi kadar eski bir ikilemle karşı karşıya bıraktı. "Özgürlük mü?" yoksa "güvenlik mi?" Hayat, ucu

bucağı görünmeyen bu ikileme göre yeniden yorumlanıyordu. Yeni hukuk yorumu, yeni kurallar hukuk dünyasını meşgul etmeye başladı.

11 Eylül ile birlikte birçok konuda olduğu gibi Amerika ve Avrupa merkezli ve 11 Eylül ortamına ve sonrasına uyarlanmış hukuk ihraç edilmeye başlandı bile. Bu anlayış ABD'den Avrupa'ya, Avrupa'dan İngiltere'ye kadar bütün gelişmiş ülkelere ulaştı. Avrupa'da hükümetler 11 Eylül markası taşıyan özgürlükleri kısıtlayan bir dizi yasayı kaşla göz arasında çıkartıverdiler. Amerika uluslararası hukuka sırtını dönerken kendi 11 Eylül yasalarını dünyaya dayatma çabasına girdi. İç güvenlik yasaları terörle mücadele adı altında, gözaltı sürelerini uzatma, tutukluların avukatlarıyla yaptıkları konuşmaları kayda alma, gerektiğinde tutukluları (avukatsız) askeri mahkemelerde yargılama gibi bir dizi maddeyi içeriyor. Hükümet, hâkim kararı olmadan ulusal güvenlik gerekçesiyle vatandaşın işi, vergi beyanları, okul ve hastane kayıtları hakkında bilgi isteyebiliyor[2]. Buna ilaveten ekonomik alanda da benzer içerikli yasa ve uluslararası sözleşmeler düzenlendi ve dünya ülkelerine dayatıldı. Amerika'ya ilk başta direnen Avrupa, sonrasında kendi ülkelerinde patlatılan birkaç bombadan sonra hemen ABD'nin hukuk ihraç etme amacının yedeğine düşüverdiler. Amaç terörizmin önlenmesi olunca her yol mubah oluverir, hukuk devleti ise buna araç olur. Bu durum gelişmiş batı demokrasilerinde bile böyledir.

Bu sebepledir ki, Amerika'da gelişen koşullara göre yeni anlayışlar hemen kendine bir yön bulabiliyor. Bu konuda özellikle yeni muhafazakârlara göre "Bu savaş başka savaştır. Düşmanın profili farklıdır. Yenidünyaya yeni bir hukuk anlayışı gereklidir" bu ve benzeri gerekçelerle döneme ve kendi çıkar dünyalarına göre hukuk icra etmek ABD hukuk dünyasının genel karakterini oluşturmaktadır. Bu bakış açısı güvenlik ve terör odaklı olunca asla itiraza uğramamaktadır. Dolayısıyla böyle bir hukuk dünyasında tek yönlü bakış açısıyla oluşturulan hukuk sistemi mutlaka dünyaya yayıp hâkim hale getirilmesi temel hedef haline gelmektedir. Amerika'nın elindeki büyük askeri gücü istediği gibi kullanabilmesi için hukuki altyapının hazırlanmasına ön ayak olan bir hukuk sistemi ancak bu şekilde başarıya ulaşabilecektir.

Bu çalışmamızda, Sözleşme, Kanun ve bunları hazırlayan tarihsel arka plan birlikte ele alınıp genel bir giriş yapmadan konuya girmek çok da yerinde olamazdı. Bu nedenle böyle bir değerlendirme konumuz açısından gerekliydi. Başka türlü bu kanunun çıkış nedenini ve gerekliliğini açıklamak mümkün olamazdı. Bu şekilde genel bir değerlendirme yaptıktan sonra konumuzu hukuk tekniği bakımından değerlendirebiliriz.

2 Bkz: David Cole, "What Bush Wants to Hear", The New York Review of Books, 17 Kasım 2005", (Zeynep ATİKKAN, 11 Eylül Amerika'yı Nasıl Değiştirdi? Amerikan Cinneti, Yapı Kredi Yayınları, Eylül 2006/İstanbul, s.360, 361, 362, 363, 364,365).

İncelememizde, Sözleşme ve Kanun metni içinde geçenler hariç olmak üzere, moda terimlere alternatif ve en az onlar kadar aydınlatıcı sözcükler tercih edilecek ve değerlendirmelerimiz Kanundaki madde sıralamasına sadık kalınarak yapılacaktır. Bir alanı düzenleyen birden fazla kanun varsa bir ülkede o ülke hukuk devletinden çok kanun devletidir.

Son dönem hukuk metinleri amaç kapsam ve tanımlamalarla başlamaktadır. Bununla belli bazı fiiller, kavram ve kurumlar kanun metninin ilk maddelerinde hüküm ifade ederek kanun'un çerçevesi ortaya konulmaktadır. Hukuk metinlerindeki bu bakış açısı kimi diğer kavramlarda da kendini göstermektedir. Örneğin, "Hukuk Devleti" demek yerine "hukukun üstünlüğü" tercih etmekte, personel rejiminin önüne "esnek", sonuna "performans" sözcüğü getirilmekte, "teftiş-müfettiş" yerine "denetim-denetçi" kavramları tercih edilmektedir. Elbette ki dilde sadeleştirme ve yenileşme gerekli ve yerindedir. Ancak bu yenileşme tüm kanunlarımızın diliyle bütünleşecek şekilde bütünselliğ sağlanamazsa hukuk tekniği bakımından hiç anlamı olmayacaktır. Tam tersine anlam karmaşasına neden olacaktır. Eski ile yeni arasında bocalanıp kalınacaktır.

Bu tercihler, uluslararası hukukta 1990'lardan sonra somut bir olgu olarak gözlenen bir durumdur. Dolayısıyla kaçınılmaz olarak bizim hukuk sistemimizde de etkisini göstermektedir. Yeri geldikçe, Sözleşmede ve Kanun'da tercih edilen bu terminoloji irdelenecek olmakla birlikte, terminolojik tercihin işlevi ile ilgili kısa bir aktarım yapmakta yarar umulmaktadır: *"... terminolojik tercih, sonrasını da belirleyecektir. (...) küreselleşme terimiyle başlarsanız, sonraki söylem sizi kaçınılmaz ve zorunlu bir değişim sürecini algılamaya yönlendirir. Bu sürecin hem olumlu, hem de olumsuz sonuçları vardır; ancak, sömürü değil, "pozitif toplamlı oyunlar" söz konusudur. Küreselleşme söylemi, hegemonya/bağımlılık değil; karşılıklı bağımlılık ilişkilerini vurgular. Sistemin öğeleri arasındaki bağlantılar çatışmacı değil, tamamlayıcıdır.*

Siyaset pratiği söz konusu olduğunda, küreselleşme kaçınılmaz olduğu için ve süreci durdurmak, tersine çevirmek mümkün olmadığına göre, ona karşı mücadele beyhudedir. Görev, böylece, "maliyetleri" asgariye indirmek; olası "faydaları" ise azamileştirmek olacaktır. (...) "Küre" sözcüğünden türetilen moda terimlerle karşılaştığınızda alternatif (ve en az onlar kadar aydınlatıcı) sözcükler kullanmayı deneyin (...)[3]". Ele aldığımız kanunun da bu anlamıyla tanımlama sorunu vardır ve aynı zamanda buna ilaveten amaçsal bakımda da çeşitli sorunlar göze

3 Bkz: Prof. Dr. Korkut BORATAV, Emperyalizm, Sosyalizm ve Türkiye, Yordam Kitap, 2010/İstanbul, s.26,27.

batmaktadır. Bütün bunlara rağmen biz yinede kanunun sistematiğine göre ilerleyelim. Değerlendirmelerimiz de bu sistematiğe göre olmalıdır.

A) AMAÇ VE KAPSAM

Amaç ve kapsam terörizmin finansmanını önlenmesi hakkında kanunun 1. Maddesinde düzenlenmiştir. Kanun maddesi şöyledir: **"** *(1) Bu Kanun, terör ve terörizmin finansmanıyla etkin mücadele edilmesi kapsamında; 1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin bu Kanun kapsamındaki terör ve terörizmin finansmanıyla mücadeleye ilişkin kararlarının uygulanması ile terörizmin finansmanı suçunun düzenlenmesi ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla malvarlığının dondurulmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla hazırlanmıştır."* Kanun bir amaç bombardımanı altında kalmıştır. Hem yeni bir amaç ortaya koymaya çalışmıştır hem bu amaç doğrultusunda yeni tanımlamaları gitmiştir, hem de daha önceki kanun ve sözleşmelerdeki tanımlama ve amaçlara yolma yapılmıştır. Kanımızca bu kafa karışıklığı bu amaç karışıklığından ileri gelmektedir.

B) TANIMLAR

Kanun'un **2. Maddesi** bazı tanımlamalara yer vermektedir. 'Başkanlık', 'değerlendirme komisyonu', 'malvarlığı', 'fon', 'malvarlığının dondurulması' gibi başlıklarda toplanan kimi kavramlar bu maddede tanımlanmıştır. Aşağıda kimi tanımlamalara değinilecektir. Kanunda geçen tanımlamalara baktığımızda her bir kavrama oldukça fazla anlam yüklenilmiştir. Hani derler ya 'bir şeye fazla yük yüklersen altında ezilir' diye aynen o misal her bir kavrama o kadar mana yüklenilmiştir ki söz konusu kavram mana sarhoşluğunu yaşamaktadır. Kanunda sınırlı sayıda kavram tanımlanmıştır ancak bu tanımlamalar bahsettiğimiz bu sıkıntıları içerisinde barındırmaktadır.

Kavramlar ya her şeyi içine alacak şekilde tanımlanmıştır ya da hiçbir şey anlaşılmayacak şekilde geniş yapılmıştır. Hukuk böyle bir tekniği asla kaldıramaz. Oysa tam tersine tanımlamalar sade ve anlaşılır olmalıdır ve tüm diğer kanunlarda geçen anlamlarıyla çelişmemelidir. Burada ise maalesef böyle olmamıştır.

Örneğin kanunda geçen kavramlara bakıldığında yukarıda söz edilen sorunları hemen göze çarpacaktır. **Buna göre; Başkanlık:** Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığını; **Değerlendirme Komisyonu:** Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonunu; **Fon:** Para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri mad-

di her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belgeyi; **Malvarlığı:** Bir gerçek veya tüzel kişinin mülkiyetinde veya zilyetliğinde bulunan ya da doğrudan veya dolaylı olarak kontrolünde olan fon ve gelir ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değeri; **Malvarlığının dondurulması ise,** Malvarlığının ortadan kaldırılmasının, tüketilmesinin, dönüştürülmesinin, transferinin, devir ve temlik edilmesinin ve sair tasarrufi işlemlerin önlenmesi amacıyla, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması veya kısıtlanmasını, ifade etmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

TERÖRİZMİN FİNANSMANI SUÇU VE YASAK FİİLLER

Kanun, öncelikle belli fiile ve eylemleri tanımlayarak hangi durumlarda suç oluşabileceğini ortaya koymaktadır. Terörizme fon sağlanması veya toplanması kapsamına giren fiillerin tanımlandığı kanunda, "bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükümeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla kasten adam öldürme veya ağır yaralama", "Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamında terör suçu kabul edilen Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller" bu kapsamda değerlendiriliyor. Dikkat çeken olgu, TMK'da tanımlanan terörizmin tanımıyla uyuşmayan bir tanımlama söz konusudur.

Bu fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle ve kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayanlara, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka suç oluşturmadığı takdirde 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası verilmesi ön görülmektedir. Ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmayacak. Bu suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacak. Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bunlara özgü güvenlik tedbirine hükmolunacak. "İlişkilendiremese dahi" terör örgütüne fon sağlıyorsa cezalandırılmayı öngören bir kanun maddesi anti demokratik bir hüküm teşkil etmektedir. Çok geniş bir yorumlamaya açık bu tanımlama uygulamada gayet açık ki sorunlara neden olacaktır. Buradaki yaklaşım, "örgüt üyesi olmasa bile bazı fiillerin örgüt üyeliğinden cezalandırılmasını" öngören TCK'nın 220. Maddesini çağrıştırmaktadır.

Kanunun öngördüğü suçun uluslararası bir sahada işlenmesi halinde ise başka bir prosedüre bağlanmıştır. Buna göre, suçun, yabancı bir

devlet veya uluslararası kuruluş aleyhine işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması, Adalet Bakanı'nın iznine bağlı olması hükme bağlanmıştır. Diğer tartışmalı bir husus ise, bizim hukuk sistemimizin inisiyatif alanında olmayan kimi hukuksal süreçlerin varlığıdır. Burada hukuksal denetim çoğunlukla ulusal üstü bir nitelik arz etmektedir ve yargımız burada kırpılmıştır. Ve hukuk devletinde olması gereken egemenlik erki uluslararası kurum ya da devletlere bırakılacak şekilde açık bırakılmıştır. Örneğin, Kanun, BM Güvenlik Konseyi'nin, 1267, 1988 ve 1989 sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş ve organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları, Bakanlar Kurulu'nun Resmi Gazete'de yayımlanan kararıyla gecikmeksizin uygulanmayı hükme bağlamıştır. Bir yabancı devlet ülkenizde şu şu kişi ve kuruluş terörizmi destekliyor demesi ve bu yönde girişimde bulunması neredeyse yeterli görülmüştür.

A) FON SAĞLANMASI VEYA TOPLANMASI YASAK FİİLLER

Fon sağlanması veya toplanması yasak fiiller, 3. Maddede düzenlenmiştir. Kanun maddesi genel olarak bazı kanun ve uluslararası sözleşmelere atıf yaparak bu fiilleri yasaklama yoluna gitmiştir. Sık sık yapıldığı gibi torba kanunlar hazırlanır ve bu torba kanunlarla çeşitli düzenlemelerdeki maddeler değiştirilir ve böylece yargıdaki kimi sorunlar çözülmeye çalışılırdı. Ancak hiçbir şekilde bu sorunlar gerçek mana da çözülmezdi. Burada ise ayrı bir sorun ortaya çıkmıştır. Tam anlamıyla torba bir hüküm, bir madde olmuştur. Ancak bu torbanın neresinde tutulursa orası deliktir. Alelacele çıkarılan bir kanun ancak böyle olur. Kanun koyucu nerde bir sözleşme bir kanun varsa ve konuyla ilgiliyse hepsini bu maddenin içine atmayı uygun görmüştür. Fakat bu yöntem hem hukuk tekniği hem hukuki erişilebilirlilik hem de hukuk devleti açısından oldukça sakat bir yöntemdir.

Kanun maddesi şöyledir:*"Aşağıda sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla fon sağlanması veya toplanması yasaktır:*

a) Bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükûmeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiilleri.

b) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak kabul edilen fiiller.

c) Türkiye'nin taraf olduğu;

1) Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında Sözleşmede,

2) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmede,

3) Diplomasi Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmede,

4) Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşmede,

5) Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkında Sözleşmede,

6) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye Munzam, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarında Kanun Dışı Şiddet Olaylarının Önlenmesine İlişkin Protokolde,

7) Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmede,

8) Kıta Sahanlığında Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Protokolde,

9) Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşmede, yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller." Yukarıda da aktardığımız gibi terörizmin tanımı burada daha farklıdır. Ve terörizm tanımı bakımından "Terörizmin Finansmanını Önlemesi Hakkında Kanun", "Terörle Mücadele Kanun'undan" ayrılmış gözüküyor. TMK' da terör ve terör örgütü kavramları daha geniş olarak düzenlenmiştir. Burada ise genişlikten öte muğlâklaştırma yöntemiyle birçok kanun ve sözleşmeye yollama yapılmıştır. Yukarıda aktardığımız kanun maddesinde değinilecek çok fazla şey vardır ancak konumuz dışında olduğu için daha fazla ayrıntısına girmemekteyiz. Yine bu açıklamalarımıza ilaveten belirtmek gerekir ki, 3. Maddenin hemen ilk cümlesi dikkat çekçidir. Örneğin "Aşağıda sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla fon sağlanması veya toplanması yasaktır" denilerek çeşitli yollamalarda bulunmuştur. Belirttiğimiz gibi kanun koyucunun dildeki özensizliği, tekniksizliği buraya bir kez daha yansımıştır. 'Yasaktır' kavramı bile bu bolluğu kaldıracak bir kavram değildir. Kanımızca doğrusu 'suçtur ve yasaktır' olmalıydı. Acaba, kanun koyucu bilerek mi ' yasaktır' demektedir. Çünkü ileride değindiğimiz gibi yargı yetkisinde yapılan kırpmalar nedeniyle böyle bir dil kullanılmış olmasın mı? Açıkçası belli değildir.

B) TERÖRİZMİN FİNANSMANI SUÇU

Terörizmin finansmanı suçu 4. Maddede düzenlenmiştir. Kanuna konu suç fiilleri esas olarak bu maddede toplanmaktadır. 4. Madde suç fiillerini şöyle düzenlemiştir: *"3 üncü madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Birinci fıkra hükmüne göre ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmaz.

(3) Bu madde kapsamına giren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(5) Suçun, yabancı bir devlet veya uluslararası bir kuruluş aleyhine işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlıdır.

(6) 3713 Sayılı Kanun'un soruşturmaya, kovuşturmaya ve infaza ilişkin hükümleri, bu suç bakımından da uygulanır." Burada ise hemen göze batan hususlar şunlardır: "…kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi…" ve "…fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde…" Bu konuda yoruma açık ama sorunlara gebe bir düzenleme getirilmiştir. 4. Maddenin birinci fıkrasındaki düzenleme karmaşık ve anlaşılması zor bir düzenlemedir. İlk bakıldığında tanımlamalar gayet açık gözükse de oldukça çelişkili bir düzenlemedir kanısındayız.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BM KARARLARI - DİĞER DEVLETLERLE İLİŞKİLER VE ULUSLARARASI İLİŞKİLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMESİ

A) KONUNUN ULUSLARARASI İLİŞKİLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMESİ

İncelemeye tabi tuttuğumuz kanun, uluslararası koşullar ve ilişkiler bakımından değerlendirilmeye mecbur bir konudur. Kanun'un hazırlan-

masına vesile olan etkenler tamamen dış etkenlerdir. Dolayısıyla konu bizi ister istemez hukuki değerlendirme yanında politik bir değerlendirmeye de sürüklemektedir. Bu minvalde baktığımızda, yukarıda genel itibarıyla belirttiğimiz gibi 11 Eylül 2001'de meydana gelen olayların sonucunda ne yazık ki "uygarlık çatışması" kavramını da beraberinde getirmiştir. Bilindiği üzere dikkat çekici bir şekilde, 11 Eylül olayları, İslam ateşinin sönmeye başladığı bir dönemde meydan gelmiştir. Sırf bu bile olayın arka planının farklı olma ihtimalini bize göstermektedir. Yani gözüken ve bize sunulan gerçekler ile doğru gerçeklerin arka planı farklı olma olasılığı yüksek bir olgudur. Çünkü dünya tarihine baktığımızda veyahut aktif ülkelerin gerçekleri irdelendiğinde evrensel terörizm kavramının toplumsal ya da tarihsel hiçbir dayanağının olmadığı görülmektedir.

Kanımızca, evrensel terörizm kavramı Müslüman dünya açısından anlamsız bir kavramdır. Bu terörü besleyen batı dünyasıdır. Müslüman dünyası geçiş sürecinin çalkantılı dönemlerini, dışarıdan müdahaleye gerek olmadan, kendiliğinden gelişen bir evrim süreciyle aşması gerekirken kasıtlı dış müdahaleler olayı uluslararasılaştırdığını düşünüyorum. Evrensel terörizm kavramı, sadece Amerika Birleşik Devletleri'nin işine yaramaktadır ve hegemonyasını sürdürmek amacıyla sürekli savaş halinde olacak bir Eski Dünya'ya gereksiniminden doğmaktadır[4]. **Bu anlamıyla, Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Amerika'ya veya Amerika Birleşik Devletlerine hizmet eden bir dünyaya ödenen bir haraç olarak görülmelidir.**

Eylül 2001 olaylarının doğrudan doğruya Amerika tarafından icra edildiği yönündeki yaklaşım ve açıklamalar, olayların bu şekilde cereyan ettiğini, gerçekliği göstermekle birlikte, bu açıklamaların bizzat Amerika tarafından engellenmediğini, hatta bilerek ve isteyerek bu yöndeki açıklamaların desteklendiğini, her şeye rağmen bu yaklaşımı yine kendi ürettiği karşıtı ile bir arada tartıştırmanın, bu suretle anlaşılması istenilenin kalıcılaşmasını sağlamanın sıradan bir yöntem olmasına rağmen tuttuğunu her şeye ve her yaklaşıma rağmen 11 Eylül'ün Amerika'nın hegomonik isteklerini gerçekleştirmekte katalizör görevi gördüğünü söylemek yeni bir komplo teorisi değildir[5].

Bu suretle Amerika tüm dünya ülkelerine, hem terörü yaratıp hem de yarattığı bu canavar eliyle haraç toplamak niyetinde olduğunu da gös-

4 Bkz: Emmanuel Todd, İmparatorluktan Sonra Amerikan Sisteminin Çöküşü, Dost Yay.,s.49; Çev.:Gülser ÇETİN.

5 Bkz: Antoine Vıtkıne, Ya Tüm İpleri Elinde Tutan Birileri Varsa? Yeni Şarlatanlar 11 Eylül Sonrasının Komplo Teorileri, Neden Kitap Yay., 2005/İstanbul, s.170, 171, 172. [Çev.:Zeren AKYAR].

termek istemekte, hatta bunu dayatmaktadır. Silah satışlarının ABD'ye kazandırdığı para, siyasi ve askeri yöntemlerle toplanmış bir çeşit haraçtır. Bazı petrol bölgelerinin kontrolü, geleneksel haracın önemli bir unsurudur. Amerikalı çokuluslu petrol şirketlerinin siyasi olduğu kadar ekonomik egemenliği, Amerika'nın küresel çapta rant elde etmesine yardımcı oluyor; ama baskı yoluyla kazanılan rant, günümüzde her türlü ürünü ithal eden Amerika'nın mali açığını kapatmaya yetmiyor. Amerika durmadan ithal edip tüketiyor. İthal malların bedelini ödemek için dünyanın dört bir yanından para topluyor; ancak para toplama yöntemi son derece farklı, bu, hiçbir imparatorluk tarihinde örneğine rastlanmamış bir yöntem.

Dolayısıyla yaşanan toplumsal, ekonomik ve politik sorunlar Amerika'yı sürekli arayışlara sürüklemektedir. Çeşitli hesaplamalarla yapılan aktraksyonlar öncelikle belli bir zemin oluşturmaktadır ve ardından hukuksal düzenlemeler getirilmektedir. Daha çok devlet terörünün uygulandığı durumlarda görüldüğü gibi, hedef seçilerek gerçekleştirilen öldürme olayları ikili bir amaca hizmet etmektedir. Birincisi, projenin önündeki gerçek engelleri mücadele etme ihtimali yüksek olan insanları ortadan kaldırmaktadır. İkincisi, herkesin, 'sorun yaratanların' kaybedilmesi ile birlikte karşı koymayı aklından geçirebilecek kimselere karşı kusursuz bir uyarı olarak görmesi, gelecekte ortaya çıkabilecek engellerin önüne geçmektedir.

Terörizmle Uluslararası Savaş'ın "hedef tahtası" olarak seçilen "Arap Dünyası", Birleşik Arap Devletleri olarak bir araya gelemese de, siyasi ve dinsel bir Halife "sembolü"nde bir araya gelebilir ve Amerikan Haçlı Seferine karşı koyabilir mi? Öyle ya, bunu yapamazsa, hem ABD tarafından yaratılan terörün ve hem de bu teröre "karşı" yürütülen "uluslararası savaşın/haçlı seferinin" hedef tahtasıdır ve hedef tahtası olmaya devam edecektir. Oysa doğrudan ABD'ye bağlı bir siyasi sembol anlamıyla "Halife"lik, sözü edilen Haçlı Seferini "barışçıl" yollarla "durdurabilecek" ve bu suretle Arap Dünyasının kaynak ve gelirleri "rıza" ile ABD tarafından kullanılabilecektir. Sonuçta Hilafet, hala anahtar bir sembol ve siyasi bir makam olup, etkileyici bir dini liderin, ki bunun ille de gözlerinden ateş fışkıran bir radikal olması gerekmiyor, yükselişini beklemektedir. Bütün bunlar Türklerin 1924'te verdiği kararın hayati önemini ortaya koymakta; Müslüman dünyanın Türkiye'ye karşı geçmişteki, bugünkü ve gelecekteki tutumuyla ilgili ipuçları vermektedir[6].

6 Bkz: Graham E. Fuller, Yükselen Bölgesel Aktör Yeni Türkiye Cumhuriyeti, Timaş Yay., s.64, 65.

Hilafetin Türkiye eliyle yeniden canlandırılması tutumuyla ilgili olarak Müslüman dünyasında, Türkiye karşıtı bir tutumun oluşmamasına ilişkin garantör'ün ABD, bunun 'hukuki' sopasının da **"Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme"** olduğunu söylemek hi de abartılı bir değerlendirme değildir. BM Sözleşmesinin günlük hayattaki uygulamasını dikkatle izlemekte yarar vardır. Sözleşme, Türk bir Halifeye "Karşıt" olarak ortaya çıkabilecek olası adayları "terörizmin finansmanı" suçu bağlamında "dondurabilecek", etkisizleştirebilecektir[7].

Bu ABD'nin ideolojik, ekonomik ve askeri stratejisine de uygun bir kanun olacaktır. Karşıtların yalnızca Müslüman coğrafyada değil doğrudan Türkiye içinde de ortaya çıkabileceği olasılık değil, vaki gerçekliktir. Tasarı'nın yasalaşması halinde de bu gerçeklik izale edilecekti ve öyle de olmuştur.

Avrupa'nın ve ABD' nin yaptığı uygarlık kavgası değildir, tam tersine Müslüman dünyadan alınan veya alınacak olan haraçtaki pay kavgasıdır. Müslüman dünya ile Avrupa'nın özellikle İngiltere, Almanya ve Fransa'nın çok sıkı ticari ilişkileri olduğu bilinmeyen bir husus değildir. Amerika, 11 Eylül 2001 saldırısını bir fırsata dönüştürmüş, terörizmin finansmanının engellenmesi ile ilgili "Hukuk Projesi"ni Birleşmiş Milletler eliyle tüm dünyaya kabul ettirmek istemiştir. Başlangıçta bu hukuk projesine destek veren Avrupa "uygarlığı", Amerikan hukuk projesi ile Müslüman dünyanın kaynak ve sermayesinin tek talibinin Amerika olduğunu görünce, projeye yönelik olarak çekimser (hatta giderek gönülsüz) davranmaya başlamıştır. Avrupa uygarlığının bu tutumunun kaynağı aslen var olan ve Avrupa için vazgeçilmez nitelikteki bu ticari ilişkilerdir. Ve Avrupa uygarlığı, Amerika'nın "terörizmin finansmanının engellenmesi" ile ilgili uluslararası sözleşmelere alternatif sözleşmeleri bu suretle ortaya atmış ve bunun adını da "insan hakları hukukunda gelinen aşama, terörizmin finansmanının engellenmesi bağlamında terk edilemez düzeydedir" olarak koymuştur.

Amerika haracını ilkin "gönüllülük" temelinde "Terörizmin Finansmanının Engellenmesine Yönelik Uluslararası Sözleşme" çerçevesinde istemektedir ve bu projeye yönelik hiçbir itiraza, alternatife, vs tahammülü yoktur. Haraç, gönüllülük esasına dayalı olarak verilmiyorsa ya da haraçtan pay isteniyorsa, Avrupa bir sabah uyandığında ve örneğin Londra'yı yanıyor, İspanya'da bir trende bomba patlamış, demokrasinin beşiği olan

7 Bkz: Naomi KLEIN, Şok Doktrini Felaket Kapitalizminin Yükselişi, Agora Kitaplığı, Mayıs 2010/İstanbul, s.151.

bir ülkede "bir deli", gençlik kampındaki yüzlerce genci pompalı tüfeğiyle öldürüyor bulabilecektir. **Suçtan Elde Edilen Gelirin Aklanması, Araştırılması, El Konulması Ve Terörizmin Finansmanı Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni,** bir de yukarıda açıklananlar bağlamında okumak, verimli sonuçlara vardırır bizi.

"11 Eylül saldırıları ilk başta Avrupalıların Amerikalılarla güzel bir dayanışma örneği göstermeleri için iyi bir fırsattı. Avrupalı yöneticiler, bazı ülkelerden gelebilecek saldırılara karşı bir savunma ittifakı olan NATO'nun devreye girip anlamı pek açık olmayan "terörizme karşı savaş" başlatmasını ısrarla istediler. Bununla birlikte sonraki yıllar boyunca Avrupa ile ABD arasında ilişkilerin giderek bozulduğuna tanık oldu. Bilinmeyen nedenlerle ilişkiler, kısa zamanda bozuldu. Terörist saldırılarının şiddeti Avrupa'nın Amerika'yı desteklemesi için bir vesile oldu. Oysa Amerika'nın terörizme karşı açtığı, gerçek amacı belli olmayan, yöntemleri etkisiz, kaba savaş, Avrupa ile Amerika arasındaki anlaşmazlığı iyice su yüzüne çıkardı. Dünyanın bu bölgesinin Avrupa'ya yönelip işbirliğine gitmesi ve bu yolla ABD'nin büyük ölçüde dışlanması, bölge insanlarının ekonomik çıkarlarının gereğidir. Türkiye ve İran bunu çok iyi anlamıştır. AB'nin, ABD'nin desteği olmadan güçlü bir askeri savunma mekanizması geliştirmesi mümkündür. Ancak AB'ye üye ülkeler bu konuda siyasi olarak ve mali kaynak ayırma konusunda istekli değillerdir. Ayrıca usul ve sorumluluk paylaşmak için anlaşmada zorluklar vardır[8]".

Sonuç olarak kanun koyucuların güncel hukuk düzenlemeleri tartışmalarına hukukun kayıtsız kalamayacağı, aksine bu düzenlemeler, hukuk eliyle meşru bir zemine oturtma gayreti, ille de meşru bir zemin arama gayreti olmayıp, servetlere, kaynaklara, sermayeye, vs el koymanın maliyet hesabının sonucu olarak görülmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu güncel düzenlemelere toplumlar da kayıtsız kalmayacak ve her şeyin gerçek yüzünün ortaya çıkarılması açısından gerekli olan bedeli ödeyecektir. Buna ilaveten yukarıdaki aktarımlarımızdan da görüldüğü gibi hukuk devleti ve demokrasi kavramları sadece tırnak içerisinde uygar ve hegemonik ülkelerin çıkarlarına göre dizayn edilen bir işlev görmektedir. Demokrasi ve hukuk sadece ve sadece kendi ülkelerinde yaşayan vatandaşları için geçerlidir. Ancak büyük amaç tehlikeye girerse buralarda bile göz ardı edilebilecektir.

8 Bkz: Prof. Dr. Işıl ÖZKAN, Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Seçkin Yay., Kasım 2011/Ankara, s.392.

B) KONUNUN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ KARARLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun'un ilgili maddeleri ile konu uluslararası kılınmıştır. Gerçi konu belirttiğimiz gibi daha baştan uluslar arası ilişkilerin belirlediği bir konudur. Kanun'un 5. Maddesi bu konuyu şöyle vaaz etmektedir. *"(1)Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları, Bakanlar Kurulunun Resmî Gazete'de yayımlanan kararıyla gecikmeksizin uygulanır. (2) Alınan kararlar, Dışişleri Bakanlığı tarafından Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine bildirilir. (3) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarına karşı yapılacak başvurular Başkanlık tarafından Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine iletilir".*

Çoğunlukla yasama organının tasarruflarının ve artık uluslararası hegemonya isteğinin vazgeçilmez aracı olarak ortaya çıkan, tam da bu sebeple bir zorunluluk olarak kendini dayatan uluslararası sözleşmelerin, birden bire ortaya çıkmadığı, bu tasarruf ve sözleşmelerin toplumsal bir gereksinimi karşıladığını düşünmemiz önerilir. Eşit olmayan ülkelerin oluşturduğu bir dünya sisteminde buna salık vermek ve inanmak ne kadar iyi niyetli ve doğru sayılabilir. Örneğin dünyaya egemen olan birkaç büyük devlet hemen her şeyi belirlediğine göre oluşturulan sözleşmelerde de belirleyicilik onlarda olmaktadır.

Bu nedenle bu sözleşmelerin meşruluğu ve insana hizmet edişi çoğu kez tartışma götürmektedir. "… Uluslararası hukuk varoluşunun hiçbir döneminde belirli bir eşitlik ilişkisinin pozitifleştirilmesi gibi bir işleve sahip olmuş değildir. Tersine, 'hukuksal eşitlik' doğası gereği eşitsiz bir uluslararası ilişkiler ortamının istikrarı ile ilgili bir ideolojik referanstır. Gerçekte eşit olmayan birimlere böylece genel bir hukuksal kapasite atfedilmektedir[9]". Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme de, aktarılan bu referanstan arınmış değildir. Dolayısıyla sözü edilen bu sözleşmenin ve bu sözleşmeye dayalı olarak yasama organından geçen "Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun"un, tarihsel arka planı ihmal edilerek, Kanun hakkında görüş beyan etmek, Sözleşmeyi ve Kanunu hiç anlamamakla eş anlamlı olacaktır.

9 Bkz: Ahmet Haluk Atalay, Uluslararası Hukukun Oluşumu İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648, Göçebe Yay., s.10.

Bütün bu irdelemelerden sonra kanuna vesile olan sözleşmenin tarihsel sürecini kısaca buraya aktarmakta fayda vardır. "**Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme",** her ne kadar 9 Aralık 1999 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş, 10 Ocak 2000 tarihinde imzaya açılmış ise de, Sözleşmenin imzalanmasına ilişkin Devletlerde oluşan "gönülsüzlük", 11 Eylül 2001 tarihinde meydana gelen ve Dünya Kamuoyunca "İkiz Kuleler Saldırısı" olarak bilinen olayın hemen akabinde aşılmış; nitekim Türkiye de bu Sözleşmeyi, 11 Eylül'den 16 gün sonra imzalamıştır.

Oysa Türkiye Sözleşmeyi imzaladığı tarih itibariyle, 20-25 yıldır terörizmle mücadele eden bir ülkedir. Türkiye'nin Sözleşmeyi imzalamak için, Sözleşme'nin imzaya açıldığı tarihten sonra 1 yıl 9 ay beklemiş olması; Sözleşmeyi uygun bulma Yasasının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra, Sözleşmeye uygun Kanun'un TBMM 'den, 10 yıl bekledikten sonra geçmiş olması, ayrı bir yazının konusu olmalıdır. Sırf bu bekleyiş bile bizleri düşündürmelidir. Neden şimdi çok hızlı bir şekilde meclisten geçmiştir. Ve üstelik hiç de doğru dürüst tartışılmadan üzerinde yeterince kafa yormadan neden bu kadar acele edilmiştir. Bütün bunlar tartışma götüren olgulardır.

C) YABANCI DEVLETLER NEZDİNDE YAPILACAK İŞLEM VE TALEPLER

Bu konunun iki boyutu vardır birinci boyut Türkiye'den başka devlet hükümetlerinden bazı işlem talep etmektir, diğer boyut ise sözleşmeye taraf yabancı ülke hükümetlerinde Türkiye'den bazı işlem talepleridir.

Yabancı devletlerce yapılan talepler:

Yabancı devletlerce yapılan taleplere ilişkin düzenleme 6. Maddede düzenlenmiştir. Kanuna göre süreç şöyle işleyecektir. *"(1) Bir yabancı devlet hükûmeti tarafından bir kişi, kuruluş veya organizasyonun tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak Türkiye'den talepte bulunulması hâlinde, Değerlendirme Komisyonunca değerlendirilen talep Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanır. Bu değerlendirmede karşılıklılık ilkesi gözetilir. Karar verilebilmesi için, yabancı devlet tarafından taleple birlikte gerekçelerinin de gönderilmesi gerekir. (2) Bu talepler, Başkanlığa veya Başkanlığa iletilmek üzere Adalet Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığına yapılır. (3) Yabancı devlet hükûmetinin malvarlığının dondurulmasına ilişkin taleplerinin yerine getirilmesi için, ilgili devletten teminat talep edilebilir. (4) Malvarlığının dondurulmasına ilişkin talepler hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı,*

Dışişleri Bakanlığı tarafından talepte bulunan devlete bildirilir. (5) Bu madde uyarınca verilen malvarlığının dondurulması kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içinde, talep eden devlet tarafından soruşturma başlatılmadığı takdirde ilgili karar kaldırılabilir."

Kanun metnine baktığımızda özetle, yabancı devlet tarafından bir kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak Türkiye'den talepte bulunulması halinde, Değerlendirme Komisyonunca değerlendirilen talep Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanacak.

Bunun dışında, yabancı devlet hükümetinin, malvarlığının dondurulmasına ilişkin taleplerinin yerine getirilmesi için ilgili devletten teminat talep edilebilecek. Malvarlığının dondurulmasına ilişkin talepler hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı, Dışişleri Bakanlığı'nca talepte bulunan devlete iletilecek. Malvarlığının dondurulmasına ilişkin kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren 1 yıl içinde, talep eden devlet tarafından soruşturma başlatılmazsa ilgili karar kaldırılabilecek.

Bu hususta Değerlendirme Komisyonu, kanun kapsamında suç olarak değerlendirilen fiilleri gerçekleştirdiği konusunda makul nedenlerin varlığına istinaden kişi, kuruluş veya organizasyonların; yabancı ülkelerde bulunan malvarlığının dondurulması talebiyle Bakanlar Kurulu'na öneride bulunulmasına, Türkiye'de bulunan malvarlığıyla bağlantılı olarak ilgililer hakkında CMK uyarınca soruşturma açılması talebiyle suç duyurusunda bulunulmasına karar verebilecek. Ayrıca malvarlığının dondurulması kararları hakkında Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) tarafından mali araştırma yapılacak.

Bu değerlendirmede karşılıklılık ilkesi gözetilecek. Buradaki karşılıklılık ilkesi de kafa karıştırmaktadır. Hem terör denilince akan sular duracak, hem de teröre rağmen sen yapmasan ben de yapmam anlamında karşılıklılık ilkesine vurgu yapılmaktadır. Kanun koyucu elbette ki devletin egemenlik ilkesini düşünmelidir ve de bu konuda taviz vermemelidir. Ancak hukuksal düzenlemeler belli bir denge üzerinden titizlikle düşünülüp hazırlanmadığında bizleri çok büyük çelişkilere ve boşluklara sürükleyebilmektedir. Bu konuda olduğu gibi…

Karar verilebilmesi için yabancı devlet tarafından taleple birlikte gerekçelerinin de gönderilmesi gerekecek. Ancak bu husus çok muğlâklıkta bırakılmıştır. Örneğin yabancı devletler bu talepte bulununca Türkiye vatandaşı ve şirketleri hakkında bir soruşturma ve kovuşturma açıldıktan

ve kesin hüküm tesis edildikten sonra mı yoksa bu süreç baypas edilerek sadece Değerlendirme Komisyonunca mı karar verilecektir. Bu belli değildir, ancak kanun hükmüne baktığımızda süreç Değerlendirme Komisyonun kararıyla başlayacak ve söz konusu kişi ve kuruluşlar böylece yargı kararı olmaksızın Bakanlar Kuruluna sevk edilecektir.

Bu tarz bir düzenleme başka ülkelerin doğrudan iç işlerimize ve de yargı erkinin inisiyatifinde yargıla iradesine müdahaleyi açık hale getirmektedir ve oldukça tehlikeli bir düzenlemedir kanısındayız.

b) Yabancı devletlere yapılacak malvarlığının dondurulması talepleri ile Türkiye'de bulunan malvarlığı hakkında yapılacak işlemler:

TFÖHK'nın 7. Maddesi yabancı devletlere yapılacak malvarlığının dondurulması talepleri ile Türkiye'de bulunan malvarlığı hakkında yapılacak işlemleri düzenlemektedir. *"(1) 5 inci ve 6 ncı maddelerde düzenlenen hususlar dışında, Değerlendirme Komisyonu, 3 üncü ve 4 üncü madde kapsamına giren fiilleri gerçekleştirdiği hususunda makul sebeplerin varlığına istinaden kişi, kuruluş veya organizasyonların; a) Yabancı ülkelerde bulunan malvarlığının dondurulması talebiyle Bakanlar Kuruluna öneride bulunulmasına, b) Türkiye'de bulunan malvarlığıyla bağlantılı olarak ilgililer hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca soruşturma açılması talebiyle suç duyurusunda bulunulmasına, karar verebilir. (2) Yabancı devletlere yapılacak malvarlığının dondurulması talepleri hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı, Dışişleri Bakanlığı tarafından talepte bulunulan devlete bildirilir."*

Yukarıda (a) başlığında ele aldığımız süreç burada tersinden geçerli hale getirilmiştir. Yabancı devletlere yapılacak malvarlığının dondurulması sürecinin Türkiye'den diğer sözleşme tarafı ülkelere yönelik nasıl bir süreç izleneceğini ön görmektedir. Süreç yukarıdakine benzer işlemektedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MALVARLIĞININ DONDURULMASI

DEĞERLENDİRME KOMİSYONU VE CEZAİ HÜKÜMLER

A) MALVARLIĞININ DONDURULMASI

"Malvarlığının dondurulması" kavramı bildiğimiz anlamda "dondurma" olarak ele alınmamıştır. Tam tersine burada düzenlenen "malvarlığının dondurulması", "el koyma" anlamında ele alınmalıdır. Bu nedenle

kanunda düzenlenen ve üzerinde önemle durulması gereken şey mal varlıklarının dondurulması hususudur. Çünkü hem bu yetki yargıdan alınarak Değerlendirme Komisyonuna verilmiştir hem de belirttiğimiz gibi "dondurulması" kavramı "el koyma" niteliğinde bir kavramdır.

Oysa "el koyma" ancak hakim kararıyla yapılabilir. Bu kanun bunu da kavramsal kelime oyunuyla bertaraf etmiştir. Gerçi "malvarlığının dondurulması" "el koyma" olarak algılanmazsa bile yine hakim kararıyla olmalıdır. Komisyona devredilebilecek bir yetkiyle bu yapılamaz, yapılırsa hukuk devleti zedelenecektir.

Ayrıca ilgili maddelerde yeri geldikçe değerlendireceğiz ama genel hatlarıyla belirtmek gerekirsek; malvarlığının dondurulması kararının yerine getirilmesi talebinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum veya kuruluşları da bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlayamayacak ve kolaylaştıramayacak. Dondurulmasına karar verilen malvarlığının yönetimi, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ait olacak. Ancak malvarlığı dondurulan kişiler, bu malvarlığının ortadan kaldırılmasına, tüketilmesine, dönüştürülmesine, transferine, devir ve temlik edilmesine veya sair tasarruflara yönelik işlemlerde bulanamayacak.

Malvarlığı dondurulan gerçek kişinin bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının asgari geçimlerini sağlamak veya ticari işletmeler ve diğer tüzel kişilerin faaliyetlerine devam edebilmelerini temin etmek üzere; taşınmazlar ile kara, deniz ve hava ulaşım araçları gibi taşınırlar üzerinde sair kişiler lehine ayni veya şahsi hak tesisi, banka veya diğer finans kurumlarındaki hesaplar, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar, kıymetli evrak, şirketlerdeki ortaklık payları, kiralık kasa mevcutları üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması, ticari işletme veya tüzel kişilerin mal ve hizmet alım ve satımı, bakım, işletim, onarım giderleri, defter ve belgelerinde kayıtlı borçlar, kira, kredi, sigorta primi, avukatlık, ücret ve maaş gibi zorunlu ödemeler MASAK Başkanlığı'nın izniyle yapılabilecek. Şimdi kısaca kanunun öngördüğü süreci kısaca burada irdeleyelim. Bu sürecin nasıl işletildiğini kanun maddelerine bakarak irdelemekte fayda vardır. Aşağıda araştırma süreci ve sonrasında değerlendirme komisyonun sürece nasıl dâhil olduğu ele alınmıştır. Öncelikle araştırma süreciyle süreç başlatılmakta ve çeşitli kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge toplanmakta, sonrasında olay bir rapor halinde komisyona sunulmaktadır.

a) Araştırma:

Malvarlığının dondurulmasına karar verilmeden önce bir araştırma süreci başlatılır. Bu süreç kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşlar-

dan bilgi ve belge toplanır ve bu süreç neticesinde toplanan bilgi, belge, bulgular bir değerlendirme raporuyla birlikte başkanlığa sunulur. Soruşturma sürecinde savcılıkta olması gereken bir çok yetki yargının devre dışı bırakılması nedeniyle komisyona devredilmiştir. Bu süreç 8. Maddede düzenlenmiştir. Buna göre; *"(1) Malvarlığının dondurulması kararları hakkında yapılacak mali araştırma Başkanlık tarafından yerine getirilir. Bu görevin yerine getirilmesi amacıyla kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden talep edilen bilgiler istenilen usul, şekil ve sürede gecikmeksizin Başkanlığa iletilir. (2) Adalet, İçişleri ve Dışişleri bakanlıklarıyla Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları, 6 ncı ve 7 nci maddelerin uygulanması kapsamında malvarlığının dondurulmasına ilişkin alınacak karar ve yapılacak talepler hakkında bilgi, belge ve bulgular ile değerlendirmelerini Başkanlığa bildirir. (3) Araştırma sonuçları, Başkanlık tarafından Değerlendirme Komisyonuna sunulur. (4) Malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak yapılacak araştırma işlemleri gizlilik esaslarına uygun olarak yerine getirilir."*

b) Malvarlığının dondurulması kararına aykırılığın hukuki sonuçları:

Kanun, malvarlığının dondurulması kararına aykırı olarak yapılan her türlü tasarruf ve işlemi hükümsüz kılmıştır. Ancak medeni kanunumuzun iyiniyet ilkesi saklı tutulmuştur. 10. Maddede düzenlenen bu husus aynen şöyledir: *"(1) Malvarlığının dondurulması kararına aykırı olarak yapılan her türlü tasarruf ve işlem hükümsüzdür. Bu tasarruf ve işlemlerle ilgili olarak 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümleri saklıdır."*

c) Kararın tebliği ve ilanı:

Alınan kararın tebliğ ve ilan prosedürün düzenlendiği kanun 11. Maddesi şöyledir: *"(1) Bu Kanun hükümlerine göre alınan malvarlığının dondurulması ve bu kararın kaldırılmasına ilişkin kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır. Bu kararlar yayımı tarihinde, hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilen ilgili kişi ve kuruluşa tebliğ edilmiş sayılır. (2) Malvarlığının dondurulması kararında; kararın kimin hakkında verildiği, sebepleri, kapsamı, süresi ve bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolları ile başvuru süresi yer alır."*

Kanun koyucu tebliğ işlemlerini tebligat kanunundan muaf tutmuştur. Buna göre resmi Gazetede yayımlanan kararlar tebliğ edilmiş sayılacaktır. 11. Maddede düzenlenen bu husus hukuka aykırılıklara gebe bir durum

olarak karşımızda durmaktadır. Bu kadar önemli bir husus Resmi Gazetede yayımlamakla geçiştirmek kanımca oldukça ağır bir yaptırımdır. Tebligat ve hukuk bilincinin bu kadar düşük bir ülkede kim bilir birçok kişi ve kuruluşun bu süreçten haberi dahi olmayacaktır. **Oysa en azından resmi gazete yanında ayrıca tebliğ de edilmelidir alınan kararlar.**

d) Malvarlığının dondurulması kararlarının icrası:

Kanun koyucu malvarlığının dondurulması kurumunu düzenlemişse pek tabii ki bunun icrasını da düzenlemiştir. 12. Maddede düzenlenen hükme göre kararların icrasından başkanlık sorumlu tutulmuş ve kararların verilmesi ve kaldırılması yine Resmi Gazete vasıtasıyla yapılmaktadır. *"(1) Malvarlığının dondurulması kararı ve bu kararın kaldırılmasına ilişkin karar Resmî Gazete'de yayımı ile birlikte hukuki sonuçlarını doğurur. (2) Bu Kanun hükümlerine göre malvarlığının dondurulması kararlarının yerine getirilmesinden Başkanlık sorumludur. (3) Hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilmiş olanlar, alacak ve borçları ile diğer tüm malvarlığı değerlerini ve bunların dayanağına ilişkin bilgileri; bunlardan alacağı veya borcu olan gerçek ve tüzel kişiler ise alacak veya borcun miktarı ile dayanağına ilişkin bilgileri, malvarlığının dondurulması kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde Başkanlığa bildirirler. (4) Malvarlığının dondurulması kararı, Başkanlığın talebi üzerine 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesinin üçüncü ila yedinci fıkralarında belirtilen usule uygun olarak gecikmeksizin yerine getirilir.(5) Malvarlığının dondurulması kararının yerine getirilmesi talebinde bulunulan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları; nezdinde malvarlığı kaydı bulunup bulunmadığını, bulunuyor ise dondurulan malvarlığına ilişkin bilgileri talep tarihinden itibaren yedi gün içinde Başkanlığa bildirir. (6) Malvarlığında herhangi bir artış meydana gelmesi hâlinde, bu artışlar da malvarlığının dondurulması hükümlerine tabidir.(7) Malvarlığının dondurulması kararının kaldırılmasına ilişkin kararlar, Başkanlık tarafından dördüncü fıkra uyarınca dondurma kararını yerine getiren kişi, kurum veya kuruluşlara bildirilir ve Resmî Gazete'de yayımlanır."*

e) Dondurulan malvarlığının yönetimi:

Önemle değerlendirilmesi gereken bir konu ise dondurulacak mal varlığının yönetimi konusudur. Bu husus önem arz etmektedir. Dondurulan malvarlığının yönetiminin düzenlendiği 13. Madde şöyledir: *"(1) Dondurulmasına karar verilen malvarlığının yönetimi, ilgili gerçek veya tüzel kişiye aittir. Ancak bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki işlemler hariç olmak üzere, malvarlığı dondurulan kişiler bu malvarlığının*

ortadan kaldırılmasına, tüketilmesine, dönüştürülmesine, transferine, devir ve temlik edilmesine veya sair tasarruflara yönelik işlemlerde bulunamazlar. Malvarlığının dondurulması kararının yerine getirilmesi talebinde bulunulan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum veya kuruluşları da bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlayamaz ve kolaylaştıramazlar.(2) Malvarlığı dondurulan gerçek kişinin ve bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının asgari geçimlerini sağlamak veya ticari işletmeler ve diğer tüzel kişilerin faaliyetlerine devam edebilmelerini temin etmek üzere; a) Taşınmazlar ile kara, deniz ve hava ulaşım araçları gibi taşınırlar üzerinde sair kişiler lehine ayni veya şahsi hak tesisi,

b) Banka veya diğer finans kurumlarındaki hesaplar üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,

c) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,

ç) Kıymetli evrak üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,

d) Şirketlerdeki ortaklık payları üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,

e) Kiralık kasa mevcutları üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,

f) Ticari işletme veya diğer tüzel kişilerin mal ve hizmet alım satımı ile bakım, işletim, onarım giderleri, defter ve belgelerinde kayıtlı borçlar, kira, kredi, kayyım hizmeti, sigorta primi, avukatlık ücreti, ücret ve maaş gibi zorunlu ödemelerin gerçekleştirilmesi, işlemleri Başkanlığın izniyle yapılabilir.

(3) Dondurulan malvarlığından ödenmesi gereken vergi, resim, harç, kira, sosyal güvenlik primi gibi kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlara yapılacak her türlü zorunlu ödemeler, izin alınmaksızın gerçekleştirilebilir. Ancak Başkanlık gerek görmesi hâlinde bu işlemleri de izne tabi tutabilir. (4) Taşınmazlar ile kara, deniz ve hava ulaşım araçları gibi taşınırlar üzerinde sair kişiler lehine ayni veya şahsi hak tesisine izin verilmesi hâlinde;

a) Sözleşme metninin bir örneği,

b) Sözleşme gereğince karşılık olarak ödenmesi gereken para ve sair malvarlığı değerinin miktarına, ödeme takvimine, ödemenin yapılacağı banka hesabına ilişkin bilgiler, hakkın tesis edildiği tarihten itibaren en geç on beş gün içinde Başkanlığa verilir.

(5) Hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilmiş olanlara dondurma kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren yapılacak her türlü ödeme, ancak bu kişilere ait bir banka hesabına yapılabilir. Malvarlığı dondurulan kişinin merkezi veya şubesi Türkiye'de bulunan bir bankada hesabı yoksa Başkanlık tarafından kişi adına hesap açtırılır.(6) Dondurulan malvarlığının yönetimine ilişkin izin; belirlenen kişi veya kişilere, belirli koşullar veya sınırlar dâhilinde bir defaya mahsus ya da süreli olarak verilebilir. (7) Başkanlık, gerek gördüğü hâllerde verdiği iznin kapsamını veya süresini değiştirebilir veya iptal edebilir."

Kanun hükmüne baktığımızda dondurulmasına karar verilen malvarlığının yönetimi, ilgili gerçek veya tüzel kişiye bırakılmıştır. Ancak bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki işlemler hariç olmak üzere, malvarlığı dondurulan kişiler bu malvarlığının ortadan kaldırılmasına, tüketilmesine, dönüştürülmesine, transferine, devir ve temlik edilmesine veya sair tasarruflara yönelik işlemler yasaklanmıştır. Malvarlığının dondurulması kararının yerine getirilmesi talebinde bulunulan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum veya kuruluşları da bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesini kolaylaştırması yasaklanmıştır.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, malvarlığı dondurulan gerçek kişinin ve bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının asgari geçimlerini sağlamak veya ticari işletmeler ve diğer tüzel kişilerin faaliyetlerine devam edebilmelerini temin etmek üzere kanun hükmünde düzenlenen belli şartlara bağlanmıştır. Bu koşullar kanun hükmü açık olduğu için üzerinde durulmayacaktır ancak kanun hükmüne baktığımızda bir yerde sigorta primleri bir bentte izne bağlanmış diğer bentte ise izne tabi olmaksızın işlem yapılabilir olarak düzenlenmiştir. Bu tabir karışıklığa mahal bırakmamak adına "özel sigorta primleri" ve "sosyal güvenlik sigorta primleri" şeklinde belirlenmeliydi.

f) Denetim:

Denetime ilişkin esaslar da kanunda düzenlenmiştir. 14. Maddede hükme bağlanan esaslar şöyledir: *"(1) Başkanlık; a) Nezdinde malvarlığı bulunduran kişi ve kuruluşların dondurma kararına uygun hareket edip etmediğini,*

b) Dondurulan malvarlığının yönetiminin bu Kanun hükümlerine uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini, denetlemek, gerektiğinde ilgili defter, belge ve kayıtlar üzerinde araştırma ve incelemelerde bulunmak üzere 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Ak-

lanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirtilen denetim elemanlarını veya Başkanlıkta istihdam edilen maliye uzmanlarını görevlendirir.

(2) Birinci fıkra uyarınca görevlendirilenlere 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, (7.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucunda bulunan tutarı geçmemek üzere Başkanlık onayı ile aylık ek ücret ödenir. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz."

B) DEĞERLENDİRME KOMİSYONU

Değerlendirme Komisyonun kuruluş ve esasları kanunun 9. Maddesinde düzenlenmiştir. TFÖK' un 9. Maddesi şöyledir. *"(1) 6 ncı ve 7 nci maddeler kapsamında malvarlığının dondurulmasıyla ilgili olarak Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu oluşturulmuştur. Değerlendirme Komisyonu, Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanının başkanlığında, Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürü, Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşar Yardımcısı, İçişleri Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, Dışişleri Bakanlığı Araştırma ve Güvenlik İşleri Genel Müdürü ve Hazine Müsteşarlığı Mali Sektörle İlişkiler ve Kambiyo Genel Müdüründen oluşur.*

(2) Görüş ve bilgilerine gerek duyulan kurum ve kuruluşların temsilcileri de Değerlendirme Komisyonuna çağrılabilir.

(3) Değerlendirme Komisyonu, birinci fıkrada sayılan üyeler veya bunların yerlerine usulüne uygun olarak atanan vekilleriyle toplanarak katılanların en az beşinin oyu ile karar verir.

(4) Değerlendirme Komisyonunun sekretarya hizmetleri Başkanlık tarafından yürütülür.

(5) Değerlendirme Komisyonunun başkan ve üyelerine her toplantı için (4.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunan tutar üzerinden toplantı ücreti ödenir. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.

(6) Değerlendirme Komisyonunun çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir."

Malvarlığının dondurulmasıyla ilgili olarak, Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu oluşturulacak. Değerlendirme Komisyonu, MASAK Başkanının başkanlığında; Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürü, MİT ve İçişleri Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı, Adalet Ba-

kanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, Dışişleri Bakanlığı Araştırma ve Güvenlik İşleri Genel Müdürü ve Hazine Müsteşarlığı Mali Sektörle İlişkiler ve Kambiyo Genel Müdüründen oluşacak. Malvarlığının dondurulması kararına aykırı olarak yapılan her türlü tasarruf ve işlem hükümsüz olacak.

Kanımızca değerlendirme komisyonunu oluşturan kişi ve kurumların varlığı oldukça tartışmalı bir durum arz etmektedir. Söz konusu kişi ve kuruluşlar tamamen iktidarın yönlendirmesi altında olan bürokratlardan teşkil etmektedir. Bu durum muhalefetin korunduğu demokrasilerde oldukça tehlikeli bir durumdur. Tüm dengeleri alt üst edecek bir nitelik arz etmektedir. İktidarın beğenmediği kişi ve kuruluşların aleyhinde kararların çıkarılması içten bile değildir. Dış politikamızda sıkça tartışmaya neden olan Suriye politikamız açısından teröre kimin destek verdiğine ilişkin son günlerde iktidar partisi ile muhalefet partilerinin arasındaki tartışma bu anlamıyla oldukça manidar olduğu kanısındayız.

C) CEZAİ HÜKÜMLER

Malvarlığının dondurulmasıyla ilgili alınan kararın gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirmekte ihmal veya gecikme gösteren kişilere 6 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası verilmesi öngörülmüştür. Malvarlığının dondurulmasıyla ilgili alınan kararın gereğini yerine getirmeyen kişinin, bir tüzel kişinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenmiş bulunması halinde, ayrıca bu tüzel kişiye 10 bin liradan 100 bin liraya kadar idari para cezası kesilecek.

Cezai müeyyideler 15. Maddede düzenlenmiştir. Bu müeyyideler hem hapis hem de adli para cezası şeklindedir. Tüzel kişilere de para cezası ön görülmüştür.*"(1) Bu Kanun hükümlerine göre malvarlığının dondurulmasıyla ilgili alınan kararın gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirmekte ihmal veya gecikme gösteren kişilere, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Birinci fıkra kapsamında malvarlığının dondurulmasıyla ilgili alınan kararın gereğini yerine getirmeyen kişinin, bir tüzel kişinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenmiş bulunması hâlinde ayrıca bu tüzel kişiye on bin liradan yüz bin liraya kadar idari para cezası verilir."*

BEŞİNCİ BÖLÜM

UYGULANACAK HÜKÜMLER VE YOLLAMALAR İLE KONUNUN ANAYASA VE DİĞER KANUN HÜKÜMLERİ İLE İLİŞKİSİ

A) ANAYASAL DEĞERLENDİRMELER

Anayasa ve kanunlarda, kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler net, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerden dayanağını alacak ve de en önemlisi Anayasa m.13'e uygun şekilde düzenlenmeli, keyfi uygulama ve kararlara elverişli hükümlerin öngörülmesinden kaçınılmalı ve kararlara karşı hukukilik denetimi ile yargı yolunun ne şekilde işletilebileceği belirtilmelidir. Her ne kadar terörden ciddi sıkıntılar çeken bir ülke konumunda olsak da, bu durum "hukuk devleti" ilkesini terk edeceğimiz ve düşman ceza hukukunun kurallarını uygulayacağımız anlamına gelmemelidir. Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. Maddesine göre, bu Kanunun tatbikinden sonuç alınabilmesi için uluslararası düzeyde işbirliğine ihtiyaç olduğu da bir gerçektir.

Kanun'un, terör, cebir, şiddet ve tehdit hareketlerine destek sağlanması amacıyla fon sağlanmasını veya toplanmasını yasaklayan 3. Maddesi ile terörizmin finansmanı suçunu düzenleyen 4. Maddesi de önemli olmakla birlikte, Kanunun asıl önemli hükümleri 2. ve 9. Maddeleri ile kurulacak olan Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu'nun hukuki niteliği ve yetkisidir.

Bu Komisyon, idari bir komisyondur. Ancak Komisyonun malvarlığını dondurma yetkisine sahip kılındığı görülmektedir. Bu şekilde Komisyonun yargı makamı gibi hareket etmesi öngörülmüştür ki, hukuki açıdan bu hususun isabetli olmayacağını tekrar ifade etmek gerekir. Terör konusu ne kadar hassas olursa olsun, kişi hak ve hürriyetlerini kısıtlayan el koyma gibi tedbirlerin mutlaka yargı kararına dayandırılması gerekir. Ayrıca, Anayasa m.38/9 uyarınca genel müsadere gibi bir uygulamanın yapılması da mümkün değildir.

Kanun'un 9. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre, en az 5 üyenin oyu ile Değerlendirme Komisyonunun malvarlığını dondurma kararı verebileceği kabul edilmiştir ki, böylesi önemli bir konuda oybirliğinin aranmaması da hatalıdır. Ancak bundan önce, olağan bir dönem içinde hâkim veya mahkeme kararı olmaksızın bu tür kararların verilmesinin kabulü mümkün değildir. Kuvvetler ayrılığı prensibi içinde yer alan yürütme organı ve idari makam, **yargı erkinin yerine geçmek suretiyle bu tür bir ta-**

sarrufta bulunmamalıdır. Bu sebeple, bu tip bir komisyonun kurulmasında uygunluk olabileceğini, ancak bu tip bir idari komisyona malvarlığını dondurma yetkisi vermek yerine, görevli ve yetkili kılınacak yargı makamından talep etme yetkisinin verilmesinin hukuka uygun olacağını düşünmekteyiz. Aksine uygulamalar, Anayasanın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2, mülkiyet hakkını düzenleyen 35, suç ve ceza ilkelerini düzenleyen 38 ve yargı bağımsızlığını düzenleyen 138. Maddelerine aykırı olacaktır.

Bununla birlikte, **Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un** dayanağının, iç hukukta da bağlayıcı olan Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Terör ve Terörizmin Finansmanı ile ilgili kararlarının uygulanma zorunluluğunun oluşturduğu, bunun da kişi hak ve hürriyetleri ile ilgili iç hukukta kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşmelere üstünlük tanıyan Anayasa m.90/5'e uygun olduğu ileri sürülebilecektir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 1 numaralı Ek Protokolü'nün "Mülkiyetin korunması" başlıklı 1. Maddesinin de, bu görüşü destekleyen hüküm içerdiği savunulabilir. Bu hükme 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". Belki biraz ileri gitmiş olabiliriz ama Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Terör ve Terörizmin Finansmanı ile ilgili kararları ile Avupa İnsan hakları Sözleşmeleri birbirleriyle çatışma halindedir. Hatta bunun İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi için de söyleyebiliriz. Ortada tüm dünyaca kabul edilen hukukun temel prensipleri dururken bu kadar keyfi bir yol izlenmesi hukuka uygun bulunulması savunulamaz. Ayrıca Anayasanın "Suçlara ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. Maddenin 10. fıkrasına göre, "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz". Bu hüküm, idare tarafından yasal şartları oluştuğunda malvarlığına ve dolayısıyla mülkiyet hakkına sınırlama getirileceği biçiminde de anlaşılabilir.

Mülkiyet hakkını sınırlama yetkisi, Anayasa m.13'e uygun şekilde yasada net olarak tanımlanmalı ve sınırlamanın şartları da somutlaştırılmalıdır. Belirtmeliyiz ki, "Mülkiyet hakkı" başlıklı Anayasa m.35'de mülkiyet hakkının kısıtlanmasına ilişkin özel sebepler gösterilmemiş ve "Temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması" başlıklı Anayasa m.13 uyarınca mülki-

yet hakkının kısıtlanmasına ilişkin somut sebep ve şartlar oluşturulmamıştır.

Önemli bir noktada, Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu'nun kararları hukukilik denetimine açık olmalı ve bu kararlardan hakları etkilenenler yargı yoluna başvurabilmeleri etkin olarak kullanılabilmelidir. Hukukilik denetimi ve başvurulacak yargı yolunun Kanunda açık olarak tanımlanmalıdır. Bu konu komisyonun inisiyatifine ve yol göstericiliğine bırakılmamalıdır. Kanunda komisyonun yol göstericiliğine ve inisiyatifine bırakılmıştır. Bu yargı yolunun etkin bir şekilde kullanılabilmesi gerektiği, "Etkili başvuru hakkı" başlıklı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.13, Anayasa m.36 ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu ifade eden Anayasa m.125/1 uyarınca tartışmasız olmalıdır. Bu netlik, "hukuk devleti" ilkesinin kaçınılmaz bir sonucudur. Ancak terörizmin finansmanın önlenmesi amacıyla bir idari makam tarafından kişilerin malvarlıklarının dondurulmasına karar verilebileceğine dair Kanuna itiraz geleceğini, uluslararası sözleşmeler tarafından kişi hak ve hürriyetlerinin ve güvencelerinin ancak genişletilebileceğini, fakat birey aleyhine daraltılamayacağı savunmasını da önemle dikkate almak gerekir.

Kanaatimizce, kişi hak ve hürriyetlerini kısıtlayan koruma tedbirlerine yargı makamları karar vermelidir. Yargı kararına bağlı olmak kaydıyla, masumiyet veya suçsuzluk karinesine aykırı olarak uygulanan ve henüz kesinleşmiş hüküm olmadan kişi hak ve hürriyetlerini araç niteliğinde kısıtlayan koruma tedbirleri, ceza yargılamasının bir gereği olarak uygulanabilmektedir. Elbette bu gerek, Anayasanın 13. Maddesine uygun şekilde düzenlenen yasal sınırlamalar çerçevesinde ancak yargı makamları tarafından tatbik edilebilir idari kurumların burada bir fonksiyonu olamaz olursa hukuk devletinden söz edilemez.

Bu itibarla uluslararası kurumları yönlendiren büyük devletler, kendi çıkarları söz konusu olacaksa asla hukuk ve hukuk devletinden söz etmemektedirler. Keza ancak kendi çıkarları gerektiriyorsa hukuk devletinden bahsedilmektedir. Bu da büyük bir paradokstur, kanun ve kanun hükümleri düzenlenirken bu gerçeği göz ardı etmemek gerekir. Maalesef bu kanun bu gerçeklik hesaba katılmadan belli politik dengeler icabı kanunlaştırılmıştır. Şimdi yukarıda zikrettiğimiz anayasa hükümlerini buraya aktarmakta fayda görmekteyiz. Çünkü bu maddelerin önemle hatırlanması gerekmektedir.

Önemine binaen aktarmakta fayda gördüğümüz ve konumuzla ilgili belli başlı anayasa hükümleri şunlardır: Anayasa'nın temel hak ve

hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. Maddesi şöyledir: ***"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*** Sınırlamanın ölçütleri belliyken anayasanın ortaya koyduğu normun dışında bir sınırlamaya gidilemez.

Anayasanın 2. Maddesi hukuk devletinden söz etmektedir. "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* demektedir. Burada hukuk devletine ilişkin hüküm konumuz açısından önem arz etmektedir.

Keza anayasanın Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. Maddesi **"** *Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* Demektedir. Yine Anayasanın hakların korunması ile ilgili hükmünde hak arama hürriyetinden söz edilmektedir. Anayasanın 36. Maddesi **"***Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* Ancak kanunumuzda hak arama yolu kırpıldığı gibi yargı denetimi bertaraf ve yargı üzerinden aklanmanın önüne de geçilmiştir.

'Terörizmin Finansmanını Önlemesi Hakkında Kanun'un Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esaslarını düzenleyen 38. Maddesine aykırılık teşkil eden birçok yönü vardır. Özellikle genel müsadere cezası verilemeyeceğine ilişkin vurgu, yine idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz hükmü açıkça ortadayken kanun bunun tersine bir hüküm ortaya koymamalıdır.

Anayasanın 38. Maddesi konumuza açıklık getirmesi açısından buraya aktarmakta fayda vardır. Bu anlamıyla anayasanın bahse konu maddesi şöyle demektedir: "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsîdir.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.; Mülga: 7/5/2004-5170/5 md.)

(Değişik: 7/5/2004-5170/5 md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

(Değişik: 7/5/2004-5170/5 md.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez."

Yine anayasa idarenin tüm işlemlerinin yargı denetimine açık olduğunu ortaya koymasına rağmen kanunda yargı yolunun kapalı tutulması anayasaya aykırılığı teşkil eden başka bir husus oluşturmaktadır. Yargı yolunun düzenlendiği 125. Madde şöyledir: *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek cümleler: 13/8/1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. (...) İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.*

(Değişik: 12/9/2010-5982/11 md.) Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir. İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

B) TFÖHK' NUN DİĞER KANUN MADDELERİ İLE İLİŞKİSİ

Konu ile ilgili **"Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama"** başlıklı TCK m.282 ile 4208 sayılı "**Karapararının Aklanmasının Önlenmesi Dair Kanun'un"** olduğu, öncül suç olması şartı ile karapara aklamanın da suç olarak kabul edildiği, kaldı ki **"Eşya müsaderesi"** başlıklı TCK m.54'de ve **"Kazanç müsaderesi"** başlıklı TCK m.55'de güvenlik tedbirlerinin öngörüldüğü ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yargılama tedbiri olarak **"Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma"** başlıklı CMK m.128'in ve yine **"Şirket yönetimi için kayyım tayini"** başlıklı CMK m.133'de yeterli hükümlerin olduğu, bu nedenle de suç örgütlerinin ve mensuplarının malvarlıklarının dondurulması ve suçun tespiti halinde el konulan bu malvarlıklarının müsaderesi hükümlerine ihtiyaç bulunmadığı, hatta "terörün finansmanı" başlığı altında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinde özel bir suç tipinin düzenlendiği bilinmelidir. Bu ve benzeri kanun hükümlerinin varlığına ve yeterliliğine rağmen neden ayrı bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu anlamış değiliz. Olsa olsa yargı yetkisinde olan kimi yetkilerin yargıdan alınarak idareye bırakılması kaygısından ileri geldiğini söyleyebiliriz.

3713 Sayılı Kanun'un 8. Maddesine göre, "Her kim tümüyle veya kısmen terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek fon sağlar veya toplarsa, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Fon, kullanılmamış olsa dahi, fail aynı şekilde cezalandırılır. Bu maddenin birinci fıkrasında geçen fon; para veya değeri para ile temsil edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değeri ifade eder". Bu son hükmün, malvarlığına tedbir konulması ile bir ilgisinin olmadığı, kişi hak ve hürriyetleri ile kamu düzeni ve barışının korunması için büyük önem arz eden suç örgütlerinin ve amaç suçlarının önüne geçilmesi noktasında, "Suç Örgütlerinin Finansmanının Önlenmesi" başlığı altında özel bir yasal düzenlemeye gerek olduğu, uygulamada sadece karapara aklama ile ilgili malvarlığı tedbir ve müsadere hükümlerinin tatbik edildiğinin görüldüğü, ancak terör örgüt-

leri ve terör örgütlerinin faaliyetleri kapsamında işlenen suçlardan elde edilen gelir yönünden malvarlığı tedbiri veyahut el koyma ve müsadere hükümlerinin kullanılmadığı görülmektedir.

Terör nedir, terör örgütü veya mensupları kimlerdir, bu konuda kıstas nedir, kime veya neye göre terörizmin finansmanına yönelik malvarlığı oluşturulduğunun tespit edileceğini, bir terör örgütünden veya terör mensubundan bahsedebilmek için kesinleşmiş yargı kararının aranıp aranmayacağı, aranmadığı takdirde para veya değeri parayla temsil edilebilen taşınır ya da taşınmaz, maddi ya da gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belge olarak nitelendirilen "fon" ve bunun yanında, bir gerçek veya tüzel kişinin zilyetliğinde bulunan fon, gelir ile bunların birbirine dönüştürülmesinden elde edilen menfaat ve değer olarak adlandırılan "malvarlığı" kıymetlerinin masumiyet veya suçsuzluk karinesi karşısında kaynaklarının nasıl dondurulabileceği, tüm bu aşamaların hukukun evrensel ilke ve esasları karşısındaki durumu ciddi şekilde tekrar tartışılmalıdır. Bu genel değerlendirmeden sonra şimdi ilgili kimi kanun ve kanun hükümlerine değinmekte fayda görmekteyiz. TCK' dan başlayarak bu kanun maddelerini sırayla irdelemeye çalışacağız.

a) Türk Ceza Kanun'un Bazı İlgili Maddeleri:

Eşya müsaderesinin düzenlendiği 54. Madde şöyledir ve kanımca uygulandıktan sonra yeterli bir hükümdür: *"(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması hâlinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir. (3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir. (4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. (5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir. (6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur."*

Eşya müsaderesinden hemen sonra 55. Maddede Kazanç müsaderesi

düzenlenmiştir. *"(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.(2) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir."*

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu ise 282. Maddede hükme bağlanmıştır."*(1) Alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tabi tutan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçun, kamu görevlisi tarafından veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi hâlinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır. (3) Bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (4) Bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (5) Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolunmaz."*

b) Ceza Muhakemeleri Kanun'un İlgili Maddeleri:

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbiri CMK' nın 128. Maddesinde şöyle düzenlenmiştir. *"(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;*

a) Taşınmazlara,

b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,

c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,

d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,

e) Kıymetli evraka,

f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,

g) Kiralık kasa mevcutlarına,

h) Diğer malvarlığı değerlerine,

Elkonulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir.

(2) Birinci fıkra hükmü;

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

3. Hırsızlık (madde 141, 142),

4. Yağma (madde 148, 149),

5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),

6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),

7. Hileli iflas (madde 161),

8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

9. Parada sahtecilik (madde 197),

10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),

11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),

13. Zimmet (madde 247),

14. İrtikap (madde 250)

15. Rüşvet (madde 252),

16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),

17. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315) suçları,

18. 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 Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,

Hakkında uygulanır.

(3) Taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir.

(4) Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur.

(5) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya malî kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir.

(6) Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir.

(7) Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir.

(8) Bu madde hükmüne göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, Türk Ceza Kanununun "Muhafaza görevini kötüye kullanma" başlıklı 289 uncu maddesi hükümleri uygulanır.

(9) Bu madde hükmüne göre elkoymaya ancak hâkim karar verebilir."

Şirket yönetimi için kayyım tayinini düzenleyen 133. Madde tüzel kişilikler açısından önem arz etmektedir: *"(1) Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tü-*

müyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.

(2) Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.

(3) İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler.

(4) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

a) Türk Ceza Kanununda yer alan,

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

3. Parada sahtecilik (madde 197),

4. Fuhuş (madde 227),

5. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

6. Zimmet (madde 247),

7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

8. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),

Suçları,

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar."

c) 4208 Sayılı *"Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun"* ile 5549 Sayılı *"Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun"*:

Konumuzla doğrudan ilgili olduğunu düşündüğümüz 4208 Sayılı **"Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun"a** ilişkin kimi bilgilerin buraya aktarılmasında yarar görmekteyiz. Bu kanun hala yürürlülüktedir fakat birçok maddesi 5549 Sayılı **"Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun"** ile kaldırılmıştır. Sonuç itibariyle hali hazırda birkaç hükmü yürürlülükte kalmıştır.

19.11.1996 gün ve 22822 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve kabul tarihi 13.11.1996 olan 4208 Sayılı Kanun'un 4208 Sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12 ve 14 üncü maddeleri, 2 nci maddesinin (a), (b), (d) ve (e) bentleri ile 15 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları, 11.10.2006 kabul tarihli ve 18.10.2006 tarih ve 26323 sayılı Resmi Gazete yayımlı 5549 sayılı Kanunun 26 ıncı maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Burada belirtilmesi gereken en önemli husus şudu. Konumuzla ilgili aslında yürürlülükte bir çok kanun ve kanun hükümleri mevcuttur. Yapılması gereken, hukuki erişebilirlilik açısından tüm bu konuları tek bir çatı altında ve daha derli toplu bir şekilde düzenleme yapmak olmalıdır. Ancak maalesef böyle olmamaktadır. Çeşitli politik kaygılarla ve çeşitli süreçlerin dayatmasıyla alelacele kanun çıkarılmaktadır. Bu da bölük pörçük hukuk metinlerinden oluşan kanun metinlerinin varlığı demektir. Bu hukuk devletine yakışan bir durum değildir. Hele hele bu çağda ve bu zamanda kendisine demokratik ve hukuk devleti diyen bir ülkenin hiç yapılmaması gereken bir durumdur.

C) UYGULANACAK HÜKÜMLER VE YOLLAMALAR

TFÖHK' un 16. Maddesinde yollama yapılmıştır. *"(1) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, 5549 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. (2) Mevzuatta, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 3713 sayılı Kanunun 8 inci maddesine yapılan yollamalar bu Kanunun 4 üncü maddesine yapılmış sayılır."*

a) Yürürlükten kaldırılan hükümler:

İncelediğimiz Kanun'un 18. Maddesine göre, 3713 Sayılı Kanun'un 8 inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Terörle Mücadele Kanunu'nun "terörün finansmanı" başlıklı, "terör suçlarının işlenmesinde kullanıla-

cağını bilerek ve isteyerek fon sağlayan veya toplayanların, örgüt üyesi olarak cezalandırılmasını" öngören 8. Maddesi, Terörün Finansmanını Önlenmesi Hakkında Kanuna taşındığı için yürürlükten kaldırılıyor.

Ayrıca TMK' un 8. Maddesi daha önce de değişikliğe uğramıştır. 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 29.06.2006 tarihinde, 3713 sayılı Kanunun mülga 8. Maddesi başlığı ile birlikte aşağıda aktardığımız şekilde yeniden düzenlenmiş ve 8. Maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 8/A ve 8/B maddeleri eklenmiştir.

Yürürlülükten kaldırılmadan önce TMK' un 8. Maddesi, terörün finansmanı, onun nitelikli halini ve tüzel kişiliklere ilişkin düzenlemeyi kapsamaktaydı. Yürürlülükten kaldırılmadan önce "terörün finansmanını" düzenleyen fıkra şöyledir." *Her kim tümüyle veya kısmen terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek fon sağlar veya toplarsa, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Fon, kullanılmamış olsa dahi, fail aynı şekilde cezalandırılır.*

Bu maddenin birinci fıkrasında geçen fon; para veya değeri para ile temsil edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değeri ifade eder."

Bu suçun nitelikli hali ise 8/A'da şöyle düzenlenmiştir. *"Bu Kanun kapsamına giren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."*

Yine bu maddenin 8/B'de Tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenmiştir." *Bu Kanun kapsamına giren suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 60 ıncı maddesine göre bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."*

b) Yönetmelik:

TFÖHK' un 19. Madde yönetmeliği öngörmüştür. *"(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet, Dışişleri, İçişleri ve Maliye bakanlıkları tarafından müştereken hazırlanan yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yürürlüğe konulur."*

c) Mevcut kararların uygulanması:

Kanun'un yasalaşıp yürürlüğe gireceği tarihten önce Bakanlar Kurulu tarafından alınmış olan malvarlığının dondurulmasına ilişkin kararların yerine getirilmesinde de uygulanacak. **Geçici 1. Madde'ye göre, b**u Kanun hükümleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Bakanlar

Kurulu tarafından alınmış olan malvarlığının dondurulmasına ilişkin kararların yerine getirilmesinde de uygulanır.

Toplam yirmi (20) maddeden oluşan bu kanun 15.02.2013 tarihinde düzenlenmiş olup ancak Resmi Gazetede yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir.

D) İHDAS EDİLEN KADROLAR

Başkanlığa 40 kadro tahsis edilecek. **17. Madde'ye göre,** Başkanlıkta kullanılmak üzere ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Maliye Bakanlığına ait bölümüne eklenmiştir. Görevlendirilecek kadro, nitelikleri ve kadro sayısını belirten tablo aşağıda incelenebilir.

Sınıfı	Unvanı	Derecesi	Adedi		Toplam
			Serbest Kadro	Tutulu Kadro	
GİH	Daire Başkanı	1	1	-	1
GİH	Maliye Uzmanı	5	10	-	10
GİH	Maliye Uzmanı	3	5	-	5
GİH	Maliye Uzman Yardımcısı	7	15	-	15
TH	Mühendis	1	3	-	3
TH	Mühendis	5	3	-	3
TH	Mühendis	8	3	-	3
TOPLAM			**40**		**40**

SONUÇ

Bütün bu tartışmalardan sonra bir sonuca varacak olursak öncelikle belirtilecek husus söz konusu kanunun hazırlanmasına vesile olan süreçtir. Yinelemek gerekir ki bu kanun ülkemizin iç sorunlarının dayattığı ihtiyaçtan çok uluslar arası süreçlerin yönlendirmesi ve dayatmasıyla düzenlenmiştir. Bu kanunun hazırlanmasına vesile olan koşulların başlangıcı 11 Eylül ve sonrası sürecine dayanmaktadır. Bu hususu irdeleyip tespit etmek önem arz ettiğini düşünmekteyiz.

Bunun dışında değinilecek ilk konu ise kanunun Anayasa ile olan ilişkisi boyutudur. Öncelikle Anayasal açıdan çok ciddi sorunlarla karşılaşan bir kanun metni karşımızda olduğunu bilmemiz gerekir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Anayasa ve kanunlarda, kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler nettir. Anayasa ve uluslararası sözleşmelerden dayanağını alacak ve de en önemlisi Anayasa m.13'e uy-

gun şekilde düzenlenmeli, keyfi uygulama ve kararlara elverişli hükümlerin öngörülmesinden kaçınılmalı ve kararlara karşı hukukilik denetimi ile yargı yolunun ne şekilde işletilebileceği belirtecek şekilde olmalıdır.

Ayrıca Kanunu incelediğimizde gördük ki, Kanun'un, terör, cebir, şiddet ve tehdit hareketlerine destek sağlanması amacıyla fon sağlanmasını veya toplanmasını yasaklayan 3. Maddesi ile terörizmin finansmanı suçunu düzenleyen 4. Maddesi de önemli olmakla birlikte, Kanunun asıl önemli hükümleri 2. ve 9. Maddeleri ile kurulacak olan Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu'nun hukuki niteliği ve yetkisi konularının oldukça tartışma götüren düzenlemeler teşkil etmektedir. Özellikle kanunun öngördüğü komisyonun yargı makamı gibi hareket etmesi öngörülmüştür ki, hukuki açıdan bu hususun isabetli olmayacağını zaman içerisinde görülecektir. Terör konusu ne kadar hassas olursa olsun, kişi hak ve hürriyetlerini kısıtlayan el koyma gibi tedbirlerin mutlaka yargı kararına dayandırılması gerekmektedir. Aksine takdirde, Anayasanın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2, mülkiyet hakkını düzenleyen 35, suç ve ceza ilkelerini düzenleyen 38 ve yargı bağımsızlığını düzenleyen 138. Maddelerine aykırılık teşkil edecektir ki bu da hukuk sistemimizi derinden zedeleyecektir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, terör nedir, terör örgütü veya mensupları kimlerdir, bu konuda kıstas nedir, kime veya neye göre terörizmin finansmanına yönelik malvarlığı oluşturulduğunun tespit edileceğini, bir terör örgütünden veya terör mensubundan bahsedebilmek için kesinleşmiş yargı kararının aranıp aranmayacağı, aranmadığı takdirde para veya değeri parayla temsil edilebilen taşınır ya da taşınmaz, maddi ya da gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belge olarak nitelendirilen "fon" ve bunun yanında, bir gerçek veya tüzel kişinin zilyetliğinde bulunan fon, gelir ile bunların birbirine dönüştürülmesinden elde edilen menfaat ve değer olarak adlandırılan "malvarlığı" kıymetlerinin masumiyet veya suçsuzluk karinesi karşısında kaynaklarının nasıl dondurulabileceği, tüm bu aşamaların hukukun evrensel ilke ve esasları karşısındaki durumu ciddi şekilde tekrar tartışılmadan çıkarılan bu kanun bir an önce elden geçirilmesi gerekmektedir.

Yine kanunun düzenlendiği konuda yürürlülükte birçok kanun ve kanun hükümleri mevcut olmasına rağmen ve bu kanunların derli toplu olarak bir araya getirilen ortak yeni bir düzenleme yapılmadan tekrar ilave yeni kanunlar getirmek oldukça sorunlu bir durum teşkil ettiğini çalışmamızda ortaya serilmiştir. Bir alanı düzenleyen birden fazla kanun varsa bir ülkede o ülke hukuk devletinden çok kanun devletidir. Bu du-

rum da ortadan kaldırılmalıdır. Yapılması gereken, hukuki erişebilirlilik açısından tüm bu konuları tek bir çatı altında ve daha derli toplu bir şekilde düzenleme yapmak olmalıdır. Ancak maalesef böyle olmamaktadır. Çeşitli politik kaygılarla ve çeşitli süreçlerin dayatmasıyla alelacele kanun çıkarılmaktadır. Bu da dağılmış hukuk metinlerinden oluşan kanun metinlerinin varlığı demektir. Bu hukuk devletine yakışan bir durum değildir. Hele hele bu çağda ve bu zamanda kendisine demokratik ve hukuk devleti diyen bir ülkenin hiç yapmaması gereken bir durum olduğu tespit ettiğimiz sonuçlardır.

KAYNAKLAR:

1) Prof. Dr. Korkut BORATAV, Emperyalizm, Sosyalizm ve Türkiye, Yordam Kitap, 2010/İstanbul.
2) Prof. Dr. Işıl ÖZKAN, Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Seçkin Yay., Kasım 2011/Ankara.
3) Ahmet Haluk Atalay, Uluslararası Hukukun Oluşumu İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648, Göçebe Yay.
4) Emmanuel Todd, İmparatorluktan Sonra Amerikan Sisteminin Çöküşü, Dost Yay., Çev.:Gülser ÇETİN.
5) David Cole, "What Bush Wants to Hear", The New York Review of Books, 17 Kasım 2005", (Zeynep ATİKKAN, 11 Eylül Amerika'yı Nasıl Değiştirdi? Amerikan Cinneti, Yapı Kredi Yayınları, Eylül 2006/İstanbul.
6) Antoine Vıtkıne, Ya Tüm İpleri Elinde Tutan Birileri Varsa? Yeni Şarlatanlar 11 Eylül Sonrasının Komplo Teorileri, Neden Kitap Yay., 2005/İstanbul, [Çev.:Zeren AKYAR].
7) Graham E. Fuller, Yükselen Bölgesel Aktör Yeni Türkiye Cumhuriyeti, Timaş Yay.
8) Naomi KLEIN, Şok Doktrini Felaket Kapitalizminin Yükselişi, Agora Kitaplığı, Mayıs 2010/İstanbul.
9) http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html, Erişim Tarih: 18/04/13.
10) www.yargıtay.gov.tr, E.T.:11.04.2013.
11) http://vatandas.yargitay.gov.tr/proxyYargitay/portal_baslangic.uyap, E.T.:11.04.2013.
12) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm, E.T.:02.04.2013.
13) http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, E.T.:02.04.2013.
14) www.turkhukuksitesi.com, E.T.:20.04.2013.
15) http://tr.wikipedia.org/wiki/Ana_Sayfa, E.T.:12.04.2013.
16) 11 Eylül 2001 Sonrası Ulusal Basın.

ÇEKTE MUHATAP BANKANIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Aygül KIZILAY[1]

GİRİŞ

Hukuki niteliği itibariyle bir ödeme aracı olan çek Türk Ticaret Kanunu (780 vd.) ve Çek Kanunu'nda (ÇK) düzenlenmiş bir kıymetli evraktır.

Çek bir banka üzerine çekilmekte ve bir nakdin ödenmesini temin etmektedir. Bu durumda bir kimsenin çek keşide edebilmesi için bankada hesabının bulunması, kendisine çek anlaşmasına binaen bir çek karnesinin verilmiş olması gerekir. Keşideci, çek hesabının bulunduğu banka üzerine çek keşide etmek suretiyle hamile ödeme yapılmasını sağlamaktadır. Hamilin çeki ibraz ederek, karşılığının ödenmesini talep yetkisi, banka ile keşideci arasındaki çek anlaşmasına dayanmaktadır.

5941 sayılı Çek Kanunu gerek bankalara ve gerekse keşidecilere çek konusunda önemli bazı mükellefiyetler getirmiştir. Bu mükellefiyetler bir yandan bankaların çek hesabı açtığı müşterilerini titizlikle seçmelerini amaçlamış diğer yandan da karşılıksız çek keşidesini önlemeyi öngörmüştür.

Çekle ödemelerin sağlığa kavuşturulması ve gerek keşidecinin gerekse hamillerin zarara uğramasının önlenmesi açısından muhatap bankanın hukuki sorumluluğunu inceleyeceğiz.

A. ÇEK KAVRAMI

Çek, bankadaki çek hesabından gerekli ödeme ve aktarmayı yapabilmek için bankaya talimat ve yetki veren bir kıymetli evraktır.

Ekonomik açıdan çek, nakit kullanmaksızın ödeme yapılmasını sağlayan bir ödeme aracıdır. Düzenleyen bu sayede, çalınma ve kaybolma riskleri karşısında nakit para taşıma yükünden kurtulmaktadır.

Hukuki niteliği itibariyle havale mahiyetinde olan çekin, belli şekil şartlarına tabi, yazılı biçimde yapılan, kayıtsız şartsız bir ödeme emri niteliğinde olması gerekir. Eğer çek üzerinde yazılı bulunan "belirli bir bedelin ödenmesi", herhangi bir kayıt ve şarta bağlı kılınmışsa, bu senet çek olarak kabul edilemez.

---

1 İstanbul Barosu stajyer avukatlarından

Çekte yasal olarak bulunması gereken zorunlu unsurlardan birinin eksikliği çek niteliğinin kaybına neden olur. 6102 sayılı TTK'da çekin unsurları gösterilmiştir:

Unsurlar

MADDE 780/1

Çek;

a) Senet metninde "çek" kelimesini ve eğer senet Türkçe'den başka bir dille yazılmış ise o dilde "çek" karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,

b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi,

c) Ödeyecek kişinin, "muhatabın" ticaret unvanını,

d) Ödeme yerini,

e) Düzenlenme tarihini ve yerini,

f) Düzenleyenin imzasını,

içerir.

B. MUHATAP OLMA EHLİYETİ

Türk hukukunda çeklerde, muhatap olarak ancak bir bankanın gösterebileceği kabul edilmiştir. Çekin, sadece bir banka üzerine keşide edileceğini kabul eden TTK'da bankanın ne olduğu da belirtilmiştir. TTK m. 815 hükmüne göre banka, bankalar kanununa tabi müesseseler olarak kabul edilmiştir.

Bankanın tanımı

MADDE 815/1

Bu Kısımda geçen "banka"dan amaç, Bankacılık Kanunu'na tabi olan kuruluşlardır. Ancak, ödeme yeri Türkiye dışında olan çekler hakkında "banka" teriminden hangi kuruluşların anlaşılacağı ödeme yeri hukukuna göre belirlenir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre ise "banka" ibaresine, Türkiye'de kurulmuş ve kurulacak bankalar ile yabancı ülkelerde kurulmuş olup da Türkiye'de şube açmak suretiyle faaliyete geçecek olan bankalar tabidir.[2] Bu kapsam dışında bir müessesenin ya da bir kişinin muhatap olarak gösterildiği senetler çek hükmünde sayılamaz.

2 Bankacılık Kanunu

MADDE 2- Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunların faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tâbidir.

Çek hesabı açılmış bankaya muhatap banka denilir. Muhatap bankanın ticaret unvanı A.Ş. olarak çekte yer almalıdır. Bu husus, çeklerde bulunması gereken zorunlu unsurlardan biridir.

C. ÇEKTE MUHATABIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Uygulamada bankalar ile keşideci ve hamiller arasındaki uyuşmazlıklar yoğun biçimde mahkemelerin önüne gelmeye devam etmektedir. Son dönemde dikkati çeken başka husus, muhatap banka ile hamiller arasındaki uyuşmazlıkların ve buna bağlı olarak bankaların sorumluluğuna yönelik kararların artış göstermiş olmasıdır. Bunun nedeni muhatap bankanın işlevine yeni bir boyut getiren 5941 sayılı Çek Kanunu'nun düzenlemeleridir.[3]

1. BANKALARIN ÇEKLE İŞLEYECEK HESAP AÇMADA ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde bankalar da diğer tüm gerçek ve tüzel kişiler gibi diledikleri kimselerle, diledikleri koşullarda sözleşme akdetmek hakkına sahiptirler. Bu bağlamda, kural olarak bankaların uygun gördükleri kimselerle çek anlaşması yaparak, bu kişilere çek karnesi verebileceklerine de şüphe yoktur**.** Ancak Çek Kanunu m. 2 hükmüne göre, bankalar çekle işleyecek hesap açarken gerekli dikkat ve özeni göstermek mecburiyetindedirler.

5941 sayılı Çek Kanunu

Bankanın araştırma yükümlülüğü, çek hesapları ve çek defterleri

MADDE 2 /1

Bankalar, çek hesabı açılması ile ilgili olarak bu Kanun'la kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyenin yasaklı olup olmadığını bu Kanun hükümlerine göre araştırırlar; ayrıca ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterirler.

Banka, TTK'ya göre tüzel kişiliğe sahip bir tacirdir. TTK. m. 18/2 hükmüne göre her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde "basiretli bir iş adamı gibi" hareket etmesi gerekmektedir. Bankalar, çek hesabı açarken veya mevcut bir hesaba çek karnesi verirken müşterisinin, mesleği, mali durumu, bu bağlamda düzenli bir geliri bulunup bulunmadığı, çek hesabı açmada yasaklı olup olmadığı gibi hususları da inceleyerek detaylı bir araştırma yapmak zorundadırlar. Çek hesabı açtırmak isteyenin yasaklı olup olmadığını, karşılıksız çeklerle ilgili olarak bankalar tarafından Tür-

3 ŞAHİNALP, Kaan, Çekte Muhatap ve Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Sayıştay Dergisi, S.39, s.78

kiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na yapılan bildirimler ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından yapılan duyurular çerçevesinde araştırma yapacaktır. Yasaklılık durumu bulunan ya da ekonomik veya sosyal durumu çek kullanmaya müsait olmayan kimselere çek hesabı açan ve çek defteri veren bankalar bu yüzden zarar gören kimselerin zararından sorumlu tutulabilecektir.[4]

Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Muhatap bankanın çekle işleyen hesap açarken ve çek karnesi verirken gerekli özeni göstermemesi nedeniyle zarar gören çek hamillerine karşı sorumluluğu haksız fiil hükümlerine (TBK. m. 49 vd) dayalı olacaktır. Böylece çek hamili, muhatap bankanın ÇK. m. 2'ye aykırı davrandığı gerekçesiyle, bankanın kusurunu ve kendi nezdinde oluşan uygun illiyet bağı içindeki zararları ispatlayarak bir tazminat davası açma olanağına sahiptir.[5]

Hamilin zararı hangi anda oluşmuş sayılacaktır? Çekin karşılığının bulunmadığı gerekçesi ile bankaca ödeme yapılmadığı anda mı, yoksa keşideci ve diğer çek borçluları hakkında kambiyo senetlerine dayalı takibin semeresiz kalması durumunda mı? Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, hamilin banka hakkında ancak keşideci ve diğer çek borçlularını kambiyo senetlerine dayalı haciz veya iflas yolu ile takip etmesine rağmen alacağını elde edememesi durumunda dava edebileceği görüşündedir.[6]

2. MUHATAP BANKANIN İNCELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Muhatap, kendisine ibraz edilen çeki ödemeden önce, bazı incelemeler yapmak zorundadır. Bu anlamda olmak üzere muhatap öncelikle keşideci ile arasında bir çek anlaşmasının olup olmadığını ve ibraz edilen çekin karşılığının mevcut olup olmadığını araştıracaktır. Çeki ibraz edenin bedelin ödenmesini talebe yetkili hamil sıfatını taşıyıp taşımadığını da incelemelidir. Emre yazılı çeklerde ibraz eden kişin meşru hamil olup olmadığı kontrol edilirken, sadece cirolar arasında muntazam bir teselsülün olup olmadığı incelenecek, yoksa ciranta imzalarının gerçekliğine yönelik bir araştırma yapılmayacaktır. Buna karşılık muhatap çekteki keşideci imzasının gerçekten hesap sahibine ya da yetkili temsilcisine ait bulunup bulunmadığını inceleyerek, bu açıdan çekin sahte olup olmadığının yanı sıra, ayrıca çek üzerinde bir tahrifat yapılıp yapılmadığını da kontrol edecektir.

4 KAYAR, İsmail, 2013, Ticaret Hukuku, Seçkin, s. 705

5 TEKİL, Müge, 1997, ***Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu***, İstanbul, Beta, s.52

6 Yargıtay 19. HD. 19.3.1993 tarih E. 6584 K. 2158

Bu inceleme yükümlülüğü açısından çekin, üzerine çek keşide edilen hesabın bulunduğu şubeye ibraz edilmesi ile muhatabın başka bir şubesine ibraz edilmesi arasında hiçbir fark yoktur.[7]

Çeki ibraz edenin, nama yazılı çeklerde çekte adı yazılı olan ya da onun halefi olduğunu ispat eden, emre yazılı çeklerde ise düzgün bir ciro zinciri ile hak sahibi olduğu anlaşılan kişi olması gerekir. Ancak her iki halde de çeki ibraz eden kişinin, çekten dolayı hak sahibi olarak gözüken kişi olup olmadığını belirlemek açısından muhatap banka kimlik kontrolü yapmak zorundadır. Öte yandan hamiline yazılı çeklerde senedin zilyetliğini elinde bulunduran kişi meşru hamil sayılacağından, bankanın hak sahibini tespit açısından ayrıca bir inceleme yükümlülüğü yok ise de, uygulamada özellikle sahte ve tahrif edilmiş bir çekten kaynaklanan riziko nedeniyle burada da ödeme yapılan hamilin kimlik tespiti yoluna gidilmektedir.

3.MUHATABIN ÖDEMEME DOLAYISI İLE DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Muhatap bankanın süresi içinde ibraz edilen bir çeki hamile ödeyebilmesi için, öncelikle TTK'nın öngördüğü bütün unsurların çekte bulunması gerekir. Ödeme için ibraz edilen çekin sahte veya tahrif edilmiş olduğu anlaşılır veya bu konuda şüpheye düşülürse, keşidecinin çek üzerindeki imzasıyla hesap kartonundaki imzasının farklı olduğu anlaşılırsa veya çekin ödeme için ibraz süresi geçtikten sonra muhataba ibrazı gerçekleşirse muhatap çeki ödemeyebilir.

3.1.Ödenmemiştir Kaydı

TTK. m. 808'de vaktinde ibraz edilmiş olan çekin ödenmemiş olduğu ve ödemeden imtina keyfiyetinin muhatap tarafından ibraz günü de gösterilmek suretiyle çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir beyanla tespit edileceği hükmü öngörülmüştür.

Çekin üzerine yazılan ödememe sebebi, çekin karşılıksız olmasının yanı sıra cayma, tedbir kararı, ibraz edilen senedin çek vasfını haiz olmaması, çekin ibraz süresinin geçirilmiş olması, çekin sahte veya tahrif edilmiş bulunması veya mahkemece verilen ödeme yasağı kararı olabilir. Bundan dolayı muhatap bankanın ödememe nedenini açıkça çekin üzerine yazması gerekir.[8]

---

7 ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, 2006, ***Kıymetli Evrak Hukuku***, Vedat, s.221

8 REİSOĞLU, Seza, 1985, ***Türk Hukukunda Bankacılık Uygulamasında Çek***, s.114

3.2.Karşılıksızdır Kaydı

Bir çekin karşılıksız çek olarak nitelendirilebilmesi için her şeyden önce senedin çek niteliğine sahip olması gerekir. Ayrıca çekin ibrazında, karşılığının belirtilmiş olan hesapta bulunmaması gerekir. Başka bir anlatımla, çekin yetkili hamil tarafından muhatap bankaya ödeme için ibraz edilmesine rağmen yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle tamamen veya kısmen ödenmemesi durumunda çek karşılıksızdır. Keşidecinin aynı bankanın başka şubelerinde veya aynı şubenin değişik hesaplarında parasının bulunması halinde de çek karşılıksızdır.

Çek muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibrazında ödenir (TTK m. 795, ÇK m.3/1). Hesapta çekin kısmi karşılığı varsa kısmi ödeme yapılır. Çekin karşılığının kısmen olması ya da tamamen karşılıksız olması halinde ayrıca bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutarın da ödenmesi gerekir (ÇK m. 3/3). İbraz edildiğinde hesapta bulunan kısmi karşılığı veya ödemekle yükümlü olduğu miktarı ödemeyen banka çek hamiline her geçen gün için binde üç gecikme cezası öder (ÇK m. 3/7).

Hamilin bankaya çeki ibraz etmesi ve bankada çekin karşılığının çıkmaması halinde hamilin talebi üzerine banka görevlisi tarafından karşılıksızdır işlemi yapılacaktır. Muhatap banka çek bedelinin muhatap tarafından karşılanan kısmının hamilin kabul edip etmemesine göre iki türlü işlem yapacaktır. Hamil, banka tarafından ödenecek olan kısmi karşılığı kabul ederse, ÇK m. 3/6 gereğince çekin ön ve arka fotokopisi hamile verilerek aslı ise bankada kalacaktır.

Hamil banka tarafından ödenmesi gereken kısmi ödemeyi reddederse ÇK. m. 3/5 gereğince ibraz tarihi ve ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek üzerine imzası alınarak hamiline geri verilir, çekin ön ve arka fotokopisi ise bankada kalacaktır. [9]

9 **İbraz, ödeme, çekin karşılıksız olduğunun tespiti ve gecikme cezası**

MADDE 3

(5) Muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil, kısmî ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi hâlinde, ikinci fıkra hükmüne göre karşılıksızdır işlemi yapılır; ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek, üzerine imzası alınarak hamiline geri verilir; ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanır. Çek hesabında hiç karşılığın bulunmaması ve hamilin sadece muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutarın ödenmesini talep etmesi hâlinde de bu fıkra hükmüne göre işlem yapılır.

(6) Muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil kısmî ödeme hâlinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir. Çek hamili, bu fotokopiyle müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği gibi, Cumhuriyet başsavcılığına şikâyette bulunurken dilekçesine bu fotokopiyi ekleyebilir ve bunu icra daireleri ile mahkemelerde ispat aracı olarak kullanabilir.

Muhatap bankanın kendisine, süresinde ödeme için ibraz edilen karşılıksız bir çeki hata sonucu hamiline ödediği durumlarda, hamil çek bedelini tahsil etmiş olacağından söz konusu çek karşılıksız çek olarak nitelendirilemez. Hamile yapılan ödeme hukuken geçerlidir ve geçerli bir ödemenin tüm sonuçlarını doğurur. Hamilin müracaat borçlularına başvurma imkanı da kalmaz. Muhatap bankanın karşılıksız bir çeki ödediğinde zarara uğrayacağı kesindir. Meydana gelen bu zararı TBK'nın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hata sonucu ödeme yaptığı hamilden geri talep edebileceği düşünülebilir. Muhatap bankanın hamilden hata sonucu ödediği bu bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, geri isteyebilmesi için haklı bir neden olmaksızın hamilin mal varlığında zenginleşme, bankanın malvarlığında ise bu zenginleşme oranında bir azalma olmalıdır. Muhatap bankanın malvarlığında oluşan bu azalma hamil açısından bir zenginleşme meydana getirmemektedir. Zira hamil alacaklısı olduğu çek bedelini tahsil ettiğinden, muhatap bankanın ödediği karşılıksız çek bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edemeyeceği açıktır. Burada muhatap bankanın başvuracağı kişi keşidecidir.[10] Muhatap bu ödeme dolayısıyla uğradığı zararı, somut olayın özelliklerine göre çek anlaşması, keşideci lehine açılan bir kredi sözleşmesi, vekaletsiz iş görme ya da en azından sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında keşideciden talep edebilir.[11]

4.KARŞILIKSIZ ÇEKLERDE MUHATAP BANKANIN MALİ SORUMLULUĞU

Süresi içinde ibraz edilen bir çekin ödenmemesi halinde, ödememe halinin tespitine geçilir. Ödememe halinin tespitinden sonra hamil, sorumluluğu bulunan kişilere (düzenleyen, cirantalar ve varsa bunlara aval veren kişilere) başvuracaktır. Muhatap banka, kambiyo taahhüdü altına girmemiştir ancak Çek Kanunu m. 3/3 ve 6273 sayılı Kanun m. 2 ile değişiklik ile karşılıksız çeklerde muhatap bankanın çek yaprağı başına belirli bir miktar hamile ödeme yapmasını öngörmüştür. Bu miktar için hesap sahibi ile banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan ve dönülemeyecek nitelikte bir gayri nakdi kredi sözleşmesi bulunduğu kabul edilir.[12]

5941 Sayılı Kanun

İbraz, ödeme, çekin karşılıksız olduğunun tespiti ve gecikme cezası *

10 ŞAHİNALP, Kaan, agm, s.85

11 ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, age, s.225

12 KAYAR, İsmail, age, s.709

MADDE 3 /3

Muhatap banka, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için;

a) Karşılığının hiç bulunmaması hâlinde,

1) Çek bedeli altıyüz Türk Lirası veya üzerinde ise altıyüz Türk Lirası,

2) Çek bedeli altıyüz Türk Lirasının altında ise çek bedelini,

b) Karşılığının kısmen bulunması hâlinde,

1) Çek bedeli altıyüz Türk Lirası veya altında ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmî karşılığı altıyüz Türk Lirasına tamamlayacak bir miktarı,

2) Çek bedeli altıyüz Türk Lirasının üzerinde ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmî karşılığa ilave olarak altıyüz Türk Lirasını,

ödemekle yükümlüdür.

***6273 sayılı Kanun m.2 ile değişiklik: "5941 sayılı Kanun'un 3. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "altıyüz" ibareleri "bin" şeklinde değiştirilmiştir.**

Bu değişikliği takiben Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından 21 Ocak 2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmi Gazete'de "Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ (Sayı: 2010/2)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Sayı: 2014/1)" yayımlandı. Söz konusu Tebliği ile:

20/1/2010 tarihli ve 27468 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ (Sayı: 2010/2)'in **Bankanın sorumlu olduğu miktar** başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan "binkırkbeş Türk Lirası" ibareleri "**binyüzyirmi Türk Lirası (1.120 TL)**" olarak değiştirilmiştir.

Buna göre, muhatap banka, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için;

a) Karşılığının hiç bulunmaması halinde,

1) Çek bedeli **binyüzyirmi** Türk Lirası veya üzerinde ise **binyüzyirmi** Türk Lirası,

2) Çek bedeli **binyüzyirmi** Türk Lirasının altında ise çek bedelini,

b)Karşılığının kısmen bulunması halinde,

1) Çek bedeli **binyüzyirmi** Türk Lirası veya altında ise çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmi karşılığı **binyüzyirmi** Türk Lirasına tamamlayacak bir miktarı,

2) Çek bedeli **binyüzyirmi** Türk Lirasının üzerinde ise çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmi karşılığa ilave olarak **binyüzyirmi** Türk Lirasını ödemekle yükümlüdür.

Muhatap bankanın sorumlu olduğu bu miktar Türkiye İstatistik Kurumu'nca yayınlanan toptan eşya fiyatları yıllık endeksindeki değişmeler göz önünde tutularak, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından, her yıl ocak ayında yeniden belirlenip, Resmi Gazete'de yayınlanacaktır (ÇK m. 3/3).

ÇK'na 6273 Sayılı Kanun'la eklenen 3. maddenin 9. fıkrası uyarınca, çekin üzerindeki baskı tarihinden itibaren 5 yıl içinde çek ibraz edilmezse, muhatap bankanın bu kanuni garanti sorumluluğu da sona erecektir.

4.1.Hamilin İstemi Olmayıp Da Muhatap Bankanın Yasal Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarı Teklif Etme Zorunluluğunun Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Hamili korumaya yönelik yaklaşımımızın sonucu olarak, hamilin açık bir istemi olmaksızın da, muhatap bankanın yasal ödemekle yükümlü bulunduğu miktarın ödenmesini hamile teklif etmesi gerekecektir. Yargıtay 19. HD 15.02.2005 tarihinde 1234 Sayılı Kararı'nda mahkemenin söz konusu yasal ödemekle yükümlü olduğu miktarın hamile ödenebilmesi için hamilin bu konuda açık bir istemini arayan kararını bozmuştur. Dolayısı ile hamil çeki ödenmek için ibraz ettiğinde, muhatap banka söz konusu kanuni garanti miktarını ödemeye hazır olduğunu belirterek ödeme teklifinde bulunmalıdır.

4.2.Hamilin Muhatap Bankanın Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarı Reddetmekle Temerrüde Düşüp Düşmeyeceği Sorunu

Çek hamili, kısmi karşılığı almaktan kaçınmış olacağından, muhatabın yasal olarak ödemekle yükümlü olduğu miktar oranında alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılacak ve reddedilen kısım bakımından keşideci dışındaki çek borçlularına karşı sahip olduğu başvuru hakkını da kaybedecektir. Hamilin kısmi karşılığı kabul etmeyeceğini muhataba bildirmesi üzerine muhatap yetkilisi, çekin üzerine kısmi karşılığının ödenmesinin kendisine önerildiği halde hamil tarafından reddedildiği şerhini düşmeli,

aynı zamanda şerhin altına hamilin imzasını almalı ve söz konusu çekin ön ve arka yüzünün fotokopisini kendisinde saklı tutarak çekin aslını hamile iade etmelidir.[13]

5.MUHATABIN KARŞILIK OLMASINA RAĞMEN ÖDEMEMEKTEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Çek karşılığı bulunması halinde bankanın ödemekle yükümlü olup olmadığı hukukumuzda süregelen tartışmadır. Bir fikre göre, muhatap banka çekin ibraz süresi içinde ve karşılık olsa bile ödemekle yükümlü değildir. Muhatap banka sadece hizmet ifa eden bir kurum olup, düzenleyene karşı sorumludur. Diğer bir görüşteki yazarlara göre ise çekin ödeme aracı olma işlevi vardır ve karşılığın ödenmesini sağlamak, hamilin bu yöndeki güvenini korumak gerekir. Her ne kadar muhatap banka kambiyo borçlusu sıfatı taşımasa da, muhatabın hamil karşısında, süresinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan çekler bakımından genel bir ödeme yükümü vardır.[14]

5941 sayılı ÇK m. 3 fıkra 1 ve 7'ye bakılırsa süresinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan çekin karşılığının ödenmesi gerektiği anlaşılacaktır:

İbraz, ödeme, çekin karşılıksız olduğunun tespiti ve gecikme cezası

MADDE 3 /1

Karşılığı bulunan çek, hesabın bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin varsa vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödenir.

MADDE 3/7

Banka;

a) Çekin karşılığının hesapta bulunmasına rağmen hamiline ödenmesinin geciktirilmesi,

b) Kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın hamile ödenmesinin geciktirilmesi,

hâllerinde, çek hamiline, her geçen gün için binde üç gecikme cezası öder.

Muhatap bankanın süresi içerisinde ibraz edilen çeki, karşılığı bulunmasına rağmen ödememesi, onu kambiyo ilişkisine kesinlikle sokmaz.

13 GÜNAY, Erhan, 2013,***Uygulamalı Çek Rehberi***, Seçkin, s.213

14 BAHTİYAR, Mehmet, 2013, ***Kıymetli Evrak Hukuku***, Beta, s.160,161

Bu anlamda hamilin, muhatabı kambiyo hukukuna dayalı müracaat hakkı kapsamında sorumlu tutması, takip ve dava etmesi mümkün değildir. Karşılığı bulunan bir çek bedelini ödemeyen muhatap bankanın hamile karşı haksız fil hükümlerince; bazı yazarlarca ise "kanundan doğan borç ilişkisi" uyarınca sorumlu olacağı belirtilmektedir.[15] Karşılığı bulunan bir çekin ödenmemesi halinde, muhatap bankanın düzenleyene karşı da sorumluluğu doğacaktır. Düzenleyen bu sebeple doğan zararını haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin ettirebileceği gibi muhatap banka ile arasındaki çek anlaşmasına da dayanabilecektir.[16]

6. SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKİN MUHATAP BANKA TARAFINDAN ÖDENMESİ HALİNDE SORUMLULUK

Sahte ve tahrif edilmiş bir çeki hamiline ödemiş olmasından dolayı doğan zarar, muhatap bankaya aittir. Buradaki zararın keşidecinin zararı olduğu kabul edilmelidir. Zira muhatap banka ödemeyi önce keşidecinin kendi nezdindeki hesabından yapar. TTK m. 812'nin kaleme alınış tarzından muhatap bankanın keşidecinin uğradığı zararı karşılamak zorunda olduğu anlaşılır. Bu nedenle muhatap banka ödediği bedeli keşidecinin kendi nezdindeki hesabından düşemez. Muhatap banka bu durumda zararını ancak sahtecilik ve tahrifat fiilinin failinden talep edebilir. Bu eylemlerin failleri oluşan zarardan TBK m. 49 vd. hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır.

Sahtelikten kasıt, esasen çek üzerinde keşideciye izafe edilen imzanın gerçekte hesap sahibine ait olmamasıdır. Zira muhatap ciro zincirinde yer alan imzaların sıhhatini araştırmakla yükümlü değildir. Dolayısıyla kambiyo ilişkisine dâhil olanlardan sadece keşidecinin imzasındaki sahtelik hallerinde, bir sahte çekten söz edilebilecektir. Çekte tahrifat ise, çek üzerindeki beyanların ilgililerin rızası olmaksızın değiştirilmesidir. Bu açıdan keşidecinin zararına yol açacak en önemli tahrifat, şüphesiz çekteki bedel kısmında değişiklik yapılması ve böylece keşidecinin hesabından daha yüksek bir miktarın çekilmesidir. İşte bu her iki olasılıkta da çeke ilişkin bir ödeme yapılması halinde, keşidecinin uğrayacağı zararı TTK m. 812 uyarınca muhatap tazmin etmek zorunda kalacaktır.[17]

Sahte veya tahrif edilmiş çek

MADDE 812/1

Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar

15 ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, age, s.219
16 KAYAR, İsmail, age, s.708
17 ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, age, s.226

*muhataba ait olur; meğerki senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi s**aklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun.***

Anılan bu yasal hüküm, muhatap banka ile çeki düzenleyen arasındaki ilişki yönünden önemlidir. Banka ibraz edilen çeki öderken çekin sahte (örneğin imzanın düzenleyene ait olmadığı) veya tahrif edilmiş bulunup bulunmadığını özenle inceleyerek ödeme yapmak zorundadır. Sorumluluk yasadan doğan kusursuz sorumluluk niteliğindedir. Ancak ödenmede düzenleyen kişi de kusurlu olabilir (örneğin, çek defterini iyi saklamamış olması, imzanın sahte olduğunu zamanında bankaya bildirmemesi, çekin kaybını, bazı çek yapraklarının kaybını bildirmemesi gibi). Düzenleyenin kusurunu banka ispat edecektir. İspat edemezse muhatap kusursuz dahi olsa düzenleyenin zararını yüklenecektir. Karşılıklı kusur varsa oranlarına göre zarar paylaştırılır.[18]

6.1.Sorumluluğun Niteliği

TTK m.812'de düzenlenen muhatabın sorumluluğu kanundan doğan kusursuz sorumluluk hallerinden biridir. Bankanın ödemede hiç bir kusuru olmasa dahi, zarara banka katlanacaktır. Muhatap banka kusursuzluğunu ispat etse bile, sorumluluktan kurtulamaz. Muhatap banka bu sorumluluktan sadece sahte ve tahrif edilmiş çeki ödemesinden dolayı keşideciye bir kusurun yükleneceği hallerde, keşidecinin bu kusuru oranında kurtulur. Keşidecinin kusursuz olduğu durumlarda veya muhatap bankaca bu tür bir iddia bulunmadığı sürece, zarar kusursuz da olsa sorumluluğun hukuki dayanağı, kusursuz sorumluluk olduğu için zarar bankaca karşılanacaktır.

Zarara katlanan banka, işlemi yapan banka personeline rücu edebilir mi? Tahrifatın aldatma kabiliyetine haiz olması ve bu çekin bankaya ibrazı sonucunda gerekli ve yeterli özen ve titizlik gösterilmesine rağmen zarar verici sonucu doğuran eyleme engel olunamaması durumunda ve görevlilerin kusurlu davranışlarının tespit olunamaması halinde sorumlulukları bulunmamaktadır.[19]

Keşidecinin kusuru belirlenirken, hangi fiillerin kusurlu olabileceğini saptayabilmek için, keşidecinin dikkat ve özen mükellefiyetinin sınırlarını iyi tespit etmek gerekir. Keşidecinin tacir olması halinde basiretli bir tacir gibi davranması gerekecektir (TTK m.18). Keşidecinin tacir olmaması halinde kendisinden makul bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özen beklenmelidir.

18 GÜNAY, Erhan, age, s.73

19 GÜNAY, Erhan, age, s.73

Çekin, gereken dikkat ve özen gösterilmeden doldurulmuş olması, çekin lehtara tesliminde dikkatsiz davranılması, güvenilir olmayan kimseye bilerek çek verilmesi, çekte sahtekarlık ve tahrifatı kolaylaştırıcı davranışlar keşidecinin kusuru olarak değerlendirilir.

6.2.Sorumluluktan Kurtulma Şartı

Uygulamada muhatap bankalar çek sözleşmesine koydukları hükümlerle sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemekten doğan tüm sorumluluğu keşideciye yüklemek istemektedirler. Ancak muhatap bankaları sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemekten dolayı sorumluluktan kurtarmayı amaçlayan bir düzenleme, muhatap bankanın böyle bir çeki ödemede ağır kusurunun bulunduğu durumlarda TBK m. 115[20] hükmüne göre hüküm ifade etmez.

7.MUHATAP BANKANIN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

a.Hamiline çek hesabı sahiplerinin açık kimlikleri, adresleri, vergi kimlik numaraları, bu hesaplardan ödeme yapılan kişilere ait bu bilgiler ile bu kişilere yapılan ödemelerin tutarları ilgili bankalar tarafından dönemler itibarıyla Gelir İdaresi Başkanlığı'na elektronik ortamda bildirilir (ÇK m.4/1).

b.Tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla, tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilir. Söz konusu ilişkinin varlığına yönelik emarelerin bulunması hâlinde, hesabın bulunduğu banka şubesi durumu Gelir İdaresi Başkanlığına bildirir (ÇK m. 4/2).

Bu hüküm, tüzel kişi tacirin kendisi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilen gerçek kişi ortaklarının çek hesaplarının, tüzel kişi tacire ait olacağını söylemektedir. Böylelikle Çek Kanunu çek hesabı yönünden tüzel kişilik perdesini aralayarak, tüzel kişi tacirin gerçek kişi ortaklarına ait çek hesaplarını, tüzel kişi tacire ait kabul etmektedir.[21] TEKİNALP de birçok tüzel kişinin, işlemlerini gerçek kişinin çek hesabından yürütmekte olduğunu, tüzel kişi böylece kendi işlemlerini "peçelemektedir" diyerek "peçeleme"nin arkasına uzanma amacının güdüldüğünü ima etmektedir.

---

20 Sorumsuzluk anlaşması

MADDE 115- Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

21 ULUSOY, Erol, 2010, Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, s.72

c.Bankalar, hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenlendiğini tespit etmeleri hâlinde, mevcut delilleriyle birlikte durumu, tespit tarihinden itibaren en geç bir hafta içinde Cumhuriyet Başsavcılığına ve Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdür (ÇK m. 4/3).

Hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan, hamiline düzenlenen çeklerin geçerli olup olmadığı konusunda yasada açık bir düzenleme yoktur. ÇK m. 2/9'da "Türk Ticaret Kanunu'ndaki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin bu maddede yer alan koşullara aykırı olması çekin geçerliliğini etkilemez" denildiğinden; matbu "hamiline" ibaresi taşımayan hamile yazılı çekler, TTK hükümlerine uyulması şartıyla geçerli sayılacaktır. Ancak hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenleyen kişi, bu aykırılığı içeren her çekle ilgili olarak bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (ÇK m. 7/9). Bankalar, hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenlendiğini tespit etmeleri halinde, mevcut delilleriyle birlikte durumu, tespit tarihinden itibaren en geç 1 hafta içinde Cumhuriyet Başsavcılığına ve Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdür (ÇK m. 4/3).[22]

SONUÇ

5941 sayılı Çek Kanunu çek kullanımından doğan olumsuzlukları gidermek için bir takım önlemler öngörmüştür. Muhatap bankaya bazı mükellefiyetler yüklemiştir.

Çekte muhatabı belirlerken, "Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap olarak Türk Ticaret Kanunu'na göre, sadece bankalar kanununa tabi bir banka gösterilebilir" kuralını belirtmeliyim.

Muhatap banka süresinde ödeme için kendisine ibraz edilen bir çekin kısmen karşılığı bulunduğu hallerde bu miktarı ödemekle yükümlüdür. Muhatap bankanın çek bedelinin kısmen veya tamamen ödenmeyeceğinin tespiti halinde ibraz tarihi ve kısmen ödememe nedenini çekin üzerine yazarak çeki hamile geri vermesi gerekmektedir.

Muhatap banka çekin karşılıksız kalması üzerine yeterli karşılığı olmadığı için çekin ödenmediği ve hesap sahibi hakkındaki bilgileri Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasına bildirmekle yükümlüdür. Sahte ve tahrif edilmiş bir çekin hamile ödenmesinden doğan zarar Türk Ticaret Kanunu'nun m.812 hükmünde öngörüldüğü gibi muhatap bankaya ait olmaktadır. Muhatap bankanın kanundan doğan bu sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Herhangi bir kusurun bulunmadığı hallerde dahi bu ödeme nedeniyle keşidecinin uğradığı zararı karşılamak zorundadır. Ke-

22 REİSOĞLU, Seza, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 72, s.51

şideciye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenebildiği durumlarda ise muhatap banka keşidecinin bu kusuru oranında sorumluluktan kurtulur.

KAYNAKÇA

- BAHTİYAR, Mehmet, 2013, ***Kıymetli Evrak Hukuku***, Beta
- GÜNAY, Erhan, 2013, ***Uygulamalı Çek Rehberi***, Seçkin Yayınevi
- KAYAR, İsmail, 2013, ***Ticaret Hukuku***, Seçkin Yayınevi
- REİSOĞLU, Seza, 2010, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, ***Bankacılar Dergisi***, S. 72
- REİSOĞLU, Seza, 1985, ***Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek***
- ŞAHİNALP, Kaan, 2000, Çekte Muhatap ve Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, ***Sayıştay Dergisi***, S.39
- TEKİL, Müge, 1997, ***Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu***, İstanbul, Beta
- ULUSOY, Erol, 2010, Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.1, S.1
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan, 2006, ***Kıymetli Evrak Hukuku,*** Vedat Kitapçılık

İNTERNET ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

Av. Can YAVUZ[1]

1- İNTERNETİN GELİŞİMİ VE KISA TARİHİ

Bir bilginin bilgisayar tarafından kullanılabilmesi ve işlenebilmesi için veri (bilgisayar tarafından işlenebilecek ve kullanılabilecek sayısal birim) haline getirilmesi gerekmektedir. 1960'lı yıllarda şirketler ve devletler bilgisayar kullanmaktaydılar fakat her şirket ve devlet farklı teknoloji kullandığından dolayı bilgisayarlar arasında ağ kurmak oldukça zordu. Tüm donanımların birbirleri ile uyumlu hale getirilmesi ve ayarlarının değiştirilmesi gerekmekteydi. Bu zorlukların yanında, o dönemde kurulan her ağın çalışması için bir ana bilgisayara ihtiyacı vardı ve ana bilgisayarda meydana gelen bir sorun tüm ağın çökmesine sebep olmaktaydı. Tüm bu sebeplerden ötürü, ABD(Amerika Birleşik Devletleri), Soğuk Savaş sırasında, nükleer bir saldırı da dahil olmak üzere, herhangi bir saldırı altında askeri kuvvetler, devlet kurumları ve araştırma merkezleri arasında kesintisiz iletişimi sağlamak için 1969 yılında ARPANET (Advanced Research Projects Agency Net) projesini başlatır[2].

ARPANET projesi bilgisayarlar arasında veri iletişimini sağlamak için ortak bir ağ yaratmaya odaklanmıştır. Transmission Control Protocol (TCP) ve IP (Internet Protocol) protokollerinin geliştirilmesi ile bilgisayarlar arasında ortak bir ağ yaratılmış ayrıca ana bir bilgisayara gerek kalmaksızın bilgisayarlar arasında iletişim kurulması olanaklı hale gelmiştir. Elektronik postanın icat edilmesi ile bir ağ üzerinden mesaj gönderilmesi de olanaklı hale gelir.

İnternet kamuya açık bir ağ olarak tasarlanmamış fakat gelişimi aksi yönde olmuştur. 1973 yılında küresel bir ağ kurma fikri ortaya çıkar. Norveç ile İngiltere bu yönde çalışmalara başlar ve bilgisayarlar arasında bağlantılar kurulmaya çalışılır ve başarılı olunur. Bağlantılı noktaların sayısı 1977 yılına gelindiğinde 100'den fazladır. 1980'li yıllara gelindiğinde ise Amerikan Hükümeti ARPANET'i sivil hizmete açmaya karar verir. 1983 yılından itibaren ARPANET, TCP/IP protokolünü kullanmaya başlar. TCP/

1 İstanbul Barosu avukatlarından

2 Artun AVCI, **Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü,** Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013, ('Avcı'), s. 29; Mehmet Bedii KAYA, **Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi,** 12 Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2010, ('Kaya'), s. 5

IP protokolü artık bilgisayarlar arasındaki iletişimde resmi ve en yaygın protokol olmuştur, bu ortak dil sayesinde ortak ve global bir ağ kurulmaya başlanmıştır. 1984 yılına gelindiğinde bağlantılı nokta sayısı 1000'i aşmıştır. Alan ismi sisteminin, DNS (Domain Name Server), geliştirilmesi sayesinde artık internette aranılanları bulmakta kolaylaşmıştır. Tüm bunlar olurken, Sovyetler Birliği'nin çökmesi ile askeri amaçları olan ARPANET faaliyetine son verilecektir. 1989 yılında, CERN (Centre Europeen Recherces Nucleares) bilimsel araştırma kurumunun World Wide Web'i geliştirmesi ile enformasyona ulaşım ve aktarılma çok daha kolay hale gelmiştir. Ayrıca 'http' (Hyper Transfer Protocol) sayesinde internet üzerinden yazı, resim, ses, video gibi farklı verilerin gönderilmesi mümkün hale gelmiştir. Tüm bu icatlar ve gelişmeler sayesinde artık ortak ve global bir ağ fikri, yani internet olanaklı hale gelmiş ve hızla yaygınlaşmıştır[3].

Türkiye'de ise 1991 yılı sonuna doğru ODTÜ (Ortadoğu Teknik Üniversitesi)ve TÜBİTAK'ın (Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu) başlattığı bir proje sonunda 1992 yılında Hollanda ile deneysel bir bağlantı yapılmıştır. PTT'ye (T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü) yapılan başvuru sonuçlanmasında sonra kiralık bir hatla, 12 Nisan 1993 tarihinde ODTÜ'den ABD'ye TCP/IP protokolü üzerinden ilk internet bağlantısı gerçekleştirilmiştir. Bu sebepten ötürü, 12 Nisan Türkiye'de internetin doğum günü olarak kabul edilmektedir. 1994 yılında Telgraf ve Telefon Kanunu ile PTT'ye internet için gerekli altyapıyı kurma görevi verilir. Türkiye'de teknolojik altyapının kurulmaya başlamasıyla, 1996 yılından sonra, internet geniş kitlelerin hizmetine sunulmaya başlamıştır[4].

2- TÜRKİYE'DE İNTERNET KULLANIMI ve KULLANICI PROFİLİ

Türkiye'de internet ve bilgisayar kullanımı gün geçtikçe artmaktadır. Türkiye internet kullanıcısı sayısı bakımından dünyada 18. sırada yer almaktadır. Son rakamlara göre Türkiye'de 35,158,210 internet kullanıcısı vardır ve nüfusun yüzde 47'si internet erişebilmektedir[5]. Tablo 1, Türkiye'nin online dünyada ciddi potansiyeli olduğunu fakat, halen kat edeceği çok fazla yol olduğunu da göstermekte, yıllar geçtikçe internet kullanımının hızla arttığını göstermektedir. Tablo 2 ise; maddi sebepler, ihtiyaç duymama ve kullanmayı bilmeme sebeplerini başta olmak üzere, neden evlerde internet erişimi olmadığını göstermektedir. Tablo 3, internetin gençler ve eğitimli kesimler arasında, diğer kesimlere göre, yaygın

3 Avcı, a.g.e., s. 29

4 Avcı, a.g.e., s. 36-43

5 Bilgi http://www.internetlivestats.com/internet-users/ adresinden alınmıştır. Erişim tarihi 04.04.2014

olarak kullanıldığını göstermektedir. Tablo 4, düzenli olarak internet kullanan bireylerin, internete erişimi olan bireylere kıyasla çok daha az olduğunu göstermektedir. Tablo 5'e göre internet en çok; e-posta ile iletişim kurmak, haber okumak, sosyal ağlar üzerinden sosyalleşmek, sağlık, mal ve hizmetler ile ilgili bilgi almak amacıyla kullanılmaktadır.

Tablo 1 - Türkiye'de yıllara göre 16-74 yaş grubundaki bireylerde bilgisayar ve internet kullanım oranları[6]

	Yıl	Bilgisayar			İnternet		
		Toplam	Erkek	Kadın	Toplam	Erkek	Kadın
Türkiye	2004	23,6	31,1	16,2	18,8	25,7	12,1
	2005	22,9	30,0	15,9	17,6	24,0	11,1
	2006	-	-	-	-	-	-
	2007	33,4	42,7	23,7	30,1	39,2	20,7
	2008	38,0	47,8	28,5	35,9	45,4	26,6
	2009	40,1	50,5	30,0	38,1	48,6	28,0
	2010	43,2	53,4	33,2	41,6	51,8	31,7
	2011	46,4	56,1	36,9	45,0	54,9	35,3
	2012	48,7	59,0	38,5	47,4	58,1	37,0
	2013	49,9	60,2	39,8	48,9	59,3	38,7

6 Bilgiler Türkiye İstatislik Kurumu'nun Hanehalkı Bilişim Teknolojileri Kullanımı 2013 Araştırmasından alınmıştır. http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13569, Erişim tarihi 04.04.2014

Tablo 2 - Evden internet erişim imkanı olmayan ev oranı ve nedenleri[7]

	%
Evden İnternete erişim imkanı olmayan hane oranı	**50,2**
İnterneti başka yerde kullandığından (iş, okul, internet kafe, vb.)	16,8
Hanede kimsenin İnternet kullanmasına gerek olmuyor (içerik faydasız, zararlı veya ilginç değil vb.)	35,7
Fiyatlar yüksek olduğundan bilgisayar vb. cihaz alamıyor	28,2
İnternete bağlantı ücretinin yüksek olması (ADSL, çevirmeli bağlantı, abonelik vb. ücretleri)	29,8
Kullanmayı yeterince bilmiyor	20,3
Gizlilik ya da güvenlik sebebiyle kullanılmıyor	1,4
Bulunulan bölgede genişbant bağlantı imkanı bulunmuyor	2,0
Kullanmak için fiziksel engeli bulunuyor	0,4
İnternet hakkında hiçbir fikri yok	12,1
Diğer	0,5

Tablo 3 – Ocak-Mart 2013 arasında internet kullanan bireylerin yaş grubu ve eğitim durumuna göre internet kullanımı[8]

	Toplam	Erkek	Kadın
Yaş grubu			
16 - 24	68,7	80,1	57,5
25 - 34	58,8	69,1	48,4
35 - 44	45,6	56,7	34,4
45 - 54	24,9	34,7	15,1
55 - 64	11,1	16,8	5,7
65 - 74	4,2	7,5	1,5

7 Bilgiler Türkiye İstatislik Kurumu'nun Hanehalkı Bilişim Teknolojileri Kullanımı 2013 Araştırmasından alınmıştır. http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13569, Erişim tarihi 04.04.2014

8 Bilgiler Türkiye İstatislik Kurumu'nun Hanehalkı Bilişim Teknolojileri Kullanımı 2013 Araştırmasından alınmıştır. http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13569, Erişim tarihi 04.04.2014

Eğitim Durumu			
Bir okul bitirmedi	2,6	6,1	1,5
İlkokul	17,9	22,5	13,4
İlköğretim/Ortaokul ve dengi	59,4	65,9	50,7
Lise ve dengi	74,5	76,5	71,6
Yüksekokul, fakülte ve daha üstü	91,7	91,9	91,4

Tablo 4 – Haftada en az bir kez internet kullanan bireylerin oranı[9]

	Tüm bireyler içinde		
	Toplam	**Erkek**	**Kadın**
Türkiye	**39,5**	**49,2**	**30,0**
Kent	48,0	58,0	38,0
Kır	20,6	29,3	12,2

Tablo 5 – Ocak-Mart 2013 tarihleri arasında internet kullanan bireyleri interneti kullanma amaçları[10]

%

Amaçlar	**Türkiye**	**Kent**	**Kır**
E - Posta gönderme/alma	62,5	63,8	56,1
İnternet üzerindeki sosyal gruplara katılma	73,2	72,1	78,3
Online haber, gazete ya da dergi okuma	75,6	76,4	71,8
Düzenli olarak bilgi almak için haber servis ya da ürünlerine abone olma	21,3	21,8	18,7
Sağlıkla ilgili bilgi arama (yaralanma, hastalık, beslenme, vb.)	59,6	62,4	46,2
Eğitim ve kurslarla ilgili bilgi arama	45,9	47,7	37,5
Mal ve hizmetler hakkında bilgi arama	59,9	62,7	46,3
Yazılım indirme (oyun yazılımları hariç)	19,1	20,0	14,7

9 Bilgiler Türkiye İstatislik Kurumu'nun Hanehalkı Bilişim Teknolojileri Kullanımı 2013 Araştırmasından alınmıştır. http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13569, Erişim tarihi 04.04.2014

10 Bilgiler Türkiye İstatislik Kurumu'nun Hanehalkı Bilişim Teknolojileri Kullanımı 2013 Araştırmasından alınmıştır. http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13569, Erişim tarihi 04.04.2014

Web siteleri aracılığıyla toplumsal veya siyasal konular ile ilgili görüşleri okuma veya paylaşma	28,7	28,9	28,0
Toplumsal veya siyasal bir konuda online bir oylamaya katılma	12,8	13,6	9,1
Herhangi bir konuda online (çevrimiçi) eğitim alma (yabancı dil, bilgisayar vb.)	8,4	9,0	5,5
Herhangi bir konu ile ilgili bilgi almak için Wikipedia, On-line ansiklopedi vb. kullanma	32,6	33,8	26,2
İş arama ya da iş başvurusu yapma	12,9	13,8	8,4
Profesyonel bir gruba katılma	4,2	4,7	1,7
Seyahat veya seyahat ile ilgili konaklama için online hizmetleri kullanma	26,6	27,4	25,5
Mal veya hizmet satışı	9,3	10,0	6,0
İnternet üzerinden telefonla görüşme / video görüşmesi (webcam ile)	55,1	56,6	47,4
İnternet bankacılığı	24,8	26,8	15,4

3-KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ERİŞİM ENGELLEMESİ

3.1. ABD

İnternet doğası gereği tek bir merkezden kontrol edilemez, internetin yönetimi için birçok uluslararası kurum ve ülke işbirliği yapmaktadır. Tüm bunlara rağmen, internetin düzenlenmesine ve geliştirilmesine etki eden birçok kurum Amerika kökenlidir. Alan adlarını sisteminin teknik yönetimi, protokol parametrelerinin belirlenmesi, kök sunucularının yönetimi gibi internet hakkında birçok konuda söz sahibi olan ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Number) kurumu bu kurumlara bir örnek olarak gösterilebilir. IP adreslerinin yönetimi konusunda yetkili kurum olan IANA (Internet Assigned Numbers Authority) yine Amerikan Ticaret Bakanlığı tarafından kurulmuş özerk bir kurumdur. Kurumlar Amerikan kökenli olması sebebiyle, internetin ABD tarafından yönetildiğine dair yerleşmiş bir algı mevcuttur[11].

ABD'de yaklaşık 267 milyon internet kullanıcısı vardır, nüfusun yüzde 84'ünün internet kullanıcıdır ve dünyadaki kullanıcıların yüzde 9.7'si internete ABD'den bağlanmaktadır[12]. Nüfusun ciddi bölümü internet kullanıcısı olduğundan dolayı, internet ülke gündemini belirlemekte ciddi bir

11 ICANN hakkındaki bilgiler kurumun resmi sitesinden alınmıştır, https://www.icann.org/en/about/welcome . IANA hakkındaki bilgiler kurumun resmi internet sitesinden alınmıştır, https://www.iana.org/about, Erişim tarihi 16.04.2014

12 Bilgiler http://www.internetlivestats.com/internet-users/ adresinden alınmıştır. Erişim tarihi 02.04.2014

öneme sahiptir. ABD internet içeriğine müdahalesi dört alanda yoğunlaşmaktadır ve bunlar; çocuk pornografisi, müstehcenlik, fikri mülkiyet ihlalleri ve terörizmdir.

Müstehcenlik ile ilgili sınırlamalar özellikle çocukların internetteki zararlı olabilecek müstehcen veya zararlı içerikten korunması üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu amaçla 1996 yılında Communications Decency Act yürürlüğe konulmuştur. Kanunun amacı internetteki müstehcen veya zararlı içerikten çocukları korumak, internetteki pornografik materyalleri düzenlemektir. Kanuna göre bu zararlı olan tüm içeriğe çocukların erişimi ve iletimi yasaklanmalıdır. Bunun için internete erişimde yaş doğrulaması uygulaması da dahil olmak üzere tüm tedbirler alınmalıdır. Bu kanun, Reno v. ACLU davasında ifade hürriyetini ihlal etmesi sebebiyle Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir[13]. Kararda müstehcen, edepsiz içeriğin kanunda açık bir şekilde belirlenmediği, muğlak olduğu, internetin kendisine özgü bir içerik olduğu, internet kullanıcısının yaşının tespitinin imkansız olduğu, kanunun ifade hürriyeti üzerinde çok ağır bir yük getirdiği sebepleriyle, Amerikan Anayasasının birinci ekine muhalefetten kanun iptal edilmiştir[14].

İptal edilen kanundan doğan boşluk 1998 yılında Child Online Protection Act ile doldurulmuştur. Bu kanunda birçok kez yargı organları önüne gelmiş, uygulanması ertelenmiş veya yürütmesi durdurulmuştur. Kanuna göre kütüphanelerde, okullarda filtreleme yazılımları kullanılması zorunlu hale getirilmiştir. Filtreleme yazılımlı ile daha önceden zararlı olarak belirlenen içeriğe erişim kısıtlanmaktadır. Kanuna göre, içerik sağlayıcılar kredi kartı veya kullanıcıların yaşını belirleyebilecek olanaklara sahip olmasına rağmen çocuklara zararlı içerik sağlarsa bu durumdan sorumlu olacaklardır. Kanunun uygulamaları göz önüne alınarak 2009 yılında, yargı organları tarafından, ifade hürriyetini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir[15].

ABD'de internetteki zararlı içerikten, çocuk pornografisinden ve müstehcenlikten çocukların korunması amacıyla halen yürürlükte olan kanun Children's Internet Protection Act'dir. 2000 yılında çıkarılan kanun 2003 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından Amerikan Anayasasına uygun bulunmuştur. Bu kanuna göre kütüphanelerde ve okullarda filtreleme sistemleri kurulmalıdır aksi takdirde okul ve kütüphanelerin aldığı

13 Kaya, a.g.e., s. 49-50; http://en.wikipedia.org/wiki/Communications_Decency_Act, Erişim tarihi 02.04.2014

14 Reno v. ACLU davasının karar metni için http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/521/844 Erişim tarihi 02.04.2014

15 Kaya, a.g.e., s. 49-50; http://en.wikipedia.org/wiki/Child_Online_Protection_Act Erişim tarihi 02.04.2014

federal yardım kesilecektir. Yetişkinler filtreleme kurulmuş bilgisayarları kullanırken filtreleme sistemleri kapatılabilecektir[16].

ABD'de internetin içeriğine müdahale sebeplerinden bir diğeri ise çocuk pornografisidir. Federal kanunlara göre, 18 yaş altındakilerin cinsel açıdan açıkça görsel tasviri çocuk pornografisi olarak tanımlanmıştır. Kanunlar bu şekildeki tasvirlerin üretimi, dağıtımı, dış ülkelere dağıtımı (ithalatı), alınmasını ve bulundurulmasını suç olarak kabul etmiştir. Günümüzde çocuk pornografisi ile ilgili suçlar genelde internet üzerinden işlenmekte olduğundan dolayı, ABD bu konuda oldukça hassas davranmakta, genellikle bahsi geçen suçlarla ilgili bir kaynak bulduğunda onu izleyip yakalamak için elinden geleni yapmaktadır. Ayrıca etkin bir şekilde ilgili içeriği barındıran siteleri engellenmektedir. Çocukların zararlı içeriğe erişimini engellemek için ebeveynlere filtreleme yöntemleri tavsiye edilmekte, çocukların bu suçun mağduru olmalarını engellemek için yine ebeveynlere teknoloji kullanarak çocuklarını izlemeleri tavsiye edilmektedir[17].

ABD'nin internet içeriğine müdahale ettiği alanlardan birisi ise terörizmdir. 11 Eylül'den itibaren ABD terörizm komsunda internete ciddi ölçüde müdahale etmeye başlamıştır ve buna hukuki dayanağı 2003 yılında Pentagon'un çıkardığı International Operations Roadmap isimli düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre Amerikan ordusu internette düşmanlara karşı psikolojik savaş yapacak, düşman networklerini çökertmek için siber saldırılarda bulunacak, medyaya yanış bilgi sızdırarak bilgi kirliliği yaratacaktır. Bu uygulamaların keyfi şekilde yapıldığı öne sürülmüş ve uygulama ciddi eleştiri almıştır[18].

İnternete başka konular sebebiyle de müdahale edilmektedir. Fikri mülkiyet haklarının korunması için bu alanlarda ihlal yapanlara ağır para cezaların öngörülmüştür ve kullanıcılar üstünde sosyal baskı yaratılmaya çalışılmaktadır. İnternet üzerinden şans oyunu oynayanların suç ve istismardan korunması için 1999 yılında bir kanun kabul edilmiştir. Son olarak ABD'de politik amaçlarla internette sansür uygulandığı bilinmektedir[19].

---

16 Kaya, a.g.e., s. 51; http://en.wikipedia.org/wiki/Children's_Internet_Protection_Act Erişim tarihi 02.04.2014

17 Bilgiler Amerikan Adalet Bakanlığı'nın resmi internet sitesinden alınmıştır. http://www.justice.gov/criminal/ceos/citizensguide/citizensguide_porn.html Erişim tarihi 02.04.2014

18 Kaya, a.g.e., s. 53-54

19 Güven KÖSE, Kerem ÖZEN, 'internet'te Sansür Üzerine Bir Değerlendirme' ('Köse, Özen'), s. 115. Makale http://www.bby.hacettepe.edu.tr/e-bulten/dosyalar/file/kose_ozen_by2010.pdf adresinden alınmıştır. Erişim tarihi 03.04.2014

Freedom House'un İnternet Özgürlüğü 2013 Raporuna göre ABD internetin özgür olduğu ülkelerden birisidir ve 2013 yılı puanı 17'dir. (Rapora göre en iyi puan 0, en kötü puan 100'dür) Raporda, 2013 yılının internet açısından önemli olayları olarak; Wikileaks aracılığı ile sızdırılan belgelerde geçen kullanıcıların haklarının ihlali, Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen fakat hala Senato'nun onayını almayan ve kullanıcı haklarını ihlal edebilecek bir düzenleme olarak görülen Cyber Intelligence Sharing and Protection Act gösterilmektedir[20].

3.2. Avrupa

Avrupa ülkeleri internete ilişkin düzenlemelerin uluslararası olması gerektiğini kısa sürede anlamış, yapılan birçok düzenlemede sadece Avrupa Birliği üyesi ülkeleri değil, Avrupa Konseyi hatta konseyin üyesi olmayan ülkeleri de sözleşmelere taraf olmaya davet etmişlerdir.

İnternete ilişkin en önemli uluslararası hukuki düzenleme olarak, 2001 yılında imzaya açılan, 2004 yılında yürürlüğe giren Avrupa Siber Suç Sözleşmesi gösterilebilir. Sözleşmeyi 42 devlet imzalamış ve onaylamıştır. Türkiye'nin de 2010 yılında sözleşmeyi imzalamış fakat hala onaylamamıştır[21]. Türkiye sözleşmenin 2003 yılında çıkarılan, 2006 yılında yürürlüğe giren ek protokolü ise imzalamamıştır[22]. Ek protokol ırkçılığın, yabancı düşmanlığının, nefret söyleminin internet üzerinden işlenmesini suç kabul etmekte ve bu suçlarla mücadele için ortak bir hukuki çerçeve hazırlamaktadır. Türkiye'nin ek protokole taraf olmamasına sebep olarak kişisel hakların korunması için bir düzenleme yapılmamış olması ve Ermeni Soykırımı iddiaları gösterilmektedir[23].

Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin başlıca üç amacı vardır. Bunlar; suçların ortak tanımını yapmak ve mevzuatın ortak olmasını sağlamak, bilişim hukukuna uygun şekilde devletlere yetki tanımak ve yargılama kurallarını ortaklaştırmak, uluslararası işbirliği yöntemleri belirlemek ve bu yöntemleri hızlı şekilde uygulamaktır[24].

---

20 Freedom House, 'Freedom on the Net 2013' ('Freedom House') s. 784. Raporunun tam metni için http://freedomhouse.org/sites/default/files/resources/FOTN%202013_Full%20Report_0.pdf adresinde bulunabilir. Erişim tarihi 03.04.2014

21 Sözleşmeye taraf devletlerin tam listesi için http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=&DF=&CL=ENG Erişim tarihi 05.04.2014

22 Ek protokole taraf devletlerin tam listesi için http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=189&CM=1&DF=&CL=ENG Erişim Tarihi 05.04.2014

23 Avcı, a.g.e., s. 250-261

24 Murat ÖNOK, **'Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığından Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği'**, Makale http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/nurcentel/muratonok.pdf adresinden alınmıştır. ('Önok'), s.1242, Erişim tarihi 05.04.2014

Sözleşmedeki suçlar beş kategoride tanımlanabilir. İlk kategori bilgisayar veri veya sistemlerinin gizliliği, bütünlüğü ve kullanıma açık bulunmasına yönelik suçlardır (yasadışı erişim, virüs dağıtımı, sistemlere müdahale, gizli belgelere ulaşma, cihazların kötüye kullanımı). İkinci kategori, bilgisayarlarla ilgili suçlardır (sanal sahtecilik ve sahtekarlık). Üçüncü kategori içerikle ilgili suçlardır (çocuk pornografisi üretimi, dağıtımı, bulundurmak). Dördüncü kategori fikri mülkiyete ilişkin suçlardır. Son kategori ise suça yardım, teşebbüs, teşvik etmek suçlarıdır[25].

Sözleşmeye birçok açıdan eleştirilmiştir. Sözleşmenin sürekli değişen ve gelişen siber suç karşısında kısa sürede eskiyeceği belirtilmiştir. Sivil toplum kuruluşlarının ve bazı devletlerin sözleşmenin hazırlanması sırasında görüşlerinin alınmadığı sıkça dile getirilmektedir (11 Eylül saldırılarının yarattığı konjonktür bu durumun oluşmasından etkili olmuştur). Sözleşme internet servis sağlayıcılara ağır yük getirmekle eleştirilmektedir. Son olarak sözleşme özel hayatın gizliğine müdahale konusunda eleştirilse dahi, sözleşmenin AİHS ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne uygun olduğu söylenebilir[26].

Sözleşmede servis sağlayıcıların trafik verilerini düzenli olarak toplama ve belirli bir süreyle saklama zorunluluğuna dair bir hüküm yoktur. Önemli başka bir nokta ise, sözleşmede erişim engellenmesine verilmemiş olmasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere sözleşme uluslararası adli yardımlaşma üzerinde yoğunlaşmaktadır.

28 Mayıs 2003 tarihinde, 840 sayılı Delegeler Komitesi Toplantısında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnternette İletişim Özgürlüğü Deklarasyonu kabul edilmiştir. Deklarasyon Türkiye'nin de aralarında bulunduğu tüm Avrupa Konseyi üyeleri tarafından kabul edilmiştir. Deklarasyon AİHS 10. maddeyi (ifade özgürlüğü) esas alarak, internette ifade özgürlüğünü savunmaktadır. Deklarasyonu kabul eden devletlere bu hakkı yerine getirmeyi taahhüt etmişlerdir.

Deklarasyona göre, devletler internete diğer kitle iletişim araçlarından daha fazla müdahale etmeyeceklerdir. İnternete dair ortak düzenlemeler yapılması teşvik edilecektir. Devletler genel bloklama veya merkezi filtreleme yöntemleri kullanmamalıdırlar fakat okul ve kütüphanelerde filtreleme yöntemleri kullanılabilir. AİHS madde 10/2 kapsamında içerik kaldırma veya içeriğe erişimin engellenmesi yöntemi kullanılabilir. İnternet ulaşılabilir olmalı, teşvik edilmelidir. İnternet yoluyla sağlanan servisler farklı grupların ihtiyaçlarına göre, çoğulcu bir şekilde sunulması teş-

25 Avcı, a.g.e., s. 253

26 Önok, a.g.e., s.1245-2146

vik edilmelidir. İnternet servis sağlayıcılar, internet üzerindeki içerikten sorumlu tutulmamalıdır. İnternet servis sağlayıcılar yasadışı faaliyetlerin araştırılması için sorumlu tutulmamalıdır. Kullanıcıların kimlik bilgilerini ifşa etmeme hakkına saygı duyulmalıdır[27].

Bir başka önemli bildiri ise, Kitle İletişim Politikası 7. Avrupa Bakanlar Konferans'ında, 11 Mart 2005 tarihinde, kabul edilen siyasi bildiridir. Bu bildiri; kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğü hakkını, kültürel çeşitliliği ve çoğulcu medyayı, insan haklarına saygılı bir medya ve iletişim hizmetlerini ilke olarak benimsemektedir[28].

13 Mayıs 2005 tarihinde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Bilgi Toplumunda İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Bildirisi, Avrupa Konseyi üyeleri tarafından kabul edilmiştir. Bildiri, bilgi toplumunda insan hakları ve hukukun üstünlüğü hakkındadır. Bildiriye göre, internetteki ifade ve iletişim özgürlüğü AİHS madde 10/2 çerçevesinde sınırlanmalıdır. Ayrıca, uluslararası mevzuat yaygınlaştırılmalı, ülkeler iç hukuklarını uluslararası mevzuata uygun hale getirmeli, devlet tüm kurumlarla iş birliği yaparak siber suçlara karşı savaşmalı, sansürün engellenmesi için yasal ve uygulanabilir önlemler alınmalıdır[29].

3.3. Çin

642 milyon internet kullanıcı ile nüfusunun yüzde 46'sı internet kullanıcısı olan Çin, dünyanın en fazla internet kullanıcısına sahip ülkesidir ve dünyadaki tüm kullanıcıların yüzde 23.3'ü internete Çin'den bağlanmaktadır [30]. Freedom House'un House'un İnternet Özgürlüğü 2013 Raporuna göre Çin'de internet özgürlüğü yoktur, Çin'in 2013 yılı puanı 84'dür (Rapora göre en iyi puan 0, en kötü puan 100'dür). Aynı rapora göre Çin'de sosyal medya bloke edilmiştir, politik ve sosyal sebepler yüzünden internete müdahale vardır ve internet kullanıcıları devlet tarafından tutuklanmaktadır.[31]. Çin Sınır Tanımayan Gazetecilere göre Çin internet düşmanı ülkeler kategorisinde yer almaktadır[32].

27 Deklarasyonun tam metni için bakınız, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=37031 Erişim tarihi 05.04.2014

28 Bildirinin tam metni için bakınız, http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/icerikgoster.aspx?icerik_id=a586249c-9bab-4fae-9803-bf8385a40787 Erişim Tarihi 05.04.2014

29 Avcı, a.g.e., s. 267-268, Bildirinin tam metni için bakınız, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849061 Erişim tarihi 05.04.2014

30 Bilgiler http://www.internetlivestats.com/internet-users/ adresinden alınmıştır. Erişim tarihi 02.04.2014

31 Freedom House, a.g.e., s. 181

32 Bilgi Reporters Without Borders'ın resmi internet sitesinden alınmıştır. İnternet düşmanı ülkelerin tam listesine http://en.rsf.org/internet-enemie-viet-nam,36694.html adresinden ulaşılabilir. Erişim tarihi 04.04.2014

Çin internet ağına 1990 yılında, gerekli denetim sistemlerini kurduktan sonra dahil olmuştur. Çin'de internet kamusal alanın bir uzantısı olarak görülmektedir ve dünyanın en fazla internet kullanıcısına sahip olmasına rağmen, Çin halen internet erişimini kısıtlamayı başarabilmektedir. İnternetin kontrolü için oldukça fazla altyapı yatırımı gerekmektedir ve Çin bu altyapı için ciddi paralar harcamaktadır. Çin'in interneti engellemek kurduğu tüm sistemler 'Büyük Çin İnternet Duvarı' olarak adlandırılmaktadır.

Çin internet duvarını oluşturmak için birden fazla yöntem kullanmakta ayrıca uluslararası şirketlerle işbirliği yapmaktadır. Çin öncelikle tüm internet çıkış noktalarını kontrol altına almış ve dünyanın en büyük router üreticisi olan CISCO ile anlaşarak bir internet duvarı geliştirmiştir. Routerlar aracılığı ile bir veriyi bir noktadan başkasına taşırken veriyi ağda kaybederek internet kontrol edilmektedir. Ayrıca Yahoo, Google, Microsoft gibi firmalar da Çin'in internet sansürünü sürdürmeleri için adeta destek vermektedir ve tüm sistemlerini Çin'in internet politikaları ile uyumlu hale getirmişlerdir. Çinli kullanıcıların özel verileri, Çin hükümeti istediği takdirde bu şirketlerce paylaşılmaktadır. İnternetteki kullanıcıların fiziksel izlerini sürmek için ise farklı yöntemler kullanılmaktadır. Çin'de internet erişimine sahip olmak için kişilerin kendilerini yerel polis karakoluna gidip kendilerini kayıt ettirmesi gerekmektedir. Devlet tarafından internet servis sağlayıcılara, kullanıcıların tanıtma bilgilerini, internette yaptığı aktiviteleri 60 gün süreyle saklama zorunluluğu getirilmiştir. İnternet kafelerde de filtreleme programı kullanma zorunluluğu bulunmakta ve internet kafeler müşterilerin kimlik bilgilerini almak zorundadırlar[33]. Haber sitelerine yorum yapabilmek için internet kullanıcılarının kimlikleri üye olmaları gerekmektedir. Tüm bunların yanında dünyaca ünlü birçok internet sitesi erişime engellenmiştir. Çin'in kısıtladığı internet sitelerine örnek kısa liste olarak; Chinese Wikipedia, YouTube, Flickr, Blogspot, Blogger, Facebook, Yahoo, Twitter, DailyMotion, Huffington Post, ImageShack, Amnesty International, Human Rights Watch, Reporters Without Borders, Tayvan tarafından barındırılan web siteleri, Dalai Lama hakkındaki web siteleri, pornografi içeren web siteleri örnek gösterilebilir. Ayrıca demokrasi, insan hakları, diktatörlük, zulüm, 4 Haziran (Tiananmen olayları nedeniyle), Tibet bağımsızlığı, Dalai Lama, Falun Gong gibi kelimeler Çin arama motorları tarafından aranması yasaklanmıştır[34].

Çin Enformasyon Bakanlığı'nın, Provisions on the Administration of

33 Kaya, a.g.e., s. 61-63

34 Köse, Özen, a.g.e., s. 116

Internet Information Services adlı düzenlemesi 19. maddesine göre; ulusal güvenliği ve bütünlüğü tehdit eden, devlet sırlarını ifşa eden, ulusal menfaatlere zarar veren, ırkçılığa sevk eden, dinle ilgili veya ulusal politikaları ihlal eden ve batıl inançlar yayan, asılsız söylentilere yol açan, kamu düzeni ve dirliğini ihlal eden, müstehcenliği, pornografiyi, kumarı, şiddeti, terörü yayan veya suça teşvik eden, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal eden, üçüncü kişilere hakaret eden, sosyal düzeni bozan toplantı veya gösteriler düzenlenmesini teşvik eden, yasadışı bir oluşum adına hareket eden veya diğer kanunlarca yasaklanan her türlü içeriğin engelleneceği öngörülmüştür[35]. Kanun keyfi uygulamalara yol açacak şekilde düzenlenmiştir ve uygulanmaktadır.

3.4. Güney Kore

Nüfusunun yüzde 78'i internet kullanıcısı olan ve 37 milyon internet kullanıcısına sahip olan Güney Kore, dünyanın en gelişmiş internet altyapılarından birine sahiptir[36]. Nüfusun önemli bir bölümü internete sahip olduğundan dolayı, internet Güney Kore'de ülke gündemini etkili bir şekilde etkilemektedir. Freedom House'un House'un İnternet Özgürlüğü 2013 Raporuna göre Güney Kore'de internet kısmen özgürdür ve Güney Kore'nin 2013 yılı puanı 32'dir (Rapora göre en iyi puan 0, en kötü puan 100'dür). Aynı rapora göre, Güney Kore'de internete sosyal ve politik nedenlerde müdahale edilmektedir[37].

Güney Kore Ulusal Güvenlik Kanunu'na göre, devlet, demokrasi aleyhine veya komünizm lehine propaganda yapmak yasaktır. İnternet erişimi en çok Kuzey Kore'ye ilişkin içerik sebebiyle kısıtlanmaktadır. Telekomünikasyon Ticaret Kanunu'na göre internette kamu düzeni veya genel ahlakı bozan her türlü içerik kısıtlanmaktadır. Pornografi, kumar ve korsan yazılımlar da, erişimin engellenmesi sebepleri arasındadır. Güney Kore'de otomatik erişim engellenme sistemi kullanılmaktadır ve devlet sakıncalı internet sitelerinin listesini çıkarıp, bu listeyi internet servis sağlayıcılara yollamaktadır[38].

Güney Kore'de internete girmek için kimlik bilgilerinin girilmesi zorunluydu ve bu durumun küçük yaştaki kullanıcıları zararlı içerikten korumak için yapıldığı belirtilmiştir. Güney Kore Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararla, bu durumun kullanıcı haklarını ihlal ettiğini belirtmesi

35 Kanunun tüm metni için bakınız http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/rotaoinis667/ Erişim tarihi 02.04.2014

36 Bilgiler Güney Kore İnternet ve Güvenlik Ajansının resmi internet sitesinden alınmıştır. http://isis.kisa.or.kr/eng/ Erişim tarihi 04.04.2014

37 Freedom House, a.g.e., s. 636

38 Kaya, a.g.e., s.65-68

ve uygulamayı yürürlükten kaldırmasına rağmen, internet servis sağlayıcıları bu bilgileri hala kullanıcılardan talep etmektedir. Son dönemde tartışmalara yol açan bir başka ihlal ise, istihbarat birimlerinin internete sahte kimlik bilgileri ile girip, son başkanlık seçimleri sırasında, internete müdahaleleridir[39].

3.5. İran

İran'da 42 milyon internet kullanıcısı olduğu ve nüfusun yüzde 53'ünün internete erişimi olduğu tahmin edilmektedir[40]. Freedom House'un İnternet Özgürlüğü 2013 Raporuna göre İran'da internet özgür değildir ve İran'ın 2013 yılı puanı 91'dir (Rapora göre en iyi puan 0, en kötü puan 100'dür) . İlgili raporda, internet özgürlüğü açısından İran dünyada son sırada yer almaktadır. İran'da sosyal medya engellenmiştir, politik ve sosyal sebeplerle internete müdahale edilmektedir, internet kullanıcıları online aktiviteleri sebebiyle tutuklanmaktadır. Rapora göre, 2013 yılında başkanlık seçimleri sırasında Mahmud Ahmedinejad'ı destekleyen bloglar ve internet siteleri kapatılmıştır, devlet her geçen gün daha etkili bir şekilde internete müdahale etmektedir.

Sınır Tanımayan Gazeteciler Derneği'ne göre, İran internet düşmanı ülkeler arasında yer almaktadır[41]. İran'da sıkı bir islami rejim hüküm sürmektedir ve devletin resmi dini dışında bir dine ait bilgileri içeren internet siteleri kapatılmaktadır. Pornografik, politik, muhalif, uluslararası haberlerle ve insan hakları ile ilgili siteler ve çevrimiçi dergiler sürekli olarak kapatılmaktadır. Her seçim döneminde devlet sadece internete değil, cep telefonları mesajları da dahil olmak üzere tüm iletişime müdahale etmektedir[42]. 2011 yılından beri, İran güvenli internet oluşturmaya çalışmakta, ülke içerisinden sadece devlet tarafından kabul edilmiş internet sitelerine erişim hakkı tanımakta, e-mail, sosyal medya, arama motorları gibi servislerin devlet tarafından yaratılmış alternatiflerini oluşturmaktadır. Ayrıca, devlet her geçen gün yurttaşların internete erişimini zorlaştırmak için altyapısını geliştirmektedir[43].

3.6. Singapur

5 milyon 460 bin kişinin yaşadığı Singapur'da neredeyse 4 milyon kişi

39 Freedom House, a.g.e., s. 636

40 Rakamlar 2012 yılına aittir. Bilgiler http://www.internetworldstats.com/me/ir.htm adresinden alınmıştır. Erişim tarihi 04.04.2014

41 Bilgi Reporters Without Borders'ın resmi internet sitesinden alınmıştır. Tam listeye http://en.rsf.org/internet-enemie-viet-nam,36694.html adresinden ulaşılabilir. Erişim tarihi 04.04.2014

42 Köse, Özen, a.g.e., s. 116

43 Freedom House, a.g.e., s. 381-382

internet kullanıcısıdır ve nüfusun yüzde 73'ü internet kullanmaktadır[44]. Singapur'da dini veya siyasi içerikli internet siteleri yayına başladıktan sonra, 14 gün içerisinde, Media Development Authority adlı kamu kurumunda kendilerini tescil ettirmeleri zorunlu tutulmuştur. İlgili kurum internet dahil tüm medyada; kamu düzeni, kamu menfaati, ulusal birlik ve ahlaka aykırı içeriği denetlemek ve gerekli tedbirleri almakla sorumlu tutulmuştur. İnternet servis sağlayıcılar devlet tarafından yasaklı kabul edilen içeriği engellemekle, kendilerine iletilen kararları eş zamanlı olarak uygulamakla sorumlu tutulmuşlardır. Kanunların gerektirdiği gerekli özenin gösterilmemesi halinde internet servis sağlayıcılarında sorumluluğu doğacaktır. İnternet servis sağlayıcılar kumar, loto, at yarışı, şans oyunları, astroloji, falcılık, fuhuş, izinsiz danışmanlık hizmetlerinin kullanılmaması için gerekli tedbirleri almakla sorumlu tutulmuşlardır. İnternet servis sağlayıcıların sorumlu tutulabileceği haller ve sorumluluğu kaldıran durumlar kanunda belirlenmiş, olmasına rağmen, ülkedeki internet servis sağlayıcılar halen ciddi bir hukuki sorumluluk altındadır. Singapur'da hukuka aykırılıkların cezai sorumluluğunun ağır olmasının, yurttaşları oto-sansüre ittiği belirtilmektedir. Son olarak devletin fazla sayıda pornografik internet site kapatmamış olmasına rağmen, bu tarz sitelere karşı bir hoşnutsuzluğu olduğu bilinmektedir[45].

3.7. Suudi Arabistan

Sınır tanımayan gazetecilere göre Suudi Arabistan internet düşmanı ülkeler arasında yer almaktadır[46]. Freedom House'un İnternet Özgürlüğü 2013 Raporuna göre Suudi Arabistan'da internet özgür değildir ve Suudi Arabistan'ın 2013 yılı puanı 70'dir (Rapora göre en iyi puan 0, en kötü puan 100'dür) . Aynı rapora göre Suudi Arabistan'da sosyal medya bloke edilmiştir, politik ve sosyal sebepler yüzünden internete müdahale vardır ve internet kullanıcıları devlet tarafından tutuklanmaktadır. Ülkede, internet üzerinden kraliyet ailesi ve İslam aleyhine görüş bildirmek hala mümkün değildir, birçok kullanıcı internetteki aktiviteler sebebiyle tutuklanmıştır Ülkede yaklaşık 15 milyon internet kullanıcısı olduğu ve ülkenin yüzde 54'ünün internete erişimi olduğu tahmin edilmektedir[47].

---

44 We Are Social, 'Global Digital Statistics 2014', ('We Are Social'), s. 132-137, http://etonpreneurs.com/uploads/Global%20Social,%20Digital%20&%20Mobile%20Statistics,%20Jan%202014.pdf, Erişim tarihi 04.04.2014

45 Kaya, a.g.e., s.68-72

46 Bilgi Reporters Without Borders'ın resmi internet sitesinden alınmıştır. Tam listeye http://en.rsf.org/internet-enemie-viet-nam,36694.html adresinden ulaşılabilir. Erişim tarihi 04.04.2014

47 Freedom House, a.g.e., s. 618

Suudi Arabistan interneti kamusal bir alan olarak görmektedir ve interneti tamamen kontrol edebileceğini konusunda ikna olduktan sonra interneti halkın kullanımına sunmuştur. Ülkede internete pornografi başta olmak üzere, İslam aleyhtarı söylemler, içki ve uyuşturucu, kamu düzenine aykırılık, terör örgütlerine hizmet verme gibi sebeplerle müdahale edilmektedir[48]. Tüm internet içeriği ülkedeki vekil sunuculardan geçirilmekte, bu sırada kullanılan filtreleme programı ile içerik ayıklanmaktadır. Kral Abdulaziz Bilim ve Teknoloji Kurulu içerik engelleme konusunda yetkilidir ve re'sen içerik engelleme kararı verebilmektedir. Ülkedeki sansür sisteminin önemli bir parçasını yurttaşlar oluşturmaktadır çünkü her gün internet sayfalarının engellenmesi için binlerce talep geldiği belirtilmektedir[49].

İçerik engelleme sebeplerinin muğlaklığı ve keyfi uygulamalara fırsat vermesi, ifade hürriyetinin aşırı sınırlanması, kanunların muhalif görüşlerin susturulması için kullanılması sebebiyle Suudi Arabistan uluslararası kamuoyu tarafından eleştirilmektedir.

4-5651 SAYILI KANUN'UN DEĞERLENDİRMESİ

4.1. 5651 Sayılı Kanun'un Yasalaşma Süreci

Türkiye'de internet 1996 yılından itibaren genel kitlelerin açılımına sunulmuş, 2001 yılına kadar internete ciddi bir müdahalede bulunulmamıştır. 2001 yılından sonra Türkiye'de internetin içeriğine yönelik müdahaleler başlamıştır. Türkiye'de internetin yaygın kullanımı, 2005 yılından itibaren, ADSL (Asymmetric digital Subscriber Line) altyapısının yaygınlaşması ile internet kullanıcı sayısı artmıştır. Bu artış ile birlikte, internet sitelerinin erişime engellenmesi ve internetin içeriğine müdahale de artmıştır. İnternet ile ilgili kanuni bir düzenleme olmamasına rağmen, Ceza Kanunu, Medeni Kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gerekçe gösterilerek internete müdahaleler yapılmıştır. Örneğin, Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği'nin (MÜYAP) telif hakkı ihlalinden kaynaklanan talepleri sonucunda, 2005 yılında 153, 2006'da 886, 2007'de 549 internet sitesi erişime engellenmiştir. Yine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 301, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun ve Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde birçok internet sitesi erişime engellenmiştir[50].

Ortada internete ilişkin özel bir düzenleme olmamasına rağmen, bir-

48 Kaya, a.g.e., s.72-74
49 Köse, Özen, a.g.e., s. 116
50 Avcı, a.g.e., s. 285-291

çok kullanıcısı olan Youtube internet sitesi birçok kez erişime engellenmiştir. 2006 yılına gelindiğinde, medyadaki satanizm tartışmaları, meydanında manipülasyonu sonucunda, kamuoyunda internetin denetim altına alınması gerektiği görüşü yerleşmiştir. Adalet Bakanlığı; barolar, hakimler ve sivil toplum kuruluşları ile birlikte, 1 yıldan uzun süreli bir çalışma yaparak bir taslak hazırlamıştır[51]. Bu taslak yerine, Ulaştırma Bakanlığı tarafından hazırlanan taslak, Bakanlar Kurulu'nca 15.07.2007 tarihinde alınan karar ile TBMM Başkanlığı'na yollanmıştır. Birçok komisyondan sonra, esas komisyonu olan Adalet Komisyonu'na gelen teklif tekrar alt komisyona yollanır ve yapılan bazı değişiklikler sonucunda geri döner ve Adalet Komisyonu tarafından yapılan kısmi değişikliklerle kabul edilir. Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) üyeleri zaten kendi tasarılarını savunmaktadırlar, muhalefet partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi'nin (CHP) komisyon üyelerinin tutumu ise ilginçtir. Karşı oy yazısında muhalefet partisi, kanuna Devrim Kanunları aleyhine işlene suçlar, TCK madde 302'nin tasarıya alınmadığından şikayet etmektedirler[52].

12 Nisan 2007 tarihinde komisyonda kabul edilen raporla, kanun tasarısı TBMM Genel Kurulu'na yollanır. Genel Kurul'da tartışmalar çok kısa sürer. İktidar partisini (AKP) temsilen konuşan milletvekili Gülseren Topuz, kanunun gerekçesine[53] atıf yaparak ailenin ve gençliğin korunması üzerinde durmuştur. Muhalefet partisini (CHP) temsilen konuşan Feridun Ayvazoğlu ise, Devrim Kanunlarına muhalefet ve TCK madde 302'nin tasarıya alınmamasından şikayet etmiştir. CHP adına söz alan Osman Coşkunoğlu ise erişim engellemenin sansürü çağrıştırdığını, Avrupa Birliği'nin bu duruma hiç sıcak bakmadığını belirtmiş, denetim mekanizmalarının ve erişim engellemenin etrafından dolaşılabileceğine, bunun sonuçta sansüre yola açabileceğine dikkat çekmiştir. Coşkunoğlu, Adalet Bakanlığı'nın yaptığı taslak yerine Ulaştırma Bakanlığı'nın yaptığı taslağın kullanılmasını eleştirmiştir. Son olarak tasarının 8. maddesi ile TİB'in re'sen erişim engelleme yetkisine sahip olmasını ve tasarının 8. ve 9. maddesinin eleştirmiştir. Coşkunoğlu'nun sorusu üzerine kürsüye gelen Ulaştırma Bakanı Binali Yıldırım ise tasarıdaki yetkileri sansür gibi görmemek gerektiğini belirterek endişelere yer olmaması gerektiğini söylemiştir[54].

51 Avcı, a.g.e., s. 291-295

52 Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanun'larda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İstanbul Milletvekili Gülseren Topuz'un; Bilişim Sistemi Üzerinden Suç Teşkil Eden Zararlı Yayınlarla Mücadele Hakkında Kanun Teklifi ile Adalet Komisyonu Raporu, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1397m.htm, Erişim tarihi 13.04.2014

53 5651 Sayılı Kanun'un gerekçesi için bakınız, http://5651calistay.wordpress.com/5651-ve-ilgili-mevzuat/5651-sayili-kanun-gerekcesi/ Erişim tarihi 14.04.2014

54 TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 5. Yasama Yılı 99. Birleşim, Avcı, a.g.e., s.

Kanunun yasalaşma sürecine bakıldığında, 1 yıldan uzan süren, ilgililer ve uzmanların katıldığı çalışmalar sonucu ortaya çıkmış Adalet Bakanlığı'nın taslağı yerine, nereden çıktığı bile bilinmeyen başka bir taslak, kanunun temelini oluşturmuştur. Kanun yapılırken yine sivil toplum kuruluşları, uzmanlar ve ilgililer dışlanmıştır. Kanun'un ne komisyondaki görüşmeleri ne de Genel Kurul'daki görüşmeleri sırasında yapıcı, ciddi bir muhalefet yapılamamış, kanunun ortaya çıkarabileceği sorunlar sadece bir milletvekili tarafından öngörülebilmiş, onun da endişeleri kendi partisince bile yeterince dillendirilmemiştir. Kanun 4 Mayıs 2007 tarihinde TBMM Genel Kurulunca kabul edilmiş, Cumhurbaşkanı tarafından onaylandıktan sonra, 23 Mayıs 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir[55].

4.2. 6518 ve 6527 Sayılı Kanun'ların Yasalaşma Süreci

5651 Sayılı Kanun ve uygulamaları, kanunun yürürlüğe girdiği ilk günden beri Türkiye'de ciddi tartışmalara yol açmıştır. Ahmet Yıldırım/Türkiye kararında AİHM, 5651 Sayılı Kanun'un ve uygulamasının, AİHS'ne aykırı olduğunu açıkça belirtmiştir[56]. Kanun eski halinin uygulaması bile, hukuk devleti, kanunilik, demokratik toplumda gereklilik, orantılılık, müdahalenin (hak ve hürriyetlere yapılacak olan müdahalenin) meşru olması açısından sıkıntılıydı. Kanunda yapılacak değişikliğin, bu aksaklıkları gidermesi gerekirken, 6518 ve 6527 Sayılı Kanun'larla yapılan değişikliklerle, kanun çok daha sıkıntılı bir hale getirilmiştir.

6518 ve 6527 Sayılı Kanun'ların yasalaşma süreçleri birçok açıdan eleştiriye açıktır. Kamuoyunda 'torba kanun' olarak bilinen ve tam adı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair kanun olan, 6518 Sayılı Kanun ile birçok alanda değişiklik yapılmıştır. 14 Aralık 2013 tarihinde, iktidar partisinin birkaç milletvekilinin sunduğu kanun teklifi 126 maddeden oluşmakta, 42 farklı kanun ve 5 kanun hükmünde kararnameyi tek bir kanun tasarısı altında birleştirmekteydi. Kanun teklifi haline gelmeden önce 5651 Sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklerle ilgili, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin, konunun uzmanlarının görüşü alınmamıştır. Kanun teklifi, TBMM'nin Planlama ve Bütçe Komisyonu gibi internet

300-303

55 26530 sayılı, 23.05.2007 tarihli Resmi Gazete, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523-1.htm .Erişim tarihi 13.04.2014

56 Ahmet Yıldırım/Türkiye, başvuru no: 3111/10, 18 Aralık 2012, ('Ahmet Yıldırım/Türkiye'), davanın tam metninin Türkçe çevirisine http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf adresinden ulaşılabilir. Erişim tarihi 10.04.2014

ile tamamen alakasız bir komisyondan geçtikten sonra, 16 Ocak 2014 tarihinde TBMM Genel Kurul'una sunulmuştur. 6518 Sayılı Kanun ile; 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun gibi, birbirinden tamamen bağımsız ve alakasız olan birçok alanda değişiklik yapılmıştır[57]. Tüm bu kanunlar ile birlikte 5651 Sayılı Kanun'da ciddi ölçüde değiştirilmiştir. Kanun, 6 birleşimde görüşüldükten sonra, 6 Şubat 2014 tarihinde Meclis Genel Kurul'unda kabul edilmiş, 10 Şubat tarihinde Cumhurbaşkanlığı'na yollanmıştır[58].

6518 Sayılı Kanun ile 5651 Sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler kamuoyundan ciddi tepki almıştır ve TBMM'den geçtikten sonra, birçok uluslararası insan hakları kuruluşu,[59] Türkiye Barolar Birliği,[60] Basın Konseyi[61] Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'den ilgili düzenlemeyi veto etmesini talep etmiştir. Gül kanunda birkaç sıkıntı gördüğünü belirtmesine rağmen, değişiklik yapılması şartıyla kanunu onaylamıştır[62]. Kanun, 19 Şubat tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Cumhurbaşkanı böylece hukuken sıkıntılı gördüğü bir kanunu onaylamış, yetkilerini kullanıp sorumluluk almaktan kaçınmış, kanunun düzeltilmesi için veto yerine hükümet ile müzakere sürecine girmiştir. Gül'ün bu tutumu dış basında ağır bir şekilde eleştirilmiştir[63].

6518 Sayılı Kanun ile 5651 Sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerden,

57 6518 Sayılı Kanun'un tam metni için 19 Şubat 2014 Tarihli ve 28918 Sayılı Resmî Gazete, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140219-1.htm. Erişim tarihi 12.04.2014

58 6518 Sayılı Kanun'un tam yasalaşma sürecini görmek için, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_gd.durumu?kanun_no=6518 .Erişim tarihi 10.04.2014

59 İnsan Hakları İzleme Örgütü, Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü, ABD Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Jen Psaki, AB Komisyonu Sözcüsü Peter Stano, Avrupa Parlamentosu Başkanı Martin Schulz konu ile ilgili açıklamalar yapmıştır. 'Cumhurbaşkanı Gül yeni internet yasasını veto etmeli'. İlgili haber için http://www.evrensel.net/haber/77945/cumhurbaskani-gul-yeni-internet-yasasini-veto-etmeli.html#.U0kVE_mSzpU .Erişim tarihi 12.04.2014

60 Türkiye Barolar Birliği'nin veto çağrısı için http://www.barobirlik.org.tr/Detay22864.tbb. Erişim tarihi 12.04.2014

61 Basın Konseyi'nin veto çağrısı için http://www.basinkonseyi.org.tr/basin-aciklamalari/basin-konseyinden-cumhurbaskani-abdullah-gule-mektup .Erişim tarihi 12.04.2014

62 İlgili haberler için bakınız 'Abdullah Gül'den internet açıklaması' http://siyaset.milliyet.com.tr/abdullah-gul-den-internet/siyaset/detay/1838810/default.htm, 'Gül'den şartlı onay' http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/25840157.asp, 'Gül onayladı değişiklik Meclis'te' http://www.hurriyet.com.tr/gundem/25839799.asp . Erişim tarihi 12.04.2014

63 'NYT: Gül, ifade özgürlüğüne saldırıya katıldı' http://www.hurriyet.com.tr/dunya/25872498.asp .Erişim tarihi 12.04.2014

Gül'ün sakıncalı bulduğu maddelerin düzeltilmesi için 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna, 5651 Sayılı Kanun'da değişiklik yapan maddeler eklenmiştir. 27 maddeden oluşan ve yine torba kanun niteliğinde olan 6527 Sayılı Kanun, 4342 sayılı Mera Kanunu, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu gibi birbirinden alakasız ve bağımsız birçok kanunun yanına, 5651 Sayılı Kanun'da eklenerek, birçok kanunda değişiklik yapılmıştır[64]. 5651 Sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler sadece Gül'ün kaygıları ile ilgili olmuş, kamuoyunun ve ilgililerin endişeleri ve önerileri dikkate alınmamıştır. 6527 Sayılı Kanun ile, 5651 Sayılı Kanun'da, sadece trafik bilgileri tanımı ve mahkemelerin yetkileri üzerine değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikler, kamuoyunun endişelerini gidermemiş, kanunun uygulaması da, kamuoyunun endişelerini destekler nitelikte olmuştur.

Türkiye'de 35 milyon kişinin internete erişimi vardır ve internete erişimi olan herkesi doğrudan etkileyecek düzenlemelerin daha katılımcı olarak yapılması gereklidir. İlgili kanunlar sadece kullanıcıları değil, bilişim sektörünü de ciddi ölçüde etkileyecektir. Sektörün görüşlerinin alınmaması ciddi bir sıkıntıdır. Tüm bu sürece bakıldığında, ilgili kanunların yapılış süreçlerinin son derece anti demokratik ve katılımcılıktan uzaktır.

4.3. Konuyla ilgili Kavramların Tanımları ve Erişim Engelleme Yöntemleri

Erişim sağlayıcı (internet servis sağlayıcı) kurduğu kablolu/kablosuz sistemler, dial-up, ADSL, ethernet gibi teknolojilerle internete erişim olanağı sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir. Örnek olarak; Superonline, Uydunet, TTnet, Turbonet gösterilebilir. **Yer sağlayıcılar,** hosting firmalarıdır, siteleri barındırma hizmetini sağlayan kişilerdir. Daha net bir ifadeyle, internete açık hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan/işleten gerçek veya tüzel kişilerdir. Örneğin; Türk Telekom, Vodafone Net. İçerik sağlayıcıların içeriklerini yayınlayan sahibi veya işleteni yer sağlayıcı olarak tanımlanmaktadır. **İçerik sağlayıcı,** internet sayfasında okunması, izlenmesi amacıyla yazılar ve diğer materyaller hazırlayan kişi veya kuruluşlardır. İnternet sitelerine içerik sağlayan herkes, içerik sağlayıcı olarak tanımlanmaktadır. Örneğin; bir haber yorumu yapan, fotoğraf paylaşan, sosyal paylaşım sitesine yorum yazan herkes içerik sağlayıcıdır[65].

64 6527 Sayılı Kanun'un tam metni için 1 Mart 2014, 28928 sayılı Resmi Gazete http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140301-1.htm, 6527 Sayılı Kanun'un ayrıntılı yapılış süreci için http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=6527 Erişim tarihi 12.04.2014

65 Tanımlar TİB resmi sitesinden, http://www.tib.gov.tr/tr/tr-menu-47-internet_icerik_du-

AİHM'ye göre erişim sağlayıcı ile içerik sağlayıcısını ayırt etmek mümkün değildir bu yüzden kanun koyucu iki kavramı iyi açıklamalıdır[66].

Erişim engelleme kapsamına göre internet servis sağlayıcı temelli engelleme ve internet omurgası temelli engelleme olarak ikiye ayrılmaktadır. İnternet servis sağlayıcı temelli engellemede, devlet her internet servis sağlayıcıya engelleme kararını yollamakta ve kararlar yerine getirilmektedir. İnternet omurgası temelli engellemede ise, doğrudan ülke genelinde, internet ağı engellenmektedir. Bu şekilde yapılan engelleme, öngörülemeyen sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin Pakistan hükümeti 26 Şubat 2008'de Youtube'u bu şekilde engellemiştir ve engelleme sırasında yapılan teknik hata sebebiyle, dünyadaki ağların üçte ikisi etkilenmiş ve Youtube adlı internet sitesine belli bir süre tüm dünya genelinde erişilememiştir[67].

Erişim engelleme sürecine göre ayırım, ihtar kaldır yöntemi ve doğrudan engelleme yapılmaktadır. Uyar kaldır yönteminde öncelikle, hukuka aykırı içeriğin kaldırılması için uyarı yapılmakta, uyarıdan sonuç alınamadığı takdirde erişim engellemesi yöntemine başvurulmaktadır. Doğrudan engellemede ise, uyar kaldır yöntemine başvurmadan, doğrudan erişim engellemesi yöntemi kullanılmaktadır.

Süresine göre ayırım ise, geçici olarak engelleme yani koruma tedbiri olarak alınan engelleme ve kalıcı engelleme olarak ayrılmaktadır.

Erişim engelleme için birçok teknik kullanılmaktadır ve başarılı tekniklerin sayılarının yüzü geçtiği ifade edilmektedir fakat bu bölümde sadece en çok kullanılan birkaç tekniğe değinilecektir. En çok kullanılan tekniklerden olan IP bazlı engelleme, (IP adresi web sitesinin internet üzerindeki yeri belirtir) web sitesinin barındığı sunucuların IP adresini engellemektir. Bu engelleme yönteminde sıkıntı, bir sunucuda birden çok internet sitesi barındırılıyorsa, o sunucudaki tüm internet siteleri erişime engellenmiş olacaktır ve cezaların şahsiliği ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca, IP adreslerinin barındırıldığı sunucunun değiştirilmesi sonucu IP adresi de değişecektir ve erişim engellenmesi sonuçsuz kalacaktır.

---

zenlenmesi_hakkindaki_sorular.html, 5651 Sayılı Kanun'dan ve **'Hukukçu Olmayanların da Anlayabilecekleri Kelimelerle İnternet Hukuku '**http://www.webrazzi.com/2011/06/24/internet-hukuku/ adlı makaleden alınmıştır. Erişim tarihi 17.04.2014

66 Ahmet Yıldırım/Türkiye kararından bu konuya şu keilde atıf yapılmıştır : *'Bir servis sağlayıcı ve içerik sağlayıcısı arasındaki farkı ayırt etmenin her zaman kolay değildir. Örneğin, hizmet sağlayıcı üçüncü bir şahıs tarafından sağlanan içerikle karşılaştığı sırada kendisi içerik sağlayıcıya dönüşmektedir. Yasa koyucu, sorumluluklarının farklı olmasından da dolayı adli olarak iki kavramı açıkça tanımlamalıdır.'* s. 33 dipnot 9

67 Kaya, a.g.e., s. 22-23

DNS, IP adreslerinin harf dizisine dönüşmüş şeklidir (Google'un IP adresi 72.14.234.104, DNS adresi ise www.google.com'dur ve bu şekilde internet siteleri daha kolay bulunabilmektedir). Bu teknikle, *'kullanıcı web sitesine girmeye çalıştığından alan adlarının IP çözümlemesi yapan DNS sunucusu engellenmesi istenen web sitesinin çözümleme yanıtını yanıtsız bırakır'*[68]. Bu şekilde site erişime engellenmiş olur. Temel olarak, DNS bazlı engelleme IP bazlı engelleme ile aynı sakıncaları taşımaktadır.

URL, internette resim, yazı, müzik gibi bir kaynağa karşılık gelen bir karakter dizisidir ve web sayfası, resim veya ses dosyası kaynaklarının konumlarıdır, koordinatıdır[69]. İlgili kaynak URL bazlı engellemeyle erişime engellendiğinde, sadece o kaynak (resim, ses dosyası gibi) erişime engellenmektedir.

Proxy sunucu, internete bağlanmak için kullanılan ara sunucudur[70]. Proxy sunucu bazlı engellemede ise, devletler internet bağlantı noktalarına proxy sunucular yerleştirerek internet içeriğini filtreleyebilmekte ve bu şekilde internet içeriğinin bir kısmını erişime engelleyebilmektedirler.

4.4. 5651 Sayılı Kanun'un Değerlendirilmesi

5651 Sayılı Kanun'un 2. maddesi tanımlar hakkındadır ve bu maddeye göre, içerik sağlayıcı; internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişidir. Bu tanıma göre, internet üzerinde haberlere yorum yazan, blog açan, sohbet odalarına katılan, kısaca aktif faaliyette bulunan herkes içerik sağlayıcıdır. Tanımın bu kadar geniş olması sorunlara yol açabilir. Yukarıda bahsi geçenlerin içerik sağlayıcı olarak düşünülürse, bu durum cezaların şahsiliği ilkesine ters düşecektir. Kanun koyucunun içerik sağlayıcı olarak tanımlamaya çalıştığı aslında web sitesi sahibi veya işletenidir ve hüküm bu şekilde anlaşılmalıdır[71].

Kanun'un 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, kanun kapsamında faaliyet gösterenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir. Bu düzenlemeye göre,

---

68 Kaya, a.g.e., s. 30

69 Bilgi Microsoft Office resmi internet sayfasındaki **'Köprüler I: Temel bilgiler'** adlı makaleden alınmıştır. http://office.microsoft.com/tr-tr/frontpage-help/RZ006086600.aspx?section=5, Erişim tarihi 17.04.2014

70 **'Proxy sunucu nedir?'**, http://windows.microsoft.com/tr-tr/windows-vista/what-is-a-proxy-server, Erişim tarihi 17.04.2014

71 Avcı, a.g.e., s 305

hukuki süreç ilgili kişilerin haberi bile olmadan başlayabilecek, internet siteleri sahiplerinin ve işletenlerinin haberleri bile olmadan erişime engellenebilecektir. Bu durum masumiyet karinesi, hak arama özgürlüğü, AİHS madde 13 (etkili başvuru hakkı) ve 6'ya (adil yargılanma hakkı) aykırıdır. Kanun koyucu, kişilik hakları ihlal edildiğini iddia eden kişinin haklarını, diğer tarafın haklarına karşı, herhangi bir denge gözetmeden üstün tutmuştur.

Kanun'un 3. maddesinin 4. fıkrasına göre, bir suç kovuşturması ve/veya kovuşturması için, mahkemelerin talebiyle, IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgileri, kısaca trafik bilgileri, içerik, erişim ve/veya yer sağlayıcıdan alınacaktır. Bu bilgiler TİB tarafından alınıp ilgili mahkemeye verilecektir. Bu sürece neden TİB'in dahil edildiğini anlamak güçtür. Gerekli teknik çözümleme yapıldıktan sonra trafik bilgilerinin, TİB sürece dahil olmadan, direkt mahkemeye yollanması, kişisel verilerin korunması için yerinde olacaktır. Türkiye'de kişisel verilerin korunmasına ilişkin halen yürürlükte bir kanun olmadığı da unutulmamalıdır.

Kanun'un 4. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: '*İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur*'. Bu hükme göre içerik sağlayıcı kullanıma sunduğu içerik başkasına ait olsa bile cezai açıdan sorumlu tutulabilecektir. Bu durum cezaların şahsiliği ilkesine ters düşmektedir. Aynı madde de başka sorunlar vardır. Maddenin 2. fıkrası şu şekildedir: '*...sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur*' . Bu madde de genel hükümler deyimi ile neyin kastedildiği anlaşılamamaktadır, kanun koyucu ilgili ceza kanununa yollama yapıyorsa bunu açık ve net bir şekilde yapmalıdır. İçeriğe ulaşmasını amaçlamanın nasıl ve hangi kriterlere göre tespit edileceği ciddi bir sıkıntı yaratabilir. Bu hükmün açık ve net şekilde suç işleme kastı ile hareket edilmesi olarak anlaşılması gereklidir[72].

Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasına göre, yer sağlayıcılar çıkarılacak yönetmeliğe göre sınıflandırılabilecek ve bu sınıflandırmaya göre hak ve yükümlülükleri birbirlerinden farklı olabilecektir. Bu maddeye göre yer sağlayıcıların hak ve yükümlülükleri yönetmeliğe göre belirlenecektir ve bu durum kanunilik ilkesine aykırıdır. Hak ve yükümlülüklerin kanunlarla düzenlenmesi gereklidir.

Kanun'un 5. maddesinin 5. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: '*Yer sağ-*

72 Avcı, a.g.e., s 306

layıcı, Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür.' Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının d bendi aynı sorumluluğu erişim sağlayıcılara, kanunun 4. maddesinin 3. fıkrası ise, (aynı sorumluluğu) içerik sağlayıcılara yüklemiştir. Bu bilgilerin neden ve nasıl isteneceğine, hangi tedbirlerin alınacağına dair kanunda hiçbir belirginlik yoktur[73]. TİB Başkanlığı'nın hangi bilgileri talep edebileceği açıkça belirtilmemiştir. Kanunun 3. maddesinin 4. fıkrasına göre, trafik bilgileri ancak suç soruşturması/kovuşturması kapsamında istenebileceğine göre, TİB tarafından trafik bilgileri mahkeme kararı olmadan istenemeyecektir. O halde, TİB Başkanlığı tarafından hangi bilgilerin istenebileceği sorusu gündeme gelmektedir. Kanunda bilgi, 'verilerin anlam kazanmış biçimi' olarak tanımlanmıştır ve tanımda bir açıklık yoktur. TİB Başkanlığı'nın talebine herhangi bir itiraz yolu yoktur, talebin yerine getirilmemesi durumunda ise, ağır idari para cezaları öngörülmüştür. Bu durumda; yer, erişim ve içerik sağlayıcılar uygulamada, istenilen tüm tedbirleri almak, (tahminimizce) içerik denetimine imkan verecek trafik bilgileri hariç istenen tüm bilgileri vermek zorunda kalacaktır. İstenecek bilgiler ile, kullanıcılar hakkında önemli bilgiler edinilecek, kullanıcılar fişlenmeye maruz kalabilecektir. Kısaca, TİB Başkanlığı, mahkeme kararı olmadan, meşru sebep göstermeden, istediği tedbiri aldıracak, birçok bilgiyi isteyebilecek, bu durumdan kullanıcılar hiçbir şekilde haberdar edilmeyecektir. İstenilenler yerine getirilmediğinde ise yer, içerik, erişim sağlayıcılar ağır idari para cezalarına çarptırılacaktır. Bu durum AİHS madde 8'e (özel ve aile hayatına saygı hakkı) ve 13'e açıkça aykırıdır. Gizli yürütülecek izleme faaliyetlerinin hangi koşullarda, kime karşı ve nasıl yürütüleceği açıkça, kanunla belirlenmeli, amaç gerçekleştikten sonra edinilen bilgi yok edilmeli ve ilgili kişi haberdar edilmelidir. Bu önlemleri hiçbiri 5651 Sayılı Kanun'da alınmamıştır[74]

Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasının ç bendine göre erişim sağlayıcılar erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Alternatif erişim engelleme yolları ile neyin kastedildiği belli değildir. Kanun koyucunun, engelleme aşma yöntemlerini, erişim sağlayıcılar aracılığıyla etkisiz hale getirmek istediği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeyle, erişim sağlayıcılar, devlet sansürüne ortak edilmiştir. Bu düzenlemede erişim sağlayıcılara ucu açık ve ağır bir sorumluluk getirilmekte, erişim sağlayı-

73 Kerem ALTINPARMAK, Yaman AKDENİZ **'5651 Sayılı Kanun'un Değişiklik Tasarısının Getirdiği Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme'** (Altınparmak, Akdeniz') s. 5, **http://cyber-rights.org.tr/docs/5651_Tasari_Rapor.pdf** Erişim tarihi 10.04.2014

74 Altınparmak, Akdeniz, s.9

cıların kapsamı belli olmayan ve geniş yorumlanabilecek bu yükümlülüğe uymadığı takdirde ağır idari para cezasına çarptırılabilmektedir [75].

Kanun'un 6/A maddesine göre Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulacaktır ve erişim sağlayıcılar bu birliğe üye olmadan faaliyette bulunamayacaklardır. Kanunun 6/A maddesinin 3. fıkrasına göre, Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin tüzüğünü, BTK (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) yapacak, tüzük değişiklikleri de BTK'nın onayına tabi olacaktır. Erişim sağlayıcılar zorunlu olarak üye olmak zorunda oldukları Birlik'de, hiçbir söz sahibi olamayacaklar, kendi tüzüklerini bile yapamayacaklar, değiştiremeyeceklerdir. Bu kurumun demokratik ilkelere göre kurulmadığı ve yönetilmediği açıktır. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanı'nın sivil toplum kuruluşları ile yaptığı toplantıda Birlik'in tüzüğünü birlikte hazırlanacağını belirtmiştir. Daha sonra tüzük hazırlanması için yapılan toplantıya ise TİB kendi taslağını hazırlayıp getirmiştir. Kurulan birlik, devletin ayak işlerini yapmak ile sorumludur ve üyelerin yönetimde hiçbir söz hakkı yoktur. Devletin sansürcü imajını silmek, devletin sorumluluğu başkalarına yükleyebilmesi, başka bir kurumu suçlayabilmesi için sözde 'sivil' bir dernek olarak Birlik kurulmuştur [76].

Erişim Sağlayıcıları Birliği, kanunun 8. maddesi dışındaki tüm erişim engelleme kararlarını uygulamakla yükümlüdür ve 8. maddenin neden hariç tutulduğu anlaşılamamaktadır. Kanunun 6/A maddesinin 6. fıkrasına göre, erişim engelleme kararlarının uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılım erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacaktır. Birlik, TİB'in ve devletin işlerini yapmakla görevlendirilmiştir ve bunun için tüm masrafları kendisi karşılamak zorunda bırakılmıştır. Birliğin giderleri de, birliğe üye olmakla zorlanan erişim sağlayıcılar tarafından ödenecektir. 5651 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, erişim sağlayıcıların trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla yükümlü olduğunu da düşünürsek, erişim sağlayıcıların ciddi bir maddi yük altında olduğu anlaşılabilir. İlk yatırım maliyetlerinin aşırı yüksek olduğu bilişim sektöründe, erişim sağlayıcılara bu kadar maddi külfet getirmek, sektöre yeni yatırımcıların girmesini oldukça zorlaştıracaktır. Sektördeki küçük firmaların da bu maddi külfetlerle yaşaması zorlaştırılmıştır. Bu durum sektörün rekabet ortamını olumsuz yönde

75 '**İnternete 'Gezi filtresi'de getiriliyor! – 3'**, http://www.radikal.com.tr/turkiye/internete_gezi_filtresi_de_getiriliyor-1173457 Erişim tarihi 09.04.2014

76 **'İnternet, 'sivil toplum örgütü' maskesi taşıyan Erişim Sağlayıcıları Birliği ile sansürlenecek!',** http://t24.com.tr/haber/internet-sivil-toplum-orgutu-maskesi-tasiyan-erisim-saglayicilari-birligi-ile-sansurlenecek/252671 .Erişim tarihi 14.04.2014

etkileyecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye'deki hane halklarının yüzde 29.8'i, internete bağlantı ücretinin yüksek olması sebebiyle internet erişimine sahip değildir. Erişim sağlayıcılara getirilen ekstra maddi külfetler müşterilere yansıyacak ve internetin gelişimini olumsuz yönde etkileyecektir.

Kanun'un 6/A maddesinin 7. fıkrasına göre, Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne yapılmış olan tebligat, erişim sağlayıcılara yapılmış sayılmaktadır. Bir tüzel kişiye yapılmış tebligatın neden başka bir tüzel kişiye yapılmış sayılacağı anlaşılamamaktadır[77].

Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, ticari amaçlı olup olmadığına bakılmaksızın, bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Wi-fi bağlantısı sağlayan lokantalar, kafeler vb. işletmeler erişimin engellenmesi ve kullanım bilgilerinin tutulması ile sorumlu tutulmuştur. Bu çok ağır yükümlülüğün ne amaçla getirildiği anlaşılamamaktadır. Basında öne sürülen iddialara göre, Gezi Parkı eylemleri sırasında, eylemcilerin ücretsiz wi-fi noktaları aracılığı ile internetten yararlanmalarından dolayı hükümetin rahatsız olduğu, bu durumun önüne geçilmesi için böyle bir düzenleme getirildiği belirtilmektedir. Tüm bunların yanında, getirilen düzenleme yine yönetmeliğe atıf yapmakta, yükümlülükler yönetmelikle belirlenmektedir. Bu durum kanunilik ilkesinin ihlalidir[78].

Kanunun 7. maddesinin 3. fıkrasına göre, ticari amaçlı toplu kullanıcılar (internet kafeler) ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Yönetmelikte belirlenen tedbirlere uyulmaması durumunda, uyarma, idari para cezası, üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma gibi cezalara çarptırılacaklardır. Cezalar arasında ciddi farklar vardır ve suçların nitelikleri, yönetmelikte belirlenecektir. Bu durum kanunilik ilkesinin ihlalidir[79]

AİHM içtihatlarına göre erişimin engellenmesi kararı AİHS madde 10/2'ye uygun olmalıdır ve açıkça belirlenebilir internet içeriğini hedeflemelidir. Yapılacak müdahale, hak ve hürriyetlerin sınırlandırmasında kullanılan; kanunilik, orantılılık, demokratik toplumda gereklilik, müda-

77 Altınparmak, Akdeniz, s. 10

78 **İnternete 'Gezi filtresi' de getiriliyor! – 3'**, http://www.radikal.com.tr/turkiye/internete_gezi_filtresi_de_getiriliyor-1173457 Erişim tarihi 09.04.2014

79 Altınparmak, Akdeniz, s. 11-12

halenin meşru olması gibi ilkeleri zedelememelidir. Bilindiği üzere kanunilik ilkesi, özgürlüğü sınırlayan bir normun ulaşılabilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşır olmasıdır. Müdahalenin orantılı olması, ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul düzeyde bir orantı olmasıdır. Müdahalenin gerekli olması ise, AİHS'de sayılan sınırlayıcı sebeplerden dolayı toplumdan gelen makul bir talebe karşılık vermektir. Gerekli olma 'zorunlu' veya 'mutlak gerekli' şeklinde kesin bir yoğunluk içermemekle birlikte 'olağan', 'yararlı' veya 'makul' olarak esnek şekilde de yorumlanmamalıdır. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması ise, olaya göre değişmekle birlikte müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını incelemekle birlikte, her olaya göre değişmektedir.

5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, 'yeterli şüphe sebebi' ile erişim engellenmesi kararı alınabilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 100'e göre, 'yeterli şüphe sebebi' cumhuriyet savcılarının iddianame hazırlamak için kullandığı eşiktir, bu sınırın aşılması halinde iddianame düzenlenmelidir fakat düzenlenecek iddianamenin tekrar incelemeden geçeceği unutulmamalıdır. İnternet sitesinin erişime engellenmesi oldukça ağır bir koruma tedbiridir. Böyle ağır bir tedbire başvurmak için bu kadar düşük bir standart kullanmak, iletişim, düşünce ve ifade özgürlüğünün açık bir ihlalidir.[80] Türk kanun uygulayıcılarının, ağır koruma tedbirleri almaya meyillidir ve uygulama da bu yönde devam etmektedir. Ahmet Yıldırım/Türkiye kararında AİHM'de bu soruna atıf yapmıştır[81].

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usül ve Esaslar Hakkında Yönetmelik[82] madde 14 ve 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesine göre; intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar sebebiyle, içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde, erişim engellenmesi kararı re'sen TİB tarafından verilebilir. Erişimin engellenmesi kararı için ilgili yayınların, yukarıdaki suçlardan herhangi birini oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi olmalıdır. Bu suçlara dair yeterli şüphe olup olmadığının tespiti yargısal bir mercii tarafından belirlenmelidir. İdari bir kurum olan TİB tarafından

80 Avcı, a.g.e., s 312

81 Ahmet Yıldırım/Türkiye s.35-36

82 Yöntmeliğin tam metni için bakınız, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071130-6.htm .Erişim tarihi 16.04.2014

yargısal denetimin nasıl yapılacağı anlaşılamamaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır ve yetki gaspıdır. İçerik veya yer sağlayıcı yurt dışında ise, TİB tarafından alınan bu kararın hakim onayına sunulma zorunluluğu da yoktur. Bu durum savunma hakkının ağır ve açık bir ihlalidir. İnternetteki içerik sağlayıcıların çok büyük bir bölümünün yurt dışı kaynaklı olduğu, Türkiye'den en çok ziyaret edilen internet sitelerinin yine büyük bir bölümünün yurt dışı kaynaklı olduğu da unutulmamalıdır.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması kanun ile yapılmalıdır oysa yukarıdaki düzenlemenin önemli bir kısmı 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usül ve Esaslar Hakkında Yönetmelik' ile düzenlenmiştir. Bu durum kanunilik ilkesinin açık bir ihlalidir. Ahmet Yıldırım/Türkiye davasında AİHM, 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin kanunilik ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir.

İçerik veya yer sağlayıcısı yurt içindeyse, çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçları sebebiyle, yeterli şüphe olması durumunda erişimin engellenmesi kararı re'sen TİB tarafından verilebilir. Bu kararlar bu karar, yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmak zorundadır ve hâkim en geç yirmi dört saat içinde karar vermek zorundadır. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, TİB tarafından derhal kaldırılır. Yukarıda belirtildiği gibi, idari bir makama hak kısıtlama yetkisi verilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca, ilgili suçlar ve tanımlamaları da sıkıntılıdır. Çocuk istismarı suçu tanımı zor bir suçtur ve uygulamada bu durum sıkıntı yaratmaktadır. Örneğin, internet üzerinden çorap ve iç çamaşırı satan bir firma, ürünlerinin tanıtmak için çocuk modellere ürünlerinin giydirip resim çektirmiş, bu resimleri internet sayfasında yayınlamıştır. İlgili internet sitesi TİB tarafından çocukların cinsel istismarı suçu nedeniyle erişime engellenmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçu yerine, çocuk pornografisi suçunu koymak yerinde bir düzenleme olacaktır. Müstehcenlik suçu da tanımlaması çok zor bir suçtur çünkü müstehcenlik tanımı; yer, zaman, sosyal, kültürel, sınıfsal değerlere göre aynı ülke içerisinde bile değişmektedir. Bu durum keyfi uygulamalara yol açabilecektir[83].

Kanun'un 8. maddesinin 15 fıkrasına göre, soruşturma aşamasında, 9 veya 9/A maddesine göre verilen hâkim kararları, birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilecektir. Bu düzenlemeye göre uzmanlaşmış ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilmiş mahkemeler sadece erişim engelleme kararları ile ilgilenecektir. Yapılan düzenlemeye göre, 5'ten fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde, ilgili şikâyetlere 5. Sulh Ceza Mahkemesi, bakacaktır.

83 Avcı, a.g.e., s 317-328

Tek sulh ceza mahkemesi ola yerlerde o sulh ceza mahkemesi, iki sulh ceza mahkemesi olan yerlerde 1. sulh ceza mahkemesi, dörde kadar sulh ceza mahkemesi olan yerlerde ise 3. sulh ceza mahkemesi şikayetlere bakacaktır[84]. İlk bakışta olumlu bir düzenleme olarak gözükse dahi, özel yetkili mahkemelerin ciddi hukuksuzlara yol açtığı ve kaldırıldığı bir dönemde, yeniden özel yetkili mahkemeler kurulmaktadır.[85]. Böyle bir düzenleme yerine, yani internet ile ilgili şuçlarda tek bir mahkemenin yetkili olması yerine, tüm sulh ceza mahkemelerinin rastgele sırayla sorumlu olması yerinde olacaktır. Bu çözüm önerisinin iyi çalışabilmesi için, Türk kanun uygulayıcılarının ciddi bir eğitimden geçirilmesine ve vizyonlarının genişletilmesine, 21. yüzyıla uyum sağlamalarına yardım edilmesine, yaygın hukuk kültürünün değiştirilmesine ihtiyaç vardır.

AİHM'in 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesi hakkındaki görüşü şu şekildedir: *'5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin öngördüğü müdahalenin, Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediği ve demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde başvuranın yeterli bir koruma imkânına sahip olmasına imkân vermediği sonucuna varmaktadır. Öte yandan, böyle bir durumun Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. paragrafıyla uyumlu olmadığı görülmektedir; zira bu hüküm bağlamında tanınan haklar, ülke sınırları gözetilmeksizin korunmaktadır'*[86].

Kanunun 9/A maddesine göre, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, TİB'e doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceklerdir. TİB, kanunun 9/A maddesinin 3. fıkrasına göre, kendisine gelen talebi uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne yollar. Bu maddeye göre TİB, ilgili başvuruda kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğini kontrol etmeyecek, sadece başvuruyu yönlendirip uygulayacaktır. Başvuru ancak, hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi yani URL'si, (Uniform Resource Locator) hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgiler eksik olması halinde işleme konmayacaktır. Bu durumda, talep üzerine, herhangi bir yargısal denetim yapmadan, ilgili internet sitesindeki içerik engellenecektir. Bu durum masumiyet karinesinin açık ihlalidir ve yargısız infazdır. TİB'e başvuru yapan kişi, başvurusundan itibaren 24 saat içerisinde sulh ceza hakimine başvurur ve hakim internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini en geç kırk sekiz saat içinde karara bağlar ve kararını doğrudan Baş-

84 **'HSYK'dan yargıya 'ÖYM' dizaynı'**, http://www.radikal.com.tr/turkiye/hsykdan_yargiya_oym_dizayni-1180969, Erişim tarihi 15.04.2014

85 Altınparmak, Akdeniz, s. 14,

86 Ahmet Yıldırım/Türkiye, s.22-23

kanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar. 9/A maddesinin 8. fıkrasına göre, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan TİB başkanlığının emri üzerine, TİB re'sen engelleme yapabilecektir. Bu engelleme de, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur ve hakim kararını kırk sekiz saat içinde açıklar. Temel hak ve hürriyetler, idari bir kurum tarafından, başvuru sonucunda hiçbir inceleme yapılmadan hatta gecikmesinde sakınca bulunan haller bahane edilerek başvuru bile yapılmadan kısıtlanabilecektir. Her ne kadar kısıtlama kararı sonradan hakim onayına sunulsa dahi, ilgili sitenin içeriği hiçbir dayanak olmadan üç gün boyunca engellenebilecektir. Kanun kötüye kullanıma da açıktır, ilk başvurudaki maksimum üç gün sürecek engellemeden sonra tekrar tekrar başvurarak, sadece talepte bulunarak, fiilen bir internet sitesinin içeriği erişilmez hale getirilebilir.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu TCK'nın (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu) 134.'ü maddesinde düzenlenmiştir ve aynı kanunun 139. maddesine göre bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Şikayete bağlı olan bir suç sebebiyle TİB'in, niçin re'sen harekete geçtiği anlaşılamamaktadır. Kanunun 9. maddesinin 6. fıkrasına göre, TİB Başkanlığı sadece re'sen harekete geçen bir makam değil, yaptığı başvuru reddedilince buna itiraz da edebilen bir makamdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suç için TİB Başkanlığı'na neden bu ölçüde yetki verildiği anlaşılamamaktadır. İlgili maddenin, TİB Başkanlığı aracılığı ile hükümet ve devlet yetkililerini korumaya yönelik bir düzenleme olarak getirildiği düşünülmektedir.

Kanun'un 9. maddesine göre, kişilik haklarının ihlal sebebiyle internet sitesi erişime engellenebilecektir. Kişilik hakları ihlal edilen kişi içerik veya yer sağlayıcıya başvurarak içeriğin kaldırılması için uyarı yollanmasını isteyebileceği gibi mahkemeye de başvurabilir. Aynı maddenin 4. fıkrasına göre, başvuru yapılınca hakim, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölümün içeriğinin engellenmesi için karar vermelidir. Maddeye göre zorunlu olmadıkça, internet sitesinin tümü engellenmemelidir. Hakim, URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir. Maalesef Türk hakim ve savcılar, bilişim suçları hakkında yeterli teknik bilgiye sahip değildirler, bu yüzden internet siteleri sürekli olarak tamamen erişime engellenmekte, kapatılmaktadır. Bu duruma en iyi örnek, Ahmet Yıldırım/Türkiye davasıdır. İlgili kararda, Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret sebebiyle önce sadece ilgili internet sitesi erişime engellenmiştir. Daha sonra mahkeme, TİB'den gelen talep sebebiyle, Google Sites (Google'ın web sitesi

kurma sitesi)isimli yer sağlayıcı siteye erişimi tamamen engellemiştir. Google Sites AİHM kararına rağmen, 2009 yılından beri, 2014 yılı Nisan ayı itibari ile halen engellidir. AİHM'ye göre: '*Bir suçun islendiğine dair şüphelerin bulunmasında haklı sebeplere dayanan geçici veya önleyici tedbirlerin alındığı durumlarda, ifade özgürlüğü, sadece özellikle katı bir yasal çerçeveyi değil aynı zamanda mahkemeler tarafından titiz bir incelemenin yapılmasını ve özel bir tutumla yaklaşımını gerektirmektedir*'[87]. Türk kanun uygulayıcılarının, bilişim hukuku konusunda ciddi bir eğitim ve vizyona ihtiyacı olduğu açıktır. En trajikomik olan ise, hakimlerin kapatılması gereken internet sitelerine erişim imkanlarının olmamasıdır. 'Güvenli internet' uygulaması kapsamında hem hakimlerin hem de memurlarının kullandığı internet bağlantıları, filtrelenmektedir. İlgili filtreleme Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi tarafından yapılmaktadır ve Youtube gibi önemli internet sitelerini de kapsamaktadır[88]. Aşırı iş yükü altındaki Türk mahkemelerinin, 24 veya 48 saat gibi kısa bir süreler içerisinde, ilgili internet sitelerine bile erişemeden, nasıl titiz bir incelemeyi yapacağı anlaşılamamaktadır.

Kanun'un 9. maddesinin 9. fıkrasına göre, hakimden kişilik haklarının ihlal edildiği yönünde karar alan kişi, 'aynı mahiyetteki' yayınların başka internet sitelerinde yayınlanması durumunda, ilgili internet sitelerini Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne başvurarak erişime engelleyebilecektir. Kişilik hakları ihlal edilen kişi bir mahkemeden karar aldıktan sonra, Birlik'e başvurarak, kişilik hakları ihlal edildiği iddiası ile, istediği internet sitesini erişime engelleyebilecektir. Kanun 'aynı' kişilik hakkı ihlali yerine 'aynı mahiyette' ihlali, yeni erişim engelleme kararları için yeterli bulmuştur. Kişilik hakkı ihlalinin 'aynı mahiyette' olup olmadığına dair inceleme yapacak bir makam öngörülmemiştir. İhlalin 'aynı mahiyette' olması sebebiyle alınan kararların nasıl denetleneceği açık değildir. Kanunun 9. maddesinin 10. fıkrasına göre, mahkeme kararını uygulamayan sorumlu ağır adli para cezaları ile cezalandırılacağı da düşünülürse, alınacak tek bir mahkeme kararı ve kişilik hakları ihlal edildiği iddiası ile, istenilen internet siteleri erişime engellenebilecektir[89].

Kanun'un 9. maddesindeki düzenlemeyle, uyar kaldır yöntemi etkisiz kılınmakta, URL tabanlı erişim engellenmesi yöntemi teşvik edilmektedir. Mahkemeye başvurmadan uyar kaldır yöntemine başvurma zorunluluğu yoktur, bu durum mahkemelerin iş yükünün artmasına sebep olacaktır.

87 Ahmet Yıldırım/Türkiye, s. 35

88 **'Adaletin 'internetine' 'çocuk paketi' filtresi',** http://www.milliyet.com.tr/adaletin-internetine-cocuk/gundem/detay/1748279/default.htm?ref=OtherNews**,** Erişim tarihi 16.04.2014

89 **'Yargısız infaz kurumsallaşıyor! – 2',** http://www.radikal.com.tr/turkiye/yargisiz_infaz_kurumsallasiyor-1173256 .Erişim tarihi 13.04.2014

Uygulamada en çok kişilik haklarını ihlal sebebiyle erişim engellenmesi kararı çıkacağı tahmin edilmektedir[90]. Kişisel sayfalar, sosyal medya hesapları, video, fotoğraf, ses paylaşım siteleri de URL bazlı engellemeye maruz kalabilecektir.

Kanun'un 1. ek maddesinin 6. fıkrasına göre, TİB personelinin görevini yerine getirirken, görevin niteliği/ifası sırasında işlediği iddia edilen suçların cezai kovuşturması için TİB başkanından izin alınmalıdır. TİB başkanı hakkında cezai kovuşturma izni ise Ulaştırma Haberleşme ve Denizcilik Bakanı'nın dan alınmak zorundadır. Yukarıda değinildiği üzere, kanun keyfi uygulamalara son derece açık bir düzenlemedir fakat bu keyfi uygulamalar hakkında, hakları ihlal edilen kişilerin etkin cezai kovuşturma başlatma şansı bu madde ile sona ermiştir. Bu madde ile TİB personeline dokunulmazlık zırhı verilmiştir.

Kanun'un 1. ek maddesine göre, TİB'e ciddi sayıda personel istihdam imkanı getirilmiştir. Ek 1. maddenin 5. fıkrasına göre geçici olarak 170 (BTK personel sayısının %20'si) personel alınacaktır. Bu personelin bir kısmı güvenlik ile ilgili konularda çalışacaktır. Bu kadar hassas bir konuda neden geçici personel alındığı anlaşılamamaktadır. Ayrıca TİB'e 45 yeni kadro açılmaktadır. Tüm bunların yanında, 75 sözleşmeli personel alımı yapılabilecek ve bu 75 personelin maaşı, sözleşme ücreti tavanının beş katı yani, 3.757,34 x 5 = 18.786,7 TL brüt ücret olacaktır. Mevcut personel sayısı 190 civarı olan TİB'e, yeni düzenlemeler ile 290 yeni personel atanabilecektir. İş yükü yeni düzenlemeler ile aşırı artmayan TİB'e mevcut personelinin %150'i oranında yeni kadro açılmıştır ve bu kadrolara dokunulmazlık zırhı ve iyi maaş imkanı sağlanmıştır. Tüm bu düzenlemeler, TİB'e yeni bir rol biçildiği iddialarını doğrular niteliktedir[91].

6518 Sayılı Kanun' ile, 5651 Sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile, CHP, 17.04.2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur[92].

SONUÇ

5651 Sayılı Kanun'un yasalaşma ve değiştirilmesi süreci son derece anti demokratiktir. Kanun bir hukuk düzenlemesi olarak son derece sorunludur, anayasaya ve AİHS'e aykırıdır. Kanunun uygulaması, kendisinden de sorunludur ve hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine, ifade özgürlüğü, etkili başvuru, adil yargılanma, özel ve aile hayatının gizliği

90 Altınparmak, Akdeniz, s. 15

91 **'TİB'de, 18 bin 786 TL ücretle elaman çalıştırılacak',** http://www.memurlar.net/haber/455733/**, 'Yargısız infaz kurumsallaşıyor! – 2'** http://www.radikal.com.tr/turkiye/yargisiz_infaz_kurumsallasiyor-1173256

92 **'CHP'den Anayasa Mahkemesi'ne başvuru'** http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26240444.asp, Erişim tarihi 17.04.2014

gibi haklara aykırıdır. 21. yüzyıl Bilişim Çağı olacaktır ve internet bilişim çağının altyapısını oluşturacaktır. Türkiye'nin verilerine bakıldığında, online dünyada ciddi potansiyeli olduğu rahatça anlaşılabilir. Türkiye'nin bu çağa ayak uydurabilmesi için, bu çağın ruhuna uygun, temel hak ve özgürlüklerle bağdaşan, tamamen kendine özgü olan interneti düzenleyecek yepyeni bir kanuna ihtiyacı vardır. Sorunların çözümü için sadece bir düzenleme yapmak yetmeyecektir, kanun uygulayıcılarının bakış açılarının da değiştirilmesine de ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA

- Artun AVCI, **Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü,** Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013
- Barış GÜNAYDIN, '**İnternette İfade Özgürlüğü',** http://inet-tr.org.tr/inetconf11/bildiri/19.pdf
- Doğan KILINÇ, '**Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerinde Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti',** http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_14.pdf
- Freedom House, '**Freedom on the Net 2013'**, http://freedomhouse.org/sites/default/files/resources/FOTN%202013_Full%20Report_0.pdf
- Gülsüm DEPELİ, Emek ÇAYLI, **İfade Özgürlüğünün On Yılı,** IPS İletişim Yayınları Vakfı, 1. Baskı, Aralık 2012
- Güven KÖSE, Kerem ÖZEN, **'İnternet'te Sansür Üzerine Bir Değerlendirme'**, http://www.bby.hacettepe.edu.tr/e-bulten/dosyalar/file/kose_ozen_by2010.pdf
- Kerem ALTINPARMAK, Yaman AKDENİZ **'5651 Sayılı Kanun'un Değişiklik Tasarısının Getirdiği Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme' http://cyber-rights.org.tr/docs/5651_Tasari_Rapor.pdf**
- Mehmet Bedii KAYA, **Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi**, 12 Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2010
- Murat ÖNOK, **'Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığından Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği',** http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/nurcentel/muratonok.pdf
- Şahin BAYZAN, **'Türkiye ve Dünyada İnternet Yasakları ve Sansür Kavramı ile Zararlı İçeriğe Karşı Yaptırım ve Uygulamalara Genel Bir Bakış'** http://ab.org.tr/ab09/kitap/bayzan_sansur_AB09.pdf
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, **'Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu',** http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf
- We Are Social, **'Global Digital Statistics 2014'**, http://etonpreneurs.com/uploads/Global%20Social,%20Digital%20&%20Mobile%20Statistics,%20Jan%202014.pdf

DİĞER KAYNAKLAR

- http://www.anayasa.gov.tr/
- http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}
- http://www.hurriyet.com.tr/anasayfa/
- http://www.radikal.com.tr/
- http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx
- http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tbmm_internet.anasayfa
- http://www.tib.gov.tr/tr/
- http://www.tk.gov.tr/
- http://www.tuik.gov.tr/Start.do

İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ TELİF HAKKI İHLALLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU – ABD, AB ve TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA İNCELEME

Av. Kaan GÜRPINAR[1]

ÖZET

Bilgi ve teknoloji çağı olarak da adlandırılan günümüz dünyasında internet, her geçen gün daha da yaygınlaşarak hayatımıza yön vermektedir. Bu kapsamda internet, bireysel iletişim ve ticaretin odak noktasına haline gelmiş bulunmaktadır. Bireyler bir yandan internet vasıtasıyla düşüncelerini çok hızlı bir şekilde milyonlara ulaştırırken diğer yandan da internet üzerinden çok çeşitli ticari anlaşmalar yapabilmektedir.

Ancak internetin bu şekilde gelişmesi, sağladığı kolaylıklar yanında birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. İnternet ortamında yapılan ticaret yoğunluğu ve e-sözleşme miktarındaki artış, taraflar arasında anlaşmazlıkları da beraberinde getirmiş ve internet ortamından gerçekleştirilen ticari anlaşmalar birçok hukuki uyuşmazlığın konusunu teşkil etmeye başlamıştır. Bu kapsamda özellikle telif hakkı ihlalleri olmak üzere hakaret, sahtecilik ve benzeri suçlar internet ortamında daha sıklıkla işlenir olmaya başlamıştır.

Bu noktada çözümlenmesi gereken bir sorun ortaya çıkmaktadır. İnternet ortamından gerçekleştirilen bu ihlaller ile ilgili olarak kim sorumludur ya da sorumlu tutulmalıdır? Ortaya çıkan sorunlar nelerdir?

Bu çalışmanın amacı yukarıda belirtilen sorunların tespiti ve çözümü olup başta ABD ve AB hukuku mevzuatı da baz alınarak konunun aydınlatılması amaçlanmıştır.

1- GİRİŞ

Bilgi ve teknoloji çağı olarak da adlandırılan günümüz dünyasında internet, her geçen gün daha da yaygınlaşarak hayatımıza yön vermektedir. Bu kapsamda internet, bireysel iletişim ve ticaretin odak noktasına haline

1 İstanbul Barosu avukatlarından

gelmiş bulunmaktadır. Bireyler bir yandan internet vasıtasıyla düşüncelerini çok hızlı bir şekilde milyonlara ulaştırırken diğer yandan da internet üzerinden çok çeşitli ticari anlaşmalar yapabilmektedir.

Ancak internetin bu şekilde gelişmesi, sağladığı kolaylıklar yanında birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda; internet ortamında yapılan ticaret yoğunluğu ve e-sözleşme miktarındaki artış, taraflar arasında anlaşmazlıkları da beraberinde getirmiş ve internet ortamından gerçekleştirilen ticari anlaşmalar birçok hukuki uyuşmazlığın konusunu teşkil etmeye başlamıştır. Bu kapsamda özellikle telif hakkı ihlalleri olmak üzere hakaret, sahtecilik ve benzeri suçlar internet ortamında daha sıklıkla işlenir olmaya başlamıştır.

Bu noktada çözümlenmesi gereken bir sorun ortaya çıkmaktadır. İnternet ortamından gerçekleştirilen bu ihlaller ile ilgili olarak[2] kim sorumludur ya da sorumlu tutulmalıdır?. Bu açıdan bakıldığında ortada üçlü bir ilişkinin varlığı göze çarpmaktadır. Bunlar; telif hakkı ihlal edilen eser sahibi, telif hakkını ihlal eden şahıs ve bu şahsa erişim sağlayan servis sağlayıcı[3] olarak karşımıza çıkmaktadır.

Durumu telif hakkı sahibi açısından değerlendirmek gerekirse; gerçekleştirilen bir telif hakkı ihlali ile ilgili olarak servis sağlayıcı kuruluşu hedef almak genellikle en mantıklı yol olarak görünmektedir. Bu kapsamda genel olarak telif hakkı sahipleri, bir fikri ya da sınai eserin yaratılmasının oldukça zor ve zahmetli olduğunu, bu ürün için hem maddi hem de manevi olarak emek sarfedildiğini eğer telif hakları yeterince korunmazsa yenilikçi düşünceye teşviğin oldukça azalacağını belirtmektedirler. Dolayısıyla; her ne kadar mezkur içerik, servis sağlayıcılar tarafından internet ortamına konulmamışsa da; bu firmalar tarafından internet ortamında var olmaya devam etmekte olup[4] bu firmaları sorumluluktan ari kılmanın yaratıcı eserlerin üretim hızını düşürmekten başka bir işe yaramayacağını savunmaktadır. Bu sebeple de eser sahipleri ihlali gerçekleştiren şahıs yerine bu şahsa erişim hizmeti veren kurum ya da kuruluşlara yönelmeyi tercih etmektedir. Bunun altında çeşitli sebepler yatmaktadır. Şöyle ki;

Bir kere her şeyden önce telif hakkını ihlal eden şahsa ulaşmak ve onu yargılama makamlarını önüne getirmek oldukça zor ve zahmetli hatta bazı durumlarda hemen hemen imkansız olmaktadır. Kaldı ki ihlali

2 *Özellikle fikri ve sınai hak ihalleri ile ilgili olarak.*

3 *Bu çalışmada servis sağlayıcı kavramı ile sadece servis (erişim sağlayıcı) kavramı değil bunun yanında yer sağlayıcı, ön bellekleme (caching), arama motorları vb. kavramları da kastedilmiştir.*

4 Servis sağlayıcıların sisteminden geçerek iletilmesi, ya da sistemlerinde depolanması vs.

gerçekleştiren şahsın tespiti halinde dahi bu şahsın tazminat miktarlarını ödeme imkanı çoğu halde bulunmamaktadır. Aynı zamanda çoğu zaman içerik sahibi farklı ülkelerde yer alan şahıslar olup bunların yargılama makamları önüne getirilebilmesi oldukça zordur. Yine servis sağlayıcıların telif hakkı ihlallerinde denetim yapma imkanı ve gerçekleştirilen telif hakkı ihlalini hızlı bir şekilde sonra erdirme yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle telif hakkını ihlal eden şahıs yerine kurumsal kimliği bulunan, yeri ve adresi bilinen servis sağlayıcıları muhatap almak telif hakkı ihlal edilen şahıs açısından her zaman en mantıklı yol olarak görünmektedir.

Üçgenin ikinci ayağı olan servis sağlayacılar açısından ise konu oldukça sıkıntılı bir durumdadır. Bir yandan kullanıcıları ile imzalamış oldukları hizmet sözleşmesi gereğince o şahsa internet erişimi, yer sağlayıcı hizmeti, vs. vermekle yükümlü iken diğer yandan telif hakkı sahibinin tazminat talepleri ile uğraşmaktadır. Eğer telif hakkı sahibinin uyarısını dinleyip hizmet sözleşmesini feshederse bu halde sözleşme kapsamında[5] tazminat yükümlülüğü altına girmekte olup diğer yandan üyenin yayınını kesmemesi halinde telif hakkı sahibi tarafından yöneltilen ciddi tazminat miktarlarına muhatap kalmaktadır. Oysa ki internet servis sağlayıcısı – istisnalar hariç olmak üzere - bireylere erişim, yer sağlayıcı vs. hizmetleri veren bir kuruluş olup telif hakkını ihlal eden içeriklerle herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Üçgenin son halkasını ise telif hakkını ihlal eden şahıs teşkil etmektedir. Bu kapsamda mezkur şahıs, bir yandan telif hakkını ihlal ederek kendisine birtakım kazançlar sağlamaya çalışmakta olup diğer yandan ise servis sağlayıcısının gölgesine sığınarak sorumluluktan kaçınmaya çalışmaktadır.

Bu kapsamda; eğer telif hakkı ihlalleri ile ilgili olarak internet servis sağlayıcılar sorumlu tutulursa bu halde ihlali gerçekleştirmeyen bir kişi ya da kuruluşun sorumlu tutulması söz konusu olacaktır. Bu durum ise ufak çaplı erişim sağlayıcılar için riskin büyük olması sebebiyle[6] piyasadan çekilerek tekelci bir piyasanın oluşmasına yol açacaktır. Aynı zamanda yüklü tazminat talepleri ile karşılaşmak istemeyen servis sağlayıcılar kendilerine yöneltilen telif hakkı ihlali bildirimi ile o içeriği incelemeden derhal kaldıracak ve bu da internet ortamında dolaylı yoldan sansür uygulanması anlamına gelecektir. Bunun yanında barındırılan içeriklerin

5 Özellikle popüler siteler için.

6 *Muhtemel tazminat talepleriyle karşılaşmamak amacıyla ufak ölçekli şirketlerin piyasadan çekilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise internetin az sayıda kalan firmaların tekeline bırakılmasına yol açacak ve nihai olarak tüketicinin süreçten zararlı çıkmasına sebebiyet verecektir.*

kontrolü oldukça masraflı olduğundan artan bu maliyetler en nihayetinde tüketiciye yansıyacaktır[7]. Ayrıca açık ihlaller hariç olmak üzere çoğu zaman bir içeriğin telif hakkını ihlal edip etmediğinin tespiti kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Tüm bu sayılan nedenler internet ortamında sansürün artmasına ve internetin bir nevi kaosa sürüklenmesine yol açabilecek niteliktedir.

İşte tam da bu noktada internet servis sağlayıcıları hakkında uygulanacak olan sorumluluk hükümlerinin düzenlenmesi ve uygulamada ortaya çıkan belirsizliklerin giderilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda internet servis sağlayıcıları, üyeleri tarafından gerçekleştirilen ve servis sağlayıcı tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de gerekmeyen bir ihlal ile ilgili olarak; bu ihlal ile ilgili herhangi bir kazancının da bulunmaması halinde sorumlu tutulup tutulmayacağı belirlenerek internet servis sağlayıcıların telif hakkı ihlali ile ilgili sorumluluklarına sınırlandırma getirilmesi amaçlanmış ve birtakım şartların gerçekleşmesi halinde internet servis sağlayıcıların gerçekleştirilen ihlalden sorumlu olmayacağı mukayeseli hukukta kabul edilmiş durumdadır. Bu kapsamda en ileri düzenlemenin Amerikan hukuk sisteminde yer aldığı AB hukuku kapsamında da birtakım düzenlemeler ile servis sağlayıcılarının sorumluluğunun sınırlandırıldığı görülmektedir. Ülkemiz mevzuatı açısından ise durum çok yeni olup basit bir cümle ile konu geçiştirilmeye çalışılmaktadır.

Bu kapsamda yapılan düzenlemeler ile ulaşılmak istenen sonuçlar ana hatlarıyla şunlardır:

- İnternet servis sağlayıcıları hakkında uygulanacak olan sorumluluk hükümlerinin düzenlenerek belirsizliğin ortadan kaldırılması ve gereksiz yere dava açmanın önüne geçilmesi,
- İnternet servis sağlayıcılar hakkında uygulanan belirsiz ve aşırı sorumluluk hükümlerinin ortadan kaldırılması,
- İnternet servis sağlayıcılarının telif hakkı sahipleri ile işbirliği içerisinde çalışarak on-line telif hakkı ihlalleriyle mücadelenin teşvik edilmesi,
- Telif hakkı sahiplerinin on-line olarak ihlalleri durdurabilmesine imkan sağlanması,
- E- ticaretin gelişmesini sağlanması,
- Tüketicinin internet ortamından yapılan alış-verişlerde güveninin kazanılması,

7 *İçerik kontrolü için personel alımı, bazı hallerde telif hakkı ihlali ile ilgili sigorta sözleşmelerinin yapılması vs.*

Bu kapsamda ülkemiz ve mukayeseli hukuk açısından getirilen düzenlemeleri incelemek gerekirse;

2-TELİF HAKKI İHLALLERİNDE İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

I - AMERİKAN HUKUKU

Telif hakkı ile ilgili olarak mukayeseli hukuka baktığımızda en ayrıntılı düzenlemelerin Amerikan Hukukunda yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda Dıgıtal Mıllennıum Copyrıght Act[8] olarak adlandırılan kanunun Onlıne Copyright Infringement Liability Limitation[9] başlığı altında internet servis sağlayıcıların hukuki sorumluluğu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan kanun kapsamında konu, dört ayrı başlıkta[10] incelenmiş olup her bir başlık kendine özgü şartları ihtiva etmektedir. Bu şartları gerçekleştiren servis sağlayıcıların, telif hakkı ihlali ile ilgili olarak herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır[11].

Konu ile ilgili olarak DMCA dönemimden önceki yargı kararlarına baktığımızda durumun karışık olduğu ve dava bazında[12] ilerlediği görülmektedir. Playboy v. Frena[13] davasında davalı, BBS[14] olarak adlandırılan ve üyelerin serbestçe içerik yükleyebildiği bir sitenin sahibidir. Bahsi geçen siteye, üyeler tarafından davacının telif hakkını ihlal eden içerikler yüklenmiş ve davacı tarafından gönderilen telif hakkı bildirimi ile içerikler yayından kaldırılmıştır. Ancak mahkeme; site sahibinin, telif hakkını ihlal eden içerikleri görüntülemek ve dağıtmaktan sorumlu olduğunu belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki; bu karar internet servis sağlayıcıların, üyeleri tarafından gerçekleştirilen telif hakkı ihalleriyle ilgili olarak doğrudan sorumlu olduğu kabul eden bir karardır. Ancak bu karar, ABD mahkemeleri tarafından benimsenmemiş ve devam eden yıllardaki karar-

8 *Bundan sonra DMCA olarak anılacaktır.*

9 *On-line telif hakkı ihlali sorumluluk sınırlaması olarak tercüme edilebilir.*

10 *Amerikan doktrin ve uygulamasında bu 4 konu Safe Harbour (Güvenli Liman) olarak adlandırılmıştır.*

11 *Latin Amerika ülkelerinde internet servis sağlayıcıların hukuki sorumluluğu hakkındaki düzenlemeler ve uygulamalar ile ilgili olarak Bkz.* ***GALLARDO*** *Claudio Ruiz -* ***GÁLVEZ*** *J. Carlos Lara, Liability of Internet Service Providers (ISPs) and the exercise of freedom of expression in Latin America http://www.palermo.edu/cele/pdf/english/Internet-Free-of-Censorship/02-Liability_Internet_Service_Providers_exercise_freedom_expression_Latin_America_Ruiz_Gallardo_Lara_Galvez.pdf (erişim tarihi: 15.04.2014).*

12 *Case by case.*

13 *http://floridalawfirm.com/iplaw/playb2.html (erişim tarihi : 11.04.2014).*

14 Bulletin Board Service. Şimdiki forum sitelerinin altyapısı olan sistem olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda üyeler, fikir ve düşünceleri bu sistem vasıtasıyla paylaşabilmekte ayrıca içerik yüklemesi de yapabilirler.

lar incelendiğinde içeriğin yüklenmesinde aktif bir rol oynamayan internet sitelerinin bu içeriklerden doğrudan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmiştir[15]. Kanaatimizce de internet sitesilerinin, üyelerinin yüklediği içeriklerle ilgili olarak doğrudan sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla sonraki içtihatlarla internet sitelerinin bu şekilde sorumlu tutulamayacağının benimsenmesi isabetli olmuştur.

Bu kapsamda RTC v. Netcom[16] kararından da bahsetmek gerekmektedir. Mahkeme bu kez - yukarıdaki olayla benzer olmasına rağmen - tamamen farklı bir karar vererek gerçekleşen ihlalden internet sitesi sahibinin sorumlu olmayacağını belirtmektedir. Mahkeme, bir kişi telif hakkını bilerek ve isteyerek ihlal etmedikçe bu şahsın gerçekleşen ihlalden sorumlu olmayacağını ifade etmiştir. Yukarıdaki iki karar da açıkça göstermekdir ki internet servis sağlayıcıların telif hakkının ihlal edilmesinden doğan sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlenmeli ve uygulamada yer alan belirsizliklerin önüne geçilmeldir.

İşte bu kapsamda ABD' de DMCA kapsamında getirilen düzenlemeleri incelemek gerekirse;

A-) Servis Sağlayıcıların Sorumluluğuna İlişkin Teoriler

a-) Başkasının Fiilinden Sorumluluk (Vicarious Liability)

İnternet servis sağlayıcıların, telif hakkı ihlalleri ile ilgili sorumlu tutulmasını savunan görüşlerden ilki başkasının fiiliden sorumluluk olarak ifade edebileceğimiz[17] sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu teori astın işlemleri için üstün sorumlu olacağına dair görüşten esinlenmiş olup bu görüşe göre; bir kişi ya da kuruluş, meydana gelen ihlali sona erdirme iktidarı ve yetkisi bulunmasına rağmen bunun yerine getirmiyorsa ve bu ihlal sebebiyle bağlantılı maddi bir kazanç elde ediyorsa bu halde o kişinin bu ihlal sebebiyle sorumlu olması esasına dayanmaktadır[18].

Bu teori kapsamında Circuit Court of Appeals, Seventh Circuit tara-

15 ***YEN*** *C. Alfred, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright, Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, s. 8.*

16 *http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm (erişim tarihi: 11.04.2014). Ayrıca Bkz.* ***CoStar Group, Inc., et al. v. LoopNet Inc****. http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case346.cfm (erişim tarihi:11.04.2014); Anılan karar DMCA yürürlüğe girdikten sonra verilmiş bir karar olup internet sitesi sahibinin 3 kişiler tarafından yüklenen ve telif hakkını ihlal eden içeriklerden sorumlu olmayacağını ve bir ihlalden bahsedilebilmesi için istemli bir hareketin varlığı aranmaktadır.*

17 Vicarious Liability kavramının çevirisi olarak kullanılmıştır.

18 *Ayrıntılı değerlendirme için ayrıca Bkz.* ***YEN*** *C. Alfred, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright, Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, s. 10 vd.*

fından verilen ve servis sağlayıcıların telif hakkı ihlali sebebiyle sorumlu tutulmasına dayanak teşkil eden karardan[19] bahsetmek gerekmektedir. Mahkeme; telif haklarını içeren müziklerin çalındığı bir dans salonunun, çalınan müzikler sebebiyle kendisine birtakım maddi kazançlar sağlaması sebebiyle[20] gerçekleştirilen telif hakkı ihlalinden sorumlu olacağına hükmetmiştir. Dava konusu olayda; dans salonu sahibi, bir orkestra ile anlaşmış olup bu orkestra, telif hakkına haiz müzikleri lisans sözleşmesi akdetmeden icra etmiştir. Bu gelişme üzerine salon sahibinin meydana gelen telif hakkı ihlalinden sorumlu olduğuna dair Mahkeme tarafından karar verilmiştir. Bu kapsamda salon sahibi, orkestrayı oluşturan şahısların seçiminde ve çalınacak olan şarkıların belirlenmesine herhangi bir rollerinin bulunmadığını iddia etmiş ise de mahkeme tarafından bu iddialar yerinde görülmemiş ve ihlali sona erdirme kudretinin bulunduğunu ve bu ihlalden maddi bir kazanç sağladığını dolayısıyla bu ihlallerden sorumlu olduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda bu teoriye göre; internet servis sağlayıcısı, telif hakkı ihlalini kontrol etme yetkisi olmasına rağmen bu işlemi gerçekleştirmemişse ve bu ihlal ile ilgili olarak maddi bir kazancı bulunuyorsa o halde gerçekleşen telif hakkından sorumlu tutulmalıdır. Dolayısıyla bu sorumluluk kapsamında servis sağlayıcının, telif hakkı ihlalinden haber olmaması durumunda dahi gerçekleştirilen ihlalden sorumlu olma ihtimali bulunmaktadır.

b-) İştirak Edenin Sorumluluğu (Contributory Liability)

Bu sorumluluk esasen bir şahsın, telif hakkı ihlalini bizzat kendisi gerçekleştirmemesine rağmen, bu ihlale sebep oluyorsa ya da ihlalin gerçekleşmesine katkıda bulunuyorsa vuku bulan telif hakkı ihlalinden sorumlu tutulması esasına dayanmaktadır. Bu teori kapsamında sorumlu tutulabilmek için gerekli olan bir diğer şart da gerçekleşen telif hakkı ihlalinden haberdar olmasıdır.

Görüldüğü üzere yukarıda bahsedilen başkasının fiilinden sorumluluktan farklı olarak bu ilke kapsamında sorumlu tutulabilmek için gerçekleştirilen telif hakkı ihlalinin bilinmesi gerekmektedir. Oysa ki başkasının adına sorumluluk kapsamında telif hakkı ihlalinin bilinmesine gerek yoktur.

Bu teori kapsamında verilen *"Gershwin Publishing Corporation v. Columbia Artists Management"* kararından bahsetmek gerekmektedir. Bu

19 *DREAMLAND BALL ROOM, Inc., et al. v. SHAPIRO, BERNSTEIN & CO http://secondreporter.eu5.org/36f2354.html (erişim tarihi: 09.04.2014) .*

20 *Örneğin çalan müzikler sebebiyle daha çok müşterinin dans salonuna gelmesi gibi.*

kapsamda bir kişinin, gerçekleştirilen telif hakkı ihlalini biliyorsa ve bu telif hakkı ihlalinin gerçekleştirilmesine sebep oluyor ya da katkıda bulunuyorsa bu halde ihlal bizzat o şahıs tarafından gerçekleştirilmese dahi sorumlu olacağını belirtmektedir[21]. Karara konu olayda; Davalı firma, üyelerine sunmuş olduğu ve teknik olarak p2p[22] olarak adlandırılan yazılım sayesinde bilgisayar dosyalarının kullanıcılar arasında paylaşılmasını mümkün kılmaktadır. Anılan yazılım ile her çeşit elektronik dosyaların paylaşılması mümkün ise de programın kullanıcıları özellikle telif hakkına sahip müzik ve videoları paylaşarak telif hakkı sahiplerine ciddi zararlar vermektedir. Bu kapsamda telif hakkı sahipleri tarafından davalının telif hakkı ihlalinden sorumlu olduğunu ve cezalandırılması gerektiğini savunulmaktadır. Bunun yanunda davacılar, davalının gerçekleştirilen telif hakkı ihlallerinden haberdar olduğunu hatta bu yönde kullanıcılar tarafından davalı firmaya e-posta atılarak telif hakkına haiz içeriklerle ilgili sorular yöneltildiği ve davalının bu e-postalara cevap verdiğini ayrıca davalıların kapanan Naspter[23] dan doğan boşluğu gidereceklerini slogan olarak benimsediklerini iddia etmişlerdir. Davalı kullanıcı sayısına göre reklam almakta olup telif hakkı ihlali sebebiyle daha çok kullanıcı çekerek reklam gelirlerine arttırmaktadırlar. Bu kapsamda karşı taraf ise, söz konusu yazılımın kullanıcılara ait bilgisayarların birbirlerine bağlanması ile gerçekleştiği ve herhangi bir merkezin bulunmadığını ve bu sebeple üyelerin gerçekleştirmiş olduğu telif hakkı ihlallerinden sorumlu olamayacaklarını kaldı ki böyle bir durumdan hiçbir şekilde haberlerinin olmadığını savunmaktadırlar.

Bu argümanlar üzerine Mahkeme, davalının bu teori kapsamında sorumlu olduğuna dair bir karar vermiştir. Buna gerekçe olarak da; Davalıların, Napster isimli - ve illegal olarak müzik ve video indirme sitesinden doğan boşluğu dolduracaklarına dair reklam yapmalarının ve üyelerini telif haklarını ihlal etmeye teşvik ettiklerini ayrıca telif haklarının tespit edilmesini sağlayan herhangi bir filtreleme programı geliştirmemelerini ve kullanıcı sayısına göre reklam almalarını göstermiştir.

---

21 *United States Court of Appeals, Second Circuit Gershwin Publishing Corporation, Plaintiff-appellee, v. Columbia Artists Management, Inc., Defendant-appellant, And community Concerts, Inc., Defendant http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/443/1159/246236/* (erişim tarihi : 11.04.2014)

Ayrıca Bkz. *SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC., 464 U.S. 417 (1984) http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm (erişim tarihi: 11.04.2014)*

22 *Peer to peer olarak adlandırılan ve bilgisayarların birebir iletişimini sağlamakta olup herhangi bir merkez bulunmamaktadır.*

23 Bir dönenim (1990 lı yılların) illegal müzik paylaşımıyla ünlü internet sitesi.

Gerçekten de anılan hüküm katılımcı sorumluluğun şartlarını taşımaktadır. Bu kapsamda davalı, bahsi geçen yazılımı kullanıcılarına sunmuş ve onları telif haklarını ihlal edilici davranışlara yönlendirmiştir. Ayrıca telif hakkını koruyucu herhangi bir filtreleme programının kullanılmaması da ihalleri teşvik edici niteliktedir. Aynı zamanda kullanıcı sayısı kapsamında reklam gelirleri ile bu noktada bir kazanç elde ettiği de açıktır. Dolayısıyla davalıların anılan teori kapsamında sorumlu tutulması isabetli olmuştur[24].

B- Sorumluluğun Sınırlandırılması İçin Gerekli Olan Önşartlar

DMCA kapsamında servis sağlayıcıların sorumluluktan kurtulabilmesi için yerine getirmesi gereken ilk önşart; telif haklarını - tekrar edici davranışlarla - ihlal eden üye/lerin ya da hesap sahip/lerinin hizmetlerine son verileceğini üyelerine ya da hesap sahiplerine önceden duyurarak bilgilendirmek ve servis sağlayıcısı olarak bu tarz bir politika benimsemektir. Bu kapsamda servis sağlayıcılar, DMCA kapsamında – genellikle sözleşmelerinde – bu tarz telif hakkını ihlal edici davranışlarda bulunulması halinde üyelik ilişkisinin sona erdirileceğine dair ibareleri üyelik sözleşmelerine dahil etmesi gerekmektedir. Aksi halde kanun kapsamında sorumluluğu sınırlandırıcı 4 başlıktan[25] herhangi birisi ile sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün olmamaktadır[26].

Servis sağlayıcıların önşart kapsamında yerine getirmesi gereken bir başka husus ise; standart teknik önlemlerin servis sağlayıcısı sistemleri tarafından kullanılması ve bu sistemlerin kullanılmasına servis sağlayıcıların engel olmamasıdır. DMCA, maddenin devamında standart teknik önlem kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre standart teknik önlem, telif hakkı sahipleri tarafından, telif hakkına konu eserlerin korunması ya da tanımlanması amacıyla kulla-

24 *SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS Belirtmek gerekir ki Amerikan Temyiz Mahkemesi video kaset kaydedicileri piyasaya süren Sony hakkında bu kaydedicilerin telif haklarını ihlal ettiği iddiasıyla açılan davada, Sony nin telif hakkını ihlal edici herhangi bir davranışının bulunmadığını, söz konusu cihazın büyük ölçüde telif hakkını ihlal etmeyecek şekilde ticari olarak kullanılabilen bir cihaz olduğunu ve bu tarz cihazları üreten firmaları telif hakkı ihlallerinden sorumlu tutmanın ciddi anlamda teknolojinin gelimesine engel olacağına karar vermiştir. SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm*

25 Safe Harbour.

26 *İnternet servis sağlayıcıların gerçekleşen telif hakkı ihlallerinden sorumlu tutulması gerektiği, telif hakkı ihlalleri sebebiyle özellikle yer sağlayıcıların kazançlarında ciddi bir artış olduğunu bu nedenle gerçekleşen zarardan servis sağlayıcıların da sorumlu olması gerektiği şeklinde görüş için Bkz.* ***LICHTMAN*** *Douglas, Holding Internet Service Providers Accountable, s. 2 vd. www.mafhoum.com/press7/228T42.pdf Erişim tarihi: 15.04.2014).*

nılan bir mekanizma olduğu ifade edilmiştir. Devamında ise DMCA tarafından standart teknik önlemi kavramının özellikleri belirtilerek kavram net bir şekilde ifade edilmeye çalışılmıştır. Bu özelliklerden bahsetmek gerekirse;

- Telif hakkı sahipleri ile servis sağlayıcılar tarafından genel bir uzlaşı içerisinde kabul edilen, açık, hakkaniyete dayanan ve isteğe bağlı ve bir çok endüstriyi bünyesinde bulundurmalı,
- Bu önlemler makul ve ayrımcılık içermeyen şartlar çerçevesinde herkese açık olmalı,
- Bu önlemler servis sağlayıcılara herhangi bir ilave maliyet ya da sistemlerine yük getirmeyecek nitelikte olmalıdır.

Bu noktada kanun tarafından ulaşılmak istenen temel amaç teknolojinin kullanılması ile on-line olarak gerçekleştirilen telif hakkı ihlallerinin önüne geçilmesidir. Bunun etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi ise ancak her iki tarafın[27] ortak olarak çalışması ve bu hususta ortak bir program oluşturulması ile mümkündür. Bu kapsamda internet servis sağlayıcıları ile telif hakkı sahipleri arasında telif hakkına konu eserlerin tanımlanması ve korunması amacıyla içerik koruma sistemlerinin kurulması ve bu sistemler ile telif hakkını ihlal eden içeriklere erişimin engellenmesi amaçlanmaktadır[28]. Kanunkoyucu maddenin gerekçesinde standart teknik önlemlerin geçici çalışma grupları ya da bu alanda öncü olan kurumlar tarafından belirlenebileceğini belirtmekte ve DVD lerde yer alan kopyalama engelleyen teknoloji[29] gibi bir teknolojinin internet ortamında oluşturulmasınınn temel amaç olduğu vurgulanmaktadır[30]. Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki bu yapının servis sağlayıcıya ilave bir maliyet ya da sistem yükü getirmemesi getirmemesi gerekmektedir.

Her ne kadar ortak bir sistem ile telif hakkı ihlallerinin önüne geçilmesi amaçlanmış olsa da kavram net olmaktan uzaktır ve doktrinde de eleştirilmiştir. Bu kapsamda özellikle servis sağlayıcılar ile telif hakkı sahipleri arasında herhangi bir uzlaşmanın yer almadığı ve kanun tarafından beklenen uzlaşmanın gerçekleşmediği savunulmaktadır[31]. Her ne kadar kanun kapsamında ilk bakışta ayrıntılı olarak tanımı yapılmış görünse

27 *Servis sağlayıcılar ile telif hakkı sahipleri.*

28 *Örneğin bir eserin kopyalanmasının önüne geçilmesi için yapılan programlar gibi.*

29 *DVD CCA, DVD Copy Control Association.*

30 *S. REP. NO. 105-190, at 52 (1998).*

31 ***GALLO** Lauren G., The (Im)possibility of Standart Technical Measures For UGC Websites, s. 3 vd. https://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac%3A149017 (erşim tarihi: 11.04.2014).*

de gerçekte standart teknik önlemler kavramı anlaşılması güç ve muğlak bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bugüne kadar standart teknik önlemler ile ilgili olarak somutlaşmış ve hayata geçmiş bir sistem ya da somut bir oluşum bulunmamaktadır.

Bu kapsamda genellikle arama motorları tarafından kullanılan[32] ve Robot Engelleme Standartı (Robot Exclusion Protocol) olarak ifade edilen programın standart teknik önlem olarak nitelendirilip niteledirilmeyeceği hususundan bahsetmek gerekmektedir. Anılan program sayesinde bir internet sitesi arama motorlarında gözardı edilebilmekte ve yokmuş gibi işlem görmektedir. Bu noktada bu program sayesinde telif hakkını ihlal eden bir internet sitesinin dışlanması mümkündür ve program bu özellik sayesinde standart teknik önlem olarak niteledirilebilir ancak bu program telif haklarının ihlalinin önüne geçilmesi amacıyla gerçekleştirilmediği ve servis sağlayıcılar ile telif hakları sahipleri arasında gerçekleştirilen bir consensus ile oluşurulmadığı da açıktır. Bunun yanında robot programının bir uzantısı olan ve ACAP olarak adlandırılan Automated Content Access Protocol[33] sisteminin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Esasen bu sistem gazete ve dergi içeriklerinin izinsiz olarak internet ortamından paylaşılmasının önüne geçilmesi amacıyla Dünya Gazeteler Birliği[34] tarafından kurulmuş olan bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak gerek servis sağlayıcılara getirdiği yük ve gerekse bu noktada ortaya çıkan consensus eksikliği nedeniyle bu sistemi standart teknik önlem olarak nitelendirebilmek mümkün değildir[35].

Bu hususta belirtilmesi gereken bir başka nokta ise servis sağlayıcıların, DMCA kapsamında sorumluluğun sınırlandırılması hükümlerinin şartlarını yerine getirememesi halinde diğer savunmalarının bu durumdan etkilenmeyecektir. Bir başka ifadeyle; servis sağlayıcılar aşağıda belirtilen ve sorumluluğu sınırlandıran hükümlerin şartlarını yerine getirememiş olsa bile bu davranışlarının telif hakkını ihlal edici nitelikte olmadığını genel hükümlere göre savunabilmektedir. Dolayısıyla bu hükümler servis sağlayıcıların sorumluluğunu ortadan kaldıran ve ispat kolaylığı açısından avantaj sağlayan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu hükümlerdeki şartların yerine getirilememesi halinde dahi servis sağlayıcıların telif hakkının ihlaline ilişkin başkaca savunmaları bu durumdan etkilenmemekte olup servis sağlayıcı genel hükümlerde nezdinde sorumlu olmadığını ispatlayabilir[36].

---

32 *Google, yahoo vs. gibi.*

33 *Otomatik İçerik Kullanım Protokolü olarak çevrilebilir.*

34 *World Association Of Newspapers.*

35 *Nitekim uygulamada bu sistem kullanılmamakta ve birçok yönüyle eleştirilmektedir.*

36 *Bu husus DMCA' de "other defenses not affacted" olarak ifade edilmektedir.*

Son olarak belirtmek gerekir DMCA, servis sağlayıcılar terimini biri dar biri geniş olmak üzere iki anlamda kullanmıştır. Bu kapsamda iletimden kaynaklanan sorumluluk (512/a) açısından belirtilen servis sağlayıcılar terimi ile DMCA, 5651 sayılı İnternet Kanunumuzda yer alan erişim sağlayıcıyı kastetmiş olup kullanıcılarına internet erişimi sağlayan kuruluşların bu madde kapsamına dahil olduğunu vurgulamıştır. Devamında ise DMCA, diğer sorumluluğu sınırlandıran hükümler açısından servis sağlayıcılar terimini daha geniş kulanınmış olup on- line servis hizmeti veren tüm kuruluşların diğer sorumluluk hükümleri kapsamında servis sağlayıcı olduğunu belirtmektedir.

Bu açıklamalardan sonra DMCA kapsamında servis sağlayıcıların telif hakkı ihlalinden kaynaklanan sorumluluğunu açıklamak gerekirse;

C- İletimden Kaynaklanan Sorumluluk & DMCA 512/a

DMCA' de Transitory Digital Network Communication[37] başlığı altında düzenlenmiş olan bu bölüm kapsamında internet servis sağlayıcılar, aşağıda belirtilen şartların varlığı halinde telif hakkı ihlalinden sorumlu olmamaktadır. Madde kapsamında iki husus iletimden kaynaklanan sorumluluğun kapsamına dahil edilmiştir. Bunlardan ilki servis sağlayıcının saf iletim (mere conduit) işlemini gerçekleştirmesi halidir. Bu kapsamda servis sağlayıcı içeriklerin iletilmesi için bir nevi taşıyıcı işlevini görmektedir. Servis sağlayıcının madde kapsamına alınan bir diğer işlevi ise, bu iletim işlemi sırasında içeriklerin geçici olarak servis sağlayıcının sistemlerinde barındırılması halidir. Bu noktada servis sağlayıcılar, iletim için gerekli olan süreden daha fazla anılan içerikleri sistemlerinde barındırmamak ve bu içerikleri de alıcı dışındaki bir kullanıcıya erişilebilir kılmaması gerekmektedir[38].

Yapılan bu açıklamalardan sonra DMCA 512/a kapsamındaki şartları incelemek gerekirse;

- Telif hakkını ihlal eden içeriğin, servis sağlayıcı dışındaki bir şahıs tarafından iletilmeye başlanmış olması[39],
- Söz konusu içeriğin iletimi, dağıtımı, barındırılması ya da erişim şartları servis sağlayıcının herhangi bir müdahalesi bulunmadan otomotik olarak sistem tarafından gerçekleştirilmiş olması[40],

37 *Geçici Dijital Ağ İletişimleri olarak tercüme edilebilir.*

38 ***BAİSTROCCHİ** Pablo, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce, Santa Clara High Technology Law Journal 2002, Volume 19, Issue 1, s. 9 vd. http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=chtlj (erişim tarihi: 16.04.2014).*

39 *Servis sağlayıcısının ihlale konu içeriği bizzat kendisi internet ortamına koymaması gerekmektedir.*

40 *Bu kapsamda bir servis sağlayıcısının internet erişimi kullanılarak gönderilen bir e-posta bu hususa örnek olarak verilebilir.*

- Servis sağlayıcısı, telif hakkını ihlal eden içeriğin alıcısını kendi seçmemiş olması – bir başka şahıs isteğine verilen otomatik cevaplar hariç olmak üzere [41]
- Servis sağlayıcısı tarafından telif hakkını ihlal eden içeriğin iletimi sırasında çıkarılan geçici kopyalarının alıcı dışında bir şahıs tarafından hayatın olağan akışına göre normal sayılacak şekilde erişilebilir durumda bırakmamak ve iletim için gerekli olan makul süreden daha fazla bir süre alıcıya da söz konusu içeriği erişilebilir durumda bırakmamak [42].
- Mezkur içeriği herhangi bir müdahale ya da değişiklik yapmadan iletmek

Eğer servis sağlayıcısı yukarıdaki şartları gerçekleştirmişse telif hakkını ihlal eden içeriğe erişim sağlamaktan herhangi bir hukuki yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bu kapsamda madde esasen internet servis sağlayıcısının bir taraftan diğerine taşıdığı ya da ilettiği içerikle ilgili olup bu içerikle ilgili olarak yukarıdaki şartları taşıması halinde herhangi bir sorumluluğunun bulunmayacağını ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki telif hakkını ihlal etmediğini ispat servis sağlayıcısına ait olmalıdır. Telif hakkı sahibi tarafından söz konusu içeriğin telif hakkını ihlal ettiğini ispat edilmesi halinde bu halde sorumluluktan kurtulmak için erişim sağlayıcının yukarıda belirtilen maddeleri ispatlaması gerekli ve yeterli olacaktır. Bu halde erişim sağlayıcısı ihlale konu olan içeriği bizzat kendisi iletmeye başlamadıkça, bu iletim ve dağıtım otomatik olarak sistem tarafından gerçekleştirilmişse, servis sağlayıcısı ihlale konu içeriğin alıcısını kendisi seçmemiş ise, iletim sırasında oluşturulan kopyalar silinip sistemlerinde barındırmıyorsa ve iletime konu olan içeriğe servis sağlayıcısı tarafından herhangi bir müdahalede bulunulmamışsa bu halde telif hakkının ihlali sebebiyle erişim sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilmesine imkan bulunmamaktadır.

D- Ön Belleğe Alma (Caching)[43] & DMCA 512/b

İnternet ortamında gerçekleştirilen ihlaller ile ilgili olarak çözümlenmesi gereken bir başka nokta ise ön belleğe alma (Caching) konusu ola-

41 *İletim sırasında servis sağlayısının herhangi bir müdahalade bulunmamasını ifade etmektedir.*

42 *Anılan madde kapsamında yapılan tanım karışık görünse de esas olarak iletime konu olan içeriğe ait kopyaların iletim işlemi tamamlandıktan sonra servis sağlayıcılar tarafından sistemlerinden silinmesi ve hernangi bir şahıs tarafından erişilebilmesinin önüne geçilmesi hususunu düzenlemektedir.*

43 *Caching, çok sıklıkla istekte bulunulan ancak içerigi çok fazla değişmeyen sayfaların ya da istekte bulunulan içeriklerin tekrar tekrar oluşturulma sürecine girmeden, daha önce hazır olarak tutulan nesneden cevap verilmesi sürecini yönetmektir.*

rak karşımıza çıkmaktadır. Esasen caching işlemi internetin tekrarlanan taleplerle doyum noktasına ulaşmasını ve bu taleplerle internetin ortamının yavaşlamasının önüne geçilmesi amaçlamaktadır. Yapılan bu işlem sayesinde her seferinde hedefin kaynağına gidilmesine gerek kalmadan hızlı bir şekilde içeriklere ulaşılabilmesi mümkün olmaktadır[44].

Bu kapsamda hangi hallerde servis sağlayıcıların sorumluluktan kurtulacağı DMCA kapsamında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup herşeyden önce ortada kurallarına uygun bir caching işleminin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda caching işlemi şu şekilde yapılmalıdır:

- İçerik, servis sağlayıcı haricindeki bir şahıs tarafından internet ortamına konulmalıdır,
- Mezkur içerik iki şahıs arasında iletilmiş olmalı ve bu iletim içeriği talep eden şahsın isteği doğrultusunda gerçekleştirilmelidir[45].
- Depolama işlemi otomatik olarak gerçekleştirilmeli ve yukarıda belirtilen iletim işlemi gerçekleştikten sonra, servis sağlayıcılar tarafından söz konusu içeriğe yönelik sonraki erişim taleplerini karşılamak amacıyla yapılması gerekmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki ikinci maddede belirtilen iletim esnasında servis sağlayıcının herhangi bir rolünün bulunmaması gerekmektedir. Eğer servis sağlayıcı tarafından gerçekleştirilecek olan bir yöntem ile söz konusu içerik iletilmişse bu halde servis sağlayıcının anılan madde kapsamındaki korumadan faydalanabilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu iletim süresince servis sağlayıcının herhangi bir müdahalesinin bulunmaması gerekmektedir.

DMCA kapsamında bu şekilde gerçekleştirilen bir caching işleminin aşağıda belirtilen şartları taşıması halinde servis sağlayıcısının herhangi bir sorumluluğunun bulunmayacağını belirtilmiş olup bu nedenle yukarıda anlatılan hususların bir önşart mahiyetinde olduğu söylenebilir. Bu nedenle önşartlara uygun bir caching işlemi ancak aşağıdaki şartları taşıma halinde servis sağlayıcının sorumlulugunu bertaraf edecektir. Bu şartları incelemek gerekirse ;

- İçerik, servis sağlayıcı tarafından herhangi bir müdahalede bulunulmadan sonraki kullanıcılara gönderilmiş olmalıdır,
- Servis sağlayıcı, içeriği internet ortamına koyan şahsın belirlemiş

44 ***BAİSTROCCHİ,*** *Liability of Intermediary Service Providers, s. 10.*

45 *Burada vurgulanmak istenen iletim işleminin servis sağlayıcının talebi doğrultusunda gerçekleşmemiş olmasıdır.*

olduğu yenileme, yeniden yükleme ya da benzer güncelleme kurallarına riayet etmesi gerekmektedir. Ayrıca içeriği internet ortamına koyan bu şahsın belirlemiş olduğu bu kuralların servis sağlayıcı tarafından gerçekleştirilecek olan caching işlemine zarar vermeyecek nitelikte olması gerekmektedir.

- Servis sağlayıcı; içerik sahibinin, önbellekleme yapılmış olan içerikler ilgili birtakım bilgilerin kendisine gönderilmesini sağlayan teknolojiye herhangi bir müdahalede bulunmamalıdır[46].
- Eğer içerik sahibi tarafından söz konusu içeriğe erişim için önceden belirlenmiş bir takım şartlar konulmuşsa[47] servis sağlayıcı tarafından bu kurallara riayet etmesi gerekmektedir.
- Eğer içeriği internete sunan kişi, telif hakkı sahibinden gerekli izinleri almadan içeriği internet ortamına sunmuşsa, telif hakkı sahibinin servis sağlayıcıya bu kanun kapsamında göndereceği bildirim üzerine[48] servis sağlayıcı içeriği derhal kaldırmak ya da içeriğe erişimi engellemekle yükümlüdür[49].

Bu kapsamda yukarıda şartları gerçekleştiren servis sağlayıcı caching işlemi kapsamında telif hakkı ihlali sebebiyle herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

E- Yer Sağlayıcıların Sorumluluğu & DMCA 512/c

İnternet ortamında gerçekleştirilen ihlaller ile ilgili olarak çözümlenmesi gereken bir diğer konu ise yer sağlayıcıların hukuki durumu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda yer sağlayıcılar tarafından, internet

---

46 *Ancak kanunda bu maddenin uygulanabilmesi için bu teknolojinin belirli özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bunları açıklamalar gerekirse;* ***1-)*** *söz konusu teknolojinin servis sağlayıcının sistem performansını ya da içeriğin depolanma sürecini etkilememesi gerekmektedir.* ***2-)*** *Bu kurallar, genel olarak kabul edilmiş standart iletişim protokollerine uygun olmalıdır.* ***3-)*** *Bu teknolojinin servis sağlayıcının sisteminden herhangi bilgi ya da içerik talep etmeyecek nitelikte olmalıdır.*

47 *Örneğin şifre konulması ya da içeriğin görüntülenmesi için önceden belirli bir ücretin ödenmesi vs Belirtmek gerekir ki bazı durumlarda içerik sahibi caching yapılmasını topyekün yasaklayabilir. Bu kapsamda servis sağlayıcının bu kurallara uygun davranması gerekmektedir. Aksi halde bu maddenin sağladığı korumadan yararlanabilmesi mümkün değildir.*

48 *Bkz. s. 17 vd.*

49 *Bu maddenin uygulanabilmesi için içeriğin,* ***1-)*** *yüklendiği internet sitesinden daha önceden kaldırılması ya da erişimi engellendiği veya mahkeme tarafından içeriğin kaldırılması ya da içeriğin engellenmesi yönünde bir kararın bulunması* ***2-)*** *Telif hakkı sahibi tarafından gönderilecek olan bildirimde mezkur içeriğin kaldırıldığı ya da erişimi engellendiği ya da mahkeme tarafından bu yönde bir karar verildiğine dair beyanın bulunması gerekmektedir.*

ortamında yer sağladıkları içeriklerin telif hakkını ihlal etmesi halinde hukuki durumun ne olacağı belirlenerek ortaya çıkabilecek belirsizliklerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bu kapsamda DMCA, ayrıntılı bir şekilde yer sağlayıcıların hangi hallerin gerçekleşmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağını ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup bu şartları incelemek gerekirse;

- Yer sağlayıcı; içeriğin, telif hakkını ihlal ettiğini bilmiyorsa ya da telif hakkını ihlal edici davranışların farkında değilse,
- Yer sağlayıcı ihlali öğrenmesi ile birlikte hızlı bir şekilde içeriği kaldırmış ya da erişimi engellemişse,
- Telif hakkının ihlal edilmesiyle doğrudan bağlantılı herhangi bir kazancı bulunmuyorsa,
- Gerçek telif hakkı sahibinden bildirim[50] gelmesi üzerine bu içeriği kaldırmış ya da erişimini engellemişse,

Bu şartların gerçekleşmesi halinde telif hakkı ihlali sebebiyle yer sağlayıcıların sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir. Ancak DMCA, bu noktada önemli bir düzenleme getirerek, bu maddenin ancak yer sağlayıcılar tarafından telif hakkı ihlalleri ile ilgili bildirimlerle ilgilenecek bir temsilcilik[51] kurulmasına ve bunun yer sağlayıcının kendi internet sitesinden herkesin ulaşabileceği şekilde aktive etmesi şartına bağlamıştır. Ayrıca DMCA devamında, bu temsilciliğe ait isim, adres, telefon ve mail bilgilerinin Telif Hakkı Merkezi[52]'ne bildirmesini de bu maddenin uygulanması için şart koşmuştur.

Bu madde kapsamında çözümlenmesi gereken bir husus da UGCs[53] olarak adlandırılan ve kullanıcılar tarafından içeriklerin yüklenmesinden ibaret olan internet sitelerinin anılan madde kapsamına dahil edilip edilmeyeceği hususudur. Bu kapsamda YOUTUBE, DAILYMOTION, vs. başta olmak üzere kullanıcılar tarafından yüklenen içeriklerden oluşan siteler anılan madde kapsamında dahil edilirse gerçekleşen telif hakkı ihlali sebebiyle herhangi bir sorumluluk ile karşılaşmayacaktır. Bu kapsamda ABD' de yer alan ve UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc [54] kararından bahsetmek gerekmektedir. Anılan kararda bu tarz sitelerin

50 *Bkz. s* ***BAİSTROCCHİ,*** *Liability of Intermediary Service Providers, s. 10 vd.*

51 *DMCA bundan Designated Agent olarak bahsetmiştir.*

52 *DMCA, Copyright Office olarak ifade etmiştir.*

53 *User Generated Content Sites.*

54 *https://www.eff.org/files/filenode/09-55902.pdf* (erişim tarihi: 14.04.2014).

DMCA 512/c kapsamına dahil olduğunu ve telif hakkı ihlali ile ilgili olarak sorumluluğunun – madde şartlarını taşıması halinde – bulunmadığına karar vermiştir[55].

F- Servis Sağlayıcıların Kullanıcıları Başkaca İnternet Sitelerine Yönlendirmesi &DMCA 512/d

Servis sağlayıcılar, kullanıcılarını telif haklarını ihlal eden sitelere yönlendirmesi halinde durumun ne olacağı DMCA kapsamında çözüme kavuşturulan son konu olarak karşımıza çıkmaktadır[56]. Bu kapsamda aşağıdaki şartları gerçekleştiren servis sağlayıcının bu madde kapsamında herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Şöyle ki;

- Servis sağlayıcı içeriğin telif hakkını ihlal ettiğini gerçekten bilmiyorsa ya da telif hakkının açıkça ihlal edildiğinden haberdar değilse, (bu durumdan haberdar olduğundan itibaren hızlı bir şekilde içeriği kaldırmalı ya da erişimini engellenmiş olmalıdır),
- Servis sağlayıcı, bu illegal içerikle doğrudan bağlantılı herhangi bir kazancı bulunmaması,
- Telif hakkı ihlaline ilişkin olarak bir bildirim alınması üzerine servis sağlayıcı derhal mezkur içeriği kaldırmalı ya da erişimini engellemelidir.

G- Telif Hakkı İhlal Bildirimi

Yukarıda da bahsedildiği üzere, telif hakkı ihlal edilen şahıs yer sağlayıcıya başvurarak telif hakkının ihlal edildiğini bildirirse yer sağlayıcı tarafından hızlı bir şekilde içerik kaldırılmalı ya da erişimi engellenmelidir. Ancak DMCA, bu bildirimi olası mağduriyetlerin önüne geçilmesi amacıyla sıkı şekil şartlarına bağlamış olup ancak belirli şartları taşıyan bildirimler ile yer sağlayıcıların bağlı olacağını belirtmiştir. Bu kapsamda bildirimde bulunması gereken şartları incelemek gerekirse;

- Her şeyden önce söz konusu bildirimin yazılı olması gerekmekte olup sözlü olarak yapılan bidirimler DMCA kapsamında geçerli olmayacaktır.
- Söz konusu bildirim ıslak ya da elektronik olarak imzalanmış olmalıdır.
- Hangi telif hakkına konu olan eserlerin ihlal edildiği açıkça belir-

55 *Her ne kadar DMCA 512 /c madde metninin gerçek amacının bu tarz sitelerden çok yer sağlayıcıları korumak olsa da anılan madde kapsamında UGCs lerde koruma kapsamına dahil edilmelidir. Ayrıntılı bilgi içib Bkz.* ***GALLO****, s. 8 vd.*

56 *Özellikle arama motorları, Google, Yahoo bu sorumluluk kapsamında düzenlenmesi istenen kuruluşlardır.*

tilmelidir. Eğer birden fazla esere ait telif haklarının ihlal edildiği iddia ediliyorsa bu halde bunların bir listesi çıkarılmalıdır[57].

- İhlale konu içeriğin ya da eylemin bildirimde açıkça belirlenmesi gerekmekte olup ayrıca yer sağlayıcıya ihlale konu olan içerik ya da eyleme ulaşmasını sağlayacak bilgilerin[58] gönderilmesi gerekmektedir.
- Şikayetçi tarafa ait iletişim bilgilerinin bildirimde yer alması gerekmektedir[59].
- Şikayette bulunan kişinin iyi niyetle hareket ettiğinin ve ihlale konu olan içeriğin telif hakkı sahibi tarafından yetkiledirilme olmadan kullanıldığının bildirimde yer alması gerekmektedir.
- Son olarak; bildirimde, yapılan başvurunun doğru olduğuna ve telif hakkı sahibi adına hareket etme yetkisinin bulunduğuna dair beyanın da yer alması gerekmektedir.

Eğer yukarıda belirtilen şartların gerçekleşirse DMCA kapsamında geçerli bir bildirimin varlığından bahsedilebilir. Bu kapsamda artık böyle bir bildirimle karşılaşan yer sağlayıcı telif hakkının ihlal edildiğini bilmediğini ya da telif hakkının açıkça ihlal edildiği durumlardan haberdar olmadığına dair bir savunma yapabilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda yer sağlayıcı sorumluluktan kurtulmak istiyorsa yapması gereken olan tek şey içeriği kaldırmak ya da erişimi engellenmek olmalıdır.

Bunun yanında DMCA, hangi eksikliklerin varlığı halinde bildirimin geçersiz sayılacağını düzenlemiştir. Bu kapsamda DMCA, yukarıda belirtilen tüm şartların geçerli bir bildirimde bulunması gerektiğini ancak yukarıda 3., 4., 5.,[60] maddelerin bildirimde yer alması halinde diğer noktaların eksik kalmasının bildirimi geçersiz yapmayacağını belirtmiştir. Bu halde yer sağlayıcı tarafından bildirimde bulunan şahısla iletişime geçilerek eksikliklerin giderilmesi istenir. Eğer bu eksiklikler giderilirse geçerli bir bildirimde bulunulmuş sayılmaktadır.

Bu noktada DMCA, ihlal edilen telif hakkının ne olduğunun, ihlale konu içerik ya da aktivitenin ne olduğunu ve şikayetçiye ait iletişim bilgilerinin zorunlu unsur olarak gördüğü savunulabilir. Bu noktalardaki eksiklikler geçerli bir bildirimin gerçekleşmesini önlemekte olup sonra-

57 *Belirtmek gerekir ki her bir internet sitesi için ayrı ayrı bildirimde bulunulması gerekir ancak bir bildirimde birden fazla telif hakkı ihlali yer alabilir.*

58 *Örneğin URL ya da IP adresi gibi.*

59 *Telefon numarası, adres ve varsa mail adresi.*

60 *İhlal edilen telif hakkının ne olduğunun, ihlale konu içerik ya da aktivitenin ne olduğunu ve şikayetçiye ait iletişim bilgiler.*

dan giderilebilmesi mümkün değildir. Ancak bu hususlar dışında kalan unsurlar sonradan giderilebilmesi mümkün olan eksikliklerdir.

H- Karşı Bildirim

Telif hakkı sahibi tarafından bir içeriğin telif hakkını ihlal ettiğinden bahisle gönderilen bildirim üzerine servis sağlayıcı tarafından derhal söz konusu içerik kaldırılır ya da erişimi engellenir. Bunun üzerine içerik sahibi tarafından gönderilecek olan karşı bildirim ile kaldırılan ya da erişimi engellenen içeriğe yeniden erişilebilmesi mümkün olabilmektedir. Bu noktada DMCA açısından geçerli bir karşı bildirimin olabilmesi için şu şartlar aranmaktadır:

- Her şeyden önce belgenin ıslak imza ya da elektronik imza ile imzalanması gerekmektedir.
- Erişimi engellenen ya da kaldırılan içeriğin ne olduğunun belirlenerek bildirimde yer alması ayrıca en son hangi internet sitesinde mezkur içeriğin yer aldığının belirlenmesi,
- Söz konusu içeriğin kaldırılması ya da erişiminin engellenmesi hataen ya da yanlış saptama neticesinde gerçekleşmiş olduğunun beyanı[61],
- İçerik sahibinin isim, adres, telefon numarasını içerir iletişim bilgileri ile olası bir uyuşmazlık halinde Amerikan Mahkemelerini yetkili mahkeme olarak seçtiğine dair beyanın yer alması

Karşı bildirimde bulunması zorunlu unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğer bu şekilde bir karşı bildirim servis sağlayıcıya gönderilmiş ise bu halde telif hakkı ihlali bildiriminde bulunan şahsın 10 iş günü içerisinde karşı taraf hakkında dava açtığına dair bilgi ve belgeleri servis sağlayıca göndermesi gerekmektedir. Aksi halde kaldırılan ya da erişimi engellenen içeriğe yeniden erişim verilerek uygulanan tedbirler ortadan kaldırılır.

Bu açıdan bakıldığında ortada hassas bir dengenin varlığı göze çarpmaktadır. Bir yandan hak sahibinin korunması gereken telif hakkı diğer yandan içerik sahibinin ve tüm diğer internet kullanıcılarının ifade ve haberleşme özgürlüğü bulunmaktadır. Eğer telif hakkı sahibine ağırlık verilirse bu halde haberleşme özgürlüğü ve internet ortamının kendisi zarar görme ihtimali bulunmaktadır. Bunun yanında her ne kadar haberleşme özgürlüğü temel hak ve özgürlüklerden olsa da bunun kontrolsüz kullanımı telif hakkı sahiplerine ciddi zararlar verebilmekte ve yenilikçi

61 Yalan beyanda bulunmanın suç olduğu hatırlatılarak.

düşüncenin korunamaması gibi ciddi bir tehlike ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla DMCA, bu hassas dengeyi gözeterek her iki açıdan konuyu dengede tutmak istemektedir. Bu kapsamda bir yandan telif hakkı sahibine bildirimde bulunarak hakkını koruma imkanı verilmiş olup diğer yandan haksızlığa uğradığını düşünen içerik sahibinin bu tedbire itiraz ederek yayının açılmasını istemek için karşı bildirimde bulunabilmesi imkanı vermiştir. Devamında haklı olduğunu iddia eden tarafın bu haklılığını mahkeme yoluyla devam ettirmesi gerektiği belirtilerek servis sağlayıcıların ihlal ile ilgili rolünün bertaraf edilmesi amaçlanmıştır.

I- Servis Sağlayıcılar Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar

Yukarıda belirtilen hükümlerden herhangi birisinin şartlarını yerine getiren servis sağlayıcı hakkında uygulanacak olan tedbirler oldukça sınırlıdır. Bu kapsamda servis sağlayıcı, telif hakkı ihlali sebebiyle parasal herhangi bir talep ya da yaptırımla bağlı değildir. Telif hakkı sahibi DMCA kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmiş ve telif hakkı sahibinden gelecek muhtemel tazminat taleplerini bertaraf etmiş durumdadır.

Ancak bunun yanında servis sağlayıcılar hakkında yine de birtakım yaptırımların uygulanması DMCA kapsamında mümkündür. Bu kapsamda servis sağlayıcılar, iletimden kaynaklanan[62] sorumluluk ile ilgili bir durum söz konusu olduğunda;

- Telif hakkını ihlal eden ve servis sağlayıcı tarafından erişim sağlanan kullanıcının erişimine son verilmesi ya da;
- ABD dışında yer alan bir internet sitesine erişimi engellemesi

Mahkeme tarafından talep edilebilir. Bu halde servis sağlayıcı bu hususları yerine getirmekle yükümlü olmaktadır.

Bunun yanında servis sağlayıcıların -iletimden kaynaklanan sorumlulukları hariç- diğer sorumluluğun sınırlandırılması hükümleri ile ilgili bir durum söz konusu olduğunda mahkeme aşağıdaki tedbirlerin uygulanması servis sağlayıcıdan talep edilebilir:

- Servis sağlayıcılar tarafından kendi sistemlerinde bulunan ve telif hakkını ihlal eden içerik ya da aktiviteye erişimi engellemek,
- Üyeye servis hizmeti verilmesini engellemek,
- Servis sağlayıcılara mümkün olan en az yükü getirecek şekilde başkaca önlemler alarak telif hakkı ihlallerini engellemek

Bu noktada belirtmek gerekir ki; Mahkemeler servis sağlayıcılar uygu-

62 *Bkz. s. 12.*

layacağı tedbirler sırasında gözönünde bulundurması gereken birtakım kriterler bulunmaktadır. Bu noktada Mahkeme bir tedbiri uygularken;

- Uygulanacak olan tedbirin tek başına ya da diğer tedbirlerle birlikte servis sağlayıcının sistemine önemli ölçüde bir yük getirip getirmeyeceğini değerlendirmesi,
- Eğer tedbir uygulanmazsa telif hakkı sahibine ciddi ölçüde zarar görme ihtimali bulunup bulunmadığının tespit edilmesi,
- Söz konusu tedbirin teknik olarak uygulanabilmesi ve etkinliği ile fizibilitesinin olup olmadığının değerlendirilmesi,
- Servis sağlayıcıya daha az yük getiren ve etkili başkaca tedbirlerin olup olmadığının değerlendirilmesi

gerekmektedir.

J- Kasıtlı Olarak Gerçeğe Aykırı Beyanda Bulunma

DMCA kapsamında kasıtlı olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle bir içeriğin telif hakkını ihlal ettiğini iddia aden kişi, bu hususta doğabilecek her türlü zarar ve ziyandan sorumlu tutulmaktadır. DMCA, bu madde kapsamında yanlış beyanda bulunmak suretiyle gerek içerik sahibine gerek servis sağlayıcısına gerekse de üçüncü şahısların internet özgürlüğüne karşı meydana gelebilecek muhtemel zararların önüne geçilmesini hedeflemektedir. Belirtmek gerekir ki DMCA kapsamında anılan maddeden dolayı sorumluluk ancak kasten ve maddi hususlarla[63] ilgili olarak yanlış beyanda bulunulması halinde gerçekleşebilir.

DMCA, genel olarak her türlü zararlardan gerçeğe aykırı beyanda bulunan şahsı sorumlu tutmuş olup bunun yanında bu zararlara hangi durumların da dahil olduğunu ayrıca belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki bu sayılan unsurlar sınırlayıcı nitelikte olmayıp yanlış beyan sebebiyle doğabilecek her türlü zarardan gerçeğe beyanda bulunan şahıs sorumlu olmaya devam edecektir. Bu kapsamda, servis sağlayıcının bu beyana dayanarak içeriği kaldırması ya da erişimi engellenmesi ya da içeriği başka bir yere taşıması sebebiyle doğabilecek zararlar[64], içeriği kaldırılan şahsın ya da telif hakkı sahibi ya da lisans sahibinin ödemek zorunda kaldığı masraflar ve vekalet ücretleri DMCA kapsamında yalan yere beyanda bulunan şahsın sorumlu olduğu tazminat talepleri arasında yer almaktadır. Ancak

63 *DMCA madde metninde aynen şu ifadeyi kullanmıştır. ".....any person who* ***knowingly materially*** *misrepresents under this section ....."*

64 *Özellikle hizmetlerin aksaması ve müşteriler nezdinde oluşabilecek prestij ve itibar kaybı.*

yukarıda da belirtildiği üzere bu sayım tahdidi nitelikte bir sayım olmayıp başkaca zararlar da bu madde kapsamında ilgili şahıstan talep edilebilir.

K- Servis Sağlayıcıların İçeriğin Kaldırılmasından[65] Doğan Sorumluluğu

DMCA kapsamında servis sağlayıcılar, kendilerine gönderilmiş olan geçerli bir telif hakkı bildirimi üzerine bir içeriği yayından kaldırması ya da içeriğe erişimi engellemesi halinde genel olarak bu işlem sebebiyle herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu noktada servis sağlayıcılar DMCA kapsamında sorumluluğu sınırlandıran hükümlerden faydalanmak için üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş olmaktadır. Bunun yanında gerçeğe aykırı beyanda bulunma sebebiyle bir içerik yayından kaldırılırsa bu halde sorumluk bu beyanı gerçekleştiren şahsa ait olmaktadır. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere telif hakkı bildiriminin geçerli olabilmesi için bildirimde bulunan şahsa ait kimlik ve adres bilgilerinin bildirimde yer alması ve aynı zamanda imzasının da bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bu tarz bir bildirimle kaldırılan ya da erişimi engellenen bir içerik sebebiyle servis sağlayıcının sorumlu olması mümkün değildir.

Bu noktada DMCA, yer sağlayıcıların sorumluluğu konusunda özel bir düzenleme getirmektedir. Yer sağlayıcı kendisine bir telif hakkı bildirimi gelmesi halinde hızlı bir şekilde söz konusu içeriği kaldırmak ya da erişimini engellemekle yükümlü olmaktadır. Devamında, içeriği kaldırılan ya da erişimi engellenen kullanıcısına durumu hızlı bir şekilde bildirmeli ve onu durumdan haberdar etmelidir. Eğer kullanıcı tarafından telif hakkı ihlaline yönelik karşı bildirim gönderilmişse bu karşı bildirimi telif hakkı bildirimini gönderen şahsa derhal iletmeli ve 10 iş günü içerisinde yetkili mahkemeler huzurunda dava açmasını gerektiğini aksi takdirde içeriğe tekrar erişim sağlanacağını belirtmelidir. Son olarak servis sağlayıcı kendisine dava açıldığına dair bir belge ya da beyan gönderilmezse - 10 iş gününden az 14 iş gününden fazla olmamak üzere – söz konusu içeriğe yeniden erişim sağlamakla yükümlü olmaktadır.

Görülmektedir ki DMCA, yer sağlayıcılar için sorumluluğun sınırlandırılması hükümlerinin uygulanabilmesi için birtakım özel şartlardan bahsetmektedir. Bu şartlar uygulamanın düzenlenmesi ve zaman dilimleri konularak uyuşmazlıkların hızlı ve net bir şekilde çözümlenmesini amaçlamaktadır. Bu kapsamda DMCA; telif hakkı sahibi, telif hakkının ihlal eden şahıs ve servis sağlayıcılar arasında sıkı bir bağlantı kurulması istediğini ve ancak böyle bir bağlantının varlığı halinde sorunların çözülebilme imkanı olduğunu savunmaktadır.

65 *Take-down notice process.*

M- Mahkeme Kararıyla Telif Hakkını İhlal Eden Şahsın Belirlenmesi

Telif hakkı sahibi ya da onun adına başvuruda bulunmaya yetkili şahıs tarafından; Amerikan Mahkemelerine başvuru yapılarak, telif hakkını ihlal eden şahsın belirlenmesi için servis sağlayıcılara müzekkere yazılması, DMCA kapsamında talep edilebilir. Bu kapsamda DMCA, talepte bulunan şahsın aşağıdaki belgeleri başvuruya eklemesini zorunlu kılmıştır.

- DMCA kapsamından gönderilmiş telif hakkı ihlal bildirimi[66],
- Talep edilen mahkeme yazısı,
- Söz konusu yazının sadece telif hakkını ihlal eden şahsın belirlenmesi için talep edildiği ve ulaşılacak bilgilerin telif haklarının korunması amacıyla kullanılacağına dair yeminli bir beyanın bulunması,

Bu şartların gerçekleşmiş olması halinde Mahkeme tarafından servis sağlayıcıya müzekkere gönderilerek telif hakkı ihlalini gerçekleştiren şahsın belirlenmesini sağlayacak kimlik ve adres bilgilerinin gönderilmesi talep etmektedir.

N- Örnek Kararlar

DMCA' nın yürürlüğe girmesinden sonra ABD' de verilen önemli kararlardan birisi de NAPSTER[67] kararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle 1990 lı yılların sonunda oldukça popüler bir müzik indirme sitesi olarak milyonların kullandığı bir internet sitesi olan NAPSTER, telif hakkı sahiplerinin tazminat talepleri ile karşı karşıya kalmış ve nihayetinde internet yayın hayatına son vererek sistemini kapatmak zorunda kalmıştır. Dava konusu olayı incelemek gerekirse:

NAPSTER, kendi internet sitesinden MusicShare[68] isimli bir programı kullanıcılarına sunmakta olup bu sistemden faydalanmak isteyen kullanıcılar anılan programı indirerek sistemden faydalanmaktadırlar. Bu sistem öncelikle kullanıcının seçtiği ve diğer kullanıcılara erişilebilir kıldığı mp3 leri taramakta ve bunları sistemine dahil etmektedir. Sisteme dahil olan bu mp3 ler üye on line olduğunda geçici olarak Napster sisteminde yer almakta ve kullanıcılar mp3 lerini birbirleri arasında paylaşılabilmektedir.

---

66 *Bkz. s.17 vd.*

67 A&M RECORDS, Inc. v. NAPSTER, INC http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm (erişim tarihi: 11.04.2014).

68 *Muzik paylaşımı*

NAPSTER açılmış olan bu davada DMCA 512 /a[69] kapsamında yer alan safe harbour kapsamında sorumluluğunun sınırlandırılması gerektiğini savunmuş ancak mahkeme somut olayda saf iletim olarak ifade edilebilecek herhangi bir durumun söz konusu olmadığını belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme; her ne kadar NAPSTER sunucusu, talep eden şahıs ile içeriğin bulunduğu bilgisayarın adres bilgilerini bağlantı kurulabilmesi için birbirlerine iletme esasına dayanarak çalışmış olsada bu durumun teknik anlamda "*mere conduit*"(saf iletim) sayılabilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Mahkeme, NAPSTER' ın sadece bağlantı kurulabilmesi için gerekli olan adres bilgilerini tedarik ettiğini oysaki içeriğin transferinin NAPSTER' ın sisteminden geçerek gerçekleşmediği, veri iletiminin internet erişim sağlayıcı kuruluşlar tarafından gerçekleştiğini ifade etmektedir[70]. Dolayısıyla bu kapsamda NAPSTER' ın sorumluluğunun sınırlanabilmesi mümkün değildir. Ancak mahkeme NASPTER' ın çeşitli özelliklerinin ve fonksiyonlarının olduğunu ve bunların herbirinin kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla örneğin NAPSTER içerisinde yer alan ve arama motorları ve index lerin 512/d[71] kapsamında sorumluluğun sınırlandırılması hükümlerine tabi olacağını ifade etmektedir.

Bunun yanında VIACOM v. YOUTUBE[72] davasından da bahsetmek gerekmektedir. Bu kapsamda VIACOM tarafından YOUTUBE aleyhine dava açılmış olup davalı internet sitesindeki kullanıcılar tarafından telif hakkını ihlal edici içeriklerin yüklendiğini ve YOUTUBE firmasının iştirak edenin ya da başkasının adına sorumluluk hükümleri[73] kapsamında sorumlu tutulmasını talep etmektedir. Ancak YOUTUBE, DMCA kapsamında sorumluluğun sınırlandırıldığını ve yer sağlayıcıların sorumluluğunun sınırlandırılması hükümlerinin kapsamına dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, YOUTUBE' un savunmalarını kabul ederek davayı reddetmiş ancak VIACOM kararı temyiz etmiştir. VIACOM savunmasını, ülke mevzuatının, uluslar arası telif hakkı hırsızlığına izin verip vermediği hususuna dayandırmış ve ayrıca YOUTUBE çalışanları arasındaki mailleri dosyaya delil olarak sunarak davalının telif hakkı ihlalinden haberdar olduğunu savunmuştur. Temyiz mahkemesi kararı bozmuş ve davalının

69 *Mere conduit; saf iletim.*

70 *Mezkur olay açısından DMCA 512/a kapsamında bu iletimi gerçekleştiren servis sağlayıc/lar girmektedir.*

71 *Bkz. yukarıda s.17 vd.*

72 *Bkz.http://en.wikipedia.org/wiki/Viacom_International_Inc._v._YouTube,_Inc.;https://www.docketalarm.com/cases/New_York_Southern_District_Court/1--07-cv-02103/Viacom_International_Inc._et_al_v._Youtube_Inc._et_al/1/*

73 *Vicarious or contributory liability Bkz.s 6 vd.*

vuku bulan telif hakkı ihlalinden haberdar olduğunun makul bir juri tarafından kabul edilebilecek düzeyde olduğunu ifade etmiştir. Ancak devamında ilk derece mahkemesi tekrar YOUTUBE un DMCA kapsamında sorumlu olmadığını belirtmiştir. Devamında ise tarafında anlaşmış ve dava konusu ihtilaf ortadan kalkmıştır[74].

Bu noktada Tiffany v. E-Bay[75] davasından bahsetmek gerekmektedir. Sahte ürünlerin E-Bay üzerinden satılması üzerine konuyu Mahkemeye taşıyan davacı Tiffany, E- Bay'ın söz konusu ihallerden haberdar olduğunu ve iştirak edenin sorumluluğu hükümleri kapsamında gerçekleşen telif hakkı ihlallerinden sorumlu olmasını talep etmektedir. Davalı E-Bay ise ürünlerin internet sitesine konulmasında herhangi bir aracılık işlemi gerçekleştirmediklerini ve aynı zamanda Tiffany ile dava tarihinden önce çeşitli yollarla sahte malların satılmasını engellemek için birlikte çalıştıklarını ve bu süreçte oldukça masraflı programları kendi sistemlerine dahil ederek telif hakkı ihlalleri ile mücadele ettiklerini ifade etmiştir. Davacı ise bunun üzerine davalı tarafın genel olarak kendi siteleri üzerinden ürünlerinin sahte olarak satıldığını bildiğini dolayısıyla bu bilgisine rağmen içeriklerin internet sitesinde yayın hayatına devam ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme bu gelişmeler üzerine E-Bay' ın doğrudan marka hakkı ihlali sebebiyle sorumlu olabilmesinin mümkün olmadığını çünkü ilanların internet ortamına konulmasında davalının herhangi bir rolünün bulunmadığını ifade etmiştir. Bunun yanında Mahkeme, davalı tarafından genel olarak sitesinde marka hakkı ihlal edilerek ürünlern satıldığına dair bir bilgi bulunsa da hangi ilanlarda bu ihlallerin gerçekleştirildiğinin tespit edilmesinin oldukça zor olduğunu bu noktada iştirak edenin sorumluluğu kapsamındaki öğrenme seviyesinin basit değil nitelikli olduğunu ifade etmiş ve E-Bay' ın gerçekleşen ihlaller sebebiyle sorumlu tutulabilmesinin mümkün olmadığını ifade ederek davayı reddetmiştir. Temyiz mahkemesi de aynı gerekçeklerle davacının temyiz taleplerini geri çevirmiştir.

II- TİCARET YÖNERGESİ (COMMERCE DIRECTIVE 2000/31/EC)

İnternet servis sağlayıcıların hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak Avrupa Birliği'nde yer alan düzenlemelere baktığımızda E – Ticaret yönergesi kapsamında konunun düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenleme, Amerika'daki benimsenen sisteme benzer görünse de Amerika'da olduğu kadar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği[76] anlaşılmaktadır. Bu kapsamda

74 *Ayrıca Bkz.* ***GALLO****, s. 6.*

75 http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2010%20Tiffany%20Abridged.pdf (erişim tarihi: 15.04.2014).

76 *Özellikle uyar – kaldır (take – down notice) sistemi ile ilgili düzenlemeler yer alma-*

E- Ticaret Yönergesi' ni incelemek gerekirse Amerika'da yer alan 4 adet koruma grubunun burada 3 konu ile sınırlı olduğunu, servis sağlayıcıların kullanıcılarını başkaca internet sitelerine yönlendirmesi halinin Yönerge'de yer almadığı görülmektedir.

Bu kapsamda E- Ticaret Yönergesi ile getirilen hükümleri incelemek gerekirse;

A-Servis Sağlayıcıların Salt İletimden (Mere Conduit) Kaynaklanan Sorumluluğu

E-Ticaret Yönergesi, tıpkı DMCA gibi sadece internet ortamında verileri ileten servis sağlayıcıların bu iletim işlemi ile ilgili olarak herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir. Bu kapsamda belirtilen şartları bakıldığında eğer bir servis sağlayıcı;

- İletim işlemini bizzat kendisi başlatmamışsa,
- İletilecek içeriğin alıcısını kendisi belirlememişse,
- İletien içeriğe herhangi bir müdahalede bulunmamış ve içeriği kendisi seçmemişse

Bu halde servis sağlayıcının telif haklarının ihlali ile ilgili herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını belirtmektedir. Bu noktada E-Ticaret Yönergesi tıpkı DMCA da olduğu gibi, iletimi gerçekleştiren servis sağlayıcıların iletim işlemi için gerekli olan süreden daha fazla anılan içeriği sistemlerinde barındırmaması gerektiğini ifade etmiştir. Eğer bu kapsamda servis sağlayıcı gereğinden fazla iletime konu olan içeriği sistemlerinde barındırırsa bu halde telif hakkı ihlali sebebiyle oluşabilecek tazminat talepleri ile karşı karşıya kalabilirler. Bu halde E- Ticaret Yönergesi DMCA ile uyum içinde olduğu gözlenmektedir.

E-Ticaret Yönergesi bu konu ile ilgili olarak son olarak, bu maddenin uygulanması kapsamında üye ülkelerin mahkemeleri ya da yetkili idari organları açısından, telif haklarının korunması ya da engellenmesi için servis sağlayıcılardan gerekli önlemlerin alınmasını isteme hakkının saklı tutulduğunu belirtmektedir. Anılan bu madde kapsamında üye ülkeler salt iletim gerçekleşmiş bir telif hakkı ihlali açısından servis sağlayıcılara bu içeriklerle mücadele için birtakım sorumluluklar yükleyebilecektir. Bu kapsamda örneğin filtreleme programlarının kullanılması ya da erişimin engellenmesi ya da kullanıcıya ait olan IP adreslerinin yetkili makamlara tedarik edilmesi anılan madde kapsamında servis sağlayıcılardan talep edilebilecektir.

maktadır ve bu durum doktrinde yönergenin uygulanması açısından ciddi sıkıntılara yol açacağı sebebiyle eleştirilmiştir.

B- Önbellekleme İşlemi Sebebiyle Sorumluluk

Tıpkı DMCA gibi E- Ticaret Yönergesi ile düzenlenen bir başka husus servis sağlayıcıların önbellekleme işlemi nedeniyle doğan sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda bir servis sağlayıcı üyelerine daha hızlı erişim ve hizmet verebilmek için gerçekleştirdiği önbellekleme işlemi sırasında sistemlerinde bulundurduğu içeriklerin telif hakkını ihlal etmesi halinde durumun nasıl çözümleneceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada E- Ticaret Yönergesi servis sağlayıcıların sorumluluğunun aşağıdaki şartların varlığı halinde sınırlamaktadır. Şöyle ki;

- Servis sağlayıcının içeriği değiştirmemesi
- Servis sağlayıcı; içerik hakkında belirlemiş, erişim ile ilgili koşullara[77] uymalıdır
- Servis sağlayıcının, içeriğin güncellenmesi ile ilgili olarak ve genel olarak bu sektörde kabul edilmiş normlara uygun davranmalıdır
- Servis sağlayıcı, içeriğin kullanım oranı ile ilgili olan bilgilerin elde edilmesini sağlayan teknolojilere herhangi bir müdahalede bulunmamalıdır.
- Servis sağlayıcı, orijinal sitede içeriğin kaldırılması ya da erişimin engellenmesi ya da yerel mahkeme tarafından böyle bir tedbirin verildiğini öğrendiği andan itibaren mezkur içeriği kaldırmalı ya da erişimini engellemelidir.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde önbellekleme işlemi sebebiyle servis sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi E- Ticaret mevzuatı açısından mümkün değildir.

C- Yer Sağlayıcıların Sorumluluğu

E- Ticaret Yönergesi son olarak yer sağlayıcıların hukuki durumunu irdeleyerek aşağıda şartların varlığı halinde yer sağlayıcıların yer sağladıkları içeriklerin telif hakkını ihlal etmesi sebebiyle herhangi sorumluluğunun bulunmadığını belirtmektedir. Şöyle ki;

- Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriğin telif hakkını ihlal ettiğini bilmiyorsa ya da telif hakkına yönelen açık ihlallerin farkında değilse,
- Yer sağlayıcı, bu şekilde bir ihlali öğrenir öğrenmez içeriği kaldırmış ya da erişimi engellemişse

Bu halde yer sağlayıcının bu tarz telif hakkı ihlallerinde herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır[78].

77 *Erişim için şifre ya da belirli bir mikta ücret yatırılması gibi; Bkz. s. 13 vd.*

78 *Bkz. 15 vd.*

D- Örnek Dava ve Uygulamalar

E- Ticaret Yönergesi kapsamında AB hukukunda yer alan yargılamalara baktığımızda Avrupa Topluluk Mahkemesi[79] nin vermiş olduğu *Google France v Louis Vuitton*[80] davasından bahsetmek gerekmektedir. Uyuşmazlığın konusu "*GoogleAds*"[81] olarak ifade edilen Google reklam uygulaması kullanılmak suretiyle davacıların marka hakkının ihlal edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda konu ATM' nin önüne gelmiş olup "*GoogleAds*" uygulamasının E- Ticaret Yönergesi kapsamında sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı belirlenmeye çalışılmıştır. ATM, vermiş olduğu kararda ortaya çıkan sorumluluk hükümleri ve şartlarının ülkesel mevzuatlara göre belirleneceği ancak belirli bazı durumların varlığı halinde servis sağlayıcıların sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir. ATM devamında, GoogleAds' ın E-Ticaret Yönergesi md. 14 kapsamında (Hosting – yer sağlayıcı) sağlanan korumadan faydalanabileceğini; bunun, içeriklerle ilgili aktif bir rol oynamaması şartına bağlamaktadır. ATM' nin aktif rolden kastı, sistemde yer alan içeriklerin kontrolü ya da o içeriklerle ilgili bilgiler konusunda yer sağlayıcının aktif bir rol oynamaması olarak ifade edilmektedir. ATM, bu kararında olumlu bir tanım yaparak hangi aktivitelerin hangi şartları gerçekleştirmesi halinde yer sağlayıcı kapsamında sorumluluğun sınırlandırılacağını belirtmemiş bunun yerine olumsuz bir tanımlamada bulunarak sorunu çözmeye çalışmıştır[82]. Bunun yanında ATM vermiş olduğu bir başka kararında aktif rol kavramını geliştirmeye çalışmıştır. "*Loreal v. E- Bay*"[83] olarak isimlendirilen davada ATM, elektronik pazarda satış yapan bir firma olan E-Bay' ın E- Ticaret md. 14 kapsamında yer sağlayıcı olarak sorumluluğun sınırlandırılabileceğini ancak bunun için söz konusu içeriklerle ilgili aktif bir rol oynamaması gerektiğini ifade etmektedir. ATM, burada satış için destek verilmesinin zorunlu kılındığı durumlarda ki özellikle bu durumun ilanların etkinliğinin arttırılması ya da tanıtımın yapılması amacıyla yapılması halinde söz konusu içeriklerle ilgili aktif bir rol oynandığını ve

79 *Court of Justice Of European Union.*

80 *C- 236 / 08 http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08 (erişim tarihi: 14.04.2014).*

81 *Google' ın reklam uygulaması olup; üyelerine ücretli olarak sunulan bir reklam hizmetidir. Bu hizmet kapsamında bazı entry ve keywords (anahtar kelimeler) lerin ücret karşılığı rezerve edilmesi ve bunun karşılığında Google arama motorunda yapılan aramalarda bu keywords lerle örtüşen ya da benzeşen bir arama söz konusu olduğunda genellikle sponsor link olarak ön sıralarda yer alma sistemi ile çalışmaktadır.*

82 *IAM Magazine Issue, Liability for Internet Host Provider In The European Unıon.*

83 *C-324/09http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=173247 (erişim tarihi: 14.04.2014).*

böyle bir durumun varlığı halinde – ki bu değerlendirmeyi yerel mahkeme yapacaktır – gerçekleşen telif hakkı ihlallerinden sitenin sorumlu olacağını ifade etmektedir.

Bunun yanında Fransa Mahkemelerinin E-Bay ile ilgili olarak verdikleri kararlardan bahsetmek gerekmektedir. Bu kapsamda Fransız Mahkemesi[84], 4 Haziran 2008 tarihinde vermiş olduğu kararında E-Bay üzerinden satılan sahte lüks çanta sebebiyle E- Bay' ın sorumlu olacağını ifade etmektedir. Bu karardan yaklaşık bir ay sonra Paris Ticaret Mahkemesi tarafından E- Bay, birçok parfüm firmasının seçici dağıtım anlaşmalarını ihlal ettiği gerekçesiyle sorumlu tutulmuş ve ciddi tazminat miktarına muhatap bırakılmıştır. Mahkeme bu noktada E-Bay'ın faaliyetlerin sadece yer sağlayıcı olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olmadığını ve dolayısıyla E- Ticaret yönergesi kapsamına girerek sorumluluktan kurtulabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bunun yanında Brüksel Mahkemesi ise, çok benzer bir olayda E- Bay tarafından sahtecilikle mücadele için alınan önlemlerin yeterli olduğunu ve E- Bay' ın sahtecilik işlemleri sebebiyle sorumlu tutulabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir[85] [86].

ATM' in konu ile ilgili olarak verdiği bir başka karar "*Scarlet v. SABAM*"[87] davası olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan kararda Belçika Mahkemesi, yer sağlayıcı olarak faaliyet gösteren davalı şirketin, telif haklarını korumak ve ihlalleri engellemek için illegal olarak mp3 paylaşan şahısların tespit edilmesini yarayan bir filtreleme programının kullanmasını ve bu sistemi karardan itibaren 6 ay içerisinde aktif duruma geçirilmesini emretmiştir. Konu ATM' nin önüne gelmiş ve servis sağlayıcıların bu şekilde bir filtreleme sisteminin kurmasının E- Ticaret Yönergesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesi istenmiştir. ATM, vermiş olduğu kararında, servis sağlayıcılar tarafından aşağıdaki belirtildiği şekilde bir filtreleme sisteminin benimsenebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre servis sağlayıcılar

---

84 *French Civil Court of Troyes,*

Karar için Bkz. EU Study On The Legal Analysis of a Sıngle Market for The Informatin Society, s. 3 vd. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=835 erişim tarihi: 16.04.2014).

85 *EU Study On The Legal Analysis of a Sıngle Market for The Informatin Society, s. 2.*

86 *Almanya ve İngiltere' nin E-Bay ın sorumluluğu ile ilgili daha sıkı şartlar aramaktayken, Fransa E-Bay ın telif hakkı ihlallerinden sorumlu tutulması eğiliminde olduğu görülmektedir.*

87 *C- 70/10 http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=194900 (erişim tarihi: 15.04.2014).*

- Sistemlerinden geçen tüm işlemleri; özellikle p2p olarak ifade edilen kullanıcıların işlemleri,
- Herhangi bir ayrım yapmadan tüm kullanıcılar hakkında,
- Önleyici tedbir olarak,
- Belirli bir zaman periyodu olmadan ve masrafları servis sağlayıcıya ait olmak üzere

İzlemesine imkan sağlayan filtreleme sistemlerini kullanabilmesi mümkün değildir. ATM devamında, söz konusu filtreleme sistemlerinin kullanılmasının sadece E- Ticaret Yönergesine değil temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil ettiğini de ifade etmektedir[88].

Bu konu hakkında bahsedilmesi gereken bir başka önemli dava GEMA v. Rapidshare davasıdır. Bu kapsamda davalı rapidshare üyeler tarafından içeriklerin internet ortamına – her bir içerik için farklı bir url verilmek suretiyle – yüklenebildiği bir paylaşım sitesi olup merkezi İsviçre' de bulunan Alman menşeli bir şirket olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda davacı, telif haklarının ihlal edildiğinden bahisle gerçekleşen telif hakkı ihlallerinde Rapidshare firmasının sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur. Mahkeme, Rapidshare firmasının hukuki açıdan geçerli ve kabul edilebilir nitelikte bir ticari faaliyet yürüttüğünü ve kanunları ihlal etmek amacıyla kurulmadığını ifade etmektedir. Bunun yanında Mahkeme devamında; ancak Rapidshare' in yapısı itibariyle 3 şahısları kanunları ihlal etmek konusunda teşvik ettiğini ifade etmiştir. Özellikle anonim hesapların açılmasına izin verilmesi ve şirketin asıl gelirlerinin premium (ayrıcalıklı) üyelikten elde edilen gelirler[89] olduğu ki bu üyeliklerin çok daha hızlı ve fazla sayıda download yapabilme yeteneğinin bulunduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple Mahkeme tarafından davalı Rapidshare' e birtakım yükümlülükler getirilmesinin Alman mevzuatına uygun olduğu düşünülmektedir. Mahkeme, Rapidshare' den yüklenen her içeriğin kontrol edilmesini talep etmemektedir ki bu zaten yapısı itibariyle Rapidshare'in ticari faaliyette bulunmasını engelleyici niteliktedir. Ancak devamında Mahkeme, Rapidshare'in sadece telif hakkı ihlalini öğrendiği andan itibaren mezkur içeriği kaldırmakla sorumluluğu sona ermemekte olup bu şekilde yapılan telif hakkı ihlallerinin önüne geçilebilmesi için gerekli önemleri de almakla yükümlü kılınmaktadır. Dolayısıyla bu noktada Mahkeme tarafından sadece telif hakkı ihlalinin öğrenilmesi ile hızlı bir şekilde içeriği kaldırmak sorumluluktan kurtulmak için yeterli kılınma-

88 http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/10c070_en.pdf

89 Depolanan içerikten alınan ücret değil de.

mış bunun yanında önleyici birtakım tedbirlerin alınması da davalı firmadan talep edilmiştir[90].

AB hukuku kapsamında verilen önemli bir karar da Lafesse v. MySpace[91] davasıdır. Anılan dava kapsamında Mahkeme, her ne kadar MySpace' in Yönerge Kapsamında yer sağlayıcı olarak kabul edilse de ona sadece bu işlevin atfedilemeyeceğini, MySpace' in üyelerine sunum yapmasını kolaylaştırıcı kalıpları sunduğu ayrıca bu sunumlarında yanında yer alan reklam kalıplarının görüntülenmesinden doğrudan kazanç sağladığını dolayısıyla onun bir editör gibi yayıncı olarak sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir.

Fransa' da verilen konumuz ile ilgili bir başka karar da "Joyeux Noel v Dailymotion"[92] hakkındadır. Bilindiği üzere Dailymotion, Youtube benzeri bir video paylaşım sitesi olup telif hakkının ihlal edilmesi sebebiyle Dailymotion aleyhine *'Joyeux Noel'* filmi yapımcıları tarafından dava açılmıştır. Anılan davada ilk derece mahkemes tıpkı yukarıdaki karar gibi yayıncı olarak bizzat Dailymotion un telif hakkı ihlali sebebiyle sorumlu olduğunu belirtmiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi davalının yayıncı olarak sorumlu olamayacağını ve E-Ticaret Yönergesi kapsamında yer sağlayıcı olduğunu ancak telif hakkının ihlal edildiğinden haberdar olduğu ve fakat buna rağmen mezkur içeriği kaldırmaması sebebiyle sorumluluğunun sınırlandırılamayacağına hükmetmiştir.

Bu kapsamda Fransa tarafından HADOPI kanunları olarak bilinen uygulamadan da bahsetmek gerekmektedir. Telif hakkı sahipleri tarafından[93] yapılan lobi faaliyetleri kapsamında internet servis sağlayıcıların sorumluluğunun genişletilmesi amacıyla yapılan bu düzenleme kapsamında three strikes (3- aşama)[94] olarak ifade edilen ve 3. aşamada internet kullanıcısının bağlantısını belirli bir süre donduran sistem benimsenmiştir[95]. Bu kapsamda telif hakkının düzenli bir şekilde ihlal eden şahısların nihai süreçte internet bağlantısı kesilerek telif hakkı ihlallerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

---

90 *File hosting in Germany carries increased copyright policing duties http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ef2396cc-39e8-493b-a893-bec38f9ef368 (erişim tarihi: 15.04.2014).*

91 *T.G.I. Paris, réf., 22 June 2007, Lafesse v. Myspace.(EU Study On The Legal Analysis of a Sıngle Market for The Informatin Society, s. 17).*

92 *http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1fc53c40-cb31-440f-937f-8d2de627c752 (erişim tarihi: 15.04.2014).*

93 *Özellikle International Federation of Phonographic Industries (IFPI)*

94 *Three strikes you're out process olarak ifade edilmiştir.*

95 *Ayrıntılı bilgi için Bkz.* ***GÜLPINAR****, Mert Kaan, İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi – Türk ve Mukayaseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, Legal Yayıncılık Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.9, S. 34, s. 17 vd.*

III- 5651 Sayılı Kanun

Servis sağlayıcıların telif hakkı ihlallerinden kaynaklanan sorumluluğu ile ilgili olarak mevzuatımızda yer alan düzenlemelere baktığımızda konunun 5651 Sayılı Kanun İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun md. 5- 6 da düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda Yer Sağlayıcının Yükümlülükleri başlıklı 5. Madde kapsamında Yer sağlayıcı; "*Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8. ve 9.maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır*."[96]

Bunun yanında 6 madde kapsamında erişim sağlayıcının hukuka aykırı içerikten sorumluluğu ile ilgili olarak benzer bir düzenleme getirilmiş olup "*Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle*" yükümlü kılınmıştır.

Anılan maddeler kapsamında yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcı, bu Kanunun 8. ve 9. maddeleri kapsamında haberdar edilmesi halinde hukuka aykırı içeriği kaldırmakla yükümlü kılınmıştır. Halbuki bu madde yukarıda belirtilen sorunları çözmekten uzaktır[97] ve konu sadece bir madde ile geçiştirilmeye çalışılmaktadır. Bunun yanından önbellekleme ve arama motorlarının sorumluluğu ile ilgili olarak herhangi bir düzenlemeye de yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla uygulamada, özellikle son kanun değişikliği ile birlikte yer sağlayıcılar için ciddi sıkıntılar oluşmaya başlamış olup konunun ayrıntılı düzenlenerek servis ve yer sağlayıcılar başta olmak üzere tüm internet kuruluşlarının sorumluluklarının belirlenmesi zarureti hasıl olmaktadır.

3- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İnternet servis sağlayıcıların hukuki sorumluluğunun düzenlendiği sistemlere baktığımızda en kapsamlı düzenlemelerin ABD de yapıldığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki internet servis sağlayıcıların sorumluluk esaslarına ilişkin sistemler temel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki dikey sistem olarak adlandırılmakta olup her bir sorumluluğun farklı

96 *6.2.2014 T. Ve 6518 sayılı Kanundan önceki değişiklikten önce Madde metni şu şekildedir: "Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve* ***teknik olarak imkan bulunduğu ölçüde*** *hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür". Anılan madde kapsamında yer sağlayıcı teknik imkan olduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği kaldırmakla yükümlü kılınmıştır. Ancak yapılan kanun değişikliğinden sonra bu ibare kaldırılmış ve yer sağlayıcı smz konusu içerikleri kaldırmakla yükümlü kılınmıştır.*

97 *Değerlendirme için Bkz. 34 vd.*

hükümlerle düzenlendiği sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada ABD' de telif hakları ile ilgili olarak DMCA, hakeret ile ilgili konulara Telecommunication Act of 1996 hükümlerinin uygulandığı dikkate alınırsa internet servis sağlayıcıların hukuki sorumluluğun dikey sistemle düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu çalışmamızda anlatılan hususlar ABD kanunları kapsamında sadece telif hakkı ihlali ile ilgili konularda geçerli olup başkaca konular için o konunun düzenlendiği kanunlara bakılması gerekmektedir. Bu kapsamda bahsedilmesi gereken diğer sistem ise yatay sistem olarak ifade edilmekte olup servis sağlayıcıların tüm sorumluluklarının tek bir düzenleme ile belirlendiği sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda AB hukukunda yer alan düzenlemeler yatay sisteme örnek gösterilebilir çünkü internet servis sağlayıcıların hukuki sorumlulukları tek bir düzenleme E- Ticaret yönergesi ile düzenlenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında DMCA' ya baktığımızda internet servis sağlayıcıların sorumluluğu 4 madde[98] ile sınırlandırıldığı ve bu şartlardan herhangi birisine uyan servis sağlayıcısının telif hakkı sahibinin tazminat taleplerinden kurtulduğu görülmektedir. Bunun yanında take-down[99] sistemin de ayrıntılı olarak düzenlenmesi DMCA' nin olumlu yönleri olarak göze çarpmaktadır. Bu düzenleme kapsamında servis sağlayıcıların hangi bildirimleri dikkate alacağı DMCA kapsamında açıkça düzenlenmiştir ve bildirimler anılan kanunda yer alan şartlara uygun olarak yapılmalıdır. Aksi takdirde servis sağlayıcılar tarafından dikkate alınmayacak ve tazminat taleplerine ilişkin davalarda kullanılabilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun yanında karşı bildirim kurumu ile kasıtlı ihlal bildiriminde bulunma durumunun da önüne geçilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar genellikle üyelerin kendilerine yönelmiş bir telif hakkı ihlali bildirimine itiraz etmedikleri için güçlünün zayıf olanı ezdiği bir sistem olarak ifade edilmişse de karşı bildirim ile yayından kaldırılan içeriğe 10 iş günü içerisinde – karşı dava açılmazsa – erişim tekrar sağlanabilmektedir. Bunun yanında take-down bildirimleri ile taraf teşkili de sağlanmakta ve servis sağlayıcılar uyuşmazlığın tarafı olmaktan çıkmaktadırlar. Dolayısıyla DMCA, servis sağlayıcıları uyuşmazlığın odak noktasından uzaklaştırmış ve konunun gerçek taraflar – telif hakkının ihlal edildiğini savunan ve ihlal eden - arasında halledilmesini arzulamıştır. Yine DMCA kapsamında gerçeğe aykırı beyanda bulunarak içeriğin kaldırılmasına sebep olunması halinde bu şahsın bu zararlardan sorumlu olacağı da ayrıca düzenlenerek kötü niyetli başvuruların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ancak burada belirtmek gerekir ki şahsın bu madde kapsamındaki sorumluluğu kasıtlı olarak

98 4 safe harbours.

99 *Uyar- kaldır.*

maddi bir hususta yanlış beyan vermesine bağlıdır.

DMCA' nin eleştirilen noktalarından bahsetmek gerekirse; bir kere her şeyden önce uyar kaldır sistemini çok basitleştirmiş ve ortada bir delil bulunmamasına rağmen şahısların ihlal bildiriminde bulunabilmesine imkan sağlamıştır. Bu halde özellikle Amerika ' da ikamet etmeyen ancak bu firmalar üzerinden internet hizmeti alan şahısların telif hakkı ihlali bildirimleri ile sıkıntı yaşama ihtimali bulunmaktadır. Her şeyden önce şahısların ABD' de kanunlar çerçevesinde hukuki süreç başlatma için gerekli olan maddi ve manevi güçleri bulunmayabilir ki durum çoğu zaman da bundan ibarettir[100]. Bunun yanında telif hakkı bildirimi alan internet kuruluşları, içeriği yayından kaldırması halinde hiçbir şekilde sorumlu tutulmayacağını bildiği için çok da irdelemeden talep edilen içeriği yayından kaldırmayı seçmektedirler. Bu da ortaya sansür uygulamalarının çıkmasına yol açarak bireylerin haberleşme özgürlüğünü sınırlandıracak ciddi sıkıntılara yol açabilmektedir. Bunun yanında DMCA, telif hakkı bildirimi gönderilmesi için kanun ve mevzuat çerçevesinde teşvik edici hükümler getirmiş olmasına rağmen karşı bildirim için o kadar da istekli olmadığı görülmektedir. Her şeyden önce karşı bildirimde bulunulması için yeminli ifade verilerek yayından kaldırılan içeriğin yanlış belirleme ya da hataen kaldırıldığının ifade edilmesi geçerli bir karşı bildirim için şart koşulmuştur. Bunun yanında ayrıca içerik sahibinin, içeriklerin internet ortamından kaldırılmasını beklemek ve ancak bundan sonra karşı bildirim göndermek hakkı bulunmaktadır. Oysaki içerikler silinmeden ya da erişimi engellenmeden içerik sahibinin duruma müdahale edebilme imkanı tanınabilirdi. Bunun yanında standart teknik önlemler[101] kavramının netleştirilememesi ve istenen işbirliğinin sağlanamaması sebebiyle de DMCA eleştirilebilir. Fakat bu noktada belirtmek gerekir ki, tüm dünyada bu hususla ile ilgili olarak herhangi bir uzlaşma ve anlaşma bulunmamakta olup her bir firma kendi şartlarını internet servis sağlayıcılara kabul ettirmeye çalışmaktadır.

Konuyu AB mevzuatı açısından değerlendirmek gerekirse, ABD kadar kapsamlı bir düzenlemenin yer almadığı ancak yine de konunun ayrıntılı olarak düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu kapsamda 3 husus E- Ticaret yönergesi kapsamına dahil edilmiş olup bunlar; iletim, önbellekleme ve yer sağlayıcının sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada esas olarak arama motorlarının sorumluluğunu düzenleyen ve DMCA de yer alan yönlendirme (link verme) konusunun Yönerge kapsamında düzenlenmediği görülmektedir. Bunun yanında Yönerge sadece

100 *İngilizce bilmemek, aradaki mesafeler, kanunların içeriğine hakim olmamak vs.*

101 *Bkz. s. 9 vd.*

bu 3 halde sorumluluğunun sınırlandırılmasını düzenlemiş olup özellikle take-down prosedürü ile ilgili olarak herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu durum ise, etkili bir sorumluluk sınırlandırılması için hayati bir öneme sahip olmaktadır. Bu kapsamda özellikle yer sağlayıcıların hangi durumların varlığı halinde bildirimleri geçerli bir bildirim kabul edeceği konusunda ciddi sıkıntılar bulunmaktadır. Bunun yanında yanlış bildirimde bulunmanın sorumluluğu da düzenlenmiş değildir. Aynı zamanda yer sağlayıcı tanımının uygulanması açısından da ciddi sıkıntılar yaşandığı görülmektedir. Özellikle E-Bay açısından verilen aynı uyuşmazlık konuları ile ilgili farklı kararlar konunun önemini ve hassasiyetini birkez daha açıkça ortaya koymaktadır. Bu noktada ATM tarafından sorun çözümlenmeye çalışılmışsa da bu tanımlar da yetersiz kalmaktadır. Konunun olumsuz tanımlardan ziyade olumlu tanımlara ihtiyacı olup hangi hallerde yer sağlayıcılık kapsamında korunma sağlanacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki telif hakkı sahipleri ile internet servis sağlayıcılar arasındaki sorunun etkilibir şekilde çözümü ancak ve ancak telif hakları sahipleri ile internet servis sağlayıcıların uzlaşı içerisinde hareket etmesi ile mümkündür. Bu kapsamda bir tarafta telif hakkı ihlal edilen şahıs diğer tarafta üyelerine hizmet götürerek ticaret yapmak isteyen kuruluşlar yer almaktadır ve her iki tarafın da ortak olarak hareket etmesi gereken taraf telif hakkını ihlal eden şahıslar olmalıdır. Çünkü gerek servis sağlayıcılar gerekse de telif hakkı sahipleri gerçekleşen telif hakkı ihlali sebebiyle zarara uğramaktadır.

Bu kapsamda DMCA tarafından ifade edilen ancak dünyada henüz fazlaca yol almayan standart teknik önlemler kavramının önemi bir kat daha artmaktadır. Özellikle telif hakkına haiz içeriklerin tespiti ve benzer içerikler ihlallerinin önlenmesi için ortak adımlar atılması gerekmekte olup bu süreci sadece internet servis sağlayıcıların omuzlarına yüklenmemesi gerekmektedir. Bu kapsamda belirlenecek her yol ve atılacak her adım gerek telif hakkı sahiplerini gerekse de internet servis sağlayıcıları oldukça büyük bir sorumluluktan kurtaracak nitelikte ve önemdedir.

Son tahlilde; her iki kanunu değerlendirdiğimizde nispeten başarılı olduklarını söylenebilir. Her ne kadar internet servis sağlayıcıların hukuki sorumluluklarının aksayan yönleri bulunsa da en azından bu sorumlulukların kapsamı çizilmiş olup artık doğrudan telif hakkı ihlali talepleri ile muhatap olmamaktadırlar. Ayrıca diğer yandan gelişen hukuki süreç tarafları ortak çalışmaya yöneltmiştir ki kanunların amacı da bu yöndedir. Ancak özellikle AB hukuku açısından ortaya çıkan en temel sorunun yer sağlayıcıların hukuki durumu ile ilgili olduğu görülmektedir. Esasen

E- Ticaret Yönergesi tipik yer sağlayıcıların hukuki durumunu düzenlemiş ancak hukuki süreç gelişen teknoloji karşısında yetersiz kalmıştır. Bunun yanında bir de ülkelerin madde metnini farklı yorumlamaları konuyu içinden çıkılmaz bir sürece götürmüştür. Bu kapsamda UGCs[102] lerin hukuki durumunun AB hukuku kapsamında belirlenmesi ve hukuki sürecin entegrasyonun tamamlanması gerekmektedir.

Konuyu ülkemiz açısından değerlendirmek gerekirse; makalemizin konusu ile ilgili olarak herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Sadece 5651 Sayılı Kanun mad 5-6 madde kapsamında yer sağlayıcı ya da erişim sağlayıcının içeriği kaldırmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu hükümler konuyu çözmekten uzaktır. Özellikle yer sağlayıcılar bir yandan telif hakkı sahipleri tarafından kendilerine yönelen bildirimler ile uğraşmakta bir yandan da üyeleri ile akdettikleri abonelik sözleşmelerine bağlı kalmaya çalışmaktadırlar.

Esasen bu noktada diğer mevzuatlara göre oldukça geri olmamız iki nedenden kaynaklanmaktadır. Bunlardan ilki telif hakkı bilincinin bir kültür olarak yaygınlaşmaması - ki bu noktada kanunların yetersizliği de önemli bir rol oynamaktadır – ikincisi ise internet ve bilişim hukuku ile ilgili olarak genel ve yaygın bir politikamızın olmayışıdır. Bu kapsamda siyasi gerekçeler ve saikler ile internet hukukunun düzenlenmesi sisteminden vazgeçilip anılan konunun uzmanların da görüşleri alınarak ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki; internet mevzuatımızın öncelikli sorununun makale konumuz olmadığı da açıktır. Her gün, erişimi engelli internet sitelerine bir yenisinin eklendiği ülkemizde öncelikli olarak bir bilişim hukuku sistemi ve politikası benimsenmelidir. Dolayısıyla bu sorunların çözümlenmesi ve devamında makalemizdeki gibi teknik konuların üstüne gidilerek aksaklıkların giderilmesi amaçlanmalıdır.

Son olarak ifade edilmelidir ki; makale konumuz ile ilgili olarak mevzuatımızın oldukça eksik olduğu ve ciddi çalışmalar yapılması gerektiği aksi takdirde yakın gelecekte ciddi sorunlarla karşılaşacağı açıktır.

KAYNAKÇA

- **BAİSTROCCHİ** Pablo, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce, Santa Clara High Technology Law Journal 2002, Volume 19, Issue 1, s. 9 vd. http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=chtlj

102 *User Generated Content Sites; youtube, dailymotion, e bay gibi içeriklerin kullanıcılar tarafından oluşturulduğu siteler.*

- EU Study On The Legal Analysis of a Sıngle Market for The Informatin Society, s. 3 vd. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=835
- **GALLARDO** Claudio Ruiz - **GÁLVEZ** J. Carlos Lara, Liability of Internet Service Providers (ISPs) and the exercise of freedom of expression in Latin America http://www.palermo.edu/cele/pdf/english/Internet-Free-of-Censorship/02-Liability_Internet_Service_Providers_exercise_freedom_expression_Latin_America_Ruiz_Gallardo_Lara_Galvez.pdf
- **GALLO** Lauren G., The (Im)possibility of Standart Technical Measures For UGC Websites, s. 3 vd. https://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac%3A149017
- **GÜLPINAR**, Mert Kaan, İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi – Türk ve Mukayaseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, Legal Yayıncılık Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.9, S. 34,
- **LICHTMAN** Douglas, Holding Internet Service Providers Accountable, s. 2 vd. www.mafhoum.com/press7/228T42.pdf
- **YEN** C. Alfred, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright, Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, s. 8.

ON- LINE LİNKLER

- http://floridalawfirm.com/iplaw/playb2.html
- http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm
- http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case346.cfm
- http://secondreporter.eu5.org/36f2354.html
- http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/443/1159/246236/
- http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm
- https://www.eff.org/files/filenode/09-55902.pdf
- http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm
- http://en.wikipedia.org/wiki/Viacom_International_Inc._v._YouTube,_Inc.;
- https://www.docketalarm.com/cases/New_York_Southern_District_Court/1--07-cv-02103/Viacom_International_Inc._et_al_v._Youtube_Inc._et_al/1/
- http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2010%20Tiffany%20Abridged.pdf
- http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08
- http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=173247
- http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=194900
- http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/10c070_en.pdf
- http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ef2396cc-39e8-493b-a893-bec38f9ef368

HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI AÇISINDAN KKTC ANAYASASI

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN[1]

GİRİŞ

1878-1960 yılları arasında bir İngiliz Kolonisi olan Kıbrıs'ın hukuk sistemi İngiliz hukuk sisteminin etkisi altında kalmıştır. Bu sistemin etkileri ise halen sürmektedir.[2] 1960 Anayasası'nın kabulü ile ada bağımsızlığına kavuşmuştur; ancak 1960 Anayasası, anayasa kuralları saklı kalmak şartıyla, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuatın, Anayasa gereğince yapılan mevzuatla değiştirilene veya kaldırılana kadar yürürlükte kalacağını öngörmekteydi.[3] 1960 Anayasası, yeni Cumhuriyet'te Anayasa Mahkemesi ile Yüksek Adalet Mahkemesinin kurulmasını da öngörmekteydi.[4]

Kıbrıs Türk toplumunun siyasal düzeni zaman içerisinde değişik evrelerden geçmiştir. 1963'te başlayan Rum saldırıları sonucu, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü iki toplumlu düzen ortadan kalkmış; bunun yerine adaya iki ayrı yönetim gelmiştir[5]. 1963-1967 döneminde, Türk toplumu merkezi bir "Genel Komite" tarafından yönetilirken, 1960 Anayasası altında kurulan "Türk Cemaat Meclisi" de görevine devam etmekteydi.

1967'de Kıbrıs Tük Yönetimi Temel Kurallarının kabul edilmesiyle "Kıbrıs Geçici Türk Yönetimi" kuruldu. Böylece Temel Kurallar, yönetimin yasama, yürütme ve yargı organlarının teşkilatlanmasında gerekli olan düzenlemeleri yapmış oldu. Aynı zamanda 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti

---

1 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

2 Salih Dayıoğlu, "KKTC'de Yargısal Yapı", ***Kıbrıs Türk Hukuk Dosyası,*** (Şubat 1999), Hazırlayan: Kamil B. Raif, 2.bs., Kıbrıs Türk Kalkınma Platformu Derneği, Ankara, 1999, s.60.

3 Turgut Turhan, "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Y.2008, C.LVII, S.2, s.268.

4 Anayasa Mahkemesi, Anayasa kurallarına göre bağımsız bir başkan ve Kıbrıslı bir Elen yargıç ile Kıbrıslı bir Türk yargıçtan oluşmuştu. Bkz.: 1960 Anayasası'nın 133. maddesinin 1. fıkrası.

Yüksek Adalet Mahkemesi ise, bağımsız bir başkan ve Kıbrıslı iki Elen yargıç ile bir Türk yargıçtan oluşmuştu. Bkz.: 1960 Anayasası'nın 153. maddesinin 1. fıkrası.

5 Andreas Neocleaus, **Introduction to Cyprus Law**, Limassol, 2000, s.13. Naklen: Turhan, **a.g.e.,** s.268.

Anayasası'nın kuralları, Temel Kurallarla etkilenmiş biçimde yürürlükte tutuldu.[6]

1974 Barış Harekâtı'ndan sonra Kıbrıs Geçici Türk Yönetimi bu defa "Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi" olarak adlandırıldı. Kıbrıs Türk Federe Devleti ise, Kıbrıs Cumhuriyeti ülkesinin kuzey kesiminde etkin kontrol sağlayan Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi'nin 13 Şubat 1975 tarihli bildirisi ile kurulmuştur. Söz konusu bildiride girişimin amacı; "Temel maddeleri antlaşmalarla saptanmış bulunan Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın iki toplumlu ve iki bölgeli federal yapıyı öngörecek biçimde aynı usulle değiştirilmesine kadar geçecek süre içinde Kıbrıs Türk Yönetimi'nin yeniden düzenlenmesi ve teşkilatlanması ve Kıbrıs Türk Toplumunun sosyal ve iktisadi hayatının yeni ve sağlıklı bir düzene tabi kılınmasını sağlamak ve ayrıca Federal Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasına yol açacak düzenlemenin hukuksal esasını yaratmak" olarak ifade edilmiştir.[7] Elli üyeli bir Kurucu Meclis oluşturulup Anayasa hazırlanarak 8 Haziran 1975'te halkoyuna sunulmuştur. 17 Haziran 1975'te ise, "Türk Federe Devleti Anayasası" Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur.[8]

Federal Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasının gerçekleşmemiş olması ve diğer tarafla gerçekleşen eşit statüde görüşme yapacak duruma gelme amacıyla, "self determination" hakkına dayanılarak 15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ilan edilmiştir. Kurucu Meclisin oluşturulmasındaki esas amaç, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Anayasası'nı yapmak ve seçim yapılıp yeniden meclisin göreve başlamasına kadar geçecek sürede gerekli diğer yasaları yapmaktı. Bir başkan ve on dört üyeden oluşan Anayasa Komisyonu'nun hazırlamış olduğu Anayasa Tasarısı 8 Haziran 1984 gün ve 57 sayılı Resmi Gazete Ek I, Bölüm II'de yayınlanmıştır. Kurucu Meclis çalışmalarını 12 Mart 1985 tarihinde tamamladı. Meclisin bu tarihte kabul etmiş olduğu Anayasa 21 Mart 1985 gün ve 24 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 5 Mayıs 1985'te halkoylamasına sunulan Anayasa, seçmenlerin %70'inin "evet" oyları ile kabul edilip 7 Mayıs 1985 gün ve 43 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Anayasası olarak yürürlüğe girmiştir[9].

---

6 Temel Kurallar için Bkz.: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemeleri Resmi Internet Sitesi www.mahkemeler.net. (14.03.2014)

7 Zaim M. Necatigil**, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde Anayasa ve Yönetim Hukuku**, Rüstem Kitabevi Hukuk Yayınları, Lefkoşa, 1988, s.15.

8 "Yunan Darbesi ve Kıbrıs Barış Harekatı" Bkz.: http://www.metu.edu.tr/~birten/kibris_baris.html (14.03.2014).

9 Necatigil, **a.g.e.,** s.16.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Değerlendirilmesi

1985 KKTC Anayasası'na 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası temel teşkil etmiştir.[10] 1975 Anayasası'nın uygulanmasıyla ortaya çıkan aksaklık ve eksiklikleri gidermek, egemenliğin kayıtsız şartsız sahibi olan halkın istek ve gereksinimleri karşılamak; bağımsız ve etkin bir devlet olmanın gereklerine uygunluğu sağlamak amacıyla 1985 Anayasası'nda 1975 Anayasası'na oranla köklü değişiklikler yapılmıştır. Temel hak ve özgürlükler konusunda 1985 Anayasası, temelde 1975 Anayasası'nın koyduğu kuralları benimsemiştir. 1985 Anayasası'nın "Temel Haklar, Özgürlükler ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısmın'da kişi hak, özgürlük ve ödevleri; sosyal ve ekonomik haklar ile siyasal hak ve ödevleri düzenleyici kurallar konulmuştur.[11]

Temel hak ve özgürlükler konusunda 1985 Anayasası'nın 1975 Anayasası'na kıyasla daha özgürlükçü olduğu söylenebilir. 1975 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili bölümü düzenlenirken, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden yararlanılmıştır. 1975 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler bölümü esas alınarak hazırlanmış olan 1985 Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvencelerin, çağdaş anayasaların gerisinde kaldığı söylenemez. Zira Anayasa'nın maddelerinde hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağı değil; özgürce kullanma yöntemlerine öncelik verilmiştir.[12]

Ancak gerek biçimsel, gerekse maddesel hiyerarşi açısından klasik ve çağdaş anayasalardan farklı şekilde düzenlenmeyen 1985 Anayasası'nda öngörülen hak ve özgürlükler sınırsız değildir.[13] Söz konusu hak ve özgürlükler Anayasa'da öngörülen nedenlerle veya amaçlarla yasa ile sınırlanabilir. Ancak yine de temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmaması gerekmektedir. 1985 Anayasası'nın 11. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabileceğini öngörmekle genel bir sınırlama getirmektedir. Bununla birlikte, temel

10 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası Bkz.: http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa.aspx (14.03.2914).

11 1985 Anayasası "Kişinin Hak, Özgürlük ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölüm (md.14-34); "Sosyal ve Ekonomik Haklar, Özgürlükler ve Ödevler" başlıklı Üçüncü Bölüm (md.35-66); "Siyasal Haklar ve Ödevler" başlıklı Dördüncü Bölüm (md.67-76). Bkz.: www.mahkemeler.net. (14.03.2014).

12 Necatigil, **a.g.e.,** s.27.

13 Salih Dayıoğlu, "KKTC Anayasasında Yargının Yeri ve Anayasa Yargısı", ***Anayasa Yargısı Dergisi***, Ankara, C.IX, 1992, s.376.

hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerle de sınırlayıcı özel kurallar konulmuştur.[14]

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, bir hakkın sağlanması yönünde yargı organına başvurmak için yasalarda belirtilen zamanaşımı sürelerinin gereğinden kısa olmasının veya askıda olan davaların gereğinden fazla ertelenmesini öngören yasa hükümlerinin, duruma göre hakkın özünü ortadan kaldırabileceğini ve bu nedenle Anayasaya aykırı olabileceğini belirtmiştir.[15]

Söz konusu karar; "Konulan sürenin, hakkın özüne dokunmaması için makul olması gerekir. Bu hususta saptanacak bir sürenin makul olup olmadığını en iyi bilecek durumda kuşkusuz yasama organıdır. Bu böyle olmakla beraber yasama organınca tespit edilen bir sürenin hiçbir ahvalde gayri makul olmayacağı söylenemez. Bir hak ve özgürlüğün amacına aykırı biçimde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren sınırlamalar o hak ve özgürlüğün özüne dokunmuş olur. Her konunun kendine özgü hal ve koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir." şeklindedir.[16]

1985 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile ilgili hem genel, hem de özel koşulların bulunması, bazı yorum güçlüklerine neden olmaktadır. Genel sınırlama kurallarının özel sınırlama kurallarına ek olarak uygulanıp uygulanamayacağı gündeme gelmektedir. Bir başka sorun ise, sınırsız gibi görünen hak ve özgürlükler açısındandır. Genel sınırlama sebeplerinin, herhangi bir özel sınırlama sebebi belirtilmemiş bu temel hak ve özgürlükler açısından da bağlayıcı olup olmadığı tartışılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bazı içtihatlarında, Anayasa'da düzenlenen hakların mutlak ve sınırsız olmadığını, bu hakların ilgili Anayasa maddelerinde belirtildiği şekilde veya Anayasanın genel sınırlama maddesinde (md.11) belirtildiği gibi, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle yasalarla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre, bir hakkı koruyan Anayasa maddesinde özel olarak belirtilmiş bir sınırlama nedeni yoksa, Anayasa'daki genel sınırlamalar uygulanabilmektedir.[17]

---

14 "Temel Hak ve Özgürlüklerin Özü ve Sınırlanması" md.11: "Temel hak ve özgürlükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilir." Bkz.: www.mahkemeler.net. (14.03.2014).

15 21.04.1987 gün ve 2/86 sayılı Kıbrıs Anayasa Mahkemesi Kararı.

16 Bkz. **a.g.k.**

17 8.08.1980 gün ve 4/80 ve 5/80 sayılı Kıbrıs Anayasa Mahkemesi Kararları.

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında, mevzuatın belli bir temel hak ve özgürlüğe olabilecek uzak bir etkisinin, bu hakka yönelik bir sınırlama olmadığını; sınırlama sayılabilmesi için bu etkinin mevzuatın direkt ve kaçınılmaz bir neticesi olması ve böyle bir neticeyi de kanunkoyucunun istemiş olduğunun söylenebilmesi gerektiğini belirtmektedir.[18] Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararları, Mahkeme'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını geniş yorumladığının en iyi göstergesidir. Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlüklerin tümünün sınırlanabileceği, diğer bir ifadeyle ilgili maddelerde özel sınırlama sebebi sayılmamasına rağmen 11. maddede sayılan genel sınırlama sebeplerine dayanarak sınırlanabileceğini kabul etmek, hak ve özgürlük temelli bir yaklaşım değildir. Zira bazı hak ve yasaklamalar o kadar açık ve mutlak şekilde ifade edilmiştir ki, bunların kamu yararı, kamu düzeni ve ulusal güvenlik gibi çok da net olmayan nedenlerle sınırlanması veya yumuşatılması söz konusu olamaz.[19]

1985 Anayasası'nın 12. maddesi, temel hak ve özgürlükler ile yetkilerin kötüye kullanılmamasını düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca; Anayasa'nın hiçbir kuralı, herhangi bir gerçek veya tüzel kişiye, zümre veya sınıfa, bu Anayasa ile güvence altına alınan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ni ve Kıbrıs Türk Halkının hak ve statüsünün değiştirilmesini veya bu Anayasa'nın kurduğu düzenin yok edilmesini veya tanınan temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasını amaçlayan hareketlere girişmek ve faaliyetlerde bulunmak hak ve yetkisini verir biçimde anlaşılamaz ve yorumlanamaz.

SONUÇ

1985 KKTC Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgili 11. maddesi, 1982 Türk Anayasası'nın 13. maddesinin ilk şekline benzemektedir.[20] Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında geçer-

18 19.11.1986 gün ve 30/85 sayılı Kıbrıs Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.11.1983 gün ve 4/83 sayılı Kıbrıs Anayasa Mahkemesi Kararı, 17.06.1983 gün ve 8/83 sayılı Kıbrıs Anayasa Mahkemesi Kararı.

19 Örneğin, kişiye eziyet ve işkence yapılması (md.14/2), vatandaşın devlet sınırları dışına çıkarılması (md.22/4). Bkz.: Necatigil, **a.g.e.,** s.26.

20 1982 Anayasası md.13: "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin geleneklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir." Bkz.: http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982/ (14.03.2014).

li ortak sınırlama nedenlerinin varlığı haklı olarak önemli eleştirilere uğramış; ancak 2001 Anayasa değişiklikleri ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması ile bu eleştirel husus giderilmeye çalışılmıştır. 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer verilen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken temel hususlar olarak; sınırlamanın kanunla yapılması, kanunkoyucunun sınırlamada Anayasa'da her bir özgürlüğün düzenlendiği maddede yer verilen özel sınırlama nedenlerine dayanması, sınırlamada ölçülülük ilkesine uyulması, getirilecek sınırlayıcı tedbirin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve sınırlamada hakkın özüne dokunulmaması biçimindeki güvenceler, kanunkoyucuyu önemli ölçüde yönlendirmekte, temel hak ve özgürlükleri keyfi ve ölçüsüz sınırlamalara karşı korumaktadır.[21]

Türk Anayasa Mahkemesi, 13. maddede yer verilen bu güvencelere aykırı sınırlamaların varlığı halinde, getirilen sınırlayıcı tedbiri, anayasaya aykırı bulup iptal edecektir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, hakkın özüne dokunmama güvencesi ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşulu, Anayasa Mahkemesi tarafından özgürlük lehine yorum yapma noktasında önemli "çıkış" noktaları konumundadır. Kıbrıs Anayasa Mahkemesi için de aynı durumun söz konusu olabilmesi, 1985 Kıbrıs Anayasası'nda da bu doğrultuda yapılacak bir anayasa değişikliği ile mümkün olabilecektir.

21 Bkz.: Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasına ilişkin 1982 Anayasası'nın değişik 13. maddesi.

ÜLKEMİZDE YARGININ SÜRÜNCEMEDE KALMASINI ÖNLEYİCİ PROJE ÖNERİSİ

Av. Casim YILMAZ

Ülkemizdeki yargılama usul ve uygulamasında yargıya intikal eden işlerin sürüncemede kalmaya devam ettiği ve adeta bunun ülkemiz açısında bir kangrene dönüştüğü gözlenmektedir. Hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı zedelenmeden ve bu 2 hususa daha çok önem verilmek suretiyle yargının sürüncemede kurtarılması mümkündür.

Temyiz mahkemelerinde daire sayısını artırmakla, istinaf mahkemeleri kurmakla gündelik veya kısa vadeli çözümler olarak görülebilirler. Ancak uzun vadeli ve rayına oturmuş bir yargı sürecinin yaratılması için deneyimli yargıç, avukat, yargı personeli ve bilirkişi kurumlarının oluşturulması gerekir. Özetlersek:

A-YARGILAMANIN UZAMASINDA YARGIÇIN ROLÜ

Türkiye Cumhuriyeti Yargı sisteminde önemli noksanlıklarından biri yedek yargıç statüsünün ve geleneğinin olmamasıdır. Kürsü yargıcı karar merciidir, karar vereceği dosya ile ilgili tüm delilerin noksansız ve hukuka uygun olarak dava dosyasına toplanması gereklidir. Bunların toplanması ile karar yargıcının vakit harcamaması ve hatta bu hususlara toplama safhasında kafa dahi yormaması gereklidir.

Uygulamada örneğin ceza yargılamasında sanığın, hukuk yargılamasında davacının anne adında tereddüt varsa bunun için duruşma gününü tayin edilir. Taraf avukatları, taraflar duruşmaya çağrılır. Hakim cübbesini giyip kürsüye çıkar, taraflar varsa duruşmadaki yerlerini alırlar, avukatlar cübbeleriyle bulunmaları gereken yerde hazır olurlar, mübaşir ile duruşma katibi de hazır olduklarında hakim taraflara ve vekillerine diyeceklerini sorar sonrasında duruşma hakimi konuyu açıklar, noksanlığı söyler, duruşma bu noksanlığın giderilmesi için başka güne talik edilir. Duruşma ortalama 3 ay sonrasına talik edilir. Duruşma sonrası noksanlık konusunda ilgili daireye yazı yazılır. Ancak genellikle duruşmanın atılı bulunduğu tarihte istenen cevap gelmemiş olur, tekrar duruşma töreni yapılır. Duruşmada ya cevabın gelmesinin beklenmesine yada cevabın çabuklaştırılması tekit yazılır ve duruşma ikinci bir 3 ay sonrasına talik edilir.

Oysa bu tür noksanlıkların giderilmesi için ne duruşma yargıcının meşgul olmasına ve ne de asgari 5-6 aylık zaman israfına veya tarafların, vekillerinin, hakimin, mübaşirin ve katibin katılacağı duruşma törenine gerek yoktur. Yedek hakimin bulunması halinde her türlü noksanlık ve delil toplanması davanın ikamesinden hemen sonra yedek hakim tarafından yazışmalarla bu konudaki tamamlamaya gidilir. Yedek hakimin bugünkü şartlar nazara alınarak telefon veya e-mail yoluyla taraf avukatlarından gerekli bilgi ve açıklamayı toplaması da çok kolaydır. Üstelik bu süreç mevcut usul ile harcanan 5-6 aylık sürede değil azami 1-2 aylık süreçte tamamlanır. Üstelik duruşma yargıcıda yorulmamış olur ve yedek hakimlikçe karar için oluşturulan dava dosyanı 3-5 gün içinde incelemekle nihai kararını verir. Bu şekilde vereceği karar temyiz edilse dahil bugünkü uygulamada görüldüğü gibi %60-70 oranında bozmaya yönelik bir karar olmaz, %90 oranında onamaya yönelik bir karar olur ve böylece ülkemiz de yargının sürüncemede bırakılmasından kurutulmuş olur.

Yedek yargıç uygulamasının bir diğer yararı da yedek yargıcın kendisini duruşma yargıcı olarak hazırlaması ve deneyim sahibi olmasıdır. Zira bugünkü uygulamada staj sonrası yargıç olarak göreve başlayan birinin 4 4lük bir deneyime, karar verme cesaretine sahip olduğu söylenemez. Yine aynı yargıcın tek başına kısa sürede kendini yetiştirmesi de mümkün değildir.

Nitekim günümüzdeki mahkemelerin tek hakimli aşırı iş yoğunluğu altında kalmaları ve temyiz mahkemesince bozulamayacak yönden karar vermeleri adeta olanaksız hale gelmiştir. Bu husus, hukuku çok iyi bilmekle birlikte işin pratiğini önemsemekle de ilgilidir. Zira duruşmaların yargılama süresince zaman ekonomisi açısından ne şekilde yürütüleceğinin pratiğine önem verilmesi gerekir. Her ne kadar yargısal bir karar verilmesi belli bir zaman dilimin mecbur kılmak, yargı bağımsızlığı ve gerçek adaletin sağlanması açısından kabul edilecek bir durum değilse de uygulamada aynı duruşmanın bir yargıç tarafından 5-10 dakika içinde tamamlandığı halde başka bir yargıcın ayrnı duruşmayı 20-30 dakika içerisinde tamamladığını tanık olmaktayız. Bu hususun meslek içi eğitimle acilen giderilmesi gerekmektedir.

B-YARGILAMANIN UZAMASINDA AVUKATIN ROLÜ.

Ülkemizde gereğinden fazla Hukuk Fakültesi bulunmaktadır ve bu fazlalığa yeterli öğretim üyesi temin edilemediğinden gerekli bilgi ve deneyime sahip Hukuk öğrencisi yetişmediği işin erbabı herkes tarafından kabul edilmektedir. Ayrıca her Hukuk Fakültesi mezununun Avukatlık ve Hakimlik mesleğini rahatla icra edebilir diye bir düşünce itibar gören bir düşünce değildir.

Avukatın veya Hakimin olayı kavraması ve bu olayın duruşmalarda sorgulayabilmesi gerekir. Bu kavrama ve kavradığını anlatma, yasayı bilmekten ayrı bir durumdur, bir nevi beceri işidir. Avukatlar dahil yargı mensuplarının bu beceriye ayrıca sahip olmaları aranmalıdır.

Bunun için Avukatlık mesleğine sınavla Hukuk mezunları alınmalı, bu da yetmez Avukatlık stajı yapanların bu günkü bir nevi başı boşlukla değil yanında staj yapılacak Avukatların baro tarafından belirlenmesi, stajyer avukatlara asgari ücret dolayında mutlaka doğrudan veya kredili ücret imkanı tanınmalı yanında staj yaptıkları avukatlardan uzaklaşıp yanında çalıştıkları başka bir avukattan hiçbir ücret istemeye gerek görülmeden bilgi ve beceri edinmeleri sağlanmalıdır ve stajını bitiren Avukat adaylarının baroca yapılacak bir sınav sonucunda başarıya ulaşmaları halinde avukatlık yapmalarına gidilmelidir. Avukatlarla doktorların mesleği insan yaşamıyla doğrudan ilgili bulunması nedeniyle çok önemlidir. Tıp Fakültesinden mezun olan her doktorun ameliyat yapması riskleri kadar bugünkü uygulama ile stajını bitiren her Avukat adayının da avukatlık yapmasının riskleri ifade edilmekle bitmeyeceği kadar önemlidir. Ayrıca Usül Hukukuna riayet edilmesi avukatlar içinde çok çok önemlidir. Öte yanda günümüz çağdaş ülkelerinde davaların sigortalanması hususu da bir oto kontrol sağladığı ve davaların avukatlar tarafından çok daha sıkı ve hukuka uygun şekilde takip edilmesini sağlayacağına inanmaktayım.

C- YARGILAMANIN UZAMASINDA BILIRKIŞILERIN ROLÜ

Bilirkişilik uygulaması bir gelir kapısı olarak değerlendirilmemelidir. Bir trafik dosyasında alınan 5 ayrı kusur raporunda uyum sağlanamıyorsa bilirkişi kurumu çökmüş demektedir ve bu duruma doğrudan el atmayan o dosya yargıcı ve avukatının da işleriyle layıkıyla ilgilenmediklerini göstermektedir. Emekli bir Sayın Yargıç görev yaptığı dönemde " bir ayı aşkın bir süreçte rapor sunmayan bilirkişinin raporuna olan güveni sarsmaya yol açtığı kabul edilmelidir" yakınmasında bulunması önemsenmelidir.

Kaldı ki davanın en büyük bilirkişisi duruşma hakimidir. Zira hakim makamına hakimdir,hakim davanın hekimidir, hakim davanın mühendisidir,... (mecellenin önsözü[1]) ancak uygulamada çoğu zaman gereği yokken dosyada bilirkişilere tevdii edilmekte ve bilirkişiden rapor alınması

1 Hakim, hakim olmalı,
Hakim alim olmalı,
Hakim fehim olmalı,
Hakim müstakim olmalı,
Hakim mekin olmalı,
Hakim metin olmalı,
Hakim hekim olmalı.

3-4 ay bulmaktadır. Bu süreç sonucunda verilen raporların yetersizliği de işin cabası.

Keşif veya kendisine dosya tebliğ edildiğinden itibaren 3-4 ay sonra rapor veren bilirkişilerin çoğu zaman bilirkişilik konusunu unuttuklarına tanık olmuşuzdur.

D- YARGILAMANIN UZAMASINDA KALEMİN ROLÜ :

Yargı camiasında çalışan adli zabıta dahil kalem personelinin bu kuruma uygun eğitilmesi ve gerekli mesleki deneyim kazanması şarttır. Günümüz uygulamasında kalemin her şeyiyle hemen hemen duruşmanın tek yargıcı ilgilenmek zorunda kalmaktadır. Hatta yazılacak her satırı bile duruşma yargıcı kontrol etmek durumunda kalmaktadır. Bunda kalem personelinin kusur veya hatasından söz edilemez zira onların kuruma uygun bir şekilde yeterli deneyim,eğitim ve beceriye sahip olmaları sağlanmadan iş başı yapılmaktadır.

Kalem ve kurulmasını önerdiğimiz yedek hakimlik arasında bir çizgide görev yapacak olan adli zabıtanın da kuruma uygun bilgi ve beceriye sahip olmaları sağlanmalıdır. Hatta adli zabıta diye kesinlikle bir birim oluşturulmalıdır. Zira karar hakimi kendi düşüncesini kullanırken yedek hakim bu düşüncenin tabanını oluşturmalı adli zabıta ve personelde adate hakimin eli ve kolu görevini üstlenmelidir.

Tüm bu birimlerin ekonomik durumları ile çalıştıkları mekan ve kullandıkları araç-gereçlerini de günümüz koşullarına uygun bir şekilde sağlanmalıdır.

Özetlersek usulün ve usul ekonomisinin duruşma hakimi ve avukatlarınca mutlaka uygulanması, meslek içi eğitimle hakim ve avukatların duruşmaya ilişkin pratiklerinin geliştirilmesi, her tahkikat için duruşma açılmaya gerek görülmeden duruşma öncesinde yedek hakimle yazışmaların yapılıp delillerin toplanması, bilirkişilik uygulamasına ve bilirkişilik saltanatına yeni uygulama ve düzenlemeye gidilmesi, İstinaf Mahkemelerinin kurulması, Yargıtay'ın asıl görevi olan içtihat yaratma ve içtihat birliği sağlanmasına olanak tanınması hukuki bilgisi kadar yasayı uygulama ve delil toplama pratiği olan hakim ve avukatların hizmet verme ortamlarının sağlanması, avukatların gerek staj öncesi ve gerekse staj bitiminde avukatlık mesleğinin icrası sınavına tabi tutulmaları, hakim ve avukatların ilk 5 yıllık hizmetlerinde meslek içi eğitime tabi tutulmalarının sağlanması ile yargının sürüncemede kalmasının önüne geçilebileceğine inanmaktayım.

MEDENİ KANUNDA YER ALAN VASİYETNAME ÇEŞİTLERİ İLE BUNLARIN TENKİS DAVASINDA KARŞILAŞTIĞI FARKLI SONUÇLAR ÇÖZÜM YOLU NEDİR?

Erdoğan GÖKÇE[1]

I) GİRİŞ

Medeni Kanunumuzun uygulamasına göre vasiyetname düzenlenirken yapılan hatalar ile miras bırakanın idaresinin engellendiğini uygulamada elimden geçen dosyalarla görmekteyim. Kanun'da yer alan iki çeşit vasiyetnamenin tenkis davasında vardığı sonuç farklıdır. Bu yazıda bu iki çeşit vasiyetname ile bunların sonuçları aşağıda anlatılmıştır.

II) MEDENİ KANUN'A GÖRE VASİYETNAME ÇEŞİTLERİ

Medeni Kanun'a göre vasiyetname (mirasçı ataması) veya (belli mal vasiyeti) yolu ile yapılabilmektedir. Mirasçı ataması MK'nın 516. maddesinde ve belli mal vasiyeti Medeni Kanun'un 515. maddesinde düzenlenmiştir.

Uygulamada vasiyetnameler pek çok kere saklı pay sahibi mirasçıların saklı paylarını ortadan kaldırmakta ve bunun sonucu olarak tenkis davalarının açılmasına neden olmaktadır. Her iki vasiyetnamenin tenkis davasının yargılamasında farklı sonuçları olduğundan ve bu çok özel ve zor bir dava olan tenkis davası iyi bilinemediğinden, sonuçta miras bırakanın iradesinin dışına çıkılmış olmaktadır.

III) MİRASÇI ATAMASI YOLU İLE VASİYET

Mirasçı Atanması Yeni Medeni Kanun 516. maddesinde düzenlenmiş olup, öğreti ve uygulamadaki özellikleri şöyledir :

Yeni Medeni Kanun'un 516. maddesinde :

(Miras bırakan mirasının tamamını veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir.

Bir kişinin mirasının tamamını veya belli bir oranını almasını içeren bir tasarruf mirasçı atanması sayılır.) denmiştir.

Eğer bir vasiyetnamede (Mal varlığımın tamamını eşime vasiyet ettim)

1 Fatih Emekli Hukuk Hakimi

veya (ölümüm halinde tüm mallarım kızıma ait olacaktır), (mallarımın 1/4'ünü oğluma bırakıyorum) gibi ifadelerin bulunması halinde olayda **mirasçı atanması** vardır.

Hocam Sayın Esat Şener'e göre mirasçı atanmasında :

Birden çok kişi mirasçı atanabilir. İvazlı veya ivazsız yapılabilir. İvazlı yapılırsa karşılıklı borç ve yükümlülükleri içerdiğinden miras mukavelesi yolu ile yapılması gerekir. İvaz söz konusu değilse vasiyetname yolu ile yapılır. Vasiyetten dönmek hukuken mümkündür.

Mirasçı atanan terekenin külli halefi olur. Ölümle birlikte mirasçı atanan tereke üzerinde hak sahibi olur. Mirasçı atanan terekenin borçlarından da sorumlu olur, tereke üzerinde idari tasarrufta bulunabilir.

Yeni Medeni Kanun'un 598. maddesine göre, mirasçı atanması halinde bu kişiye Mahkemenin **(mirasçılık belgesi)** verecektir. Ancak uygulamada bazen iki çeşit vasiyetname ayırd edilemediğinden belli mal bırakma vasiyetinde de belli mal vasiyet edilene (atanmış mirasçı belgesi) verilmektedir.

IV) BELLİ MAL BIRAKMA VASİYETİ

Yeni Medeni Kanun'un 517. maddesinde:

(Miras bırakan, bir kimseye, onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir.

Belli mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı, ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden, belli bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilir.

Bırakılan belirli mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle, yükümlü olanlar borçtan kurtulur.) denmiştir.

Belli mal bırakmada belli mal bırakılan kişisel hak kazanır,tereke den alacaklı duruma geçer, sadece malı istemek hakkı vardır, terekenin borçlarından sorumlu değildir, gerçek ve tüzel kişiler yararına yapılabilir, ivazsız olması gerekir, lehdarına vasiyetin yerine getirilmesi için dava hakkı verir, birden çok kişi yararına yapılabilir, bu takdirde lehdarların payları belli değilse eşit sayılır, hayvanlar, cansız varlıklar yararına yapılamaz. Bu bilgiler Sayın Hocamızın 1988 basımı Miras Hukuku Şerh isimli eserinin 435 – 443. sayfalarında çok teferrüatlı olarak anlatılmıştır.

V) HER İKİ ÇEŞİT VASİYETİN TENKİS DAVASINDA SONUÇLARI

1) Yargıtay mirasçı atanması halinde tenkis davasının uygulamasını bir süre önce değiştirdi:

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu konudaki uygulamasını rahmetli Hocam Esat Şener'in 2. Hukuk Dairesi'nin başkanı olduğu zamanda aldığı kararlar ile uygulamaya açıklık, değişiklik getirdi.

Yeni Medeni Kanun'un 564. maddesinde :

(Değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesine olanak bulunmayan BELİRLİ MAL VASİYETİ tenkise tabi olursa, vasiyet alacaklısı, dilerse tenkisi gerekin kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir.)

Tasarruf konusu malın vasiyet alacaklısında kalması durumunda,malın tenkis sebebiyle vasiyet borçlusuna verilmesi gereken, aksi halde tasarruf oranı içinde kalan kısmın karar günündeki değerinin PARA OLARAK ödetilmesine karar verir.

Bu kurallar, sağlar arası kazandırmaların tenkisinde de uygulanır.) denmiştir.

Eski Medeni Kanun'un 506. maddesi de son cümle hariç ayni anlamdadır. Eski Medeni Kanun'un tercümesi sırasında son cümlenin tercümesinin unutulduğu uzmanlarınca söylenmektedir.

MK'nın 564. maddesi **(SEÇİMLİK HAKKIN KULLANILMASINI düzenlemektedir. Seçimlik hak vasiyetname ile belli mal bırakmada ve sağlar arası kazandırmalarda kullandırılabilecektir. Görülmektedir ki,bu maddede (MİRASÇI ATANMASI) yer almamaktadır. Bunun sonucu olarak mirasçı atanmasında seçimlik hak kullandırılmayacaktır.**

Bu takdirde mirasçı atanan kişiye vasiyet edilen malların verilmesine karşılık saklı payı ortadan kaldırılan kişiye vasiyet konusu mallarda saklı payı kadar pay verilecektir.

2) Örnek kararlar vermek gerekirse :

Yargıtay Kararları Dergisi'nin 11/1995 sayısının 1761-1764. sayfalarında yer alan 2. Hukuk Dairesi'nin 18.05.1995 gün ve 195/4699-5842 Sayılı Kararı'nda (Tasarruf nisabını aşan ölüme bağlı tasarrufun müeyyidesi, tenkistir. Mahfuz hisselerinin baliğ olduğu miktarı alamayan mirasçılar tasarruf nisabını geçen teberruun tenkisini dava edebilirler. (M.K.502) Tenkis davasının mirasçı nasbedilen kimseye karşı açılmasında inceleme

biçimi ile muayyen malın tasarrufuna karşı açılmasında inceleme şekli farklıdır. Özelikle vasiyetin konusu kıymetine noksan gelmeksizin, taksimi kabil olmayan bir mal ise vasiyet yapılanın seçimlik hakkını gözetmek (M.K.506) ve 11.11.1995 gün ve 4/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın uygulanması gerekir. Buna karşılık mirasçı nasbedilen kimse murisin külli halefidir.

Miras açılmakla kanuni mirasçı gibi terekenin tümünün, ya da belli payının sahibidir. Kanuni mirasçı gibi terekenin tamamı veya belli bir payının mülkiyeti ona geçer. **Bu durumda nasbedilen mirasçıya karşı açılan tenkis davasında Medeni Kanun'un 506. maddesi uygulanmaz. Tenkis davasının kabulü halinde terekenin belli bir payının tenkisine karar vermek yeterlidir.)** denmiştir.

Yargıtay Kararları Dergisi'nin 4/1996 sayısının 532-533. sayfalarında yayınlanan 2. Hukuk Dairesi'nin 03.11.1995 gün ve 1995/9918-11.562 Sayılı Kararı'nda ve 532. sayfanın başında **(Olayda davalının mirasçı nasbedilmediği, davalıya muayyen mal teberru edildiği ve MK'nın 506. maddesi uyarınca sabit tenkis oranında bölünmesi mümkün olmayan muayyen mal hakkında tenkis, o maldan davacıya pay verilmek suretiyle ifa olunmaz...)** diyerek olaya açıklık getirmiştir.

İlmi Kazai İçtihatlar Dergisinin 05/1998 sayısında yayınlanan 21.01.1997 gün ve 1997/12502-706 Sayılı Kararı'nda (ölüme bağlı tasarruflar MK'nın 466 ve 507. maddeleri gereğince koşulsuz olarak indirime (tenkise) tabidir. **Vasiyetçi, tüm terekesini davalıya bağışlamakla, onu ölümünden sonrası için mirasçı seçmiştir. (mirasçı nasbı) Belirli mal vasiyeti yapılmadığına göre, davacıların saklı payları oranında pay verilmesi, başka bir anlatımla, saklı payları oranında mirasçıkları karar verilmesi yerine, belirli mal vasiyeti yapılmış gibi MK'nın 506. md.si uygulanarak davacılara saklı paylarının parasal değerinin verilmesi doğru bulunmamıştır.)** denmiştir.

İlmi Kazai İçtihatlar Dergisi'nin 05/1998 sayısında yayınlanan 2. Hukuk Dairesi'nin 07.01.1997 gün ve 13.306/15 sayılı kararında **(Mirasçı nasbına ilişkin ölüme bağlı tasarrufun tenkisi halinde MK'nın 506. maddesinin uygulanması mümkün değildir.)** diyerek yerel Mahkemenin kararını bozulmasına karar vermiş ve ısrar üzerine Yargıtay Genel Kurulu 11.02.1998 gün ve 1998/2-36-1998/4 sayılı kararı ayni gerekçe ile bozulmuştur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Sn. Ali İhsan Özuğur'un 1999 basımı (Tenkis, Muvazaa, Mirasta İade Davaları) adlı eserinin 475. sayfasında

yer alan 2. Hukuk Dairesi'nin 18.05.1995 gün ve 1995/4699-5842 sayılı kararında (Mirasçı nasbı halinde MK'nın 506. maddesi uygulanmaz) demiş ve vasiyetname lehdarına saklı payı kadar pay verileceğini, geri kalan payların diger mirasçılara bırakılacağı anlatılmıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Daidesi Başkanı Sn. Ali İhsan Özuğur'un 2005 basımı (Mirasta tenkis, Muvazaa Davaları) adlı eserinin 96. sayfasında olay ayni şekilde anlatılmakta ve **mirasçı atanması halinde Yeni MK'nın 464. maddesinin uygulanmayacağı, davalıya seçimlik hakkın kullandırılmaya cağı açıklanmaktadır. (Sayın Özuğur'un eserinden alınan 2. HD'nin 18.05.1995 gün ve 1995/4699 - 6822 sayılı kararı)** Ayni uygulama Sn.Ali İhsan Özuğur'un 1998 basımı Tenkis Davaları isimli eserinin 139. sayfasında yer almıştır.

3) Mirasçı atamasına karşılık belli mal bırakma yolu ile vasiyette bu tehlike yoktur. Belli mal vasiyet edilen kişi bu malı alacak,tenkis davası açılması halinde vasiyet saklı payları ortadan kaldırıyorsa bunun sonucuna katlanacak,seçimlik hakkın kullanılma tarzına göre,vasiyet lehdarı saklı pay sahibine para veya mallardan pay verilecektir. Bu teferrüatlı uygulama eski yazılarımda anlatılmıştır.

Vasiyetname ile belli mal kazandırma ve sağlar arası kazandırmalarda:

Davalı seçimlik hakkını (parayı seçtim, davacıya maldan pay vereceğim) diye kullanırsa, davalının kazandığı mallardan davacıya sabit oranı kadar pay verilecektir.

Veya davalı seçimlik hakkını kullanmaz ve kullanma hakkı davacıya geçerse ve seçimlik hakkını (malı seçtim davalıya para vereceğim) derse, davalının kazandığı mallardan davacıya sabit tenkis oranı kadar) pay verilecektir.

Her iki halde davacı, davalıya para ödeyecektir.

Para ödemenin yöntemi ve incelikleri İstanbul Barosu Dergisi'nin 1998/3, 2002/ 2, 2007/1 numaralı sayılarında çok geniş anlatımlarla açıklanmıştır.

VI) ÇÖZÜM YOLU NEDİR ?

Bu sonuca göre ne yapmalıyız ?

İşte olayın can noktası buradadır: Eğer vasiyetname mirasçı atanması şeklinde yapılırsa saklı payı ortadan kaldırılan mirasçı tenkis davasının sonunda vasiyetname konusu mallarda saklı payı kadar pay sahibi olacaktır. Bunun tabii sonucu da ortaklığın giderilmesi davası

açılması vasiyet konusu malların satılması ve vasiyetnamenin amacına varmamasıdır. Bunun için vasiyetnamelerin (Belli mal bırakma) şeklinde yapılmasında yarar vardır. diger deyimle vasiyetnamede vasiyet edilen malların ayrı ayrı, birer birer sayılması gerekmektedir.

Uygulamada bazı Noterler işin kolayına kaçarak vasiyetname yapacak kişileri, yazılması kolay olduğundan, mirasçı ataması yolu ile vasiyetname yapmaya yönlendirmeleri mümkündür. İşte bunun sonucu hak kaybına ve miras bırakanın iradesinin dışına çıkılmasına neden olunacaktır. Değerli Noterlerimizin vasiyetname yapmaya gelenleri bu açıklamalarım karşısında uyarmalarının doğru olacağını düşünmekteyim. Zira Noterin görevi iş sahibine doğruyu söylemektir, yanlışa yönlendirmemektir. Bunun da, bilgi ile olacağı açıktır.

VII) MİRASÇI ATAMASINDA PAY VERME HESABI NASIL YAPILIR ?

Bu hesap, (okuyup unuttuğumuz) dört işlem matematik kuralları ile yapılır. Böyle söylemenin nedeni böyle olaylarda benzer hesapları yapmamın sonucunda raporlarıma yapılan itirazlarda söylenenlerdir. Ayni olay elbirliği ile olan mülkiyetin paylı mülkiyete çevrilmesi davalarında yaptığım hesaplara, tenkis davasında davalının parayı seçmesi halinde davacıya davalıya kazandırılan mallarda sabit tenkis oranı kadar pay verilmesi hesaplarına karşı yapıldığından, bu değimi kullanıyorum.

Hesaplamanın kuralı: (mirasçılık belgesinin payı ile davacının saklı payının payı) ve (mirasçılık belgesinin paydası ile saklı payının paydası) çarpılır ve (yeni ortak pay ve payda) bulunur.

Eğer miras bırakanın tapudaki payı tam olmayıp paylı (kesirli) ise, bu payın payı ile miras mirasçılık belgesinin payı ve paydası ile mirasçılık belgesinin paydası çarpılır, (yeni ortak pay ve payda) bulunur. Bir örnek verirsek:

Vasiyet edilen mallarda miras bırakanın mülkiyeti tam olsun. Davacılar saklı pay sahipleri 3 kardeş olsun. Mirasçılık belgelerindeki miras payları: 3/20 olsun.

Mirasçı çocukların her birisinin 3/20 payı varsa, bir de 5/20 pay sahibi eşin kaldığı bellidir. 20:4 = 5/20 eşin miras payıdır. 20 -5 = 15/20 çocukların miras paylarının toplamıdır. 15:5 = 3/20 pay her çocuğun miras payıdır.

Her çocuğun saklı payı 3:2 = 1,5 bulunur, ki miras ve eşya hukukumuzda kesirli pay verildediğinden (matematik bilimi gereği olarak) 3/20 kesrini eşit bölebilmek için 4/4 kesiri ile çarparız :

20/20 x 4/4 = 80/80 mirasçılık belgesinin kesiri olarak ve her çocuk için = 3/20 x 4/4 =

12/80 pay olarak bulunur. Bu kesirin saklı pay tutarı = 12:2 = 6/80 olarak bulunur.

Üç çocuğun saklı paylarının toplamı = 6/80 x 3 kişi = 18/80 pay bulunur.

Davalıya kalan paylar = 80 –18 = 62/80 pay olarak bulunur. Bu takdirde verilecek kararda (Miras bırakan adına olan olan kaydın iptaline),

(Her davacı çocuk için = 6/80 pay ve lehdar adına 62/80 payın **EL BİRLİĞİ İLE MÜLKİYET OLARAK TESCİLİNE), olayın miras hukukundan doğması nedeni ile karar verilecektir.** Yargıtay HGK ve 1 ve 2. Hukuk Dairesi'nin uygulaması bu yoldadır.

Not:

Tenkis davası ile ilgili diger yazılarım İstanbul Barosu Dergisi'nin 1998/3,2000/3, 2001/4, 2002/2 ve 2007/1,4/2010,6/2012,2/2013 numaralı sayılarında yayınlandı.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE 3. KİŞİNİN ŞAHSİ HAK TALEBİ

Av. Fehmi GÜNDÜZ[1]

GİRİŞ

Ülkemizde nüfusun hızlı artışı, köyden kente göç olgusu, bireylerin ekonomik gelir düzeyinin istenilen seviyede olmaması gibi olgular dikkate alındığında barınma ihtiyacı bireylerin farklı arayışlar içine ittiği görülmektedir. Bu alanda, konut kredisi (mortgage) en yaygın konut edinme biçimidir. Kredi karşılığı konut edinme haricinde yine en yaygın konut edinme biçimi ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici tarafından inşa edilen yerden bağımsız bölüm satın almadır.

Bu şekilde edinilen konut hukuken çeşitli riskler taşımakta ise de,-bireylerin özellikle inşaatın tamamlanması aşamasına kadar peşin değil, peyderpey ödeme yapması ve konut kredisi sebebiyle bankaya faiz, masraf ve ipotek vb.masrafları yapmaması sebebiyle daha cazip görülmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi bu biçimde konut edinme beraberinde birtakım hukuki riskleri beraberinde getirmektedir.Bu risklerin neler olduğu gerek teori gerekse de Yargıtay kararları gözden geçirilmek suretiyle bahse konu edilecektir.

I-ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ TANIMI

"Kat karşılığı inşaat sözleşmesi"; iş sahibinin bir ya da birden çok arsasının belirli bir payının ya da tümünün bedel olarak devrinin üstlenilmesi karşılığında üstlenicinin bir yapıt meydana getirmeyi üstlendiği, geçerli biçime bağlı, tam iki yana borç yükleyen, çift tipli, rızai, karma bir sözleşmedir.[2] Sözkonusu tanımdan da anlaşılacağı üzere sözleşme gereği yüklenici istisna sözleşmesi gereği bir eser inşa etme borcunu altına girmekte, buna karşılık eseri sözleşme şartlarına uygun biçimde tamamladığı takdirde, arsanın belli bir payın kendisine devrini talep hakkına haiz olmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ya da yaygın kullanılış biçimiyle kat karşılığı inşaat sözleşmesi, istisna (eser) sözleşmesinin

---

1 Antalya Barosu avukatlarından

2 Kiper,Osman,Öğreti ve Uygulamada Taşınmaz Davaları,2.Bası,s.979,1998

unsurlarını taşımasına karşılık, g.menkulün devrini kapsayan sözleşme unsurlarını da taşıdığından karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Ancak BK m.12/1 gereği İstisna sözleşmesi hiçbir şekle bağlı olmadığı halde, G.menkul satışı ya da satış vaadini içeren sözleşmeler BKm.12/2 gereğince şekle bağlıdır ve kanunen belirtilen şekil şartını taşımayan sözleşmeler geçersizdir.[3]

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Eseri hazırlama faaliyetleri gerçek anlamı ile ifa fiilleri değil, fakat ifaya hazırlık çalışmalarıdır. Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesinde, yüklenici bir sonucu gerçekleştirme borcu altına girmesi, bu sözleşmeye ani edimli bir borç ilişkisi niteliği kazandırır.[4] Ani sözleşmeler, borçlunun asli edim yükümlülüğünü zaman içinde bir defada yerine getirdiği borç sözleşmeleridir. Bu tür sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün ifası zamana yayılmış değildir.[5]

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi belli bir zaman süreci sonunda ifa edildiğinden sürekli sözleşmelerle karıştırılmaktadır. Ancak sürekli sözleşmeler,sürekli borç ilişkilerini içeren sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün ifası ile zaman unsuru arasında sürekli bir ilişki vardır. Süreklilik belirli veya belirli olmayan bir zamanı kapsar. Sürekli sözleşmelerde asli edim,sözleşme sona erinceye kadar zaman

3 İstisna (eser) sözleşmeleri, kural olarak, hiçbir şekle bağlı değildir. Sözlü olarak, hiç bir şekle bağlı değildir. Sözlü olarak yapılabileceği gibi, adi yazılı veya resmi biçimde de yapılabilir. Şekil, bir geçerlilik (sıhhat) şartı olmayıp, ispat koşuludur.

Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira, bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada, iki sözleşme içiçedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan "inşaat sözleşmesi"; diğeri ise M.K.nun 634, B.K.nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmi biçimde yapılması gereken "mülkiyet nakil borcu doğuran sözleşme"dir. Bu nedenle "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" noterde "düzenleme" biçiminde yapılmakta ve mahkemelerce de bu husus "re'sen" gözetilmektedir.

Bu biçim koşuluna uygun olmayan (sözlü veya adi yazılı) "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" BK.nun 11/II. maddesi uyarınca geçersizdir. Geçersiz bir sözleşmenin yerine getirilmesi istenemez ve bunun için açılan dava da dinlenemez. Taraflar, ancak, birbirlerine verdiklerini B.K.nun 61. maddesi uyarınca haksız iktisap kurallarına göre geri isteyebilirler. Geçersiz sözleşmenin ifası için açılan davada; sözlü ve adi yazılı sözleşmelerin, ifa yönünden, bir hüküm ifada etmemesi nedeniyle bu sözleşmelerin, tanık veya yeminle veyahut başka bir delille ispatı cihetine gidilemez. Çünkü, geçersiz sözleşmenin ispatı, sonucu değiştirmeyecek ve ispat keyfiyeti onu geçerli hale getirmeyecektir. Bu nedenle, geçersiz (sözlü) sözleşmenin ispatı için taraflar kardeş dahi olsalar tanık dinlenemez yolundaki yerel mahkeme görüşü, kural olarak, yerindedir. (Y.HGK.30.04.1997 T.1997/15-146 E,1997/372 K.)(Kazancı İçtihat Mevzuat)

4 Uygur,Turgut,Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku,Adil Yayınevi,C.II,s.30,1998

5 Eren,Fikret,Borçlar Hukuku Genel Hükümler,Yetkin Yayınları,s.213,15.Baskı,2013

içinde devamlı olarak ifa edilir. Kira sözleşmeleri ve hizmet sözleşmelerinde durum buna örnek olarak gösterilebilir.[6]

II- ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN 3.KİŞİLERİN HUKUKİ DURUMU

Kat karşılığı yapılan inşaatlardan gerek arsa sahibi gerekse de yükleniciler,sözleşmede paylarına isabet eden bağımsız bölümleri inşaatın devamı sırasında tapuda arsa payları ile veya noterde düzenlenmiş satış vaadi senetleriyle sattıkları gibi, yükleniciler tarafından inşaattaki şahsi hakkını temlik suretiyle 3. kişilere adi senetle satılmaktadır.[7]

İnşaatın projelendirilmesi veya yapımı aşamasında arsa sahibi, sözleşme ile kendisine isabet edecek bağımsız bölümleri, tapuda kat irtifakının kurulmasından önce veya sonra 3. kişilere tapuda yahut noterde yapılacak satış vaadi ya da harici satış sözleşmesi ile satabilir. Satışa konu arsa payı veya bağımsız bölümün tapuda yapılan satışında aksine bir hüküm bulunmadıkça, satın alınan arsa payına isabet eden bağımsız bölümle ilgili inşaattaki, arsa sahibinin haiz olduğu şahsi hakları da alıcıya intikal eder. Bu suretle, üzerinde inşaat yapılmakta olan taşınmazın arsa payını iktisap eden yeni malik,satıcının o paya ait bağımsız bölümündeki hakkına halef olmakla,yükleniciden sözleşmedeki koşullarla edimin ifasını talep etmeye hak kazanır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibi tarafından fesh edilmesi halinde, arsa sahibinden bağımsız bölüm ve arsa payını satın almış 3. kişinin, sözleşmenin tarafı bulunmadığından feshe karşı itiraz hakkı yoktur ancak, satış sözleşmesinde özel bir hüküm bulunmadıkça, arsa payı üzerindeki ve yapılan inşaatın arsa payına isabet eden kısmındaki hakları mahfuzdur. Arsa sahibi ile birlikte hareket ederek yapılmayan veya yarım kalan inşaatı başka bir yükleniciye yaptırmaya yahut kat karşılığı sözleşmesi koşulları içinde satın aldığı ve satıcının yükümlülüğündeki edimin gerçekleştirilmemesi nedeniyle arsa payını satıcıya iade ederek verdiği bedeli talebe hakkı bulunmaktadır. Yüklenici tarafından kat karşılığı yapıldığı bilinen bir inşaattan bağımsız bölüm alan 3. kişinin, yüklenicinin kusuru ile feshedilen sözleşme nedeniyle, bağımsız bölümün inşaatının ikmal edilememiş veya tesliminin gerçekleştirilememiş olmasından dolayı arsa sahibinden alınmış bir taahhüt veya sözleşmenin feshinde müterafık kusuru bulunmadıkça, arsa payının satıcısı olan arsa sahibinden tazminat veya ceza gibi bir talebe hakkı olmaz.[8]

6 Eren,s.213

7 Kostakoğlu,Cengiz,İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,Beta,8. Bası,s.1127,2011

8 Kostakoğlu,s.1128

1- ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ GEREĞİ YÜKLENİCİNİN KENDİSİNE DÜŞEN BAĞIMSIZ BÖLÜM ÜZERİNDE TASARUF HAKKI

Burada iki durumu birbirinden ayırmak gerekir. Arsa sahibi ile yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre, yükleniciye ait olacak arsa paylarının mülkiyeti başlangıçta yükleniciye devredilmiş olabileceği gibi, bunların mülkiyeti yükleniciye geçirilmemiş de olabilir. Bu farklı durumlara göre, yüklenicinin 3. kişi ile yapmış olduğu işlemler de değişik hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

a- YÜKLENİCİYE DEVREDİLMİŞ OLAN ARSA PAYININ 3.KİŞİLERE DEVRİ

Yüklenicinin kat karşılığı yapmakta olduğu inşaattaki payına düşecek bağımsız bölümle ilgili şahsi hakkının temliki BK'nın m.183(EBK. m.162) koşullarda hukuken geçerlidir.[9] Şahsi hakkın temliki akitle men edilmiş olması, şahsi hak alacaklısı ile hakkı temlik alan arasındaki sözleşmenin geçersizliğini gerektirmez. Ancak şahsi hakkı temlik alanın, arsa sahibinden arsa payını talep edebilmesi,temlike konu hakkın doğumu için, yüklenicinin yükümlü olduğu edimin ifa edilmesine bağlıdır. Diğer bir ifade ile temlik, dimi ifa edilmeyen hallerde olsa dahi arsa sahibini bağlamaz. Bu takdirde temlik alacaklısı hakkını, temlik eden yükleniciden talep edebilir.[10]

İnşaat aşamasında veya öncesinde arsa sahibinin yükleniciye pay devretmesi yahut yüklenici tarafından 3. kişiye pay devri, yüklenicinin yapacağı veya yapmakta olduğu inşaatta finansman sağlamasına yardımcı olmak, desteklemek amacıyla verilmiş avans niteliğinde kabul edilmektedir. Esasen yükleniciden bağımsız bölüm satın alan 3. kişilerin de inşaatın

9 Borçlar Kanunu'nun 162/1'deki "Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak men edilmiş olmadıkça borçlunun rızası aranmaksızın alacaklı alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir" hükmünden anlaşılacağı üzere her alacağın temliki mümkün olmayabilir. Başka bir anlatımla kanun, akid veya işin niteliği icabı temlik olanaksızsa o alacak temlik edilemez. Bütün bu açıklamalardan görüleceği üzere, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK. m.364) yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi hükmünden yararlanarak arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla (BK. m.163) devir ve temlik edebilir. Görülüyor ki Borçlar Kanunu'nun 162 ve 163. maddeleri gereğince yüklenicinin yaptığı temlik işlemi ile birlikte temlike konu bağımsız bölümün ayrıca teslimi gerekmez. Çünkü, temlik işlemi; inşaatın başında yapılabileceği gibi inşaat tamamlanmış iken dahi yapılabilir. (Yargıtay 14.H.D 18.02.2008 T.2008/518 E,2008/1796 K)Kostakoğlu s.1146

10 Kostakoğlu,1139

kat karşılığı yapılmakta olduğunu ve yüklenicinin ediminin ifası halinde bağımsız bölümlere hak kazanılacağını bilmiş oldukları sayılır. Sözleşme koşullarına göre tamamlanamayan inşaatın seviyesi itibariyle geriye etkili hukuki sonuç doğuracak şekilde feshedilmiş olması durumunda akit ilk yapıldığı tarih itibariyle hükümsüz olduğundan, BK'nın m125/1 maddesi hükmünce,yüklenicinin arsa sahibinden aldıkları ve bu hukuki sonuçları bilerek, yüklenicinin hak etmediği arsa paylarını satın almış olan 3.kişiler de talep halinde bu payları iade ile yükümlüdürler. Bu olguda, 3. kişilerin bilerek hareket etmiş oldukları kabul edilmekle iyi niyet savunmaları da dinlenmez.[11]

Tapu iptali istemine gelince; yükleniciden pay satın alan kişilerin adına oluşturulan tapu kayıtlarının iptali istemi reddedilmiş ise de, arsa payı karşılığındaki eser sözleşmeleri nedeniyle yüklenicinin tapuya hak kazanabilmesi, inşaatın sözleşme, imar mevzuatı ve projelerine uygun biçimde yapılıp arsa sahibine teslim edilmesi şartına bağlıdır. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların da yüklenicinin edimini yerine getirip tapuya hak kazanması halinde hak sahibi olacakları ortadadır. İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur. Bu nedenle dava konusu olayda inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı gibi esasen mahkemece akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilip bu husus kesinleştiğinden yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkındaki tapu iptal ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir kısım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi HUMK 186. madde gereğince değerlendirilip dava sonuçlandırılmalıdır (Y.15.H.D,04.03.2005 T.2004/3299 E-2005/1234 K)

aa-SÖZLEŞMENİN İLERİYE YA DA GERİYE ETKİLİ FESHİ HALİNDE 3.KİŞİNİN DURUMU

Yargıtay verdiği kararlarda, yüklenici tarafından üstlenilen yükümlülüğün hangi aşamada bulunduğu, inşaatın geldiği aşama itibari ile ileriye etkili feshin geçerli olmadığı hallerde, geriye etkili feshe ilişkin hukuki koşulların uygulanması gerektiği görüşündedir.[12] Geriye etkili fesih halin-

11 Kostakoğlu,s.1142

12 Y.15.H.D,09.02.2006 T.2006/6533 E-2006/618 K,"Mahkemece hükme esas alınan bilirkişiler kurulu raporu ve belediyeden alınan cevabi yazılara göre yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin tamamının ikmal edilmesine rağmen arsa sahibine bırakılacak kısımların % 40 seviyesinde inşa olunup inşaatın terk edildiği anlaşılmaktadır. Bu

de ise, arsa payı inşaat sözleşmesi gereği, ayni hak iktisap eden yüklenici ve 3. kişiler açısında kazandırma sebebinin ortadan kalkması sebebiyle, iktisap edilen ayni hakların iadesi gerekecektir.[13]

Örneğin inşaatın geldiği aşama %90'lar seviyesinde ise,sözleşmenin arsa sahibi tarafından geriye etkili biçimde feshedilmesi düşünülemez böylesi bir durum MKm.2 gereği iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz. İnşaatın geldiği aşama itibariyle artık arsa sahibi tarafından ileriye etkili fesihle sözleşmenin sonlandırılması durumunda 3. kişi, ancak yüklenicinin eksik bıraktığı işlerin tamamlanması karşılığında ya da eksik işlerin bedel olarak mahkeme veznesine depo ettirilmesi durumunda talebe hak kazanır.[14]

haliyle inşaat fiilen sözleşmesine uygun biçimde tamamlanmadığı gibi, imar durumuna da uygun olmadığı ve projesine aykırı olarak kaçak kat yapıldığı, zeminde de projeye uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yüklenicinin ve kendisinden bağımsız bölüm satın alan kişilerin akdin ifa olunduğu gerekçesiyle tapu talep etmeleri ve evvelce işin avans olarak devredilen tapuda hak kazandıklarının kabulü mümkün değildir. Bu nedenle mahkemenin akdin geriye etkili şekilde feshine karar vermesi kural olarak yerinde bulunmaktadır. Ne var ki yapılan inşaatta çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriye etkili fesih şartları da araştırılmalıdır. Ancak kaçak bir yapılaşmada projeye aykırı yerlerin yasal hale getirilmediği sürece bu yerler üzerinde bir hak sahibi olunamayacağı da ortadadır. Diğer yandan arsa sahibine ait bölümler tamamlanmadıkça da yine ileri etkili fesih şartlarının oluştuğu kabul edilmez. Dosya kapsamından davalılara mehil verilmesi halinde inşaatı yasal hale getirip getiremeyecekleri hususu da araştırılmamıştır. O halde mahkemece belediyeden inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının sorulması, yasal hale getirilebiliyor ise davacının 1.12.1999 tarihli dilekçesi de gözetilerek bilirkişilerden ek rapor alınarak yasal1aştırılmasl için yapılması gereken işlemlerin açıklattırılması, davalılara uygun bir mehil ve yetki tanınması ve sonucuna göre' ileri etkili feshin düşünülmesi gerekirken bu konuda eksik incelemeyle sonuca varılması doğru olmamıştır. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat)

13 Y.HGK.23/05/2001,422/434" Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni,toplum düzenini korumak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyi niyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler MK'nın 931.maddesinin koruyuculuğu altına alınmışlar,bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmişler,tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması,sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını,tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Oysa,davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı,bunun içerisinde bağımsız bölümle bağlantılı arsa payı aldığı olayların cereyan tarzından,tapudaki ipotek şeklinden ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Araya dava dışı 3. kişi girse dahi alıcının arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini,yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısıyla arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır.Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak olarak arsa payı aldığının bilincindedir.MK.931 maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olmaz.(Erman,s.178)

14 Yargıtay 23.H.D 11.6.2013 T.2013/4203 E, 2013/3983 KBu durumda mahkemece mahallinde keşif ve inceleme yapılarak, davalı yüklenicinin savunmaları doğrultusunda, davalının yaptığı inşaat seviyesi belirlenip, somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla inşaatın tamam-

Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın dava edilerek arsa sahibine karşı İleri sürülmesi halinde mahkemece, tüm bu yönler üzerinde durulmalı, yüklenici, üçüncü kişi davacıya ancak hak kazandığını devir ve temlik edebileceğinden bu husus duraksamaksızın saptanmalıdır. Bütün bu araştırmalar sonunda eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki, yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır. Yargıtay 14. H.D,25.11.2004 T,2004/8032 E,2004/8208 K

Yine yükleniciye devrolunan bağımsız bölüm ya da arsa payları üzerine haciz ve ipotek tesis edilmiş olması halinde sözleşmenin geriye etkili feshi halinde tapu kayıtları takyidatsız olarak arsa sahibine iade olunur.[15][16]

Yargıtay ayrıca sözleşmenin geldiği aşama itibariyle geriye etkili feshi halinde yükleniciden 3.kişiye devredilen bağımsız bölümlerin arsa sahibinin talebi halinde iadesine karar verilmesi gerektiğini ve 3. kişinin bu şekilde yapılan devirlere karşılık MK m.1023 gereği iyiniyetle iktisabın sözkonusu olamayacağını belirtmiştir.[17]

---

lanma seviyesi %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı ve şimdi olduğu gibi geriye etkili fesih istemiyle tapudaki şerhin kaldırılması isteminin kabulüne karar verilmelidir. Mahkemece bu ilkeler ve açıklamalar çerçevesinde davacının bu talepleri ele alınıp, davalının sözleşmedeki teslim süresi dolmadan önceki azlinin inşaat süresine etkisi üzerinde de durularak, uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir.

15 Kostakoğlu,1142

16 Yargıtay 15.H.D,30.03.1998 T.1998/406 E,1998/1259 K,"Yüklenicinin, eser sözleşmesi uyarınca yaptığı inşaattan, bedel olarak, bağımsız bölümler hak edebilmesi için, edimini tam olarak yerine getirmiş olması, başka bir anlatımla, binayı yapıp arsa sahiplerine teslim etmiş bulunması gerekir. Aksi halde, sözleşmenin geriye etkili feshi sonucu, daha önce avans niteliğinde yükleniciye geçirilmiş olan tapu kayıtları, somut olayda olduğu gibi, iptal edilerek, tekrar arsa sahipleri adına tescil edilir. Hatta, yükleniciden, yapılmakta olan inşaattan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı alanlar bile, bu nedenle iyiniyet savunmasında bulunamaz ve üzerlerindeki tapu kayıtlarının iptaline yasalar engel olamaz.(Kazancı İçtihat ve Mevzuat)

17 Yargıtay 15.H.D.17.6.2010 T.2009/1989 E,2010/3468K,"Yüklenicinin sözleşme gereği bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi inşaatı kusursuz ve eksiksiz tamamlayıp teslim

Diğer yandan, yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyi niyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun'un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir. Bu durumda, mahkemece, konusunda uzman bir bilirkişi heyeti refakatinde keşif yapılıp açıklamalı ve denetime elverişli bir rapor alınarak, yüklenicinin halefi olan davalının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince bağımsız bölümü hakedip etmediğinin tespit edilmesi ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekir. (Yargıtay 23.H.D,14.01.2013 T,2012/5665 E,2013/2 K)

Ancak Yargıtay tarafından ortaya konulan içtihatların tersi yönünde doktrinde görüşlerde bulunmaktadır. Erman'a göre Yükleniciden tapuda arsa payı devralmış bulunan 3. kişilerin elde ettikleri mülkiyet hakları,arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesinden, bu fesih ister geçmişe, ister ileriye etkili sonuç doğursun herhangi bir şekilde etkilenmemek gerekir; meğer ki, arsa sahibinin iadesini sonuçsuz bırakmak amacıyla yapılmış olsun. Kaldı ki sözleşmeden dönme halinde yükleniciye devredilen arsa payları bakımından baştan itibaren yolsuz tescil meydana geldiği görüşünün kabul edilmesi halinde dahi, yükleniciden arsa payı elde eden 3. kişilerin bu ayni hak iktisapları MK.m1023 çerçevesinde yine geçerli olacaktır. Bu durumda 3. kişinin, yüklenicinin karşı ediminin karşılığı olarak arsa paylarının mülkiyetinin devredildiğini bilmesi de MK.m.1023 anlamında iyiniyeti ortadan kaldırmadığı kanaatindedir.[18]

---

etmesine bağlıdır. Sözleşmeden sonra ve inşaat sürecinde yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu arsa payları talep halinde arsa sahiplerine geri döner. Yükleniciden devam eden inşaattan bağımsız bölüm arsa payını satın alanlar satın aldıkları bu bağımsız bölümlerin arsa payları ile tapularına ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini ifa etmesi durumunda hak kazanabilirler. İnşaat halindeki bir binada arsa payı (bağımsız bölüm) satanların iyi niyetli oldukları kabul edilemez. 3. kişiler TMK'nın 1023. maddesinin korumasından yararlanamazlar. Tamamlanmamış inşaatta yükleniciden bağımsız bölüm satın alan bir kimsenin tapudaki gerçek malikin kim olduğu ve satanın edimini yerine getirmemesi durumunda sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazanamayacağını bilmemesi mümkün değildir. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat)

18 Erman,Hasan,Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,Der Yayınları,3.Bası,2010

bb-3.KİŞİLERE TAPU DEVRİNİN ARSA SAHİBİ TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Uygulamada yine çok sık olmasa da,arsa sahibi ile yüklenici arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan sebeplerle, arsa sahibinin, kat irtifakı kurulmuş bağımsız bölümü ya da arsa payını yüklenicinin göstereceği 3.kişiye tapuda devretmesi söz konusu olmaktadır.Böylesi bir durum karşısında yüklenici sözleşme gereği edimini gereği gibi ifa etmediği takdirde, arsa sahibi inşaatın geldiği aşama itibariyle sözleşmeyi geriye etkili olarak feshederse tapunun iptali söz konusu olmayacaktır.[19] Çünkü burada 3.kişi yükleniciden alacağın temliki hükümleri gereği değil doğrudan arsa sahibinden satış ile tapuyu devir almaktadır. Dolayısı devrin asıl hukuki sebebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olmadığından yapılan işlem hukuken iptal hükümlerine tabi değildir.

b) YÜKLENİCİNİN ARSA PAYININ SATIŞINI 3.KİŞİYE VAAD ETMESİ

Yüklenici kendisine ait olacak arsa paylarının satışını 3. kişilere vaad ettikten sonra, edimini yerine getirmemesi sebebiyle sözleşme arsa sahibi tarafından mahkeme kararı sonucu feshedilirse bu durumda 3. kişinin durumu ne olacaktır? Satış vaadi sözleşmesi ayni bir hak sağlamadığından, yüklenici adına kayıtlı arsa paylarının iptal edilerek arsa sahibi adına tescil edilmesi sonucu 3. kişinin yüklenici ile yaptığı satış vaadinden doğan şahsi hakkına dayanarak arsa sahibine karşı bir talepte bulunması mümkün olmayacaktır. Ancak,arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin feshedilmesi halinde 25.11.1984 tarihli YİBK[20] uyarınca fesih

---

19 Yargıtay 1.H.D 31.03.2004 T,2004/3324 E-2004/3631 K,"Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişmeli 27 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bina inşa edilmek üzere davacının davalılardan yüklenici Yaşar ile 3.4.2000 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığı, bilahare taşınmazda 14.9.2000'de kat irtifakı tesis edildiği, davalılarında kat irtifakı kurulan taşınmazdaki 1, 2, 3 ve 5 nolu bağımsız bölümler karşılığı pay satın aldıkları görülmektedir.

Daha sonra kayıt maliki davacının yüklenici ile aralarında mevcut inşaat sözleşmesini onunla anlaşmak suretiyle 27.8.2001 tarihinde karşılıklı olarak feshettikleri anlaşılmaktadır.

Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir.

Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir.

Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir.(Erman,s.181)

20 Y.İ.B.K 25.11.1984 T,1983/3 E-1984/1 K, Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı

ileriye etkili sonuç doğurması sebebiyle yükleniciye devredilmiş arsa paylarının bir kısmını uhdesinde bırakılmışsa ve bu arsa payları 3. kişiye satışı vaad edilen bağımsız bölüme tekabül edecek oranda ise 3. kişi, yükleniciye karşı cebri tescil davası açabilir.[21]

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin payını devralan 3. kişi ancak edim yerine getirilmişse tescil talebinde bulunabilir. Bu nedenle açılan bu tür davalarda inşaat sözleşmesinin arsa sahibi olan tarafının da davada yer alması zorunludur. (Y.14.H.D,23.09.2004,6027/6108)

Hem öğretide hem de Yargıtay kararlarında zikredildiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği, yüklenicinin edimini eksiksiz ifası halinde, yükleniciden arsa payı ya da kat irtifaklı bağımsız bölüm satın alan 3. kişi hem yükleniciye hem de arsa sahibine karşı alacağın temliki hükümleri gereği talebe hak kazanır. İnşaat sözleşmesinin yüklenici tarafından eksik ifası halinde ise,sözleşmenin ileriye etkili feshi sonucu 3. kişiye satışı vaad edilen bölümleri ise yüklenici tarafından hak edildiği oranda 3. kişi şahsi hak talep edebilir.

Yüklenicinin payına düşen ayni bağımsız bölümdeki şahsi hakkın temliki suretiyle birden fazla kişiye satmış olması halinde, değişik tarihli temlik senetlerinden en eski tarihli olanına öncelik tanınarak, arsa payı taleplerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak yüklenici tarafından, şahsi hakkının temliki suretiyle 3. şahsa haricen adi senetle yapılan satış işleminden sonra taşınmazda kurulan kat irtifakı üzerine ayni bağımsız bölümün kat irtifaklı arsa payının başka birine tapuda devredilmesi ile bağımsız bölümün kat irtifaklı payını satın alanın ayni hakkı, temlik suretiyle 3. kişinin edindiği şahsi haktan öncelikli korunması gerekmekle[22], şahsi hak alıcısı 3. kişi ancak,temlik sözleşmesine uymayan yükleni-

sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileride olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.(Kazancı İçtihat ve Mevzuat)

21 Erman,s.184

22 Y.H.G.K,19.04.2000 T,2000/1-735 E,2000/789 K. O halde, kişisel hak tapu siciline şerh verilmek suretiyle Medeni Kanunun 928. maddesi uyarınca herkese karşı ileri sürülebilir bir hale gelmedikçe veya davalılar tarafından kişisel hakka dayanılarak dava açılmasını önlemek amacıyla aslında hiçbir devir işlemi yapmak niyetleri olmadığı halde görünüşteki bir işlemle, el ve işbirliği içerisinde muvazaalı bir temliki işlemin gerçekleştirildiği iddia ve isbat edilmediği sürece, kişisel hak sahibinin kötüniyetten bahisle açtığı iptal ve tescil davasına değer verilemez.

Dava konusu olayda kişisel hak sahibi yararına tapu siciline düşürülmüş bir şerh bu-

ci hakkında,bağımsız bölümü tapu ile sattığı tarih itibariyle rayiç bedeli üzerinden tazmini talep edebilir.[23]

aa-Bağımsız Bölümün Harici Satım Sözleşmesi ile 3. Kişiye Vaad Edilmesi

Uygulamada sıkça karşılaşılan durumlardan birisi de, yüklenicinin inşaatın devamı sırasında yapmış olduğu kat irtifaklı bağımsız bölümlerin harici satım sözleşmesi ile 3. kişilere satımıdır.Arsa sahibi ile yüklenici arasında aktedilen sözleşme sonrası, arsa sahibi genelde bağımsız bölümlerin tapusunu yükleniciye devretmez ve teminat olarak elinde bulundurur.Buna karşın yüklenici finans kaynağı elde etmek adına, sözleşme gereği kendisine devredilecek payları 3.kişilere satmaktadır.Bu satışların Noterlik Kanunu gereği düzenleme şeklinde satış vaadi sözleşmesiyle yapılması gerektiği halde, daha kısa sürede ve daha az masrafla çözüme kavuşturulduğu için harici satım sözleşmesi ile yapılmaktadır. 3. kişi harici satım sözleşmesine dayanarak hem yüklenici hem de yüklenicinin halefi sıfatıyla arsa sahibine karşı talepte bulunduğu takdirde, yaptığı sözleşmenin kanuna aykırılığı sebebiyle talebin reddi istenmektedir. Bu hususta 1988 tarihli Y.İ.B.K adi yazılı sözleşme ile kat mülkiyeti kanununa tabi yerde bağımsız bölüm satın alan 3. kişilerin geçerli bir sözleşme yapılmamış olsa dahi, yüklenicinin edimini ifa etmesi halinde 3. kişinin talebinin MK m.2 çerçevesinde haklı görüleceği belirtilmiştir.[24]

Ancak sözkonusu talebin haklılığı yüklenicinin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu edimi eksiksiz biçimde yerine getirmesi koşulu ile geçerli olacaktır. Eser sözleşmeye uygun biçimde yapılmamış ya da eksik bırakılmış ise bu durumda yükleniciden bağımsız bölüm satın alan 3. kişinin

---

lunmadığı gibi, davalı ve karşı davacının muvazaalı bir işlemle taşınmazı tapuda adına yazdırdığı hakkında inandırıcı hiçbir delil de ibraz edilmiş değildir. Bu itibarla Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

23 Kostakoğlu,1140

24 Y.İ.B.K 30.09.1988 T.1987/2 E.1988/2 K,"Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin M. K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi.

iyiniyeti işe yaramayacaktır.[25]

c) İNŞAATIN PROJEYE,RUHSATA VE AMACA AYKIRI YAPILMASI HALİNDE 3. KİŞİLERİN DURUMU

Yükleniciden bağımsız bölümü alacağın temliki hükümleri gereği ya da satış vaadi sözleşmesi ile alan 3. kişi, yüklenicinin yaptığı inşaatın imar kurallarına,ruhsata, ruhsatın eki projeye ve sözleşmede belirtilen amaca aykırı yapılması durumunda arsa sahibine karşı talep hakkı hukuken dinlenilmez. Çünkü yüklenici tarafından, 3. kişiye satışı yapılan bağımsız bölüm için, arsa sahibi, yükleniciye karşı ileri sürebileceği her tür itiraz ve def'iyi onun halefi konumunda olan 3. kişiye karşı ileri sürebilmektedir.[26] Ancak inşaatın sonradan projeye uygun hale getirilmesi halinde 3. kişinin talebi hukuken geçerlilik kazanabilir.[27]

---

25 Yargıtay 14.H.D,4.11.1993 T,1993/7851 E,1993/8361 K,"Davacı; yüklenici ile yaptığı satış vaadi sözleşmesine dayanarak, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılmış eser sözleşmesine konu taşınmazda yapılan inşaattan aldığı dairenin adına tescilini istemektedir. Önceki bozmamızda da değinildiği üzere, yüklenici eser sözleşmesindeki edimlerini yerine getirirse sözleşme uyarınca kendisine düşen dairelerin tescilini arsa sahibinden isteyebilir. Ya da bu hakkını Borçlar Kanununun 162 ve devamı maddeleri uyarınca üçüncü kişiye temlik edebilir.Bozmamızda da yüklenicinin arsa sahibine karşı edimlerini yerine getirip getirmediğinin tahkiki gerektiği ve bunun sonucuna göre yüklenicinin ve ondan temellük eden davacının dava konusu daireyi arsa sahibinden talep etme hakkının doğup doğmadığının tesbiti gerektiğine işaret edilmiştir. Mahkemece yapılan incelemede yüklenicinin arsa sahibine karşı olan edimlerinden ancak % 76'sını ifa ettiği bilirkişi raporunda belirlenmiştir. Edimini bu oranda yerine getiren yüklenicinin kendisine düşen daireyi arsa sahibinden isteyebilme hakkının doğduğundan bahsedilemez. Dolayısıyle davacıya yaptığı temlik dolayısıyla davacı da buna dayanarak tescil isteyemez. Bu nedenle, davanın reddi gerekirken, davacı payına düşen noksanlık parasının arsa sahibi adına yatırıldığı da zikredilerek davanın kabulü doğru görülmemiştir. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat)

26 Yargıtay 14.H.D,12.05.2009 T,2009/2721 E,2009/6008 K,"Dava, tapu iptali ve tescil istemidir. Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesine göre kazandığı şahsi hakkını arsa sahiplerine karşı ileri sürebileceği gibi, bu hakkını üçüncü kişilere alacağın temliki yoluyla devredebilir. Arsa sahipleri, yükleniciye karşı ileri sürebilecekleri itiraz ve def'ileri temlik edenlere karşı da ileri sürebilirler.

27 Yargıtay 14.H.D T.8.6.2010,2010/3897 E,2010/6681 K,"Mahkemece Dairemizin bozma kararından sonra düzenlenen bilirkişi raporuna dayanılarak dava konusu bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarının davacılar adına tesciline karar verilmiştir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmeleri taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Yüklenicinin temel borcu eseri (binayı) meydana getirmektir. Bir bina inşasından maksat, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 26 ve 27. maddelerindeki hükümler gereğince yasadaki ayrık durumlar hariç her türlü inşaatın yetkili mercideki alınacak ruhsat ve yetkili merciin onayladığı plana uygun yapılması gerekir. Şayet bir inşaata ruhsatsız başlanmış veya ruhsat olmakla birlikte inşaat ruhsatın eki olan projesine aykırı yapılmışsa o inşaat "kaçak inşaat" kabul edilir ve aynı yasanın 32. maddesi uyarınca da yıkıma tabi tutulur. Yasalar uyarınca yıkımı zorunlu olan bir yerin ekonomik değer olarak varlığı da düşünülemez.

2-3.KİŞİNİN TALEBİNE İLİŞKİN USUL KURALLARI

a-GÖREVLİ MAHKEME

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesi yer alan tanım gereği "Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" Satıcı olarak nitelendirmiştir.Bu tanım çerçevesinde alıcı 3. kişinin ise,satıcıdan konut ya da tatil amacıyla mal satın alması durumunda satıcı ile alıcı arasında yapılan bu sözleşme hukuken tüketici işlemi olarak değerlendirilmektedir.

Ticari veya mesleki maksatla hareket eden yükleniciden ya da bu çerçevede hareket eden arsa sahibinden konut satın alan 3. kişinin bu satış sözleşmesine dayalı açacağı davada görevli mahkeme TKHK m.73 gereği Tüketici Mahkemeleridir.

"Oturmak amacı ile konut satın alan kişi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşme BY'nin 162. maddesi hükmüne göre alacağın temliki olup bu tür sözleşmelerin resmi biçimde yapılması zorunlu olmadığı ve somut olayda düzenlenen yazılı sözleşmenin de bu nitelikte olduğu ve konut satışının da 4077 sayılı Tüketici Yasası'nda düzenlendiği anlaşılmakla 4077 Aayılı Yasa kapsamında kalan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlanması gerekir. "(Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 25. 09. 2006 gün, 2006/9187 Esas ve 2006/11816 Karar sayılı İlamı)[28]

Ancak yapılan satış işlemi ticari ya da mesleki amaç güdülmeden gerçekleştirilmiş ise bu amaçla gerçekleştirilen konut satışlarını Tüketici işlemi olarak görmek mümkün olmayacaktır.Yine alıcı tarafından konut ya da tatil amaçlı değil salt ticari kazanç sağlamak maksadıyla satın alınan

---

Her ne kadar 24.04.1978 tarihli ve 3-4 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'nda, üzerinde bina bulunan ancak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı henüz kurulmamış bir taşınmazdan bağımsız bölüm satış vaadi geçerli kabul edilmiş ise de, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın konusu yasalara uygun meydana çıkartılmış bir yapıdır. Kaçak ve hakkında yıkım kararı olan bir yapıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nın uygulanması yasaların yaptırıma bağladığı eylemin devamına neden olma sonucunu sağlayacağından kaçak binada bağımsız bölüm satışına konu satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil isteğinin reddi gerekir. Zira bu gibi yerler üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulma olanağı yoktur.

Mahkemece bozma kararımızın gereği yerine getirilmeyerek binanın fiziki ve hukuki durumu araştırılmadan eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat)

28 Yaşar,Halis,Kat Karşılığı Sözleşmede 3.Kişilerin Hak ve Sorunlulukları,TBB Dergisi,s.318

yerlere ilişkin doğabilecek ihtilaflarda da yine HMK m.2 gereği Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arasında doğacak ihtilaflar da tüketici işlemi olarak değerlendirilemeyeceği için Asliye Hukuk mahkemeleri görevli sayılacaktır.[29]

b-YETKİLİ MAHKEME

6502 sayılı kanun çerçevesinde tüketici işlemi sayılan hukuki ihtilaflarda Tüketicinin ikametgahı mahkemesi yetkilidir. Ancak söz konusu tüketici işlemi konut satışına ilişkin ise bu durumda da HMK m.12 gereği taşınmazın aynına ya da ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalarda taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesi yetkilidir. Bu yetki kamu düzenine ilişkin ve kesin yetkiyi içeren bir kuraldır.

SONUÇ

Ülkemizde konut edinmenin maliyetli ve bütçeleri zorlayan tarafları mevcut, bu da beraberinde insanları konut edinme konusunda çeşitli arayışların içine itmektedir. Yukarıda belirtilen hukuki ihtilafların tümünde konut ihtiyacını gidermek amacı ile taşınmaz satın alan ancak genellikle de yüklenciden kaynaklı edimin ifa edilmemesi sebebiyle mağdur edilen 3. kişilerin durumu inceleme konusu yapılmıştır. Ancak belirtilen mağduriyetler konusunda şu ana kadar yasal bir çalışmanın yapılamamış olması kaygı vericidir. Özellikle tüketici kanunu çerçevesinde birtakım düzenlemeler yolu ile inşaat aşamasında konut satışlarının sınırlandırılması, denetimi ya da satın alan 3. kişilerin edimlerinin tümünü yerine getirmeleri halinde yükleniciden belli bir yasal teminat getirme zorunluluğu istenebilir. Yine özellikle yüklenicilerin yeter düzeyde eğitim ve finansmana sahip

29 27-Yargıtay 15.H.D,25.11.2008 T,2008/7256 E,2008/7038 K,"4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/e maddesinde tüketici, "bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Bir başka deyişle yasa kapsamına, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri alınmıştır. Aksi bir yorumun kabulü, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi 4077 sayılı yasa kapsamında kalmasını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara da Tüketici Mahkemelerinde bakılmasını gerektirir ki, bunun yasanın amacına aykırı olduğu açıktır. Buna göre istisna sözleşmesinden doğan ilişkileri de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.2.2003 gün ve 2003/15-127 E., 2003/102 K. sayılı kararında bu husus belirtilmiştir. Somut olayda taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesinden kaynaklandığından, yerel mahkemece görevsizlik kararı verilerek davaya Asliye Hukuk Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, 4077 sayılı yasa uygulanarak Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılıp, esası hakkında karar verilmesi yerinde görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat)

bulunmaması da başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta da belli bir mesleki eğitim düzeyinin sağlanması,yüklenicilerin denetimini ve yapılacak her inşaat için teminat gösterme zorunluluğu sağlamak suretiyle mağduriyetlerin en alt seviyelere indirilmesi sağlanmalıdır.

KAYNAKLAR

- Kiper, Osman, Öğreti ve Uygulamada Taşınmaz Davaları,2.Bası,1998
- Uygur, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku ,Adil Yayınevi,1998
- Kostakoğlu, Cengiz,İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,Beta, 8.Bası, 2011
- Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Der Yayınları,3.Bası,2010
- Yaşar, Halis, Kat Karşılığı Sözleşmede 3.Kişilerin Hak ve Sorunlulukları,TBB Dergisi,s.318,2013
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 15.Baskı,2013
- Kazancı İçtihat ve Mevzuat

ÖZGÜR BASIN ÜTOPYASI
4. ERK OLARAK BASIN

Gizem YILMAZ[1]

İfade özgürlüğünün bir görünüm şekli olarak basın özgürlüğü ve bu özgürlüklerin sınırları, bir toplumun demokratik nitelikte olup olmadığını belirleyen en büyük faktörlerden birisidir. Gerçek anlamda demokratik bir devletin, toplumsal ve siyasal güçler tarafından sürekli olarak denetlenmesiyle kurulabileceği kabul edilir. Bu bağlamda en önemli denetleyici faktör kamuoyudur. Kamuoyunun oluşmasında rol oynayan ise, en etkili kitle iletişim aracı olan özgür basındır. Aynı zamanda devlet ile kişiler arasındaki bağı ve iletişimi sağlayan köprü rolündeki basın, halkın etkin denetimine araç olarak erklerin sistematik şekilde çalışmasını ve denge-fren mekanizmasının doğru şekilde işletilmesini gerçekleştirir. Bu noktada, tüm diğer erklerin denetçisi ve halk ile diğer özgürlüklerin bekçisi konumunda olan basın özgürlüğünün dördüncü erk olarak varlık taşıdığı görüşü savunulabilir. Ancak burada karşımıza çıkan sorun, daima var olan ve demokratik toplumun atar damarı niteliğindeki basın özgürlüğünün, belirli kimselerin imtiyazı veya insan zihninin imtiyazı olup olmadığıdır. Bir diğer cevaplanması gereken soru ise, dördüncü erk tahtına oturacak asıl denetleyici gücün basın mı yoksa halk mı olduğu noktasındadır.

I. GİRİŞ

Gelişen günümüz dünyasında dumanla ve güvercinle haberleşme devri bitmiş, yerini görsel ve işitsel iletişimin araçları olan televizyon, radyo, internet sosyal ağları ile gazete, dergi gibi yazılı basına bırakmıştır. İnsanların bilgi ve düşünceleri açıklama, haberleşme, bilgilenme ve olaylara müdahale hakkını kullanma gereksinimi, en etkili kitle iletişim araçlarından biri olan basının özgür kılınması yoluyla mümkün olmaktadır. Çağdaş toplumlarda özgürlük, demokratik yaşam biçiminin ön koşuludur. Ancak özgürlüklerin iç içe geçtiği, hak ihlallerinin doğduğu sınırsız bir özgürlükler evreninin varlığı da kargaşadan başka şey doğurmayacaktır. Bu sebeple yine genelin yararı için belirli kıstaslar çerçevesinde basın özgürlüğünün sınırlandırması gerekliliği görülmüştür.

İnsani gelişimin tarihsel sürecini anlamada devlet yerine sivil toplum

1 İstanbul Barosu stajyer avukatlarından

alanı anahtarı tutmaktadır. Kitleleri etkileyen ve yönlendiren en önemli ifade ve iletişim aracı ise basındır. Basın özgürlüğü, aynı zamanda toplumsal ve siyasal denetimi sağlayarak, sürekliliğe sahip toplum yapıları ve yönetimler geliştirmektedir. Ancak günümüzde bu tarihi misyonundan ayrılan basın özgürlüğü, öznel çıkarları peşinde koşan gazetecilerin ve akademisyenlerin kapitalistlerle kurduğu çıkar ortaklığıyla oluşturduğu "imtiyazlılar için ve imtiyazlılara ait özgürlük" savunusu biçimine dönüştürülmüştür[2]. Bu sebeple hayati öneme sahip bulunan ve tarafsız olarak varlık göstermesi gereken basın özgürlüğü ve onu sınırlandırılmasının sınırları, uluslararası belgelerle ve devlet anayasalarıyla güvence altına alınmıştır. 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nun 3/1 maddesinde, AİHS'nin 10. maddesindeki düzenleme esas alınarak, basının özgür olduğu, bu özgürlüğün bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerdiği; 2. fıkrasında ise basın özgürlüğünün kullanılmasının ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

II. ÖZGÜRLÜKLER FENOMENİ

Modern toplumlarda özgürlük kavramı, zihinsel karmaşaya yol açacak şekilde sınırlandırmaları da beraberinde getirir. Herhangi bir kısıtlamaya, şarta, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma serbestisi anlamına gelen özgürlük[3], doğası gereği kendi özüyle ve yapısıyla çelişir. Rousseau'nun[4] deyimiyle, "insan özgür doğar, oysaki her zaman ve her yerde zincire vurulmuştur". Bir sınırsız özgürlük modeli, diğerlerinin haklarını ihlal edeceğinden herkes için mümkün değildir ve modern çağın gerekleri kişinin ve kurumların kendini sınırlamasını öngörür. Hiçbir özgürlük diğer özgürlüklerin efendisi olamayacağına göre, özgürlüklerin korunabilmesi adına makul sınırlandırma ölçütleri gerekmektedir.

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ PARALELİNDE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

Özgürlük bir haktır, ama her hak özgürlük değildir. Özgürlük bütün hakların ortak kökenidir; haklar ise özgürlükleri sağlamak için kişilere hukukça tanınan yetkiler, yani meşru araçlardır[5]. İnsanın düşündüklerini

2 MARX, Karl (2007) "Basın özgürlüğü ve sansür", İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi Sayı 25; s.236

3 tr.wikipedia.org/wiki/Özgürlük

4 Jean-Jacques Rousseau, Cenevreli filozof ve yazar

5 KABOĞLU, Ö. İbrahim(2009), Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, İstanbul, Legal Yayıncılık; s.224

ifade edebilme ve bilgi edinme hakkı ve bu hak ile dile getirilen düşüncelerin korunması ise, insanlaşma yolunda sağlanması gereken en önemli meşru araçtır. Bu araç (hak), AİHS'de ve diğer pek çok ulusal ve uluslararası belgeler ile anayasalarda "ifade özgürlüğü" adı altında düzenlenmiş, toplumların atar damarı olması sebebiyle de koruma altına alınmıştır.

En geniş anlamıyla ifade özgürlüğü; bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının serbest olmasıdır[6]. Söz konusu özgürlüğün hizmet ettiği temel amaçlardan biri, insanın kendini entelektüel ve iletişimsel açıdan gerçekleştirmesini sağlamak iken, diğer amaç ise toplumun demokratik olarak biçimlenmesini sağlamaktır[7]. Bu özgürlük, düşünce, kanaat ve inanç özgürlüğünü; bunları açıklama ve yayma özgürlüğünü, bilgi edinme ve bilgiye ulaşabilme gibi özgürlükleri de içine alan geniş bir özgürlük yapısıdır. İfade özgürlüğünün en temel tanımları dahi, diğer birçok hak ve özgürlüğün "besleyici" kaynağını oluşturmakta ve türev pek çok yapıyı beraberinde getirmektedir[8]. Her ne kadar söz konusu özgürlüklerin kaynağını düşünceyi açıklama özgürlüğü oluştursa da, bu özgürlük çeşitlerinin her birinin, kendine özgü yapıları ve sorunları vardır[9]. İfade özgürlüğünün gerçekleşmesindeki en önemli araçlarından biri belki de en önemlisi basın özgürlüğüdür[10]. Basının düşüncenin açıklanmasına ve yayılmasına sağladığı genişlik ve güç, genel nitelikteki ifade özgürlüğünün yanında basın özgürlüğü kavramının doğmasına yol açmıştır[11].

"Basın" kelimesinin kavramsal anlamı; İngilizcedeki "the press", Fransızcadaki "la presse" karşılıklarıyla tanımlanan, ancak gazete, dergi ve kitap için söz konusu olabilecek "basmak" fiilinden gelmektedirler. Bu sebeple "basın" kelimesi genel olarak yazılı basın, görsel basın ve işitsel basın olmak üzere kullanılsa da[12] günümüzde basılarak çoğaltılan ve belirli aralıklarla yayımlanan yazılı eserler için kullanılmaktadır.

Basın özgürlüğü, haber, fikir ve düşünceleri serbestçe toplayıp, yorumlayıp ve eleştirip basabilmek, çoğaltabilmek, yayımlayabilmek ve dağıta-

6 ERDOĞAN, Mustafa "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Dergisi Sayı:24; s.8

7 HAZAR, Zeynep (2013), "BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ ve ULUSAL GÜVENLİK", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII S.1-2; s.1528

8 HOROZGİL, Denizhan (2012) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s.146-164; s.147

9 SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar (2007), "Türkiye'de Basın Özgürlüğü" Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; s.14

10 YILDIRIM, Zeki "Türkiye'de İfade Ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade Ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar"; s.54

11 HAZAR, s.1528

12 HAZAR s.1527

bilmek özgürlüğü olarak tanımlanabilir. Kısacası, basma ve yayma özgürlükleri ile okuyucunun tercihine göre haber ve bilgi alma özgürlüğünü birlikte kapsamına alır[13]. Marx'ın tanımına göre basın, bireylerin kendi ruhsal varlıklarını gözler önüne sermeleri için en genel biçimdir. Bu basının neden özgür olması gerektiğini gösterir; çünkü zincire vurulmuş bir basın "esaretin karaktersiz canavarıdır; o uygar bir canavar ve süslenmiş bir kürtaj iken" sadece özgür ve ticari olmayan bir basın, halkın ruhunun sahici bir ifadesi olabilir[14].

Görüldüğü gibi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen basın özgürlüğü, diğer birçok özgürlüğün temelini oluştururken aynı zamanda toplumsal ve karşılıklı bir özgürlük niteliği de taşımaktadır.

B. TOPLUMSAL BİR ÖZGÜRLÜK

Basın, demokratik bir toplum yapısının onsuz olmazlarındandır. Modern demokrasilerde ifade özgürlüğünün en etkin şekilde kullanımının basın yoluyla gerçekleştiği gözlemlenmektedir. Basın özgürlüğü, kişilerin düşüncelerini serbestçe ifade edebilmesinin yanında, kişilere haber, düşünce ve bilgilere ulaşma hakkı da verir[15]. Her bireyin gerçekleri tam olarak öğrenme ve bilme hakkı olduğundan sebeple basın özgürlüğünün özneleri, yalnızca haber toplayanlar, yazanlar ya da yayanlar olmayıp aynı zamanda okuyuculardır[16].

Basının, siyasal ve kamuyu ilgilendiren alanlarda tartışma konusu olan bilgi ve görüşleri iletme görevi, kamuoyunun da bu bilgi ve görüşleri alma hakkı ile tamamlanır. Mahkemenin Lingens Davası'nda[17] vurguladığı görüşe göre ancak bu şekilde basın, demokrasi açısından yaşamsal önem taşıyan "toplumun bekçi köpeği/ kamuoyunun gözcüsü" olma görevini yerine getirebilir. Kendini özgür basının savaşçısı gören Marx'a göre de basın halka hizmet etmeli ve onun sözcüsü olmalıdır; "özgür basın, insan ruhunun her yerdeki uyumayan gözü, insan kaderinin kendinde somutlaşması, bireyi devlet ve dünyayla bağlayan zarif bağdır; maddi mücadeleleri entelektüel mücadeleye dönüştüren kültürdür. Halkın kendine dürüstçe itirafıdır… İnsanın kendini görebileceği tinsel bir aynadır."[18]

---

13 KABOĞLU, s.309

14 MARX, s.18

15 HAZAR, 2013: s.1526

16 KABOĞLU, s.309

17 LINGENS v. AVUSTURYA, Başvuru no.9815/82, Karar: 08.07.1986, bkz. BATUM, Süheyl (2009) "99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa", İstanbul, On İki Levha Yayıncılık; s.312

18 OİZERMAN Thedor, "The Making of The Marxist Philosophy"; s.131-135

Basının görevi, geneli ilgilendiren tüm olaylar hakkında objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde halkı aydınlatmak, çeşitli konularda kamuoyunu düşünceye sevk etmek, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek ve uyarmak, bireyleri içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları yönünden bilinçlendirmektir.[19]

Basın bu görevini yerine getirirken bir takım mesleki kriterlerin de içinde kalmalıdır. Objektif ve dengeli haber verme metotları, basın organının niteliğine göre önemli ölçüde değişebilir. Basın özgürlüğünün de içinde yer aldığı ifade özgürlüğünü düzenleyen AİHS' in 10. maddesi, sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de korur[20]. Basın özgürlüğünün geleneksel görünümü günlük basın, gazetelerdir. Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması konusunda Goodwin-Birleşik Krallık[21] kararında Mahkeme, haber kaynaklarının korunmaması halinde basının, halkın bekçiliği rolünün zarar görebileceğini ve kamuoyuna güvenilir, doğru bilgi sunma imkânının olumsuz etkilenerek caydırıcı sonuçlar doğurabileceğini öngörerek ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir. Voskuil[22] kararında ise, haber kaynaklarının açıklanmasıyla haberciliğe olan güvenin azalmasının yanı sıra, söz konusu yayınların gelecekteki haberler açısından itibarsızlaşacağı ve gizli haber kaynakları aracılığıyla dağıtılan bilgiyi almakta menfaati bulunan kamuoyunun üzerinde de zararlı sonuçlar olacağı belirtilmiştir. Bu konuya paralel verilen bir diğer kararda[23] Mahkeme, gizli bilgileri gazetecilere sağlayan kamu görevlilerini belirleyebilmek için gazetecilerin evlerinin ve işyerlerinin aranmasını AHİS md. 10/1'de güvence altına alınan haklara müdahale olarak yorumlamıştır. Haber kaynaklarının korunmasının yanında, Mahkeme, gizli olarak sınıflandırılmış bir bilgiyi yayınlayan bir gazetecinin mahkum edilmesinin, halkı ilgilendiren konularda bilgi verme konusunda medya çalışanları üzerinde caydırıcı bir rol oynayabileceğini ve bu durumun yine basının toplumsal görevine ket vuracağını belirtmiştir.[24]

Mahkeme içtihatları ve doktrindeki eğilimde görüldüğü üzere basın özgürlüğü, tek taraflı bir özgürlük değildir; yayınlayan ve yararlanan ara-

19 http://www.selingundogdu.av.tr/index.php/makaleler/1463-basin-ozgurlugu-ve-sinirlari

20 Aynı yönde bkz. BATUM, s.312

21 GOODWIN v. BİRLEŞİK KRALLIK, Başvuru no: 17488/90, Karar: 27.03.1996

22 VOSKUIL v. HOLLANDA, Başvuru no: 64752/01, Karar: 22.02.2008

23 ROEMEN ve SCHMIT v. Lüksemburg, Başvuru no: 51772/99, Karar: 25.05.2013

24 Aynı yönde bkz. Ernst ve Diğerleri v. Belçika, Başvuru no: 33400/96, Karar: 15.10.2013, Financial Times Ltd. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru no: 821/03, Karar: 15.12.2009

sında toplumun geneline hitap eden karşılıklı bir özgürlük olduğu söylenebilir. AİHS md. 10'da korunan ifade özgürlüğü ise, ancak bilgi edinme hakkıyla tamamlandığında anlam bulur.

III. YARGI IŞIĞINDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce özgürlüğü, özneyi yani düşünce sahibi kişiyi koruyan bir haktır. Oysaki gerçek demokrasilerde düşüncelerin sahipleri kadar fikirlerin de korunması gerekmektedir. Bu noktada, hem düşünceyi hem sahibini hem de düşüncenin dışa vurum şeklini koruyan özgürlük, ifade özgürlüğüdür. Günümüzde, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen basın, düşüncelerin yazıyla ifadesinde kullanılan en etkin yoldur[25]. İnsan haklarına saygılı, demokratik bir toplum temelinde hayati gereklilik taşıyan özgür basın, halkın bilgi edinme hakkı ve iletişim özgürlüğünün de en önemli süjesini oluşturur. Basının özgür haber yapması ve kitlelere ulaşması her ne kadar saydamlık ve çoğulculuk[26] gibi ilkelerle korunmaya çalışılıyorsa da, basın özgürlüğünün güvence altına alınmasında en büyük görev, özgürlükçü bir yorumla soyut yasaları somut olaylara uygulayacak olan yargıya düşmektedir[27].

Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde başlığı altında düzenlenmiş ve içtihatlarla geliştirilmiş bir kurumdur. Türk hukuk sisteminde ise yazılı basın ayrıca düzenlenerek kanunlarda ve Anayasa'da koruma altına alınmış, özgürlüğün sınırlarına ve diğer haklarla çatışmasına ilişkin bir takım kriterler ise yargı kararları ışığı altında oluşturulmuştur. Her iki hukuk sisteminde mahkemelerin vermiş olduğu kararlar incelenerek basın özgürlüğü daha net anlaşılmaya çalışılacak ve bu konuda Yargıtay perspektifi ile AİHM'nin karşılaştırması yapılacaktır.

A. AHİM'NİN PENCERESİNDEN

Basın özgürlüğü, İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, düşünceleri açıklama (ifade) özgürlüğünün doğal bir uzantısı olarak kabul edilmektedir[28]. AİHM'ne göre; "Düşünceleri açıklama özgürlüğü, demokratik bir toplumun asli temellerinden birini oluşturmanın yanı sıra, aynı zamanda bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini sağlamaktadır… Ve Sözleşmenin 10. Maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bu özgürlük, sadece zararsız gelen, hoşa giden düşünce ya da bilgilerin değil, Devletin ve toplumun çoğunluğunun ya da bir bölümünün hoşuna gitmeyen, onları huzursuz hatta şoke eden düşüncelerin

25 HAZAR, s.1526
26 KABOĞLU, s.309
27 SALİHPAŞAĞOLU, 2007: s.217
28 BATUM, s.312

açıklanması açısından da geçerlidir. Nitekim demokratik toplumun onsuz olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk ilkesi, hoşgörü ve açık fikirlilik anlayışı, bunu zorunlu kılar(…). Bu ilkeler, demokratik toplumlarda temel bir görev ve işlev üstlenen basının özgürlüğü alanında da büyük önem taşır." İfade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilen basın özgürlüğü, AİHM'de pek çok davaya konu olmuş ve emsaller için bir takım ilkeler geliştirilmiştir. Basının, toplumların bilgilendirilmesine ve kamu yararına yönelik etkisine ilişkin temel kararlar gözden geçirilecektir.

"Basın, kamunun sadık bekçisidir."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi basın yoluyla düşünceyi açıklama ve haberleşme özgürlüğünün ihlaline ilk kez Sunday Times[29] davasında karar vermiştir[30]. Bu davada AİHM, bebeklerin sakat doğmasına neden olduğu iddia edilen bir ilacın üreticisi hakkında Sunday Times gazetesinin yazı ve eleştirilerine yayın yasağı konmasının, hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığı gerekçesiyle demokratik bir toplumda yargının otoritesinin korunması için gerekli olmadığına[31] ve yazıların basın yoluyla yayımlanmasını engelleyen İngiliz Mahkemesi kararının 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir[32].

İfade özgürlüğüne ilişkin temel yapı taşlarından biri olan Goodwin v. Birleşik Krallık kararında, özel bir şirketin mali durumuna ilişkin yapacağı habere getirilen yayın yasağına ve haber kaynağını açıklamayı emreden tedbir kararına uymayan gazetecinin para cezasına mahkûm edilmesi, Mahkeme tarafından 10. Madde ihlali olarak değerlendirilmiştir. Goodwin Kararı, bir yanda adaletin gerekleri ve başkalarının hakları, diğer yanda kaynakların korunması gereği arasındaki denge açısından anlamlıdır[33]. Mahkeme bu davada, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun asli temellerinden biri olduğu ve basına sağlanacak güvencelerin de bu sebeple özel bir önem taşıdığı noktasının üzerinde durmuştur; "(…) gazetecilerin kaynaklarının korunması, basın özgürlüğü açısından temel koşullardan biridir. (...) Bu tür bir korumanın yokluğunda kaynaklar, kamuyu ilgilendiren konularda halkı bilgilendirme çabasında basına yardım etmekten caydırılmış olabilir. Bunun sonucu olarak basının kamunun gözü kulağı olma konusundaki hayati işlevi darbe yer, doğru ve güvenilir haber verme kapasitesi de olumsuz etkilenebilir."[34]. Goodwin kararının ardından,

29 Sunday Times v. Birleşik Krallık, Başvuru no: 6538/74, Karar: 26.04.1979

30 HAZAR, s.159

31 HOROZGİL, s.161

32 Aynı yönde Handyside - Birleşik Krallık davası, Başvuru No. 5493/72 Karar: 07.12.1976

33 http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/haber_kaynaklari.pdf

34 http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=570

8 Mart 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamama haklarına ilişkin R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir[35]. Dava ve Tavsiye Kararı doğrultusunda, ulusal yasal sistemlerin, iç yasalara gazetecilerin kaynaklarını koruyan hükümler getirmeleri gerekmektedir. Ulusal mahkemeler ifade özgürlüğünün muhafızları olarak davranmalıdır. Bu koruma sağlanırken ulusal mahkemelere sadece orantılılık ilkesi ve basının demokratik sistemdeki rolü yol göstermelidir. Kaynakların açıklanması, sadece daha yüksek ihtiyaçlar ya da hayati çıkarlar gerektirdiği zaman talep edilebilir. Ancak, bu tür ihtiyaç ve çıkarlar dahi, ifade özgürlüğünü korumanın bir yönü olarak gazetecilerin kaynaklarının korunması ihtiyacı ile dengelenmelidir.

"Siyasal kişiye karşı yöneltilen eleştirilerin sınırları daha geniştir."

Bir kilometre taşı niteliği taşıyan Lingens davasında, AİHM basın özgürlüğü karşısında üst düzey bir kamu görevlisinin şöhretini koruma hakkını dengelemiştir. Avusturya'da genel seçimlerin ardından, seçimleri kazanmış olan Federal Şansölye Kreiski'yi eleştiren iki yazı yayınlayan gazeteci Lingens, Şansölyenin davranışını "ahlâksızca", "yüz kızartıcı" ve "en adi türden oportünizm"in kanıtı olarak nitelemiştir. Şansölyenin açtığı davada Avusturya Mahkemeleri bu ifadelerin hakaret içerdiğine karar vererek gazeteciyi para cezasına çarptırmıştır. AİHM, ulusal mahkemenin yaklaşımını yanlış bulmakla birlikte başta basınınki olmak üzere ifade özgürlüğüne tanınan yüksek düzeyli korumayı kanıtlayan geniş çaplı bir içtihat geliştirmiştir[36]. Mahkeme, basın özgürlüğünün, halka siyasi liderlerin fikir ve tavırlarını keşfetme ve bu konularda bir fikir oluşturma açısından en iyi araçlardan birini sunduğunu ve dolayısıyla siyasi tartışma özgürlüğünün demokratik bir toplum fikrinin tam merkezinde yer aldığını ileri sürmektedir[37]. Hem seçim süreci, hem de kamu yararının günlük sorunları bakımından siyasi düşüncelerin ifadesinin oynadığı merkezi rol, politikacıların medyadaki eleştirilere daha büyük bir hoşgörü ile yaklaşmasını gerektirmektedir. AİHM'in kararına göre; hükümete ve bir siyasal kişiye karşı yöneltilen eleştirilerin sınırları, sıradan bir vatandaşa yöneltilecek eleştirilerin sınırlarından çok daha geniştir. Sıradan kişiden farklı olarak, politikacı kaçınılmaz olarak ve bilinçli tarzda, kendini, her kelimesinin ve eyleminin hem gazetecilerce, hem de genel olarak kamuoyunca sıkı bir şekilde izlenmesine açık bir konuma yerleştirmiştir (...) Hiç kuşkusuz, ün ve hakların korunması gereklidir ama özel yaşamının alanı içerisinde

35 MACOVEİ Monica, İnsan hakları el kitapları, No. 2 "İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz"; s.96-99

36 MACOVEİ, s.96-99

37 MACOVEİ, s.17-18

dahi bu koruma, genel anlamda siyasal sorunların serbestçe ele alınması, tartışılması gerekliliği ile denge içince yapılmak durumundadır[38].

Avusturya Mahkemesi'nin bir diğer iddiası, gazetecinin hakarete varan iddialarını kanıtlayamamış olmasıdır. Mahkeme bu noktada 'olgular' ile 'değer yargıları' arasında ayrım yapılmasının zorunluluğunu vurgulamıştır. Değer yargılarının kanıtlanması ilke olarak mümkün değildir; ancak maddi olguların kanıtlanması beklenebilir. Olayda Lingens'in kanaatleri, bilgi yayma hakkından ziyade kanaatlere sahip olma ve bunları yayma hakkının basit bir ifadesidir. Değer yargılarının doğruluğunu kanıtlama zorunluluğu ise ifade özgürlüğüne büyük bir darbe vurmak demektir[39]. Tüm bu gerekçelerle Mahkeme, bu dava ile yazara verilen cezanın bir tür sansür işlevi gördüğünü ve gelecekte yeniden bu tür bir eleştiri yapma cesaretini kırabileceğini belirtmiştir. "(...) Siyasi gazetecileri toplum hayatını etkileyen konuların kamu önünde tartışılmasına katkıda bulunmaktan caydırabilir. Aynı nedenle, bu türden bir yaptırım, basının bilgi sunma ve kamunun gözü kulağı olma görevlerini yerine getirmesini engelleme tehlikesini taşır." İfadeleriyle madde 10'da korunan değerlerin ihlali ile gazetecinin lehine karar vermiştir.

Diğer önem sahibi dava olan Thorgeirson davasında, AİHM ifade özgürlüğünü kamu görevlilerine yönelik eleştiriler bağlamında koruyan bir karar almıştır. Dava konusu olayda yazar olan davacı, bir günlük gazetede polis gaddarlığı üzerine iki yazı yayınlamıştır. Yazılardan ilki Adalet Bakanı'na bir mektup biçiminde yazılmıştı ve Bakanı söylentileri soruşturmak üzere" bir komisyon kurmaya çağırmaktaydı. Davacı, yazısında kimlik vermeyerek şu ifadeleri kullanmıştı; "...üniformalı canavarlar...", "Polislerin ve bar fedailerinin, insanlara özen ve dikkatle yaklaşacaklarına, zalim bir doğallıkla öğrendikleri ve uyguladıkları kurt kapanı tekniği sonucunda zihni yaşı yeni doğmuş bir bebeğinkine kadar gerileyen insanlar...", "...hayvanlara ve sadistlere sapıklıklarını tatmin etme olanağını tanımak..."Bunun üzerine yerel mahkeme, hakaret suçundan yazarı para cezasına mahkûm etmiştir. Dava AİHM' e geldiğinde Mahkeme, her iki yazının da özel olarak sert bir dille kaleme alındığını, ne var ki amaçları ve yapmaları istenen etki göz önüne alındığında, kullanılan dilin aşırı olarak nitelenemeyeceği kanısına varmıştır. Olayın şartları içinde başvurucunun amacı polise hakaret olmayıp, polisin kötü muameleleri ve halkı yakından ilgilendiren bu konuda soruşturma başlatılmasını istemektir. AİHM, "mahkûmiyet ve cezanın, kamuyu ilgilendiren meselelerin açıkça tartışılmasını caydıracak bir özelliğe sahip olduğunu" ve dolayısıyla, davacının

38 BATUM, s.313

39 MACOVEİ, s.96-99

mahkûm edilmesinin "demokratik toplumda gerekli" olmadığına karar vermiştir[40]. Ayrıca Mahkeme bu davada, sert ve keskin eleştirilerin yanı sıra, tartışma konusu olan konulara dikkat çekmek bakımından avantajlar sunan renkli ifadeleri de kabul edilebilir olarak görmüştür.

"Basın, potansiyel tehlike oluşturmaktan kaçınmalıdır"

AİHM'e göre bir çatışma ortamında medyanın, nefret söylemi ve şiddet çağrısı yayan bir araca dönüşmekten kaçınması gerekmektedir. Yayının içeriğindeki potansiyel tehlike dikkate alınmalı, bu da açıklamanın yapıldığı andaki bölgenin ve ülkenin genel durumu ile bu düşüncelerin açıklandığı yer kriterlerine göre değerlendirilmelidir. "Haberde Gerçekte Yorum" isimli haftalık dergide yer alan iki okuyucu mektubunda Güneydoğudaki sekiz il bağımsız Kürdistan olarak, PKK ise Türk Devleti'ne karşı ulusal bağımsızlık mücadelesi yürüten bir kuruluş şeklinde nitelenmiştir. Mahkemeye göre okuyucu mektuplarında yer alan "Faşist Türk Ordusu", "TC cinayet çetesi", "emperyalizmin kiralık katilleri" gibi ifadeler nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir[41]. Sürek kararında Mahkeme, uzun yıllardan beri güvenlik kuvvetleri ile terör örgütü PKK yanlıları arasında yaşanan çatışmalara dikkat çekmiş, bu çatışmalar sonucunda birçok insanın hayatını kaybettiğini ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hâl ilan edildiğini kaydederek, bu tür bir ortamda yapılan açıklamanın sınırlanmasının 10. maddeye uygun olduğuna karar vermiştir.

Zana kararında Mahkeme, Diyarbakır'ın eski belediye başkanı olan Mehdi Zana'nın yaptığı açıklamanın[42] bölgede zaten patlamak üzere olan durumu şiddetlendirebileceğine[43] dikkati çekerek, Türk yargı organlarının ifade özgürlüğüne getirdikleri sınırlamanın haklı olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre verilen ceza ağır bir sosyal ihtiyaca cevap verir niteliktedir. HAZAR, s.1540

Mahkemenin dikkat ettiği diğer bir husus da yapılan düşünce açıklamasının şekli ve büründüğü edebi kılıktır. Okçuoğlu kararında Case of Okçuoğlu v. Turkey,application no. 24246/94, p. 48. Mahkeme, düşünce açıklamasının dar bir kitleye dağıtılan bir dergide yer almasının ulusal güvenlik, kamu düzeni veya toprak bütünlüğü konusunda yapabileceği etkiyi sınırladığı, Zana davasında ise söz konusu düşünce açıklamalarının önemli bir günlük gazetede

40 MACOVEİ, s.18-19

41 HAZAR, s.1541, dp.89

42 Zana'nın gazetecilerle yaptığı mülakattaki açıklaması şu şekildedir: "PKK'nın ulusal bağımsızlık mücadelesini destekliyorum. Bununla beraber, katliamlardan yana değilim. Herkes hata yapabilir ve PKK, kadınları ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor"

43 Mahkeme, bu potansiyel tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının tespiti hususunda açıklamayı yapan kişiye özel bir önem vermiştir.

yapılmış olmasının şiddete teşvik edebileceği görüşündedir. Karataş kararında[44] ise, şiirlerde okuyucuları kin duymaya, şiddete ve isyana özendirici ifadeler olsa da, bu ifadenin sanatsal bir ifade olduğunu, madde 10'un sanatsal ifadeleri de koruduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkemeye göre şiirler sadece küçük bir kitleye hitap edebileceğinden potansiyel tehlike yaratacak nitelikte değildir.

Mahkemenin koruması dışında kalabilmesi için söz konusu sınırlamanın, demokratik bir toplumda gerekli olması ve sosyal ihtiyaç baskısı oluşturması gerektiği yukarıdaki kararlarda görülmektedir.

B. YARGITAY'IN PENCERESİNDEN

Türk Hukuk sisteminin uygulamasında basın özgürlüğüne yöneltilen davalar, görüleceği üzere genel olarak kişilik hakkının ihlali ile ilgilidir. AİHM'de özgür basının korunmasına ilişkin açılan davaların çeşitliliği, Yargıtay'da genel olarak kamu yararı ve kişilik hakkının çatışması noktasında kendini göstermiştir. Bu sebeple incelenecek olan Yargıtay ve Yargıtay Genel Kurulu kararlarında, basının görevi, hak çatışmasında üstün tutulan yarar ve basın özgürlüğünün sınırlarına ilişkin geliştirilen bir takım kriterler üzerinde durulacaktır.

Basın özgürlüğü, Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasa'sının 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur.

Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluktur[45]. Bu sebeple, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1994 tarihli bir kararında[46] basın özgürlüğünün sınırlarını belirleyici ve açıklayıcı bir yoruma gitmiştir. Bu karara göre;

---

44 Karataş Kararı, Başvuru no: 23168/94, Karar: 08.07.1999

45 T.C. Y.HGK E. 2009/4-100-K. 2009/163-T. 6.5.2009, T.C. Y.HGK E.-2003/4-167 K.-2003/176 T.-19.3.2003

46 T.C. Yargıtay 4. HD E. 1994/1123-K. 1994/6518-T. 11.07.1994

"-Haberin gerçekliği: Yayınladığı olayın doğruluğunu ve gerçekliğini araştırmak gazetecinin görevidir. Yayınlanacak haberin üçüncü kişilere ağır zarar verebileceği hallerde ise haberin doğruluğunun denetlenmesi daha katı şartlara bağlanmalıdır.

-Haberin verilişindeki oranlılık: Haber gerçeği yansıtsa bile kullanılacak dil ve ifadenin, yapılacak yorumun, haberin verilişinin gerektirdiği ve zorunlu kıldığı biçim ve ölçüde bulunmasını öngörür.

-Haberde güncellik ve özle biçim arasındaki denge: Şayet haberin verilişinde gerekli, yararlı ve ilgili olmayan beyan, tavsif ve değerlendirmelere gidilecek olursa kişilik haklarıyla çatışan basın hürriyetine üstünlük tanınması imkânsız hale gelir.

-Haberde kamu yararı: Basının kamu görevini yaparken göz önünde tutulan kamu yararı amacı ile kişilik haklarına verilen zarar arasında açık bir oransızlık varsa, objektiflikten ayrılıp, haber sınırını aşarak, genişletici ve yanlış yorumlarda bulunarak, gerçek dışı ve güncel olmayan haber verilir, yersiz şekilde onur kırıcı sözler kullanılır, dürüstlük kurallarına aykırı davranılır ve kişisel nedenlerle salt sansasyon yaratmak için yayın yapılırsa bu hukuka aykırı olur."

Yargıtay'ın belirtmiş olduğu genel kriterleri benimseyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Y.HGK), zamanla oluşturduğu içtihadında bu kriterleri daha da geliştirmiştir. 1996 tarihli bir kararında[47], "…yayınlanmasında kamu yararı bulunan gerçek ve güncel bir haber verilirken bile haberin verilişinde seçilen üslup ve sözcükler aşağılayıcı, küçük düşürücü, incitici, abartılı olmamalıdır. ", 2004 tarihli bir kararında[48] ise aynı yönde, "Haberde gerçeklik, kamu yararı, toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık yani özle biçim arasında denge olmalıdır." demiştir. 2008 tarihinde verdiği karar[49] ile; "…haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır." diyerek yeni bir kıstas daha getiren Y.HGK, haberin objektif ve görünen gerçeğe uygun olarak verilmesi gerekliliğini belirtmiştir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi[50] ise, gerçekliğin somut gerçek değil, haberin verildiği andaki beliriş biçimine uygunluk olarak anlaşılması gerektiğini, aksi halde gerçeğin ayrıntılı olarak araştırılmasının, haberin güncelliğini ve faydasını ortadan kaldırıcı sonuçlara götüreceğini belirtmiştir. Bunun yanında basın, somut gerçeği değil, o anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul

47 T.C. Y.HGK E. 1996/4-892-K. 1997/156-T. 05.03.1997
48 T.C. Y.HGK E. 2004/4-149-K. 2004/146-T. 10.03.2004
49 T.C. Y.HGK E. 2008/4-263-K. 2008/262-T. 19.03.2008
50 T.C. Yargıtay 7. CD E. 2005/10564-K. 2006/15485-T. 27.9.2006

edilen olguları yayınlamalıdır[51]; somut gerçeğin açığa çıkması zaman alabileceğinden haberin güncelliği ve taşıdığı toplumsal fayda kaybolmadan okuyucuya ulaştırılması gerekir.

Yukarıda belirtilen tüm bu sınırlama ölçütleri ışığı altında Y.HGK yerleşik içtihadında, kişilik hakları ve basın özgürlüğü değerlerinin çatıştığı durumlarda koruma altına alınmış bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılmıştır[52]. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bunun için alınan temel ölçüt, yayının kamu yararı amacıyla ve objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yapılmasıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece kişilik hakları saldırıya uğramış olur.

IV. ÖZGÜRLÜĞÜN SINIRLARI EKSENİNDE UZLAŞMA

"Gerçek, çoğu zaman görüntünün ardında gizlidir. Toplumsal öz, pek çok araçla ama en fazla da medya yoluyla bir görüntü perdesi altında gizlenir. Görüntünün ardındaki özün ortaya çıkartılması uğraşı, basın-yayın faaliyetleri ve özgürlük sorunsalı ile iç içe geçmektedir. Gerçeğin basın-yayın etkinliklerinde ve organlarında saptırılması, çarpıtılması, gizlenmesi ya da düpedüz yalanla ikame edilmesi, somut bir şiddet türüdür. Tüm şiddet türlerinin yaşamın her alanında bütünüyle ortadan kaldırıldığı gerçek barış ortamını sağlamak isteyen Marx'a göre, basın-yayın alanı, bu süreçte kilit rol oynayan stratejik bir toplumsal iletişim evrenidir."[53]

Özgürlük, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır; fakat "bireysel bağımsızlık" olmaktan çok, insanların "karşılıklı bağımlılığıdır"[54]. Hiçbir toplumda sınırsız özgürlüklerin varlık taşıması mümkün değildir. Sınırsız özgürlük, diğer özgürlükleri yok edebileceği gibi bir anarşi[55] ve kargaşa ortamı doğurur. Hiç şüphesiz, basın özgürlüğü de hukuk tarafından korunan ayrıcalıklı bir statüye sahip olsa da sonsuz bir serbestiye sahip değildir.

51 T.C. Y.HGK E.-2003/4-167 K.-2003/176 T.-19.3.2003

52 T.C. Y.HGK E. 2009/4-100-K. 2009/163-T. 6.5.2009, T.C. Y.HGK E.-2003/4-167 K.-2003/176 T.-19.3.2003

53 GERGER Haluk, Karl Marx; "Basın Özgürlüğü üzerine", Sunuş, s.7-17

54 KABOĞLU, s.224

55 HAZAR, s.1532

İfade özgürlüğü kapsamında yer bulan basın özgürlüğü, dört farklı şekilde sınırlandırılabilir; genel bir sınırlandırma hükmünün anayasada yer almasıyla, özgürlüğün düzenlendiği maddede sınırlama sebepleri belirtilmesiyle yahut aynı maddede sınırlandırıcı kanunlara atıf yapılmasıyla ve son olarak da hem anayasa hükmünde hem de özel olarak maddedeki düzenlemeyle belirtilen sınırlamayla gerçekleştirilebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ise ancak Anayasa'yı yorumlama yetkisi olan Yüksek Mahkeme'nin basın özgürlüğünü sınırlandırabileceği belirtilerek üstün bir koruma getirilmiştir[56]. Yüksek Mahkeme'ye göre basın özgürlüğünün sınırları, "başkalarının şöhret ve haklarının korunması", "ulusal güvenlik" ve "müstehcenlik" olmak üzere üç kategoriye ayrılabilir. Ayrıca Schenck Davası ile bir sınırlandırma kıstası oluşturulmuş ve ifadenin açık ve mevcut, aynı zamanda ciddi ve somut bir tehlike oluşturuyor olması gerekliliği aranmıştır[57]. Mahkemece oluşturulan bu kıstas, 2003 yılında AB uyum çalışmaları kapsamında Türk Hukuk Sistemine "açık ve yakın tehlike" olarak geçirilmiştir[58].

AİHS' ne göre ise basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını düzenleyen 10. maddenin 2. fıkrasındaki kıstaslara göre sınırlandırılabilmektedir: "…bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir." Maddeye göre iki kıstas söz konusudur; sınırlandırmanın kanuni bir dayanağı bulunmalı ve bu sınırlandırma demokratik bir toplumda zorunlu önlem niteliği taşımalıdır. Ancak bu halde meşru ve gerekli bir sınırlandırmadan söz edilebilir.

Türk Hukukunda basın özgürlüğünün sınırlandırılması ise öncelikle Anayasada olmak üzere basın kanunu ve Türk Ceza kanunu gibi ilgili kanunlarda özel olarak düzenleme alanı bulmuştur. Anayasamızın 28/3 hükmü gereğince basın özgürlüğünün sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27'nci madde hükümleri uygulanacaktır. Buna göre; "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması,

56 HAZAR, s.1533
57 SALİHPAŞAOĞLU, s.37
58 HAZAR, s.1536

Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla…" sınırlanabileceği (m.26/2) ve "bilim ve sanat hürriyeti içerisinde yer alan yayma hakkı, Anayasanın 1., 2. ve 3.maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla…" kullanılamayacağı (m.27/2) hükme bağlanmıştır.

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında da basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm vardır. Buna göre, "Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir". Düzenlemenin 10'uncu madde ile benzerliği, ve AİHM'in demokratik toplumda gereklilik" kriterinin işlenmesi, AİHS'nin esas alındığı göstermektedir.

Gerek 1982 Anayasasının 28. maddesi, gerek AİHS 10. maddesi, gerekse AİHM'nin ve Amerika Yüksek Mahkemesi'nin kararları dikkate alındığında basın özgürlüğünün sınırları, genel yararı korumaya yönelik, bireylerin haklarını korumaya yönelik ve yargı organının üstünlüğü (etkisi) ile tarafsızlığını korumaya yönelik sınırlandırma nedenleri olmak üzere üç başlık altında toplanabilir[59]. Ancak bu sınırlandırmalar çok gerekli görülen durumlarda, demokratik toplum hedeflerine uygun şekilde ve son derece kısıtlı olarak uygulanmalıdır[60]. Sınırlandırmadaki gereklilik ile menfaatler arası denge kurulmalıdır.

A. SINIRLANDIRMANIN SINIRLARI

"…Sansürlü basın moral bozucu etkiye sahiptir. Basın sürekli yalan söyler ve yalanın bilincini bile reddetmektedir. Bu gazetelerde hükümet sadece kendi sesini duyar ve kendi sesini duyacağını da bilir. Halkın sesini duyduğu hayalini (basının halka istediğini yansıttığı uyduruşunu da) barındırır ve halkın da bu hayale inanmasını ister. Halk kısmen siyasi batıl inanca, kısmen siyasal inançsızlığa gömülür veya tümüyle siyasal hayattan uzaklaşır ve özel bireyler kalabalığı olur…"

Marx'ın bir makalesinden alınmış yukarıdaki metinde "sansür" kavramıyla ifade edilen ve özel çıkarlarla temellendirilen engellemeler, top-

59 HAZAR, s.1537-1538, YILDIZ, s.35, SALİHPAŞAOĞLU, s.37

60 BATUM, s.312

lumun ruhunun tutsak alınması, bilincinin köreltilmesi, yaşam dinamiklerinin boğulması olarak tanımlanmakta, adeta insanın insanlaşma sürecine doğrultulmuş bir silah olarak eleştirilmektedir[61].

Mutlak ya da sınırsız bir özgürlük çağımızda görülmemekle birlikte, özgürlüğü sınırlandırmanın sınırlarının ne olacağı ve "otokrasinin" önüne nasıl geçilebileceği hususları, demokrasiler için had safhada önem taşır. Yargıtay ve AİHM kararlarında belirtilen basın özgürlüğünü sınırlandırma kriterleri, özgürlüğün amacını koruyabilmek adına demokratik toplum gereklerine uygun olarak son derece kısıtlı ölçüde uygulanmalıdır. Habere ulaşma ve bilgi edinme hakkı, öteki insan hak ve hürriyetlerinin, örneğin düşünceyi ifade hakkının, örgütlenme özgürlüğünün temelini oluşturduğundan, onun ihlali tüm öteki insan haklarının da bastırılması sonucunu doğurur[62]. Bu sebeple özgürlük kısıtlaması getirirken oldukça hassas davranılmalıdır. Bu noktada, Handyside - Birleşik Krallık kararından[63] bu yana, güç sahibi olan devletlerin sınırlandırma haklarının sınırları, çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık anlayışına dayanmaktadır.

Basın, halkın sadık bekçisi ve bilgi almadaki gözü kulağıdır. Korunmasında üstün yarar bulunan bu özgürlüğün diktatör rejimlerce umarsızca çiğnenmesi, günümüz dünyasında kabul edilebilecek bir yaklaşım değildir. Kaldı ki kişilik haklarıyla çatışması durumunda dahi yargı kararlarında korunan üstün değer olan basın özgürlüğünün keyfiyete dayalı sınırlandırılması düşünülemez. Bu sebeple Yargıtay tarafından geliştirilen ilkeler, basın özgürlüğünün sınırlardan kurtularak meşru ve hukuka uygun hale gelmesini sağlar. Otoritelerin basın özgürlüğünü sınırlandırmasını engelleyen ve yeni bir sınır çizen söz konusu ilkeler; basın yoluyla hak ihlaline uğrayan mağdurun rızası, kamu yararı, haberin veya yazının gerçek, ölçülü ve güncel olmasıdır. Haber çok hızla eskiyen bir üründür ve kısa süre içinde dahi olsa onun yayınlanmasını geciktirmek tüm önemini ve yararını ortadan kaldırma riski taşır. O yüzden görünen gerçeği yansıtan haber ve kanaat açıklamaları, Lingens kararındaki gibi kamuyu bilgilendirme amacına yönelik olduğu müddetçe korunmalıdır. Bu noktada haberin hitap ettiği kitle, açıklamayı yapan kişinin sosyal ve siyasal kimliği ve haberin, toplumları harekete geçirecek potansiyel bir tehlike taşımasına göre farklı kıstaslar dâhilinde özgürlüğün sınırları somut olaya göre değerlendirilecektir. Yargıtay'ın belirlediği tüm kıstaslar dikkate alındığında, özellikle, hükümete ve bir siyasal kişiye karşı yöneltilen eleş-

61 GERGER, s.14-15

62 GERGER, s.10

63 Başvuru No: 5493/72, Karar: 07.12.1976 http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25

tirilerin sınırları, sıradan bir vatandaşa yöneltilecek eleştirinin sınırlarından çok daha geniş olmalı[64] ve o kişinin de bu eleştirileri hoşgörü ile karşılaması gerekmektedir. Demokratik bir sistemde hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basının ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Yargıtay, önüne gelen bir davada[65], milletvekili olan davacının, toplumu yönetme iddiasında bir siyasetçi olduğu ve siyasi bir kişinin eylemlerinin topluma duyurulmasında, hem siyasetçi açısından hem de kamuoyu açısından yararların var olduğu, bununla birlikte basının, kamuya haber ulaştırması ve bilgilendirmesi ile kamuoyu oluşturmasının yüklendiği görev kadar hakkı da olduğunu belirtmiştir. Dava konusu yazının, sert olmakla birlikte eleştiri sınırları içinde kaldığı, siyasi ve topluma mal olmuş bir kişi olan davacının kendisine yönelik sert eleştirilere de katlanması gerektiğini vurgulamıştır.

Basın özgürlüğünü tehdit eden devlet baskısı kadar tehlikeli bir başka sorun da tekelleşmedir. Basın özgürlüğü, çoğulculuk, açıklık ve hoşgörü temelleri üzerinde ayakta durabilen bir sistemdir. Basın alanında tekelleşme ise; düşünce ve anlatımda çoğulculuğa karşı bir oluşum; büyük işletmelerin daha da güçlenmesi ve buna bağlı olarak basın işletmelerinin sayılarının azalması olarak ifade edilebilir. Özellikle kamuoyunu etkileme konusunda en önemli araç haline gelen basın organlarının sahibi olmak, günümüz dünyasında büyük bir güç sahibi olmak anlamına gelmektedir. Bu nedenle büyük sermaye sahiplerinin, basın pastasında büyük paya sahip olmak istemesi doğal[66] olmakla birlikte endişe vericidir. Bir basın işletmesi sahibi olan sermayedar, bu işletmeyi herhangi bir ticari işletmeden farksız görecek ve kendi çıkarları lehine kullanmak isteyecektir. Oysa Marx'a göre basının ilk özgürlüğü, ticari olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu noktada basın özgürlüğünün gerçekleşebilmesi, basının, devlete karşı klasik özgürlüğünün yanı sıra ekonomik özgürlüğüne de kavuşmasıyla mümkün gözükmektedir. Bunu da sağlayacak olan devlettir. Devlet, pozitif statü haklarından birisi olan basın özgürlüğünün sağlanması yönünde aktif bir tutum takınmak zorundadır[67]. Nitekim AİHM de, Özgür Gündem kararında[68], bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için devletin, aktif bazı önlemler alması gerektiğini belirtmiştir[69]. Bunun-

64 BATUM, s.313

65 T.C. YARGITAY 4.HD E. 2004/7823- K. 2004/11060- T. 6.10.2004

66 YILDIZ, Ferhat (2012) "Türk Anayasa Hukukunda Basın Özgürlüğü" Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.65-71

67 YILDIZ, s.68

68 Başvuru No. 23144/93 Karar: 16.03.2000, http://aihm. anadolu.edu.tr/aihmgoster. asp?id=1118

69 HOROZGİL, s.149

la birlikte Anayasamızın 28/2 hükmü uyarınca; "Devlet basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır." Bu anlamda Anayasanın açık emri gereği, devlet basın özgürlüğü karşısında fiili bir engel olan tekelleşme konusunda düzenlemeler yapmak ve bu konuda tedbirler almak zorundadır[70].

B. 4. ERK OLARAK BASIN

Basın alanı, halkların üzerinde kilit rol oynayan stratejik bir toplumsal iletişim evrenidir. Düşüncelerin yazıyla ifadesinde en etkin yol olarak kullanılan basın özgürlüğünün önemi, kamuoyu üzerindeki etkisidir. Bu etki, devletlerin yasama, yürütme ve yargı erklerinin yanında basın özgürlüğünün bir "dördüncü kuvvet (kontrol erki)"[71] olarak kendini göstermesinden kaynaklanmaktadır. Basının görevi, devlet mekanizmasındaki üç erkin sistematik şekilde işleyişini denetleme ve eleştiri yoluyla sapmaları önleme olarak belirlenebilir. Ancak unutulmaması gereken nokta, halkın asıl denetimi sağlayacak olan süje, özgür basının ise bu denetim mekanizmasında bir araç olduğudur. Kişilerin bilgilere ulaşmasında asıl muhatabı devlet kurumları olacağından, basın için devleti sınırlayan bir dördüncü kuvvet benzetmesi yapılması bu anlamda makul karşılanabilir. Zira basın halkın toplumsal sorunlar hakkında bilgi edinmesine, tartışmasına ve siyasal kararları denetlemesine ve etkilemesine aracı olmaktadır[72]. Gerçekten basın, yönetilenler ile yönetenlerin iletişimi, bilgi alışverişi ve özellikle denetimi bakımından çok önemli bir rol üstlenmektedir. Nitekim AİHM, Lingens[73], Thorgeirson ve Goodwin kararında basın özgürlüğü için "siyasi hayatın bekçisi" ve "bekçi köpeği" benzetmesini kullanmış, basının, kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi ve fikirleri açıklamakla görevli olduğunu vurgulamıştır. AİHM gibi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi de Avrupa'da basının ifade ve haber alma ve verme özgürlüğü hakkındaki 1506 (2001) sayılı Tavsiye Kararı'nda, "hür ve bağımsız basının varlığının bir toplumdaki demokratik olgunluğun başlıca göstergesi olduğuna" yer vermiştir.[74]

Basın özgürlüğü, bir ulusu mükemmel yapmak için vaatte bulunma ve başarma becerisine sahiptir. Bazen yenilikleri halk yapar, bazı otoriteleri halk yıkar ya da onarır, ancak her iki durumda da basının, bir araç olarak kitleleri harekete geçirmede ve halkı bilgilendirmedeki gücü yadsınamaz. Marx'ın önemle üzerinde durduğu Belçika devrimi, Belçika ruhu-

70 YILDIZ, s.68
71 HOROZGİL, s.149
72 HAZAR, s.1525
73 Kararda, kamuyu ilgilendiren konuların açıkça tartışılabilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.
74 HOROZGİL, s.149

nun bir ürünüdür. Basın da, Belçika devriminde kendi katkısının payına sahiptir[75]. Basının toplumsal olaylara sessiz kalması devlet ve halk üzerinde nasıl ki pasif bir etki bırakıyorsa, aynı şekilde duyarlı basın yolu ile halkın örgütlemesi de aktif bir etki taşır. Bu açıdan doğrudan sorumluluk taşıyan basının yanında aslında en büyük pay, dolaylı olarak sorumluluk sahibi olan halka aittir. Maddi mücadeleyi ideolojik mücadeleye, et ve kan mücadelesini zihinler mücadelesine ve ihtiyaç, arzu mücadelesini akıl ve form mücadelesine dönüştüren yine basındır[76].

Klasik anlamda basının özellikle hükümeti denetleyici ve güçleri dengeleyici bir dördüncü güç olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte kanımızca su götürmez bir gerçektir de[77]. Basın özgürlüğü, iktidarların serbestçe ve açık bir biçimde denetlenmesi, çoğulculuğun sağlanması, herkesin demokratik bir hukuk toplumunda basın yayın araçlarından eşit bir biçimde yararlanabilmesi ve halkın da bilgi ve düşüncelere kolaylıkla ulaşma hakkının korunması hedefleri çerçevesinde örgütlenmiş bir oluşumdur[78].

Basın özgürlüğünün olmadığı, denetimden uzak bir otokrasinin hüküm sürdüğü baskı ortamlarında, hükümetlerin ağzından çıkanlar basının sesi olurken halk, yalnızca duymak istediklerini duyar. Aynada bozulan bu denge, ancak basının özgürlüğü ile sağlanır. Gerger'e göre; insanın ortak özünü bozan her inancın, ideolojinin, eylemin destekçisi, karakolu, saldırı mevzii basın ve yayındır. Ve fakat aynı zamanda, bu saldırıya karşı koymanın, emeği ve kültürü savunmanın, özel bencil çıkarlara karşı toplumu korumanın başlıca araçlarından biri de yine yayıncılıktır.

V. SONUÇ

Basın özgürlüğü, demokrasinin gereklerinden biri olmasına karşın hiç kuşkusuz güçlü otoriteler ve devlet tarafından baltalanmaktadır. Türkiye'de basına tanınan özgürlük alanının belirlenmesinde siyasal iktidarla basın arasındaki ilişkilerin belirleyici olduğu görülür. Basın, iktidarla aynı dili konuştuğu dönemlerde özgür kalmış, iktidarı eleştirdiği dönemlerde ise prangalara vurulmuştur. Bunun en temel nedeni Türkiye'de basının masum bir kitle iletişim aracı olarak değil, siyasî bir misyonun temsilcisi olarak algılanmasıdır[79]. Her konuda siyasî iktidarla aynı fikri paylasan bir basının, çağdaş demokrasilerde kendisine verilen en önemli görevlerden

75 MARX, s.48-49
76 MARX, s.23
77 Aksi görüş için bkz. KABOĞLU
78 BATUM, s.313-314
79 SALİHPAŞAOĞLU, s.220

biri olan toplumun ve özgürlüklerin koruyuculuğu görevini hakkıyla yerine getirmesi de mümkün değildir.

Baskı dönemleri Türkiye'nin üzerinden ne yazık ki hiç eksik olmamıştır. Askeri darbeler sonrası meydana çıkan baskı dönemlerini yanında, özellikle DP iktidarının çoğunluk sağladığı 1950-60 arası dönem[80], gazeteci Uğur Mumcu'nun öldürüldüğü ve özel radyoların kapatıldığı 1991-93 arası dönem ve nihayetinde tüm dünya ile iletişim kurulan "youtube" ve "twitter" gibi sosyal ağları yasaklayan AKP iktidarının etkili hüküm sürdüğü 2007 sonrası ve günümüze değin uzanan dönemde, Türkiye'de serbest eleştiri olanakları ve özgür basın kavramı ziyadesiyle yara almıştır. Bugüne gelindiğinde durum o kadar yaygınlaşmıştır ki 'yandaş medya' kavramının ve sansürün normalize edildiği uyutulan bir toplum yaratılmıştır.

Batı toplumlarında ve yargısında basının demokratik sistemlerdeki rolüne verilen önem ile karşılaştırıldığında Türk yargısı da toplumu da oldukça geri kalmaktadır. Bu durum ise Paris merkezli Uluslararası Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü'nün (RSF) 2014 yılında yayınladığı Dünya Basın Endeksi Raporu'nda, 180 ülke arasında basın özgürlüğü sıralamasında 154. sırada yer alan Türkiye sabitlemiştir[81]. Afganistan, Irak gibi doğu ülkelerinden de geriye düşen[82] ve 10 yılda 56 ülke gerilediği belirtilen Türkiye için Rapor'da "problem ülke" olarak bahsedilmiş, Gezi Parkı eylemlerinde yaralanan 153 gazeteci, gözaltına alınan 39 gazeteci bu duruma gerekçe gösterilmiş, ayrıca Türkiye, 72 tutuklu medya çalışanıyla birlikte "en büyük gazeteci hapishanesi" olarak betimlenmiştir[83].

Bunların yanında zamanla Yargıtay HGK kararlarındaki değişim ile de özgürlüğün, güçlü siyasetçiler lehine kısıtlandığı görülmektedir. YGHK tarafından 1992 yılında verilen kararda[84], hukukça korunan haklı bir çıkarın elde edilmesi durumunda, kişilik hakkının saldırıya uğradığını iddia eden kişinin, bu hakkının kamu yararından daha üstün olduğunu iddia edemeyeceği, basının, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün söz konusu olduğu durumlarda özgürce eleştirmek ve bilgi vermek hakkına sahip olduğu, eleştiri hakkıyla kişilik hakkının çatışması halinde ise hiç kuşkusuz kamu yararının üstün tutulacağı belirtilmiştir. Söz konusu davada kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden davacı, bir konferansta; "La ilahe illallah diyenleri memleket içinde,

80 BATUM, s.311

81 en.rsf.org

82 bkz. Dünya'da basın özgürlüğü listesi, http://www.hurriyet.com.tr/dunya/25791558.asp

83 http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2014/02/140212_rsf_turkiye.shtml, http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2012/12/121219_rsf_statement_longer.shtml.

84 T.C. Y.HGK E. 1991/4-628- K. 1992/173- T. 18.3.1992

demeyenleri ve inanmayanları ise sınırlarımız dışında görmek istiyoruz" dediğini kabul etmektedir ve bunun üzerine davalı gazetenin, "sakallının yediği nane" başlığı altındaki yazısına dava açmıştır, ancak kamu yararı ve basın özgürlüğü üstün tutularak aleyhine karar verilmiştir. Bu davadan 20 yıl sonra, yani sınırlamaların kralı AKP hükümeti döneminde Yargıtay 4.HD'nin önüne gelen bir başka davada[85] ise, her ne kadar davacı ve davalının siyasi kimlikleri nedeni ile ağır da olsa eleştiriye katlanmaları gerekirse de "...Kürtlerin üzerine bomba yağdıran bakanlardan A. A., senin en has adamındır. Darbecileri yargılayabilmen için önce bunları yargılaman lazım... " biçimindeki ifadeler ile davacının kamuoyuna karşı hedef gösterildiği, bu nedenle yayının eleştiri sınırlarını aşarak davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğuna ilişkin karar verilerek davacı lehine tazminata hükmedilmiştir. Söz konusu iki karar arasındaki farklılık, Türk yargısının basın özgürlüğünü koruma alanında git gide AİHM içtihatlarından uzaklaştığını ve Batıya yabancılaştığının bir göstergesi kabul edilebilir.

Basının bireyler üzerindeki etkin rolünün fark edilmesi onun taliplilerinin de değişmesine yol açmıştır. Basın sektörü, günümüzde, büyük oranda dev şirketlerin faaliyet alanları içerisinde yer almaktadır[86]. Artık basın, tarihsel süreçle edindiği özgürlükçü ve hakkaniyetçi misyonunu kaybetmiş, yeni sahiplerinin menfaatleri doğrultusunda çalışan bir vizyon edinerek istediği haksızlığı gören, istediğini örten bir silâh haline dönüşmüştür. Burada devlete düşen görev, basının bir silâh gibi kullanılmasını ve başka değerleri tehdit eder hâle gelmesini engellenmek için gerekli yasal düzenlemeleri yapmak, bunu yaparken de basın özgürlüğü ile sınırları arasındaki hassas denge korunmalıdır. Tekelleşmeyi önlemek, basında çoğulculuğu sağlamak ve bu özgürlüğün başka özgürlük ve hakları yok etmesini önlemek adına bu kuruma ve mensuplarına tanınması gereken özgürlük alanı yok edilmemelidir[87]. Batı standartlarında bir düşünce özgürlüğünün sağlanabilmesi, her şeyden önce, bu özgürlüğün önündeki yasal engellerin kaldırılmasına ve yargının da daha özgürlükçü bir yorumla kanun koyucunun iradesine uygun olarak soyut yasaları somut olaylara uygulamasına bağlıdır.

Hal böyle iken, yasama ve yürütme erklerinin yanında bağımsız olması gereken ancak siyasi ve ticari baskı altında tutulan yargı erki ile kafeslenmiş basının, denetim mekanizması işlevi görmesi neredeyse imkansızdır. Kaldı ki yasama-yürütme-yargı erklerine ilişkin kuvvetler ayrılığı prensi-

85 T.C. Yargıtay 4.HD E. 2012/14094- K. 2012/18740- T. 6.12.2012

86 YILDIZ, s.65-71

87 SALİHPAŞAOĞLU, s.216

binin teoriden ibaret kaldığı şu günlerde, dördüncü bir erk olarak basından söz etmek Türkiye açısından bir ütopyadan ibaret olacaktır.

KAYNAKÇA

- BATUM, Süheyl (2009) "99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa", İstanbul, On İki Levha Yayıncılık
- ERDOĞAN, Mustafa "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Dergisi Sayı:24
- GERGER Haluk, Karl Marx; "Basın Özgürlüğü üzerine", Sunuş, s.7-17
- HAZAR, Zeynep (2013), "BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ ve ULUSAL GÜVENLİK", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII S.1-2
- HOROZGİL, Denizhan (2012) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s.146-164
- KABOĞLU, Ö. İbrahim(2009), Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, İstanbul, Legal Yayıncılık
- MACOVEİ Monica, İnsan hakları el kitapları, No. 2 "İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz"
- MARX, Karl (2007) "Basın özgürlüğü ve sansür", İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi Sayı 25
- MARX Karl, (2012) "Basın Özgürlüğü Üzerine", Çev., Önder KULAK, Kurtul GÜLENÇ, Ankara, Kaynak: MECW I, 1975
- OİZERMAN Thedor, "The Making of The Marxist Philosophy" s.131-135
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar (2007), "Türkiye'de Basın Özgürlüğü" Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- TDK Felsefe Terimleri Sözlüğü, tr.wikipedia.org/wiki/Özgürlük
- YILDIRIM, Zeki "Türkiye'de İfade Ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade Ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar"
- YILDIZ, Ferhat (2012) "Türk Anayasa Hukukunda Basın Özgürlüğü" Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- http://www.selingundogdu.av.tr/index.php/makaleler/1463-basin-ozgurlugu-ve-sinirlari
- http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/haber_kaynaklari.pdf
- http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=570
- www.en.rsf.org
- http://www.hurriyet.com.tr/dunya/25791558.asp
- http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2014/02/140212_rsf_turkiye.shtml
- http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2012/12/121219_rsf_statement_longer.shtml.
- www.kazanci.com

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA FATURANIN İSPAT AÇISINDAN İNCELENMESİ

Av. İrem GÜRBÜZER

Fatura, tacirin ticari işletmesinin temel işlemelerini (bir mal satması, imal etmesi, bir iş görmesi ve bir menfaat temin etmesi gibi) belgelendiren, işlemlerinin takibini sağlayan, muhasebeleştirilen kayıtların tevsikinde, kazancı halinde vergilendirilmesinde ve işlemlerini gerek maliyeye gerekse ihtilaf halinde işlem yaptığı kimselere karşı ispatta delil olarak kullanılan bir belge niteliğindedir. [1]

Fatura akdin şartlarını tespit eden değil, tespit edilmiş olan şartların bir kısmını gösteren ve bunları belirli şartlarda tevsik eden bir belgedir.

Açık fatura ticari hayatta bedeli ödenmemiş faturayı ifade etmektedir. Faturanın açık veya kapalı olması hukuki açıdan farklılık arz etmektedir.

Vehbi Koç'un başkan olduğu Ankara Ticaret Odası Oda Meclisi 1948 yılında açık/kapalı fatura konusunda piyasaları düzenleyici bir karar ortaya koymuştur.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından İstanbul Ticaret Odası'na hitaben yazılan 03 Nisan 2009 tarih ve 1879 sayılı yazıda "Bilindiği üzere Türk Ticaret Kanununda "açık fatura" ve "kapalı fatura" konuları hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.[2] Bu kavramlar "**ticari örf ve adet" hukukunun gelişimiyle doğmuştur**. Buna göre peşin olan satışlarla veresiye satışları birbirinden ayırt etmek üzere başlatılan "açık fatura" ve kapalı fatura" uygulamaları zaman içinde bir örf ve adet kuralı haline gelmiştir.

Bu kapsamda, Bakanlığımıza yapılan başvurularda**; açık faturadan fatura bedelinin ödenmediği, kapalı faturadan ise; fatura bedelinin ödendiği anlaşılması gerektiği hususlarında örf ve adet talepleri Bakanlığımızca uygun görülmüştür**. Nitekim, Yargıtay'ın bir çok kararında açık fatura- kapalı fatura kavramı kabul edilmiş, **açık faturanın bedelinin ödenmediğine, kapalı faturanın da bedelinin ödendiğine karine**

---

1 Oğuz Kürşat Ünal, Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti syf. 3-4, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_4.pdf

2 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda halen bu kavramları düzenleyen bir madde bulunmamaktadır.

teşkil edeceği görüşü benimsenmiştir."

Açıklamasıyla açık fatura- kapalı fatura kavramları bu sayede netleşmiştir.

21.12.1948 tarih ve 6 Nolu Ankara Ticaret Odası'nın teamül kararı (Ankara

Ticaret Odası Teamül kararları, Ankara 1968, s.7)na göre pulun faturanın üst kısmına yapıştırılarak imzalanması halinde açık fatura söz konusu olmaktadır."

Açık faturaya ilişkin *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11.03.2002 tarihli ve 2002/636 E., 2002/2380 sayılı kararı* şu şekildedir :

"*Davacının ibraz ettiği fatura açık fatura olup davacı tarafından tek taraflı düzenlenmiş bir belge olduğundan tek başına satım ilişkisini ispata yeterli değildir. Faturada belirtilen malların davalıya teslim edildiğini, yazılı bir belge ile isnat edilmediğinden, davacının iddiasını ispat ettiği söylenemez. "*

Bu konuya ilişkin diğer bir karar ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.03.1988, 1988/6471 E. ve 1988/1267 K. sayılı kararı ise şu şekildedir:

"*Taraflar arasındaki davadan dolayı Antalya 2. Sulh Hukuk Hakimliğince verilen hükmün temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:*

KARAR: Davacı vekili, müvekkilinin, davalıya sattığı mal karşılığı (256.921.TL) alacaklı olduğu halde yapılan takibe davalının itiraz ettiğini ileri sürerek bu paranın faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili ise müvekkilinin faturada gösterilen malı teslim aldığını, ancak bedelini ödediğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkeme; toplanan delillere göre, davalının aldığı malın bedelini ödediğine dair yazılı belge ibraz edemediği gerekçesi ile (256.921 TL.) nın davalıdan faizi ile birlikte tahsiline karar vermiştir.

Hüküm, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

BK'nın 182. maddesi hükmünce alım satımlarda her iki tarafın borçlarını aynı zamanda ifa etmiş olmaları yolunda bir ilke kabul edilmiş ise de; malın davalıya reslimi 8.1.1986 tarihinde yapılmış olmasına rağmen davacı tarafından düzenlenen 11.1.1986 tarihli

faturanın kendisine tebliğ edilmiş olduğu davalı tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. ***Fatura, açık fatura niteliğinde olduğundan bunu tebellüğ eden davalının TTK. 23/2 nci maddesine göre 8 gün içinde bir itirazda bulunmadığından böylece mal bedelinin ödenmediğini de kabul etmiş durumuna düşmüştür. bu sebeple bedelin ödendiğini ispat, davalıya ait olacağından ve davalı da bu hususu ispat edemediğinden davalının temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.***

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA, (...) 2.3.1988 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Vergi Usul Kanunu Faturanın Nizamı başlıklı 231. maddesinin 5. bendinde *" Fatura, malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren azami 7 gün içinde düzenlenir."* denmektedir.

Faturanın ispat gücünün ana hatları ve kriterleri *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.06.2003 tarihli, 2001/1 E., 2003/1 K. Sayılı kararında* belirleyici olarak açıklanmıştır.

"Türk Ticaret Kanunu'nda fatura tanımlanmamıştır. Vergi Usul Kanunun 229. maddesinde yer alan tanımlama ise: Fatura satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari bir vesikadır" şeklindedir.

Böylece Fatura; "ticari satışlarda satıcı tarafından alıcıya verilen ve satılan malın miktarını, vasıflarını ölçüsünü fiyatını ve sair hususları veya ifa edilmiş hizmetleri gösteren hesap pusulası olup, ticari bir belge niteliğindedir." şeklinde tanımlanabilir.

Ticaret Kanunu'nda ve Vergi Usul Kanunu'nda fatura ile ilgili başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır.

Nitekim, Vergi Usul Kanunu'nun 232. maddesinde; fatura düzenlemesinin hangi hallerde ve kimler için mecburi olduğu hususunda düzenleme yapılmıştır.

Diğer taraftan, Türk Ticaret Kanunu'nun 23. maddesinin birinci fıkrasında; "Ticari işletmesi icabı bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden, diğer taraf kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir." denilmekte, ikinci fıkrasında da; "Bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren

sekiz gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş sayılır." hükmü yer almaktadır.

Bu yasal düzenlemelerden çıkan sonuç; ***fatura düzenlemesi için öncelikle taraflar arasında akdi bir ilişkinin bulunmasının gerekli olduğu olgusudur****. Ticari işletmeye ilişkin olarak ve belli faaliyetlerde bulunma halinde tacirler tarafından o faaliyetle ilgili olan karşı taraf adına düzenlenmesi gereken ticari bir belge niteliğindeki fatura, sözleşmenin yapılması ile ilgili değil, taraflar arasında yapılmış bir satım, hizmet istisna ve benzeri sözleşmenin ifa safhası ile ilgili bir belgedir. Öyle ki, taraflar arasında bu tür bir sözleşme ilişkisi yoksa düzenlenen belge fatura olmayıp, olsa olsa icap mahiyetinde kabul edilebilecek bir belgedir ve elbette bu belgeye itiraz edilmemesinin TTK'nın 23/2. maddesi anlamında sonuç doğurması da beklenemez.*

*Kısacası; TTK****'nın 23. maddesinin 2. fıkrası uyarınca gönderilen faturaya sekiz gün içinde itiraz olunmaması halinde fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması için, faturayı düzenleyen kişinin aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ticari işletmesi icabı mal satmış, imal etmiş yada iş görmüş bir tacir olması gerekir.*** *Bunun doğal sonucu olarak da; esnafın gönderdiği faturaya itiraz olunmaması fatura içeriğini kabul etme sonucunu doğurmaz.*

*TTK'nın 23. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile****, faturanın özellikle tacirler arasında ifaya yönelik bir ispat aracı olduğu, süresinde itiraz edilmemekle münderecatından sayılan hususlar yönünden düzenleyen lehine, adına fatura düzenlenenin aleyhine, bir karine getirilmiştir****. Bu karine* ***faturanın ispat gücüne yönelik bir düzenlemeyi ortaya koymaktadır****.*

Ne var ki, fatura, düzenleyen aleyhine delil olduğu gibi, kendisi faturayı düzenlemediği halde tebliğinden itibaren sekiz gün içinde itiraz etmeyen aleyhine de delil olabilecektir.

Faturanın adına tanzim edilen aleyhine ispat vasıtası olması, yani faturayı alan kişinin fatura kendinden sadır olmamakla birlikte aleyhine delil teşkil etmesi TTK'nın 23. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve yukarıda ayrıntısı açıklanan bu karineden kaynaklanmaktadır. buna göre; ***fatura düzenleyen tacirin alınan karineden yararlanabilmesi için fatura tanzim edenle, adına fatura tanzim edilen arasında akdi ilişki bulunması, faturanın akdin ifasıyla ilgili olarak düzenlenmesi gerekir. fatura sözleşmesinin kurulması safhasıyla ilgili olmayıp ifasına ilişkin olduğundan öncelikle temel bir borç ilişkisinin bulunması gerekir.*** *TTK'nın* ***2 ve 3. fıkrasındaki karine aksi ispat***

***edilebilen adi bir karinedir**. İkinci fıkra gereği sekiz gün içinde faturaya itiraz edilmesi durumunda fatura münderecatının doğru olduğunu faturayı düzenleyen tacirin ispat etmesi gerekir.*

Hemen burada faturanın münderecatının (zorunlu içeriğinin) ve şekil şartlarının ne olduğunun ve ardından da olağan içerikten (mutad münderecattan) ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması yararlı olacaktır.

Sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak düzenlenen faturanın şekli ve kapsamının ne olması gerektiği konusunda, Türk Ticaret Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmamakta, anılan yasanın 23. maddesinde neyi ifade ettiği açıklanmaksızın faturanın münderecatından söz edilmektedir.

Faturanın zorunlu içeriği ve şekil şartlarına ilişkin ayrıntılı düzenleme Vergi Usul Kanunu'nda yer almaktadır.

Vergi Usul Kanunun 230. maddesi faturada en az bulunması gereken bilgileri;

1. Faturanın düzenleme tarihi, seri ve sıra numarası;

2. Faturayı düzenleyenin adı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası;

3. Müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası;

4. Malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı;

5. (3239 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesiyle değişen bent) Satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarası, (Malın alıcıya teslim edilme üzere satıcı tarafından taşındığı veya taşıttırdığı hallerde satıcının, teslim edilen malın alıcı tarafından taşınması veya taşıttırılması halinde alıcının, taşınan veya taşıttırılan mallar için sevk irsaliyesi düzenlenmesi ve taşıtta bulundurulması şarttır.)

Malın, bir mükellefin birden çok iş yerleri ile şubeleri arasında taşındığı veya satılmak üzere bir komisyoncu veya diğer bir aracıya gönderildiği hallerde de, malın gönderen tarafından sevk irsaliyesine bağlanması gerekir. Bu bentte yazılı irsaliyeler hakkında fiyat ve bedel ile ilgili bilgiler hariç olmak üzere, bu madde hükmü ile 231. madde hükmü irsaliyelerde malın nereye ve kime gönderildiği ayrıca belirtilir.

Şu kadar ki nihai tüketicilerin tüketim amacıyla perakende olarak satın aldıkları malları kendilerinin taşıması veya taşıttırması halinde bu mallara ait fatura veya perakende satış fişinin bulunması şartıyla sevk irsaliyesi aranmaz.)" şeklinde sıralanmıştır.

Vergi Usul Kanunu'nun 230. maddesi yukarıda açıklandığı üzere asgari zorunlu unsurları beş madde halinde belirlemiştir. Madde metninden açıkça anlaşılacağı gibi sayılan bu zorunlu unsurlar aynı zamanda olağan (mutad) içeriğin ne olduğu da ortaya koymaktadır.

Böylece görülmektedir ki, fatura sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olduğu için TTK'nın 23/2. maddesine göre süresinde itiraz olunmamak suretiyle kabul edildiği varsayılan fatura içeriği ancak sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan satılan malın cinsi veya yapılan işin adedi, türü, bedeli gibi hususlara ilişkin olabilir. Sözleşmenin kuruluşu aşamasında başta var olmayıp, ifa ile ilgili hususlarda sözleşmeyi değiştiren ve diğer tarafın durumunu ağırlaştıran kayıtların sonradan faturaya konulması durumunda -ki buna muhatabınca itiraz edilmesi dahi- bu kayıtların faturanın zorunlu ve olağan içeriğinden kabul edilmesi, düzenlemenin şekline olduğu kadar amacına da aykırı düşecektir.

Nitekim, kuruldaki tartışmalar sırasında TTK'nın 23/2. maddesi hükmündeki kariyerin faturanın olağan içeriği (mutad münderecatı) hakkında geçerli olması gerektiği, mutad içeriğin ifa ile ilgili hususlarla sınırlı olduğu kabul edilerek, faturaya sözleşmeyi değiştiren veya diğer tarafın durumunu ağırlaştıran kayılar konulduğu taktirde, olağan (mutad) olmayan bu hususlara faturayı alanın süresince itiraz etmemesi durumunda bu kayıtlarla sorumlu olmayacağı benimsenmiştir.

Buna ek olarak; Faturayı alan kişinin tacir olmaması halinde özellikle tüketiciyi koruma amacıyla ekonomik yönden daha kuvvetli olan tacir (satıcı vs.) karşısında alıcının korunması gerektiği; faturaya konulan vade farkı kaydına alıcının sekiz gün içinde itiraz etmemesi durumunda faturayı düzenleyen tacirin TTK'nın 23/2. maddesindeki karineden yararlanamayacağı, faturadaki vade farkı kaydına itiraz edilmemesinin sonuç doğurmayacağı da kabul edilmiştir.

Her ne kadar görüşmeler sırasında vade farkının malın bedeline dahil olan bir unsur olduğu görüşüyle fatura kapsamı içinde düşünülmesi gerektiği ve bu kaydı içeren faturaya itiraz edilmemesinin faturayı düzenleyen tacir lehine bir karine yaratacağı ileri sürülmüşse de bu görüşe çoğunluk, aşağıda vade farkı ile ilgili açıklamaların ardından ayrıntısı belirtileceği üzere sözleşmeyi değiştiren ve diğer tarafın durumunu ağırlaştıran nitelikteki vade farkının başta belirlenen bedel kapsamında düşünülmeyeceği ve faturanın zorunlu unsurlarından ve olağan içeriğinden sayılama-

yacağı gerekçesiyle katılmamıştır.

Fatura düzenleyen tacirin TTK'nın 23. maddesinin 2. fıkrasındaki karineden yararlanabilmesi için fatura tanzim edenle, adına fatura tanzim edilen arasında akdi ilişki bulunması, faturanın akdin ifasıyla ilgili olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Fatura sözleşmenin kurulması safhasıyla ilgili olmayıp ifasına ilişkin olduğundan öncelikle temel bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. TTK'nın 23. maddesinin 2. fıkrasındaki karine aksi ispat edilebilen adi bir karinedir. TTK'nın 23/2. maddesi gereği sekiz gün içinde faturaya itiraz edilmesi durumunda fatura münderecatının doğru olduğunu faturayı düzenleyen tacirin ispat etmesi gerekir.

Kuruldaki tartışmalar sırasında TTK'nın 23/2. maddesi hükmündeki karinenin faturanın olağan içeriği (mutad münderecatı) hakkında geçerli olması gerektiği mutad içeriğin ifa ile ilgili hususlarda sınırlı olduğu kabul edilerek faturaya sözleşmeyi değiştiren veya diğer tarafın durumunu ağırlaştıran kayıtlar konulduğu takdirde olağan (mutad) olmayan bu hususlara faturayı alanın süresinde itiraz etmemesi durumunda anılan kayıtlarla sorumlu olmayacağı benimsenmiştir.

Hemen bu karinede yer alan fatura münderecatından maksat nedir? Sorusu akla gelmektedir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nda fatura münderecatının ne olduğu ilgili bölümlerde de açıklandığı üzere açık olarak düzenlenmiş değildir. Böylesine önemli bir karineye esas teşkil eden fatura münderecatından neyin kesildiği konusundaki yasal boşluğu Vergi Usul Kanunu'ndaki hükümler gözetilerek doldurulabileceği açıktır. Vergi Usul Kanunu'nun 230. maddesindeki tanımdan yola çıkarak bu sorunun çözümü, devamla da "İçtihatların birleştirilmesi konusunu teşkil eden vade farkı faturanın zorunlu içeriğinden midir?" sorusunun cevabını aramak gerekir.

Kurulca; vade farkının mal ve hizmet bedelinin ödenmesi gereken günde ödenmemesi halinde alacağın gecikmesi nedeniyle ulaştığı miktar yani mal veya hizmetin yeni fiyatı olduğu, sonucuna varılmıştır.

Bunun gerekçesi de şudur: yukarıda da açıklandığı üzere fatura da olmazsa olmaz beş unsur mevcuttur ve vade farkı bu unsurlar arasında satılmamıştır.

Türk ticaret Kanunu'nun 23/2. maddesinin faturanın olağan içeriği (mutad münderencatı) hakkında geçerli olması gerektiği ve bunun ifa ilgili hususlarla sınırlı olduğu uygulamada baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Vade farkı ise ifa aşaması ile ilgili de-

ğildir. burada ifa zamanında ileri sürülse dahi sözleşmeyi değiştiren ve diğer tarafın durumunu ağırlaştıran kayıtların ifa ile ilgili olmadığı açıktır.

Sonuç olarak, ***faturanın sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olduğu için TTK'nın 23/2. maddesine göre süresinde itiraz olunmamak suretiyle kabul edildiği varsayılan fatura içeriği ancak sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan satılan malın cinsi, veya yapılan işin adedi, türü bedeli gibi hususlara ilişkin olabilir.*** *Faturadaki gecikme halinde vade farkı alınacağına ilişkin kayda itiraz edilmemesi, faturada yer almakla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmemiş bir hususa ilişkin kaydın da kabul edildiği anlamına gelmez. vade farkı kaydının faturanın zorunlu içeriğinde olmayıp, yasal sürede itiraz edilmedi diye kabul edilmesinin ağır bir sonuç doğuracağı; faturadaki vade farkı uygulanır ibaresinin yazılması halinde TTK'nın 23/1. maddesindeki karinenin uygulama alanı bulmayacağı, zira fatura sözleşme olmadığı gibi, faturaya itiraz edilmemesinin de ona sözleşme niteliği vermeyeceği kabul edilmiştir.*

Taraflar arasında yazılı şekilde yapılmamış olmakla birlikte geçerli sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda faturalara (bedelin belli bir sürede ödenmesi halinde vade farkı ödenir.) ibaresinin yazılarak karşı tarafa tebliği ve karşı tarafça TTK'nın 23/2. maddesi uyarınca sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde bu durum ***sadece fatura münderecatının kesinleşmesi sonucunu doğurup*** *vade farkının davalı yanca kabul edildiği ve istenebileceği anlamına gelmeyeceğine 27.06.2003 tarihli ilk toplantıda üçte iki çoğunlukla karar verildi.*

Yukarıdaki karadan anlaşılacağı üzere; taraflar arasında temel borç ilişkisi bulunması faturanın düzenlenme sonucunu doğurmaktadır. Fatura sözleşmenin ifa safhası ile ilgili olup mutlaka bir sözleşmeye dayanmalıdır. (Bu sözleşme yazılı veyahut sözlü olabilir) Sadece faturanın tebliğ edilmesi ve tebliğden itibaren sekiz gün içinde itiraz edilmemesi akdi ilişkinin varlığının kanıtı değildir. Bu nedenle akdi ilişkinin inkarı halinde faturayı düzenleyen kimsenin bu ilişkinin varlığını kanıtlaması gerekir.

A) FATURANIN İSPAT AÇISINDAN İNCELENMESİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Tacir Olmanın Hükümleri Başlığı altında 21. Madde de bulunan "Fatura ve Teyid Mektubu" Kanunkoyucu tarafından:

"(1) Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.

(2) Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır.

(3) Telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır. "

şeklinde kaleme alınmıştır.[3]

Maddede görüleceği üzere; Türk Ticaret Kanunu'nun 21. Maddesinin 2. Fıkrası "Faturaya İçeriğine İtiraz"ı konu edinmiştir. İçerik ile kastedilen faturanın muhteviyatında yer lan her şeyi kapsar biçimde anlamak gerekir; faturanın ihtiva ettiği satılan malın veya alınan hizmetin açıklaması ve bu mal veya hizmetin tutar ve/veya faturanın tarihi ile ilgili de olabilir.

Bütün bu bilgilerin tamamının yapılan ticari ilişkinin kağıda dökülmüş hali ile tam uygunluğu halinde fatura içeriğinin tam olarak doğru olduğu kabul edilebilir.

Fatura normal olarak tanzim edilen aleyhine yazılı delillerdendir. Zira bu halde fatura ispat hukuku bakımından senet mahiyetindedir ve kati delil teşkil eden yazılı ispat vasıtası durumundadır. Bu bakımdan faturayı tanzim eden için, ispat hukuku yönünden aleyhine kullanabilecek bir senet olarak nitelendirmek mümkündür. bir kimsenin düzenlemiş olduğu belgenin kendi lehine (senet) delil sayılması kural olarak mümkün değildir. Ticarî defterlerin sahibi lehine delil olması (Mülga TTK.m.85) (6172 sayılı Türk Ticaret Kanununda karşılığı bulunmamaktadır.)bu kuralın bir istisnası olduğu gibi, fatura da belirli şartlar altında bu kuralın bir diğer istisnasını teşkil eder. Şöyle ki, fatura adına düzenlenen tarafından defterlerine kaydedilir veya delil olarak faturaya dayanılır yahut bunlara benzer bir şekilde adına düzenlenen tarafından fatura muhteviyatı zımnen kabul edilirse veya (Mülga TTK.m.23) (6172 sayılı Türk Ticaret Kanunu 21. Madde) hükmünün uygulanabildiği hallerde de faturayı alan kimse (tacir) 8 gün içinde fatura muhteviyatına itiraz etmezse, adına fatura düzenlenen tacirin de iradesini açıklayıcı bir niteliğe sahip olur. Zira bu

3 Mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 23. Madde ile herhangi bir değişiklik yoktur.

halde faturayı alan tacir de fatura mündericatını kabul etmiş sayılır. Aksi takdirde fatura (Mülga TTK.m.23) hükmü anlamında bir karine doğurmaz. Ayrıca akdi ilişkinin taraflarından birisince tanzim ve imza olunan fatura ister itiraz edilmiş isterse kabul edilmiş olsun, ne akdin hazırlık ve müzakere safhasını ne icap ve kabulü, ne de bir akdin kurulduğunu göstermez. Çünkü fatura akdin ifası ile ilgilidir. [4]

Fatura satıcı ile müşteri arasında yapılan bir ticari anlaşma çerçevesinde düzenlenmektedir ve fatura muhteviyatının da bu anlaşma hükümleri ile aynı doğrultuda olması gerekmektedir. İşte eğer anlaşma ile fatura muhteviyatı arasında bir uyumsuzluk olduğunu düşünen müşteri bu aykırılığı öne sürerek kanunkoyucu tarafından belirtilen süre içinde faturaya itiraz edebilir.

Bu hususa ilişkin Yargıtay içtihatlarından bir kaçı şu şekildedir;

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi T. 19.01.1978 1977/1857 E. Ve 1978/63 K.

> *Bir faturayı alan kimse aldığı tarihten başlayarak sekiz günlük sürede içindekiler (münderecat) hakkında bir itirazda bulunmamış ise onu kabul etmiş sayılır.*

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 03.04.1978 1978/1788 E. Ve 1978/1687 K.

> *"Salt faturanın bildirilmesi alacak hakkı doğurmaz; satış sözleşmesine dayanan davacı tacir, bu ilişkiyi ve malın teslimini kanıtlamalıdır. "*

Fatura davalıya tebliğ edilmiş ve sekiz gün içerisinde itirazda bulunmamışsa, TTK'nın 23/2. maddesi uyarınca münderecatını kabul etmiş sayılır. Ancak, bu durum sadece faturada belirtilen miktarların kesinleşmesi sonucunu doğurur. Yoksa işin de yapılmış olduğunun kabulünü gerektirmez.

a) FATURAYA İTİRAZ SÜRESİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 21. madde 2. fıkrasına göre faturaya itiraz süresi faturanın alındığı tarihten itibaren **8 gündür**. Burada belirtilen sürenin belgelerle ispatı gerekmektedir. Bu nedenle düzenlene faturanın karşı tarafa gönderilirken, karşı taraftan teslim alınma tarihini belli edecek şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Şunu önemle belirtmek gerekir ki; Sekiz günlük itiraz süresi ispat yükünün yer değişmesine neden olmaktadır.

4 Oğuz Kürşat Ünal, Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti syf.9-10, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_4.pdf

Sekiz gün içinde içeriğine itiraz edilmeyen faturanın fatura içeriği kabul edilmiş olmaktadır.

b) FATURAYA İTİRAZIN ŞEKLİ

Faturaya itirazın hangi şekilde olacağı ne 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (mülga) ne de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiştir.

Şu önemlidir ki; fatura her zaman düzenleyen aleyhine delil teşkil eder. Yani fatura içeriğine itiraz edilmiş olsun veya olmasın düzenleyen için delil olma niteliğini kaybetmeyecektir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.23'de ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun.21'de düzenlenen itiraz edilme veya itiraz edilmeme yolu ile kabul, ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuran, bir başka deyişle aksi her zaman ispat edilebilecek olan bir adi doğruluk karinesi yaratır.[5]

Faturayı alan tarafın, buna 8 gün içinde itiraz edebilmesi için her şeyden önce bu süre içinde bulunduğunu belgelemesi ve faturayı düzenleyen tarafa da itiraz ettiği tarihin, faturayı teslim aldığı tarihten itibaren 8 günlük süre içinde olduğunu gerekmektedir. Buna ek olarak itirazın karşı tarafa bildirilmesi için anlatılması gereken bütün konuların yazılı olarak yapılması gereği en azından iki tarafın anlaşabilmesi açısından önem taşımaktadır.

Fatura içeriğine yapılacak olan itirazın bir belge niteliğinde olmasını sağlamak ve sonradan ortaya çıkacak bir hukuki anlaşmazlıkta kullanabilmek açısından ve yapılacak olan bu itirazda gönderilen belgelerin karşı tarafça teslim alındığının emin olunması, diğer bir anlatımla itirazın süresi içinde yapıldığının ispatı noter kanalıyla yapılması yerinde olacaktır.

> *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.04.2004 tarih, 2004/19-205 E., 2004/246 K. sayılı kararında;*
>
> *"Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sakarya 2 .Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 09.10.2002 gün ve 2001/630 E. 2002/703 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 07.07.2003 gün ve 2002/10272-2003/7463 sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili, müvekkilince davalıya satılan mal bedelinden bakiye kalan 1.215.117.283 TL. asıl ala-*

5 "Yrd. Doç. Dr. Özgür Biyan Türk Vergi Hukukunda Belge Düzeni ve İspat : Eleştiriler ve Öneriler syf.37

caklarının ödenmediğini, alacağın işlemiş faiz ile birlikte 2.636.804.504 TL. toplamı üzerinden tahsili amacıyla icra takibine geçtiklerini takibe itiraz edilerek durdurulduğunu iddia ederek, itirazın iptaline, takibin devamına ve %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasından satın alınan malın bedelinin ödendiğini beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporundan, davacının 1998 yılından 1999 yılına devir edilen alacağı 970.223.613 TL. olup, 1999 yılında da davalıya 5.224.893.670 TL.'lık mal satıldığı ve davalı yanca yapılan ödemelerin toplamı ise 4.980.000.000 TL. iken bu miktarın 3.910.000.000 TL. olarak dikkate alınıp hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece toplam alacak miktarından ödemeler düşüldükten sonra kalan bakiye yönünden ve davalının takip öncesi temerrüde düşürülmediği de gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı rapora göre hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, kabul şekli ile de takip öncesi işlemiş temerrüt faizine, takipten sonra da temerrüt faizi işletilmesine olanak sağlanması BK.nun 104/son maddesine aykırıdır...) 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:

KARAR: Dava, itirazın iptali ile icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Davacı vekili, faturaların tebliğ edilerek kesinleşmesine karşın, davalının borcunu ödemediğini ve bu faturalara dayanan borç nedeniyle davalı hakkında icra takibi yapıldığını, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu ileri sürmüş ve borçlunun itirazının iptali ile icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının faturaya konu motorları zamanında teslim etmeyip, aylar sonra teslim ettiğini, hesaplamayı da anlaşmanın yapıldığı tarihteki fiyat üzerinden değil, motorların teslim edildiği tarihteki fiyat üzerinden yaptığını belirtilerek davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemenin; "davalı, bilirkişi raporuna itiraz etmiş ise de, dosya içeriği karşısında bilirkişi raporunun denetime elverişli ve hüküm tesisine yeterli olduğu görülmekle, "davanın kabulüne" dair verdiği karar, Yüksek Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Hemen belirtilmelidir ki, takip talebi, 1.215.117.283-TL asıl alacak, 1.421.687.221-TL işlemiş %9 aylık faiz olmak üzere 2.636.804.504-TL toplam alacağın işleyecek %9 aylık faizi ile tahsili istemini içermekte, borcun sebebi olarak "faturalar" gösterilmektedir.

Davalı borçlu, "borca itiraz" dilekçesinde; takibe konu faturalara ilişkin ödemelerin çekler yoluyla yapıldığını, çekler ödendiği halde, ödenmemiş gibi düşünülüp yeni fiyatlar üzerinden haksız olarak ödemeler istendiğini, bu sebeple asıl alacağa, faize ve tüm ferilerine itiraz ettiğini belirtmektedir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; takip dayanağı oldukları belirtilen faturalar toplamından, davalı borçlunun 1999 yılına ait ödemeleri düşülürken, bir çek bedelinin toplama dahil edilmediği, ayrıca icra dosyasında cari hesap ekstresinde yer alan devir tutarı da gözetilmeyerek hatalı sonuca ulaşıldığı görülmektedir.

Mahkemece, gerekçeli kararda irdelediği üzere bilirkişinin bu hatalı raporu hükme esas alınmış, ne var ki, icra takibine konu asıl alacak tutarının daha az olması nedeniyle, istem dikkate alınarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yüksek Özel Dairenin, bu çelişkiye dikkati çeken ve hesaplama yöntemi öngören bozma nedenine uyulmayarak, yazılı gerekçe ile direnme kararı verilmesi isabetli bulunmamaktadır.

Davalının takip öncesi temerrüde düşürülüp düşürülmediğine ilişkin diğer bozma nedenine gelince: Yerel Mahkeme;

"faturaların incelenmesinden ödeme süresinin fatura tarihinden itibaren 60 gün olduğu, faturaların itirazsız olarak kesinleştiği, ödeme tarihi belli olan faturalarda borçlunun temerrüde düşürülmesi için ayrıca ihtar çekilmesine gerek olmadığını" belirtmektedir.

Takip dayanağı bir kısım faturaların alt kısmında; ödemenin fatura tarihinden itibaren 60 gün, vade farkının %9 olduğu, TTK m.23 uyarınca fatura muhteviyatına itiraz olunmadığı takdirde kabul edilmiş sayılacağı yazılıdır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; tarafların sunduğu ve birbirini doğrulayan bir kısım belgeler ile cari hesap pusulasında, faturalarda belirtilen borca karşılık bir kısım ödemelerin borçlu tarafından davacı alacaklıya yapıldığının anlaşılmış olması karşısında, temerrüt koşulunun belirtilen gerekçe ile gerçekleştiğinin kabulü halinde dahi, öncelikle ödeme tarihleri ve bakiye tutarın saptanıp, buna göre hesaplama yapılması gerekecektir.

Vade farkı, enflasyonun ekonomi üzerindeki olumsuz etkisi sonucunda yargı kararları ile uygulama bulmuş, bu kavram ile, para borcunun ifasında gecikmeden zarar gören alacaklının korunması amaçlanmıştır.

Vade farkı, başta sözleşme ilişkisi kurulurken, ya da daha sonradan tarafların ortak iradeleri ile kararlaştırılabileceği gibi, var olan ticari teamüller sonucu da ortaya çıkabilir.

Vade farkının sözleşmede kararlaştırıldığı, ya da sonradan sürekli uygulama nedeniyle sözleşmenin bir unsuru kabul edildiği durumlarda alacaklı bu yöndeki istemini doğrudan sözleşmeye dayandıracaktır.

Sorun yazılı anlaşma olmaması ve sürekli uygulama bulunmaması halinde sözlü yapılan akitlerde vade farkının sadece faturada yer alması ve bu kayda, muhatabınca İtiraz edilmemesinde ortaya çıkmaktadır.

Davanın yasal dayanaklarından olan Türk Ticaret Yasası'nın m.23/2 hükmü ile; "Bir faturayı alan kimse aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş" sayılmaktadır.

Bu noktada, faturanın münderecatının (zorunlu içeriğinin) ve mutad münderecattan (olağan içerikten) ne anlaşılması, gerektiğinin açıklanmasında, vade farkının bu kapsamda ele alınıp alınmayacağının saptanmasında yarar bulunmaktadır.

Bu soruların yanıtları 27.6.2003 Gün, 2001/1 Esas, 2003/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararında irdelendiği üzere; "...TTK'nın 23/2.maddesine göre süresinde itiraz olunmamak suretiyle kabul edildiği varsayılan fatura içeriği ancak sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan satılan malın cinsi veya yapılan işin adedi, türü, bedeli gibi hususlara ilişkin olabilir. Faturadaki gecikme halinde vade farkı alınacağına ilişkin kayda itiraz edilmemesi, faturada yer almakla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmemiş bir hususa ilişkin kaydın da kabul edildiği anlamına gelmez. Vade farkı kaydının faturanın zorunlu içeriğinden olmayıp, yasal sürede itiraz edilmedi diye kabul edilmesinin ağır bir sonuç doğuracağı; (faturadaki vade farkı uygulanır) ibaresinin yazılması halinde TTK'nın 23/1. maddesindeki karinenin uygulama alanı bulmayacağı, zira fatura sözleşme olmadığı gibi, faturaya itiraz edilmemesinin de ona sözleşme niteliği vermeyeceği kabul edilmiştir... Taraflar arasında yazılı şekilde yapılmamış olmakla birlikte geçerli sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda faturalara (bedelin belli bir sürede ödenmemesi halinde vade farkı ödenir) ibaresinin yazılarak karşı tarafa tebliği ve karşı tarafça TTK'nın 23/2.maddesi uyarınca sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde bu durum sadece fatura münderecatının kesinleşmesi sonucunu doğurup vade farkının davalı yanca kabul edildiği ve istenebileceği anlamına gelmeyeceği..." belirtilmek suretiyle; faturanın kesinleşmesinin, faturada yazılı bulunan vade farkı kaydının davalı borçlu tarafından kabul edildiği ve istenebileceği anlamına gelmeyeceği sonucu açıklığa kavuşmuş olmaktadır.

Ayrıca takibe konu somut olayda; taraflar arasında vade farkına ilişkin yazılı bir sözleşmenin varlığı veya bu yöndeki bir sürekli uygulama iddia edilip, ispatlanmış da değildir. Borçlar Yasası m.101/2'de yer alan, borcun ifa edileceği gün (vade tarihi) sözleşme ile tayin edilmiş değildir. Eş söyleyiş-

le; alacaklının ihtar mecburiyetinden kendisini muaf tutabileceği bir durum bulunmamaktadır. Bu durumda borçlunun temerrüdünün ne zaman gerçekleştiğinin saptanması önem taşımaktadır.

Belirtilen koşullar gözetildiğinde ise, Borçlar Yasası'nın 101. maddesinin; "muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtariyle, mütemerrit olur." hükmü dikkate alınmalıdır. Borçlu ihtar ile temerrüt durumuna gireceğinden, ihtardan itibaren geçmiş günler faizini ödemekle yükümlü olacak, bundan ancak borç konusu olan şeyi tevdi etmekle kurtulabilecektir. Borçlunun, öncesinde temerrüdünü oluşturan bir ihtar bulunmaması durumunda ise, hakkında başlatılan takip ile mütemerrit olduğunun kabulü gerekecektir.

Anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nın, 2797 sayılı Yargıtay Yasası m. 45'de yer alan; "İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini" bağlayacağı hükmü dikkate alındığında davalının takip öncesi temerrüde düşmediğinin kabulü gerekmekte olup, Mahkemece yapılacak iş; belirtilen bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak yapılacak inceleme ve araştırma ile karar vermekten ibarettir.

O halde mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire Kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.04.2004 gününde oybirliği ile karar verildi. "

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.05.1978 tarihli 1978/2652 E. Ve 1978/2717 K. sayılı kararı :

Taraflar arasındaki davadan dolayı (Sakarya Birinci Asliye Hukuk Hakimliği)nce verilen 16.11.1977 tarih ve 427/727 sayılı hükmün temyizen tetkiki davacılar avukatı tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu; gereği konuşulup düşünüldü :

KARAR: Davacılar vekili, müvekkillerinin davalıdan 8.1.1976 tarihinde Murat 124 taksiyi 64.270 liraya peşin ödeyerek satın aldıklarını, faturanın bir müddet verilmediğini ve 17.2.1976 tarihinde fatura alırken davalı zamlı tarifeden söz ederek 9020 liralık bono aldığından zamlı tarifenin kaldırılarak borçlu olmadığının tesbitini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacılara 1976 model vasıta 17.2.1976 tarihli fatura ile teslim edildiğini, faturaya itiraz edilmediğini, borç için 6 gün sonra da bono verildiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve 17.2.1976 günlü faturaya davacıların itiraz etmediği anlaşılmakla subuta ermeyen davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1 - Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi istem, otomobil bedeli olarak ödenen para ile faturada gösterilen miktar arasındaki farka ve bu farktan dolayı davacılardan alınan (9.020) liralık bonolara ilişkindir.

Buna göre taraflar arasındaki uyuşmazlık sadece fiyat konusundadır. Oysa fiyat, otomobilin bir endüstri ürünü olması nedeniyle 3003 Sayılı Yasa'nın (Endüstriyel mamulatın Maliyet ve Satış Fiyatlarının Kontrolu ve Tesbiti Hakkındaki Kanun) verdiği yetkiye dayanılarak Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nca önceden tayin edilmiş bulunmaktadır. Zaten olayın özelliği de buradan gelmektedir. Zira bu durumda uyuşmazlığın, TTK'nın 1466. maddesinde yer alan bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanunun veya selahiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hatta yapılmış olmasa dahi geri alınır" şeklindeki hükmün getirdiği esaslar dairesinde halli gerekmektedir.

Anılan maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı gibi buradaki amaç, ekonomik sıkıntı içinde bulunan tarafın bunun etkisi ile en yüksek haddi aşan edada bulunmayı kabul etmesini önlemek ve böylece ekonomik hayatın ölçülü ve düzenli bir şekilde cereyanını temin etmektir. Bundan dola-

yıdır ki yasa koyucu, butlan hükmünün mutlak şekilde uygulanmasını, korunmak istenen tarafın menfaatine uygun bulmamış ve en yüksek haddin aşılması halinde mukavelenin ancak en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacağı esasını koymuştur.

Diğer taraftan, bu haddi aşan alacağın alacaklısının Borçlar Yasasının 20. maddesi hükmünden yararlanarak akdin tamamen batıl olduğunu tesbit ettirmesine engel olmak için de maddenin sonuna "Bu hallerde BK'nın 20. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz" hükmü eklenmiştir.

Bunlardan başka, BK'nın 62. maddesinin geri alma davalarını güçleştireceği gözönünde tutularak, bu yüzden meydana çıkacak sakıncaları bertaraf etmek için metne "Bu hadden fazla olan edalar, hatta yapılmış olmasa dahi geri alınır" cümlesi ilave edilmiştir.

Yapılan bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi TTK'nın 1466. maddesi tamamen koruyucu amaç taşıyan kamu düzeni ile ilgili hükümleri içermektedir.

Olayımızda, bu madde hükmünün uygulanması için aranan bütün koşullar mevcut olduğundan, taraflar arasındaki mukavelenin sadece yasal sınırlar içerisinde geçerli olacağı düşünülmeli ve bunun doğal sonucu olarak da davacıların haksız iktisap kurallarına göre istemde bulunabilecekleri veya menfi tesbit davası açabilecekleri kabul edilmelidir.

2 - Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın yasal yetkisine dayanarak bu tür otomobiller için (Murat 124) tayin ettiği azami parekende peşin satış fiyatı 8.1.1976 tarihinde (63.000) lira iken 5.2.1976 tarihinde bu fiyat (69.500) liraya çıkarılmıştır.

Davalı, faturayı düzenlediği 17.2.1976 tarihinde geçerli olan ikinci fiyat üzerinden alacağını tahakkuk ettirmiş ise de, davacılar, zamların kendilerine uygulanamayacağını ileri sürerek sonradan verdikleri bonolardan dolayı borçlu olmadıklarının tesbitini istemişlerdir. Bu durumda, mukaveleye hangi fiyatın uygulanacağını tayin, ancak akdin icra edildiği tarihin saptanmasıyla mümkün olacak demektir.

Konu, peşin bedelle otomobil satışında ibaret bulunduğuna göre, akit, otomobilin alıcıya teslim edildiği tarihte gerçek-

leşmiş olur. Mahkemece dinlenen tanıkların beyanlarına ve dosyaya ibraz edilen garanti ve servis karnesi münderecatına göre de teslim, 8.1.1976 tarihinde vuku bulmuştur. Şu halde taraflar arasındaki akid, (semen yönünden) bu tarihte azami satış fiatı olan (63.000) lira için geçerli olacaktır.

Hal böyle iken davalı sonradan düzenlediği 17.2.1976 tarihli fatura ile bu satıştan dolayı davacılar toplam (71.658) lira borçlandırmış ve aradaki fark için de kendilerinden (9.020) liralık bonolar almıştır. Satıcı olan davalının bedeli bu şekilde tesbit ederek en yüksek haddin fazlasını talep etmesinin yasya aykırı düşeceği gözönünde tutulmak ve hükme göre tesis edilmelidir.

*3 - **Alınan bir faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde münderecatının kabul edilmiş sayılacağına dair olan TTK'nın 23. maddesinin ikinci fıkrası, sadece geçerli akitler hakkında uygulanabilir. Batıl olan akitler için böyle bir şey düşünülemez. Çünkü, bizatihi hükümsüz olan bir akit, faturaya itiraz edilmemekle geçerlilik kazanamaz**.*

Olayda, taraflar arasındaki akdin kısmen yasa aykırı olduğu ve uyuşmazlığın da bu kısma ilişkin bulunduğu saptanmıştır. Yasaya aykırı akitler ise BK.nun 19 ve 20. maddeleri uyarınca batıl sayılacağından davacıların faturaya itiraz etmemeleri bu nedenle sonuca etkili olamaz. Hal böyle iken, Mahkemenin faturaya itiraz edilmediğinden davanın reddine karar vermiş olması isabetsizdir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının isteği halinde temyiz edene iadesine 23.5.1978 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.9.2003 tarih 2002/19-449 E. Ve 2003/ 491 sayılı kararı şu şekildedir :

"Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 2. Ticaret Mahkemesince davanın reddine dair verilen 15.06.2000 gün ve 1999/277-2000/610 sayılı kararın incelenmesi Davacı vekili

tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 09.05.2001 gün ve 2000/6689-2001/3538 sayılı ilamı ile; (....Davacı vekili, taraflar arasında uzun yıllardır süren bir cari hesap ilişkisi içerisinde mal alış verişi olduğunu, kesilen fatura bedellerinin ödeme süresinin otuz gün olduğunun ve gecikme durumunda % 10 vade farkı uygulanacağının faturalarda yazılı olduğunu, davalının bu faturaların hiçbirisine itiraz etmediğini, davalının ödemelerinde otuz günlük süreleri geçirmesi nedeniyle 243.281.350.-TL' lık vade farkı tahakkuk ettirildiğini, davalının vade farkına ilişkin bu faturayı kabul etmemesi üzerine takip yapıldığını, davalının itiraz ettiğini belirterek itirazın iptalini, %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirketin davacıya ana para borcu bulunmadığını, davacının ödemelerde ihtirazi kayıt ileri sürmediğini, olayda BK'nın 113. maddesinin uygulanması gerektiğini bildirerek davanın reddine, % 40 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, dava konusu vade farkı faturasının davalının ticari defterlerinde yer almadığı taraflar arasında vade farkı uygulandığına dair bir teamülünde bulunmadığı, gecikme halinde vade farkı uygulanacağına dair kayıt bulunan faturalara itiraz edilmemiş olmasının vade farkı uygulanmasını kabul anlamına gelmeyeceği gerekçeleri ile sabit olmayan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı tarafından düzenlenen ve davalının ticari defterlerine itirazsız kayıt edilen mal satışına ilişkin faturalarda vadeyi geçen ödemelerde vade farkı tahakkuk ettirileceğinin belirtilmesi karşısında fatura içeriğinden olan bu hususa davalının itiraz etmemiş olması karşısında, vadeyi geçen ödemelerde vade farkı uygulanacağının davalının bilgisinde olduğunun kabulü gerekir.

Nitekim bu konuda yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda faturalarda yer alan vade farkıyla ilgili meşruhata davalı tarafından itiraz edilmemiş olduğu gibi davalının ticari defterlerine de kayıtlı olduğu, geç ödemeler nedeniyle davacının takip tarihi itibariyle 243.281.350 TL vade farkı talep edebileceği saptanmıştır.

Öte yandan vade farkı ile ilgili istem niteliği itibariyle faiz ya da faiz benzeri niteliğinde bulunmadığından olayda Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinin uygulama alanının bulunmadığının kabulü gerekir.

Açıklanan bu yönler gözetilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddinde isabet görülmemiştir.....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargıIama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararın süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR : Dava, İİK'nin 67. maddesine dayalı itirazın iptali isteğine ilişkindir. Davacı vekili, taraflar arasında uzun yıllardır süren bir cari hesap ilişkisi içerisinde mal alış verişi olduğunu, kesilen fatura bedellerinin ödeme süresinin otuz gün olduğunun ve gecikme durumunda % 10 vade farkı uygulanacağının faturalarda yazılı olduğunu, davalının bu faturaların hiçbirisine itiraz etmediğini, davalının ödemelerinde otuz günlük süreleri geçirmesi nedeniyle 243.281.350.-TL'lık vade farkı tahakkuk ettirildiğini, davalının vade farkına ilişkin bu faturayı kabul etmemesi üzerine takip yapıldığını, davalının itiraz ettiğini belirterek itirazın iptalini, %40 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirketin davacıya ana para borcu bulunmadığını, davacının ödemelerde ihtirazi kayıt ileri sürmediğini, olayda BK'nın 113. maddesinin uygulanması gerektiğini bildirerek davanın reddine, % 40 tazminata karar verilmesini savunmuştur.

Yerel Mahkemece; "Taraflar arasında yazılı bir vade farkı sözleşmesinin bulunmadığı hususunda uyuşmazlık yoktur. Tarafların ticari defterleri incelenmiş, bilirkişi taraflar arasında geçen ilişkide davalı tarafından herhangi bir itiraz olmadığı, taraflarca herhangi bir vade farkı faturasının ödenmediği, dava konusu vade farkı faturasının davalının defterinde yer almadığı saptanmıştır. Taraflar arasınıda vade farkı uygulandığına dair herhangi bir ödemenin söz konusu olmadığı görülmüştür. 'Teamülün bulunmadı-

ğı açıktır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1999/1670-1854 nolu kararında da açıkça (yanlar arasında oluşan uygulamada fiilen vade farkının benimsenip itirazsız ödenmiş olması gerektiği, gecikme halinde aylık % 12 vade farkı alınacağına dair faturalara itiraz edilmemiş olması vade farkı konusunun karşı tarafça kabul edildiği anlamına gelmeyeceği) şeklinde verilen karar da dikkate alındığında faturalara itiraz edilmemiş olması kabul anlamına gelmeyip bir teamül de oluşturmamıştır. Bu nedenle itirazın yerinde bulunduğu anlaşılmış, davanın reddine karar vermek gerekmiştir. " gerekçesiyle davacının iddiası sabit olmadığından davanın reddine, davacının icra takibinde haksız ve kötüniyetli olduğu ispatlanamadığından davalı vekilinin icra inkar tazminatı isteminin reddine, karar vermiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine Yüksek Özel Daire; başlıkta yer alan gerekçe ile hükmün bozulmasına oybirliği ile karar vermiş, Mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını davacı vekili temyiz etmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Vade farkı alacağına ilişkin fatura içeriğini kabul etmeyen davalının daha önce ana paraya ilişkin fatura kapsamlarına ve bu kapsam içinde yer alan vade farkı uygulanacağı açıklamasına karşı çıkmamasının hukuki sonucunun ne olacağı, vade farkı konusunda taraflar arasında bir anlaşmanın ve teamülün varlığının kabulüne olanak olup olmadığı, noktasındadır.

Öncelikle belirtmekte yarar vardır ki, konuyla ilgili olarak ***Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulınca verilen 27.06.2003 gün ve 2001/1 E-2003/1 K. Sayılı kararda; "Taraflar arasında yazılı şekilde yapılmamış olmakla birlikte geçerli sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda faturalara (bedelin belli bir sürede ödenmemesi halinde vade farkı ödenir) ibaresinin yazılarak karşı tarafa tebliği ve karşı tarafça TTK.23/2. maddesi uyarınca sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde bu durum sadece fatura münderecatının kesinleşmesi sonucunu doğurup vade farkının davalı yanca kabul edildiği ve istenebileceği anlamına gelmeyeceğine" karar verilmiştir.***

Somut olayda; Taraflar arasındaki ilişkinin uzun yıllar süren cari hesap ilişkisi olduğu, bu ilişki nedeniyle mal alımlarında gönderilen faturaların altında 30 gün içinde ödeme yapılmazsa %10 vade farkı uygulanacağı açıklamasının bulunduğunda ve bu faturaların davalı defter ve kayıtlarında yer aldığında ve bu faturalara davalı yanca itiraz edilmediğinde uyuşmazlık bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık; Tahsil edilen faturalar kapsamına dayanılarak ayrı bir fatura ile talep edilen vade farkı alacağı noktasındadır. Davacı alacaklı Bornova 2. Noterliğinin 31.12.1998 tarihli 44659 yevmiye numaralı ihtarname ekinde vade farkı faturasını göndererek 30.12.1998 tarihli, 243.281.350 TL bedelli bu vade farkı faturasının ihtarname tebliğinden itibarı 10 gün içinde ödenmesini bildirmiştir. Davalı borçlu Bornova 3. Noterliği'nin 07.01.1999 tarih ve 00382 sayılı faturanın kabul edilmediğine ilişkin cevabi ihtarnameyi davacı alacaklıya göndermiştir. Bunun üzerine davacı/alacaklı İzmir 4. İcra Müdürlüğü'nün 1999/445 sayılı dosyasında vade farkı bedelini, içeren 30.12.1998 tarihli 0180975 sayılı faturaya dayanarak 13.01.1999 tarihli Orn. 48 talepname ile davalı borçlu aleyhine ilamsız takibe girişerek 243.281.350 TL asıl alacağın takip tarihinden itibaren % 96 faizi ile birlikte tahsilini istemiştir. Ödeme emri davalı borçluya 15.01.1999 tarihinde tebliğ edilmiş, borçlu davalı 22.01.1999 tarihli dilekçesi ile; alacağın aslının ödendiği aşamada borcun ferileri yönünden alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmediğini, BK.113. madde gereğince borcun sükut bulduğunu, ihtarname ekinde gönderilen faturanın alacaklıya ihtarname ile iade edildiğini, ifadeyle borç iddiası dayanaksız olduğundan ve takibe konu borçları bulunmadığından itirazlarının kabulü ile takibin durdurulmasını belirterek itiraz etmiştir.

Görüldüğü ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 27.6.2003 gün ve E.2001/1, K.2003/1 sayılı kararında kabul edildiği üzere; itirazın iptaline konu eldeki davada vade farkı faturasına dayanak olarak gösterilen faturalarda (bedelin belli bir sürede ödenmemesi halinde vade farkı ödenir) ibaresinin yazılarak karşı tarafa tebliğ edilmiş olması ve karşı tarafça TTK.23/2. maddesi uyarınca sekiz gün içinde itiraz edilmeden fatura bedellerinin

ödenmemesi sadece söz konusu fatura münderecatlarının kesinleşmesi sonucunu doğurup vade farkının davalı yanca kabul edildiği ve istenebileceği anlamına gelmemektedir. Taraflar arasında oluşmuş bir teamülün varlığı da kanıtlanmış değildir. Dolayısıyla düzenlenen vade farkı faturasına ve bu faturaya dayanılarak girişilen takibe davalının yaptığı itiraz haklı olup, mahkemece davanın reddine dair kararda direnilmesi usul ve yasaya uygundur, onanması gerekir.

SONUÇ : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA ve aşağıda dökümü yazılı (2.920.000) lira bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 24.09.2003 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava konusu olayda satıcı tarafından gönderilen ve vade farkı alınacağı kaydını içeren mal faturaları davalı alıcı tarafından herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürülmeden ticari defterlerine işlenmiştir. Tarafların sıfatına nazaran davada uygulanması gereken İİK'nun 84'üncü maddesinin ilk cümlesi kanuna uygun olarak veya olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin içeriğinin sahibi aleyhine delil sayılacağı hükmünü içerdiğinden; anılan defter kayıtlarının davalı yönünden bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 27.6.2003 tarih ve E.200l/1 ve K.2003/l sayılı İçtihadı Birleştirmenin konusu sadece gönderilen faturaları 8 gün içerisinde itiraz edilmeme ile ilgili bulunduğundan ve ticari defterlere işleme olgusu nedeniyle bu olay anılan İçtihadı Birleştirme Kararı kapsamından sayılamayacağından direnme kararının bozulması gerekir. Bu sebeple sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz."

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 03.04.1996 tarih 1995/9587 E. Ve 1996/3388 K. sayılı kararında :

Davacı vekili, 29.5.1990 tarihli protokol ile davalıdan satın alınan P.D. 88 adlı makina ve aksamının, davalı tarafından eksik teslim edildiğini, bu nedenle makine bedeli olmak üzere davalıya verilen bonolardan 191.805.000,- TL.'lık

kısmının bedelsiz kaldığı iddiası ile borçlu olmadığının tesbitini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, davacının protokolde adı geçen mallardan 6 adedini almaktan vazgeçtiğini, bu nedenle 4 parça mal için fatura kesilip malların teslim edildiğini, eksik teslimat bulunmadığını beyan ederek davanın reddinin istemiştir.

Mahkemece, 29.5.1990 tarihli protokol uyarınca teslim edilmesi gereken malların teslim edilmediği ve ayrıca değişik mal teslimi bulunduğu gerekçesiyle benimsenenen bilirkişi raporlarına göre, davacının 106.000.000,- TL. borçlu olmadığına karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı, taraf dava dilekçesinde satın alınan makine ve parçalarının eksik teslim edildiğini iddia etmiştir.

Davacı tarafın, satım konusu NTV 250 kodlu parçanın teslimine ilişkin anlaşma varken NTV 160 kodlu parçanın teslim edildiği ve bu itibarla parçaların değeri arasındaki fark kadar borçlu olmadığının tesbitini talep etmediği gözetilmeden, davalı aleyhine oluşan miktar yönünden davacının borçlu olmadığının tesbiti yönünde hüküm kurulması HUMK'un 74. maddesine aykırıdır.

*Öte yandan 29.5.1990 tarihli protokol ile makina ve 9 adet parçanın değeri 400.000.000,- TL. olarak belirlenmiş ve davalı makina ve 3 adet parçasına ilişkin 25.12.1990 tarihli faturasında 386.400.000,- TL. değer bildirmiştir**. Bu faturaya davacı tarafından süresinde itirazda bulunulmamış olmasına göre, fatura TTK'nın 23. maddesi hükmüne göre davacıyı bağlar**. Protokolde bahsi geçen 50.000.000,- TL'nın davalıya peşinen ödenmiş olduğunun kabulü ile davacının davalıya 13.600.000,- TL. borçlu olmadığına karar verilmek gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.*

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, ( ) (3.4.1996)

Önemli nokta şudur ki; alıcı ile satıcı arasında oluşan ticari ilişki sonucunda düzenlenen faturanın bu ilişkinin şartlarına uygun olup olması durumudur. Uygunluk mevcutsa

ve yasaya göre, itiraz süresi olan sekiz gün içinde itiraz edilmeyen fatura içeriği kabul edilmiş olmaktadır. Alıcı ile satıcı arasında mevcut sözlü ya da yazılı sözleşmeye aykırı olarak düzenlenen bir faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemesi, faturanın içeriğinin kabul edildiği anlamına gelmemektedir.

*Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 23.11.1992 tarih, 1992/4678 E. Ve 1992/5448 K. sayılı kararı şu şekildedir***;**

Taraflar arasındaki davanın (Bartın Sulh Hukuk Mahkemesi) önce görülerek mahkeme ilamında belirtilen gerekçelere binaen verilen 27.2.1992 tarih ve 1156-150 sayılı hükmün temyizen tetkiki davalı tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davalı davaya cevap vermediği, duruşmaya da gelmediği için usul hükümlerine göre davayı inkar etmiş sayılmaktadır.

Davacı vekili iddiası ile ilgili olarak yapılan işe ait 1.10.1991 tarihli fatura ibraz etmiş ise de, ***bunu davalıya usulüne uygun olarak tebliğ edilip edilmediği ve bu suretle münderecatının kesinleşip kesinleşmediği hususu araştırılmamıştır. Fatura davalıya tebliğ edilmiş ve sekiz gün içerisinde itirazda bulunmamışsa TTK'nın 23/2. maddesi uyarınca münderecatını kabul etmiş sayılır. Ancak bu durum sadece faturada belirtilen miktarların kesinleşmesi sonucunu doğurur, yoksa işin de yapılmış olduğunun kabulünü gerektirmez. Uyuşmazlık olması halinde işin yapıldığının kanıtlanması gerekir****. Fatura davalıya tebliğ edilmemiş ise kesinleşmesi söz konusu olamayacağından nazara alınması da mümkün değildir. Bu durumda davacının yaptığını iddia ettiği çamaşır makinası tamir ve bakımı ile ilgili varsa diğer delillerinin ibraz ettirilerek bu konuda uzman olan kimseler arasında seçilecek bir bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak BK.nun 366.*

maddesindeki esaslar dairesinde alacak miktarı bulunarak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş olup hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte yazılı sebeplerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına (BOZULMASINA), istek halinde ödediği temyiz peşin harcının temyiz eden davalıya geri verilmesine, 23.11.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Faturanın bir başka boyutu da kısaca değinmek gerekirse; bir mal ya da hizmet tesliminde bulunmuş olan tarafın düzenleyeceği faturanın, düzenleyenin yasal defterlerine kaydı ile ilgili usuller Vergi Usul Kanununda düzenlenmiştir. Düzenlenen bir faturanın, düzenleyenin defterlerine yasal hükümler çerçevesinde kayıt edilmesi zorunludur. Bu husus Vergi Usul Kanunu'nun 219 . maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir :

"Muameleler defterlere zamanında kaydedilir. Şöyleki:

a) Muamelelerin işin hacmine ve icabına uygun olarak muhasebenin intizam ve vuzuhunu bozmayacak

bir zaman zarfında kaydedilmesi şarttır. Bu gibi kayıtların on günden fazla geciktirilmesi caiz değildir.

b) Kayıtlarını devamlı olarak muhasebe fişleri, primanota ve bordro gibi yetkili amirlerin imza ve

parafını taşıyan mazbut vesikalara dayanarak yürüten müesseselerde, muamelelerin bunlara işlenmesi, deftere

işlenmesi hükmündedir. Ancak bu kayıtlar, muamelelerin esas defterlere 45 günden daha geç intikal ettirilmesine cevap vermez.

c) Günlük kasa, günlük, parakende satış ve hasılat defterleri ile serbest meslek kazanç defterine

muameleler günü gününe kaydedilir."

İŞ MAHKEMELERİ VE İŞ UYUŞMAZLIKLARI HAKEM HEYETİ KANUN TASARISI TASLAĞI HAKKINDA GÖRÜŞLER

Av. Orhan RÜZGAR[1]

1-Genel Olarak

Taslağın incelenmesinden; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yerine, İş Mahkemelerinde yeni bir yargılama usulü'nün düzenleneceği anlaşılmaktadır.

Mademki böyle özel bir düzenleme yapılmaktadır, Kanun kapsamının daha geniş tutulması gerekmektedir. Zira, böyle bir kanun'un asıl amacı, emeği ile geçinin insanları bir an önce hakkına kavuşturmak için yargılamanın kısa sürede bitirilmesidir.

Halbuki, taslağın incelenmesinden bu amacın gerçekleştirilmesi yönünde pek fazla özen gösterilmediği kanısına varılmaktadır. Bir kere, tasarının iş mahkemelerine ayrılan İkinci Bölüm'ü 2. madde ile başlayıp 8 inci madde ile son bulmaktadır. Yani toplam 7 maddeden ibarettir. Bunlardan 2. madde iş mahkemelerinin kuruluşu, 3. madde iş mahkemelerinin görevleri, 4. madde iş mahkemelerinin yetkisini düzenlemektedir. Bu üç madde içinde sadece 3. maddede yenilik getirilmiştir. Buna göre, Borçlar Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerin işveren veya işveren vekilleri ile iş ilişkisinden doğan davaları da iş mahkemelerinde görülecektir. Bunun dışındaki maddelerde yeni bir düzenleme yok gibidir.

Tasarının 5. maddesinde iş mahkemelerinde yargılama usulü düzenlenmiştir. 6. madde ile karar ve kanun yoluna başvuru düzenlenmiş, 7. madde ile temyiz edilemeyen kararlar belirtilmiş ve 8. maddede bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde HMK'nın uygulanacağı belirtilmiştir.

Burada uygulama için en önemli madde, yargılama usulünü düzenleyen 5. maddedir.

Bu bakımdan, önce yargılama usulü ile ilgili ve daha sonra da hakem heyetleri hakkındaki görüş ve düşünceler açıklanacaktır.

---

1 Bursa Barosu avukatlarından

2-Yargılama Usulü

6100 sayılı HMK'da düzenlendiği ve bu tasarının 5/1 maddesinde de tekrarlandığı gibi, iş mahkemelerinde Basit Yargılama Usulü uygulanmaktadır. Ancak, bu konuda eskiden de olduğu gibi uygulama birliği sağlanamamıştır. Örneğin; iş mahkemelerinde ön inceleme duruşması yapılmayacağı halde, HMK m.320' nin yanlış değerlendirilmesi sonucu hemen hemen tüm iş mahkemelerinde ön inceleme duruşması yapılmakta, ayrıca HMK m.318 de delillerin dava ve cevap dilekçesi ile birlikte bildirileceği öngörüldüğü halde, tensip tutanaklarında yanlış olarak, bu konudaki eksikliklerin m.140/5 gereği ön inceleme duruşmasında tamamlayabilecekleri, yazılmaktadır. Hal böyle olunca da davalar, HUMK'un dönemini aratırcasına daha fazla uzamaktadır. Örneğin, HUMK döneminde iş mahkemelerinde ilk duruşma günü 1 ay, 1.5 ay veya 2 ay sonraya verilmekteyken, bugün ise en kısa süre olarak 4 ay sonraya ilk duruşma günü verilmektedir. [2]

Madde 5/3 de; *"Mevzuata göre işveren tarafından tutulması gereken belge ve kayıtlar, işverence Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen sürede mahkemeye sunulmadığında"* işverenin delil ikame yükümünü yerine getirmemiş sayılacağı kabul edilmiştir. Esasen bu hüküm HMK m.318 de vardır. Bu maddede tarafların tüm delillerini dilekçeleri ile birlikte bildirmek zorunda oldukları emredici şekilde belirtilmiştir.

Bu bakımdan bu kanun, HMK ve diğer kanunlara fazla atıfta bulunulmadan iş davalarının **çabuk, basit ve ucuz** olarak sonuçlandırılmasını sağlayacak şekilde daha ayrıntılı düzenlenmelidir. Yukarıdaki kısa açıklamada belirttiğimiz gibi Kanunun amacına uygun olarak, bu Kanunda :

- HMK'nın 317, 318,319 ve 320 maddeleri daha ayrıntılı olarak yer almalı,
- Ön inceleme duruşması yapılmayacağı,
- Tarafların delillerini dilekçeleri ile bildirecekleri ve bir daha delil bildiremeyecekleri,

Açık bir şekilde belirtilmelidir.

Aslında bu hükümler HMK da düzenlenmiş ve emredici hükümler olmasına rağmen, uygulamada yerine getirilmemektedir.[3]

---

2 **KURU Baki, Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ,** *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, ss 769-771, **PEKCANITEZ Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES,** *Medeni Usul Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara 2013, ss 509-514, **RÜZGAR Orhan**, *Basit Yargılama Usulünde Delillerin Toplanması ve Ön İnceleme,* İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87, Sayı 2013/6, ss 128-136, **YILMAZ Ejder,** *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,* Yetkin Yayınları, Ankara 2012, ss 1362-1373.

3 **RÜZGAR Orhan**, *İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü*, Bursa 2011, ss 53-56.

Bunların dışında:

- *İlk duruşmadan sonra sadece iki duruşma yapılacağı, ancak dosyanın bilirkişiden dönmemesi ya da buna benzer nedenlerle ikiden fazla duruşma yapılabileceği, duruşma aralarının bir ayı geçemeyeceği,*
- Ayrıca HMK m.320 de düzenlenen *"Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra Hakim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder"* hükmü'nün bugüne kadar pek işe yaramadığı ve hakimlere fazladan yük getirdiği görülmektedir. Esasen, eğer Hakem Heyeti düzenlemesi yürürlüğe girerse bu hükmün daha da işlevsiz hale geleceği bellidir. Bu bakımdan, bu kanunda bu hükme yer verilmemelidir. Eğer yer verilmek isteniyorsa, bunun yerine *"Tarafların isteği halinde hakim, sulhe veya arabuluculuğa başvurmaları için makul bir süre verir"*

Hükmünün getirilmesi daha uygun olacaktır.

3-İş Uyuşmazlıkları Hakem Heyetleri

Hakem heyetlerinin iş mahkemelerinin iş yükünün azaltılması amacı ile kurulacağı anlaşılmaktadır. Ancak, aşağıda sunacağımız nedenlerden bu amaca ulaşmanın mümkün olamayacağı kanısında olduğumuzu baştan belirttikten sonra bu konudaki görüşlerimizi belirtelim.

a-Hakem Heyetlerinin kuruluşu

Hakem Heyeti, bir başkan ve iki üyeden oluşmaktadır. Başkan Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü veya görevlendireceği bir personeldir. Üyelerden biri o ildeki en çok üyeye sahip işçi sendikası ve diğeri de işveren sendikası tarafından görevlendirilecektir (M.9/3).

Bir ilde birden çok işkolunda faaliyet gösteren örneğin; Metal işkolu, Gıda işkolu, Tekstil işkolu gibi sendikalar bulunmaktadır. Bu sendikalardan hangisinin o ildeki üye sayısı fazla ise Hakem Heyetine o sendika tarafından üye gönderilecektir. İşveren sendikası için de aynı durum geçerlidir. Bu üyelerin yeterli bilgiye ve en az 5 yıllık tecrübeye sahip olmaları gerekir.

Burada belirtilen tecrübe hangi konudaki bilgi ve tecrübedir? İş hayatındaki tecrübemi veya sendikal tecrübe ya da iş hukuku konusundaki tecrübemi olduğu belli değildir. Üstelik 5 yıllık tecrübenin iş hukuku gibi her konusu ayrı bir uzmanlığı gerektiren bir uyuşmazlıkta yeterli olmayacağını söylemeye gerek yoktur.

b-Hakem Heyetlerinin çalışması

Hakem heyetine başvuran ve başvuruya cevap veren taraf, belge ve bil-

gilerini sunacaktır. Heyet tarafından tamamlanması istenen belge ve bilgi varsa taraflara iki haftalık süre verilecektir. Karşı tarafın süresinde cevap vermemesi veya tarafların eksiklikleri tamamlamaması halinde, dosyanın mevcut durumu ile karar verilir. Heyet inceleme sırasında, taraflardan yeni bilgi ve belge isteyebileceği gibi tarafları ve üçüncü kişileri de dinleyebilir (M.12/1,2,3).

Bu maddede, hakem heyetinin tarafları ve üçüncü kişileri dinleyebileceği yani tanık da dinleyebileceği belirtildiğine göre, hakem heyeti mahkeme gibi yargılama yapacaktır. Bugün, iş mahkemelerinde bile bir alacağın varlığı ve miktarının tespiti ancak bilirkişi incelemesi ile yapılabilmektedir. Bu bakımdan iş mahkemelerinde bilirkişiye gönderilmeyen dosya yok gibidir. Bunun için, hakem heyetleri tarafından verilen her karara iş mahkemesinde itiraz edilecek ve bu durum hem hak elde etmenin uzamasına ve hem de iş mahkemelerinin yükünün artmasına neden olacaktır.

c-Başvuru sınırı

Başvuru sınırı 3.000.00 TL. olarak tespit edilmiştir (M.10/1). Ekonomik gelişmelere göre, bu miktarın değiştirilebileceği şeklinde bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. Ayrıca, iş mahkemelerinden verilecek kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurudaki kesinlik sınırının bu miktarla uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

d-Başvuru zamanı

Taslak m.10/1 de, **iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda** kanundan, sözleşmeden, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ve miktar veya değeri üçbin Türk Lirasını geçmeyen (bu miktar dahil) bireysel iş uyuşmazlıklarında hakem heyetine başvurunun zorunlu olduğu öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi hakem heyetine, ancak iş sözleşmesinin sona ermesi halinde başvuru yapılabilecektir. İş sözleşmesi devam ettiği sürede başvuru yapılamayacaktır. Bu durumda, iş sözleşmesi devam ederken 3.000.00 TL. ve altındaki miktarlarda ortaya çıkacak uyuşmazlıklar için iş mahkemesine başvurulacaktır. Örneğin; iş sözleşmesi devam ederken 3.000.00 TL. ücret ve 3.000.00 TL. fazla çalışma ücreti alacağı ödenmeyen bir işçi, hakem heyetine başvuramayacak, iş mahkemesinde dava açmak zorunda kalacaktır. Çalışırken bu alacaklar için dava açmazsa bu kere zamanaşımına uğrama tehlikesi olacaktır. Bu çelişkinin giderilmesi gerekir.

e-Kısmi dava ve belirsiz alacak davası

Tasarı m.10/3 de, zorunlu başvuru sınırının altında kalan miktar ve

değerler için iş mahkemesinde dava açılması halinde, davanın esasa girmeden reddedileceği, belirtilmiştir.

Ancak, Ülkemizdeki kayıt dışı çalışmanın ve kayıt içinde de olsa kayıtların düzgün tutulmamasından dolayı işçi alacaklarının gerçek miktar ve değerinin baştan belirlenebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de, iş mahkemelerinde açılan davaların büyük çoğunluğu kısmi dava veya belirsiz alacak davası olarak açılmaktadır. Bu davaların özelliği gereği, dava açılırken miktar ve değerler düşük tutulmaktadır. Yargılama sırasında gerçek değer belli olduğunda kısmi davada ıslah yolu ile değer artırılmakta, belirsiz alacak davasında ise gerçek değer belli olduğunda tam ve kesin talep sonucu bildirilmektedir. Böyle bir alacak için nasıl ve nereye başvuru yapılacağı konusunda açıklık getirilmelidir.[4]

f-Hakem Heyeti Kararlarına İtiraz

Taslak madde 14 de, Hakem Heyeti kararlarına karşı iş mahkemelerine itiraz edilebileceği öngörülmüştür. Ancak, Ülkemizde nasıl ki hemen her dava Temyiz ediliyorsa bu kararların hemen büyük çoğunluğuna itiraz edileceğinden, iş mahkemelerinin yükü yine de azalmayacaktır. Nitekim, Tüketici Hakem Heyetleri tüketici mahkemelerinin yükünü azaltamamıştır. Ayrıca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, hakem heyeti kararına itiraz sonucu iş mahkemesi de diğer davalar gibi, dosyayı bilirkişiye göndermek zorunda kalacaktır. Bu durum hak aramayı zorlaştıracağı ve daha da masraflı hale getireceği gibi, haklı olanın hakkına kavuşması daha uzun zaman alacaktır.

4-Mahkemelerin iş yükü

Mahkemelerdeki iş yükünün artmasının asıl nedeni Hakim ve Avukatlık mesleklerinde uzmanlığın olmayışıdır. Teknolojinin çok kısa sürede değiştiği ve yeni yeni iş ve meslek alanları ve dolayısı ile çok değişik uyuşmazlıkların çıktığı günümüzde hukukun her alanını bilen hakim ve avukat yetiştirmek mümkün değildir. Hepimizin bildiği gibi, mesleğe başlayan bir hakim 3 veya 4 yıl Cumhuriyet Savcısı, daha sonra Sulh hukuk veya Ceza hakimi, daha sonra ağır ceza mahkemesi üyeliği veya aile hakimliği, iş hakimliği gibi hemen hemen tüm mahkemelerde çalıştırılmaktadır. Bu nedenle de uzmanlaşması mümkün olmamaktadır. Her hakim birkaç yıl içinde görevinin değişeceğini bildiğinden gerekli döküman ve veri de toplayamamaktadır. Bu nedenle de hemen her konuda bilirkişiye başvurulmaktadır. Öyle ki, iş mahkemelerinde bilirkişiye gitmeyen dava dosyası

4 **RÜZGAR Orhan,** *Belirsiz Alacak Davası, Kısmi Dava ve Tespit Davaları,* Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sayı 24, ss 207-216.

hemen hiç bulunmamaktadır. Konumuz iş mahkemeleri olduğundan bu konuda bir örnek vererek konu daha iyi anlatılacaktır:

Bilindiği gibi, Ülkemizde bazı küçük yerleşim birimlerinde de sanayi bölgeleri bulunmaktadır. Böyle yerlerde genelde birden fazla Asliye Hukuk Mahkemesi olduğundan bunlardan biri iş davalarına bakmaktadır. Yani böyle bir mahkemede 3-4 yıl çalışan bir hakim az çok bu konularda bilgi sahibi olmaktadır. İşte böyle bir yerde ağırlıklı olarak iş davalarına bakan bir hakim tayin edileceği zaman, sanayinin daha az olduğu bağımsız iş mahkemesinin bulunduğu bir il' de görevlendirilmeli, buradaki çalışma süresi dolduğunda iş davalarının daha yoğun olduğu örneğin İstanbul, Ankara, Bursa, İzmit gibi yerlere tayin edilmelidir. Bu suretle konusunda uzmanlaşacak ve diğer koşullarda uygun olduğunda gerektiğinde Yargıtay üyeliğine tayin edilecektir. Bu şekilde çalıştırılan bir hakimin uzmanlaşacağı ve önüne gelen uyuşmazlıkları çok daha kısa sürede sonuçlandıracağını söylemeye gerek yoktur.

HMK ile davaların daha kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmışsa da, maalesef yukarıda belirtilen nedenlerden bu amaca ulaşılamamış ve bu sistemle ulaşılması da çok zordur. Nitekim HUMK döneminde de **KURU**:

...Kanımca, davaların uzun sürmesinin başlıca sorumlusu HUMK değildir. HUMK dışında birçok sebepten dolayı da yurdumuzda hukuk davaları uzun sürmektedir. Bu nedenler üzerinde durulup bunların sebep olduğu engeller giderildiği, özellikle mahkemeler teşkilatımızın tamamlanarak, mahkemeler yeteri kadar ehliyetli ve bilgili hakim ve personel ile donatıldığı takdirde, HUMK'un bugünkü hali ile de davaların çabuk görülmesine elverişli olduğu kanısındayım, dedikten sonra HUMK'un alındığı Neuchatel Kanton mahkemelerinde sözlü usule tabi *davaların büyük çoğunluğunun üç celsede ve davanın en çok iki ay sürdüğünü,* belirtmiştir.[5]

Yine aynı konuda DERYAL:

Hukuk Fakültelerinde ders proğramları gün geçtikçe geliştirilir ve yenilenirken; modern hayatın değişim hızına paralel olarak hukuk branşları çeşitlenir ve derinleşirken, her geçen gün hızla artış gösteren yeni uzmanlık alanlarında, binlerce araştırma ve uzmanlık tezi üretilirken; davayı çözmekle görevli hakimin, bütün bu "hukuki sorunlara" ve konulara (hakimlik mesleğinin gereği olarak) vakıf olmasını beklemek ne kadar gerçekçi olacaktır?

5 **KURU Baki,** *Hukuk Muhakemeleri Usulü,* İstanbul 2001, 1. Cilt s 47, 3. Cilt s 3186.

Ticaret mahkemesi hakimliğinden iş mahkemesine, icra hakimliğinden ağır ceza mahkemesi üyeliğine, cumhuriyet savcılığından sulh hukuk hakimliğine atamaların yapılabildiği ve hakimlerin uzmanlaşmasına izin verilmediği bir sistemde, her türlü hukuki uyuşmazlığı, her yönüyle çözebilecek bir "hakim profili" aramak boş bir çabadan ibarettir.[6]

Diyerek konunun önemini bir kere daha belirtmiştir.

Avukatlık stajı da günün koşullarına ve bugünün teknolojik gelişmelerine uygun değildir. Staja başlayanlar altı ay mahkemelerde ve hemen hiç gitmeden ve altı ay da avukat yanında boş yere zaman harcamaktadırlar. Avukatlık stajına başlarken sınav yapılmalı ve günümüz gelişmelerine uygun bir staj süresi sonunda yine sınav yapılarak, başarılı olanlara Avukatlık Ruhsatı verilmelidir. Nitekim, daha önce de dile getirdiğimiz bu konu[7] yeni **"Avukatlık Kanunu Taslağında"** düzenlenmiştir. Taslağın 13 üncü maddesinde avukatlık stajına yazılı sınavla kabul edileceği ve madde 14 de stajın sonunda avukatlığa kabul için de yazılı sınav yapılacağı öngörülmüştür. M. 16/4 de, staj süresinin 2 yıl olacağı belirtilmiştir. Bu taslak yasalaştığı takdirde, avukatlık mesleği için çok olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Bu hususlara kısaca değinmemizin nedeni, mahkemelerdeki artan iş yükünün asıl nedeninin Usul Kurallarının tam olarak uygulanmaması ve Hakim ve Avukatlardaki uzmanlık eksikliğidir.

5-Sonuç

a-İş Mahkemeleri Kanunu

Gerçekten iş mahkemelerinde yargılama usulünü düzenleyen ayrı bir yasa'ya ihtiyaç vardır. Zaten böyle bir ihtiyacın varlığı, henüz ülkemizde sanayileşmenin olmadığı ve dolayısı ile işçi sayısının yok denilecek kadar az olduğu, sendikalaşmanın çok bilinmediği bugünden 64 yıl önce hissedilmiş ve 04.02.1950 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5521 s.lı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bugün ise, sanayileşme ve dolayısı ile işçi ve sendika sayısı artmış, teknoloji ilerlemiş ve hızla ilerlemektedir. Bunun için, iş mahkemeleri gibi önemli bir konuda düzenlenecek bir kanun 3-5 madde ile geçiştirilmemelidir. Bu konuda HMK ve başka kanunlara hemen hiç atıf yapılamayacak düzeyde çok kapsamlı bir kanun yürürlüğe konulmalıdır.

---

6 **DERYAL Yahya,** *Türk Hukukunda Bilirkişilik,* Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s 103.

7 **RÜZGAR,** a.g.e., s. 37.

b-İş Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti

Biraz önce kısaca açıkladığımız nedenlerden, İş Uyuşmazlıkları Hakem Heyetleri'nin hiçbir yararı olmayacağını söylemek kehanet sayılmamalıdır. Uyuşmazlıkların çözümünün çok daha kolay olduğu tüketici hakem heyetleri bile kendi alanındaki sorunlara çözüm getirememiş ve tüketici mahkemelerinin yükünü azaltamamıştır.

Daha önce değindiğimiz gibi, daha karmaşık olan iş uyuşmazlıklarının İş Uyuşmazlıkları Hakem Heyetleri ile çözüme kavuşturulmasını ve iş mahkemelerinin yükünü azaltmasını beklemek hayalden öteye geçmeyecektir.

c-Süreler

Kanunlarımızda düzenlenen sürelere uyulmadığı ya da uyulamadığı bilinen bir gerçektir. Bu durum, adalete güveni sarsmaktadır. Bunun için, bu Kanunda yer alacak süreler, gerçekten uyulmasını sağlayacak uzunlukta olmalı ya da uyulması sağlanmalıdır.

KISA ÇALIŞMA VE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

Av. Mustafa Oğuz TUNA

GİRİŞ

Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda, bunların etkili olduğu ilgili sektörlerde çalışan işçilerde geleceğe yönelik iş güvenliği açısından kaygılar oluşacaktır. Bu kaygıların bir ölçüde giderilmesi için, böyle olağan dışı faktörlerin işçilerin çalışma hayatları üzerinde oluşturacağı olumsuz etkilerin en aza indirgenmesi hedeflenmelidir. Bu sebeple devletin böyle risk faktörlerine karşı göğüs geren iş hukuku politikaları izlemesi gerekmektedir. Bu gibi amaçlarla ülkemizde çalışma süreleri üzerine yapılan hukuki düzenlemelerden birisi de kısa çalışma kurumudur. İş Kanunu m.65'in gerekçesine göre ise genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle çalışma hayatında sıkça görülen işçilerin ücretsiz izine çıkarılması durumunda, işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amacıyla, "kısa çalışma" ve "kısa çalışma ödeneği" kavramları getirilerek bunlarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

1475 Sayılı Kanun'da bulunmayan kısa çalışma kavramı 22.05.2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nda m.65 olarak yer almıştır. Buradaki düzenleme daha sonra 5763 Sayılı Kanun'la birlikte 2008'de yürürlükten kaldırılmış ve biraz değişiklikle Ek madde 2 İle 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamına alınmıştır. Şu anda yürürlükteki tek kanuni düzenleme olan bu ek madde bir kez 6111 sayılı Torba Kanun ile 13.02.2011 de değişikliğe uğramıştır. 2004 yılında buna paralel olarak Kısa çalışmanın ve kısa çalışma ödeneğinin ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen yönetmelik ve bu yönetmeliğin uygulanmasında karşılaşılan tereddütlerin ortadan kaldırılarak, ilgililerin gereksiz başvuru ve işlemlerde bulunmalarını önlemek amacıyla bir tebliğ yayınlanmıştır. Daha sonra aynı isim ile 2009 yılında yenilenmiş bir yönetmelik çıkarılmıştır ve bu yönetmelik iki yıl yürürlükte kalmış, son olarak ta aynı isimle 2011 yılında şu anda da yürürlükte olan kısa çalışma yönetmeliği çıkartılmıştır.

Sonuç olarak 4447 s. K. Ek m.2 ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan 30.04.2011 tarihli "Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik" bu alandaki yasal düzenlemelerdir. Bunlarla birlikte eski yönetmelikle beraber çıkarılan tebliğ de uygun düştüğü ölçüde dikkate alınacaktır.

I. KISA ÇALIŞMA

A. Genel Olarak

Kavramsal olarak kısa çalışma, işyerindeki haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde düşürülmesine bağlıdır. Bu nedenle işyerinde uygulanmakta olan haftalık normal çalışma süresine göre çalışmadan farklı bir çalışmayı ifade eder[1]. Kısa çalışma kavramı, 4447 s. K. ek madde 2'de ve 30.04.2011' de çıkarılan Kısa Çalışma Yönetmeliği'nde (KÇY) tanımlanmıştır. Ek m.2/f.1'e göre kısa çalışma, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere yapılabilir. Görüldüğü üzere burada kısa çalışma yapmanın koşulları verilmiştir. Buna göre genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebepler kısa çalışmanın koşullarıdır. Bunlara ek olarak, geçici olmak koşuluyla, faaliyetin kısmen/tamamen durması veya çalışma sürelerinin önemli ölçüde azalması gerekir. Yani kısa çalışma bu iki şekilde mümkün olabilir.

KÇY m.1' e göre, bu yönetmeliğin çıkarılış amacı, 4447 s. Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin, kısa çalışma koşullarının gerçekleşmesi hallerinde işçilere kısa çalışma ödeneği ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Buradan hareketle KÇY m.3/ç' ye bakacak olursak, buna göre ise kısa çalışma, en fazla üç ay süreyle; işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması anlamına gelir. Burada ise daha teknik bir tanım verilmiş ve kısa çalışmanın uygulanma kapsamı belirlenmiştir.

İşverence çalışma süresinin azaltılması yoluyla kısa çalışma yapılması ile kısmi süreli çalışmanın ortak yanı, her iki çalışma biçiminde de işçinin işyerinde normal çalışma süresinden daha kısa bir süre çalışmasıdır. Ancak kısmi süreli çalışmada iş süresinin kısaltılması başlangıçta taraflar arasında serbestçe kararlaştırılırken, kısa çalışmada iş süresi sonradan ortaya çıkan nedenlerle belirli ölçüde zorunlu olarak kısaltılmaktadır[2]. Kısa çalışmanın kısmi süreli çalışmadan bir farkı da kısmi süreli çalışmada tarafların iş sözleşmesinin yapılması sırasında sürekli kısaltılmış bir çalışma konusunda anlaşmış olmalarına karşılık, kısa çalışmada, çalışma sürelerinde geçici olarak bir indirim söz konusu olmasıdır[3].

---

1 **Mollamahmutoğlu, Hamdi**, İş Hukuku, 2.Bası, Ankara, 2005, s.712.

2 **Süzek, Sarper**, İş Hukuku, İstanbul, 2006, s.620.

3 **Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim,** Bireysel İş Hukuku, 2.Bası, 2005, s.226.

İşyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması yoluyla kısa çalışmaya gidilmesi işçilerin ücretsiz izne çıkarılmasından farklıdır. Çünkü ücretsiz izne çıkarılma ancak işçilerin bunu kabul etmeleriyle mümkün olmasına karşın, kısa çalışma belirli koşulların varlığı halinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının(ÇSGB) onayı ile gerçekleşir. Bunun gibi ücretsiz izinlerde işçilere herhangi bir ödeme yapılmadığı halde kısa çalışmalarda işçiler belirli koşullarla kısa çalışma ödeneğinden yararlanırlar[4].

B. Koşulları

1. Genel Ekonomik Kriz

Kanun ve yönetmelikte kısa çalışmaya hangi hallerde başvurulabileceği belirlenmiş ve bunlar ekonomik kriz ve zorlayıcı sebep olarak sınırlandırılmıştır. Genel ekonomik kriz, yasada ve yönetmelikte kısa çalışmanın bir koşulu olarak gösterilmiştir. Bu genel ekonomik krizin nasıl, hangi hallerde oluşacağı hakkında ise ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. KÇY m.3/c' ye göre genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlardır.

Genel ekonomik kriz mücbir sebep yoğunluğunda sebepleri içerir. Bu sebepler ciddi boyutlarda olup inkar edilemez özelliklidir. Örneğin dünya genelinde petrol ücretlerinin aşırı oranda yükselmesi, büyük oranda devalüasyon, savaş hali sayılabilir[5]. Bazı durumlarda yaşanan siyasi krizler de ülkelerin ekonomik açıdan sarsılmalarına sebep olabilirler. Buna örnek olarak **Libya'da 2011 yılında yaşanan halk ayaklanmasından dolayı ülkemize dönmek zorunda kalan ve bu sebeple başvurusu kabul edilen firmaların kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaları gösterilebilir[6].**

İş Kanunu'nun mülga 65.maddesinin gerekçesine göre zorlayıcı bir sebep dışında, işveren ancak ülke çapındaki bir ekonomik kriz nedeniyle, işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltırsa, bu kısa çalışma olarak nitelendirilecektir. Yine gerekçeye göre ekonomik ya da yönetsel veya organizasyona dayalı olarak o işyerinin kendisinden kaynaklanan bir krize girmesi yahut pazara bağlı olarak sektörel bir kriz, o işyerinde kısa çalışma yapılmasını haklı gösterecek nedenlerden değildir. Buradaki sektörel krizin dar düşünülmemesi, bir sektörü

4 **Süzek,** s.620.

5 **Kılıçoğlu, Mustafa**, İş Kanunu Yorumu, 2005, s.486.

6 **Cin, Hakkı Soner**, Kısa Çalışma Düzenlemeleri ve Uygulamaları, T.C.ÇSGB İş Teftiş Kurulu Başkanlığı İş Müfettişi Yardımcılığı Etüdü, İstanbul 2013, s.36.

vurmakla beraber ülke ekonomisinin bütününü ve dolayısıyla da işyerini ciddi anlamda etkileyen bir krizin genel ekonomik kriz olarak değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde sektörel bazda patlak veren bir kriz, genel ekonomik krize yol açmadıkça kanunun kısa çalışma hükümleri kapsamında değerlendirilemeyecektir[7].

Ek m.2' de talep usulü getirilerek genel ekonomik krizin ne olduğunun ilgili kuruluşların görüşleri alınarak ÇSGB tarafından belirlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca, kısa çalışma nedenleri ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için İş Mahkemeleri Kanununun m.1'e uygun olarak İş Mahkemeleri görevli olacaktır. Bu durumda İş Mahkemeleri, kendisine başvurulduğu takdirde, önüne gelen olaydaki genel ekonomik krizin, kısa çalışma ödeneğine hak kazanma bakımından uygunluğunun değerlendirilmesi ve taşıması gereken şartlarının belirlenmesinde söz sahibi olacaktır.

2. Zorlayıcı Sebep

Zorlayıcı sebepler, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenlerdir (KÇY m.3/h). Zorlayıcı sebepler burada mücbir sebeple beklenmeyen halin bir sentezi olarak verilmiştir. Bir taraftan deprem, yangın, su baskınından söz edilirken, diğer taraftan salgın hastalığa yer verilmiştir. Burada zorlayıcı sebepler, özellikle "ve benzeri nedenler" ifadesiyle sınırlı tutulmamıştır[8].

Örneğin birçoğu kuş gribi sebebine dayalı olarak, 2005 yılında 21, 2006 yılında 217 kişiye kısa çalışma ödeneği verilmiştir[9]. Yine ülkemizde 2011 yılının Ekim ve Kasım aylarında meydana gelen Van depremi sebebi ile kısa çalışma ödeneği talebi kabul edilen firmalar, bundan faydalanmışlardır. Yurtdışında yaşanan başka bir örnek olarak 2011 yılında Japonya'da yaşanan sel felaketinden dolayı işyerinin ciddi anlamda etkilendiği firmaların kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaları gösterilebilir[10].

---

7 **Mollamahmutoğlu,** s.713, **Akyiğit, Ercan**, Kısa Çalışma, TÜHİS, C.19 S.1-2, Ağustos-Kasım2004, s.6.

8 **Kılıçoğlu,** s.486.

9 **Çelik, Nuri,** İş Hukuku dersleri, 23.Bası, İstanbul, 2010, s.343.

10 **Cin**, s.35.

3. Talep

4447 s. İşsizlik Sigortası Kanununa göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir (4447 s. K. Ek m.2/f.2). Görüldüğü üzere eğer işveren, yukarıdaki gerekçelerden birine dayanarak kısa çalışma talebinde bulunacaksa, bu talebi İŞKUR'a bildirmek zorundadır. Eğer taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi varsa, ilgili sendikaya da bu talebini bildirecektir.

Kısa çalışma talebi için yapılacak olan bu bildirim yazılı olarak yapılmalıdır (KÇY m.4/f.1). Buradaki yazılılık şartı, bildirimin uygunluğunun tespit edilip edilmemesi açısından incelemeye alınması için bir geçerlilik şartıdır. Bildirimde bulunması gerekli unsurlar yazılı olarak İŞKUR' a verilmek zorundadır. KÇY m.4/f.2'ye göre yapılacak olan bildirimde şu unsurların belirtilmesi zorunludur:

- Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerin işyerine etkileri ile zorlayıcı sebebin ne olduğu,
- İşyerinin unvanını, adresini, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikayı ve sosyal güvenlik işyeri sicil numarası,
- Ve son olarak, varsa iddiasını kanıtlayıcı somut belgeler.

Bu bildirim, İŞKUR tarafından incelenirken, kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgiler, işveren tarafından İŞKUR'un belirlediği formatta[11] hazırlanarak, manyetik ve yazılı ortamda İŞKUR'a teslim edilir (KÇY m.4/f.3).

İşverenin kısa çalışma talebi iki aşamada incelenir. Öncelikle işverenin kısa çalışma talebi, İŞKUR tarafından sebep ve şekil yönünden değerlendirilir (KÇY m.5/f.1). Bu ön değerlendirmede başvurunun öncelikli koşulları sağlayıp sağlamadığı, yazılılık şartı, İŞKUR tarafından verilen formata uygun olarak aktarılması gerekli bilgilerin olup olmadığı konuları şekli açıdan incelenir.

Talep kendisine bildirilmiş olan işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının genel ekonomik krizin varlığını iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, bu durum İŞKUR Yönetim Kurulunca karara bağlanır (KÇY m.5/f.2).

---

11 İŞKUR tarafından belirlenen maktu forma ulaşmak için: http://statik.iskur.gov.tr/tr/kisacalisma/kisacalismabildirimlistesi.xls

Ayrıca, bu formun nasıl doldurulacağı ile ilgili sunum için tıklayınız: http://statik.iskur.gov.tr/tr/kisacalisma/Kısa Çalışma Bildirim Listesinin Doldurulmasında Dikkat Edilecek Hususlar.pps

13.01.2009 tarihli bir önceki yönetmelikte kısa çalışma başvurularının uygunluk tespiti prosedüründe, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın başvuruyu ilk olarak inceleyip konuya açıklık getirmesi hüküm altına alınmıştı. Bakan tarafından yapılacak irade açıklaması kısa çalışma talebinin kabul edilip edilmemesinde de önemli bir rol oynuyordu. Çünkü kısa çalışma koşullarının oluşup oluşmadığı hususunda buna fon ve kaynak sağlayacak olan bakanlığın bir ön değerlendirmesi niteliğindeydi. Kanımızca pratik faydası olan bu kuralın kaldırılmaması gerekiyordu. Çünkü bu ön değerlendirme, bireysel olarak yapılan taleplerin hepsinin kabulü olmayıp, sadece bu uygulamanın düşünülmesi için yeşil ışık yakılması ve ihtiyaçlara zamanında cevap vermek bakımından önem arz ediyordu. Ancak şu anda, yürürlükte olan Kısa Çalışma Yönetmeliğinden bu hüküm kaldırıldığı için başvuruların değerlendirilmesi tek elden İŞKUR tarafından yapılmaktadır.

Burada, daha genel ekonomik krizin olup olmadığı konusuna açıklık getirilmeden genel ekonomik kriz gerekçesi ile yapılan başvurular ile zorlayıcı sebeplerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvurular için uygunluk tespiti yapılmaz. Bu tür başvurular İŞKUR tarafından reddedilir (KÇY m.5/f.3).

Değerlendirmenin şekil açısından uygun bulunmasının ardından, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle yapılan başvuruların uygunluk tespiti, İŞKUR yetkililerince ivedilikle yapılır. Yapılan incelemenin sonucu, İŞKUR tarafından işverene bildirilir. İşveren durumu, işyerinde işçilerin görebileceği bir yerde ilan eder ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına bildirir. İlan yoluyla işçilere duyuru yapılamadığı durumlarda, kısa çalışmaya tabi işçilere yazılı bildirim yapılır (KÇY m.5/f.4). Kanunda ya da yönetmelikte belirtilmemekle birlikte, bakanlık tarafından yapılan uygunluk tespitinin olumsuz yönde olması halinde yargı başvuru yolu açıktır[12].

C. Süresi

Kısa çalışma halleri olan ve KÇY m.3/ç' de belirtilen, işyerindeki faaliyetin kısmen/tamamen durması veya çalışma sürelerinin önemli derecede azaltılması halleri belirli sürelerle sınırlanmıştır. Söz konusu hükme göre kısa çalışma iki şekilde mümkün olabilir.

Bunlardan birinci hal, geçici olarak çalışma sürelerinin işyerinin ta-

12 **Çelik,** s.343. **Sümer, Haluk Hadi,** İş Hukuku Uygulamaları, 3.Baskı, 2009, s.320, **Mollamahmutoğlu,** s.714.

mamında veya bir bölümünde önemli derecede azaltılmasıdır. Bunun için yönetmelikte belirlenen ek koşul, bu önemli derecede azalmanın en az üçte bir oranında gerçekleşmesidir. İkinci halde ise süreklilik koşulu aranmaksızın işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durması aranmıştır. Bunun içinde asgari bir süre öngörülmüştür. Buna göre en az 4 hafta süreyle işyerindeki faaliyetin durması gerekmektedir. Ayrıca, her iki durum içinde geçerli olmak üzere bir üst tavan belirlenmiştir. Buna göre çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılması veya işyerindeki faaliyetin kısmen/tamamen durması en fazla 3 ay süreyle mümkündür.

Sonuç olarak özetlersek, işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durması hali, en az 4 hafta, en fazla 3 ay sürmelidir. Çalışma sürelerinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması hali ise, asgari bir rakam belirtilmemekle birlikte yine en fazla 3 ay sürmelidir.

İşçilerin kısa çalışma uygulamasındayken geçirdiği süreler, işçilerin yıllık ücretli izin haklarına halel getirmez. Çünkü 4857 s. İş kanunu m.55/j' ye göre kısa çalışma süreleri, işçilerin yıllık ücretli izin haklarının hesabında çalışılmış gibi sayılır. Bu bağlamda işçilerin kısa çalışma süreleri, kıdem tazminatı hesaplarında da geçerli birer kalem olarak yerini alacaktır.

İşveren tarafından kısa çalışmanın erken sona erdirilmesi durumu KÇY m.11'de düzenlenmiştir. Buna göre işveren, ilan ettiği süreden önce, normal faaliyetine başlamaya karar vermesi halinde durumu; kurum birimine[13], varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere 6 işgünü önce yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bildirimde belirtilen tarih itibariyle kısa çalışma sona erer. İşverenin kısa çalışmayı erken sona erdirmemsi halinde kısa çalışma uygulaması, işverenin ilan ettiği veya en geç zorlayıcı nedenin ortadan kalktığı ya da herhalde 3 ayın bitimi tarihinde sona erer[14]. Bundan başka işveren, kısa çalışmanın devamı sırasında ya da sonunda işyerini kapatabilir[15]. Zamanında yapılmayan bildirimlere ilişkin oluşan yersiz ödemeler hakkında KÇY m.7/f.10 hükmü ne göre işlem yapılır. Buna göre işverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden, işçinin kusurundan kaynaklanan fazla ödemeler ise yasal faizi ile birlikte işçiden tahsil edilir.

---

13 KÇY m.3/e' deki tanıma göre kurum birimi, İŞKUR' un il ve ilçelerde kurulu birimleri demektir.

14 **Süzek,** s.624.

15 **Çelik,** s.344.

II. KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

A. Genel Olarak

KÇY m.6'da belirtilen koşulların sağlanması halinde işçiye yapılacak ödemeye kısa çalışma ödeneği denir (KÇY m.3/d). Kısa çalışma talebi ilgili kuruma bildirildikten ve bu talep uygun bulunduktan sonra, kendilerine kısa çalışma yapabilecekleri ve bunun koşulları bildirilen işçiler, işsizlik sigortasından "kısa çalışma ödeneği" almaya hak kazanacaklardır.

B. Yararlanma Koşulları

Kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulları KÇY m.6'da sıralanmıştır. Buna göre işçilerin kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için şu şartların yerine getirilmesi gerekir:

a. İşverenin kısa çalışma talebinin İŞKUR tarafından uygun bulunması,

b. İşçinin kısa çalışmanın başladığı tarihte, 4447 Sayılı Kanun'un 50. maddesine göre çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olması,

c. Kısa çalışma ödeneği talebinde bulunması.

4447 s. K. m.50' ye göre işsizlik sigortası ödeneğinden ve dolayısı ile kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak için, kısa çalışma sebebinin gerçekleştiği tarihten önce, son 120 gün ve son 3 yıl içinde, en az 600 günlük primin işsizlik sigortasına ödenmiş olması gerekir[16].

C. Ödenmesi

Kısa çalışma halinde işsizlik sigortası fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir (4447 s. K. Ek m.2/f.3). İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç olmak üzere, işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir (KÇY m.6/b). Bu koşullara sahip olmayan işçinin kısa çalışma süresi içerisinde ücret talep edemeyeceği düşünülebilir. Madde metninin maksadından bu süre için işçinin ücret talebinde bulunamayacağını, ücretsiz mecburi izin kullanmakta olduğunu söyleyebiliriz[17].

KÇY m.6'daki şartlara haiz olan işçiler, İŞKUR'a kısa çalışma ödeneği talebinde bulunurlar. Kurum birimi, işçilerin başvurusunu, izleyen ayın sonuna kadar sonuçlandırır. Kısa çalışma ödeneği, işçinin kendisine, aylık olarak her ayın sonunda ödenir (KÇY m.7/f.8).

16 **Benokan Ömer/ Özcan Turgut,** İs Kanunu ve Vergi Uygulaması, 2007, s.458, **Mollamahmutoğlu,** s.713.

17 **Mollamahmutoğlu,** s.716.

Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneğinin miktarı kadardır. Şayet işyerinde faaliyet tamamen durdurulmayarak, haftalık çalışma süreleri önemli ölçüde azaltılmak suretiyle bir kısa çalışma uygulanıyorsa, kısa çalışma ödeneğinin miktarı çalışma sürelerindeki indirim miktarıyla orantılı olarak hesaplanmalıdır[18]. Kısa çalışma ödeneği 4447 s. K. m.50'deki esaslara göre ödenir (KÇY m.7/f.1). Günlük kısa çalışma ödeneği; sigortalının son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 s. K. 39. maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez. Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür (4447 s. K. Ek m.2/f.4). Kısa çalışma ödeneğinin işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir (4447 s. K. Ek m.2/f.6).

Kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılan kişiler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.60/e uyarınca genel sağlık sigortası kapsamındadırlar ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılırlar. Aynı kanunun m.61/d bendine göre, bu durum İŞKUR tarafından, aynı işsizlik ödeneğinde olduğu gibi kısa çalışma ödeneğinin bağlandığı tarihten itibaren bir ay içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilir. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 5510 s. K.'da belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. Bununla birlikte KÇY m.7/f.6'da öngörülen hükme göre işçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süre için, 5510 s. K. gereği ödenecek sigorta primi, işsizlik sigortası fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na aktarılır.

Kısa çalışma ödeneği, nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir veya temlik edilemez (KÇY m.7/f.9).

İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir (4447 s. K. Ek m.2/f.10).

Kısa çalışma ödeneğinin süresi üç ayı aşmamak kaydıyla kısa çalışma süresi kadardır. (KÇY m.7/f.2). Kısa çalışma ödeneği, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde çalışılmayan süreler için aylık olarak hesaplanır (KÇY m.7/f.3). Zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılması halinde ödemeler, 4857 s. K. m.24/III' de ve m.40'da öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar (4447 s. K. Ek m.2/f.5). Ay-

18 **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan,** s.228.

rıca işçinin, kısa çalışma ödeneğinden yararlanması, kısa çalışma süresi içinde İş kanunu m.24/III' e göre haklı nedenle fesih hakkını kullanmasına mani değildir[19].

Bu sürelerin konuş amacı kısa çalışma uygulaması boyunca verilecek olan kısa çalışma ödeneği miktarına bir ölçüde bir sınır getirmektir. Bu sebeple kısa çalışma ödeneğinin süresi ancak Bakanlar Kurulu kararıyla altı aya kadar uzatılabilir (4447 s. K. Ek m.2/f.6). Örneğin aynı kanunun geçici 8. Maddesi ile bu süre 2008, 2009, 2010 yıllarında yapılacak başvurularda 6 aya kadar uzatılmıştır[20].

Kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesi, yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silâhaltına alınması, herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması hallerinde veya geçici iş göremezlik ödeneğinin başlaması durumunda geçici iş göremezlik ödeneğine konu olan sağlık raporunun başladığı tarih itibariyle kısa çalışma ödeneği kesilir (KÇY m.9).

Kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi, işsizlik sigortasından yararlanmak için 4447 s. K m.50'de öngörülen koşullar gerçekleşmeksizin işsiz kalırsa, kısa çalışma ödeneği aldığı süre düşüldükten sonra, daha önce hak ettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar işsizlik ödeneğinden yararlanmaya devam eder (KÇY m.7/f.6).

---

19 Yazara göre fesih hakkı, ne zaman sona ereceği önceden kestirilemeyen bir askı süresi karşısında işçiden iş sözleşmesini devam ettirmesini beklemenin iyi niyet kurallarına uygun düşmeyeceği düşüncesine dayanır, hatta böyle bir durumda ona özgürlüğünü tanıma zorunluluğuna dayanır. Bu bakımdan kısa çalışma ödeneğinden yararlanıp yararlanmaması önem taşımamalıdır. İşçi, ne zaman sona ereceği bilinmeyen bir askı süresinde en fazla 3 ay verilecek bir ödenekten yararlanma hakkı yerine fesih hakkını kullanmayı yeğleyebilir. Örnek olarak bulduğu başka bir işte hemen işe başlayabilmek için iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş olabilir. **Mollamahmutoğlu,** s.716, aynı yönde **Akyiğit,** s.20.

20 4447 s. K. Geçici madde 8'in metni şöyledir: *"2008, 2009 ve 2010 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, ek m.2'deki kısa çalışma için öngörülen azami 3 aylık süre, 6 ay olarak uygulanır. Ek m.2/f.3'de öngörülen kısa çalışma ödeneği miktarı % 50 oranında artırılarak ödenir ve kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülmez. Bu maddenin yayımı tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında süre, işverenin talebi halinde aynı şartlarla ve bu maddede öngörülen süreyi aşmamak kaydıyla uzatılır. Bu maddede öngörülen ödenek miktarı aynı kalmak kaydıyla, kısa çalışma süresini altı ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Ancak, bu dönemde kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür."* Yine bu maddede yer alan kısa çalışma süresinin altı ay uzatılması ile ilgili olarak, 1.3.2010 tarihli ve 2010/180 sayılı Bakanlar Kurulu kararı eki karara bakınız. Aynı yönde örnek olarak, 22.6.2009 tarihli ve 15129 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

KISA ÇALIŞMA TALEP FORMU

1	İşyeri Unvanı
2	İşyeri Adresi
3	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü İşyeri Numarası
4	Sosyal Güvenlik Kurumu İşyeri Sicil Numarası
5	Kısa Çalışmanın Başlatılacağı Tarih
6	Kısa Çalışmanın Sona Ereceği Tarih
7	Başvurunun Gerekçesi (Genel Ekonomik Kriz veya Zorlayıcı Neden)
8	Başvuru Zorlayıcı Neden Gerekçesiyle Yapılmış İse Zorlayıcı Nedenin Ne Olduğu
9	İşyerinde Çalışan Toplam Kişi Sayısı
110	Kısa Çalışma Uygulanacak Kişi Sayısı
11	İşyerinde Daha Önce Kısa Çalışma Uygulandı mı? Uygulandıysa Sebebi ve Süresi
12	Kısa Çalışmanın Hangi Yöntemle Uygulanacağı (Haftalık Çalışma Süresinin Azaltılması veya Faaliyetin Kısmen/Tamamen Durdurulması)
13	İşyerinde İrtibat Kurulacak Yetkilinin Adı Soyadı Unvanı
14	İrtibat Kurulacak Yetkilinin Elektronik Posta Adresi
15	İşyerinin Telefon ve Faks Numaraları

13 Ocak 2009 tarih ve 27109 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde;

1. İşyerimde uygulanacak kısa çalışmaya ilişkin (varsa) kanıtları belirteceğim.
2. Bakanlık iş müfettişi tarafından yapılacak inceleme esnasında; kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgileri http://statik.iskur.gov.tr/tr/kisacalisma/kisacalismabildirimlistesi.xls adreste yer alan formatta hazırlayarak, manyetik ortamda Türkiye İş Kurumu ..... İl/Şube Müdürlüğüne, yazılı olarak da Bakanlık iş müfettişine teslim edeceğim.

3. Varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya, kısa çalışma başvurusu ve sonucu hakkında bilgi vereceğim. Kısa çalışma talebi uygun görüldüğünde işyerinde yazılı olarak ilan edeceğim.
4. Kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesi, yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silah altına alınması veya herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması veya geçici iş göremezlik ödeneğinin başlaması halinde bu durumu Kuruma bildireceğim.
5. Normal faaliyete başlamaya karar vermem halinde durumu; Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere altı işgünü önce yazılı olarak bildireceğim
6. Yukarıdaki bilgilerin doğruluğunu kabul ve taahhüt ederim.

İşveren Adı Soyadı :

Kaşe ve İmza :

Tarih :...../..../.....

Kısa Çalışmada İşverenin Yapacağı Bildirimde Bulunması Gereken Hususlar Nelerdir?[21]

- İşyerindeki genel ekonomik krizin veya zorlayıcı sebeplerin ne olduğu.
- İşyerinde çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılmaya başlatıldığı veya faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulduğu süre.
- İşyerinde çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılması veya faaliyetin durdurulma kararının işyerinin bütününe ya da belli bölümlerine uygulanacağı.
- Bu uygulama nedeniyle çalışma süreleri geçici olarak azaltılacak işçilerin adı ve soyadı, sosyal güvenlik sicil numaraları ile haftalık ortalama çalışma sürelerini ve her bir işçi için ne kadar süreyle kısa çalışma yaptırılacağı.
- Faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulması kararı nedeniyle çalıştırılmayacak işçilerin adı ve soyadı, sosyal güvenlik sicil numaraları ile her bir işçinin ne kadar süre çalıştırılamayacağı.

21 **Sınav, Tahsin/Temir, Arif/Kala, Murat**, Sorulu, Cevaplı ve İçtihatlı İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Haziran, 2009, s.47.

- İşyerinin, unvan, adres, bakanlık bölge müdürlüğü ile sosyal güvenlik işyeri sicil numarasını bildirmek.
- İşveren, bildiriminde ileri sürdüğü çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılması veya kısmen ya da tamamen işin durdurulmasına ait kanıtları başvurusuna eklemek zorundadır.

Bakanlık İş Müfettişi Kısa Çalışma Ödeneği Verilip Verilmeyeceğine İlişkin Genel Olarak Hangi Kayıt Ve Belgeleri İnceler?[22]

- Son 1 yıl içerisinde üretimde meydana gelen artış ve azalışlar (Tablo veya rakamsal).
- Üretilen malların satış miktarı ve cirosu.
- Stokların durumu.
- Alınan ve iptal edilen siparişler.
- Yapılan ve yapılamayan tahsilatların durumu.
- İşyerinin borçları ve borçlarını ödeme kapasitesi.
- Üretime katılan işçi sayısı ve işçi sayısında meydana gelen değişiklikler.
- Kısa çalışma döneminde hangi işçinin hangi günlerde aylık kaç saat çalışacağına ilişkin puantaj kaydı.
- Bölge müdürlüğü açılış bildirgesi, dosya no.
- İşyerinde uygulanmakta olan çalışma süreleri.
- Üretim maliyetlerindeki artış ve azalışlar.
- Son 1 yıl içerisindeki gelir gider durumunun karşılaştırılması.
- Maliyetler içerisindeki işçilik payları (aylar itibariyle).
- İşyerinin kuruluş tarihi, varsa adres ve unvan değişikliklerine ilişkin bilgiler.
- İşveren vekilinin nüfus cüzdanının fotokopisi ve imza sirküleri, denetim verecek kişi vekalet ile yetkilendirilmiş ise vekaletname fotokopisi.
- Vergi dairesi ve vergi numarası.
- Son 3 yıla ilişkin yukarıda istenen listelerin karşılaştırılması.

22 **Sınav, Tahsin/Temir, Arif/Kala, Murat**, Sorulu, Cevaplı ve İçtihatlı İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Haziran, 2009, s.48.

- Yukarıda yer alan belgeler dikkate alınarak işveren tarafından 1 ya da 2 sayfalık Word belgesine firmanın son durum raporunun yazılması (firmanın faaliyet konusu, kriz öncesi genel mali ve çalışma durumu değerlendirmesi, kriz sonrası firmada meydana gelen olumsuzluklar vs.)
- Bunların dışında tercihen sunulmuş olan ek belgeler.

KISA ÇALIŞMA UYGULAMASINA ÖRNEK BAKANLAR KURULU KARARLARI VE TEBLİĞ:

ÖRNEK – 1:

1/3/2010 tarihli ve 180 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

(11 Mart 2010 tarihli ve 27518 sayılı R.Gazetede Yayınlanmıştır)

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici 8. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, kısa çalışma süresinin altı ay uzatılması hakkındaki ekli Kararın yürürlüğe konulması; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 17/2/2010 tarihli ve 55146 sayılı yazısı üzerine, adı geçen Kanun'un anılan maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 1/3/2010 tarihinde kararlaştırılmıştır.

1/3/2010 TARİHLİ VE 2010/180 SAYILI KARARNAMENİN EKİ

KARAR

MADDE 1 – (1) 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici 8 inci maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, 2010 yılında kısa çalışma yapmak üzere ilk defa başvuran işyerleri ile 22/6/2009 tarihli ve 2009/15129 sayılı Bakanlar Kurulu Kararından altı ay süreyle yararlanmayan işyerleri için;

a) 31/12/2010 tarihine kadar uzatma başvurusunda bulunulması,

b) Kısa çalışma uygulaması devam eden ve aynı kişileri kapsayan uzatma talepleri hariç diğer talepler için yeni bir uygunluk tespiti yapılması,

koşulu ile kısa çalışma süresinin altı ay daha uzatılması kararlaştırılmıştır.

MADDE 2 – (1) Bu Karar 1/1/2010 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – (1) Bu Karar hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

ÖRNEK – 2:

22/6/2009 tarihli ve 15129 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

(2 Temmuz 2009 tarihli ve 27276 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanmıştır.)

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici 8. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, kısa çalışma süresinin altı ay uzatılması hakkındaki ekli Kararın yürürlüğe konulması; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 17/6/2009 tarihli ve 30781 sayılı yazısı üzerine, adı geçen Kanunun anılan maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 22/6/2009 tarihinde kararlaştırılmıştır.

22/6/2009 TARİHLİ VE 2009/15129 SAYILI KARARNAMENİN EKİ

KARAR

MADDE 1 – (1) 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici 8 inci maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde; 31/12/2009 tarihine kadar uzatma başvurusunda bulunulması, bir önceki kısa çalışma uygulamasının sona ermesi, kısa çalışma uygulaması devam eden ve aynı kişileri kapsayan uzatma talepleri hariç diğer talepler için yeni bir uygunluk tespiti yapılması koşulu ile kısa çalışma süresinin altı ay daha uzatılması kararlaştırılmıştır.

MADDE 2 – (1) Bu Karar yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – (1) Bu Karar hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

ÖRNEK – 3:

15/6/2009 tarihli ve 15112 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

(4 Temmuz 2009 tarihli ve 27278 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır)

Sigortalı işsizler ile Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı diğer işsizlere yönelik iş bulma, danışmanlık hizmetleri, mesleki eğitim, işgücü uyum ve toplum yararına çalışma hizmetleri ile işgücü piyasası araştırma ve planlama çalışmaları kapsamında yapılacak giderlerin yıllık miktarının 2009 ve 2010 yılları için işsizlik sigortası primi olarak bir önceki yıl içinde İşsizlik Sigortası Fonuna aktarılan Devlet payının yüzde ellisine çıkarılması; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 11/6/2009 tarihli ve 30152 sayılı yazısı üzerine, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 48. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 15/6/2009 tarihinde kararlaştırılmıştır.

ÖRNEK – 4:

ESKİ (2004) TARİHLİ YÖNETMELİĞE DAYANILARAK ÇIKARTILAN KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ TEBLİĞİ

Resmi Gazete: 26 Ağustos 2004

Sayı:25565

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. Maddesine Göre Uygulanacak Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 1)

1- Bu Tebliğin amacı; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesine dayanılarak çıkarılan ve 31.03.2004 tarih ve 25419 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik"in uygulanmasında karşılaşılan tereddütlerin ortadan kaldırılarak, ilgililerin gereksiz başvuru ve işlemlerde bulunmalarını önlemektir.

2- İşverenin yaptığı bildirim, öncelikle Türkiye İş Kurumu tarafından sebep ve şekil yönünden değerlendirilir.

3- Yönetmeliğin 6. maddesi uyarınca, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının genel ekonomik krizin varlığını kabul eden açıklaması bulunmadan, genel ekonomik kriz gerekçesi ile yapılan başvurulara, Türkiye İş Kurumu tarafından, kısa çalışma talebinin uygun bulunmadığı bildirilir.

4- Yönetmeliğin 3. maddesindeki zorlayıcı sebep tanımına girmeyen kısa çalışma, faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulma hallerinde işverenin bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu tür bildirimler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. madde kapsamı dışında kabul edilir.

Zorlayıcı sebeplerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi işyeri ekonomik kriz sebeplerine dayalı olarak yapılan başvurular için uygunluk tespiti yapılmayacaktır. Bu tür başvurular da Türkiye İş Kurumunca yanıtlanır.

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünce zorlayıcı sebepler içinde değerlendirilen başvurular, uygunluk tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığına intikal ettirilir.

Tebliğ olunur.

KAYNAKÇA

- **Akyiğit, Ercan**, Kısa Çalışma, TÜHİS, C.19 S.1-2, Ağustos-Kasım2004.
- **Benokan Ömer/ Özcan Turgut**, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, Ankara, 2007.
- **Çelik, Nuri**, İş Hukuku dersleri, Beta Yayınevi, 23.Bası, İstanbul, 2010.
- **Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, 2.Bası, 2005.
- **Kılıçoğlu, Mustafa**, İş Kanunu Yorumu, Ayhan Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- **Mollamahmutoğlu, Hamdi**, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 2.Baskı, Ankara, 2005.
- **Sınav, Tahsin/Temir, Arif/Kala, Murat**, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009.
- **Sümer, Haluk Hadi**, İş Hukuku Uygulamaları, Mimoza Yayıncılık, 3.Baskı, 2009.
- **Süzek, Sarper**, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

ŞİRKETLERİN ÖDENMEYEN VERGİ BORÇLARINDAN ŞAHSİ MALVARLIKLARI İLE SINIRSIZ OLARAK SORUMLU OLAN "KANUNİ TEMSİLCİLER" HAKKINDA AÇILAN TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ KAPSAM VE KOŞULLARI

Av. Talih UYAR[1]

a) Vergi Dairesince - Anonim Şirketin ödenmemiş 'vergi borcu'ndan dolayı- Anonim Şirketin 'kanuni temsilcisi' durumundaki 'anonim şirketi temsil yetkisine sahip yönetim kurulu üyeleri hakkında, borçlu Anonim Şirket tarafından vergi borcunun ödenmemesi halinde -6183 Sayılı Kanun'un 54 vd. maddelerine göre- 'ödeme emri' gönderilip icra takibi yapılmadan, bu kişilerin kişisel malvarlıkları üzerine haciz konulabilir ve bu kişiler hakkında takip konusu yapılmamış vergi borcundan dolayı, bu kişilerin üçüncü kişilere yaptıkları satışın iptali için -6183 Sayılı Kanun'un 24. vd. maddelerine göre 'tasarrufun iptali davası' açılabilir mi?

b) 6183 Sayılı Kanun hükümlerine (m. 24 vd.) göre açılan 'tasarrufun iptali davası' sonunda 'davanın kabulüne' (dava konusu tasarrufun iptaline) karar vermeyi düşünen mahkeme, davacı kamu idaresinin hangi tarihteki (yani; 'tasarruf tarihindeki mi, 'dava tarihindeki' mi yoksa 'karar tarihindeki mi) 'alacağı ve -faiz, gecikme zammı gibi- eklentileri ile sınırlı olarak' tasarrufun iptaline karar verebilir?

Anonim şirketlerde "ödenmeyen kamu borçlarından dolayı" kim ya da kimlerin sorumlu olduğu öncelikle *'Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu'* kenar başlığı altında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesinin 1. fıkrasında;[2]

---

1 İzmir Barosu Avukatlarından.

2 Ayrıntılı bilgi için bknz: **YARALI, L.** Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu, 2010, s:164 vd., 180 vd. – **DEYNEKLİ, A.** Sosyal Güvenlik Kurumunun Alacaklarının Tahsilinde 6183 Sayılı Kanunun Uygulanması (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C:1, 2010, s:755 vd.) – **CANDAN, T.** Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2007, s:163 vd., 187 vd. – **KOÇAK, M.** Vergi-İcra Hukuku, 2011, s:50 vd. – ÇOŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2011, s:312 vd. – **TOMBALOĞLU, M. L.** Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil

"Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların vakıflar cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir"

şeklinde düzenlenmiştir.

Ayrıca; *"anonim şirketlerin ödenmeyen vergi borçlarından dolayı, kanuni temsilcilerin sorumluluğu"* 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin 1 ve 2. fıkrasında;[3]

"Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların vakıflar cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır..."

şeklinde düzenlenmiştir.

Bu konuda özel düzenlemenin yapıldığı diğer bir Kanun da 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 88. maddesinin 20. fıkrasıdır.[4] Burada da *"İşveren tarafından sigorta primleri ve diğer alacakların haklı bir sebep olmaksızın süresi içinde ödenmemesi halinde tüzel kişiliği haiz işverenler ile birlikte kanuni temsilcilerin Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olukları"*

"Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz

Usulü, 2011, s:64 vd. – **YILMAZ, K.** Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, 2006, s:448 vd. – **YILDIZ, Ş.** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu (Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 1999, s:777 vd.) – **KARAKOÇ, Y.** Genel Vergi Hukuku, 6. Bası, 2012, s:641 vd.

3 Ayrıntılı bilgi için bknz: **BARLASS, İ.** Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, 2006, s:40 vd., 89 vd. - **YARALI, L.** age., s:62 vd., 160 vd., 172 vd., 197 vd. – **CANDAN, T.** age., s:172 vd. – **KOÇAK, M.** age., s:49 vd. - **YILDIZ, Ş.** age., s:775

4 Ayrıntılı bilgi için bknz: **YARALI, L.** age., s:65 vd. - **MUTLU, Z. A.** Anonim Şirketlerde SSK. Prim Borçlarının Ödenmemesinden Doğan Sorumluluk, 2007, s:78 vd. - **DEYNEKLİ, A**. agm., s:754

diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile *kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müşterek ve müteselsilen sorumludur"*

şeklinde düzenlenmiştir.[5]

Yine bilindiği gibi; anonim şirketler 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanun'un 329. (6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunun 269.) maddesine göre; kural olarak şirket borçlarından dolayı bizzat kendileri bütün malvarlığı ile sorumludur. Pay sahipleri ise sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile şirkete karşı sorumludur. Bu sorumluluk dışında, pay sahiplerinin, şirketin özel hukuk ve kamu borçlarından dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. *Yönetim kurulu üyelerinin durumu ise pay sahiplerinden* farklıdır. Anonim şirketlerde *"kanuni temsilci"* sıfatına sahip olan *yönetim kurulu üyeleri,* pay sahipleri gibi şirketin özel hukuk borçlarından sorumlu olmamakla birlikte, belli şartların varlığı halinde, vergi, sigorta primi gibi *kamu borçları* nedeniyle sorumlulukları mevcuttur.

Kamu alacağının esas sorumlusu anonim şirket tüzel kişisi olduğun-

5 Şirket tarafından ödenmeyen *"kamu borçları"*ndan dolayı, şirket dışında başka bir kişinin de sorumluluğuna ilişkin benzer bir düzenlemeyi *-Limited şirketten tahsil edilemeyen kamu borçlarından dolayı Limited* şirket ortaklarının sorumluluğu"nu- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesinde görüyoruz.

Bu husus, anılan Kanunun 35. maddesinde *"Limited şirket ortakları şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar"* şeklinde düzenlenmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bknz: **YARALI, L.** age., s:235 vd. – **CANDAN, T.** age., s:169 vd. – ÇOŞKUN, M. age., s:296 vd. – **YILMAZ, K.** age, s:433 vd.- **KARAKOÇ, Y.** age., s:640)

Bu madde uyarınca *"şirketten tahsil imkanı bulunmayan"* amme alacağını -sermaye hisseleri oranında- şirket ortağından talep edilmesi için ö n c e şirket ortağı hakkında icra takibi yapılıp kendisine ödeme emri gönderilmesi gerekir. (**YILMAZ, K.** Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa "Açıklama, Yorum, Yargı Kararları", 2006, s:423, 426)

Yüksek mahkeme de *"Limited şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacaklarından dolayı 6183 sayılı Kanunun 35. maddesi gereğince 'sermaye hisseleri oranında sorumlu olan Limited şirket ortakları hakkında* önceden icra takibi yapılıp bu paranın kendilerinden ödeme emri gönderilerek talep edilmesi (ve ondan sonra ortak hakkında aciz vs. işlemlerine girişilmesi) gerekeceğini" çeşitli içtihatlarında açık seçik vurgulamıştır. Bknz: 17. HD. 19.09.2011 T. 1153/7801 - 17. HD. 10.07.2008 T. 1067/3916; 03.06.2008 T. 986/2995; 07.02.2008 T. 4314/457

Görüldüğü gibi, 6183 Sayılı Kanun'un 35. maddesi çerçevesinde Limited şirketten tahsil imkanı bulunmayan kamu borçlarından dolayı, 'sermayeleri hissesinde' sorumlu olan şirket ortaklarından ödenmeyen kamu borcunun talep edilebilmesi için, kamu idaresi tarafından icra takibi yapılıp, kendisine ödeme emri gönderilmesi gerekir. Bu yapılmadan, ortağın şahsi mallarına haciz konulamaz (ve ortak tarafından mal kaçırma kastı ile yapıldığı iddia edilen tasarrufların iptali için 'tasarrufun iptali davası' açılamaz…)

dan, bu alacak şirket adına tahakkuk eder. 6183 Sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde anonim şirket hakkında takip başlatılır, az önce belirtilen 6183 Sayılı Kanun'un *mükerrer 35. maddesine göre kanuni temsilcilere* (yönetim kuruluna) müracaat edilebilmesi için; yapılan takip sonucunda kamu alacağını, anonim şirketin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerekir. Kamu alacağı, borcun asıl yükümlüsü olan *anonim şirketten* istenmedikçe, *yönetim kurulu üyelerine* başvurulamaz. Bu durumda, yönetim kurulunun kamu borçlarından sorumluluğu *fer'i* nitelikte olup *ikinci derece* sorumludur.[6]

6183 Sayılı Kanun'un 3. maddesine göre *"tahsil edilemeyen kamu alacağı"* terimi 'kamu borçlusunun anılan kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda, haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen malvarlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin kamu alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen kamu alacağını' ifade etmektedir.

"Tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağı" terimi ile de 'kamu borçlusunun haczedilen mal varlığına adı geçen kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin kamu alacağını karşılamayacağının veya hakkında iflas kararı verilen kamu borçlusundan anılan kamu alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip işlemlerinin herhangi bir aşamasında kamu borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan kamu alacağı' anlatılmak istenmiştir.

Anonim şirketlerde; esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşan bir *yönetim kurulu* bulunur. Bu şirketler, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Yönetim kurulu şirketin yürütme ve temsil organıdır. Dolayısıyla, anonim şirketlerin *kanuni temsilcisi* yönetim kuruludur. Ancak yönetim kurulu üyeleri *kanuni temsilcilik* sıfatını, üyelikle değil, temsil yetkisi ile kazanırlar. Nitekim TTK'nın 370/II maddesinde *"yönetim kurulunun, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebileceği, ancak bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine sahip olması gerektiği"* ifade edilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde 6183 sayılı kanunun mükerrer 35. maddesi uygulamasında *kanuni temsilci,* temsil yetkisi verilmiş kişi ya da kişiler olacaktır. Yönetim kurulu üyelerine şirketi temsile yönelik herhangi bir yetki verilmemesi halinde

6 **YARALI, L.** age., s:181 – ÖNCEL, M. Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk (Prof. Dr. Fadıl H. Sur Anısına Armağan), 1983, s:50 – ÇAMOĞLU, E. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2007, s:261 – GERÇEK, A. Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi (A. Ü. Hukuk Fak. D. 2005, S:3, s:170)

söz konusu üyeler şirketin ödenmeyen kamu borçlarından sorumlu tutulamayacaktır. Tekrar belirtmek gerekir ki; *temsil yetkisi* üçüncü kişilere devredilmiş olsa da yönetim kurulu üyelerinden en az birisinin yönetim kurulu bir üyeden oluşuyorsa bu kişinin, şirketi temsil yetkisine sahip olması zorunludur. Bu arada, yönetim kurulu üyesinin *gerçek* veya *tüzel kişi* olması, sorumluluğu etkilemeyecektir. Tüzel kişi olması halinde sorumluluk, tüzel kişi adına hareket eden temsilciye değil, tüzel kişinin kendisine ait olacaktır.

Bu çerçevede, kamu alacağının anonim şirketin mal varlığından *kısmen veya tamamen tahsil edilememesi* ya da *tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması* halinde, şirketin kanuni temsilcisi konumundaki yönetim kurulu üyelerinin şahsi mal varlığından takip ve tahsil cihetine gidilmeden önce;

a- *Temsil yetkisinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan murahhas bir veya birkaç üyeye veya şirkette pay sahibi olmayan müdürlere bırakılmış olup olmadığı tesbit edilmelidir:*

√ Şirketi temsil yetkisinin murahhas üyeye/üyelere ve/veya müdür olarak üçüncü kişilere bırakıldığının anlaşılması durumunda; kamu alacağı sadece bunlardan takip ve tahsil edilecektir. Yönetim kurulu üyesi olmasına karşın, temsil yetkisi bulunmayan diğer üyelerin ise kamu borcundan dolayı herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır.

√ Eğer temsil yetkisi kimseye devredilmemiş ise; yönetim kurulu üyelerinin tamamı kamu borcundan müteselsilen sorumlu olacaktır.[7]

b- Kimliği belirlenen anonim şirket temsilcileri hakkında -'anonim şirketten kısmen veya tamamen tahsil edilemeyen' veya 'tahsil edilemeyeceği anlaşılan' vergi sigorta primi gibi kamu alacakları için- kamu idaresince (Vergi Dairesi, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından) icra takibi yapılıp kendilerine ödeme emri gönderilmesi gerekir.

Bu husus gerek **doktrinde** ve gerekse **Yargıtay/Danıştay içtihatlarında** çok açık biçimde ifade edilmiştir.

Gerçekten **doktrinde** bu konuyla ilgili olarak;

√ *"Vergi Usul Kanunun 10. maddesi hükmünce kanuni temsilcileri* ödevlerini yapmamaları sebebiyle doğan *ve anonim ile limited ortaklıklardan tahsil edilemeyen vergi alacakları tahakkuklarını takiben bir idari işlem olan* ödeme emri ile kanuni temsilcilerden istenir*....*

7 **YAVUZ, M.** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu (Yaklaşım Der. Aralık/2013, s:266 vd.)

Bu aşamada 6183 sayılı kanunun 58. maddesi hükmünce kanuni temsilcinin ödeme emrine karşı dava açma hakkı vardır. Bahsi geçen bu dava, 6183 sayılı kanunun 58. maddesi gereği, ödeme emrinin tebliğini takip eden günden itibaren 7 gün içinde ..... Vergi Mahkemesinde açılacaktır…

Kanuni temsilci açacağı bu davada;

- *'Kanuni temsilci olunmadığını',*
- *'Ödeme emri ile talep edilen borcun hukuken hiç ortaya çıkmadığını',*
- *'Borcun ödendiğini',*
- *'Borcun mahsup edilmiş olduğunu',*
- *'Borcun idare tarafından terkin edildiğini',*
- *'Borcun vadesinin gelmemiş olduğunu',*
- *'Borcun zamanaşımına uğradığını',*
- *'Borcun tecil edildiğini',*
- *'Borcun bir amme borcu olmadığını',*
- *'Kanuni temsilcinin ödevini yaptığını',*
- *'Talep edilen amme alacağının, vergi veya vergiye bağlı bir alacak olmadığını',*
- *'Asıl borçlu olan anonim veya limited ortaklığa yönelik takip işlemlerinin sonuçlandırılmadığını' vb."*

itiraz olarak ileri sürebilir…[8]

√ *"Kanuni temsilciye 6183 Sayılı Kanun'un 37. madde hükmüne göre ödeme süresini belirleyen bir tebligat yapılmalıdır. Belirlenen süre içince borç rızaen ödenebilir veya dava yoluna başvurulabilir. Dava açıldığı takdirde borçluluk durumu yargı kararı sonucuna göre belirlenir"*[9]

√ *"Sosyal Güvenlik Kurumu 5510 sayılı kanunun 88. maddesi uyarınca, sigorta primleri ve diğer alacakları yönünden aynı anda hem işveren hem de* üst düzey yöneticisi veya *yetkili ile kanuni temsilci*

8 **BARLASS, İ.** Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcinin Vergisel Sorumluluğu, 2006, s:151 vd. **(EK-4)**

9 Bknz: ÇOŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2011, s:318

hakkında takip yapabilir. Üst düzey yöneticiler veya yetkililer ile *kanuni temsilciler, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde 6183 sayılı kanunun 58. maddesi uyarınca iş mahkemesinde dava açabilir. Dava açmak için öngörülen 7 günlük süre, hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir.* Üst düzey yönetici veya yetkili ile *kanuni temsilciler bu davada 'borcu olmadığını, kısmen ödendiğini, zamanaşımına uğradığını, hükümde sayılan kişilerden olmadığını, primlerin ödenmemesinin haklı bir nedene dayandığını' ileri sürebilirler. Haklı nedenin varlığını isbat yükü, üst düzey yönetici veya yetkili ve kanuni temsilcidedir…"*[10]

√ "…..Eğer tasarrufun iptali davası, **6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35** ve **213 sayılı Vergi *Usul Kanunu'nun 10. maddesi*** *uyarınca 'kanuni temsilci'* sıfatıyla tüzel kişinin (örneğin; anonim ve limited şirketin ödenmeyen kamu borcundan sorumlu olan kişiler aleyhine açılmak isteniyorsa, bu borcun ödenmesinden sorumlu olan kanuni temsilci (ler) hakkında kamu idaresi tarafından –asıl borçlu tüzel kişi hakkında yapılmış olan- icra takibinin bu kanuni temsilciye de -6183 sayılı Kanun'un 58.maddesi uyarınca- yöneltilerek yani bu kanuni temsilciye de ödeme emri gönderilip onun hakkında bu takibin kesinleşmesi sağlanmış olmalıdır.[11] [12]

Kanuni temsilciye herhangi bir ödeme emri tebliğ edilip hakkında sorumlu olduğu kamu borcundan dolayı icra takibi yapılmadan ve bu takip kesinleşmeden alacaklı kamu idaresinin alacağını tahsil etmesini önlemek amacıyla "mallarını kaçırdığı" iddiasıyla tasarrufun iptali davası açılamaz"

denilmiştir.

Yüksek mahkeme de bu konuyla ilgili olarak;

√ "Şirket mal varlığından, şirketin vergi borcunun tahsil edilememesi halinde Vergi Usul Kanunun 10. *maddesi gereğince şirket yönetim kuru-*

10 **DEYNEKLİ, A.** Sosyal Güvenlik Kurumunun Alacaklarının Tahsilinde, 6183 Sayılı Kanunun Uygulanması (Prof. Dr Fırat Öztan' Armağan, C:1, 2010, s:754 vd.) – **GÜNEREN, A.** Üst Düzey Yönetici veya Yetkililerinin İşverenin Prim Borcundan Müteselsil Sorumluluğu ve Primlerin Ödenmemesinin Yaptırımı (Sicil Dergisi, Haziran/2007, s:157) – **ARICI, K.** Tüzel Kişi İşverenin Üst Düzey Yönetici veya Yetkililerinin Prim Ödemeden Doğan İşveren İle Birlikte Müşterek ve Müteselsilen Sorumluluğu (Sicil Dergisi, Mart/2006, s:118)

11 **BARLASS,İ.** Anonim ve Limited Ortaklarda Kanuni Temsilcinin Vergisel Sorumluluğu, s:151 vd.- **COŞKUN,M.** Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2011, s:318- **DEYNEKLİ, A.** Sosyal Güvenlik Kurumunun Alacaklarının Tahsilinde 6183 Sayılı Kanunun Uygulanması (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C:1, 2010, s:754 vd.)

12 Bknz: 17. HD. 28.03.2011 T. 7587/2753; 17.01.2011 T. 11524/56; 15.HD. 29.05.2002 T. 1468/2870; 15.HD. 8.12.1999 T. 4474/4562; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 24.12.1999 T. 389/607; Danıştay 3.Dairesi 26.05.1999 T. 2761/2128 **(www.e-uyar.com)**

lu üyesinden bu borcun istenebilmesi için öncelikle kendisine hakkında icra takibi yapılıp kendisine ödeme emri gönderilmesi gerekeceğini"[13]

√ *"Sermaye şirketlerinin ödenmeyen kamu borçlarından dolayı kanuni temsilcilerinin Vergi Usul Kanunun 10. maddesi ve limited şirket ortaklarının ise 6183 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca sorumlu oldukları, bu kişilere, anılan maddeler uyarınca başvurulabilmesi için haklarında önce takip yapılıp bu takibin, kesinleşmesinden sonra takip konusu kamu borcunun ödenmemesi halinde bu kişilerin yaptıkları tasarrufların iptali için -iptal koşullarının olup oluşmadığı araştırılarak- tasarrufun iptali davası açılabileceğini"*[14]

√ *"Anonim şirketlerin ödenmemiş vergi borçlarından; anonim şirketin kanuni temsilcileri'nin (şirket esas sözleşmesi ile temsile yetkilendirilmiş veya kaynağını esas sözleşmeden alan yetki ile idare meclisi ya da genel kurulca temsil selahiyeti verilmiş kişi veya kişilerin, eğer şirket esas sözleşmesinde bu şekilde görevlendirmeye ilişkin herhangi bir kayıt bulunmuyorsa, tüm yönetim kurulu üyelerinin müştereken ve müteselsilen) sorumlu olacağını; ancak bunun için kendileri hakkında ödenmeyen vergi borcundan dolayı icra takibi yapılıp ödeme emri gönderilmiş olması gerekeceğini"*[15]

√ *"Limited şirket ortaklarının* 'ödenmemiş olan şirketin kamu borçlarından dolayı' *-sermaye payları oranında- 6183 Sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca, limited şirket temsilcilerinin de, Vergi Usul Kanunun 10/II ve 6183 Sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca sorumlu olduklarını"*[16]

√ *"5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'un 88. maddesinin 20. fıkrası uyarınca işveren tarafından ödenmeyen sigorta primleri ve diğer alacaklardan dolayı sorumlu olan işverenin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri hakkında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından mutlaka icra takibi yapılması ve bu takipte borcun ödenmemesi halinde üst düzeydeki yönetici/yetkili/ kanuni temsilcilerin mallarına haciz konulabileceğini"*[17]

√ "Şirket müdürü olarak VUK'un 10. maddesi gereği şirket borçların-

---

13 Bknz: Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 24.12.1999 T. E:389, K:607 **(www.e-uyar.com)**

14 Bknz: 15. HD. 8.12.1999 T. E:4474, K:4562 **(www.e-uyar.com)**

15 Bknz: Danıştay 3. Dairesi, 26.5.1999 T. E:1998/2761, K:2128 **(www.e-uyar.com)**

16 Bknz: 17. HD. 28.03.2011 T. E: 2010/7587, K:2011/2753; 17.01.2011 T. E: 2010/11524, K:2011/56; 15. HD. 29.5.2002 T. E:1468, K:2870; 8.12.1999 T. E:4474, K:4562 **(www.e-uyar.com)**

17 Bknz: 23. HD. 27.05.2013 T. 2581 /3534 **(www.e-uyar.com)**

dan sorumlu olan şirket müdürü hakkında usulüne uygun olarak ödeme emri tebliğ edilip icra takibi yapılmadan şirket müdürünün m*allarına haciz uygulanamayacağını"*[18]

√ *"Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca yöneticinin mal varlığına haciz konulabilmesi için yönetici aleyhine 6183 sayılı Kanunun 54 vd maddelerine göre icra takibi başlatılmış olması gerekeceğini"*[19]

√ *"6183 sayılı Kanun'un 35 ve mükerrer 35 inci maddesi ile VUK'nun 10 uncu maddesi uyarınca, kamu alacaklarının şirket ortak ve yöneticilerinin şahsi malvarlığından karşılanması için 'şirketin aciz halinde olduğunun anlaşılması' ve 'ortak ya da yönetici aleyhinde usulüne uygun biçimde icra takibine girişilmiş olması' gerekeceğini"*[20]

√ *"Limited şirket ortak ve yöneticilerinin kamu borçlarından sorumluluğun 6183 sayılı Kanunun 35 ve mükerrer 35. maddeleri ile VUK.'un 10. maddesinde düzenlenmiş olduğu bu maddeler uyarınca şirket ortak ve yöneticileri hakkında 6183 Sayılı Kanun'un 54 vd. maddeleri uyarınca takip yapılması ve bu takipte borcun ödenmemesi üzerine ortak veya yöneticilerin malvarlığına haciz uygulanması gerekeceğini"*[21]

√ "Şirket yöneticisin*in vergi borçlarından dolayı VUK'un 10. maddesi uyarınca sorumlu tutulabilmesi için yönetici aleyhine 6183 sayılı Kanunun 54 vd. maddeleri uyarınca icra takibi başlatılmış olması gerekeceğini"*[22]

√ "Şirketin üst düzey yöneticileri ve kanuni temsilcileri, Sosyal Güvenlik Kurumu›nun ödenmeyen prim alacaklarından dolayı şirketle birlikte müteselsilen sorumlu iseler de, bu kişilerin mal varlığına başvurulması için haklarında 6183 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak icra takibi yapılmış olması ger*ekeceğini"*[23]

√ *"Prim alacağı dışındaki SGK Başkanlığı alacakları bakımından 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi uygulanacağı, bu hükme göre alacağın ortak ya da yöneticiden tahsili için öncelikle şirkete başvurulmuş ve alacağın tahsil edilememiş olması ve ortak ya da yönetici hakkında usulüne uygun biçimde takip yapılmış olması gerekeceğini"*[24]

18 Bknz: 23. HD. 25.06.2012 T. 1780 /4316 (www.e-uyar.com)
19 Bknz: 23. HD. 05.04.2012 T. 919 /2653 (www.e-uyar.com)
20 Bknz: 23. HD. 08.12.2011 T. 1022 /2425 (www.e-uyar.com)
21 Bknz: 23. HD. 17.11.2011 T. 633 /1819 (www.e-uyar.com)
22 Bknz: 19. HD. 02.12.2010 T. 7537 /13728; 23.01.2003 T. 5865/508 (www.e-uyar.com)
23 Bknz: 19. HD. 28.04.2010 T. 3051 /5175 (www.e-uyar.com)
24 Bknz: 19. HD. 03.06.2009 T. 4660 /5222 (www.e-uyar.com)

belirtmiştir.

Alacaklılardan mal kaçırma kastıyla yapıldığı" ileri sürülerek *"taşınmaz satışının iptaline"* karar verilmesi için;

a) İİK'nin 277-284 hükümleri uyarınca açılan *"tasarrufun iptali davası"* sonucunda, davanın kabulüne karar verilmesi halinde, mahkemece *"satış işleminin davacı-alacaklı bakımından iptaline* -ve *'dava konusu taşınmazın davalı-üçüncü kişi adına yapılmış olan tescilinin iptali ile tekrar davalı-borçlu adına tesciline' şeklinde değil- 'davacının .... sayılı icra dosyasına konu alacağının fer'ileri (faiz ve icra masrafları) ile sınırlı olarak davacıya dava konusu taşınmaz üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına' şeklinde karar verilir...*[25] [26]

b) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun uyarınca Açılan *"tasarrufun iptali davası"* sonucunda, davanın kabulüne karar verilmesi halinde, mahkemece *'dava konusu taşınmazın -davalı-üçüncü kişi adına yapılmış olan tescilin iptali ile tekrar davalı-borçlu adına tesciline' şeklinde değil- 'tasarrufun yapıldığı tarihe kadar tahakkuk eden vergi asılları bunların işleyecek faiz ve eklentileri ile sınırlı olarak tasarrufun iptaline' şeklinde karar verilmesi gerekir. "Tasarruf tarihinde sonra oluşan"* vergi asıllarından da davalı-üçüncü kişi sorumlu tutulamayacağı gibi mahkemece *"dava tarihine kadar doğan"* alacak ve eklentileri içinde iptal kararı verilemez. Bu husus gerek **doktrinde** ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında** açıkça ifade edilmiştir.

Gerçekten **doktrinde** bu konuyla ilgili olarak;

√ *«Tasarrufun iptali davasında tasarruf 'tasarruf tarihi itibariyle' doğmuş olan vergi borcunun miktarı (borç aslı + fer'ileri) saptanır...»*[27]

√ *«6183 Sayılı Kanun hükümlerine (m. 24 vd.) göre açılan 'tasarrufun iptali davası' sonunda 'davanın kabulüne' (dava konusu tasarrufun iptaline karar vermeyi düşünen mahkeme, davacı kamu idaresinin hangi tarihteki (yani; 'tasarruf tarihindeki mi, 'dava tarihindeki' mi yoksa 'karar tarihindeki mi) 'alacağı ve -faiz, gecikme zammı gibi- eklentileri ile sınırlı olarak' tasarrufun iptaline karar verebilir?*

---

25 **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s:1433 vd. – **UYAR- T./UYAR, A./UYAR, C.** İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, C:2, 2011, s:2883 vd- - **UYAR- T./UYAR, A./UYAR, C.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi "El Kitabı", 2012, C:2, s:3113 vd.

26 Bknz: 4. HD. 14.03.2012 T. 2449/4123 (www.e-uyar.com); 4. HD. 26.09.2011 T. 9810/9599 (www.e-uyar.com)

27 **UYAR- T./UYAR, A./UYAR, C.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi "El Kitabı", 2012, C:2, s:2995

Yüksek mahkeme[28] öteden beri -kanımızca da isabetli olarak[29]- *'tasarruf tarihi itibariyle yani tasarruf tarihine kadar olan idare (vergi) alacağı aslı ve bunun işleyecek faiz ve eklentileri ile sınırlı olarak' tasarrufun iptaline, 'tasarruf tarihinden sonra doğan alacak kısmı için' ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini »* belirtmiştir.[30]

√ *«Tasarrufun iptali davasında tasarruf 'tasarruf tarihi itibariyle' doğmuş olan vergi borcunun miktarı (borç aslı + fer'ileri) saptanır… »*[31]

denilmiştir.

Yüksek mahkeme de bu konuda;

√ *«Tasarrufun iptal davasında davacı alacaklının (2006 yılı ocak ayından 2008 aralık ayına kadar olan döneme ilişkin) vergi borcundan kaynaklanan alacağı hesaplanırken, vadesi geçen vergi borcu miktarının esas alınmasının hatalı olacağını- Davacının alacak ve ferilerinin vade tarihine göre değil asıl alacağın; borcun doğduğu tarih, gecikme faizinin ise vade tarihine göre hesaplanması gerektiğinden bilirkişi raporunun hükme esas alınamayacağı, ek rapor veya yeni bir hesap uzmanı bilirkişiden 2006 yılı ocak ayından iptale konu tasarruf tarihine kadar olan idare alacağı ve fer'ileri konusunda rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»*[32]

√ *«6183 Sayılı Kanun'a göre açılmış olan tasarrufun iptali davaları sonucunda, mahkemece-davanın kabulü halinde 'tasarrufun yapıldığı tarihe kadar tahakkuk eden vergi asılları ve bunların işleyecek faiz ve eklentileri ile sınırlı olarak tasarrufun iptaline' karar verilmesi gerekeceği 'tasarruf tarihinden sonra oluşan' vergi asıllarından da davalının sorumlu tutulamayacağı gibi, mahkemece 'dava tarihine kadar doğan' alacak ve eklentileri için de iptal kararı verilemeyeceğini)»*[33]

√ *«Tasarrufun iptali için gerekli koşulların oluşması halinde, mahkemece 'davacının vergi alacağının satış tarihinden önce doğan kısmı için davanın kabulüne, tasarruf tarihinden doğan kısmı için ise, davanın*

28 Bknz: 17. HD. 27.11.2012 T. 10816/13091; 21.03.2011 T. 6922/25411; 15.03.2011 T. 11574/2277; 09.11.2009 T. 5417/7272; 28.09.2009 T. 3530/5730; 15. HD. 08.04.1999 T. 899/1305; 17. HD. 04.10.2010 T. 3625/7698; 17.06.2010 T. 2805/5638; 24.02.2009 T. 4557/871; 26.10.2009 T. 6568/6760; 12.10.2009 T. 4029/6211 (www.e-uyar.com)

29 UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, C:2, s:1577 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Kanunu Şerhi "El Kitabı", 2. Baskı, C:2, s:2995

30 **(www.e-uyar.com)**

31 UYAR- T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2011, C:2, s:1577

32 Bknz: 17. HD. 27.11.2012 T. 10816 /13091 (www.e-uyar.com)

33 Bknz: 15. HD. 08.04.1999 T. 899 /1305; 28.09.2009 T. 3530 /5730; 09.11.2009 T. 5417 /7272; 21.03.2011 T. 6922 /2511; 15.03.2011 T. 11574 /2277 (www.e-uyar.com)

reddine' karar verilmesi gerekeceğini»[34]

√ *«Tasarrufun iptali davasında, 'tasarruf tarihi itibariyle' doğmuş olan vergi borcunun miktarının (borç aslı + ferilerinin) saptanması gerekeceğini»*[35]

√ *«6183 Sayılı Kanun uyarınca açılan tasarrufun iptali davalarında, davanın kabulü halinde* 'ödenmemiş olan vergi borcunun tasarruf tarihindeki asıl vergi borcu ve gecikme faizi ile sınırlı olarak' *yapılmış olan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»*[36]

belirtmiştir.

Buraya kadar ayrıntılı biçimde belirttiğimiz nedenlerle[37]; borçlu anonim şirketin ödenmemiş vergi borcundan dolayı "şirketin kanuni temsilcisi" durumundaki "şirketi temsil yetkisine sahip yönetim kurulu üyeleri" nin kişisel malvarlıklarına -şirketin ödenmemiş vergi borcundan dolayı kendilerine karşı takip yapılıp 'ödeme emri' gönderilmeden- haciz konulamayacağı gibi, onlar tarafından yapılan -satış, bağış, ipotek koyma gibi- tasarruf işlemlerinin iptali de -6183 Sayılı Kanun'un 24 vd. maddelerine göre- '*tasarrufun iptali davası'* açılıp, istenemez...

Şirket temsilcileri hakkında 6183 Sayılı Kanun'un 54 vd. maddelerine göre "ödeme emri" gönderilip, haklarında icra takibi yapılır ve bu takibin kesinleşmesi sağlanırsa "*davanın kabulüne"* karar vermeyi düşünen mahkemenin –yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi[38]- "*davacı idarenin 'tasarruf tarihi itibariyle yani tasarruf tarihine kadar olan vergi alacağı aslı ve bunun işleyecek faiz ve eklentileriyle sınırlı olan' tasarrufun iptaline, 'tasarruf tarihinden sonra doğan alacak kısmı' için ise davanın reddine karar vermesi"* gerekecektir.

34 Bknz: 17. HD. 04.10.2010 T. 3625 /7698 (www.e-uyar.com)
35 Bknz: 17. HD. 17.06.2010 T. 2805 /5638; 24.02.2009 T. 4557 /871 (www.e-uyar.com)
36 Bknz: 17. HD. 26.10.2009 T. 6568 /6760; 12.10.2009 T. 4029/6211 (www.e-uyar.com)
37 Bknz: Yuk.dipn. 2-24.
38 Bknz: Yuk.dipn. 25-36

‘SUÇLULUK KARİNESİ’ GÖLGESİNDE ADİL YARGILANMA

Av. Esra AKCEBE[1]

Suç ve Suç Teorisi

Suç, toplumsal yapıların oluşmasıyla kavramlaştırılmıştır. Aslında, toplumsal düzen içinde suç olarak tanımlanan bir fiilde rasyonalite de bulunmakladır. Suç, rasyonel bir düzen içinde şekillenmekte olup, yani “toplumsal bir değerlendirmenin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.”[2] Ancak, bu insan ürününü suç olarak nitelendirebilmemiz için ceza hukuku düzeni içinde tanımlanan suçun unsurlarını oluşturmalıdır. Suç bir anlık veya tasarlanmış da olsa önce insan zihninde oluşmaya başlar ve dış dünyaya yansıtılmasıyla fiiliyata geçmiş olur. Düşüncenin fiiliyata geçirilmesinden anlatılmak istenen ise bu insan ürününün suçu işlemeye elverişli, icrai nitelikte ve suç olarak tanımlanan fiillere yönelik olmasıdır. Suçun fiziki görünümü hukuka aykırı fiillere yönelik hareketlerdir. Çünkü ‘Düşünce, cezalandırmanın konusunu oluşturmaz.”[3] İnsan zihni özgürlüktür ve tek müdahalecisi insanın kendisidir.

Suç somut olduğu kadar, soyut bir kavramdır. Şöyle ki, bir toplumun hukuk sistemine göre, suç olmayan bir eylem veya fiil başka bir toplum için suç oluşturabilir. Suçun tanımının değişmez nitelikte olduğu düşünülse de, suçun görünümü değişmektedir. Suçun görünümü yani bir eylemin suç olup olmaması değişim göstermektedir. Bu değişkenlik suçun soyutluluğudur. Suç kavramının, herkes için aynı olabilmesi somut; bir eylemin suç oluşturması için meydana gelecek unsurların değişkenlik gösterebilmesi veya bir toplum için suç olmayan bir fiilin başka toplum için suç olarak tanımlanması ise soyut olduğunu göstermektedir.

Türk Ceza Hukuku’na göre, eylemin suç oluşturabilmesi için kanuni tipe uygunluk göstermeli, yani kanundaki tanımın bütün unsurlarını taşımalıdır. Ancak, suçun tanımı yapılmamış hangi eylemlerin suç olduğu kanunumuzda düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu’nun kanunilik ilkesi gereğince kanunda düzenlenen ve tanımlanan fiiller suç olmaktadır. Ka-

1 İstanbul Barosu avukatlarından

2 Prof. Dr. Zeki Hafızoğlulları, / Ceza hukuku genel hükümler/USA Yayıncılık / Ankara/2010/S.41

3 Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları / Ceza Hukuku Genel Hükümler/ USA Yayıncılık / Ankara/2010/S.43

nunilik ilkesi de demokrasinin bir zorunluluğu olup, adil yargılanmanın paralel uzantılarındandır.

Adil Yargılanma Hakkı ve Suçsuzluk Karinesi

Hukukun üstünlüğü ve egemenliğinin temel şartı insan haklarının korunması ve uygulanmasıdır. İnsan haklarına aykırı uygulamalarının olduğu bir ülkede hukukun egemenliğinden söz edilemez. Hukukun egemenliği, yasama ve yürütmenin karşısında son sözü söyleme yetkisine sahip olmasıdır.

Hukuk devleti, hukukun egemenliğini ve üstünlüğünü tanıyan bir devlet anlayışına sahip olmasını ifade etmektedir. Hukuk devletinin, hukuka ve adalete uygun bir düzeni oluşturması asli amaçlarındandır. Bu amaçlarına erişebilmesinde 'hukuk devletinin bir insan hakları uygulayıcısı olması' önemli rol oynar. Oysa insan haklarına aykırı uygulamaların günümüzde de yaşanması, bu önemli rolün halen sorgulanması demektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olunması ve temek hak ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altına alınmasına rağmen, insan hakları ihlallerinin yaşanması teoriden öteye gidememek demektir. Bunun en açık örneğini, 'adil yargılanma hakkının' ihlalinde görmekteyiz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilkelleşen insan haklarından biri olan "Adil yargılanma hakkı" yargılamanın her aşamasında ortaya çıkmaktadır. Adil yargılanma hakkını '' bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma, makul süre içinde yargılanma ve yargılamanın hakkaniyete uygun ve açık olarak yapılmasını isteme ve sanığın hakları ile suçluluğun yasal olarak kesinleşinceye kadar suçsuz sayılması" şeklinde başlıklar halinde özetleyebiliriz. Özellikle, yargılamanın her aşamasında gündeme gelen bu hak 'tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından makul süre içinde yargılanma hakkı ve suçsuzluk karinesi' açısından ihlal edilmektedir. Ayrıca suçsuzluk karinesi bir anayasal güvencedir. Kişi hakkında bir suç isnadı olmasının karşısında onu koruyan ve hukuk devletinin bir zorunluluğu olan ilkedir. Aynı şekilde, '' Suçsuzluk Karinesi, sanığa mahkemelerin tarafsızlığı güvencesini veren, yargılama aşamalarında karar verilmeden önce hakimlerin sanığa suçlu gibi davranmasını da engelleyen bir ilkedir."[4]

Bu ilkenin karşısında, bir kişi hakkında suçlu olduğuna dair mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesinden önce, yargılanan kişinin önceden bir suçluymuş gibi değerlendirilmesi ise bu hakkın ihlalini gös-

4 Friedrich SCHROEDER- Christian '' Ceza Muhakemesinde -Fair Trial İlkesi" /İstanbul Barosu Yayınları/ İstanbul / 1999/ S. 30. ve 31.

termektedir. Gerçekten, "Suçsuzluk karinesi, bütün devlet görevlilerinin (aynı zamanda görsel ve yazılı basının) göz önünde bulundurulması gereken bir varsayımdır. Kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadıkça, bir bakanlığın, polisin veya başka bir makamın, bir kişiyi suçlu, örneğin terörist, hırsız, casus (vs.) olarak ilan etmesi AİHS. Md.6/2'ye aykırıdır."[5] Bu durumda, kamu bilincinde önemli bir etkiye sahip olan medyanın izleyeceği yol da adil yargılama konusunu ilgilendirmektedir. Yargılanmakta olan kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmamasına rağmen, kişi ile itham edilen suçun bağdaştırılması mümkün olmamalıdır. Toplum içinde kişi önceden isnat edilen suç ile bağdaştırılırsa, mahkeme kararıyla serbest bırakıldığında dahi toplumun genel kanaati devam edebilmektedir. Keza, kişinin yargılanması sadece mahkeme önünde değil, kamu önünde de yapılmaktadır. Adil yargılanmanın en önemli unsurlarından biri olan suçsuzluk karinesi, aksi ortaya koyulana kadar aslında adi karine gibi değerlendirilmektedir. Bu karine, kişiyi suçluluğu hükmen sabit olana kadar masum saymaktadır, aksini söylememektedir.

Ancak bu karineye karşın Türk Ceza Muhakemesi'ne göre "tutukluluğun" gerçekte neyi ifade ettiği ve amacının ne olduğu konuları halen sorgulanmaktadır. Bir kişinin hukuka aykırı şekilde ya da hukuken yakalanarak haksız tutuklanması suçsuzluk karinesinin varlığını göz ardı etmektir. Hukuka aykırı olarak kişinin yakalanması, yakalanan kişinin haklarının söylenmemesi veya talep edilen hakların yerine getirilmemesi ya da haksız tutuklamalar gibi birçok örnek sayabiliriz.

Tutukluluk Bir Suçluluk Karinesidir!

Suçsuzluk karinesi, kişi hakkında kesin hüküm verilene kadar onun masum sayılmasını savunurken, kişinin yine kesin hüküm verilene kadar tutuklu sayılması suçsuzluk karinesinin tam tersini söylemektedir. "Hükme kadar suçlu sayılmadığı halde kişinin tutuklu sayılması bir çelişki arz eder ve anayasanın tutuklamayı düzenleyen 19. maddesi ve masumluk karinesini düzenleyen 38. Maddesi arasında çelişki yaratır."[6] Türk Ceza Hukuku çelişki içinde kalmamalıdır.

Hiç kuşkusuz suçsuzluk karinesinin karşısında tutukluluk da bir karine olarak 'suçluluk karinesi' gibi görülmektedir. Suçsuzluk ve suçluluk karinesi kavramlarının karşılıklı kullanılması, gerçeklikten uzaklaşmaktır. 'Tutukluluk' adeta bir suçluluk karinesi olarak değerlendirilip, masum olduğu ortaya çıkana kadar, kişi suçlu kabul edilmektedir. Kişiye,

5 Prof. Dr. Safa REİSOĞLU/ Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları/İstanbul 2001/Beta Yayınevi/S. 109.

6 Faruk EREM, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara,1999, s.222

hüküm verilen bir suçlu ile aynı yaptırım uygulanmaktadır. Tutukluluk kişiyi önceden suçlu olarak ilan edip, cezai kovuşturma içine almaktadır. Buna göre, tutukluluğun bir adli önlem olmaktan çıktığını aslında bir cezai yaptırım olarak uygulandığını görmekteyiz. Tutukluluk kararının tek farkı ise kesin hükümden önce yargılamanın başında verilmesidir.

Soruşturma sürecini de yargılamanın başlangıç kısmı olarak gösterebiliriz. Kişinin yakalanması, ifadesinin alınması veya gözaltında tutulması da yargılamanın bir ön sürecidir. Kişi isnat edilen suçla karşılaşarak, şüpheli sıfatıyla yargılama sürecine dahil olmaktadır. Türk Ceza Hukuk Muhakemesi Kanunu'na göre, yakalama bir koruma tedbiridir. Yani, adli yakalama suç dolayısıyla yapılan yakalamadır. Yargılamanın başladığı bu süreçteki kanuna karşı yapılan aykırılıklar da, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini göstermektedir.

Aynı şekilde "Yakalama veya gözaltına almanın hukuka aykırı olması nedeniyle, bu tedbirlerinin başladığı andan itibaren sona ermesine kadar şüpheli üzerinden elde edilecek deliller, örneğin şüphelinin ifadesi hukuka aykırı olacaktır."[7]

Söz konusu delillerin yargılamanın devam eden sürecinde de kullanılması ihlalin devamıdır. Ayrıca, "yakalama, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılması amacıyla, suç şüphesi altında olan kişilerin, henüz bir yargıç kararı olmaksızın özgürlüklerinin kısıtlanmasıdır."[8] Yakalama veya gözaltı tedbirleri bir özgürlükler kısıtlaması ise, tutuklama da özgürlüklerin tamamen kaldırılmasıdır. Artık kişi, cezaların infaz edildiği yerde yaşamaya başlamıştır. Tutukluluk halinin "suçluluk karinesi" olarak algılandığı bu kavram ise adil yargılanmaya bir gölge olarak düşmektedir. Eğer, kişi önceden suçlu olarak kabul edilirse, karanlık bir dünyada bırakılmış olur. O zaman gerçeği görmek daha zordur.

Suçluluk karinesi gölgesinde yargılamanın yapılması adilane yargılama güvencesinden uzaktır.

Tutukluğun bir yaptırım olarak süre gelmesi, adil yargılanma hakkının

7 Ali Kemal YILDIZ / Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Göz Altına Alma / Selçuk Üniversitesi HFD XIV / 2006/ S.203.

8 Kunter - Yenisey, s. 631 vd.; Kunter, s. 703 vd.; Kunter - Yenisey - Nuhoğlu, s. 810-811; Centel, Nur - Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2008, s.329 vd.; Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa R., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2007, s. 535; Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa R. - Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, 5. Baskı, Ankara 2000, s. 558 vd.; Toroslu - Feyzioğlu, s.230; Y urtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1998, s. 337;Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s.175 vd.; Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1945, s. 136 vd.; Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957, s. 126 vd.

unsuru olan, suçsuzluk karinesinin uygulanabilirliğini yok saymaktadır. Evrensel ve değişmez niteliklere sahip, anayasamız ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının tamamen göz ardı edilmesi, hem anayasaya aykırı hem de insan haklarının ihlali olduğu şüphesiz ortadır.

Gerçekte suçu gerçekleştiren kişi hakkında masum olduğu kararı verilebilirken, masum olan bir kişi hakkında da suçlu olduğu kararı verilebilmektedir. Yaşamımızda da olduğu gibi, kişiyi suçlamak kadar kolay ya da suçsuzluğuna inanmak kadar zor bir kanı yoktur. Suçlu ile suçsuz arasında çok ince bir çizgi vardır. İşte ceza hukukunda bu ince çizgideyiz.

Yargılama Sürecinde Tutukluluk Hali

Türk Ceza Muhakemesi'ne göre, tutuklama anayasada ve kanunda sayılan şartların gerçekleşmesi sonucunda hakim kararı olan bir adli önlem veya koruma tedbiridir. Tutuklamanın hukuki niteliği adli önlem olarak ifade edilse de, gerçekte geçici bir süreyle kişinin özgürlüğünün kaldırılmasıdır. Özgürlüğün sınırlandırılması ve kaldırılması kişinin temel hak ve özgürlüklerine dayandığından tutuklama tedbiri hakim/mahkeme kararına ve kanunda düzenlenen şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

Sanık veya şüpheli hakkındaki tutuklama kararı, hakim ve soruşturma evresinde ise cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından verilir. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesine göre, "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir."

Ancak, tutuklama kararının verilmesi zorunlu değildir. Bu düzenleme çok önemlidir. Çünkü bu maddenin uygulamasında söz sahibi 'hakimin vicdani kanaatidir.'

Oysa tutuklama kararının verilebilmesi için öncelikle kuvvetli suç şüphesi yani suçun işlendiğine dair kuvvetli delil ve olgular bulunmalıdır. Suç için elde edilmiş delil gerçekten isnat edilen eylemi ispatlayıcı nitelikte ve hukuka uygun yollarla elde edilmiş olmalıdır. Bu delilleri diğer şartlar ile değerlendirecek ise yargılama makamıdır. Bu değerlendirmeyi yargılama makamı yine kendi vicdani mahkemesinde yaparak bir kanaate varmaktadır. Ancak, bu vicdani mahkemeler de tarafsız ve bağımsız düşünceler doğrultusunda objektif ve hukuka uygun karar vermelidir.

Tutuklama, kişinin özgürlüğünü doğrudan kaldıran bir adli işlem olduğu için, birçok hukuk sisteminde tutuklamaya karşı yasal önlemler alınmaya çalışılmış veya yasal düzenlemeler yapılmıştır. İngiltere'nin

1215 tarihli Magna Carta Bildirgesi'nin 39. Maddesinde de "eşitlerinin yasal bir hükmü ya da bir ülke yasası bulunmaksızın hür kişi tutuklanamaz ya da hapsedilemez" açıkça kişinin keyfi ya da kanunsuz tutuklanamayacağından bahsedilmiştir. Aynı şekilde, Fransız İnsan ve Yurttaş Bildirgesi (7. Madde), 1967 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme (9. Madde), 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (5. ve 6.Madde), kişinin özgürlüğünün keyfi olarak ortadan kaldırılmaması veya sınırlandırılmamasını öngören uluslararası belgelerdir. Söz konusu maddeler adil yargılanma hakkına paralel düzenlemelerdir.

Kısacası, adil yargılanma keyfiliğin olmadığı; insan haklarının gerektirdiği bir yargılamadır.

Tutuklamanın Şartları

- Kuvvetli Suç Şüphesi

Kuvvetli şüphenin varlığı demek, şüpheli veya sanığın suçu işlediği konusunda delillerin ve suçun işlendiğini kanıtlar nitelikte kuvvetli delillerin olmasıdır. Kişi hakkında kuvvetli ve önemli olgular ve bulgular bulunmalıdır. Tutuklama kararının verilebilmesi için ilk ve en önemli şartlardandır.

Ancak belirli suçlar için kuvvetli suç şüphesi yeterli olup, diğer tutuklama nedenleri aranmamaktadır.(Örneğin; TCK m. 103,188, 302, 311, 312, 313, 314) Bu tür suçlarda sadece tek şartın yeterli görülmesi de, insan haklarının ihlali sonuçlarını arttırmaktadır.

- Kaçma Şüphesi

Kişi hakkında (şüpheli veya sanığın) kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran delillerin veya olguların bulunması tutuklamanın şartlarından biridir. Kişinin yurt dışına kaçması, belli kişilerin yanında veya yerlerde saklanması ya da kaçma için planlar yapması tutuklamanın şartını gerçekleştirmiş olarak sayılabilir. Ancak, kişinin tanınmış biri olması ya da olağan iş hayatına devam etmesi, iş adresinin bilinmesi ve kaçma şüphesini uyandıracak her hangi bir eylemde bulunmaması bu şartın gerçekleşmediğini gösterir. Örneğin, şüpheli veya sanık olan ünlü bir iş adamı her gün aynı saatte, aynı iş yerine ve aynı şekilde işine gidip gelirken kolluk kuvvetleri tarafından yakalanıp tutukluğuna sevk edilip, iş adamı hakkında tutuklama kararı verilirse ya da şart gerçekleşmeden ve gerçekleşeceğine dair bir şüphe olmadan tutuklanması hukuka aykırılık demektir.

Aslında "kaçma, sanığın, kasten adli makamların kendisini mahkemeye davetini veya diğer muhakeme işlemleri için gerekli olduğu biçimde hazır bulundurulmasını olanaksız kılması demektir." [9]

9 Julius GLASER, Handbuch des Strafprozeβ, eine systematische Darstellung, Aαlen,

Kaçma her somut olaya ve kişiye göre değerlendirilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre kişinin kaçıp kaçamayacağı yönünde bir değerlendirme yapılmalıdır.

- Delilleri Karartma Şüphesi

Delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi ve gizlenmesi veya silinmesi gibi suç izlerini ve suçu işlediğine dair emareleri yok etme anlamına gelir.

Olay hakkında aydınlığa kavuşulmuş deliller toplanmış ve adli makamlarca güvenceye alınmış ise artık tutuklamadan bahsedilemez. Söz konusu duruma dayalı bir şüphenin oluşamayacağından, yapılan tutuklama hukuka aykırıdır.

Tutuklulukta Yasal Süreler ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en fazla iki yıl, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde ise en çok bir yıldır. Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süreleri ancak zorunlu hallerde en fazla altı ay daha uzatılabilirken, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise en fazla 3 yıl uzatılabilir. Ancak, tutukluluk süresi hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarını da kapsamaktadır.

Bu nedenle yasal süreler dışına çıkılır veya soruşturma veya kovuşturma süreleri tutukluluk süresine eklenmezse hukuka aykırı tutuklama söz konusu olacaktır. Bu süreler dışında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 252/2. Maddesine göre" 250. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, Kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır." Bu maddeye göre, tutukluluk süresi on yıla kadar uzamaktadır.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılamanın yapılması gerekirken, tutukluluk hakkında verilen sözde gerekçeli kararlar ile uzun tutukluluk süresinin uygulanması adil yargılamayı değil, peşinen bir cezai yaptırımı göstermektedir. Tutuklama kararının dayandırıldığı delillerin, resmi kurumlar tarafından incelenme veya araştırılması sonucunda delillerin hukuka aykırılığını olduğunu ispatlar nitelikteki yazılı beyanları yargılama makamı tarafından ele alınmalıdır. Tutuklama kararının dayandığı deliller çürütülüyorsa, tutuklamanın şartları oluşmamıştır ve kişinin serbest bırakılmasına karar verilmelidir. Suç şüphesini oluşturan deliller hakkında hukuki yönden şüpheler varsa, kararın dayandığı deliller güvenilir olmayıp, kuvvetli suç şüphesi değil de tam tersine suçun oluşmadığı yönünde bir karar verilmelidir.

Bununla birlikte tutuklama kararı mutlaka gerekçeli olmalıdır. Öncelikle "gerekçe, kararın akla uygun, çelişkisiz, inandırıcı açıklaması demektir."[10] Eğer gerekçeli kararda tutuklamanın sebebi olarak sadece kaçma veya delilleri yok etme ya da kuvvetli şüphe olduğunun belirtilmiş olması, kararın gerekçeli olduğunu göstermez. Kararın gerekçeli olmaması, sadece tutuklama sebeplerinin varlığının gösterilmesi ise kararı yok hükmünde kılmalıdır. Çünkü tutuklama, tutuklamanın devamı veya tahliye talebinin reddi kararlarının 'hukukî ve fiilî' nedenler ile gerekçeleri gösterilmelidir. (CMK m. 101/1 ve 2) Ceza hukukunun amaçlarından biri maddi gerçeğe ulaşmak ise, kuvvetli suç şüphesi oluşturan delillerin ve buna dayalı verilen kararın gerekçesi de maddi ve hukuki gerçeklere dayanmalıdır.

Adil Yargılanma Hakkı ve Yeni Yargı Paketi

Kişinin en temel hak ve hürriyetlerinden biri de "adil yargılanma hakkı ve kişi özgürlüğüdür." Anayasal ve evrensel bir ilke karşısında yapılan keyfi tutuklamalar hukuk devletinin varlığını yok etmektedir. Kişilerin temel hak ve özgürlükleri anayasa ve uluslararası bir sözleşme ile güvence altına alınmasına karşın, tutukluluğa ilişkin tedbirin en yetkin özgürlük sınırlandırması veya özgürlüğün kaldırılması olduğu da bir gerçektir. Hukuk devleti kavramı artık bir tanımdan ibaret olmamalı ve hukuk devleti varlığını hukuk devletinin gerektirdiği uygulamalar fiilen yapılarak varlığı ispat edilmelidir.

Kişinin, hiçbir zaman geri verilemeyecek, en değerli varlığı olan özgürlüğünün haksız yere elinden alınması, ne adli ne de vicdani mahkemede makul görülemez. Haksız tutuklamalar, geri dönüşü olmayan bir değeri yok saymaktadır. Kişi özgürlüğü, hiçbir zaman geri verilemeyecek en değerli sahip olduğumuz varlığımızdır. Kişi özgür olmadıkça, manevi olarak yaşamasından bahsedilemez.

Yeni yargı paketinin gündeminde olan önemli bir konu ise, özel yetkili mahkemelerin kaldırılmasıdır. Özel yetkili mahkemelerin kurulması kişinin özel yargılanmasıdır. Özel yetkili mahkemelerde yapılan yargılamalar, adil yargılanma hakkının 'bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılamanın yapılması' unsuru ile bağdaşmamaktadır.

Özel yetkili mahkemenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında görev alacak yargı süjeleri özel görevlendirilmektedir. Bu görevlendirmenin objektiflikten uzak bir sübjektif olduğu düşünül-

10 Çetin ÇAVUŞOĞLU, Yargıda gerekçe sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi XV, 48 (Eylül-Ekim 2003), s. 108-116

mektedir. Nitekim sübjektif bir değerlendirme sonucu kurulan bir mahkemede yapılan yargılamanın tarafsızlığı ve bağımsızlığının sorgulanması kaçınılmazdır. Yeni yargı paketi ile insan haklarının uygulayıcısı olan hukuk devletinin gerektirdiği bir adım atılmaktadır. Özel yetkili mahkemelerin kaldırılması, kişinin bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına paralel bir düzenlemedir. Tarafsız bir mahkemede yapılan yargılamaya doğru hukuki güvencenin oluşabileceği yönde doğru bir adım atılmıştır. Kişi artık özel yargılanmayacak ve daha objektif bir yargılama sürecinde davasının yürütülmesi sağlanmış olacak. Düzenlemenin görülmekte olan davalar için de uygulanmasıyla, mahkemelerin görev ve yetkilerine göre, bu davalar ağır ceza mahkemelerine dağıtılacaktır.

Diğer önemli bir husus ise, sahte dijital veya hukuka aykırı tanık beyanlarından dolayı yeniden yargılamanın önü açılmasıdır. Ancak Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesinin 1. fıkrası gereğince, hükme etki eden bir belgenin sahteliği anlaşılırsa hükümlü lehine yargılamanın iadesi sebebini oluşturmaktadır. Buna göre, kesinleşmiş veya henüz kesinleşmemiş bir mahkeme kararının (tutuklama kararları dahil) dayandığı delillerin sahteliği veya tanık beyanlarının (gizli tanık beyanları dahil) hukuka aykırılığı ortaya koyulduğunda zaten yeniden yargılama hususu gündeme gelmektedir. Kesinleşmiş bir mahkeme kararının dayandığı belgenin/belgelerin sahteliğinin anlaşılması yeniden yargılama sebebini oluşturuyorsa, yargılama aşamasında da belgenin sahteliği veya hukuka aykırılıklar (belge, dijital kaset) ortaya koyulduğunda mahkeme kararı yok hükmündedir. Kişi, tutuklu yargılanıyorsa, serbest bırakılmalı veya karar temyiz aşamasındaysa temyiz makamı kararı bozulmalıdır.

Ceza muhakemesinde 'soruşturmanın gizliliği' konusu müdafiler bakımından önemlidir. CMK'nın 157/1. maddesine göre "Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir." (Aynı şekilde Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliği M.54/1)

Kural soruşturmanın gizliliği olmakla beraber, söz konusu yönetmeliğin 54. maddesinin 1 ve 5. fıkrasına göre, müdafi veya vekil soruşturma evrakını inceleyebilir ve belgelerden örnek alabilir. Ancak, soruşturmanın gizliliğinin kural olması 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 'Avukatlığın amacı' başlıklı düzenlemesi ile bağdaşmamaktadır. Buna göre, "Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı

organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. "(Av.K. m.2) Bu amaç doğrultusunda görevini ifa etmek isteyen bir müdafi veya vekil için soruşturmanın gizliliği savunma mekanizmasının yürütülmesinde yasal bir engel olabilmektedir. Yargının kurucu unsurlarından biri olan savunma makamı karşısında 'soruşturmanın gizliliği' kural olmamalıdır. Kural, soruşturmanın müdafi ve vekillere aleni yapılmalı, öncelikli olarak müdafi/vekiller soruşturma evraklarını ve belgelerini her durumda inceleme yetkisine sahip olmalıdır. Yargılama için kurulan bu mahkemeler, kişilerin kendisini savunması için vardır. Savunmanın tek temsilcisi de müdafi veya vekillerdir. Savunma makamı, kamu hizmetini yerine getirmektedir. Bu nedenle, adil yargılanmanın yerine getirilmesi için soruşturmanın gizliliği müdafi/vekile karşı olmamalıdır. Bu konuya ilişkin yapılacak bir düzenleme hukuka duyulan güveni artıracaktır. Diğer bir husus ise, tutukluluk süresinin beş yıl olmasıdır. Tutukluluk sürecinin beş yıl olarak uygulanması temyiz sürecini de kapsamalıdır. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2/1-f bendine göre, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre kovuşturma süresi olarak belirlenmiştir. Buna göre, kişi hakkında verilen mahkeme kararının kesinleşmesiyle kovuşturma süreci sona ermiş olacaktır ve kişi hükümlü sıfatını alacaktır. Çünkü kişi, kovuşturmanın başından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre içinde suç şüphesi altında bulunmaktadır. (CMK. M.2/b) Tutukluluk kararı soruşturma evresine şüpheli, kovuşturma evresinde ise sanık hakkında verilen bir adli tedbir kararı olduğuna göre, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre tutukluluk süresi içinde değerlendirilmektedir. Kişinin tutuklu yargılandığı bir yargılamada, kişi hakkında verilen ilk derece mahkemesinin kararı temyiz aşamasında ise, Yargıtay'da geçen süre kovuşturma evresinden olup, tutukluluk süresi kovuşturma süresinin tamamını kapsayacak şekilde uygulanmalıdır.

Türk ceza hukukunun amacı gerçekleştirilmeye çalışılırken, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin çizgisi ihlal edilmemelidir. Maddi gerçeğe ulaşılırken, mağdurun çıkarlarının korunması yanında sanık veya şüphelinin de çıkarları göz ardı edilmemelidir. Kişinin toplum tarafından kaybedilmesine değil, yeniden kazanılması da amaç olmalıdır. Çünkü toplumun çıkarları bireyin, bireyin çıkarları da toplumun çıkarlarının tamamlayıcısıdır.

Sonuç

İnsan haklarının mutlaklığı karşısında, çağdaş ve demokrat bir çember içinde küreselleşmeye çalışan dünya toplumları, hukukun ve kanunun uygulanmasında temel hak ve özgürlükleri korumalıdır. Temel hak

ve özgürlükler ise pozitif bir düzenleme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile evrensel bir güvence altına alınmıştır. İlkeler halinde sayılan insan haklarından biri olan adil yargılanma hakkının temeli kişi özgürlüğüne dayanmaktadır.

John Rawls'in 1971 yılında yayımladığı -A Theory Of Justice- adlı ilk kitabında da "Her kişi, herkes için en geniş hak ve özgürlüklerin manzumesini sağlayan bütünsel bir sistem içinde eşit temel özgürlüklere sahip olmalıdır."[11] diyerek özgürlük ilkesinden bahsetmiştir. En temel özgürlük ilkesidir. Kişi zaten özgürdür. Kişi özgürlüğü, ancak yasal sınırlamalar, haksız cezai yaptırımlar veya adli tedbirler gibi uygulamalar gündeme geldiği zaman hak kavramlarıyla birlikte ortaya çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, "adil yargılanma hakkını" devlete karşı güvence altına almaktadır. Buna göre taraf ülkeler, sözleşmede düzenlenen tüm hak ve özgürlüklerin uygulanmasını taahhüt etmektedir.

İnsan hakları kavramı, en basit ve en temel tanımıyla, insanın salt insan olmasından doğan hakları ifade eder. Bu haklar, insanın yapısına ve değerine (maddi ve manevi bütünlüğü) ilişkin bilgilerinden türetilmiştir ve her insanla ilgili bazı gerekleri dile getirirler. İnsan haklarının temelinde insanın kendi benliği ve varlığı vardır. İnsan hakları için pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının sebebi ise, insanlığın var oluşundan beri bu hakların ihlal edilmesi veya inkar edilmesine karşı yasal olarak korunması ve uygulanmasını sağlamaktır. İnsan hakları, devlet ve insanların birbirleri ile olan ilişkisine yönelik olup, yaşamı insani onurla sürdürebilmek için vardır.

11 . John RAWLS, '' A Theory of Justice'' Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN MEŞRU SAVUNMANIN İNCELENMESİ

Uğur GÜNER

ÖZET: Bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan bir saldırı karşısında, savunma amacıyla ve bu saldırıyı uzaklaştıracak ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eden ve ceza hukukunun en temel kurumlarından olan meşru savunma kurumu 5237 sayılı TCK'da yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte 765 sayılı TCK'ya nazaran meşru savunmanın uygulama alanı genişletilmiş olup, yapılan yeni düzenlemede meşru savunmanın gerçekleştirilebilmesi için hüküm altına alınan tüm şartlar çalışmada incelenmiştir.

1) Meşru Savunmanın Hukuki Niteliği

Meşru savunma, bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan bir saldırı karşısında, savunma amacıyla ve bu saldırıyı uzaklaştıracak ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eder. Yargıtay, bir kararında meşru savunmayı failin ağır ve haksız bir saldırıyı kendisinden veya başkalarından uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu bir tepki olarak tanımlamıştır.[1]

Hukuk düzenin amacı insanların haklarının koruma altına alınmasıdır. O halde, haksız bir saldırı ile hakkı ihlal edilen ya da muhakkak bir biçimde ihlal edilme tehlikesi altında bulunan kişinin bu saldırıyı defedecek ölçüde tepki göstermesi hukuk düzeninin amacına da uygun düşecektir. Hukuku korumak, haksızlığı yenmek için mücadele eden kişinin hareketini ise hiçbir hukuk düzeni hukuka aykırı olarak kabul edemez.[2]

Meşru savunma durumunda faile ceza verilmeyeceği Türk Ceza Kanununun 25. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtilmiş, ancak; faile ceza verilmemesinin sebebi açık olarak belirtilmemiştir. Anılan madde hükmü şöyledir:

"Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."

1 CGK., 22.5.1995, 1-80/158 (YKD, Ağustos, 1995, sf. 1293 vd.)

2 CGK., 15.2.2000, 1-22/27 (Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, sf. 57 vd.)

Mevcut tüm hukuk sistemleri meşru savunma halinin varlığı halinde ceza verilemeyeceği konusunda paralellik göstermektedir. Ancak bu sonuca ulaşmakta iki farklı teori rol almaktadır. Bunlardan ilki saldırıya uğrayan kişinin meşru savunma fiilinin bu kişi bakımından bir mazeret sebebi olduğunu ve sadece kusurluluğu üzerinde etkili olduğunu belirtmektedir. İkinci teori ise meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu benimsemektedir.

Meşru savunma fiilinin amacı bir hakkın korunması olduğundan hukuka aykırı olarak kabul edilemez. Meşru savunmada bulunan kişinin meşru savunmanın şartlarına uygun olarak gerçekleştirdiği fiil kınanmasını ya da ayıplanmasını gerektirmez; aksine meşru savunmada bulunan kişi aynı zamanda insanlarda hukuk bilincinin gelişmesine katkıda bulunmaktadır.[3] Esasında bu durum meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu göstermektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesinde meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu vurgulanmıştır.[4] Meşru savunma fiilinin hukuka uygun olmasının temel koşulu ise saldırıyı defedecek ölçüde olmasıdır. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

2) Meşru Savunmanın Şartları

Meşru savunmanın şartlarını hem meşru savunmaya neden olan saldırı hem de o saldırı neticesinde yapılan savunma bakımından değerlendirmek gereklidir.

---

3 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, sf. 315

4 Anılan hükmün gerekçesi şöyledir: Maddenin birinci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenmiştir.

Meşru savunma bakımından Tasarı şu koşulları saptamıştır:

Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir.

Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.

İkinci olarak meşru savunmanın "haksız saldırı" koşulu bakımından, "gerçekleşen haksız saldırı" ile "gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı" veya "tekrarı muhakkak haksız saldırı" aynı sayılmıştır. Böylece kişilerin haksız saldırılara karşı kendilerini korumaları olanağı daha da genişletilmiş olmaktadır.

Savunmanın "saldırı ile orantılı biçimde" olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

A) Saldırıya İlişkin Şartlar

Evvela saldırıya ilişkin şartlardan söz etmek gerekmektedir:

a- Meşru savunmadan söz edebilmek için öncelikle **bir saldırının bulunması gereklidir.** Ortada saldırı niteliği taşıyan bir hal mevzu bahis değilse meşru savunmadan söz edilemez. Saldırının maddi nitelikte bir fiil olması gerekirse de, mutlaka cebir ve şiddet şeklinde tezahür etmesi zorunlu değildir.[5]

b- Meşru savunmada saldırıya ilişkin bir diğer şart ise **saldırının "gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı niteliğini haiz olmasıdır."** Saldırı hiç başlamamış yahut tamamlanmış ise meşru savunmanın varlığından söz edemeyiz. Saldırının cebir ve şiddet içermesi zorunlu olmadığı gibi saldırı ihmali bir davranışla da vuku bulabilir. Meşru savunmaya yol açan saldırının muhakkak bir insandan kaynaklanması gerekmektedir.

Meşru savunma halinde bulunan kişi, kendisine veya bir başkasına karşı işlenen fiilin bir tecavüz teşkil ettiğini ve dolayısıyla, bu fiilin haksız bir fiil olduğunu bilmesi gerekmektedir. Kişi, bu bilincin yanı sıra, söz konusu tecavüzü defetmek amacıyla savunma hareketlerini gerçekleştirmelidir.[6] Bir saldırının haksız olduğuna kanaat getirebilmemiz için hukuk düzeninin bu saldırıya cevaz verip vermediğine bakmamız yeterli olacaktır. Hukuk düzeninin izin vermediği bir saldırı, haksız bir saldırıdır. Ancak, kişinin işlediği fiil hukuka uygunsa hukuka uygun bir fiile karşı meşru savunmada bulunulması mümkün değildir. Bu itibarla meşru savunmaya karşı meşru savunma mümkün olamayacaktır.[7]

Saldırıya uğrayan kişi, bu saldırıyı kendi hareketiyle haksız bir biçimde tahrik etmiş olsa dahi bu saldırıya karşı meşru savunmada bulunabilmelidir, zira burada da kendisine yönelmiş olan saldırı haksız niteliktedir ve meşru savunma yoluyla bu haksız saldırının defedilebilmesi gerekmektedir.

c- Meşru savunmadan söz edebilmemiz için gerekli olan bir diğer şart ise **saldırının kişilere ait bir hakka yönelmiş bulunması şartıdır.** 765 sayılı TCK'nin aksine 5237 sayılı TCK'de meşru savunmanın varlığı için saldırının herhangi bir hakka yönelmiş olması yeterli görülmüştür. 765 sayılı TCK'de ise nefse veya ırza yönelmiş olması şartı aranmaktaydı. Bu yasal düzenlemenin yarattığı sakıncalar Yargıtay'ca yorum yoluyla giderilmekteydi. Örneğin, Yargıtay bir kararında konut dokunulmazlığının ihlalini nefse yönelmiş bir saldırı olarak yorumlamıştır ve bu şekilde yapılan

5 Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara, 1995, sf.75

6 İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005, sf. 371

7 Artuk/Gökcen/Yenidünya, Genel Hükümler, sf.415

savunmayı meşru savunma kapsamında değerlendirmiştir.

Ayrıca, 5237 sayılı Yeni TCK'nin 25. maddesindeki "*…ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş…*" hüküm mucibince saldırının bir başkasının yani bir üçüncü kişinin herhangi bir hakkına yönelmesi durumunda da meşru savunma yapılabileceği öngörülmüştür.

Meşru savunma yapılabilmesi için meydana gelmesi gereken saldırının şartlarından bahsettik. Meşru savunmanın bir diğer unsuru olan savunmaya ilişkin şartlarına da değinmek gereklidir.

B) Savunmaya İlişkin Şartlar

a- Savunmanın meşru olabilmesinin koşullarından birisi **savunmada zorunluluğun olmasıdır.** Nitekim kanunda da saldırıyı "o anda… defetme zorunluluğu" ndan bahsedilmektedir.[8] Burada kanun koyucunun vurgulamak istediği husus saldırının başka surette def'inin mümkün olmaması, yani savunma hareketinin zaruri olmasıdır.

Doktrinde savunmanın zorunlu olmasının isabetsiz olduğu, savunmanın gerekli olmasının yeterli olduğuna dair görüşler bulunmaktadır. Kanımca, meşru müdafaanın gerekliliğinden değil de zorunluluğundan bahsedilmesinde, yapılan savunmanın da bir saldırı niteliğini haiz olması ve bunun da sınırlandırılmasının amaçlanması rol oynamıştır. Savunma, saldırıyı sona erdirmek için daha hafif, ancak aynı şekilde etkili bir aracın bulunmaması halinde zorunludur.[9]

b- Savunma bakımından bir diğer şart ise **saldırı ile savunma arasında bir orantının bulunmasıdır.** Gerçekleştirilen savunma hareketi, yönelmiş olan saldırıyı bertaraf edecek ölçüde olmalıdır. Bu ölçüyü aşmış olması halinde ise meşru savunmada sınırın aşılması durumu söz konusu olacaktır.

Savunmanın saldırıyı defedecek ölçüde olup olmadığı "o andaki hal ve koşullara göre" belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken saldırı ve savunmada kullanılan araçlar ile saldırı ve savunmanın yöneldiği hukuki değerler arasında bir orantı bulunup bulunmadığı göz önünde tutulabilirse de; bu hususlar da savunma ile saldırı arasındaki orantının var olup olmadığının belirlenmesi bakımından kesin bir kanaate ulaştırmaz.[10]

Burada önemli olan husus savunma ile saldırı arasında orantı olup olmadığını incelerken olayın kendine has özelliklerini de nazara almamız gerektiğidir. Her olay şüphesiz kendi içinde farklılıklar barındırmaktadır ve bir olayda saldırı neticesinde yapılan savunma orantısız kabul edilebilirken bir başka olayda aynı savunma meşru bir savunma olarak kabul

8 Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, sf.275

9 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, sf. 238-239

10 Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, sf. 277

görebilecektir. Bu duruma örnek olarak bir kadının fiziki kuvvetsizliğinden yararlanarak ona karşı saldırıda bulunan bir erkeğe karşı kadının gerçekleştireceği savunma bakımından kadının bir erkeğe nazaran çok daha geniş bir imkânı bulunmaktadır. Zira kadının yapacağı savunma hareketi aradaki fiziki kuvvet farkı sebebiyle pek çok halde orantılı olarak kabul görebilecektir. Örneğin, bir kadının, kendisine karşı fiziki kuvvet kullanarak cinsel saldırıda bulunan bir erkeğin saldırısını bıçak ya da silah kullanarak uzaklaştırabilmesi mümkündür. Bu olayda esasında bir orantısızlık varmış gibi görünse de somut olayın hal ve koşullarına göre yapılan değerlendirme neticesinde yapılan savunma meşru olarak kabul görebilecektir.

Burada değinilmesi gereken önemli bir diğer husus da kişide meşru savunma bilincinin var olup olmadığıdır. Meşru savunma bilinci, kişinin kendisine veya başkasına yönelik bir saldırının varlığının bilincinde olması ve bu saldırıyı defetmek amacıyla hareket etmesidir. Meşru savunmayı gerçekleştiren kişinin meşru savunma bilincini haiz olması gerektiği isabetli olarak hem doktrin hem Yargıtay'ca kabul görmektedir.

Buradan hareketle, işlediği fiil açısından meşru savunmanın maddi şartları gerçekleşmediği halde, bu şartların gerçekleştiği zannıyla hareket eden kişinin işlediği suç açısından bu kişinin kastından söz edilemez.[11]

Saldırıya uğrayan kişi savunmada kullandığı aracı saldırıyı defetmeye yetecek ölçüde kullanmakta gerekli özeni göstermemişse yani bu hususta dikkatsiz davranmışsa; 5237 sayılı TCK'nin 27. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen meşru savunmada sınır taksirle aşılmış olur.

Ayrıca meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için, Türk Borçlar Kanunu'nun 64. maddesi uyarınca meşru savunmada bulunan saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

KAYNAKÇA:

- Artuk/Gökcen/Yenidünya, Genel Hükümler
- Hakan Hakeri, Ceza Hukuku
- İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi(Genel Hükümler)
- İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler
- Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları
- Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler
- Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa
- YKD, Ağustos, 1995
- 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

11 İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005, sf. 375

TÜRK SERMAYE PİYASASINDA YATIRIM KURULUŞLARINA DAİR YENİ ESASLAR[1]

Yavuz AKBULAK[2]

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere, 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı (yeni) Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn/Kanun/Yasa), 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak tüm kurum ve kurallarıyla birlikte yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Anılan Yasa ile getirilen temel esaslar aşağıda verilmektedir:

i) sermaye piyasası araçları ve ihraççıları,

ii) finansal raporlama, bağımsız denetim, derecelendirme ve değerleme,

iii) sermaye piyasası faaliyetleri, aracılar, özdüzenleyici kuruluşlar,

iv) kurumsal yatırımcılar,

v) sermaye piyasasında denetim ve alınacak tedbirler ile

vi) piyasa suçları ve yaptırımlar.

Söz konusu Kanun değişikliği ile sermaye piyasası faaliyetleri anlamında, mülga 2499 sayılı Kanun'da yer alan "kurum temelli düzenleme" yerine "faaliyet temelli düzenleme" esası benimsenmiştir. Bu konudaki temel tetikleyici unsur, gerek Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinde gerekse 2007 yılından itibaren yaşanmaya başlayan küresel finansal kriz sonrasında dünya genelinde görülen düzenleme yaklaşımındaki yeni eğilimlerin bu yönde olmasıdır. Mezkur Yasa ile sermaye piyasası mevzuatında ilk kez "borsalar"a ilişkin kapsamlı hükümler öngörülmüş, borsaların taşımaları gereken esaslar yasal düzenleme altına alınmıştır. 6362 sayılı Kanun'la finansal altyapı kuruluşları olan (*financial markets infrastructure*) merkezi takas, merkezi saklama ve veri depolama kuruluşları yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu yapılanmada, küresel finansal kriz sonrasında uluslararası otoritelerce yürütülen çalışmalar sonucunda benimsenen

1 Yazarın Notu: Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz.

2 SPK Başkanlık Danışmanı

ölçütler temel alınmıştır. Kanun'la finansal alt yapı kuruluşlarına ilişkin düzenlemelere yasal zemin hazırlanmış, uluslararası kurumlara verilen taahhütlerin yerine getirilebilmesine olanak sağlanmıştır. Yine, aynı Kanun'la merkezi karşı taraf (*central counterparty*) düzenlemeleri yasal yapıya kavuşturulmuştur. Bilindiği üzere küresel kriz sonrasında yaşanan gelişmelerin mihenk taşını merkezi karşı taraf uygulamalarının ulusal düzenlemelere entegrasyonu oluşturmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK/Kurul) da üyesi olduğu eylem gücü çalışmalarında edinilen tecrübe de oluşturulan yasal altyapıda önemli bir kaynak sağlamıştır.

Yukarıda ifade edildiği üzere söz konusu Yasa'yla aynı zamanda sermaye piyasalarında gerçekleştirilen hemen her işlemin veri olarak depolanabileceği "veri depolama kuruluşları" (*trade repositories*) yasal altyapıya kavuşturulmuştur. Kanun'la, AB düzenlemelerine koşut olarak sermaye piyasası faaliyetinde bulunan kuruluşların mali açıdan sıkıntıya düşmeleri durumunda yatırımcıların tazminine yönelik olarak "Yatırımcıları Tazmin Merkezi" oluşturulmuştur. Söz konusu yapı, mülga 2499 sayılı SPKn'nda yer alan "tedrici tasfiye" uygulamasının bir parçası iken, tazmin mekanizmaları ayrıştırılmış, tedrici tasfiye korunmuştur. Kanun'la mevcut Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'nin yapısı revize edilerek Birliğin sadece aracı kurumların değil, sermaye piyasasında faaliyet gösteren tüm aktörlerin temsiline imkân sağlayan bir yapıya dönüşümü sağlanmıştır. Gelişmiş piyasalarda görülen bu yapı, mevcut durumdaki parçalı yapının tek bir noktada toplanarak hem SPK'nın üstlenmiş olduğu işlevlerin daha etkin bir yapıya kavuşturulmasına olanak sağlayacak hem de Birliğin öz düzenleyici fonksiyonunu artıracaktır. Getirilen bir diğer düzenlemeyle, menkul kıymetlerin teminata konu olması işlemlerine ilişkin mevzuatın gözden geçirilmiş olup, menkul kıymetlerin teminata konu olması işlemlerinin hukuki dayanağı UNIDROIT ve AB düzenlemeleriyle uyumlu hale getirilmesi hedeflenmiştir.

Yatırım kuruluşlarını ilgilendiren temel Kanun hükümleri şöyledir:

a) "Faaliyet izni alma zorunluluğu" başlıklı 39. madde: *"Yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur. Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ancak yatırım kuruluşları tarafından yerine getirilebilir. Yatırım ortaklıkları ile portföy yönetim şirketlerine ve borsalara ilişkin hükümler saklıdır. Kurul, her bir yatırım hizmet ve faaliyetinin, sermaye piyasası aracı veya yatırım hizmet ve faaliyeti bazında ayrı kuruluşlar tarafından yapılmasına ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. Yan hizmetler, yatırım kuruluşları ve portföy yö-*

netim şirketlerince ayrıca bir yetki belgesine tabi olmaksızın Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde yapılır. Kurul, sermaye piyasası aracı bazında, bir veya birden fazla yatırım hizmet ve faaliyet türü için de izin verebilir. Kurul, yatırım kuruluşlarını yatırım hizmet ve faaliyet türleri ve sermaye yapıları itibarıyla gruplandırabilir. Faaliyet izni başvuruları, gerekli belgelerin Kurula eksiksiz olarak sunulmasından itibaren azami altı ay içinde Kurul tarafından karara bağlanır ve keyfiyet ilgililere bildirilir. Özel kanunları ile yetkili kılınmış olsalar dahi bu Kanunda sayılan şartları taşımayan ve Kurulca izin verilmeyen kişi ve kuruluşlar yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunamazlar. Kurul, yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlerin sunulabilmesi için mesleki sorumluluk sigortası yaptırılmasını zorunlu tutabilir. Kurul, sermaye piyasası araçlarının ödünç alma ve verme işlemleri ile açığa satış işlemlerine ilişkin ilke ve esasları belirlemeye ve Hazine Müsteşarlığı ile TCMB'nin görüşü alınmak suretiyle kredili sermaye piyasası aracı işlemleri ile ilgili düzenlemeler yapmaya yetkilidir. Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlerin sunulmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Bu Kanunun 37'nci maddesinin (a), (b), (c), (ğ) ve (h) bentlerinde sayılan yatırım hizmet ve faaliyetleri bankalarca da yürütülebilir. Yatırım ve kalkınma bankaları aynı maddenin (ç), (d), (e) ve (f) bentlerinde sayılan hizmetleri de sunabilir. Bankaların aynı madde kapsamında yürütecekleri yatırım hizmet ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. İşbu hizmet ve faaliyetlerde Kurul, sermaye piyasası araçlarının ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun görüşüyle bankaların niteliklerine göre farklı usul ve esaslar belirleyebilir."

b) "Yetki belgesi" başlıklı 40. madde: *"Yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak üzere Kurulca izin verilenlere, icra edecekleri yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini gösteren yetki belgesi verilir. Bir yetki belgesi ile bir veya birden fazla yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunma izni verilebilir. Yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak üzere Kuruldan izin almayanlar ile aldıkları izinler iptal olanlar, bu hizmet ve faaliyetlerde bulunamayacakları gibi esas sözleşmelerinde, ticaret unvanlarında veya ilan ve reklamlarında bu hizmetler ve faaliyetlerde bulundukları intibaını uyandıracak hiçbir kelime veya ibare kullanamazlar."*

c) "Yetki belgesi ve faaliyet izninin iptali" başlıklı 41. madde: *"Kurul, bu Kanun kapsamında vermiş olduğu yetki belgesi ve faaliyet izinlerini, bu Kanundaki ilgili diğer hükümler saklı kalmak kaydıyla, aşağıdaki hallerde iptal edebilir: a) faaliyette bulunma yetkisinden açıkça*

feragat edilmesi veya faaliyet izninin verildiği tarihten itibaren iki yıl süreyle ilgili izin kapsamında herhangi bir faaliyette bulunulmaması, b) faaliyet izninin yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunularak ya da hukuka aykırı diğer yollarla alınmış olması, c) faaliyet izninin alınması sırasında aranan şartların kaybedildiğinin Kurulca tespitinden itibaren üç ay içinde bu şartların yeniden sağlanamaması. Faaliyet izinlerinin tamamı iptal edilenlerin, sona erme kararı almaları veya en geç üç ay içinde esas sözleşmelerindeki ticaret unvanı ile amaç ve faaliyet konuları da dahil olmak üzere ilgili hükümleri yatırım hizmetleri ve faaliyetleri kapsamayacak şekilde değiştirmeleri zorunludur."

ç) "Mali sorumluluk sınırlarına ve çalışanlara ilişkin esaslar" başlıklı 42'nci madde: *"Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetler itibarıyla yüklenilebilecek mali sorumluluğun azami sınırı ve yatırım kuruluşlarındaki yöneticiler ile bu hizmetleri ve faaliyetleri yürütmekle görevlendirilecek personelde aranacak asgari şartlar Kurulca belirlenir."*

d) "Kuruluş şartları" başlıklı 43. madde: *"Aracı kurumların kuruluşuna Kurulca izin verilebilmesi için; a) anonim ortaklık şeklinde kurulmaları, b) paylarının tamamının nama yazılı olması,*

c) Paylarının nakit karşılığı çıkarılması, ç) sermayelerinin Kurulca belirlenen miktardan az olmaması, d) esas sözleşmelerinin bu Kanun ve ilgili düzenlemelerde yer alan hükümlere uygun olması, e) kuruculalarının bu Kanunda ve ilgili düzenlemelerde belirtilen şartları haiz olması, f) ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması, gerekir. Bankalar dışındaki diğer yatırım kuruluşları için de birinci fıkradaki şartlar aranır. Kurul bu kuruluşlar için ilave şartlar öngörebilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir."

e) "Kuruculara ilişkin şartlar" başlıklı 44. madde: *"Aracı kurumların kurucu ortaklarının; a) müflis olmaması, konkordato ilan etmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması, b) faaliyet izinlerinden biri Kurulca iptal edilmiş kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması, c) bu Kanunda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunmaması, ç) 14.1.1982 tarihli ve 35 sayılı Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması, d) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene*

ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkum olmaması, e) gerekli mali güç ve işin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması, şarttır. (a) bendinde belirtilen şartlar, iflasın kaldırılmasına, kapatılmasına veya konkordato teklifinin tasdikine ilişkin kararın, (b) bendinde yer alan şartlar ise buna ilişkin kararın kesinleşme tarihinden itibaren on yıl geçmesi halinde, bu fıkranın uygulamasında dikkate alınmaz. Aracı kurumların tüzel kişi kurucu ortaklarının da doğrudan veya dolaylı olarak şartları Kurulca belirlenecek önemli etkiye sahip ortakların da birinci fıkrada yer alan şartları taşıması zorunludur. Aracı kurumların dönüşüm işlemleri ile esas sözleşme değişikliklerinde Kurulun uygun görüşünün, pay devirlerinde Kurul izninin alınması zorunludur ve bunlara ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Bu fıkra uyarınca yapılan düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen devirler pay defterine kaydolunmaz ve bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. Aracı kurumların bu Kanun kapsamındaki faaliyetlerini yürütmek için dışarıdan destek hizmeti alımına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Bankalar dışındaki diğer yatırım kuruluşlarının kurucularında aranacak şartlar Kurulca belirlenir."

f) "Faaliyette bulunulmasına ilişkin şartlar" başlıklı 45. madde: *"Yatırım kuruluşlarının yükümlülükleri, yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetlerin sunumu sırasında uyacakları ilke ve esaslar Kurulca belirlenir. Yatırım kuruluşu yöneticilerinin 44. maddenin birinci fıkrasındaki mali güç şartı dışındaki şartlar ile Kurulca belirlenecek tecrübe ve eğitim şartlarını taşımaları zorunludur. Borsada işlem yapacak yatırım kuruluşlarının, ilgili borsadan işlem yapma yetkisi almaları zorunludur. Kurul, yatırım kuruluşlarının yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinin icrası esnasında yatırımcılara sağlanacak korumanın belirlenmesi amacıyla yatırımcıları sınıflandırmaya yetkilidir. Yatırım kuruluşları, faaliyetleri nedeniyle oluşabilecek riskleri de dikkate alacak şekilde sundukları yatırım hizmet ve faaliyetlerine uygun, yatırımcı hak ve yararlarını gözeten ve bu hizmet ve faaliyetlerden doğan yatırımcı şikayetlerinin takibi ve sonuçlanmasını sağlamak üzere gerekli iç kontrol birim ve sistemlerini oluşturmakla yükümlüdürler."*

g) "Teminatlar, yatırımcı varlıkları ve kullanım esasları" başlıklı 46'ncı

madde: *"Kurul, yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunacaklara teminat yatırma veya bulundurma zorunluluğu getirebilir. Yatırım kuruluşları, yatırımcılardan kredili sermaye piyasası aracı işlemleri, sermaye piyasası araçlarının ödünç işlemleri veya açığa satış işlemleri ile diğer yatırım hizmet ve faaliyetleri ve yan hizmetler nedeniyle teminat verilmesini isteyebilirler. Borsalar ile takas ve saklama kuruluşları, yatırım kuruluşları ve yatırımcılardan yatırım hizmetleri ve faaliyetleri kapsamında teminat verilmesini isteyebilirler. Bu maddede düzenlenen teminatların türü, miktarı, kullanım alanı ve şekli ile yatırılması ve serbest bırakılmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Bu maddede düzenlenen teminatlar tevdi amaçları dışında kullanılamaz, üçüncü kişilere devredilemez, kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, iflas masasına dahil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamaz. Yatırımcıların her ne surette olursa olsun yatırım kuruluşları nezdinde bulunan nakit ve sermaye piyasası araçları, yatırım kuruluşlarının malvarlıklarından ayrı izlenir. Söz konusu varlıklar, yatırımcıların yazılı açık izni olmaksızın, tevdi edilen kurumlar tarafından tevdi amacı dışında kendilerine veya üçüncü kişilere menfaat sağlayacak şekilde kullanılamazlar. Yatırımcıların her ne surette olursa olsun yatırım kuruluşları nezdinde bulunan nakit ve sermaye piyasası araçları yatırım kuruluşlarının borçları nedeniyle, yatırım kuruluşlarının mal varlığı ise yatırımcıların borçları nedeniyle kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, yatırımcıların ayrıca yazılı ön izni olmaksızın rehnedilemez, iflas masasına dahil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamaz."*

ğ) "Sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerinde uygulanacak tedbirler" başlıklı 96. madde: *"Kurul, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, Kurulca belirlenen standartlar, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi halinde; ilgililerden aykırılıkların Kurulca belirlenen bir sürede giderilmesini ve kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanmasını istemeye ya da doğrudan bu kurumların faaliyetlerinin kapsamını sınırlandırmaya veya geçici olarak durdurmaya, tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini iptal etmeye ya da öngöreceği diğer her türlü tedbiri almaya yetkilidir. Kurul, hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerde sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, haklarında suç duyurusunda bulunulması kararından itibaren yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya, hukuka aykırılıkta veya gerçekleştirilen işlemlerde*

sorumluluğu mahkeme kararıyla tespit edilen yönetim kurulu üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya yetkilidir. Banka yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yönünde işlem tesis edilmeden önce Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun görüşü alınır."

h) "Mali durumun bozulması halinde uygulanacak tedbirler" başlıklı 97. madde: *"Kurul, sermaye piyasası kurumlarının sermaye yeterliliği yükümlülüklerini sağlayamadığı, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve finansal araç teslim yükümlülüklerini yerine getiremediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceği ya da bunlardan bağımsız olarak mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğu ya da mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti hâlinde, üç ayı geçmemek üzere verilecek uygun süre içinde mali yapılarının güçlendirilmesini istemeye ya da herhangi bir süre vermeksizin doğrudan bu kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya; tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini kaldırmaya; yatırımcıları tazmin kararı vermeye; sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya ve gerektiğinde yönetim kurulunun üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya; bu kurumların tedrici tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye veya gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya yetkilidir. Yetkileri sürekli olarak kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıkları, yetkinin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının alındığı tarihten itibaren tedrici tasfiye işlemlerinin tamamlandığı ilan edilinceye; tedrici tasfiyeyi takiben veya doğrudan iflas talebinde bulunulması halinde, iflas talebinin mahkemece esastan karara bağlanmasına kadar, Kurul ve tedrici tasfiye çerçevesinde YTM tarafından yapılacak işlemler hariç, devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, tedbir konulamaz, haczedilemez. Bunlar hakkında yapılmış olan tüm hacizler ve uygulanmış tüm ihtiyati tedbirler düşer ve tüm icra ve iflas takipleri kendiliğinden durur, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. İflas kararı alınması hâlinde, YTM'nin yapmış olduğu ödemelerden doğan alacakları Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere, imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil olunur. Bu alacaklar masanın nakit durumuna göre 2004 Sayılı Kanun'un 232 maddesinde gösterilen sıra cetve-*

linin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir. Hakkında 5411 sayılı Kanun hükümleri uygulanan banka ve kuruluşlar ile haklarında 5411 sayılı Kanun hükümleri uygulanan gerçek ve tüzel kişiler yönünden YTM'nin alacakları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun alacaklarından sonra gelir. Birinci fıkra uyarınca faaliyetleri geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıkları da geçici durdurma kararı verildiği tarihten tekrar faaliyete geçme izni verildiği tarihe kadar, Kurul tarafından yapılacak işlemler hariç, devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, tedbir konulamaz, haczedilemez, bu kurumlar hakkında yapılmış olan tüm hacizler ve uygulanmış tüm ihtiyati tedbirler ve tüm icra ve iflas takipleri kendiliğinden durur. Bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Kurul tarafından faaliyetlerinin devamına karar verilen sermaye piyasası kurumları hakkında, faaliyetlerin durdurulması öncesinde mevcut olup, bu fıkranın birinci cümlesi kapsamında duran tüm işlemlere kaldıkları yerden devam olunur. Bu Kanun uyarınca faaliyetleri Kurulca veya kendi talepleri doğrultusunda geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının geçici kapalılık süresi iki yılı geçemez. Sermaye piyasası mevzuatına aykırılığın giderilmesi veya sermaye piyasası faaliyetinin yürütülmesine yönelik tedbirler hariç olmak üzere, bankalar hakkında birinci fıkrada belirlenen tedbirlerin uygulanmasına Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca karar verilir. Söz konusu tedbirlerin, 5411 Sayılı Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca yönetim veya denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankalar hakkında uygulanmasına ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından karar verilir."

1) "Tedrici tasfiye ve iflas durumlarında uygulanacak tedbirler" başlıklı 98'inci madde: *"Kurul, sermaye piyasası kurumlarının iflası veya 86'ncı madde uyarınca tedricî tasfiyeye girmesi durumlarında, 97'nci madde uyarınca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; doğrudan veya dolaylı yüzde onundan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan, yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticilerinin, portföy yönetim şirketi yöneticilerinin ve konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyelerinin şahsen iflaslarını istemeye yetkilidir."*

Yukarıda yer alan Kanun hükümleri ile getirilen yenilikleri şu şekilde özetlemek olasıdır: Yatırım hizmeti ve faaliyetlerinin, düzenli bir şekilde ticari bir uğraşı veya mesleki faaliyet olarak icra edilmesi durumunda kamu iznine tabi tutulmuştur. Söz konusu faaliyetlerin arızi olarak veya herhangi bir iş ve ya mesleğin icrası sırasında münferit olarak sunulması

izin kapsamına alınmamış, yetki belgesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Daha önce tebliğ ile düzenlenen bazı hususlara ek olarak, yetki belgesi ve faaliyet izninin hangi koşullarda iptal edilebileceği açıkça belirtilmiştir. Yatırım kuruluşlarının üstlenebilecekleri risklere bir limit getirilmesi ve mevcut durumda yatırım kuruluşlarında görev alacak personelin belirli bir eğitim ve bilgi seviyesinde olmasını teminen gerçekleştirilen sınavlar ve ihdas edilen lisans belgelerine ilişkin olarak SPK'ya yetki verilmiştir. AB düzenlemeleri, sektörde ve piyasada yaşanan gelişmeler, ilgili mevzuatta yapılan değişiklikler, yeni getirilen yatırım hizmetleri ve yan hizmetler tanımı ve pratikte karşılaşılan durumlar da göz önüne alınarak aracı kurumların kuruluşuna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Yine aynı hükümlerle, kuruculardа aranacak şartlar, yatırım kuruluşlarının faaliyette bulunma şartları, teminatlar, yatırımcı varlıkları ve kullanım esasları, mali durumun bozulması halinde uygulanacak tedbirler ile tedrici tasfiye ve iflas durumlarında uygulanacak tedbirler düzenlenmiştir. Son olarak, izin alınmaksızın sermaye piyasasında faaliyette bulunan kurum, kuruluş ve şahıslara karşı her türlü tedbiri almaya, gerekli görüldüğü takdirde sorumlulara yönelik hukuki ve cezai süreci takip etmeye SPK yetkili kılınmıştır.

SPK, 6362 sayılı SPKn'nun yukarıda ayrıntılarıyla verilen hükümlerine dayanarak, "III-39.1" sayılı "Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ"i (Tebliğ)[3] hazırlamış ve anılan Tebliğ,

3 Anılan Tebliğ uygulamasında;

a) Aracı Kurum: 6362 sayılı SPKn'nun 37'nci maddesinin birinci fıkrasındaki yatırım hizmet ve faaliyetlerinden (a), (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde yer alanları münhasıran yapmak üzere SPK tarafından yetkilendirilen yatırım kuruluşunu,

b) Banka: 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan mevduat ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını,

c) Birlik: Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğini,

ç) Borsa: Anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilân etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım-satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, Kanuna uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerlerini,

d) Dar yetkili aracı kurum: Kurulun yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin esaslar ile ilgili düzenlemeleri uyarınca emir iletimine aracılık ve/veya yatırım danışmanlığı faaliyetlerinden herhangi birini yürütecek olan aracı kurumu,

e) Geniş yetkili aracı kurum: Kurulun yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin esaslar ile ilgili düzenlemeleri uyarınca portföy aracılığı faaliyeti, genel saklama hizmeti ve/veya aracılık yüklenimi faaliyetinden herhangi birini yürütecek olan aracı kurumu,

f) İhraç: Sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışını,

17.12.2013 tarihli ve 28854 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup, 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe girecektir. Anılan Tebliğ'in 31 ve 32. maddelerde yer alan profesyonel müşteri ve talebe dayalı profesyonel müşteri tanımları, SPK'nın düzenlemelerinde yer alan nitelikli yatırımcının belirlenmesi bakımından Tebliğin yayımlandığı tarihten itibaren esas alınır. Söz konusu Tebliğ ile birlikte, 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Aracı Kurumlar Tarafından Yatırılan Teminatların Kullanım Esasları Tebliği (Seri:V, No:101) yürürlükten kaldırılmıştır.

2. YATIRIM KURULUŞLARINA İLİŞKİN YENİ ESASLAR

2.1. Aracı Kurumların Kuruluş Koşulları ve Kuruluş İzni

Aracı kurumların kuruluşu SPK'nın iznine tabi olup, bunun için;

a) Anonim ortaklık şeklinde kurulmaları,

b) Paylarının tamamının nama yazılı olması,

c) Paylarının nakit karşılığı çıkarılması,

g) Kısmi yetkili aracı kurum: Kurulun yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin esaslar ile ilgili düzenlemeleri uyarınca işlem aracılığı, en iyi gayret aracılığı faaliyeti, sınırlı saklama hizmeti ve/veya portföy yöneticiliği faaliyetinden herhangi birini yürütecek olan aracı kurumu,

ğ) MKK: 6362 sayılı Kanun'un 81'inci maddesinde tanımlanan Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketini,

h) Önemli etkiye sahip ortak: Sermaye veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak %10 veya daha fazlasını temsil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylara sahip ortağı,

ı) Özsermaye: Kurulun aracı kurumların sermayeleri ve sermaye yeterliliği ile ilgili düzenlemeleri uyarınca hesaplanan özsermayeyi,

i) Sermaye piyasası araçları: Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını,

j) Sermaye piyasası faaliyetleri: Sermaye piyasası kurumlarının Kanun kapsamındaki faaliyetleri, Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile bunlara ek olarak sunulan yan hizmetleri,

k) SPL: Sermaye Piyasası Lisanslama Sicil ve Eğitim Kuruluşu Anonim Şirketini,

l) Takasbank: İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketini,

m) TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununu,

n) Yan hizmetler: 6362 sayılı Kanun'un 38'inci maddesinde sayılan hizmetleri,

o) Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri: 6362 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinde sayılan hizmet ve faaliyetleri,

ö) Yatırım kuruluşu: Aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları,

p) YTM: 6362 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinde tanımlanan Yatırımcı Tazmin Merkezini ifade eder.

ç) Kuruluş sermayelerinin SPK'nın sermaye yeterliliği ile ilgili düzenlemeleri uyarınca geniş yetkili aracı kurumlar için aranan asgari özsermaye tutarının altında olmamak kaydıyla Kurulca belirlenecek tutardan az olmaması,

d) Esas sözleşmelerinin SPKn ve ilgili düzenlemelerde yer alan hükümlere uygun olması,

e) Kurucularının SPKn'nda ve ilgili düzenlemelerde belirtilen şartları haiz olması,

f) Ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması

gerekir. Kurulacak aracı kurumların özsermayesi, gerçekleştirmek istedikleri hizmet ve faaliyetlere göre içinde yer alacakları aracı kurum grubu için SPK'nın sermaye yeterliliği ile ilgili düzenlemeleri uyarınca aranan asgari özsermaye tutarından az olmamalıdır[4].

---

4 SPK'nın, 11.07.2013 tarihli ve 28704 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "III-37.1" sayılı *"Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"* uyarınca, SPK'dan aldıkları faaliyet izinlerine bağlı olarak aracı kurumlardan;

i) Emir iletimine aracılık ve yatırım danışmanlığı faaliyetlerinden herhangi birini veya tamamını yürütecek olanlar "dar yetkili",

ii) (i) bendinde belirtilen faaliyetlere ek olarak, işlem aracılığı, en iyi gayret aracılığı faaliyeti, sınırlı saklama hizmeti ve portföy yöneticiliği faaliyetinden herhangi birini veya tamamını yürütecek olanlar "kısmi yetkili",

iii) (ii) bendinde belirtilen faaliyetlere ek olarak, portföy aracılığı faaliyeti, genel saklama hizmeti ve aracılık yüklenimi faaliyetinden herhangi birini veya tamamını yürütecek olanlar "geniş yetkili" olarak gruplandırılmıştır. Dar yetkili aracı kurumların 2 milyon TL, kısmi yetkili aracı kurumların 10 milyon TL ve geniş yetkili aracı kurumların 25 milyon TL asgari özsermayeye sahip olması gerektiği hükme bağlanmıştır.

6362 sayılı SPKn uyarınca yeniden çerçevesi çizilen alım satıma aracılık faaliyetine ilişkin olarak, yatırım kuruluşları tarafından sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak sadece emirlerin müşteriden alınması ve gerçekleştirilmek üzere başka bir yatırım kuruluşuna iletilmesine aracılık ediliyorsa "*emir iletimine aracılık*"; emirlerin müşteriden alınması ve borsada ya da borsa dışında sonlandırılmasına aracılık ediliyorsa *"işlem aracılığı";* müşteriden alınan emirlerin şirketin kendi portföyünden karşılanması suretiyle işlem yapılıyorsa "*portföy aracılığı*" faaliyet izni alınması gerekecektir. Ayrıca mülga 2499 sayılı SPKn'da olduğu gibi, menkul kıymet, türev araç ya da kaldıraçlı alım satım işlemine aracılık edilmesine göre ayrı belgeler düzenlenmeyecek, alınan faaliyet izinlerinin tümünü gösteren tek bir yetki belgesi verilecektir. 6362 sayılı SPKn ile türev araç tanımı genişletilmiş, aynı zamanda "portföy aracılığı" faaliyeti tanımlanmıştır. Buna göre, tezgahüstü piyasalarda müşterileri ile bire bir türev araç düzenlemek isteyen banka ve aracı kurumların SPK'dan portföy aracılığı

Aracı kurumların kurucu ortaklarının ise;

a) Müflis olmaması, konkordato ilan etmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,

b) Faaliyet izinlerinden biri Kurulca iptal edilmiş kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması,

c) SPKn'nda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunmaması,

ç) 14.01.1982 tarihli ve 35 sayılı Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,

d) 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karış-

---

yapmak üzere izin almaları gerekmektedir. Halka arza aracılık faaliyeti mülga 2499 sayılı SPKn'nda bir bütün olarak tek bir sermaye piyasası faaliyeti olarak yer almakta iken yeni düzenlemelerde AB mevzuatı ile uyumlu olarak, farklı risk seviyelerine ve dolayısıyla farklı sermaye gereksinimlerine sahip olmak şartı ile halka arzın yüklenimde bulunarak veya en iyi gayret aracılığı şeklinde yapılması şeklinde ayrıma tabi tutulmuştur. Saklama hizmeti ilk kez düzenleme altına alınmıştır. Bireysel portföy yöneticiliği faaliyetinin aracı kurumlar, yatırım ve kalkınma bankaları ile portföy yönetim şirketlerince yapılabileceği hükme bağlanmış ve bu faaliyetin yürütülmesi sırasında uyulacak ilke ve esaslar belirlenmiştir. Yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin olarak; mevcut düzenlemelere paralel olarak, bu faaliyeti aracı kurumlar, kalkınma ve yatırım bankaları ile portföy yönetim şirketlerinin yapabileceği hükme bağlanmış olup; bununla birlikte, söz konusu faaliyetin tanım ve kapsamında değişiklikler yapılmıştır. Portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığı faaliyetlerine ilişkin olarak yatırım kuruluşlarının müşterilerini yorum ve tavsiyelerle yönlendirirken müşterilerin ihtiyaçlarını, bilgi düzeylerini ve risk algılarını bilerek hareket etmelerini teminen "yerindelik testi" uygulaması zorunlu kılınmıştır. Yan hizmetlerde yer alan "sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerle ilgili yatırım araştırması ve finansal analiz yapılması veya genel tavsiyede bulunulması" ile "yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile sınırlı olarak kredi ya da ödünç verilmesi" yan hizmetleri ise sermaye piyasaları için taşıdığı önem dikkate alınarak ve 6362 sayılı SPKn'nda yer alan yetki hükümlerine dayanılarak daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kapsamlı yenilikler getiren bu düzenlemelere uyum sağlanması amacıyla "III-37.1" sayılı Tebliğ'in yürürlük tarihi 01.07.2014 olarak belirlenmiştir.

tırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörizmin finansmanı, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,

e) Gerekli mali güç ve işin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması

şarttır. (a) bendinde belirtilen koşullar, iflasın kaldırılmasına, kapatılmasına veya konkordato teklifinin tasdikine ilişkin kararın, (b) bendinde yer alan şart ise buna ilişkin kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 yıl geçmesi halinde, dikkate alınmaz. Aracı kurumların tüzel kişi kurucu ortaklarının önemli etkiye sahip ortaklarının da bu şartları taşıması zorunludur. Kuruluştan sonraki ortaklık yapısı değişikliklerinde aracı kurum ortağı olan gerçek ve tüzel kişiler ile aracı kurumların önemli etkiye sahip tüzel kişi ortaklarının önemli etkiye sahip ortakları için de bu maddede kurucu ortaklara ilişkin öngörülen şartlar aranır. Aracı kurum kuruluşu ya da pay oranının artması sonucunu veren ortaklık yapısı değişikliği başvurularında ortakların ayrıca işlem yasaklı olmaması şartı aranır.

Aracı kurumların ticaret unvanlarında yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini göstermesi amacıyla "menkul değerler" veya "menkul kıymetler" ibarelerinden birinin yer alması şarttır. Geniş yetkili aracı kurumlar ise "yatırım menkul değerler" veya "yatırım menkul kıymetler" ibarelerini kullanabilir. Aracı kurumların yazılı ve görsel basın-yayın organlarında yer alacak her türlü ilan ve reklamlar ile tüm yazışmalarında işletme adları ile birlikte ticaret unvanlarını kullanmaları şarttır.

Kurucular, kuruluş şartlarına uygun olarak hazırlayacakları esas sözleşme ve öngörülen koşulları taşıdıklarını gösteren belgelerle SPK'ya başvurur. Kuruluş başvurusunda Kurulca gerekli görülmesi halinde ek bilgi ve belge istenebilir. SPK, kuruluş, faaliyet izni ve ortaklık yapısı değişikliği başvurularında aracı kurumlardan ve tüzel kişi ortaklarından özel olarak bağımsız denetim ve derecelendirme yaptırmalarını talep edebilir.

2.2. Yatırım Kuruluşlarının Faaliyet Koşulları ve Faaliyet İzni

Aracı kurumların yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlerle ilgili düzenlemeleri uyarınca faaliyette bulunmak üzere SPK'dan izin alabilmeleri için;

a) Kuruluş şartlarının kaybedilmemiş olması,

b) Asgari kuruluş sermayesinin nakden ve tamamen ödenmiş olması,

c) Tercih edilen hizmetler ve faaliyetlere göre SPK'nın sermaye yeterlili-

ği düzenlemelerinde öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi,

ç) Organizasyon yapısının oluşturulmuş olması,

d) Çalışacak personele ilişkin şartların sağlanması,

e) Genel müdür ve yardımcılarına ilişkin şartların sağlanması,

f) Faaliyetlerin sağlıklı şekilde yürütülmesini teminen gerekli bilgi işlem altyapısının oluşturulmuş olması,

g) Aracı kurum nezdinde bulunan varlıklara ilişkin sigorta dahil olmak üzere gerekli güvenlik önlemlerinin alınmış olması,

ğ) Varsa mevzuatta öngörülen teminatların tesis edilmiş olması

gerekir. Bankaların mevzuat uyarınca izin verilen yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunabilmeleri için (ç), (d) ve (g) bentlerinde sayılan genel şartları sağlamaları gerekir.

Aracı kurumlara faaliyet izni verilebilmesi için organizasyon yapılarının aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

a) Tercih edilen yatırım hizmet ve faaliyet konularına uygun hizmet birimlerinin kurulmuş, yeterli mekân ve teknik donanımın sağlanmış ve mevzuatta öngörülen asgari şartları taşıyan birim yöneticisi ile yeterli sayıda personelin istihdam edilmiş olması.

b) Belge, kayıt ve muhasebe işlemlerini yürütecek sorumlu birimin oluşturulmuş olması ve yeterli sayıda personelin istihdam edilmiş olması.

c) Tercih edilen hizmet ve faaliyet konularına uygun ve SPK'nın aracı kurumların iç denetim sistemi ile ilgili düzenlemeleri çerçevesinde sağlıklı bir yönetim yapısının oluşturulmuş ve personelin görev tanımları ile yetki ve sorumluluklarının belirlenmiş olması.

ç) Organizasyon yapılarının SPK'nın aracı kurumların iç denetim sistemi ile ilgili düzenlemelerine uygun iç kontrol, teftiş ve risk yönetim sistemlerinden oluşan iç denetim sistemini içerecek şekilde oluşturulmuş olması.

d) Organizasyon yapılarının çıkar çatışmalarına uygun şekilde oluşturulmuş olması.

Bankalara faaliyet izni verilebilmesi için (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan şartlar aranır.

Yatırım kuruluşunun yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetle-

ri sunarken müşterilerinin çıkarını ve piyasanın bütünlüğünü gözeterek adil ve dürüst davranması gerekir. Yatırım kuruluşunun bu amaç doğrultusunda müşterileri ile olan ilişkilerinde kendisi, ortakları, çalışanları, yöneticileri ve bunlarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili bulunan kişiler ile müşterileri arasında veya bir müşterisi ile başka bir müşterisi arasında çıkabilecek çıkar çatışmalarını önleyecek bir organizasyon yapısı oluşturması ve gerekli idari tedbirleri alması esastır. Ancak piyasanın işleyişinden kaynaklanan makul nedenlerden dolayı çıkar çatışmasının önlenememesi durumunda, yatırım kuruluşunun kendisi ile müşterileri arasında ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarının içeriği ve nedenleri hakkında ilgili faaliyet veya hizmeti sunmadan önce müşteriyi bilgilendirmesi gerekir. Bu bildirimin yapıldığına dair ispat yükü yatırım kuruluşuna aittir. Yatırım kuruluşunun bu maddedeki esaslara uygun hareket edilmesini sağlamak üzere yazılı bir çıkar çatışması politikası oluşturması gerekir. Bu politikanın yürürlüğe girmesi için yönetim kurulu kararına bağlanması şarttır.

Yatırım kuruluşu çıkar çatışması politikasını oluştururken büyüklüğünü, organizasyon yapısını ve sunduğu yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetleri dikkate alır. Yatırım kuruluşunun bir şirketler topluluğunun üyesi olması durumunda çıkar çatışması politikası, şirketler topluluğunun organizasyon yapısı ve diğer üyelerinin faaliyetleri de dikkate alınarak oluşturulur. Çıkar çatışması politikasının yatırım kuruluşunun yetkili olduğu her bir yatırım hizmet ve faaliyeti ile yan hizmet için müşterinin çıkarlarına aykırı olabilecek olası durumları, bu durumların önlenmesi için alınabilecek tedbirleri ve çıkar çatışmalarının önlenememesi durumunda izlenecek prosedürleri içermesi gerekir. Yatırım kuruluşu çıkar çatışması politikasını oluştururken müşterinin çıkarlarına aykırı olabilecek olası durumları tespit etmek için, kendisi, ortakları, çalışanları, yöneticileri ve bunlarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili bulunan kişilerin; a) müşteri aleyhine mali kazanç elde edecekleri veya mali kayıptan kurtulacakları, b) müşterinin bir çıkarı olmadığı halde müşteriye sunulan hizmet ve faaliyetten çıkar elde edecekleri, c) bir müşteri ya da müşteri grubunun diğer bir müşteri veya müşteri grubuna tercih edilmesi sonucunda çıkar elde edecekleri, ç) müşteriye sunulan hizmet ve faaliyet nedeniyle müşteri dışında kalan başka bir kişiden standart ücret ve komisyon dışında mali kazanç elde edecekleri, durumları asgari kıstas olarak dikkate alır.

Aracı kurumda çalışan yönetici, ihtisas personeli, müfettiş, iç kontrol elemanı ve risk yönetim elemanının kurucu ortaklara ilişkin aranan şartları, gerekli mali güç şartı hariç olmak üzere taşıması ve işlem yasaklı olmaması gerekir. Aracı kurumda çalışan yönetici, ihtisas personeli, mü-

fettiş, iç kontrol elemanı ve risk yönetim elemanının SPK'nın lisanslama ve sicil tutma ile ilgili düzenlemelerinde aranan mesleki yeterliliklerini gösterir lisans belgesine sahip olması zorunludur. Yönetim kurulu üyeleri hariç olmak üzere yöneticiler, müfettiş, iç kontrol elemanı ve risk yönetim elemanı ile araştırma uzmanı, yatırım danışmanı, kurumsal finansman uzmanı ve portföy yöneticisi olarak çalışacakların, mevzuatta aksi belirtilmedikçe en az 4 yıllık lisans eğitimi; müşteri temsilcisi, türev araçlar müşteri temsilcisi, borsa üye temsilcisi, takas ve operasyon sorumlusu ve türev araçlar muhasebe ve operasyon sorumlusu olarak çalışacakların ise en az 2 yıllık ön lisans eğitimi veren okullardan mezun olmaları gerekir. Kurulca aracı kurum personeli için yürütecekleri faaliyetlere göre farklı eğitim ve mesleki tecrübe şartları aranabilir. Bankalar için burada yer alan şartlar tercih edilen faaliyet konularıyla ilgili hizmet birimlerinde çalışan yönetici ve ihtisas personeli bakımından aranır.

Aracı kurum genel müdür ve genel müdür yardımcılarının mali piyasalar veya işletmecilik alanında en az 7 yıllık mesleki deneyime sahip olması ve işin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip olması gerekir. Genel müdürlük görevine 6 aydan fazla vekalet edilemez.

Aracı kurum yönetim kurulu asgari olarak 3 üyeden oluşur. Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun 4 yıllık lisans eğitimi veren okullardan mezun olmaları şarttır. Aracı kurumun tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri için tüzel kişi adına belirlenen gerçek kişilerde öngörülen şartlar aranır. 6102 sayılı TTK'nın yönetim kurulu üyelerine ilişkin müzakereye katılma yasağına, şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağına ve rekabet yasağına ilişkin hükümleri saklıdır.

SPK gerekli gördüğü hallerde faaliyet izni verilmesi aşamasında veya faaliyet süresince genel olarak veya yatırım kuruluşu bazında mesleki sorumluluk sigortası yaptırılmasını isteyebilir.

Kuruluş için SPK'dan izin almasını takiben 6 ay içinde faaliyet izni almak üzere başvurmayan aracı kurumun faaliyet izni alma hakkı düşer. SPK gerekli görmesi halinde bu süreyi toplam 1 yılı aşmamak üzere uzatabilir. Süresi içinde faaliyet izni almak üzere Kurula başvurmayan veya faaliyet izni başvurusu uygun görülmeyen aracı kurumlar bu hususların kendilerine bildirildiği tarihten itibaren en geç 3 ay içinde sona erme kararı almak veya esas sözleşmelerindeki ticaret unvanına, amaç ve faaliyet konularına ilişkin hükümleri, yatırım hizmet ve faaliyetlerini kapsamayacak şekilde değiştirmek ve buna ilişkin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesini ilanı izleyen 10 iş günü içinde Kurula göndermek zorundadır. Yatırım kuruluşları öngörülen genel ve özel şartları sağladıklarını tevsik eden ve

Kurulca istenebilecek diğer bilgi ve belgeleri ekleyecekleri bir dilekçeyle SPK'ya başvurur. Kurulca belirlenen standartları taşımayan başvurular değerlendirmeye alınmaksızın iade edilir. SPK'ya sunulacak bilgi ve belgelerin yatırım kuruluşunu temsile yetkili olanların imzalarını taşıması ve faaliyet şartlarının yerine getirildiğini tevsik etmesi bakımından eksiksiz olması şarttır. Kurulca istenen ek bilgi ve belgelerin verilen süreler içinde tamamlanmaması halinde başvurular işlemden kaldırılır. Başvurular, gerekli belgelerin SPK'ya eksiksiz olarak sunulmasından itibaren azami 6 ay içinde SPK tarafından karara bağlanır ve keyfiyet ilgililere bildirilir. Faaliyet izin başvuruları ayrı ayrı incelenerek Kurulca uygun görülmesi halinde yatırım kuruluşuna icra edebileceği yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini gösteren tek bir yetki belgesi verilir. Yetki belgesinin alınmasından önce faaliyete başlanamaz.

2.3. Yatırım Kuruluşlarının Faaliyet İlke ve Esasları

Yatırım kuruluşları hizmet ve faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında aşağıdaki ilke ve esaslara uymak zorundadır. Bu kuruluşların;

a) Faaliyetlerini müşteriyle imzalanan çerçeve sözleşmede belirtilen esaslar, müşteri emrini en iyi şekilde gerçekleştirme yükümlülüğü ile özen ve sadakat borcu çerçevesinde yürütmeleri,

b) Faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında basiretli bir tacir gibi davranmaları, işin gerektirdiği mesleki dikkat ve özeni göstermeleri, bu kapsamda gerekli önlemleri almaları,

c) Faaliyetlerini sürdürmeleri için sahip oldukları kaynakları etkin bir biçimde kullanmaları,

ç) Müşterileriyle olan ilişkilerinde kaydi sistem ve yatırımcıyı korumaya ilişkin diğer düzenlemeler ile müşteriyi ilgilendiren tüm konularda yeterli bilgilendirme ve şeffaflığı sağlamaları

gerekir. Yatırım kuruluşları Birliğe üye olmak ve YTM'ye katılmak zorundadır.

Yatırım kuruluşları, yatırım hizmet ve faaliyetleri kapsamında çerçeve sözleşme imzalamadan önce genel müşterilerine sermaye piyasası araçları ile yatırım hizmet ve faaliyetlerine ilişkin genel riskleri açıklamak ve bu amaçla asgari içeriği Kurulca belirlenmiş "Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri Genel Risk Bildirim Formu"nun bir örneğini vermek ve bu formun okunup anlaşıldığına dair yazılı bir beyan almak ve bir örneğini müşteriye vermek zorundadır. Yatırım kuruluşları alım satıma aracılık faaliyeti kapsamında genel müşterilerine hizmet sunmadan önce birinci fıkra uya-

rınca yapılan genel risk bildirimine ek olarak işleme konu sermaye piyasası araçlarının risklerini müşteriye açıklamak ve açıklamaların müşteri tarafından okunup anlaşıldığına dair yazılı bir beyan almak zorundadır. Söz konusu açıklamaların bir örneğinin müşteriye verilmesi zorunludur. Açıklamaların asgari olarak, a) işlemlere ilişkin her türlü komisyon, ücret ve vergi tutar veya oranları, b) ilgili sermaye piyasası aracının ikincil piyasasının olup olmadığı, c) işleme konu sermaye piyasası aracının karşı taraf riski, likidite riski ve piyasa riskini içerecek şekilde risk profili, ç) tezgahüstü türev ürünlerin genel olarak nasıl yapılandırıldığı ve fiyatlandırıldığı, d) piyasa yapıcısı ve ihraççı, e) sermaye piyasası araçlarına ilişkin risk takibinin nasıl yapılacağı, f) yurt dışı piyasalarda gerçekleştirilen işlemler için ayrıca, paranın yurt dışına nasıl transfer edildiği, işlem yapılan borsa ve platformlar, sermaye piyasası aracının veya müşteri varlığının nerede saklandığı, işlem tezgahüstü piyasalarda yapılıyorsa karşı taraf hakkında bilgi, işlem yapılan piyasalarda yatırımcı tazmin sistemi olup olmadığı ve varsa tazminin kapsamı, hakkında bilgileri içermesi zorunludur. Yukarıdaki hususların genel ve muğlak ifadeler ya da düzenlemelere yapılan atıflar yerine mümkün olduğunca sayısal veya somut örnekler kullanılarak açıklanması esastır.

Yatırım kuruluşları müşterileriyle işlem yapmaya başlamadan önce, sunulacak faaliyet ve hizmete ilişkin yazılı bir sözleşme yapmak zorundadır. Bu sözleşmede yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurulca belirlenir. Bu sözleşme, yatırım kuruluşuyla müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmadır. Her bir sözleşme için belirlenen gerekli asgari unsurlara yer verilmesi şartıyla birden fazla yatırım hizmet ve faaliyetine ilişkin olarak tek bir çerçeve sözleşme imzalanabilir. Sözleşmeler, müteselsil sıra numaralı ve en az bir nüsha olarak düzenlenir ve aslına uygun olduğuna ilişkin onaylayanın imzasını ve yatırım kuruluşunun kaşesini ihtiva eden bir suret müşteriye verilir. Sözleşmenin yatırım kuruluşunda kalan aslının üzerine müşteri tarafından bir suretinin alındığı ibaresi yazılır ve imzalanır.

Yatırım kuruluşları yetkili oldukları yatırım hizmet ve faaliyetleri ile şirketi tanıtıcı bilgileri içeren bir internet sitesi açmak veya mevcut sitelerini bu kapsamda geliştirmek, bu sitede yetkili oldukları her bir yatırım hizmeti veya faaliyeti için ayrı birer bölüm oluşturmak zorundadır. İnternet sitesinde asgari olarak; a) hangi tür hizmetleri sunmaya yetkili olduklarına, b) lehine faaliyet gösterilen kuruluşu tanıtıcı bilgilere, c) yapılan işlemlerin asgari unsur ve risklerine, ç) alınan kişisel verilerin saklama ve kullanım koşullarına, d) emir iletimi, işlemlerin gerçekleştiril-

mesi ve takas veya tasfiyesinin nasıl yapılacağına, e) emir gerçekleştirme politikalarına, f) herhangi bir müşterinin ihtiyacı ve talebi doğrultusunda müşteri ile bire bir oluşturdukları türev araçlar hariç olmak üzere borsada işlem görmeyen sermaye piyasası araçları için verilen anlık alım satım fiyat tekliflerine, g) elektronik ortamda müşteriler tarafından yapılabilecek işlemler ile müşteriye elektronik ortamda yapılacak bildirimlere ilişkin esaslara, ğ) sermaye piyasası araçları, borsa ve piyasa bilgilerine, h) profesyonel müşterilerin yararlanamayacakları mevzuat hükümlerine, ı) olası risklere karşı hazırlanan "beklenmedik durum planları"na uygun olarak müşterilerin acil ve beklenmedik durumlarda kullanabilecekleri iletişim bilgileri ile müşterilerin risklerini azaltacak asgari tedbirlere, i) "sayfada verilen bilgilerin genel nitelikte olduğuna ve müşterilerin alım satım kararlarını destekleyebilecek yeterli bilginin sayfada olmayabileceğine" ilişkin bir açıklamaya, j) kullanılan bilgisayar ağı ve şifreleme sisteminin olası risklerine ve güvenliğine, k) kullanılan işlem platformunun ve bilgisayar ağının özelliklerine, varsa riskleri ve güvenlik tedbirleri ile platformda meydana gelebilecek risklere karşı kullanılabilecek alternatif iletişim yöntemlerine, yer verilmesi zorunludur.

2.4. Müşteri Sınıflandırması ve Uygunluk Testi

Müşteri, yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetler kapsamında yatırım kuruluşları tarafından hizmet sunulan tüm gerçek ve tüzel kişilerdir. Yatırım kuruluşları, 11.10.2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca hesap açmadan önce müşterilerinin kimlik bilgilerini tespit ederler. Müşterek hesaplarda kimlik tespiti her bir hak sahibi için ayrı ayrı yapılır. Müşteri hesabına, müşteri dışında sadece müşteri tarafından noter marifetiyle düzenlenmiş vekaletname ile yetkilendirilmiş kişiler tarafından işlem yapılabilir. Vekilin kimlik bilgilerinin tespiti zorunludur. Söz konusu bilgiler ve bu bilgilerde meydana gelen değişiklikler, yatırım kuruluşları tarafından öğrenilmesini müteakip derhal yetkili takas ve saklama kuruluşuna ve/veya MKK'ya bildirilir. Yatırım kuruluşlarının, yabancı banka ve aracı kurumlara hesap açmadan önce, bu kurumlardan, hesabına işlem yapılan müşterinin kimlik bilgilerinin verileceğine ilişkin bir taahhütname almaları zorunludur.

Yatırım kuruluşları tüm müşterilerini profesyonel ya da genel müşteri olarak sınıflandırmak, bu sınıflandırmaya uygun olarak hizmet ve faaliyet sunmak ve müşteri sınıflarına uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.

"Profesyonel müşteri" kendi yatırım kararlarını verebilecek ve üstlen-

diği riskleri değerlendirebilecek tecrübe, bilgi ve uzmanlığa sahip müşteriyi ifade eder. Bir müşterinin profesyonel müşteri olarak dikkate alınabilmesi için aşağıdaki kuruluşlardan biri olması ya da sayılan nitelikleri haiz olması gerekir:

a) Aracı kurumlar, bankalar, portföy yönetim şirketleri, kolektif yatırım kuruluşları, emeklilik yatırım fonları, sigorta şirketleri, ipotek finansman kuruluşları, varlık yönetim şirketleri ile bunlara muadil yurt dışında yerleşik kuruluşlar.

b) Emekli ve yardım sandıkları, 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20'nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar.

c) Kamu kurum ve kuruluşları, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlar.

ç) Nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu Kurulca kabul edilebilecek diğer kuruluşlar.

d) Aktif toplamının 50 milyon Türk Lirası (TL), yıllık net hasılatının 90 milyon TL, özsermayesinin 5 milyon TL'nin üzerinde olması kıstaslarından en az ikisini taşıyan kuruluşlar.

e) Talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilen müşteriler.

Profesyonel müşteri tanımı kapsamına girmeyen müşteriler "genel müşteri" kabul edilir.

Genel müşterilerden aşağıdaki nitelikleri haiz olanlar, yazılı olarak talep etmeleri ve aşağıdaki şartlardan en az ikisini sağladıklarını tevsik etmeleri durumunda, yatırım kuruluşunun sunabileceği hizmet ve faaliyetlerden profesyonel müşteri sıfatıyla yararlanabilir. Bir müşterinin profesyonel müşteri olarak kabul edilebilmesi için aşağıdaki şartlardan en az ikisini sağlaması gerekir:

a) İşlem yapılması talep edilen piyasalarda son 1 yıl içinde, her 3 aylık dönemde en az 500 bin TL hacminde ve en az 10 adet işlem gerçekleştirmiş olmaları,

b) Nakit mevduatlarının ve sahip olduğu sermaye piyasası araçlarının da dâhil olduğu finansal varlıkları toplamının 1 milyon TL tutarını aşması,

c) Finans alanında üst düzey yönetici pozisyonlarından birinde en az 2 yıl görev yapmış olması veya sermaye piyasası alanında en az 5

yıl ihtisas personeli olarak çalışmış olması veya Sermaye Piyasası Faaliyetleri İleri Düzey Lisansı veya Türev Araçlar Lisansına sahip olması.

Uygunluk testi, yatırım kuruluşu tarafından pazarlanan ya da müşteri tarafından talep edilen ürün ya da hizmetin müşteriye uygun olup olmadığının değerlendirilmesi amacıyla, müşterilerin söz konusu ürün veya hizmetin taşıdığı riskleri anlayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadıklarının tespit edilmesidir. Yatırım kuruluşları alım satıma aracılık ve halka arza aracılık faaliyetleri kapsamında yalnızca genel müşterilere uygunluk testi yapmakla yükümlüdür. Yatırım kuruluşunun, ürün veya hizmetin müşterinin kendi talebi doğrultusunda sunulması ve yatırım kuruluşunun uygunluk testi yapmakla yükümlü bulunmadığı hususunda müşterinin bilgilendirilmesi şartlarıyla, yatırım fonu katılma payları ve Hazine Müsteşarlığı tarafından ihraç edilmiş borsalarda ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören kamu borçlanma araçları, için uygunluk testi yapması zorunlu değildir. Bildirime ilişkin ispat yükü yatırım kuruluşuna aittir. Yatırım kuruluşunun uygunluk testini yapabilmesi için gerekli bilgileri sağlamak amacıyla standart formları geliştirmesi ve bu formda yer alan bilgileri güncel olarak tutması gerekir. Uygunluk testine dair ilk bilgiler yazılı olarak alınır, güncellemeler ise elektronik ortamda yapılabilir. Uygunluk testi kapsamında asgari olarak aşağıda yer alan hususlarda bilgi alınır:

a) Müşterinin yatırım amaçlarına ilişkin olarak; yatırım süresi ile risk ve getiri tercihleri,

b) Müşterinin portföyünde veya hesabında gerçekleştirilecek işlemlere ilişkin riskleri anlayacak bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığına ilişkin olarak; müşterinin yaşı ve mesleği, eğitim durumu, geçmişte gerçekleştirdiği sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerin türü, niteliği, hacmi, sıklığı.

Müşterinin uygunluk testi için yatırım kuruluşuna bilgi vermemesi veya eksik ya da güncel olmayan bilgi vermesi halinde, yatırım kuruluşu hangi ürün ya da hizmetlerin müşteriye uygun olduğunun tespit edilmesine olanak bulunmadığı hususunda müşteriyi yazılı olarak uyarır. Yatırım kuruluşu uygunluk testi sonucunda herhangi bir ürün ya da hizmetin müşteriye uygun olmadığı kanaatine ulaşırsa, müşteriyi yazılı olarak uyarır. Bu durumda yatırım kuruluşu söz konusu ürün ya da hizmete yönelik olarak müşteriye bire bir genel yatırım tavsiyesinde bulunamaz. Yatırım kuruluşunun hangi ürün ya da hizmetlerin müşteriye uygun olduğunun tespit edilmesine imkân bulunmadığına veya bir ürün ya da hizmetin müşteriye

uygun olmadığına ilişkin uyarıda bulunmuş olmasına rağmen, müşterinin söz konusu hizmet ya da ürünü almak istemesi durumunda yatırım kuruluşu müşteriye söz konusu talep yönünde hizmet verip vermemek hususunda serbesttir. Yatırım kuruluşları bu madde uyarınca, geliştirilen standart formları, hizmet ya da ürünün müşteriye uygun olup olmadığına ilişkin tevsik edici belgeleri, temin edilen bilgi ve belgeleri ve müşterilere yapılan uyarıları SPK'nın belge ve kayıt düzenlemeleri uyarınca belirlenen süre ile saklamak zorundadır.

2.5. Yatırım Kuruluşlarının Yükümlülükleri

Bir kişinin aracı kurum sermayesinin veya oy haklarının %10'u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmek suretiyle aracı kurum ortağı olması veya bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin veya oy haklarının %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri SPK'nın iznine tabidir. Aracı kurumda yönetim imtiyazı veren ya da intifa hakkı taşıyan payların devri herhangi bir orana bakılmaksızın SPK iznine tabidir. Aracı kurumda pay sahibi bulunan tüzel kişilerin kendilerine ait pay devirleri, bu pay devirlerinin aracı kurumdaki pay sahipliğini doğrudan veya dolaylı olarak %10, %20, %33 veya %50 oranlarında değiştirmesi halinde, ayrıca tüzel kişinin aracı kurumla ilgili olarak yönetim imtiyazına sahip bulunduğu hallerde tüzel kişinin %10, %20, %33 veya %50 oranlarındaki ortaklık yapısı değişiklikleri veya imtiyazlı paylarının devrini içeren ortaklık yapısı değişiklikleri aracı kurumların faaliyet şartları bakımından SPK'nın onayına tabidir. Aracı kurumların %10'undan fazlasına sahip tüzel kişilerin yönetim imtiyazına sahip paylarının devri de aracı kurumların faaliyet şartları bakımından SPK'nın onayına tabidir. Bir kişinin, doğrudan veya dolaylı olarak, aracı kurum sermayesinin veya oy haklarının yukarıdaki oranlara ulaşmayan veya bu oranlar arasında kalan pay devirlerinde ise devri izleyen 10 iş günü içinde SPK'ya bildirimde bulunulur. Bankaların ortaklık yapısında doğrudan ya da dolaylı olarak meydana gelen değişiklikler için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun izninin bulunması durumunda, söz konusu pay devirlerine bağlı olarak aracı kurumun ortaklık yapısında oluşacak dolaylı değişiklik için, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun iznini izleyen 10 iş günü içinde SPK'ya bildirimde bulunulur. Bu hükme aykırı olarak gerçekleştirilen devirler pay defterine kaydolunmaz ve bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür.

Payları halka arz edilen aracı kurumların borsada işlem gören payları için de bir kişinin aracı kurum sermayesinin %10 u veya daha fazlasını

temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri bu paylara bağlı temettü hariç ortaklık haklarının kullanılabilmesi bakımından SPK'nın iznine tabidir. Bu durumda ortaklık yapısı değişikliği başvurusu payları belirtilen oranlara ulaşan gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılır. Söz konusu oranların, aracı kurumların borsa dışından elde edilen payları da dâhil olmak üzere borsada işlem gören payların edinilmesi ile gerçekleşmesi halinde de bu hüküm uygulanır. Payları borsada işlem gören aracı kurumların bir ortağına ait payların öngörülen oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinde ise SPK'ya 10 iş günü içinde bildirimde bulunulur. Şu kadar ki bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin %10'unun altına düşmesi sonucunu verecek pay satışı durumunda, satış yapılmadan önce SPK'dan izin alınması zorunludur. Bu durumda da izin başvurusu veya bildirim ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yapılır.

Aracı kurumların merkez dışı örgüt açma izinleri ve işletme adı veya marka kullanım izinleri, konuya ilişkin Kurul izninin tebliğini izleyen 10 iş günü içinde ilgili ticaret siciline tescil ettirilir ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan olunur. Ayrıca yatırım kuruluşlarının her türlü faaliyet izni ile aracı kurumların merkez dışı örgüt açma ve işletme adı veya marka kullanım izinleri, konuya ilişkin SPK izninin tebliği üzerine yatırım kuruluşunun internet sitesinde ve Kamuyu Aydınlatma Platformunda ilan olunur. Faaliyetlerin geçici durdurulması ya da herhangi bir faaliyet izninin iptali halinde keyfiyet, Kurulca tebliği üzerine derhal yatırım kuruluşunun internet sitesinde ve Kamuyu Aydınlatma Platformunda ilan olunur.

Aracı kurumlar, yönetici, ihtisas personeli, müfettiş, iç kontrol elemanı ve risk yönetim elemanının belirlenen unvanı ile görev yapacağı hizmet birimini öngörülen şartları taşıdığını tevsik edici belgeler ve ayrıntılı iş tecrübesini gösteren özgeçmişi ile birlikte işe alınmalarını takiben 10 iş günü içinde SPL'ye bildirir. Söz konusu personelin görevden ayrılması, unvan ve hizmet biriminin değiştirilmesi ile benzeri her türlü değişiklik de keyfiyeti takip eden 10 iş günü içinde SPL'ye bildirilir. Aracı kurumlar, yönetici, ihtisas personeli, müfettiş, iç kontrol elemanı ve risk yönetim elemanının öngörülen durumlarında herhangi bir değişiklik olması halinde, keyfiyeti 10 iş günü içinde SPL'ye bildirir. Bankalar, yatırım hizmet ve faaliyetlerini sundukları merkez birimleri ile merkez dışı birimlerini ve bu birimlerde görev yapan yönetici ve ihtisas personeli SPL'ye bildirir. Aracı kurumların murahhas üye tayinine ve bunların yetki ve sorumluluklarının belirlenmesine ilişkin yönetim kurulu kararları ile bunda yapılan

değişiklikler, ilgili yönetim kurulu kararının tescilini izleyen 3 iş günü içinde Birliğe bildirilir. Aracı kurumlar merkez ve merkez dışı örgütlerinin adresleri ile faaliyet şartlarını tevsik eden belgelerle birlikte bunlarda meydana gelen değişiklikleri keyfiyeti izleyen 10 iş günü içinde Birliğe bildirmek zorundadır. Aracı kurumlar imza yetkililerini gösterir mevcut imza sirkülerlerini ve değişiklik meydana gelmesi halinde güncel imza sirkülerlerini keyfiyeti izleyen 10 iş günü içinde Birliğe gönderir. Bankalar da sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin birimleriyle sınırlı olarak bu hükme tabidir. Aracı kurumlar, ortakları, personeli, müşterileri ve diğer gerçek ve tüzel kişiler aleyhine açtıkları dava ve takipler ile bunların kendileri aleyhine açtıkları dava ve takipleri ve sonuçlarını öğrendikleri tarihi izleyen 10 iş günü içinde Birliğe bildirmek zorundadır. Söz konusu dava ve takiplerin tutarının özsermayenin %10'unu geçmesi halinde SPK'ya da bildirimde bulunulur. Bankalar da yatırım hizmet ve faaliyetleri ile sınırlı olarak bu hükme tabidir.

Yatırım kuruluşu, sermaye piyasası faaliyetleriyle ilgili olarak hesap ilişkisi içine girdiği kişi ve kurumların mevzuatın imkân verdiği haller hariç olmak üzere birden fazla kişi adına veya temsilci sıfatıyla işlemde bulunduklarını öğrenmesi halinde, bu işlemlere ilişkin olarak; her ne adla olursa olsun komisyon tahsil edip etmediklerini, fiilen portföy yöneticiliği faaliyeti sonucunu doğuracak işlemlerde bulunup bulunmadıklarını, şube, irtibat bürosu veya aracı kurumlar için öngörülmüş bulunan mekân, teknik donanım, personel vb. organizasyonu sağlayıp sağlamadıklarını, çerçeve sözleşme, alındı veya ödendi belgesi, müşteri emri formu ve benzeri mahiyette belgeler düzenleyip düzenlemediklerini, araştırmakla yükümlüdür.

Bir şirkette %10 veya daha fazla paya sahip olunması, şirketin yönetim kuruluna katılınması, genel kurulda asaleten oy kullanılması veya iktisap edilen payların 1 yıldan uzun sürede elden çıkarılmaması iştirak amacıyla ortaklık kabul edilir. Aracı kurumlar, sermaye piyasası kurumları, borsalar, kıymetli maden aracı kurumları, sigorta, bireysel emeklilik, finansal kiralama, faktoring, finansman ve varlık yönetim şirketleri ile Kurulca uygun görülecek diğer finansal kuruluşlara herhangi bir sınıra tabi olmaksızın iştirak edebilirler. Aracı kurumların ikinci fıkrada sayılanlar dışındaki ortaklıklara yapabilecekleri iştirakleri toplamı ise özsermayelerinin %25'ini aşamaz. Geniş yetkili aracı kurumlar için bu sınır %50'dir. Sermaye artırımları dolayısıyla bedelsiz edinilen ortaklık payları ile ortaklık paylarının herhangi bir fon çıkışı gerektirmeyen değer artışları iştirak sınırının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Aracı kurumlar, ödenmiş sermayelerinin %10'undan fazlasına sahip olan ortaklıklara ve

yöneticilerinin ayrı ayrı veya birlikte sermayelerinin %25'inden fazlasına sahip oldukları ortaklıklara iştirak edemezler.

2.6. Yatırım Kuruluşlarının Yapamayacakları İş ve İşlemler

Aracı kurumlar;

a) Kuruldan icrası için izin alınan yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin iş ve işlemler dışında hiçbir sınaî ve zirai faaliyette bulunamaz,

b) Mevzuatın imkân verdiği haller hariç olmak üzere sermaye piyasası araçları dışında kendi mali taahhütlerini içeren evrak çıkaramaz,

c) Ticari amaçlı gayrimenkul alım satımında bulunamaz,

ç) Mevzuatın imkân verdiği haller hariç olmak üzere ödünç para verme işlemleri yapamaz,

d) 5411 sayılı Kanunda tanımlandığı üzere mevduat veya katılım fonu toplayamaz, mevduat veya katılım fonu toplama sonucunu verebilecek iş ve işlemler yapamaz,

e) Mevzuatın imkân verdiği haller hariç olmak üzere sermaye piyasası araçlarının, belli bir getiri sağlayacağı yönünde herhangi bir yazılı veya sözlü taahhütte bulunamaz,

f) Müşteriye ait sermaye piyasası araçları ve nakit üzerinde hak ve yetkileri olmaksızın kendileri veya üçüncü şahıslar lehine herhangi bir tasarrufta bulunamaz,

g) Çalışanlarına ve müşterilerine olağan müşteri-aracı kurum ilişkisi dışındaki imkânlardan yararlanmak suretiyle kendi nam ve hesaplarına işlem yapmalarına olanak sağlayamaz,

ğ) 6102 sayılı TTK'nın 379 ve ilgili maddeleri ile SPKn'nun 22'nci maddesinde müsaade edilen haller hariç olmak üzere, ihraç ettikleri payları kendi nam ve hesaplarına alıp satamaz,

h) Fiktif hesap açamaz, işlemlerini kayıt dışı bırakamaz ve gerçek mahiyetine uygun düşmeyen kayıtlar tesis edemez,

ı) Portföy yöneticiliği faaliyeti saklı kalmak üzere, yöneticileri ve merkez dışı örgütleri dâhil tüm çalışanları aracılığıyla müşterilerinden sermaye piyasası aracı alım satım emri verme, ordino ve diğer belgeleri imzalama, nakit ve sermaye piyasası aracı yatırma ve çekme, virman işlemi yapma gibi geniş yetkiler içeren vekâletname alarak veya bu sonucu doğuracak şekilde ya da müşterinin bu yöndeki söz-

lü yetkisine istinaden müşteri adına veya hesabına işlem yapamaz,

i) Müşterilerin hak ve yararlarını zedeleyici işlemlerde bulunamaz, iyi niyet kurallarına aykırı hareket edemez, piyasa hakkındaki bilgisizlik ya da tecrübesizliklerinden yararlanıp müşterilerin alım-satım kararlarını etkileyerek kendi lehlerine kazanç sağlayamaz,

j) Herhangi bir şekilde gelirlerini artırmak amacıyla müşteriye tanınan limitleri aşmak da dâhil müşterilerin gereksiz ve/veya aşırı miktarda alım-satım yapmalarına ortam hazırlayamaz, bu amaçla müşterileri yönlendiremez ve müşteri talimatı olmaksızın müşteri hesabına işlem yapamaz,

k) Bir malî yılda özsermayelerinin binde beşini aşacak miktarda bağış yapamaz. Bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.

Yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunan bankalar, (e), (f), (g), (h), (ı), (i) ve (j) bentlerinde yer alan hükümlere tabidir.

2.7. Faaliyetlerin Kendi İsteğiyle Durdurulması ve Faaliyet İzninin İptali

Aracı kurumlar faaliyetlerinin tamamının geçici olarak durdurulması talebiyle Kurula başvurabilir. Bu başvurunun olumlu karşılanması halinde aracı kurumlara Kurulca 2 yılı geçmemek üzere uygun bir süre verilir. Verilen süre SPK karar tarihinden itibaren başlar. Aracı kurumun talebi üzerine, faaliyetlerin geçici olarak durdurulmasına ilişkin olarak verilen sürelerin toplamı 2 yılı geçmemek üzere ek süre verilebilir. Faaliyetleri kendi isteği ile durdurulan aracı kurumların yeniden faaliyete geçmelerinden itibaren 5 yıl içerisinde faaliyetlerini kendi isteği ile tekrar durdurmaları halinde 2 yıllık sürenin hesaplanmasında önceki kapalılık süresi de dikkate alınır. Aracı kurumların verilen sürenin sonunda yeniden faaliyete geçmek için veya yeni bir aracı kurum kurulması amacıyla tüm yetki belgelerinin iptali için SPK'ya başvurmaması halinde tüm faaliyet izinleri iptal olunur.

Aracı kurumun faaliyet izinlerinden kısmen feragat etmeleri halinde, SPK ilgili faaliyet izinlerini iptal eder. Faaliyet izninden kısmen feragat eden aracı kurumlar, iptale ilişkin SPK kararını izleyen 2 yıl içinde ilgili faaliyet izni için SPK'ya yeniden başvuramaz. Bankaların faaliyet izinlerinden kısmen feragat etmesi halinde aynı hükümler uygulanır.

Aracı kurumların faaliyette bulunma yetkisinden tamamen feragat etmeleri halinde, SPK tüm faaliyet izinlerini iptal eder. Faaliyet izinlerinden

tamamen feragat edilmesi başvurusunun Kurulca değerlendirilebilmesi için;

a) Tüm müşteriler ile yazılı mutabakat yapılması,

b) Müşterilerin haberdar edilmesi ve alacaklıların beyana davet edilmesi amacıyla, aracı kurumun tüm faaliyet izinlerinin iptal edileceği ve iptal sonrasında sona ermek ya da faaliyet konusunu değiştirmek suretiyle aracı kurum olarak faaliyetlerine son verileceği hususuna ilişkin ilan metninin, ülke çapında günlük olarak yayımlanan tirajı en yüksek 10 gazeteden en az 2'sinde, kendi internet sitesinde ve en az 5 iş günü boyunca Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda ilan edilmesi ve ilanların bir örneğinin Kurula gönderilmesi,

c) İlanda yer alan süre sonunda kendilerine ulaşılamayanlar dahil hesabındaki bakiye üzerinden yazılı mutabakat sağlanamayan müşterilerin hesaplarında bulunan nakit ve/veya sermaye piyasası araçlarının aracı kurum tarafından müşteriler adına Takasbank nezdinde bloke edilmesi,

ç) İlanda yer alan süre sonunda aracı kurumun taraf olduğu müşteri ihtilaflarına ilişkin olarak, açılan dava tutarı ve/veya 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu kapsamındaki takiplere konu nakit ve/veya sermaye piyasası araçları ile bu ihtilaflı tutarların bloke edilme gününe kadar işlemiş faizlerinin aracı kurum tarafından yatırımcılar adına Takasbank nezdinde bloke edilmesi,

d) Kendisine ulaşılamayan veya yazılı mutabakat sağlanamayan herhangi bir yatırımcının olmaması ya da taraf olunan herhangi bir yatırımcı ihtilafı bulunmaması durumunda ise bu durumun tespitine ilişkin noter onaylı yönetim kurulu kararının SPK'ya gönderilmesi,

e) Aracı kurumun sermayesinde %10'un üzerinde paya sahip tüm ortaklarından, aracı kurumun sermayesinde %10'un altında paya sahip ortakların olması halinde ise pay oranları toplamı mevcut sermayenin en az %90'ını teşkil edecek diğer ortaklarından, aracı kurumun sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan bütün borçlarından payları ile orantılı olarak sorumlu olduklarına ilişkin olarak alınacak taahhütname ile taahhütnamenin Kurula iletilmesi

gerekir. Aracı kurumların, faaliyet izinlerinin iptal edilmesine ilişkin SPK kararının kendilerine bildirildiği tarihten itibaren en geç 3 ay içinde sona erme kararı almaları veya esas sözleşmelerini ticaret unvanı ile amaç ve faaliyet konuları da dâhil yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini kapsamayacak şekilde değiştirmeleri zorunludur. Bu değişikliklerin yayımlandı-

ğı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ilanı izleyen 10 iş günü içinde SPK'ya gönderilir. Bankaların yatırım hizmet ve faaliyetlerinden tamamen feragat etmeleri halinde de aynı hükümler uygulanır.

2.8. Yeni Aracı Kurum Kurmak İçin Yetki Belgesi İptali

Halka açık olmayan en az bir aracı kurumun tüm faaliyet izinlerinin iptali için talepte bulunarak yatırım hizmet ve faaliyetlerinden çekilmesi durumunda, aracı kurum kuruluşu için aranan şartların sağlanması kaydıyla yeni bir aracı kurum kurulmasına izin verilebilir. Bu durumda, yatırım hizmet ve faaliyetlerinden çekilecek aracı kurum veya aracı kurumlar faaliyet izinlerinin iptaline ilişkin yönetim kurulu kararlarıyla SPK'ya başvuruda bulunur. Faaliyet izinleri iptal edilecek aracı kurum veya aracı kurumların yerine kurulacak yeni aracı kurumun sermaye dağılımı, ortaklara ilişkin olarak öngörülen şartlar sağlanmak kaydıyla serbestçe belirlenebilir. Yeni kurulacak aracı kurumun kurucu ortaklarının yeni aracı kurum kurma ve faaliyet iznine ilişkin başvurusu değerlendirilerek Kurulca sonuçlandırılır. Aracı kurum veya aracı kurumların faaliyet izinlerinin iptaline ilişkin başvuruları sonuçlandırılır ve sahip oldukları faaliyet izinleri, kurulacak yeni aracı kurumun tüm hukuki işlemleri tamamlayarak faaliyete geçtiği gün itibarıyla iptal edilir. Faaliyet izinleri iptal edilecek aracı kurumun sermayesinde %10'un üzerinde paya sahip tüm ortakları, aracı kurumun sermayesinde %10'un altında paya sahip ortakların olması halinde ise pay oranları toplamı mevcut sermayenin en az %90'ını teşkil edecek diğer ortakları, aracı kurumun sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan bütün borçlarından payları ile orantılı olarak sorumlu olduklarına ilişkin bir taahhütnameyi faaliyet izinlerinin iptalinden önce SPK'ya verir. Aracı kurum ortaklarının 6362 sayılı SPKn'nun 98'inci maddesinde yer alan sorumlulukları saklıdır.

2.9. Yatırım Kuruluşları Hakkında Tedbirler

2.9.1. Faaliyet izinlerinin sınırlandırılması, faaliyetlerin geçici olarak durdurulması veya iptali: SPK aşağıdaki hallerde, olayın mahiyet ve önemini göz önüne alarak, yatırım kuruluşlarının hizmet ve faaliyetlerinin kapsamını sermaye piyasası aracı, piyasa, merkez dışı örgüt veya yatırım hizmet ve faaliyetleri kapsamında iş ilişkisi kurulacak yatırım kuruluşları bazında sınırlandırabilir, tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla faaliyetlerini geçici olarak durdurabilir veya faaliyet izinlerini iptal edebilir:

a) Faaliyet izninin verildiği tarihten itibaren 2 yıl süreyle ilgili izin kapsamında herhangi bir faaliyette bulunulmaması,

b) Faaliyet izninin yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunularak ya da

hukuka aykırı diğer yollarla alınmış olması,

c) Yatırım kuruluşlarının kuruluş, faaliyete geçme, faaliyet izni alınmasına ilişkin olarak öngörülen şartlar ile aracı kurumun ortak ve yöneticilerinin, personelinin, merkez dışı örgütlerinin SPKn'nda ve SPK düzenlemelerinde sayılan şart ve niteliklerden herhangi birini yerine getirmediğinin ya da yitirdiğinin Kurulca tespitinden itibaren 3 ayı geçmemek üzere Kurulca verilen süre içinde bu şartların yeniden sağlanamaması,

ç) Faaliyet izni alındıktan sonra teminatların yükseltilmesi veya tamamlanması gerektiği durumlarda, ilave veya eksik teminatın, bu durumun ortaya çıktığı tarihten itibaren 3 ayı geçmemek üzere Kurulca verilen süre içinde yatırılmamış olması,

d) Hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerinin tespit edilmiş olması,

e) Mali durumunun bozulmuş olması.

Faaliyetlerinin geçici olarak durdurulmasına karar verilen aracı kurumlara Kurulca 2 yılı geçmemek üzere uygun bir süre verilir. Verilen süre SPK karar tarihinden itibaren başlar. Faaliyetlerin geçici olarak durdurulmasına ilişkin olarak verilen süre, toplamı 2 yılı geçmemek üzere aracı kurumun talebi üzerine veya SPK tarafından resen uzatılabilir. Sürenin sonunda aracı kurumun yeniden faaliyete geçememesi durumunda tüm faaliyet izinleri iptal edilir. 2 yıl içinde faaliyetlerinin tamamı iki kez geçici olarak durdurulan aracı kuruma bu tedbir üçüncü defa uygulanmaz, faaliyet izinleri iptal edilir. Yine bu süre içinde, aynı faaliyeti iki kez geçici olarak durdurulan aracı kuruma üçüncü kez aynı müeyyide uygulanmaz, sadece ilgili faaliyet izni iptal edilir.

2.9.2. Yatırım kuruluşlarının hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerinde uygulanacak tedbirler: SPK, yatırım kuruluşlarının mevzuat, Kurulca belirlenen standartlar ve esas sözleşme hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi halinde; ilgililerden aykırılıkların Kurulca belirlenen bir sürede giderilmesini ve kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanmasını istemeye ya da doğrudan bu kurumların faaliyetlerinin kapsamını sınırlandırmaya veya geçici olarak durdurmaya, tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini iptal etmeye ya da öngöreceği diğer her türlü tedbiri almaya yetkilidir. SPK, hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerde sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların; a) sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, b) haklarında suç duyurusunda bulunulması kararından itibaren yargı-

lama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya, yetkilidir. SPK, hukuka aykırılıkta veya gerçekleştirilen işlemlerde sorumluluğu mahkeme kararıyla tespit edilen yönetim kurulu üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya yetkilidir. Banka yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yönünde işlem tesis edilmeden önce Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun görüşü alınır.

2.9.3. Mali durumun bozulması halinde uygulanacak tedbirler: SPK, yatırım kuruluşlarının sermaye yeterliliği yükümlülüklerini sağlayamadığı, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve finansal araç teslim yükümlülüklerini yerine getiremediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceği ya da bunlardan bağımsız olarak malî yapılarının ciddî surette zayıflamakta olduğu ya da mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti halinde,

a) 3 ayı geçmemek üzere verilecek uygun süre içerisinde mali yapılarının güçlendirilmesini istemeye,

b) Herhangi bir süre vermeksizin doğrudan bu kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya,

c) Tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini kaldırmaya, faaliyet izinlerini iptal etmeye,

ç) Yatırımcıları tazmin kararı vermeye,

d) Sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya,

e) Gerektiğinde yönetim kurulu üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya,

f) Bu kurumların tedrici tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye,

g) Gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya

yetkilidir. Sermaye piyasası mevzuatına aykırılığın giderilmesi veya sermaye piyasası faaliyetinin yürütülmesine yönelik tedbirler hariç olmak üzere, bankalar hakkında belirlenen tedbirlerin uygulanmasına Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca karar verilir. Söz konusu tedbirlerin, 5411 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uyarınca yönetim veya denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankalar hakkında

uygulanmasına ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından karar verilir. Aracı kurumların taahhütlerinin %10'undan veya alacaklılarının sayı itibarıyla %10'undan fazlasının münferiden veya toplu olarak ibralaşma yoluyla ya da benzeri bir biçimde borcu azaltarak kısmi ifa için ibraname alınması halinde faaliyetleri sürekli olarak durdurulur ve yetki belgeleri iptal edilir. Şu kadar ki yukarıdaki oranın altında ibralaşma yapılmış veya benzeri biçimde taahhütlerin azaltılmış olması halinde dahi, aracı kurumun durumu dikkate alınarak Kurulca yazının "Giriş" bölümünde verilen 6362 sayılı SPKn'nun 96, 97, 98'inci maddelerine göre işlem tesis edilebilir.

2.9.4. Tedrici tasfiye ve iflas durumlarında uygulanacak tedbirler: SPK, yatırım kuruluşlarının iflası veya SPKn'nun 86'ncı maddesi uyarınca tedici tasfiyeye girmesi durumlarında, SPKn'nun 97'nci maddesi uyarınca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; doğrudan veya dolaylı %10'undan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticilerinin şahsen iflaslarını istemeye yetkilidir.

2.9.5. Konsolidasyon ve birleşme: SPK, gerekli gördüğü hallerde bir aracı kurumun başka bir aracı kurumda %10 veya daha fazla paya sahip olması, yönetim kuruluna katılması, genel kurulunda asaleten oy kullanması, iki aracı kurumdan birinin diğerini doğrudan ya da dolaylı biçimde yönetimi altında tutması veya iki aracı kurumun hakim ortağının aynı gerçek veya tüzel kişi olması nedeniyle yönetim kontrolünde farklılık bulunmaması halinde, bu aracı kurumların tek bir ticaret unvanı altında birleşmelerini isteyebilir.

2.10. Teminatlar

SPK, mali durumları açısından gerekli görülmesi halinde aracı kurumların tamamından, bir kısmından veya herhangi birisinden belirli bir tutar veya orandaki teminatı belirli bir süre için SPK adına Takasbank nezdinde bloke etmesini isteyebilir. Teminatların kullanımına ilişkin esaslar, söz konusu teminatların yatırılmasına ilişkin SPK kararında açıkça belirtilir. Teminatlar bu amaçlar dışında kullanılamaz, üçüncü kişilere devredilemez, kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, iflas masasına dahil edilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz. Aracı kurumların yatıracakları teminatlar, nakit, kamu borçlanma aracı, 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında ihraç edilen kira sertifikası, Türkiye'de kurulu ve aracı kurumun sermaye veya yönetim bakımından doğrudan veya dolaylı ilişkisi olmayan bir bankadan alınmış teminat

mektubu veya kurucusu olmadıkları yatırım fonu katılma payları şeklinde olabilir. Yatırım hizmetleri ve faaliyetlerine ilişkin olarak borsalar ile takas ve saklama kuruluşları tarafından verilmesi istenen teminatlar da aynı esaslara tabi değildir.

Teminat yatırmasına karar verilen aracı kurum tarafından, Kurulca belirlenen tutardaki teminatlar, ilgili SPK kararında belirlenen süre boyunca Takasbank nezdinde bloke edilir. SPK gerekli gördüğü durumlarda, teminatların bloke edilmesine ilişkin süreyi uzatabilir. Teminatın aracı kurum adına üçüncü bir kişi tarafından tevdi edilmesi durumunda, üçüncü kişi teminata ilişkin haklarını aracı kuruma devrettiğine ilişkin bir temlikname verir. Teminatla ilgili hususlarda SPK nezdindeki işlemleri aracı kurum yürütür.

Faaliyette olan aracı kurumların Takasbank nezdinde SPK adına bloke edilen teminatları, bu teminatların bloke edilmesine ilişkin SPK kararında belirtilen nedenin ortadan kalkması veya Kurulca belirlenen sürenin sona ermesini müteakip herhangi bir koşul öngörülmeksizin SPK'nın bildirim yazısı üzerine Takasbank tarafından aracı kuruma iade edilir.

Faaliyetleri geçici olarak durdurulan aracı kurumların yatırılan teminatları, yeniden faaliyete geçinceye veya faaliyet izinlerinin tamamı iptal edilinceye kadar serbest bırakılmaz. Yeniden faaliyete geçen aracı kurumun teminatları, faaliyetlerine kesintisiz olarak en az 1 yıl süreyle devam etmiş olmaları şartıyla SPK'nın bildirim yazısı üzerine Takasbank tarafından serbest bırakılır. Söz konusu 1 yıllık süreyi doldurmadan faaliyetleri yeniden geçici olarak durdurulan ve daha sonra yeniden faaliyete geçen aracı kurumlar için 1 yıllık sürenin hesaplanmasına son faaliyete geçme tarihinden itibaren başlanır.

Faaliyet izinlerinin tamamı iptal edilen aracı kurumların yatırılan teminatlarının serbest bırakılması için, bu aracı kurumlardan hakkında Kurulca yatırımcıları tazmin ve/veya tedrici tasfiye kararı alınanların teminatları SPK'nın bildirimi üzerine YTM'ye tevdi edilmek üzere Takasbank tarafından serbest bırakılır. Bu aracı kurumlardan hakkında mahkeme tarafından iflas kararı alınanların teminatları, iflas idaresinin iflasın kapanması için ticaret mahkemesine başvurması ve 2004 sayılı Kanun uyarınca mahkeme tarafından iflasın kapanması kararı verilmesinden sonra anılan kararın iflas dairesi tarafından ilan edilerek iflas tasfiyesi tamamlanıncaya kadar Takasbank nezdinde tutulur. İflas tasfiyesi tamamlandıktan sonra iflas dairesinden alınan sıra cetveline göre iflas idaresi tarafından aciz vesikası verilen alacaklılardan teminat üzerinde hak sahibi olabilecek müşteriler için keyfiyet SPK tarafından ülke çapında

günlük olarak yayımlanan tirajı en yüksek 10 gazeteden en az 2'sinde ve en az 5 iş günü boyunca Kamuyu Aydınlatma Platformunda ve SPK'nın internet sitesinde ilan edilir. Söz konusu ilanları takip eden 3'üncü ayın sonuna kadar başvuran müşterilerden aracı kurumdan alacaklı olduğu tespit edilenler, teminat tutarı alacakların tamamını karşılaması durumunda tamamen, karşılamaması durumunda ise garameten ödeme yapılmak üzere Takasbanka bildirilir. Bu ödemeyi müteakip bakiye teminat kalması durumunda, bu tutar ilanların yayımlanmasını takip eden 6'ncı ayın sonunda SPK'nın bildirimi üzerine ilgili iflas dairesine tevdi edilmek üzere Takasbank tarafından serbest bırakılır. Faaliyet izinlerinin tamamı iptal edilmiş aracı kurumlardan hakkında tedrici tasfiye veya iflas kararı alınmamış olanların teminatlarının iadesi konusunda SPK'ya başvuruda bulunulması gerekir. Bu başvurunun değerlendirilebilmesi için;

a) Aracı kurum nezdinde sermaye piyasası faaliyetleri ile ilgili teminatların serbest bırakılmasına engel teşkil edecek mahiyette herhangi bir denetim, şikayet ve uyuşmazlık bulunmaması,

b) Aracı kurumun borsalar, Takasbank, MKK, Birlik veya SPK'ya karşı herhangi bir mali yükümlülüğünün bulunmaması,

c) Aracı kurum unvanının ve faaliyet konusunun yatırım hizmet ve faaliyetlerini içermeyecek şekilde değiştirilmiş olması veya sona erme kararı verilmiş olması

koşullarının yerine getirilmesi zorunludur. Bu şartları yerine getirmiş olan ve başvuruları Kurulca uygun bulunan aracı kurumların teminatları, SPK'nın bildirim yazısı üzerine Takasbank tarafından aracı kuruma iade edilir.

Faaliyetleri kendi isteği ile ya da Kurul tarafından geçici olarak durdurulan ya da faaliyet izinleri tamamen iptal edilen aracı kurumların elektrik, su, telefon, vergi, sigorta primi ve YTM aidatı gibi zaruri faaliyet giderlerinin, teminatlarının Kurulca istenen tutarın üzerinde kalan kısmından ödenmesi mümkündür. Söz konusu ödemelerin yapılması için aracı kurum ortaklarının yazılı onaylarının bulunması, yönetim kurulunun bu yönde karar alması ve aracı kurum tarafından yapılan ödemenin tevsik edilmesi şarttır. Yapılan ödemelerin muvazaalı veya mevzuata aykırı yapılmış olması ya da gerçek hak sahiplerine yapılmamış olması durumunda, ödemeler nedeniyle aracı kurum yönetim kurulu sorumludur.

3. SONUÇ

Yazıda ayrıntıları verilen, sermaye piyasasında faaliyet gösteren yatırım kuruluşlarına ilişkin temel düzenlemeler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Piyasada güven ortamının güçlenmesi ve yatırımcının korunmasını teminen yatırım kuruluşlarının çıkar çatışması politikası oluşturması zorunlu tutulmuştur.
- Aracı kurumların tek ortaklı olarak kurulmasına izin verilmekle birlikte, yönetim kurulunun en az 3 üyeden oluşması öngörülmüştür. Ayrıca yatırım kuruluşu personelinin mevzuat kapsamında görev tanımları yapılmış ve ihtisas personeli olarak istihdam edilenlerin belirlenen unvanları kullanmaları zorunlu hale getirilmiştir.
- Sermaye piyasalarında son zamanlarda artan hizmet ve ürün çeşitliliği göz önüne alınarak müşterilere yapılması gereken risk bildirimlerinin sermaye piyasası aracının ve ilgili piyasanın nitelikleri göz önüne alınarak asgari şartları mezkur Tebliğ'le belirlenmek üzere yatırım kuruluşunun kendisi tarafından hazırlanması gerektiği hükme bağlanmıştır.
- Yatırım kuruluşları için "müşteri" tanımı yapılmış ve yatırım kuruluşlarına müşterilerini profesyonel ya da genel müşteri olarak sınıflandırma zorunluluğu getirilmiştir. Yapılan müşteri sınıflandırmasına paralel olarak, yatırım kuruluşu tarafından pazarlanan ya da müşteri tarafından talep edilen ürün ya da hizmetin müşteriye uygunluğunun ve müşterilerin söz konusu ürün veya hizmetin taşıdığı riskleri anlayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadıklarının tespit edilmesini teminen, genel müşterilere uygunluk testi yapma zorunluluğu getirilmiştir. Bu suretle yatırım kuruluşlarının müşteriye pazarladıkları ürün ya da hizmetin müşterinin ihtiyaçlarına ve bilgi düzeyine uygunluğunu göz önüne alarak faaliyet göstermeleri hedeflenmiştir.
- Sermaye piyasası mevzuatı dışında kalan diğer düzenlemelerden kaynaklanan zorunluluklar haricinde yatırım kuruluşlarının her türlü faaliyet iznine ilişkin tescil zorunluluğu kaldırılmıştır.
- SPK tarafından izin verilen her faaliyet için ayrı ayrı yetki belgesi verilmesi uygulaması değiştirilerek, yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak üzere Kurulca izin verilenlere, icra edebilecekleri yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini gösteren tek bir yetki belgesi verilmesi öngörülmüştür.
- Aracı kurumların merkez dışı örgütleri şube ve irtibat bürosu ola-

rak belirlenmiş olup, acentelik sistemi kaldırılmıştır (yazıda bu konuya girilmemiştir).

- Aracı kurumların yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetlerin yürütülmesi sırasında, belirli koşullar çerçevesinde başka bir hizmet sağlayıcı kuruluştan hizmet almalarına ilişkin esaslar belirlenmiştir.
- Aracı kurumların yapamayacakları iş ve işlemler gözden geçirilerek aracı kurumların faaliyetlerinin genişlemesine yönelik mevzuattan kaynaklanan engeller kaldırılmış; bu kapsamda, aracı kurumların tezgah üstü türev araçlar da dahil her türlü sermaye piyasası aracını ihraç etmelerinin veya bu işlemleri karşı taraf olarak gerçekleştirmelerinin önü açılmıştır.
- Aracı kurumların yatıracakları teminatların izlenmesi ve değerlendirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiş olup, esas olarak, faaliyette olan aracı kurumlardan sürekli olarak teminat talep edilmesine dair uygulamaya son verilmiştir.

BİLGİ SUİSTİMALİ SUÇU

Uğur ÖZİL[1]

GİRİŞ

Sermaye piyasalarının oluşturulma amaçlarından birisi yatırımcıların yatırımlarını adil, daha kolay ve güvenilir yollarla yapabilmesinin sağlanmasıdır. Devletin bu amacın gerçekleşmesi için sermaye piyasanın meşru vasıtalarla işlerliğini denetleyerek yatırımcılar arasında fırsat eşitliği yaratacak düzenlemeler yapma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğü yerine getirmek için sermaye piyasası içerisinde var olan kurumlara ait bazı bilgilerin kamuyla paylaşılması zorunluluğunu gerektiren düzenlemeler yapılmıştır.

Bu düzenlemelerden biri de henüz kamuyla paylaşılmadan bilginin kullanılması sonucu menfaat temin edilmesinin önlenmesine yöneliktir. Düzenlemeye göre sermaye piyasalarında faaliyet gösteren ve bu şirketin yönetiminde etkin görevlerde bulunan kişilerin belli bilgileri daha önce öğrenmesi ve bu bilgiler sayesinde diğer yatırımcılar karşısında fırsat eşitliğine aykırı olarak kendilerine veya bir başkasına yarar sağlanması yasaklanmıştır.

Bu çalışmada da mülga SPK da içeriden öğrenenlerin ticareti suçu olarak bilinen yeni SPK da ise bilgi suiistimali suçu olarak bilinen suçun karşılaştırmalı olarak suç inceleme metoduna göre incelenmesi yapılacaktır.

1. KANUNİ TANIM VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

1.1 Kanuni Tanım

Bilgi suistimali suçu 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.106 da; *"Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden..."* şeklinde düzenlenmiştir.

1 Stajyer Avukat, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans ve Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

Mülga olan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 47/A da şimdiki bilgi suistimali suçunu; "*Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek, içerden öğrenenlerin ticaretidir…*" şeklinde içeriden öğrenenlerin ticareti olarak tanımlamıştır.

1.2 Korunan Hukuki Değer

Yeni kanunun tanımıyla bilgi suistimali suçunun, mülga kanunla içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun koruduğu hukuki değer sermaye piyasasında olması gereken şeffaflıktan herkesin yararlanmasını, yatırımcıların eşit şartlara tabi olmasını sağlamaktır[2]. Bu suçla ulaşılması hedeflenen kamuya durulmamış olan ve sadece belli kimselerin sahip oldukları bilgilerin kullanılarak başkalarının zarara uğramaması ve sermaye piyasalarında olması istenilen fırsat eşitliğinin sağlanmasıdır. Bu amaçla kanun koyucu, sermaye piyasasında tasarrufta bulunmak isteyen yatırımcılar ile sermaye piyasası dengelerini değiştirecek bilgilere sahip olan veya olabilecek olan kimselerle eşit fırsatlar içinde olacağı düzen yaratmaya çalışmıştır.

Sermaye piyasasının işlerliği bakımından bilgiler büyük önem arz etmektedir. Sermaye piyasasının etkinliğinden söz edebilmek içinde bu bilginin yatırıcılarca eşit şartlar altında bilinmesi gerekmektedir[3]. Belli kimselerin üstlendikleri görev veya statüleri gereği öğrendikleri bilgilerle sermaye piyasasında işlemler yapmasıyla dışarıdan herhangi bir bilgiye sahip olmaksızın yapılacak işlemlerin eşit şartlarda yarıştığı kabul edilemez.

Bu bakımdan korunan hukuksal değer dışında sermaye piyasasının doğru şekilde işlemesi ve güvenilirliği gibi değerlerin de korunduğu doktrince kabul edilmektedir[4].

2. SUÇUN (TEMEL) UNSURLARI

2.1 Maddi Unsurlar

2.1.1 Hareket (Fiil)

SPK m.106 da bilgi suistimali suçunun hareket unsurları "*sermaye pi-*

2 Ali Hakan Evik/ Vesile Sonay Evik, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2005, C.63, S.1-2, s.1-56, s.35

3 Evik/Evik, age., s35.

4 Enzo Musco, Diritto Pénale Societario, Milano, Giuffre. 1999, s. 334, nakleden, Evik/Evik, age., s36.

yasası araçları için; alım ya da satım emri verme, verdiği emri değiştirme, verdiği emri iptal etme ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin etme "olarak belirtilmiştir.

Sermaye piyasası için alım veya satım emri verme, verdiği emri değiştirme, verdiği emri iptal etme fiillerinin belli bir nitelikteki bilgiye dayalı olarak gerçekleşmesi aranmaktadır. Fiillerin gerçekleşmesine etki eden bilginin "*doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte*" ve *"henüz kamuya duyurulmamış"* olması gerekmektedir. Ayrıca bu bilginin kullanılmasının sonucunda *"kendisine veya bir başkasına menfaat temin edilmiş"* olmasıyla suçun maddi unsurları tamamlanmış olacaktır.

Kanun koyucu bilgi suistimali suçunun hareket unsurunu seçimlik hareketli olarak belirlemiştir. Bu bakımdan bu hareketlerden herhangi birisinin yapılması suçun oluşması için yeterli olacağı gibi tanımda belirtilen hareketlerin hepsi yapılsa dahi tek suç oluşacaktır.

Hangi tür bilgilerin sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebileceğine ilişkin kesin bir kıstas koymak mümkün değildir ancak bu araçların alım satımının yapıldığı piyasalarda yaşanan tecrübeler, benzer bilgilerin karşılaştırmalı etkileri, ekonomi biliminin fiyat oluşumuna ilişkin genel kabul görmüş yargıları, bilginin sermaye piyasası aracının değerini nasıl etkileyebileceği hakkında çıkarım yapılabilmesine olanak tanır[5].

Suç hareketinin oluşumu için bilginin kamuya açıklanmamış olması bakımından, bilgilerin Sermaye Piyasası Kurulunun öngördüğü şekil şartlarına bağlı olarak açıklanmamış olması tek başına yeterli değildir[6].[7] . Sermaye piyasasında hisseleri işlem gören bir futbol takımının yaptığı transfer görüşmelerinin yazılı veya görsel yayın kuruluşlarınca, Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'ne uygun olmadan duyurulmuş olması kanunun aradığı anlamda kamuya açıklanmamış bilgi olma özelliğini kaybetmesine neden olur. Bu açıdan ceza hukuku anlamında bilginin artık kamuyla paylaşıldığı ve cezalandırılacak bir davranış olmadığı kabul edilmelidir. Ceza hukukunun vazgeçilmez ilkelerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince cezalandırılması gereken davranışlar açıkça kanunlarda yer almalıdır. Ceza hukuku bakımından

5 Eyüp Yılmaz, İçeriden Öğrenenlerin Ticareti, Yüksek Lisans Tezi, 2008, s.39

6 Aynı görüş için bkz. Yılmaz, age., s39

7 Aksi görüş için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu Ortaklıklar Finansmanı Dairesi, Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği Çerçevesinde Hazırlanan Özel Durum Açıklamalarına İlişkin Rehber, 2009, Ankara, s.2. http://www.spk.gov.tr/daireduyurukarargoster.aspx?aid=92&ct=f (30.01.2014)

kamuya açıklanmamış bilgi unsuru olarak kanundaki esaslardan başka bir kıstas ele alınamayacaktır. Kurulun konuyla ilgi yaptığı düzenlemeler idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamaz yasağı gereğince ceza hukuku bakımından bir anlam ifade etmemekle birlikte ilgililerin hukuki sorumluluğunda dikkate alınabilecektir.

Kullanılan bilgi sermaye piyasası araçlarını etkileyebilecek niteliğe sahip olmayla beraber kamuya açıklanmamış olması suçun oluşması için yeterli olmayıp bilgiyi kullanana veya bir başkasına menfaat temin edilmiş olması da gereklidir. Belli hareketler sonucunda bir neticenin gerçekleşmesi arandığından bilgi suistimali suçunun, bağlı hareketli suç olduğunu söyleyebiliriz.

Önceki kanun suçun hareket unsurunu *"sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek"* olmak olarak açıklamıştır. Yeni kanun düzenlemesinden fazla bir farklılık olmamakla birlikte eski kanunun *"işlem yapma"* olarak belirttiği hareketi, yeni kanunun seçimlik hareket olarak kabul ettiği ve "*sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden"* şeklinde yer verdiği görülmektedir.

2.1.2 Netice

Her iki kanun düzenlemesi de hareketlerin gerçekleşmiş olmasının suç oluşumu için tek başına yeterli olmadığını bu hareketlerin gerçeklemesinin sonucunda bir neticenin gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu bakımdan her iki düzenleme de bağlı hareketli suç şeklinde düzenlenmiştir.

Önceki kanun *"mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek"* şeklinde bir netice ararken yeni kanun daha teknik ve daha geniş anlama gelecek bir ifade olan *"kendisine veya bir başkasına menfaat sağlamak"* terimini kullanmıştır. Bu düzenlemeyle birlikte hareket sonucunda mameleki bir yarar dışında manevi olarak bir yarar veya zararın engellenmesi durumunda da suç oluşmuş olacaktır. Yargıtay'ın önceki kanun döneminde netice olarak maddi menfaatin temin edildiği anlaşılmadan içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun oluştuğunun söylenemeyeceği yönündeki içtihadının güncel kanun döneminde uygulanmayacağını belirtmekte fayda vardır[8].

8 Y.7.CD. 7.6.1995 tarih 1995/5261 sayılı kararı, karar için bkz: Tuğhan Serim, İçeriden Öğrenme Suçu, Doktora Tezi, 2005,s.159

Kamuya açıklanmamış bilgi nedeniyle yapılacak olan işlemle meydana gelen netice arasında nedensellik bağı olmalı ve bu açıdan objektif bir isnadiyet söz konusu olmalıdır.

Örneğin faaliyet alanı olarak maden rezervleri üzerine çalışan bir şirketin keşfedilmiş bir maden yatağını kamuya paylaşmaması içeride olanların bildiği bir şeydir. Bu bilgi açıklanınca bu şirketin hisse senetlerine olan taleplerin artacağı sermaye piyasası düzeninde beklenen bir gelişmedir. Bu bilgiye sahip olunarak hisse senedi alınıp kar elde etmek isteyen kimsenin satın alma işleminden sonra bilgiyi açıklaması bir içeriden öğrenenlerin ticareti olacaktır. Fakat bu bilgilerin açıklanması değil de rakip firmanın iflasını açıklaması sonucunda şirketin hisse senetlerinde değer artışı olması durumunda objektif isnadiyetten söz edilemez.

2.1.3 Fail

Yürürlükte olan sermaye piyasası kanunumuz bilgi suistimali suçu için fail olabilecekleri sayarak göstermiştir:

- İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri,
- İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,
- İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,
- Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler,
- Sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler
- Mülga olan kanunumuz ise fail olarak;
- Sermaye Piyasası Kurumları'nın veya bunlara bağlı ya da bunlara hâkim işletmelerin, yönetim kurulu Başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli
- Meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlar
- İhraççılar
- Bu kişilerle temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler,

Faillerin saymak suretiyle gösterilmiş olması nedeniyle bilgi suistimali

suçunun bir özgü suç olduğunu söyleyebiliriz. Bu bakımdan içerden öğrenenlerin ticareti suçunun tanımında faillerin kimler olabileceğini sınırlı sayı ilkesine bağı kalmaksızın örneklerle sayıldığını kabul eden görüşlere katılmıyoruz[9].

Kanun düzenlemelerini açıklarken doktrin failleri niteliklerine göre iki gruba ayırarak açıklamaya çalışmaktadır. Bunlardan ilk grubu statüye bağlı olarak içeriden öğrenenler ve meslek veya görev ifasına bağlı olarak içerden öğrenenler olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayrımın yapılmasına neden olan statüleri açıkça belirtilmiş olan "*ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler*", kanunda sayılan hareket ve netice gerçekleştikten sonra bir araştırmaya gerek olmaksızın statüleri gere içerden öğrenen yani bu suçun faili olacaktır. Fakat diğer grup olarak kabul edilen *"iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler, sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler"* ise kanunda aranan hareket ve netice gerçekleşse bile ayrıca içeriden öğrenen olup olmadığı araştırılması gerekecektir.[10]

Statüleri gereği şirketin önemli bilgilerine ulaşma ihtimali yüksek olanlar sırf bu nedenle kanun koyucu tarafından doğrudan içerden öğrenebilecekler olarak kabul edilmiştir. Eski kanun tanımında da faillerin statülerinin açıkça belirtildiği görülmektedir.

Mesleklerini veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek kişilerin bu suçun faili olabilmeleri bakımından, bunların meslek veya görevleri nedeniyle kullandıkları bilgiye içeriden öğrenen olarak bilgi sahibi olup olamadığına elverişli olduğunun tespiti gerekecektir. Bu grup bakımından her ne sebep veya şekilde olursa olsun bilgiye ulaşmak yeterli kabul edilmeyecektir[11].

İçeriden öğrenen kişiler olabileceklerin içeriden öğrenenlerin ticareti suçuna sebebiyet vermemek bakımından u kişilerin meslek veya görevlerinden ayrıldıktan sonra en azından belirli bir süre daha söz konusu bilgileri kullanmamaları gerektiğini belirtmek gerekir[12].

---

9 Fail gruplarının sınırlı sayı olarak belirtilmediği görüşü için bkz: Şebnem Meral Bakkalcı, İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Sorumluluğu, Doktora Tezi, 2007, s.217.

10 Yılmaz, age., s44

11 Evik/Evik, age., s40

12 Evik/Evik, age., s41

Statüleri gereği dışında fail olabileceği belirtilen kişilerin elde ettiği bilgileri kullanırken sermaye piyasası kanunun bilgi suistimali suçunda kullanılabilecek bir bilgi olduğunu bilmesi gerekmektedir.[13]

Fail bakımından yeni düzenleme iki fail türü daha kabul edildiği görülmektedir. İçeriden öğrenebilecekler ya da bilgi suistimali suçunu işleyebilecek kişiler bakımından, bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler de artık bu suçun faili olabilecek. Burada kullanılan suç işleme terimi yerine *"hukuka aykırı olarak"* ifadesi daha yerinde olabilirdi. Böylece suç teşkil etmeyen, fakat diğer hukuka aykırı yollarla bilgi elde eden kişiler de kapsama dâhil edilebilirdi. Bir diğer yeni fail grubu olarak sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kişiler olduğu gözükmektedir. Bu kişiler içeriden öğrenenler olmasa bile suçun faili olabileceklerdir[14].

2.1.4 Mağdur

Toplumu oluşturan herkestir. Suçtan zarar görenler ise sermaye piyasası yatırımcılarıdır.

2.1.5 Suçun Konusu

Suçun konusunu oluşturan bilgi bakımından yeni kanunun işlemlerde kullanılacak bilginin niteliği olarak açıkça *"sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcılarını kararlarını etkileyebilecek nitelikteki kamuya açıklanmamış bilgiler"* olarak belirtmiş veya bağlacı kullanılarak bilginin iki nitelikten birini taşıyor olması aranmıştır. Önceki kanun düzenlemesine göre suça konu bilginin nitelik olarak sadece sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikteki bilgiden oluşmasının yeterli olduğu görülmektedir[15].

2.2 Manevi Unsurlar

Bilgi suistimali suçu kasten işlenebilen suçtur. Kanunda fail olarak belrtilmiş olan kişilerin sermaye piyasası araçlarını veya yatırımcıların kararlarını etkileyecek türden ve kamuya açıklanmamış olan bilgiyi kendisine veya başkasına menfaat temin etmek için yaptığı işlemleri her unsur açısından kasten gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Dolaylı kastla da işlenebilir. Fail bilginin henüz kamuya duyurulma-

13 Çağlar Manavgat, Türk Hukukunda 'İçerden Öğrenen' Kavramı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XIX, S.4, 1998, S.177-204,s195-204.

14 Dursun, age, s.4.

15 Selman Dursun, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunun Getirdiği Yenilikler ve Uygulanmasının Değerlendirilmesi Sempozyumu, http://bavder.com.tr/?p=makaleOku&id=182 çevrimiçi 12.01.2014

mış olma ihtimalini göze alarak kanundaki belirtilen fiilleri işlerse bu durumda dolaylı kasttan söz edilecektir.

Kanun özel olarak taksirle işlenebildiğini düzenlemediği için taksirle işlenememektedir.

Önceki kanuna göre bir amaçla hareketlerin meydana gelmesi gerekiyor. Suçun meydana gelmesi için suç fiillerin kasten işlenmesinin yanında menfaat sağlama amacıyla da işlenmesi gerekiyordu.

Bilgi suistimali suçunda hata bakımından söylenmesi gereken, failin bilginin sadece içeriden öğrenebilecek bir bilgi değil de herkes tarafından bilinebilecek bir bilgi olduğunu düşünmesidir. Yani fail kullandığı bilginin kamuya duyurulmuş olması gereken bir bilgi olmadığını zaten herkesin bildiğini düşünebilir ya da statüsü gereği kendisinin içeriden öğrenen fail grubundan olmadığını düşünebilir. Bu tip bir hata failin kastını etkileyebilecek bir hata olmayacaktır çünkü kendi konumu ve mesleği bakımından hataya düşmüş olup kanunun aradığı maddi şartları yine gerçekleştirmiş olacaktır.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Sermaye Piyasası Kanunu bilgi suistimali suçunun düzenlemesinin yanında m.108 de özel olarak bazı işlemlerin bilgi suistimali suçunu oluşturmayacağını belirtmiştir. Ceza hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda kanun hükmünün icrası olacağından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekmektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu m.108 düzenlemesi şöyledir:

"a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması

b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi

c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi"

İçerideki bilginin kullanılması bakımından haklı bir sebebin var olduğu hallerde de eylemin yine suç teşkil etmeyeceğini belirtmek gerekir. Örneğin hisse senetleri borsada işlem gören şirketler arasında birleşme veya devralma işlemleri için görüşmeler yapılırken kullanılan bilgilerin hakkın icrası olarak kabul etmek gerekmektedir.

Sermaye piyasalarında faaliyet göstermekte olan şirketlerin kamuya açıklanmış olan bilgilerini veya herkes tarafından öğrenilebilecek bilgileri kendi mesleki bilgi ve tecrübeleriyle danışmanlık hizmeti altında başkalarıyla paylaşan kimseler bakımından da bilgi suistimal suçunu işlediklerini söyleyemeyiz. Çünkü kamuya açıklanmış bilgiler zaten bu suçun konusunu oluşturamayacaklardır. Herkes tarafından öğrenilebilecek bilgilerde öğrenilme yöntemi suç olmadıkça özgü suç olması nedeniyle danışmanların içerideki kişilerden olmadığı sürece bu suçun faili olamayacağından suç oluşmayacaktır. Aynı zamanda herkesin hukuka uygun yollarla ulaşabileceği bilgi, Sermaye Piyasası Kurulu'nun tebliğine veya yönetmeliğindeki şartlara uymaması nedeniyle kurul nezdinde kamuya açıklanmamış bilgi kabul edilecek olsa dahi ceza sorumluluğu açısından kanun metni dikkate alınacağından bu bilginin ceza hukuku bakımından kamuya açıklanmış bilgi sayılacağından yine suçun konusunu oluşturmayacaktır.

4. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Önceki kanun döneminde içeriden öğrenenlerin ticareti suçu için nitelikli haller açıkça belirtilmişti.

Fail tarafından gerçekleştirilen eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve failin bundan bir menfaat sağlamış olması halinin, kanun koyucu tarafından bu suç bakımından diğer bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiği görülmektedir. 47. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan *"Birinci fikranın A... bentleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle elde edilen menfaatin üç katından az olamaz"* şeklindeki bu ağırlatıcı neden, sadece para cezasını etkileyen bir ağırlaştırıcı nedendir[16].

47. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş bulunan *"Bu maddede öngörülen cezaların verilmesini gerektiren fullerin tekrarı halinde, verilen cezalar yarı oranında arttırılarak hükmolunur. Cezaların arttırılabilmesi için daha önce verilen cezanın infazı şartı aranmaz"* şeklindeki diğer ağırlatıcı neden ise, aynı suçun tekrarı, bir diğer deyişle suçta tekerrür haline ilişkin olan bir ağırlaştırıcı nedendir[17]. Kanun koyucunu

16 Evik/Evik, age., s.53

17 Evik/Evik, age., s.53

genel tekerrür uygulamasını bu suç bakımından terk ederek bu suça özgü bir tekerrür düzenlemesine yer vermiş ve buna göre cezanın artırılacağını belirtmiştir.

Önceki kanun döneminde kanun koyucu ayrıca faillerin sıfatlarına göre de nitelikli hal belirlemiştir: "*ihraççılarla sermaye piyasası kurumlarının yönetim kurulu üyeleri, denetçileri, müdür ve diğer personeli ve yatırım fonu temsilcileri ile sorumlularının ortaklığın, kuruluşun veya fonun paraları ve diğer malları ile sermaye piyasası araçları, defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgeleri üzerinde işledikleri suçların genel hükümlere göre belirlenen cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur*"

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

5.1 Suça Teşebbüs

Teşebbüse elverişlidir. Neticenin gerçekleşmemesi veya suçun icra hareketlerinin bir kısmı gerçekleştikten sonra engellenmesi mümkündür.

5.2 Suça İştirak

Fail bakımından özgü suçtur. Bu bakımdan bu niteliklere sahip olmayanların suç işlenmesine katılımında azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olacağını söyleyebiliriz.

5.3 Suçların İçtimaı

Önceki kanun suç hükümlerine yer vermeden önce fiillerin daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmadığı hallerde fiillerin içeriden öğrenenlerin ticareti suçu kapsamında cezalandırılacağını belirtmiştir. Bu hükmün amacı içtima hükümlerinden farklı olarak harekete uygulanacak hukuk kuralının ceza ağırlığı dkkate alınarak uygulanmasını sağlamaktır. Bu hüküm gereği, eğer filler iki farklı kanuna göre suç oluşturacak olursa özel kanun genel kanun veya sonraki kanun önceki kanun incelemeleri yapılmadan doğrudan cezaları ağır olan uygulanacaktı.

Önceki Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinin A bendinin birinci fıkrasının son cümlesindeki *"suçun işlenmesinde, bu bentte yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse, hapis cezasının asgari haddi 3, azami haddi 6 yıldır"* şeklindeki hüküm bir içtima düzenlemesi olarak kabul edilmelidir. Bu kanunun aynı maddede bentlere yer vererek aslında birbirinden farklı suçlar düzenlemekteydi. Bu bakımdan her bent birbirinden bağımsız ayrı bir suç normuydu. Kanun koyucu bu suçlardan birden fazlasının işlenmesi durumunda, bu suça özgü olacak şekilde içtima hali öngörmüştü. Buna göre birden fazla suç işlenmiş olsa bile tek cezaya hükmedilip cezanın basit haline göre ağırlaştırılarak verilmesi düzenlemekteydi.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un m.7'deki düzenlemesi şöyledir: *"Özelleştirme programında bulunan kuruluşlardan Sermaye Piyasası Kanununun kapsamına giren ve hisseleri borsada işlem gören kuruluşların; yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri diğer personeli, Özelleştirme idaresi personeli ile Özelleştirme Yüksek Kurulu Başkan ve üyeleri görevleri dolayısıyla bu kuruluşların hesap ve işlemleri ile işletmelerine ilişkin öğrendikleri, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri açıklayamazlar. Bu bilgileri kendilerine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasalarında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamalarına yönelik olarak borsa içinde ve dışında bu kuruluşlarla ilgili menkul kıymet alımı satımı yapamazlar... Bu yasaklara aykırı hareket edenler, altı aydan iki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Ancak, verilecek adlî para cezasının miktarı, edinilen haksız kazancın üç katından az olamaz."* Bu hükmün düzenlemesi mülga olan SPK düzenlemesiyle benzer ifadeler içermektedir bu nedenle her iki kanunda da aynı fiilin cezalandırılması öngörülmüş ve fakat cezaların ağırlığı farklı şekilde düzenlenmiştir. Mülga kanun düzenlemesindeki özel kanun genel kanun yada önceki sonraki kanun uygulamalarına bakılmaksızın ağır cezanın belirlenip hangisinin uygulanacağı tartışılabilecekti. Yeni kanunda böyle bir hüküm olmadığından bu kanun döneminde özelleştirme uygulamalarında SPK'ya göre özel kanun olan Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun uygulama alanı bulacağı açıktır.

Türk Ticaret Kanunu m.62/3: "*Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştıranın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, ...şikâyeti üzerine, ...iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar. "* TTK'nın bu düzenlemesi bilginin elde edilişi bakımından aldatma olması halini cezalandırmaktadır. SPK'da ise bu bilginin kullanılarak menfaat sağlanması cezalandırılmaktadır. Yani suçların konusu belli nitelikteki bir bilgi olsa bile cezalandırılan davranışlar farklı olduğundan gerçek içtima olacak ve şartları varsa iki kanuna göre de cezalandırılacaktır.

Yeni SPK suç işlemek suretiyle içerden öğrenilen bilgilerin dışardaki kişilerin kullanarak menfaat temin etmesinin de bilgi suistimali suçunun olacağını düzenlemiştir. TTK'nın uygulama alanı bulacağı alanlarda bilginin aldatılarak elde edilmesi suç olarak düzenlendiği için bu fiili gerçekleştiren kişi, bilgi suistimali suçunun faili olabileceği unutulmamalıdır.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından mağduru belli bir kimse olmayan suçların aynı suçu işleme icrası kapsamında birden çok kez işlenmesi yeterli olacaktır. Bu bakımdan X şirketinin yönetim kurulu üyesi A şirketin kamuya açıklanmamış bilgilerini kullanarak bilgi suistimali suçunu işledikten belli bir süre sonra Y şirketinin yönetim kuruluna girerek bu şirketin kamuya açıklanmamış bilgilerini kullanarak tekrar işleyeceği bilgi suiistimali suçu kullanmış olması durumunda şirketler farklı bile olsa zincirleme suç hükümleri gereği tek cezaya hükmedilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki zincirleme suç hükümlerinin koşulları arasında olan bir suç işleme icrası kapsamında davranışların gerçekleşmiş olma unsuru ilk suç işlenirken olmalıdır. Yani fail yönetim kurulunda bulunduğu ilk şirkette bu suçu işlerken diğer şirketin yönetim kuruluna girdiğinde de bu suçu işleyeceğini planlamalıdır. Fail başka bir şirketin yönetim kuruluna girdikten sonra eğer daha önceki iradesinden bağımsız olarak bilgi suistimali suçu işleme iradesi ortaya çıkarsa bu durumda aynı suçtan dolayı iki kez cezalandırılacaktır.

6. KUSURLULUK

Bilgi suistimali suçu bakımından kusurluluğu etkileyecek özel bir durum yoktur.

7. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI

SPK m.115 düzenlemesi bilgi suiistimali suçu bakımından özel bir cezalandırılabilme koşullu getirdiği söylenebilir. Düzenleme şu şekildedir: *"Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır. Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir. Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi, 109. maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır."*

Kanunun bu düzenlemesi yine kendine özgü olarak bir kural yarattığını göstermektedir. Kurulun yapacağı başvuruyu talep olarak nitelendiremeyiz çünkü başvuru sonucunda savcının dava açma mecburiyeti yoktur. Aynı şeklide ceza muhakemesinde kabul edilen diğer dava şartlarında müracaat, şikâyet veya izin kurumlarına da benzememektedir[18].

Bu düzenlemeler gereği kanunun bilgi suistimali suçu bakımından soruşturma yapılabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulunun yazılı başvurusu gereklidir. Bu başvuru aynı zamanda açılacak davada kurulun katılan sıfatı kazanmasına da yetecektir. Yazılı başvuruda bulunmuş olması kurula aynı zamanda kovuşturmaya yer olmadığına yönelik kararlara itiraz etme hakkını da vermektedir.

8. YAPTIRIM

Bilgi suistimali suçu için kanun koyucu 2 yıldan 5 yıla kadar hapis veya adli para cezası vardır. Bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.

SPK m. 114 düzenlemesi gereği suçun tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Aynı zamanda soruşturma kovuşturma zarfında suçu işlediğine dair makul şüphe bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ile ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak m.101 de belirtilen tedbirler uygulanabilir.

Mülga SPK a göre ise içeriden öğrenenlerin ticareti suçuna yaptırım olarak iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adlî para cezası öngörülmüştü. Yukarıda anlatıldığı üzere mülga kanunda 47.maddede belirtilen diğer suçlarla birlikte işlenmesi durumunda tek bir cezaya hükmedilecek ve hükmedilen hapis cezasının 3 ila 6 yıl arasında olacağı düzenlenmişti. Nitelikli haller olarak ise fail bakımından öngörülen nitelikli hallerin varlığı halinde verilecek cezanın yarı oranda artırılarak hükmedilmesi gerektiği düzenlenmişti.

SONUÇ

Teknolojik gelişmeler ve bilginin kolay ulaşılabilirliği nedeniyle her geçen gün bilgiye dayalı olarak işlenen suçların arttığı gözlemlenmektedir. Bu suçlardan birisi de konumuz olan bilgi suistimali suçudur.

Yapılan araştırmalara göre bilgi suistimali suçunun faillerinin genel

18 Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz: Serim, age., 169-174.

olarak kendi işverenine karşı suistimal suçu işleyen, finansman departmanında çalışan veya finansla bağlantılı bir görevi olan, üst düzey yönetici pozisyonunda, şirketteki kıdem süresi 10 yılı aşan, başka bir suçluyla gizli ittifak yapan kişiler olduğu tespit edilmiştir[19]. Bu özelliklere sahip kişilerin toplum nezdindeki itibarı ve saygınlığı nedeniyle kendine münhasır bir güven duygusu yarattığı da açıktır. Ancak bu tarz suçların oluşması gerek ülke ekonomisine gerekse suç işlenirken doğrudan suçtan zarar görenlere olan etkisi malvarlığına karşı işlenen suçlarla kıyaslanmayacak kadar fazladır. Toplum tarafından bir hırsızın, dolandırıcının, gaspçının kınanmasıyla bilgi suiistimali vb suçların faillerine yönelik olarak gösterdiği tepki arasında ciddi farklılıklar vardır.

Birikimlerini ortaya koyarak kazanç elde etmek isteyen yatırımcıların, işlerini güvenerek emanet ettiği birçok kişinin bu yöntemlere başvurması yeni yatırımcıların ortaya çıkmasına da engel olmaktadır.

Bu tür olumsuzlukların sermaye piyasası üzerindeki etkisinin azaltılması için Sermaye Piyasası Kurulunun etkin denetim yetkileri olmalı adli makamları zamanında harekete geçirmeli, zamanın gelişimine uygun olarak da mevzuat düzenlemeleri geliştirilmelidir.

Kaynakça

- Bakkalcı, Şebnem Meral:İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Sorumluluğu, Doktora Tezi, 2007.
- Dursun, Selman:6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunun Getirdiği Yenilikler ve Uygulanmasının Değerlendirilmesi Sempozyumu, http://bavder.com.tr/?p=makaleOku&id=182 çevrimiçi 12.01.2014
- Evik, Ali Hakan/ Evik, Vesile Sonay :"İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2005, C.63, S.1-2, s.1-56
- Manavgat, Çağlar: Türk Hukukunda 'İçerden Öğrenen' Kavramı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XIX, S.4, 1998, S.177-204
- Serim, Tuğhan:İçeriden Öğrenme Suçu, Doktora Tezi, 2005.
- Sermaye Piyasası Kurulu Ortaklıklar
- Finansmanı Dairesi:Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği Çerçevesinde Hazırlanan Özel Durum Açıklamalarına İlişkin Rehber, 2009, Ankara,http://www.spk.gov.tr/daireduyurukarargoster.aspx?aid=92&ct=f (30.01.2014)
- Yılmaz, Eyüp:İçeriden Öğrenenlerin Ticareti, Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Çevrimiçi Kaynak:
- http://www.kpmg.com/TR/tr/Issues-And-Insights/ArticlesPublications/Documents/Bir-suistimalcinin-profili.pdf (15.01.2014)

19 KMPG, Bir Suistimalcinin Profili, 2011, http://www.kpmg.com/TR/tr/Issues-And-Insights/ArticlesPublications/Documents/Bir-suistimalcinin-profili.pdf (15.01.2014)

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

TİCARİ DEFTERLER • USULSÜZ KAYITLAR • FATURA

ÖZET: Usulüne uygun olarak tutulmamış olsa dahi ticari defterler sahibi aleyhine delil teşkil edecektir. Taraflar arasındaki ticari ilişki veya borç ilişkisi belli ise deftere işlenmemiş olan faturanın delil olduğu kabul edilmelidir.*

Y.HGK. E:2012/11-862 K:2012/251 T:28.03.2012

(…Davacı vekili, müvekkilinin davalının hafriyatını taşıdığını, ancak taşıma bedelini ödemediğini, alacağın tahsili için başlatılan takibe davalının haksız ve kötüniyetli olarak itiraz ettiğini ileri sürerek, davalının itirazının iptalini dava ve talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1) Dava dosyası içeriğindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesine usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava, davacının davalıya taşıma hizmeti verdiği iddiasına dayalı alacak için başlatılan takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

Somut olayda davacı vekili, müvekkilinin davalıya taşıma hizmeti verdiğini ve navlun alacağına dair fatura düzenlendiğini, bu faturaların davalının muhasebecesi olan K.Ö.'e teslim edildiğini ileri sürerek, iş bu davayı açmış, davalı vekili ise, müvekkilinin davacıya hiçbir borcu bulunmadığını savunarak gerek iddia edilen akdi ilişkiyi ve gerekse buna dair alacak istemini inkar etmiştir.

Bu durumda, öncelikle davacı taşıma ilişkisinin varlığını ispat etmeli-

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

dir. Davacı bu ispat külfetini yerine getirdiği takdirde ve ancak bundan sonradır ki davalıda ödediğini ispatla mükellef olacaktır.

Bu itibarla mahkemece, davacıdan tüm delillerini hasretmesi istenerek, gerektiğinde davalı tarafın da defterleri incelenmek suretiyle taraflar arasında taşıma ilişkisinin olup olmadığının belirlenmesi ve daha sonra bu husus ispat edildiği takdirde davalı tarafından ödeme yapılıp yapılmadığının ayrıntılı bir şekilde araştırılarak oluşacak sonuca göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir…)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HKG'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili, "davacı tarafından davalının hafriyatının taşındığını, verilen taşıma hizmetine karşılık düzenlenen fatura bedelinin ödenmemesi sebebiyle bedelin tahsili için başlatılan icra takibinin davalının haksız itirazı ile durduğunu, davalının temel ilişkiyi ve faturayı inkar etmediğini ancak belge sunmaksızın borcu olmadığını ileri sürdüğünü" belirterek "davalının haksız itirazının iptali ile takibin devamını ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini"talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili "davanın reddi gerektiğini" savunmuştur.

Yerel mahkemece, davacı-alacaklı tarafından ibraz edilen faturanın kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren bir belge olmadığı, borcun varlığı ispat külfetinin davacıya ait olduğunu, davacının ticari defterleri usulüne uygun tutulmadığından ve yemin deliline de dayanılmayacağı belirtildiğinden davanın ispatlanamadığı gerekçesiyle reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkeme önceki kararında direnmiş; hükmü davacı-alacaklı vekili temyiz etmiştir.

HGK önüne gelen uyuşmazlık, yapılan araştırmanın ve dosyada mevcut delillerin hüküm kurmaya yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere 1086 sayılı HUMK'un 326. maddesine göre, her iki taraf kendi ellerindeki vesikaları (belgeleri) mahkemeye ibraz etmek zorundadır.

Bir davada ispat yükü kendisine ait olan tarafın, başka delillerle bir-

likte karşı tarafın ticari defterlerine de dayandığı, eş söyleyişle, delillerini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği, dolayısıyla da, uyuşmazlığa 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 83/2. Maddesindeki özel hükmün uygulanamayacağı durumlarda; karşı tarafın kendi defterlerini mahkemeye ibraz etmesi ya da bundan kaçınmasına bağlanması gereken hukuksal sonuçlar, HUMK'un 330 ve ardından gelen maddelerindeki konuya dair genel düzenlemelere tabidir.

HUMK'un 332. maddesi, bir tarafın, mahkemece kendisine verilen süre içerisinde ilgili belgeyi ibraz etmemesi halinde, mahkemenin, o tarafın maksadını gözeterek, diğer tarafın o belgeye dair açıklamasını kabul edebileceğini öngörmektedir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; HUMK'un 332. maddesindeki bu hüküm, taraflardan birinin delillerini salt karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği hallerde, ticari defterlerin mahkemeye sunulması bakımından da uygulanır. Eş söyleyişle, belirtilen bu durumda ticari defterler de, HUMK'un 330 ve sonraki maddeleri anlamında "vesika" niteliğindedir.

Öte yandan, ticari defterlerin ispat kuvvetini düzenleyen TTK'nın 82. maddesindeki hüküm, "I-Kati delil" şeklindeki kenar başlığı ile birlikte değerlendirildiğinde ve aynı Kanun'un 1474. maddesi uyarınca kenar başlıklarının metne dahil bulunduğu da gözetildiğinde; ticari işlerden dolayı tacirler arasında çıkan uyuşmazlıklarda ticari defterlerin (maddede gösterilen koşulların mevcut olması kaydıyla), kesin delil niteliğinde bulunduğunu öngörmektedir.

Anılan Kanun'un 69. ve devamı maddeleri uyarınca da defterlerini yöntemince tasdit ettirmeyen tacirin bu gibi defterleri lehine delil olamaz. Ancak kanuna uygun olarak veya olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı, sahibi ve halefleri aleyhinde delil sayılır.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 86. maddesine göre; taraflardan birinin defterleri kanuna uygun olup da, diğerininki olmaz veya hiç defteri bulunmaz yahut ibraz etmek istemezse; defterleri muntazam olan tacirin birbirini teyid eden defterlerindeki kayıtlar, diğeri aleyhine delil olur. Defterler usulüne uygun tutulmamış dahi olsa sahibi aleyhine delil teşkil edeceği kuşkusuzdur.

Somut uyuşmazlıkta davacı-alacaklı tarafından her iki tarafın ticari defterlerine açıkça delil olarak dayanılmasına rağmen mahkemece davalıya defterlerini ibraz etmesi, ticari defterlerin mahkemeye ibraz edilmemesi halinde HUMK'un 321 ve TTK'nın 80, 83 ve 86. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı hususu hatırlatılmak suretiyle kesin süre verilmemiş; bilirkişi

incelemesi dosya kapsamındaki deliller ve davacı tarafın ticari defterleri ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Davalı tarafın ticari defterlerinin usulüne uygun tutulmamış olması halinde dahi kendisi aleyhine delil teşkil edeceği, takip konusu fatura ticari defterlere işlenmese dahi taraflar arasındaki ticari ilişki veya borç olarak kayıt bulunması halinde bu hususun davalı aleyhine delil teşkil edeceği hususu gözetilerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığının kabulünün gerekeceği açıktır.

Hal böyle olunca mahkemece yapılması gereken; davacıya tüm delillerini hasretmek ve davalı tarafa, ticari defterlerini mahkemeye ibraz etmek üzere usulünce kesin süre verilerek, sonucuna göre yukarda yapılan açıklamalar doğrultusunda yapılacak değerlendirme ile karar vermekten ibarettir.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece HGK'ca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA....**

TİCARİ DEFTERLER • USULSÜZ KAYITLAR • DELİL NİTELİĞİ

ÖZET: Açılış ve kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defterler sahibi aleyhine delil teşkil edecektir.*

Y. HGK. E:2012/19-400 K:2012/581 T:19.09.2012

(....Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında 18.08.2006 tarihli 22.000 adet elma kasası alım sözleşmesi yapıldığını, davalıya gönderilen dokuz adet faturaya itiraz edilmediğini, faturaların davalı defterinde kayıtlı olduğunu, müvekkilinin faturalardan kaynaklanan belgeli cari

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

alacağı için takibe giriştiğini ileri sürerek davalının itirazının iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde müvekkilinin ikametgahı olan Ankara mahkemelerinin yetkili olduğunu belirtmiş, esas savunmasında ise davalı şirketten 20.099 adet elma kasası teslim aldığını, sözleşmede belirtilen 6.15 birim fiyat+KDV üzerinden mal bedelinin ödendiğini, faturalarda mal bedelini anlaşmaya aykırı olarak birim fiyat 7.33 TL den hesaplandığını, sözleşmeye aykırı faturalar düzenleyen davacının bu durumu kanıtlaması gerektiğini, müvekkilinin temerrüde düşürülmediğini ve kararlaştırılan faiz oranı olmadığını belirterek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına ve re'sen yapılan hesaplamaya göre sözleşmede belirlenen birim fiyat 6, 15 YTL'den 20.099 adet elma kasasının alınması sonucu, davalı ödemelerinden sonra kalan miktarın, talep edilen faturalarda yazılı elma kasasına oranlaması yolu ile bulunan miktar üzerinden davanın kısmen kabulüne, davalı borçlunun icra dosyasına itirazın kısmen iptali ile icra takibinin 112.05 TL asıl alacağa takipten itibaren 3095 Sayılı Yasa'nın 2/2. bendindeki faiz oranının uygulanması suretiyle devamına, hüküm altına alınan miktar üzerinden %40 icra inkar tazminatı tutan 44.82 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davacı tarafın temyizi yönünden ise taraflar arasındaki uyuşmazlık, elma kasası satışı nedeniyle düzenlenen faturalardaki birim fiyatının sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığı ve sözleşmede belirlenen birim fiyat üzerinde talep edilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmede birim fiyat olarak 6.15 TL kararlaştırılmışsa da, dava konusu faturalar 7.33 TL birim fiyat üzerinden düzenlenmiş ve davalı bu faturalara itiraz etmeyip kendi defterlerine işlemiştir. Hal böyle olunca davalının dava konusu edilen faturalarda gösterilen birim fiyatı ve fatura toplamlarını benimsediğinin kabulü gerekir.Dava konusu edilen faturalar toplam 27 Milyar TL olduğu halde, davacı tarafından 25 Milyar TL üzerinden icra takibine girişilmiştir. Bu durumda mahkemece, davalının defterine kaydetmekle içeriğini kabul etmiş sayıldığı, dava konusu faturalara yönelik talep gözetilerek bir hüküm kurulması gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçeler*le yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir….)* gerekçesiyle bo-

zularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar taraf vekillerinin temyizi üzerine, özel dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını, davacı vekili temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; elma kasası satışı nedeniyle düzenlenen faturalardaki birim fiyatının sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığı ve sözleşmede belirlenen birim fiyat üzerinde fiyat talep edilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, ticari defterlerin delil kuvveti üzerinde durmakta yarar vardır;

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6762 sayılı TTK)'nın 84. maddesi; "Kanun'a uygun olarak veya olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı, sahibi ve halefleri aleyhinde delil sayılır. Şu kadar ki; kanuna uygun olan defterlerde sahibi lehine olan kayıtlar dahi aleyhindeki kayıtlar gibi muteber olup bunlar birbirlerinden ayrılamaz" hükmünü içermektedir.

Aynı konuda "Ticari defterlerin ibrazı ve delil olması" başlıklı 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu (HMK)'nın 222/4. maddesi; "Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtlan, sahibi aleyhine delil olur." Hükmünü içermektedir.

Somut olayda, taraflar arasındaki uyuşmazlık, elma kasası satışı nedeniyle düzenlenen faturalardaki birim fiyatın sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığı ve sözleşmede belirlenen birim fiyat üzerinde fiyat talep edilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.Taraflar tacir olup, defterlerini usulüne uygun olarak tuttukları, ancak her iki tarafın ticari defterlerinde kapanış onayınınbulunmadığı, ayrıca taraflar arasındaki sözleşmede birim fiyat olarak 6.15 TL kararlaştırılmışsa da, dava konusu faturalar 7.33 TL birim fiyat üzerinden düzenlenmiş ve davalı bu faturalara itiraz etmeyip kendi defterlerine işlemiştir. Bu durumda davalının dava konusu edilen faturalarda gösterilen birim fiyatı ve fatura toplamlarını benimsediğinin kabulü gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, açılış veya kapanış onaylan bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları sahibi aleyhine delil olur, kuralı gereğince davalının defterlerinde kayıtlı bulunan uyuşmazlık konusu faturaların aleyhine delil olacağının kabulü gerekir.

Mahkemece, davalının defterine kaydetmekle içeriğini kabul etmiş sayıldığı dava konusu faturalara yönelik talep gözetilerek bir hüküm kurulması gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

O halde yerel mahkemece, 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 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanunun 440/1 maddesi uyarınca kararın tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 19.09.2012 gününde yapılan görüşmede oybirliği ile karar verildi.

İCRA DAİRESİNE TESLİM EDİLEN ANAHTARIN GEÇ TESLİM ALINMASI

•

KARŞI KUSUR

ÖZET: İcra dairesine teslim edilen anahtarı gecikmeli olarak teslim alan kiralayan zararın artmasına sebebiyet verdiğinden, kira tazminatından indirim yapılması gerekir.

Y.HGK. E:2012/19-687 K:2013/197 T:06.02.2013

(……Davacı vekili, müvekkiline ait işyerini 1 yıl süre ile davalı şirkete aylık kira bedeli 1.250 TL'den 15.03.2006 tarihinde kiraya verdiğini, yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak başladığı takibe davalının itirazı sonucu açılan davada davalının taşınmazdan tahliyesine karar verildi-

ğini, davalının taşınmazı boşaltarak anahtarı icra dairesine bıraktığını 18.12.2007 tarihinde resen öğrendiğini, ödenmeyen kira alacakları, hor kullanımdan oluşan zararı, tamir günlerine ait zarar ile cezai şart istemi için girişilen takibe davalının itiraz ettiğini ileri sürerek davalının kısmi itirazının iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, anahtarları 10.08.2007 tarihinde icra dairesine teslim ettiğini, müvekkilinden masraf ve harç istenmediğini, davacının 4 ay sonra anahtarı teslim almasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını, müvekkilinin boşalttığı taşınmazın altında davacının işyeri olduğunu, tahliyeden haberi olmamasının mümkün olmadığını belirterek, icra dosyasında kabul ettiği 536TL'yi yatırdığını beyanla davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamı, kira sözleşmesi ve bilirkişi raporuna göre, davalının mecurun anahtarını icra dosyasına teslim etmiş olması ve BK'nın 44.maddesi dikkate alınarak 2 aylık kira parasından ve 5.40 TL hor kullanım bedelinden sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, takibe konu toplam 3.040 TL asıl alacak için yapılan itirazın iptaline, takibin bu miktar üzerinden devamına, fazla istemin ve inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacının temyiz itirazları yönünden;davacı kiralayan, icra takibinde Ağustos 2007-18.12.2007 tarihleri arasındaki kira bedelini ve diğer talepleri istemiştir. 04.05.2009 tarihli bilirkişi raporunda davalı tarafından taşınmazın boşaltılarak anahtarın davacı tarafından 18.12.2007 tarihinde icra müdürlüğünden teslim alınmasına göre, davacının 18.12.2007 tarihinde, ittial kesbettiği gerekçesiyle 4 ay 17 günlük kira bedelini isteyebileceğini belirtmiştir. Mahkeme ise, davalı kiracıyı BK'nın 44. maddesini dikkate alarak iki aylık kira bedelinden sorumlu tutarak hüküm kurmuştur.

Somut olayımızda anahtar teslim tarihine kadar davacının kira bedelini istemekte haklı olduğu için BK'nın 44. maddesine göre indirim yapılamaz.

Öte yandan 15.03.2006 kira başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 6.maddesindeki "kira bedellerinden herhangi biri geç ödendiğinde kiracı, kiralayana o anda geçerli olan kira bedelinin yarısı kadar cezai tazminat ödeyecektir." Hükmüne göre davacının istek kalemlerinden olan cezai tazminatın da tartışılmaması yanlıştır…)

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:

Dava, kira tazminatı, hor kullanım bedeli ve cezai şart tazminatının tahsili için girişilen icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabul ve kısmen reddine dair verilen karar, taraf vekillerinin temyizleri üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılan nedenlerle, kira tazminatı ve cezai şart yönleriyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, "….Kesinleşmiş olan tahliye kararına dayalı icra takibinde, tahliye emrini alan borçlunun (davalının) kiralananın anahtarını icra dairesine teslim etmesinin normal bir işlem olduğu, buna karşılık, tahliyeye ilişkin bir icra dosyasının alacaklısı (davacı) ve vekili olan avukatın, tahliye emrinin akibetini öğrenmek için dört ay beklemesinin ise, olağan sayılamayacağı, zira tazminat alacaklısının da, zararın artmasına neden olmamaya özen göstermesi gerektiği…" gerekçesiyle kira tazminatı yönüyle önceki kararda direnilmiştir. Hükmü temyize, taraf vekilleri getirmiştir.

Taraf vekillerinin temyiz itirazlarının ayrı ayrı incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

1.Davacı vekilinin cezai şart tazminatına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Hukuk Genel Kurulu'nda ceza-i şart tazminatı yönüyle işin esasının incelenmesine geçilmeden önce, temyize konu direnme kararının, Anayasa'nın 141/3 ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297 maddeleri anlamında, direnme gerekçesi ihtiva edip etmediği dolayısıyla usulüne uygun bir direnme kararından bahsedilip bahsedilemeyeceği hususu, usuli ön sorun olarak öncelikle irdelenmiştir.

Yerel mahkemenin temyize konu direnme kararında, Özel Daire'nin diğer bozma nedenine karşı (kira tazminatı yönüyle) hangi nedenle direndiğine ilişkin gerekçe oluşturmasına karşın, davacının istek kalemlerinden olan cezai tazminatın da tartışılması gereğine ilişkin bozmasına karşı hangi gerekçeyle direnildiğine, bozma kararının hangi nedenle doğru bulunmadığına ilişkin herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir.

Bu haliyle, anılan direnmenin, Anayasa'nın ve yasanın aradığı anlamda gerekçe içerdiğinden söz edilemez. Çünkü Yargıtay'ca bozulan karar (kararın hem hüküm fıkrası hem de gerekçesi) ortadan kalkacağından, hukuki geçerliliğini yitirir.

O halde, mahkemece yapılacak iş; cezai şart tazminatı yönüyle gerekçesiz direnme kararı oluşturmak yerine, özellikle Anayasa'nın 141/3.maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 sayılı HMK'nın 297. maddesi de gözetilerek ve özellikle bozma ilamında yer verilen bozma gerekçesine karşı, direnmenin gerekçesini de (gerekirse yeni bir hüküm oluşturmayacak şekilde yasal sınırlarda genişleterek) açıkça kaleme alarak kararda göstermek olmalıdır.

Bu durumda, eldeki davada, davacının istek kalemlerinden olan cezai şart tazminatının da tartışılması gereğine ilişkin bozma nedeni yönünden, ortada, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde usulün öngördüğü anlamda oluşturulmuş; ilk kararın aslında hukuka uygun bulunduğuna, dolayısıyla bozmanın yerinde olmadığına ilişkin iddianın yasal ve mantıksal gerekçelerini içerir bir gerekçeli karar bulunmadığı gibi, direnme kararlarını denetleyen Hukuk Genel Kurulu tarafından incelenebilecek nitelikte teknik anlamda gerekçe içeren bir direnme kararının olmadığı da her türlü duraksamadan uzaktır.

Şu hale göre; açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler gözetilerek anlaşılabilir ve denetlenebilir nitelikte direnme kararı verilmek üzere karar bu değişik nedenlerle ve salt bu usulü eksikliğe dayalı olarak bozulmalı; bozma nedenine göre de işin esasına ilişkin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

II-Taraf vekillerinin kira tazminatına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise;

Hemen belirtilmelidir ki, yerel mahkeme ile Özel Daire arasında kiralanan işyerine ait anahtarın icra dairesine teslim edildiğini davacı/kiralayanın 18.12.2007 tarihinde öğrendiği konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; kiralanan işyerine ait anahtarın icra dairesinden geç teslim alınmasında davacı/kiralayanın zararın artmasına neden olup olmadığı; burada varılacak sonuca göre, yerel mahkemece, kira tazminatından mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi gereğince bir indirim yapılmasının yerinde olup olmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda; taraflar arasında 15.03.2006 başlangıç tarihli işyerinin kiralanmasına ilişkin bir (1) yıl süreli sözleşmenin imzalandığı, ….3.İcra Müdürlüğü'nün 2007/4447 esas sayılı dosyası üzerinden, davacı/kiralayan tarafından tahliye taahhüdüne dayalı olarak, davalı/kiracı hakkında icra takibine girişildiği, davalı/kiracının tahliye emrine itiraz etmesi üzerine, ….11. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 14.06.2007 tarih ve E:2007/366, K.2007/553 sayılı ilamıyla tahliye emrine davalı/kiracı tarafından yapılan

itirazın kaldırılmasına ve borçlu-kiracının taşınmazdan tahliyesine karar verildiği, davalı/kiracının işyerinin anahtarını icra dairesine 10.08.2007 tarihinde teslim etmesine karşın, bu olgudan davacı/kiralayanın 18.12.2007 tarihinde haberdar olduğu, dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Şu durumda, davalı/kiracının tahliyesi icra dairesi aracılığıyla gerçekleştirildiğinden, tahliye edilen yere ait anahtarın davacı/kiralayana usulüne uygun şekilde teslim edilmesi gerekir ise de, davacı/kiralayanın da somut olayın özelliği bakımından icra dairesine teslimi yapılan anahtarı geç alması dolayısıyla zararın artmasına neden olduğu da bir gerçektir.

Öyleyse, yerel mahkemece, kiralanan işyerine ait anahtarın icra dairesinden geç teslim alınmasında davacı/kiralayanın zararın artmasına neden olduğu gerekçesiyle kira tazminatından mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. madesi gereğince bir indirim yapılması yerindedir.

O halde, yerel mahkemece, az yukarıda vurgulanan gerekçeyle Özel Daire bozma kararına karşı kira tazminatı yönüyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya uygundur.

Bu nedenle kira tazminatı yönüyle direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

A) Yukarıda (1) numaralı bentte belirtilen nedenlerden dolayı davacı/kiralayan vekilinin cezai şart tazminatına yönelik temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacı/kiralayan vekilinin cezai şart tazminatına yönelik işin esasına ilişkin ve taraf vekillerinin diğer tüm temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, 30.01.2013 gününde yapılan birinci görüşmede oybirliği ile;

B) Yukarıda (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle taraf vekillerinin kira tazminatına ilişkin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının kira tazminatına ilişkin kısmının **ONANMASINA,** 06.02.2013 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile;

6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440)1. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, karar verildi.

İlkemiz, hukukun adaletli dağıtılabilmesi için yargı kararlarının paylaşımına daha çok önem vermektedir.

KISMİ DAVADAN FERAGAT
•
FAZLASI SAKLI TUTULAN HAKLAR

ÖZET: Kısmi davadan feragat edilmiş olması; kısmi dava açılırken fazlaya ilişkin hakların saklı kaldığı beyan edilerek ilerde talep edilecek bakiye alacakta da feragat edildiği anlamında değildir.

Y.HGK. E:2012/21-736 K:2012/262 T:20.02.2012

(….Dava 16.09.1996 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu %32 oranında sürekli iş görmezlik nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece davacının Mengen Asliye Hukuk (iş) Mahkemesi'nin 2006/50 E.2006/52 K. sayılı dosyasında aynı olay nedeniyle açtığı maddi ve manevi tazminat istemli davada, maddi tazminat isteminin feragat nedeniyle reddine ve manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne karar verilerek bu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, anılan kararın kesin hüküm oluşturduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Mahkemece varılan sonuç hatalı olmuştur. Gerçekten davacının Mengen Asliye Hukuk (iş) Mahkemesi'nin 2006/50 E. sayılı dosyasında görülen davada 19.09.1997 tarihli dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle 100.00 TL maddi tazminat talep etmiştir. Bu haliyle açılan davanın kısmi dava olduğu ortadadır. Öte yandan kısmı davadaki feragatin bu davada talep edilen miktarla sınırlı olduğu, fazlaya ilişkin haklardan da feragat edilmediğinin kabulünün gerekeceği, saklı tutulan alacak kesimi ile ilgili olarak her zaman dava açılmasının mümkün bulunduğu Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarındandır. *Kaldı ki davacı vekili kısmi davada verdiği 12.07.2009 tarihli feragat dilekçesinde fazlaya ilişkin maddi tazminat talep hakkını saklı tutarak, kısmi dava konusu 100.00 TL maddi tazminat isteminden feragat ettiğini açıkça beyan ettiği gibi, kısmi davada verilen kararda da, maddi tazminat istemi feragat nedeniyle reddedilirken, maddi tazminatttan fazlaya ilişkin hakların saklı olduğu da vurgulanmıştır.*

Hal böyle olunca davacının kısmi davadaki feragatının saklı tutulan alacak kesimini de kapsadığını, diğer bir deyişle feragat nedeniyle redde ilişkin kararın tüm alacak miktarı bakımından kesin hüküm oluşturduğunun kabulü isabetsiz olmuştur.

Mahkemece, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır…)

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:

Davacı vekili; geçirdiği iş kazası sonucu malul kaldığını, kazadan dolayı davalılar aleyhine tazminat davası açtığını, söz konusu davada fazlaya dair maddi tazminat taleplerini saklı tutarak talep ettiği 100.00 TL maddi tazminat talebinden feragat

Ettiğini, 4.000.00 TL manevi tazminat talebinin Mengen Asliye (iş) Hukuk Mahkemesi'nin 2006/50 esas sayılı dosyada kabul edildiğini ve kesinleştiğini belirterek fazlaya dair haklarını saklı tutarak 15.000.00 TL maddi tazminatın 16.09.1996 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar vekili; Mengen Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait 2006/50 esas sayılı dosyadaYargıtay bozma ilamı öncesinde verilen kararda maddi tazminat davasının feragat nedeniyle reddine karar verildiğini, Yargıtay bozma ilamında maddi tazminattan feragate dair herhangi bir gerekçe belirtilmemiş olduğunu, 2006/50 esas sayılı dosyada maddi tazminat talebine yönelik talep konusunda yeniden fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması nedeniyle iki karar arasında çelişki olduğu ve davacının davasının feragat nedeniyle reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece; feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davalı Kurum vekilinin temyizi üzerine Özel Daire; yukarıda metni yazılı gerekçe ile hükmün bozulmasına karar vermiş,

Yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; fazlaya ilişkin hakları saklı tutarak kısmi dava konusu edilen miktar için davadan feragat edilmesinin maddi tazminatın dava konusu edilmeyen kısmı için de feragat olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Davacı vekilinin ilk davadaki feragat beyanının; "fazlaya dair maddi tazminat talep hakkımız mahfuz kalmak kaydıyla yüz TL maddi tazminat talebimizden feragatla, müvekkilimin kaza anındaki yaşı, malulen emekli olabilecek duruma düşmesi durumu, çalışmamaz durumu göz önünde bulundurularak talep ettiğimiz dört milyar TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 16.09.1996 tarihinden itibaren kanuni faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınması" şeklinde olduğu gözetildiğinde, bu feragatin fazlaya ilişkin maddi tazminat talebinden feragat anlamına da gelmeyeceğinden, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5521 Sayılı Kanun'un 8/son maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 20.02.2012 oybirliğiyle karar verildi.

İKRAMİYE UYGULAMASININ KALDIRILMASI
•
İŞÇİNİN HAKLARI

ÖZET: İşyerindeki ikramiye uygulamasının işçinin yazılı onayı alınmadan kaldırılması işçiyi bağlamaz. İşçi ödenmeyen ikramiyelerinin ödenmesini talep edebilir.*

Y. HGK. E:2012/9-1168 K:2013/281 T:27.02.2013

(….A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı şirkete ait işyerinde çalışmasına devam ederken B. Sendikasına üye olduğunu, üye kayıt fişinin davalıya ulaşmasıyla iş akdinin haksız ve geçersiz olarak 11.01.2008 tarihinde fesih edildiğini,

* Kazancıhukuk.com sitesinden alınmıştır.

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan 11.02.2014 tarihli Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

yılda iki maaş tutarı ikramiyenin dörde bölünerek ödendiğini, ancak 2005 yılından itibaren ödenmesi gereken ikramiyelerin işverence bu gün vereceğim, yarın vereceğim şeklinde ertelendiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve ikramiye alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, işyerinde uygulanmakta olan ikramiyelerin ekonomik nedenlerle 29.12.2003 tarihli yönetim kurulu kararı ile kaldırıldığını, kararın işyerinde duyurulduğunu ve ayrıca yapılan toplantı ile işçilere tebliğ edildiğini, sonrasında davacının yıllarca herhangi bir itirazda bulunmadan ücret bordrolarını çekincesiz imzaladığını, fesih günü davacının tüm haklarını aldığına ilişkin ibraname verdiğini ve bu şekilde ibra edildiklerini, işyerinde çalışan hiç bir işçiye 2004 yılından itibaren ikramiye ödenmediğini, uzun yıllar sonra davacının böyle bir talepte bulunmasının hukuki olmadığını, iş akdinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince ekonomik nedenlerle fesih edildiğini ve yasaya uygun olarak hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatlarının davacıya ödendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, "davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi gereği davalı işveren tarafından tazminatlı olarak fesih edildiği ve işverence hesaplanan kıdem-ihbar tazminatlarının davacıya ödendiği; işverence yapılan ödemeleri ihtirazı kayıtsız olarak kabul eden davacı miktar belirten ibranameyi de ihtirazı kayıtsız olarak imzaladığı; işyerinde 2004 yılına kadar iki tam maaş ikramiyenin dörde bölünerek ödendiği tarafların beyanlarından ve dosyaya ibraz edilen işyeri kayıtlarından anlaşıldığı; 2004 yılı başında ikramiyelerin işverence kaldırıldığı; davacı her ne kadar ikramiyelerin bu gün vereceğim, yarın vereceğim şeklindeki ertelemeler ile 2005 yılından itibaren ödenmediğini iddia etmiş ise de, ibraz edilen bordroların imzalı olduğu, 31.12.2003 tarihine kadar olan bordrolarda ikramiye ödemelerinin gözüktüğü, bu tarihten sonraki bordrolarda ikramiye hanesinin bulunduğu ancak tahakkuk yapılmadığı; davalı taraf ikramiyelerin daha sonra ödeneceğine dair bir taahhüte bulunulmadığını beyan ettikleri; zaten 2004 yılı başından itibaren ikramiye ödenmediğinin davacı tarafında kabulünde olduğu; uzun süre ödenmeyen ikramiyenin işyeri koşulu haline geldiği; ikramiye ödemesi olmayan bordroları ihtirazı kayıtsız olarak imzalayan davacının aradan dört yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ikramiye talep etmesinin iyi niyetli bir davranış olarak görülmediği, davacının ikramiyelerin kaldırılmasına rıza gösterdiği ve bunun işyeri uygulaması

haline geldiği" gerekçesi ile ikramiye isteklerinin reddine, bakiye kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ise ikramiye ilavesi olmadan yapılan hesaplamaya göre kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1) Davalının temyizi bakımından:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre, iş mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı kanun yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 118/1, 343 ve 365. maddeleri uyarınca, dilekçenin temyiz defterine kaydedildiği tarihte temyiz yapılmış sayılır. Yasa'nın 344. maddesi gereğince, temyiz dilekçesi verilirken, başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dahil olmak üzere tüm giderler ödenir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir.Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, 346. maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır.

Somut olayda, mahkeme kararı, 06.05.2009 tarihinde usulüne uygun olarak yüze karşı tefhim edilmiştir.

Temyiz dilekçesi yasada öngörülen süre geçirildikten sonra ibraz edilerek, harcı da yatırılmadan 17.09.2010 tarihinde temyiz defterine kaydedildiğinden, davalının temyiz talebinin 6100 Sayılı Yasa'nın 346. maddesi gereğince REDDİNE,

2) Davacının temyizine gelince:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, işyeri uygulaması olarak işveren tarafından ödenmekte olan ikramiyelerin 2004 yılı başından beri ödenmemiş olması nedeni ile ikramiye alacağı ile kıdem ve ihbar tazminatının ikramiye ilaveli olarak ödenmesi gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Ya-

sada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki "...banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının.." ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörüldüğünden, "prim" ve "ikramiye" ücretin eki olarak iş kanununda ifadesini bulmuştur.

İşçinin işyerine olan katkıları sebebiyle işverenin memnununiyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücretin eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak adlandırılabilir. İşçinin başarısına bağlı olarak ödenen primden farklı olarak ikramiye genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır. Başka bir anlatımla, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece ikramiye yönünden eşit davranma borcuna uygun davranılmalıdır.

İşçinin ikramiyeye hak kazanması için işyerinde ikramiye ödemesini gerektiren dönemin sonuna kadar çalışmış olması gerekmez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin ikramiye talep hakkı vardır.

6772 Sayılı Yasa'da, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler yönünden ikramiye ödenmesi yasal bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

İkramiye bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir. İş sözleşmesindekararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesinin "işyeri koşulu" olduğu kabul edilmelidir. Her durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmaz. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 Sayılı Yasa'nın 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. (Yargıtay 9. HD. 22.01.2009 gün 2007/34717 E, 2009/638 K.) Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ikramiyeler yönünden değişiklik, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

İşçinin işe iade kararı üzerine çalıştırılmadığı dört aya kadar boşta geçen süreye ait Yasa'da geçen "diğer haklar" kavramına ikramiye de dahildir. Başka bir anlatımla işçinin Yasa'nın 21. maddesinin üçüncü fıkrasında sözü edilen çalışmadığı en çok dört aya kadar süre için ikramiye talep hakkı da vardır. (Yargıtay 9. HD. 14.10.2008 gün 2007/29383 E, 2008/27243 K.)

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, işçinin ödenmeyen ikramiye alacaklarından her iki işveren birlikte sorumludur.

Geçici iş ilişkisinde, işçiye ödenmeyen ikramiyelerden ödünç alan ve ödünç veren işverenler birlikte sorumlu tutulmalıdır. (Yargıtay 9. HD. 16.12.2008 GÜN 2007/26179 E., 2008/33761 K.)

İkramiyenin gününde ödenmemesi halinde işçinin 4857 Sayılı Yasa'nın 24/II-e maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi mümkündür. (Yargıtay 9 HD.17.10.2008 gün 2007/28997 E, 2008/27421 K.) Yine ikramiyenin yirmi gün ve daha fazla süreyle ödenmemiş olması da Yasanın 34.maddesine göre işçiye iş görmekten kaçınma hakkı sağlar.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin üçüncü fıkrasında, işverenin işçiler arasında sendikal nedenle ikramiye ödemeleri konusunda bir ayrıma gitmesi yasaklanmış olup, aksine uygulama diğer yasal koşulların da varlığı halinde sendikal tazminatı gerektirir (Yargıtay 9. HD. 2.2.2009 gün 2008/10999 E, 2009/1019 K.)

İkramiyelerin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. Yasa'nın 5754 Sayılı Kanun'la değişik 32. Maddesine göre, belli bazı işyerleri bakımından ikramiye ödemeleri, işçi adına açılan banka hesabına yatırılarak yapılmalıdır. (Yargıtay 9.HD. 5.2.2009 gün 2007/34175 E, 2009/1681 K.)

İkramiyenin ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca, temerrüt için işçinin ihtarı gereklidir. (Yargıtay 9. HD. 21.1.2009 gün 2007/34591 E, 2009/604 K.)

İkramiye Yasa'dan ya da bireysel iş sözleşmesi ile işyeri uygulamalarından doğmaktaysa, gününde ödenmeyen ikramiye için 4857 Sayılı Kanun'un 34. maddesinde öngörülen, bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. 1475 Sayılı Yasa döneminde doğan ikramiye bakımından temerrüt tarahinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihine kadar yasal faize, bu tarihten sonrası için ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Toplu iş sözleşmesinden doğan ikramiye alacaklarında ise 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde sözü edilen en yüksek işletme kredisi faizi uygulanır. Bununla birlikte, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından yenisi imzalanıncaya kadar iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam eden ikramiye uygulamasında en yüksek işletme kredisi faizi geçerli olmaz (Yargıtay 9. HD. 7.10.2008 gün 2008/2654 E, 2009/25720 K.)

4857 Sayılı Yasa'nın 25/II-ı maddesinde sözü edilen otuz günlük ücret kavramına ikramiyeler dahil değildir. (Yargıtay 9.HD. 10.10.2008 gün 2007/27614 E., 2008/26208 K.)

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilenmenfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye ödemeleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır. (Yargıtay 9. HD. 10.10.2008 gün 2007/27615 E, 2008/26209 K.)

İkramiye alacağı, Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin üçüncü fıkrasına göre beş yıllık zamanaşımına tabidir.

Somut olayda, işyerinde çalışanlara verilmekte olan ikramiyenin 2004 yılı başından itibaren kaldırıldığı ve bu hususun işverence duyurulduğu, bir kısım işçiler işverenin ikramiyelerin kaldırılması yolundaki değişikliği imzalı beyanları ile kabul etmiş ise de davacının iş şartındaki aleyhe olan bu değişikliği kabul ettiğine ilişkin beyanı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında işverence ikramiyenin tek taraflı olarak kaldırılmasının işçi yönünden bağlayıcı nitelikte olmadığı ve 4857 Sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca işyeri koşulu haline gelmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacı işçinin ikramiye alacakları ile ikramiye ilaveli kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretine göre fark kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının hüküm altına alınması gerekirken ikramiye isteklerinin reddi ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ikramiye ilavesi olmadan hesaplanıp hüküm alınması 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:

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Dava, ikramiye alacağı ile fark kıdem ve ihbar tazminatı alacağı istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı şirkete ait işyerinde çalışmasına devam ederken B. Sendikasına üye olduğunu; üye kayıt fişinin davalıya ulaşmasıyla iş akdinin haksız ve geçersiz olarak 11.01.2008 tarihinde fesih edildiğini, yılda iki maaş tutarı ikramiyenin dörde bölünerek ödendiğini, ancak 2005 yılından itibaren ödenmesi gereken ikramiyelerin işverence "bu gün vereceğim, yarın vereceğim" şeklinde ertelendiğini ileri sürerek, fark kıdem tazminatı, fark ihbar tazminatı ve ikramiye alacaklarını talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili, işyerinde uygulanmakta olan ikramiyelerin ekonomik nedenlerle 29.12.2003 tarihli yönetim kurulu kararı ile kaldırıldığı; kararın işyerinde duyurulduğunu ve ayrıca yapılan toplantı ile işçilere tebliğ edildiğini; sonrasında davacının yıllarca herhangi bir itirazda bulunmadan ücret bordrolarını çekincesiz imzaladığını; fesih günü davacının tüm haklarını aldığına ilişkin ibraname verdiğini ve bu şekilde ibra edildiklerini; işyerinde çalışan hiç bir işçiye 2004 yılından itibaren ikramiye ödenmediğini; uzun yıllar sonra davacının böyle bir talepte bulunmasının hukuki olmadığını; iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince ekonomik nedenlerle fesih edildiğini ve yasaya uygun olarak hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatlarının davacıya ödendiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; "davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi gerği davalı işveren tarafından tazminatlı olarak fesh edildiği ve işverence hesaplanan kıdem-ihbar tazminatlarının davacıya ödendiği; işverence yapılan ödemeleri ihtirazı kayıtsız olarak kabul eden davacı, miktar belirten ibranameyi de ihtirazı kayıtsız olarak imzaladığı; işyerinde 2004 yılına kadar iki tam maaş ikramiyenin dörde bölünerek ödendiği tarafların beyanlarından ve dosyaya ibraz edilen işyeri kayıtlarından anlaşıldığı; 2004 yılı başında ikramiyelerin işverence kaldırıldığı; davacı her ne kadar ikramiyelerin bu gün vereceğim, yarın vereceğim şeklindeki ertelemeler ile 2005 yılından itibaren ödenmediğini iddia etmiş ise de, ibraz edilen bordroların imzalı olduğu, 31.12.2003 tarihine kadar olan bordrolarda ikramiye ödemelerinin göründüğü, bu tarihten sonraki bordrolarda ikramiye hanesinin bulunduğu ancak tahakkuk yapılmadığı; davalı taraf ikramiyelerin kaldırıldığının işçilere duyurulduğunu belirtmiş, tanıkları da bu beyanı doğrulayarak, ikramiyelerin daha sonra ödeneceğine dair bir taahhüte bulunulmadığını beyan ettikleri; zaten 2004 yılı başından itibaren ikramiye ödenmediğinin davacı tarafın da kabulünde olduğu; uzun süre ödenmeyen ikramiyenin işyeri koşulu haline geldiği; ikramiye ödemesi olmayan bordroları ihtirazı kayıtsız olarak imzalayan davacının aradan dört yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ikramiye talep etmesinin iyi niyetli bir davranış olarak görülmediği, davacının ikramiyelerin kaldırılmasına rıza gösterdiği ve bunun işyeri uygulaması haline geldiği" gerekçesi ile ikramiye isteklerinin reddine, bakiye kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ise ikramiye ilavesi olmadan yapılan hesaplamaya göre kabulüne dair verilen karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Özel Dairece, yukarıda belirtilen nedenle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; işyeri uygulaması ile oluşan "ikramiye uygulamasının", işverence, işçi aleyhine olarak değiştirilip değiştirilemeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi" başlıklı 22. maddesinde iş yeri koşullarında yapılacak esaslı değişikliklerin yapılabilme koşulları düzenlenmiştir.

İK'nın 22. maddesinde;

"İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz."

Hükmü içermektedir.

Madde metninde de açıkça ".....işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır.

Somut olay bu çerçevede irdelendiğinde; Davalı işveren tarafından iş yeri koşulu olan ikramiyenin kaldırıldığı ile ilgili şirket yönetim kurulu kararı 31.12.2003 tarihinde iş yerinde ilan edilmiş ise de davacının ikramiye uygulamasının kaldırılması ile ilgili değişikliği altı iş günü içinde yazılı olarak kabul ettiğini gösterir yazılı belge bulunmamaktadır.

Bu konuda Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan görüş sahipleri; 4857 Sayılı Yasa'nın 22 maddesinin lafzi yorumlanmaması gerektiği, davacının ikramiyenin kaldırılmasına ilişkin yazılı

bildirime itiraz etmeyerek uzun süre sessiz kalıp, ücret bordrolarını imzalamış olması nedeniyle ikramiye ödenmemesinin işyeri uygulaması haline geldiği, bu nedenle mahkeme kararının yerinde olduğu savunulmuşsa da, çoğunlukça bu görüş benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma karrına uyulması gerekirken; yanılgılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarınnı kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **(BOZULMASINA)** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, yapılan ikinci görüşmede 27.02.2013 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi.

İŞ KAZASINDA ÖLEN İŞÇİNİN EBEVEYNİNE MAAŞ BAĞLAMA

•

EBEVEYNE MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLME KOŞULLARI

•

65 YAŞTAN SONRAKİ DÖNEMİN HESAPLANACAĞI

ÖZET: Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 29.01.2009 tarihli yazısı ile 15.12.2005 tarihinde ölen sigortalı Ö.'nün eş ve iki çocuğuna ölüm aylığı bağlanmış olması nedeni ile artan hisse kalmadığı, hak sahiplerinden birinin herhangi bir sebeple aylık/gelirinin kesilmesi halinde de durumunda herhangi bir değişiklik olmayacağından anne E.'ye aylık bağlanma imkanı bulunmadığının bildirilmiş olması nedeniyle, 1955 doğumlu olup olay ve dava tarihi itibariyle 65 yaşını doldurmamış olan davacı anne E.'nin hak sahibi olarak 5510 Sayılı Kanun'un 20. maddesine göre ölüm geliri bağlanması koşullarını taşımadığı açıktır.

Bu nedenle Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine iş kazası sigorta kolundan ölüm geliri bağlanması için tespit davası açması için önel verilerek sonucunun beklenmesi sonucu etkilemeyecektir.

Ne var ki davacının 65 yaşını doldurduğu tarih itibari ile hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunmasa bile her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirlerin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar dışında gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması halinde %25 oranında gelir bağlanacak olması nedeniyle, davacının 65 yaşından sonraki bakiye ömrü dikkate alınarak, gelir bağlanma koşulları değerlendirilip hesap yapılması için ek bilirkişi raporu alınıp Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanacak muhtemel ölüm gelirlerinin, ilk peşin sermaye değeri düşülerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Y.HGK. E:2012/21-1047 K:2013/395 T:27.03.2013

Taraflar arasındaki "Tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gebze 2. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 24.12.2009 gün ve 2008/335 E.- 2009/867 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 26.09.2011 gün ve 2010/4291 E.-2011/7322 K. sayılı ilamı ile;

(....1-Dosyadaki yazılaara kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarını reddine.

2-Dava, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece ölen sigortalının babasının emeklilik aylığı aldığı gerekçesiyle bu davacının maddi tazminat isteminin reddine, annenin maddi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümü durumun-

da dava tarihinde yürürlükte olan 506 Sayılı Yasa'nın 24. ve halen yürürlükte olan 5510 Sayılı Yasa'nın 20. maddesinin belirlediği koşulların gerçekleşmesi ile ana ve babasına gelir bağlanmaktadır.

Sigortalının iş kazasında öldüğü 15.12.2005 tarihinde yürürlükte bulunan; 506 Sayılı Yasa'nın 23. maddesinde ölen sigortalının yıllık kazancının %70'inin %50'si oranında dul eşine, %25'i oranında çocuklarına her birine gelir olarak bağlanacağı, 24. maddesinde ise "sigortalının ölümü tarihinde eşine ve çocuklarına bağlanması gereken gelirlerin toplamının sigortalının yıllık kazancının %70'in den aşağı olması halinde artanının eşit hisseler halinde sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 Sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan ana ve babasına gelir olarak verileceği, ancak bunların her birinin hissesinin sigortalının yıllık kazancının %70'inin dörtte birini geçemeyeceği, sigortalının ölümü ile eşine ve çocuklarına bağlanabilecek gelirlerinin toplamının, sigortalının yıllık kazancının %70'inden aşağı değilse ana ve babasının gelir bağlanma haklarının düşeceği, 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı Yasa'nın 20. maddesinde iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine, 17. madde gereğince tespit edilerek aylık kazancının %70'nin 55. maddenin ikinci fıkrasına göre güncellenerek 34. madde hükümlerine göre gelir olarak bağlanacaağı, 34. maddesinde ise dul eşine %50'si şartlarını oluşması halinde çocuklarının her birine %25'i oranında aylık bağlanacağı, hak sahibi eş ve çocuklardan ortak hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam %25'i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla %25'i oranında aylık bağlanacağı bildirilmiştir.

Bu tür davalarda; haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin belirlenen maddi tazminattan düşülmesi gerekir. Bu bakımdan davanın niteliği gözönünde tutularak öncelikle Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından gelir bağlanıp bağlanmayacağı kesin olarak saptanmalıdır.

Yapılacak iş; davacı anne Emine'ye yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler gereğince iş kazası sigorta kolundan kendisine ölüm geliri bağlanması için Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na yaptığı başvurunun reddedildiği anlaşılmakla SGK Başkanlığı'na karşı iş kazası sigorta kolundan ölüm geliri bağlanması için tespit davası açmak üzere önel vermek ve çıkacak sonuca göre karar vermektir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle oybirliği ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, iş kazası sonucu gerçekleşen ölüm nedeniyle, ana ve babanın maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; Davacıların oğlu olan Ö'nün işçi olarak çalışmakta iken davalı Aydın'ın kullandığı, diğer davalı S. Servis lojistik Dış Tic. Ltd. Şti. ye ait ... D ..92 plakalı kamyonda seyir halinde iken 15.12.2005 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucu hayatını kaybettiğini belirterek, davacı A. için 15.000.00 TL E. için ise 33.000.00 TL maddi tazminatın kaza tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte (sigorta şirketinin poliçe limitleri ile sınırlı olmak üzere) davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, baba A.'nın emekli olması nedeni ile maddi tazminat isteminin reddine, anne E.'nin ise ev hanımı olduğu, geliri bulunmadığı, ölen çocuğunun desteğinden ölümüne kadar fiilen, sürekli olarak yararlandığı ve desteğine ihtiyacı olduğu gerekçesi ile maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalılar vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, yerel mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Hükmü temyize davalılar vekilleri getirmiştir.

6352 Sayılı Kanun ile 5521 Sayılı Kanun'a eklenen Geçici 2. maddesi uyarınca yapılan inceleme sonrasında Özel Dairece, bozma ilamı gerekçesindeki açıklamalar gözetildiğinde, Mahkemenin direnme kararının yerinde görülmediği belirtilerek, dosyanın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gönderilmesine karar verilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacı annenin 5510 Sayılı Kanun'un 29. maddesi uyarınca ölüm gelirine hak kazanıp kazanmadığının tespiti için Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na karşı dava açılması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, destekten yoksun kalma tazmi-

natına ilişkin yasal düzenleme ve bu tazminatın hukuki niteliğinin üzerinde durulmasında yarar vardır.

Destekten yoksun kalma tazminatı 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 45/II. maddesinde düzenlenmiş olup, "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler mütevaffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir." Şeklinde hükme bağlanmıştır.

Bu maddede, haksız fiilin doğrudan doğruya muhatabı olmayan, ancak bu haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan ölüm olayından zarar gören ya da ileride zarar görmesi güçlü olasılık içinde bulunan kimselere tazminat hakkı tanınnmıştır.

Yasa metninden de anlaşıldığı üzere; destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan yardımdır. Bu tazminatın amacı, ölüm olayı olmasaydı ölenin yardımda bulunduğu kimselere yardımda bulunmaya devam edeeceğinin düşünülmesi ve ölüm olayının bu süreci kesmesi sonucu destekten yararlanan kimselerin uğradıkları zararın peşin ve toptan şekilde tazmin edilmesi, bu kimselerin ölüm olayından önceki durumlarına kavuşturulmasıdır.Eş söyleyişle amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır.

Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.03.1978 tarih ve 1/3 Sayılı Kararı'nın gerekçesinde; "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının, desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu" vurgulanmıştır.

İş kazası nedeniyle işçinin ölümü halinde ana ve baba yararına maddi tazminata karar verilebilmesi için ana ve babaya Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kısa vadeli sigorta kolundan ölüm geliri bağlanması gerekmektedir. Kendilerine gelir bağlanan ana ve babanın destekten yararlandığı varsayılmaktadır. Bu nedenle mükerrer ödemeyi önlemek için tespit edilen tazminat miktarından bağlanan gelirlerin peşin sermaye değeri düşülmelidir.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümü durumunda anne ve babaya ölüm geliri bağlanması koşullarının belirlenmesi ile ilgili yasal düzenlemelerin gelişimine baktığımızda;

4958 Sayılı Kanun'un 35. maddesi ile 506 Sayılı Kanun'un 24/1.maddesinde yapılan değişiklikten önce, yürürlükte bulunan 506 Sayılı Kanun'un

24. maddesine göre; ana ve babanın gelire hak kazanabilmesinin birinci koşulu, sigortalının ölümü tarihinde, eş ve çocuklarına bağlanması gereken gelir toplamının, sigortalının saptanan gelirinin %70'inden aşağı olması, ikinci koşulu ise, ölen sigortalının sağlığında onların geçimini sağlamış olması kabul edilmekte iken, anılan maddede 4958 Sayılı Kanun'un 35 .maddesi ile yapılan 29.07.2003 tarihli değişiklikle "Sigortalının ölümü tarihinde eşine ve çocuklarına bağlanması gereken gelirlerin toplamı, sigortalının yıllık kazancının %70'inden aşağı ise, artanı, eşit hisseler halinde sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 Sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan ana ve babasına gelir olarak verilir. Ancak, bunların her birinin hissesi sigortalının yıllık kazancının %70'inin dörtte birini geçemez.

Sigortalının ölümü ile eşine ve çocuklarına bağlanabilecek gelirlerin toplamı, sigortalının yıllık kazancının %70'inden aşağı değilse ana ve babanın gelir bağlanma hakları düşer." Denilerek sigortalının ana ve babasına gelir bağlanması için "sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 Sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan" biçiminde değiştirilerek "sigortalının sağlığında anne ve babanın geçimini sağlama" koşulundan vazgeçilmiştir.

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı Kanun'un hak sahiplerine gelir bağlanılması ile ilgili 20/1. maddesinde, iş kazası veya meslek hastalığına bağlı nedenlerden dolayı ölen sigortalının hak sahiplerine, 17. madde gereğince tespit edilecek aylık kazancının %70'i, 55. maddenin ikinci fıkrasına göre güncellenerek 34. madde hükümlerine göre gelir olarak bağlanacağı, 34/d maddesinde ise hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam %25'i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam %25'i, oranında aylık bağlanacağı kabul edilmiştir.

Söz konusu değişiklikle, ana ve babaya gelir bağlanabilmesi için birinci olarak hak sahibi eş ve çocuklara bağlanan gelirlerden artan hisse bulunması, ikinci olarak ana ve babanın her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirlerden asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar dışında gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması koşulu ile toplam %25 oranında gelir bağlanacağı kabul edilmiştir. Ayrıca ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise hak

sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunmasa bile ana ve babanın her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirlerden asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar dışında gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması koşulu ile toplam %25 oranında gelir bağlanacağı benimsenmiştir.

Yeri gelmişken kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kuralların incelenmesinde yarar vardır.

Kural olarak her yasa yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilemeyeceği, başka bir anlatımla geriye yürümeyecekleridir. Ancak şu husus da belirtilmelidir ki, devam eden uyuşmazlıklarda, tamamlanmamış hukuki durumlara yeni yasa veya düzenleyici kural "derhal yürürlüğe girme" niteliği nedeniyle uygulanacak ve hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Tamamlanmış hukuki durumları yeni yasa veya düzenleyici kuralın etkilememesi, onlar üzerinde hukuki sonuç doğurmaması ise kazanılmış hakları saklı tutma amacı gütmektedir.

Yasaların zaman yönünden uygulanmalarında temel kural bu olmakla beraber, yasada yürürlüğe ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması, 5510 Sayılı Kanun'un 20. maddesinin bir yürürlük maddesi olmayıp, kısa vadeli sigorta kolundan ölüm gelirinin bağlanması yönünden bir düzenleme içermesi karşısında sosyal güvenlik kurallarının niteliği nedeniyle lehe olan düzenlemenin uygulanması gerekmektedir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.04.2005 gün 2005/10-183 E., 241 K. sayılı kararı)

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, somut olay değerlendirildiğinde, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 29.01.2009 tarihli yazısı ile 15.12.2005 tarihinde ölen sigortalı Özcan'ın eş ve iki çocuğuna ölüm aylığı bağlanmış olması nedeni ile artan hisse kalmadığı, hak sahiplerinden birinin herhangi bir sebeple aylık/gelirinin kesilmesi halinde de durumunda herhangi bir değişiklik olmayacağından anne E.'ye aylık bağlanma imkanı bulunmadığının bildirilmiş olması nedeniyle, 1955 doğumlu olup olay ve dava tarihi itibariyle 65 yaşını doldurmamış olan davacı anne E.'nin hak sahibi olarak 5510 Sayılı Kanun'un 20 maddesine göre ölüm geliri bağlanması koşullarını taşımadığı açıktır.

Bu nedenle Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine iş kazası sigorta kolundan ölüm geliri bağlanması için tespit davası açması için önel verilerek sonucunun beklenmesi sonucu etkilemeyecektir.

Ne var ki davacının 65 yaşını doldurduğu tarih itibari ile hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunmasa bile her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirlerin asgari ücretin net tutarından daha az olması

ve diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar dışında gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması halinde %25 oranında gelir bağlanacak olması nedeniyle, davacının 65 yaşından sonraki bakiye ömrü dikkate alınarak, gelir bağlanma koşulları değerlendirilip hesap yapılması için ek bilirkişi raporu alınıp Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanacak muhtemel ölüm gelirlerinin, ilk peşin sermaye değeri düşülerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Yukarda açıklanan değişik nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5521 Sayılı Kanun'un 8/son maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 27.03.2013 gününde yapılan ikinci görüşmede oybirliğiyle karar verildi.

İŞ BİTİMİ • HİZMET AKDİ • İHBAR VE KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: İş bitimi sebebiyle hizmet akdi sona erdirilen işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerekir.

Y. HGK. E:2012/9-1169 K:2013/499 T:10.04.2013

(…A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı şirket tarafından yapımı üstlenilen….Barajı inşaatında 20.06.1998 tarihinden itibaren meydancı olarak çalıştığını barajın yapım işinin bitmesi üzerine 17.12.2007 tarihinde işveren tarafından iş akdinin feshedildiğini, ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının mevsimlik işçi olarak çalıştığını, işin sona ermesi nedeni ile 17.12.2007 tarihin de de ayrıldığını, davalı şirket bünyesinde bulunan ….Baraj inşaatı işyerinde mevsimlik çalışmanın başlayacak

olması nedeniyle 10.04.2008 tarihli ihtarname ile mevsimlik işçi olarak başlamak üzere davet edildiğini ancak davete icabet etmediği için iş akdinin feshedildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacıya usulüne uygun olarak işyeri değişikliği ve işe davet yazısı bildirilmiş olmasına rağmen işe başlamadığı neden icabet etmediği ve en son mevsimlik çalışmaya katılmama sebebi konusunda da herhangi bir delil ibraz etmediği, feshin 4857 Sayılı Yasa'nın 25/II-g maddesi hükümlerine uygun olduğu gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, feshin haklılığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı baraj inşaatının sona ermesi ile nedeni ile işlerin tasfiye edildiğini, tüm işçiler ile birlikte iş akdinin feshedildiğini iddia ederken, davalı baraj inşaatının bitmesi üzerine davacının 17.12.2007 tarihinde işten ayrıldığını, şirket bünyesinde bulunan …baraj inşaatı işyerinde mevsimlik çalışmanın başlayacak olması nedeniyle 10.04.2008 tarihinde mevsimlik işçi olarak işe başlamak üzere davet edildiğini, ancak yeni işyerinde işbaşı yapmaması üzerine haklı nedenle iş akdinin feshedildiğini savunmaktadır.

Somut olayda taraflar arasında 17.12.2007 tarihinde baraj yapım işinin sona erdiği konusunda ihtilaf bulunmamaktadır.

Davacı bu tarihte işine son verildiğini ileri sürerken davalı davet ettikleri yeni işyerine gitmemesi sebebiyle iş akdinin feshedildiğini savunmaktadır.Yazılı bir fesih bildiriminde de bulunulmamıştır.

10.4.2008 tarihli işverence gönderilen ihtarname ile davacıya Boğazköy Baraj inşaatında mevsimlik işçi olarak çalışmaya başlaması hususu bildirilmiştir.

İşverence tutulan 18.12.2007 tarihli tutanakta davacının mesaisine ihtiyaç olmadığından 17.12.2007 itibariyle çıkış verildiği ancak kendisine ait çalışma belgesini imzalamaktan kaçındığı belirtilmiş ve düzenlenen çalışma belgesinde de işten ayrılma nedeni 'çıkarma' olarak gösterilmiştir.

Davacılarla birlikte çalışan davacı tanıkları da işin bittiğini ve davacının iş akdinin feshedildiğini belirtmişlerdir.

Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının iş akdine 17.12.2007 tarihinde iş bitimi sebebiyle işverence son verildiği kabul edilmelidir. Bu fesihten sonra ki davet üzerine davacının yeni işyerinde başlamamasının sonuca etkisi bulunmamaktadır. Kıdem ve ihbar tazminatları yönünden davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir...)

Gerekçesiyle oybirliğiyle 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:

I- Davalı T.....İ.....ve S.... A.Ş.'nin temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Davalı borçlunun mahkemenin ilk hükmüne yönelik ve "fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerine ilişkin" temyiz itirazları Özel Daire'ce reddedilmiş olmakla, hakkındaki işçilik alacaklarına ilişkin hüküm kesinleşen davalı T..... İ.... ve S.....A.Ş.'nin aynı yöndeki direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır.

Bu nedenle temyiz isteminin reddi gerekir.

II-Davacı Celal vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, işçilik alacaklarının istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin, davalının Nilüfer baraj inşaatında 20.06.1998 tarihinde çalışmaya başladığını, işin bitmesi üzerine 17.12.2007 tarihinde iş akdinin feshedildiğini, müvekkilinin iş yerinde asgari ücretle meydancı olarak çalıştırıldığını, baraj inşaatı işinin sezonluk olduğunu ve her yılı nisan ayının başında başlayıp, 15 Aralık tarihinde faaliyetin sona erdiğini, iş yerindeki tüm işçilerin tazminatları ödenmek kaydı ile işlerine son verildiğinin söylenmesine karşılık hiçbir, ödeme yapılmadığını, ileri sürerek fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kıdem ve ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının şirket iş yerinde belirli süreli hizmet akdi ile çalışmakta olduğu baraj inşaatının bitmesi nedeni ile 17.12.2007 tarihinde işten ayrıldığını, Nilüfer baraj inşaatının bitmesi ve şirket bünyesinde bulunan Boğazköy baraj inşaatı iş yerinde mevsimlik çalışmanın başlayacak olması nedeni ile 10.04.2008 tarihli noter ihtarnamesi ile davacıyı mevsimlik işçi olarak işe başlaması için davet ettiklerini, davacının önceden imzaladığı sözleşme gereği şirketin tüm iş yerlerinde çalışmayı kabul ettiğine rağmen davacı iş başı yapmadığı için iş akdinin haklı nedene dayalı olarak feshedildiğini belirterek işin özelliği de dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacıya usulüne uygun olarak işyeri değişikliği ve işe davet yazısı bildirilmiş olmasına rağmen, işe başlamadığı, davete neden icabet etmediği ve en son mevsimlik çalışmaya katılmama sebebi konusunda herhangi bir delil ibraz etmediği, davacının çalışmalarının sürekli ve kesintisiz olarak devam eden nitelikte de bulunmadığı, daha önceki mevsimlik çalışmaların da yılın son aylarında sona erdiği dikkate alındığında Nilüfer baraj inşaatındaki işin bitmesinin davacının işten çıkarılması manasına gelmeyeceği; bu nedenle, feshin 4857 Sayılı Kanun'un 25/II-g maddesi hükümlerine uygun olduğu, kıdem ve ihbar tazminatı talepleri yasal dayanaktan yoksun olduğu, iş müfettişi tahkikatı da aynı doğrultuda olduğu ve aksini kanıtlayan başkaca delile de ulaşılamadığı gerekçeleri ile kıdem ve ihbar tazminatı istemleri yönünden davanın reddine karar verilmiş, karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Özel Dairece, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, yukarıda açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki gerekçe ile ve ayrıca; davacı, ….Merkez ….. ilçesi, …..köyünde oturan bir kişi olduğu, …..Barajı inşaatının bu adrese yakın olduğu, bu nedenle ulaşım yönünden herhangi bir sıkıntı yaşanmayacağı, davacının görevlendirildiği …..Baraj inşaat işyerinin ise bu avantajlardan yoksun olduğu, davacının, her yıl aynı dönemde davet edilip işe başladığı davalı tarafa ait işe, bu kez gidip başlamamasının temelinde de bu nedenlerin yattığının kuvvetle muhtemel olduğu, 10.04.2008 tarihli davete icabet etmeyip, işbaşı yapmamasında başkaca bir neden görülmediğini, davacının genellikle yılın mayıs ayında işbaşı yaptığını bilmekte olduğunu, davacının şikayet etmesi üzerine, iş müfettişi tarafından düzenlenen raporun da feshin haklı nedenlerle yapıldığı doğrultusunda olduğunu bu nedenlerle iş akdinin işverence feshinin 4857 Sayılı Kanun'un 25/II-g maddesi hükümlerine uygun bulunup kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerektiği belirtilerek önceki hükümde direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; iş verence yapılan feshin, iş bitimine mi, yoksa 4857 Sayılı Kanun'un 25/II-g maddesine mi dayandığı, varılacak sonuca göre davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle işyerinde tutulan 18.12.2007 tarihli tutanakta davacının mesaisine ihtiyaç olmadığı gerekçesi ile 17.12.2007 tarihi itibari ile çıkışı verildiğinin belirtilmiş 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

Yukarıda (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı T. İnşaat ve San. A.Ş. vekilinin temyiz isteminin reddine.

(II) numaralı bentte gösterilen nedenlerle, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazlarınnı kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 5521 Sayılı Kanun'un 8.maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 10.04.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

BAĞ-KUR BORÇLANMASI • HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ

ÖZET: 04.10.2000 tarihinden önceki dönemin vergiye kayıtlı süresinin borçlanabilmesi için 4956 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 02.08.2003 tarihinden itibaren altı aylık hak düşümü süresi içinde Kurum'a başvurulmuş olması gerekmektedir.*

Y. HGK. E:2012/10-1477 K:2013/570 T:24.04.2013

(…Dosya içeriğine göre; davacının; 16.03.2005 intikal tarihli giriş bildirgesine ve vergi kaydına göre ilk defa 04.10.2000 tarihi itibariyle 1479 Sayılı Yasa kapsamında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edildiği, vergi kaydının 01.03.1988-03.05.1988 ve 05.02.1999-07.12.2001 arası dönemler ile 16.01.2003 devam biçiminde olduğu, oda kaydının 01.03.1988-21.11.1991 dönemine ilişkin bulunduğu, 05.02.1999 tarihinde başlayan sicil kaydının ise, halen devam ettiği anlaşılmaktadır.

02.08.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 4956 Sayılı Yasa'nın 47. maddesi ile 1479 Sayılı Yasa'ya eklenen geçici 18. maddesinde; sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 04.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalık hak ve mükellefiyetlerinin 04.10.2000 tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmiş, aynı maddede, Kanun'un Yürürlük tarihinden itibaren 6 ay içinde Kuruma yazılı olarak baş vurma şartıyla, 04.10.2000 tarihine kadar tescilini yaptırmayanlara, 20.04.1982-04.10.2000 tarihleri arasında vergiye kayıtlı oldukları süreyi borçlanma imkanı getirilmiştir.

1476 Sayılı Yasa'nın geçici 18. maddesinde belirtilen "yazılı başvuru" şartı, şekil şartı olmayıp, sigortalının, 04.10.2000 tarihi öncesi döneme ilişkin vergiye kayıtlı olduğu süreyi, yasada belirtilen 6 aylık sürede, kurum'a başvurarak veya borçlanmaya ilişkin prim ödeyerek borçlanma iradesini ortaya koyması, yasadan yararlanmak için yeterli sayılmalıdır. Anılan yasada belirtilen 6 aylık sürenin geçmesinden sonra, 04.10.2000 tarihine ilişkin sürenin, 1479 Sayılı Yasa kapsamında sigortalı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Davacının, Kanun'da belirtilen 6 aylık sürede borçlanma iradesini ortaya koyacak şekilde Kuruma başvurusunun veya borçlanma tutarına ilişkin prim ödemesinin bulunmadığı anlaşılmakla, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde kabulüne hükmedilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

* Legalbank Hukuk sitesinden alınmıştır.

O halde davalı kurum avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: 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, 1479 Sayılı Kanun'a tabi zorunlu sigortalılık süresinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacının, 01.03.1988 tarihinde manav olarak çalışmaya başladığı ve vergi numarasının bulunduğunu, aynı tarihte 0642 sicil numarası ile esnaf derneğine kaydının yapıldığını, 03.05.1988 tarihine kadar manav olarak çalıştığını, bu tarihte vergi kaybı sona ermekle birlikte esnaf derneğindeki kaydının devam ettiğini, 05.02.1999 tarihinde nakliyeciler ve şoförler esnaf odasına ve vergiye kaydı yapıldığını ancak Bağ-Kur kaydının 04.10.2000 tarihinde müvekkilinin müracaatı üzerine yapıldığını beyanla, 01.03.1988 tarihinden 04.10.2000 tarihine kadar olan sürede, müvekkilinin kesintisiz Bağ-Kur sigortalısı olarak hizmet ettiğinin tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) vekili cevap dilekçesinde; 4956 sayılı Kanun ile getirilen Geçici 18. madde uyarınca, sigortalılık niteliği taşıdığı halde 04.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların, sigortalılık hak ve mükellefiyetleri 04.10.2000 tarihinden itibaren başlayacağından, bu tarihten önceki kayıtların tescil için esas alınmasının mümkün olmadığını, bu sürelerin borçlanılmasına ilişkin düzenleme uyarınca ise, süresinde müracaat olmadığından hizmet verilmesinin mümkün olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, 1991-1999 tarihleri arası döneme ilişkin talebin reddine, davacının oda kaydının bulunduğu 01.03.1988-21.11.1991 ve 05.02.1999-04.10.2000 tarihleri arasında 1479 Sayılı Kanun'a tabi sigortalı olduğunun tespitine dair verilen karar, davalı SGK vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, mahkemece, davacının 05.02.1999-04.10.2000 tarihleri arasındaki dönemde ayrıca vergi kaydı da bulunduğu belirtilerek, önceki gerekçe genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmü davalı SGK vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, 04.10.2000 tarihinden önce Kuruma kayıt ve tescili bulunmayan davacının anılan tarih öncesi için vergi, oda ve esnaf sicil kaydına istinaden, 1479 Sayılı Kanun'a tabi zorunlu sigortalı olduğunun tespitine karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, sosyal güvenlik hakkı, temel insan haklarından olup, uluslararası hukuk normları ile Anayasalarda güvence altına alınmıştır. Ülkemizin ekonomik, sosyal ve kültürel değişimi sosyal güvenlik haklarına olumlu yansımakla birlikte, kimi zaman bu hakları sınırlayıcı düzenlemelere gidildiği de görülmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, dava; 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4/1-b bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkindir, ancak 5510 Sayılı Kanun'un geçiş hükümlerini düzenleyen Geçici 7. maddesinde yer alan "Bu Kanun'un yürürlük tarihine kadar 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı, 02.09.1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanun'la mülga 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı, 08.06.1949 tarihli ve 5434 Sayılı Kanun'lar ile 17.07.1964 tarihli ve 506 Sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine göre sandıklara tabi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiili hizmet süresi zammı, itibari hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları kanun hükümlerine göre değerlendirilir." Hükmü uyarınca, davanın yasal dayanağının 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu olduğu belirgindir.

Uyuşmazlığın çözümü, sigortalılık niteliğini taşıdıkları halde Bağ-Kur'a kayıt ve tescil yaptırmamış olanlar hakkında 1479 Sayılı Kanun'da öngörülen düzenlemelerin irdelenmesini zorunlu kılmaktadır.

1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal SigortalarKurumu Kanunu, zorunlu sigortalılık şemsiyesi altına en son alınan "esnaf ve sanatkarlar ve diğer bağımsız çalışanlara", Kanunda yazılı sosyal güvenlik hükümlerini uygulama amacını taşımakta olup, 26.madde ile sigortalı olma hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceği ve kaçınılamayacağını, bu kanun'a göre sigortalı sayılanların sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren üç ay içinde kuruma başvurarak kayıt ve tescil yaptırmalarının zorunlu olduğunu, aksi durumda Kurum tarafından resen tescil işleminin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

22.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3165 Sayılı Kanun ile 1479 Sayılı Kanun'un 24. maddesinde yapılan değişiklikte; "gerçek ve götürü usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, Esnaf ve Sanatkarlar Siciline kayıtlı bu-

lunanlar veya kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun kayıtlı bulunanlar"dan, gelir vergisi mükellefi olanlar, mükellefiyetin başlanıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanlar ile vergi kaydı bulunmayanlar da Esnaf ve Sanatkarlar Siciline veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıt oldukları tarihten itibaren kendiliğinden sigortalı sayılmışlardır.

Buna karşın, 1479 Sayılı Kanun'da sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinni belirli tarihlerden başlatılmasını zorunlu kılan düzenlemelere de yer verilmiş ve 1479 Sayılı Kanun'da, 506 Sayılı Kanun'un 79/10.maddesine parallel nitelikte bir düzenleme bulunmadığı için, kural olarak hizmet tespiti davası açılmasının mümkün olmadığını dikkate alan yasa koyucu, sigortalılık niteliğini taşıdıkları halde Kuruma tescil edilmemiş kişilere zaman zaman kendi ad ve hesaplarına bağımsız çalıştıkları süreleri borçlanma ve bu sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi olanağını tanımıştır.

Belirtilen düzenlemelerden ilki olan "Tescilini yaptırmayanlar hakkında yapılacak işlemler" başlıklı Ek Geçici 13. madde hükmünde, tescilleri yapılmamış ancak sigortalılık niteliğini taşıyanlar yönünden Kanunun tanıdığı hak ve mükellefiyetlerin 2654 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 20.04.1982 tarihinden başlatılacağı öngörülmüştür.

619 sayılı KHK'nin Geçici 1. maddesi hükmünde ise;

"Bu Kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar. Ancak, 1479 Sayılı Kanun'a göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olmak kaydıyla, 20.04.1982 tarihinden bu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesabına bağımsız çalıştıklarını belgeleyen sigortalıların, vergiye kayıtlı bulundukları süreler, bu süreye ilişkin primleri, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağı prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla sigortalılık süresi olarak değerlendirilir."

Denilmekte olup, anılan Kanun Hükmünde Kararname 04.10.2000 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, Anayasa Mahkemesi'nin 08.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren 26.10.2000 günlü kararı uyarınca tüm hükümleriyle iptal edilmiştir.

Bu iptal sonrasında benzer bir düzenlemeyi öngören ve 02.08.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 4956 Sayılı Kanun'un 47. maddesi ile 1479 Sayılı Kanun'a eklenen Geçici 18.madde;

"Bu kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 04.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri 04.10.2000 tarihinden itibaren başlar. Ancak, bu kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanların sigortalılıkları, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Kuruma yazılı olarak başvurmaları ve 20.04.1982-04.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen bu sürelere ilişkin olarak 49. ve ek 15. maddelere göre hesalanacak prim borçlarının tamamını, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir." Hükmünü amirdir.

Geçici 18. madde düzenlemesi 24.07.2003 tarih 4956 Sayılı Kanun ile getirilmiş ve 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, buna göre, maddede öngörülen başvuru süresi 02.02.2004 günü mesai bitimi itibariyle sona ermiştir.

Tüm bu düzenlemelerde ortak nokta, tescilin belirtilen tarihlerden sonra yapılmasına karşın, kanunda tanınan süreler içinde borçlanma hakkının kullanılabilecek olmasıdır. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmiş olan 619 sayılı KHK, borçlanma hakkı için bir süre de öngörmemiştir. Anılan hükümle belirtilen şartları yerine getiren kişiler maddede belirtilen sürelere ilişkin prim tutarlarını ödeyerek o döneme ilişkin süreleri sigortalı saydırabileceklerdir. Anılan düzenleme ile borçlanma hakkı, 04.10.2000 tarihinden sonra zorunlu sigortalı olarak Bağ-Kur'a tescil edilmiş olanlardan, daha önce vergi kaydı bulunanlara tanınmıştır.

Kanunda, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin başlaması için öngörülen tarihlerden itibaren, borçlanma hakkı belirtilen bu süreler dahilinde kullanılmalıdır.Bu süreler içinde borçlanma hakkının kullanılmaması halinde ise, sonrasında Bağ-Kur sigortalılığının tespitine olanak bulunmamaktadır. Zira 1479 Sayılı Kanun'da hizmet tespitine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, 1479 Sayılı Kanun'un Geçici 18. maddesinde öngörülen "yazılı başvuru" şartı, şekil şartı olmayıp; sigortalının, 04.10.2000 tarihi öncesi döneme ilişkin vergiye kayıtlı olduğu süreyi, yasada belirtilen altı aylık süre içinde, Kuruma başvuruda bulunması veya borçlanma süresine ilişkin primi ödemesi halinde, prim ödemesinin de, borçlanma iradesini ortaya koymuş olacağı kabul edilerek sözkonusu maddeden yararlanması için yeterli sayılmalıdır. Ancak altı aylık yasal sürenin geçirilmesi halinde anılan maddeye göre, 04.10.2000 tarihi öncesi vergiye kayıtlı olunan dönemin 1479 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2010 gün 2010/21-467 E. 2010/464 K., 15.06.2011 gün 2011/10-170 E. 2011/413 K. ve 29.02.2012 gün 2011/10-802 E. 2012/104 K. sayılı kararları da aynı mahiyettedir.

Somut olayın incelenmesinde; davacının 01.03.1988 tarihinden itibaren vergi ve oda kaydı mevcut olduğu, 16.03.2005 tarihinde Kuruma ibraz edilen giriş bildirgesi ile 1479 Sayılı Kanun uyarınca kayıt ve tescil talebinde bulunduğu, bu tarihten önce kuruma herhangi bir başvurusu veya prim ödemesi bulunmadığı,kurumca 1479 Sayılı Kanun'un Geçici 18. maddesi uyarınca sigortalılığının 04.10.2000 tarihinden itibaren başlatıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında; davacının Kuruma tescil için başvurduğu 16.03.2005 tarihinde yürürlükte bulunan düzenlemelere bakıldığında, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin 04.10.2000 tarihinde başlatılmasına ilişkin 4956 Sayılı Kanun'un 47. maddesi ile 1479 Sayılı Kanun'a eklenen ve 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 18.madde Kuruma başvuru tarihinde yürürlükte olup, anılan hüküm uyarınca 04.10.2000 tarihinden itibaren başlayacağından, bu kapsamda 04.10.2000 tarihinden önce Kuruma kayıt ve tescilli bulunmayan davacının sigortalılığının anılan tarihten başlatılmasına ilişkin Kurum işlemi yerindedir.

Öte yandan; davacının Geçici 18. maddenin 2. cümlesinde öngörülen ve 04.10.2000 tarihi öncesi döneme ait vergi kaydı bulunan dönemler için borçlanma imkanı sağlayan hükmünden yararlanmak için, maddede belirtilen süre içinde Kuruma müracaatı veya borçlanma iradesini ortaya koyacak şekilde herhangi bir prim ödemesi bulunmadığından, süresinde borçlanma talebinde bulunmayan davacının, geriye dönük olarak vergiye kayıtlı olduğu süreleri borçlanması ve buna dayalı olarak sigortalılığının tespitine de yasaca olanak bulunmamaktadır.

O halde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3. fıkrası uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 24.04.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

TAPUDA TRAMPA OLARAK GÖSTERİLEN SATIŞ
•
KANUNA KARŞI HİLE

ÖZET: Gerçekte satış olan işlemin sırf diğer paydaşların önalım haklarının kullanılmasının engellenmesi için trampa olarak gösterilmesi halinde kanuna karşı hileden söz edilecektir.* **

Y HGK. E:2013/6-109 K:2013/1476 T:23.10.2013

(….Uyuşmazlık, önalım hakkına konu edilen payın iptali ile davacı adına tesciline ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin dava konusu edilen payın ilişkin bulunduğu 1 No.lu parselin paydaşlarından olduğunu, taşınmazın paydaşlarından Z'nin taşınmazdaki 211/7302 payını tapuda trampa olarak göstererek 26.11.2009 tarihinde davalıya sattığını, davacının muvazaalı işlemi yeni öğrendiğini, paydaş Z'nin trampa olarak gösterilen işlem sonucu davalının ... No.lu parseldeki 211/869250 payını aldığını, ancak bu payın birkaç kez el değiştirdikten sonra 18.01.2010 tarihinde yine davalı adına tescil edildiğini, diğer yandan trampaya konu edilen paylar arasında eşitlik bulunmadığını, alan ve nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde aralarında açık bir değer farkı olduğunu, tüm bunların temlikin muvazaalı yapıldığını, gerçekte dava konusu payın davalıya satıldığını gösterdiğini, davacının önalım hakkını kullanmak istediğini belirterek, davalı adına kayıtlı payın iptali ile davacı adına tescilini talep etmiştir.

Davalı vekili, tapuda yapılan temlikin muvazaalıolmadığını, müvekkilinin payı trampa yolu ile edindiğini, davalının bu işlemdeki amacının taşınmazın yoğun inşaat yapılan bir bölgede olması nedeniyle bu hisse karşılığında gelecekte bir konut edinmek olduğunu, trampa işleminin yapılmasından birkaç ay sonra trampada vermiş olduğu hissenin satılık olduğunun emlak danışmanı tarafından bildirilmesi üzerine payını yeniden edinmek amacı ile bu hisseyi yeni malikinden satın aldığını, bu nedenle davacının muvazaa iddiasının ve temliki yeni öğrendiği be-

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

** Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.04.2013 T.2013/6-858 E.2013/427 Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.

yanının yerinde olmadığını, davanın süresinde açılmadığını, trampada önalım hakkı kullanılamayacağından kötü niyetle açılan davanın reddini savunmuştur.

Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü şahsa satılması halinde, diğer paydaşa o payı öncelikle satın alma hakkını veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve o payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir.

Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir.

Olayımıza gelince; önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu arsa vasıflı parselin paydaşlarından Z'nin taşınmazdaki 16.000 TL değerindeki payını davalıya ait Ç. M. Köyü *... No'lu parselde bulunan 16.000 TL değerindeki 211/869250 payı ile 26.11.2009 tarihinde trampa etmesi üzerine davacı iki yıllık hak düşürücü süre içinde önalım hakkının tanınmasını istemiştir. Satış dışındaki temliklerde önalım hakkının kullanılması mümkün değildir. Davacı da tapuda trampa şeklinde yapılan temlikin aslında muvazaalı olduğunu iddia ederek muvazaa iddiasında bulunmuştur.Tapudaki işlemin tarafı olmayan davacının bu iddiasını tanık dahil her türlü delille kanıtlaması mümkündür. Bu konuda tanık deliline de dayanmış ise de 28.09.2010 tarihli oturumda göstermiş olduğu tek tanığı Hikmet Sungur'un dinlenmesinden vazgeçmiştir.Trampaya konu edilen taşınmazlar arasındaki değer farkı ve davalının trampa sonucu vermiş olduğu payı birkaç el değiştirmeden sonra yeniden satın alması tapuda trampa olarak yapılan temlikin aslında satış olduğunu göstermeye yeterli değildir.Bu husus tanık beyanları ve toplanan diğer delillerle kesin olarak kanıtlanamamıştır. Bu durumda mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...)*

Gerekçesiyle bozularak, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, önalım isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin dava konusu edilen payın ilişkin bulunduğu 1 no'lu parselin paydaşlarından olduğunu, taşınmazın paydaşlarından Z'nin taşınmazdaki 211/7302 payını tapuda trampa olarak göstererek 26.11.2009 tarihinde davalıya sattığını, davacının muvazaalı işlemi yeni öğrendiğini, paydaş Z'nin trampa olarak gösterilen işlem sonucu davalının ... No'lu parseldeki 211/869250 payını aldığını, ancak bu payın birkaç kez el değiştirdikten sonra 18.01.2010 tarihinde yine davalı adına tescil edildiğini, diğer yandan trampaya konu edilen paylar arasında eşitlik bulunmadığını, alan ve nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde aralarında açık bir değer farkı olduğunu, tüm bunların temlikin muvazaalı yapıldığını, gerçekte dava konusu payın davalıya satıldığını gösterdiğini, davacının önalım hakkını kullanmak istediğini belirterek, davalı adına kayıtlı payın iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, tapuda yapılan temlikin muvazaalı olmadığını, müvekkilinin payı trampa yolu ile edindiğini, davalının bu işlemdeki amacının taşınmazın yoğun inşaat yapılan bir bölgede olması nedeniyle bu hisse karşılığında gelecekte bir konut edinmek olduğunu, trampa işleminin yapılmasından birkaç ay sonra trampada vermiş olduğu hissenin satılık olduğunun emlak danışmanı tarafından bildirilmesi üzerine payını yeniden edinmek amacı ile bu hisseyi yeni malikinden satın aldığını, bu nedenle davacının muvazaa iddiasının ve temliki yeni öğrendiği beyanının yerinde olmadığını, davanın süresinde açılmadığını, trampada önalım hakkı kullanılamayacağından kötü niyetle açılan davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; "….mahallinde yapılan keşif sonucu alınan raporda edimler arasında denklik olmadığı, büyük fark olduğu anlaşılmış, davalının bir süre sonra bu taşınmazı geri almış olması gözönüne alındığında satış yapılmasına karşın şufa hakkının önlenebilmesi için tapuda trampa gibi işlem yapıldığı benimsendiğinden, bedel de bloke edildiğinden davanın kabulüne karar verilmesi gerekmiştir…" gerekçesi davanın kabulüne dair verilen karar, davalı vekilinin temyizi üzerine; Özel Dairece, metni aynen yukarıda başlık bölümünde alınan ilam ile bozulmuş; mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme karar verilmiştir.

Direnme kararını temyize davalı vekili getirmiştir.

Açıklanan maddi olgu, bozma ve direnme kararlarının kapsamları itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Önalım davasına konu 43049 ada 1 parselde davalının trampa ile mi, yoksa satış suretiyle mi paydaş olduğu; buradan varılacak sonuca göre davacının önalım hakkının bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Dosya içeriği ve belgelerden; davacının dava konusu Y. köyü, ... ada 1 parsel sayılı taşınmazda paydaş olduğu, dava konusu 211/7302 pay Z. adına kayıtlı iken 26.11.2009 tarihinde davalı A.Y. adına kayıtlı M.Köyü, ... nolu parselde bulunan 211/869250 pay ile her iki taşınmazdaki paydaki 16.000 TL rayiç değer üzerinden trampa edildikleri, davalının bu suret ile dava konusu payın ilişkin bulunduğu taşınmazda paydaş olduğu, trampaya konu M. köyü ... nolu parseldeki 211/869250 payın daha sonra Z.Ö. tarafından 15.12.2009 tarihinde 16.500 TL bedelle dava dışı M.R. adlı kişiye satıldığı, bu kişinin aynı payı 12.01.2010 tarihinde 16.500 TL bedelle dava dışı T. İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. adlı şirketine sattığı, eldeki davanın davalısının bu şirketin yönetim kurulu başkan yardımcısı ve ortağı olarak söz konusu işlemde imzasının bulunduğu, anılan payın 14.01.2010 tarihinde dava dışı Z.K. adlı kişiye Y. Köyü, ... ada 3 nolu parselde bulunan 11/511 pay ile trampa yapılmak suretiyle devredildiği, 18.01.2010 tarihinde de bu kişi tarafından 16.500 TL bedelle davalı A.Y. tekrar satıldığı ve böylece davalının dava konusu pay ile trampa yapmak suretiyle elinden çıkardığı payı yaklaşık 2 ay gibi bir süre içerisinde tekrar edindiği açıkça anlaşılmaktadır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 732. maddesi uyarınca, önalım hakkı, paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü şahsa satılması halinde, diğer paydaşa o payı öncelikle satın alma hakkını verir. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve o payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir. Paydaşın paydaşa satış yapması halinde, satış dışındaki işlemlerde önalım hakkı doğmaz. Ne var ki, satış dışındaki pay edinimlerinde muvazaa iddiası ileri sürülebilir. İşlemin tarafı olmayan paydaşlar bu iddiayı her türlü delille kanıtlayabilirler.

Davacı, davalının dava konusu payı, gerçekte satın almasına rağmen önalım hakkının kullanımını önlemek için muvazaalı olarak işlemi trampa olarak gösterdiğini ileri sürmüştür.

Somut olayda, 01.11.2010 tarihli bilirkişi raporuna göre her iki taşınmaz arasındaki değer farkının beş katına yakın olduğu görülmüştür. Her ne kadar trampaya konu edilen taşınmazlar arasındaki değer farkı tasarrufun yalnız başına satış olduğunu göstermeye yeterli değil ise de; davalının trampa sebebiyle devrettiği taşınmaz payını, iki aydan daha az bir süre içerisinde, aynı değer üzerinden, üç kez el değiştirdikten sonra dördüncü intikalde tekrar almış olması; davalının, 12.01.2010 ve 14.01.2010 tarihli işlemlerde taşınmaz payını satın alan ve satan sıfatı ile T. İnş. San. Tic. A.Ş. 'nin ortağı ve temsilcisi olarak işlemde yer alması gözetildiğinde, bu temlik işleminin davacının önalım hakkını kullanmasını engelmeye yönelik olduğunu kabul etmek gerekmiştir.

Gerçekte satış olan işlemin sırf diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarının engellenilmesi için trampa olarak gösterilmesi halinde kanunun dolanılması söz konusu olur ki; bu hususu kanun korumaz. Öyle ise, yerel makeme direnme kararı gerekçesinde de belirtildiği üzere, davalı A. tarafından, taşınmazda trampa yolu ile pay edinimi muvazaalı olup, gerçekte satış işlemi ile pay edindiği ve davacı yan yönünden önalım hakkının var olduğu kabul edilmelidir.

Yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarnını reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA,** aşağıdaki dökümü yazılı (839.21) TL. bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23.10.2013 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN DAVA • YETKİLİ MAHKEME • İFA YERİ

ÖZET: Sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de dava açılabilecektir. İfa yeri Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir.*

Y. HGK E:2013/13-65 K:2013/1480 T:23.10.2013

(...Davacı, davalının talebi üzerine davalıya 250.000 TL borç para verdiğini, aylık 11.250 dolar faizin düzenli ödenmesi, ana paranın ise 4 ay içinde ödenmesi hususunda anlaştıklarını, davalının ilk ay faizi ödemesine rağmen sonrasını ödemediğini belirterek fazlası saklı kalmak üzere 50.000 TL'nin tahsilini istemiştir.

8 Gönderen: Av. Talih Uyar (euyar.com)

Davalı, yetkili mahkemenin Bakırköy Mahkemesi olduğunu savunmuş, esastan da davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, taraflar arasında borç münasebetinin kurulduğunun çekişmeli olduğu, alacağın varlığının imzası ikrar edilmiş yazılı delille ispta edilemediği ve bu nedenle özel yetki kurallarının uygulanamayacağı HUMK'un 9.maddesi gereği davalının ikametgahı olan Bakırköy Mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının eldeki davasının, davalıya borç olarak verildiği iddia olunan paraya ilişkin olduğu sabittir. Bu itibarla usulün 10 ve BK'nın 73. maddesi uyarınca alacaklının ikametgahı mahkemesinin de yetkili olduğunda duraksama bulunmamalıdır. Esasen bu husus mahkemece kabul edilmiş ve ancak davacının alacağın varlığını ispat edemediği, borç münasebetinin kurulduğunun çekişmeli bulunduğu gerekçesiyle usulün 9. maddesi uyarınca yetkisizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere alacağın varlığının ispatlanamaması, borç münasebetinin kurulduğunun belirlenememesi halinde genel yetki kurallarının uygulanması gerekir. Ne var ki, davacının davalıdan alacağının bulunup bulunmadığı hususunda yeterli inceleme ve araştırma yapılmamıştır.Hal böyle olunca, mahkemece, davacıdan davasını ispat zımnında delilleri sorulup alınmalı, var ise davalıdan da bu yönde karşı delilleri alınarak alacağın var olup olmadığı belirlenmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin değinilen bu yönü gözardı ederek, eksik incelem ve araştırma ile yazılı şekilde karar vermiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, alacak istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin, talebi üzerine davalıya 250.000 TL borç para verdiğini, aylık 11.250 dolar faizin düzenli ödenmesi, ana paranın ise 4 ay içinde ödenmesi hususunda anlaştıklarını, ancak davalının ilk ay

faizi ödemesine rağmen sonraki ödemeleri yapmadığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 50.000 TL'nin tahsilini istemiştir.

Davalı yan, yetkili mahkemenin Bakırköy Mahkemesi olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasında borç münasebetinin kurulduğunun çekişmeli olduğu, alacağın varlığının imzası ikrar edilmiş yazılı delille ispat edilemediği, özel yetki kurallarının uygulanamayacağı, genel yetki kurallarına göre 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 9.maddesi gereğince, davalının ikametgah mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesi ile, dava dilekçesinin reddine kararr verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Daire tarafından yukarıya metni aynen alınan gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel Mahkeme, 1086 sayılı HUMK'un 187. maddesine göre, yetki itirazının ilk itirazlarından olduğu, aynı kanunun 188. maddesi uyarınca ilk itirazların davanın başında esasa girilmeden önce dermeyan olunacağı ve 192. maddeye göre de mahkemenin davanın esasına girmeden önce ilk itirazlar hakkında karar vermesi gerektiği, dava dilekçesinde alacağın varlığını gösterir hiçbir delil ibraz edilemediği, sözleşmenin varlığının ispat edilemediği, davalının da yetki itirazında bulunduğu, alacağın varlığının ancak yetkili mahkemece tespit ve tayin olunacağı gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yetkisizlik kararından önce yetki konusunda yeterli bir araştırma yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Tüm davalar için uygulanan yetki kuralı, genel yetki kuralı olup; buna göre genel yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesidir. (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.6/1; mülga 1086 sayılı HUMK m.9/1) Bazı davalarda ise genel yetkili mahkeme yanında başka yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır ki, bu da özel yetki kuralıdır.Öte yandan davacının genel yetki ile özel yetki kuralı arasında seçimlik hakkı vardır.

Bilindiği üzere, 6100 sayılı HMK'nun 10.maddesinde (mülga 1086 sayılı HUMK m.10) sözleşmeden doğan davalar için özel yetki kuralı öngörülmüş olup; sözleşmeden maksat ise, konusu mal varlığı hakkı olan Borçlar Hukuku'na ilişkin sözleşmelerdir.

Sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesinde de dava açılabilir. Sözleşmenin yerine getirileceği ye rise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 89.maddesine (mülga 818 Borçlar Kanunu'nun 73.m) göre tespit edilmelidir.

6100 sayılı HMK'nun 116. maddesi (mülga 1086 sayılı HUMK m.187) uyarınca yetki itirazı ilk itirazlar arasındadır. İlk itirazlar ise, ön sorundur. (6100 s. HMK. m.117; mülga 1086 s. HUMK m. 189/3) Mahkeme, yetki ilk itirazını inceleyip karara bağlamadan esas hakkında incelemeye başlayamaz.

Somut olayda; davacı davasında, borç verilen paranın tahsilini istemiş olup, gerek hava dilekçesinde, gerekse yargılamadaki beyanında, daha önce Ankara Asliye 7. Hukuk Mahkemesi'nde 2005/113 esasla açtığını, açılan bu davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğini, taraflar arasındaki ilişkiyi gösteren tüm belge ve delillerin o dosya arasında bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece dayanılan bu dosya bile getirtilip incelenmeden, alacağın varlığını gösterir delil ibraz edilmediği, sözleşmenin varlığının kanıtlanamadığı gerekçesi ile yetki itirazı kabul edilmiştir.

Öyle ise, mahkemece, davacıdan alacağın varlığı konusunda delillerinin sorulup alınması, dava dilekçesinde deliller arasında bildirilen 2005/113 esaslı dosyanın getirtilip incelenmesi, davalıdan da bu yönde karşı delillerinin sorulması, sonucuna göre yetki itirazının hadise şeklinde incelenip çözümlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

Açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden, direnme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesinin atfı dikkate alınarak HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanunun 440. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 23.10.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜZEL KİŞİNİN ORGANI • HAKSIZ FİİL • ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE SORUMLULUK

ÖZET: Tüzel kişinin organının kusur ve ihmalinden doğan zarardan, üçüncü kişilere karşı hem tüzel kişi hem de organ şahsen sorumludur.*

Y. HGK. E.2013/4-41 K.2013/1511 T.30.10.2013

Tüzel kişilerin, organın görevi sırasında sebebiyet verdiği haksız fiillerden de sorumlu tutulacağı; bunun için, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesindeki şartların gerçekleşmesi gerekeceği; böyle bir durumda, zarar gören üçüncü kişiye karşı hem tüzel kişinin (organın haksız fiili tüzel kişinin haksız fiili sayıldığı için); hem de organı oluşturan gerçek kişilerin sorumlu olacağı; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 50/3. maddesi "Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar." Demek suretiyle bu hususun belirtilmiş olduğu- HGK. 2013-10-30 T:E:4-41 K:1511

Taraflar arasındaki "maddi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 12. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 24.02.2011 gün ve E.2002/962 K.2011/88 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 21.12.2011 gün ve 14947-13921 sayılı ilamı ile;

(….Davacı Orman Bakanlığı, ihraç edilmek üzere davalı şirket tarafından 2400 adet taş sansar kürkü için hayali isimler adına düzenlenmiş müstahsil makbuzu düzenlenerek Av Yaban Hayatı Genel Müdürlüğü'ne müracaat edildiğini belirterek yasal olmayan yollardan temin edilen sansar bedelinin tahsilini istemiştir.

Davalılar, haksız ve yersiz açılan davanın redddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, hayali kişiler adına düzenlenmiş müstahsil makbuzları nedeniyle şeklen evrakta sahtecilik suçu gerçekleşmiş ise de davalılara ihraç izni verilmediği gibi davacı idare tarafından davalılara herhangi bir ödeme yapılmadığı belirtilerek ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiş; karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinden; 12.05.2000 tarihinde davalı şirket adına 2400 adet sansar kürkü ihraç edilmek üzere Av Yaban Hayatı Genel Müdürlü-

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

ğü'nden ön izin talebinde bulunulduğu, kurum tarafından nereden temin edildiğine yönelik belge istenmesi üzerine davalı E. Dayanıklı Tüketim Giyim Mamulleri Kürk Deri Tekstil Sanayi Limited Şirketi'nin kaşesini ve şirket temsilcisi olan diğer davalı İ. E.'nin imzasını taşıyan müstahsil makbuzları düzenlenerek yeniden 22.05.2000 tarihinde Almanya'daki bir şirkete 2400 adet sansar kürkü ihracı için ön izin istendiği, ancak davalıların 31.05.2000 tarihinde taleplerini geri çektikleri anlaşılmaktadır.

Davalı şirket temsilcisi İ.E. ile şirket ortağı olan G.E. hakkında evrakta sahtecilik suçu nedeniyle açılan kamu davasında; ihraç edilmek üzere 2400 adet sansar kürkü nedeniyle Av Yaban Hayatı Genel Müdürlüğüne sunulan müstahsil makbuzlarının hayali kişiler adına düzenlendiği ve iğfal kabiliyetinin bulunduğu yönünde tespit yapılarak müstahsil makbuzunda imzası bulunan İ.E.›nin mahkumiyetine, G.E.'nin ise beraatine dair verilen kararın temyiz üzerine görev yönünden bozulduğu ve yapılan yargılamada zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan davalıların 3167 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 26 ve 22. maddelerine muhalefet nedeniyle yapılan ön ödemeye uyarak 31/7/2001 tarihinde cezai ödemede bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yerel mahkemece yaptırılan ve karara gerekçe gösterilen 4/10/2010 tarihli bilirkişi raporunda; sansar kürklerinin yasal olmayan yollardan temin edildiği gibi yasal olarak temin edilmesinin gerek avlanma süresinin yıl içerisinde toplam 20 gün ile sınırlanması gerek bölgenin fiziki yapısı ile terror olaylarının olması nedeniyle bu sayıda sansarın avlanmasının mümkün olmadığı öte yandan sansar derilerinin de fiilen mevcut olmaması ve deriler nedeniyle idare tarafından davalı şirkete herhangi bir ödeme yapılmaması nedeniyle herhangi bir zararın da oluşmadığı yönünde görüş belirtildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde; davalı şirket adına şirketin yetkili temsilcisi tarafından 2400 adet sansar kürkü nedeniyle ön izin talebinde bulunulduğu anlaşıldığına göre davalı şirketin 2400 adet sansar kürkünü elinde bulundurduğunun kabulü gerekir. Davalı gerek bu dosyada gerekse ceza dosyasında bu kürkleri yasal (izinli) avlanma yapan kişilerden temin ettiğini kanıtlayamamıştır. Şu halde sansarların yasal olmayan yollardan temin edildiğinin kabulü ile zarar kapsamı belirlenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde ispat edilememesi nedeniyle istemin tümden reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir….)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, usulsüz ve kaçak avlanma nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme hükmünü davacı vekili temyize getirmiştir.

Uyuşmazlık, somut olayda davacı İdarenin zararının ispatlanıp ispatlanamadığı; varılacak sonuca göre, davalıların tazminatla sorumlu olup olmayacakları, noktasında toplanmaktadır.

Dava konusu olay tarihinde avlanma konusunda 05.05.1937 tarih ve mülga 3167 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun hükümleri yürürlükte bulunmaktadır.

Anılan Kanunun "Av hayvanları ve sınıfları" başlıklı 1. maddesinde;

"Türkiye'de yabani olarak yaşayan faydalı ve zararlı hayvanların (Memeliler, kuşlar, yerde sürünenler) her türlü vasıta ile avlanması bu kanun hükümlerine bağlıdır."

Hükmü yer almakta;

2. maddesinde de;

"Av hayvanları üç gruba ayrılmıştır:

1-Her vakit avlanabilenler:

A) Memelilerden (Vaşak, kurt, çakal, yaban domuzu, pars, sırtlan, Kaplan)

B) Kuşlardan (Kargalar)

C) Yerde sürünenlerden (Yılanlar, kaplumbağalar)

2-Belli edilen zamanlarda avlanabilenler:

A) Memelilerden (Yaban kedisi, zerdeva, kokarca, sincap, sansar, susamuru, ceylan, gelincik, porsuk, kunduz, tavşan, tilki, karaca, dağkeçisi, ayı)

B) Kuşlardan (Keklik, yabani horoz, erkek sülün, tavus familyası, çil

familyası, bıldırcın familyası, yaban ördeği, sarıasma, yabankazı, kuğu kuşu, çulluk, turnak, toy, kuzgun, bataklık kuşları)

3. Avlanması yasak olanlar:

A) Memelilerden (Geyik, dağkoyunu, dağ keçisi yavrusu, karaca yavrusu, yarasa kirpi)

B) Kuşlardan (Turaç, ehli kumrular, kerkenez, çalıkuşu, guguk, ağaçkakan, çobanaldatan, dişi sülün, yaban tavuğu, bulbul familyası, çekirge kuşu, kırlangıç, leylek, puhu, baykuş, sığırcık)"

Belirtilmiştir.

Anılan Kanun'un 4 ve devamı maddelerinde "Avlanma zamanı, avlanma yerleri ve avlanma vasıtaları düzenlenmiştir. Bunun yanında, kanun'un 16.maddesinde ise, her yıl avlanmaya ilişkin tüm esas ve usullerin Merkez Av Komisyonu kararı ile tespit edilmesi hükme bağlanmıştır.

3167 Sayılı Kanun, 01.07.2003 tarih ve 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 34. maddesiyle tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

01.07.2003 tarih ve 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun;

"Amaç ve Kapsam" başlıklı 1.maddesinde:

"Bu kanunun amacı; sürdürülebilir av ve yaban hayatı yönetimi için av ve yaban hayvanlarının doğal yaşam ortamları ile birlikte korunmalarını, geliştirilmelerini, avlanmalarının kontrol altına alınmasını, avcılığın düzenlenmesini, av kaynaklarının milli ekonomi açısından faydalı olacak şekilde değerlendirilmesini ve ilgili kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile işbirliği sağlamaktır.

(Değişik fıkra:23.01.2008-5728 S.K./505.mad) Bu Kanun av ve yaban hayvanlarını ve yaşama ortamlarını, bunların korunmasını ve geliştirilmesini, av ve yaban hayatı yönetimini, avlakların kurulması, işletilmesi ve işlettirilmesini, avcılığın, av turizminin, yaban hayvanlarının üretiminin, ticaretinin düzenlenmesini, toplumun bilinçlendirilmesini, avcıların eğitimini, av ve yaban hayatına ilişkin suç ve kabahatler ile bunların takibi ve cezalarını kapsar."

Hükmü yer almakta;

"Tanımlar" başlıklı 2.maddesinin 27.bendinde de;

"Yasa dışı avlanma: Bu kanun kapsamında korunan veya avına izin verilen yaban hayvanı türlerini; izin verilen yerler, belirlenen zamanlar, miktarlar dışında ve/veya zehirleyerek, tuzak ve kapan kurarak veya men

edilen diğer usullerle canlı veya ölü ele geçirmeye çalışmayı veya ele geçirmeyi, ifade eder."

Denilmektedir.

Kanunun 5. maddesinde "Av sezonu" düzenlenmiş; "Avlanma Esas ve Usulleri" başlıklı 6. maddesinde de:

"Avlanma, avcılık belgesi ve avlanma izni almak şartıyla, yasalarla izin verilen silah, araç ve eğitilmiş hayvanlarla, avlanma planlarına veya Merkez Av Komisyonu kararlarına göre yapılır.

Zehirle avlanmak yasaktır. Haznesi iki fişek alacak şekilde sınırlandırılmamış otomatik, yarı otomatik, pompalı ve benzeri yivsiz av tüfekleri ile havalı tüfek ve tabancalar avda kullanılamaz. Eğitilmiş hayvanlarla ve mücadele kapsamında kullanım yeri, şekli ve özellikleri Merkez Av Komisyonunca belirlenecek dışında kara, hava araçları ve yüzer araçlarla, ses, manyetik dalga, ışık yayan araç ve gereçler, canlı mühre, tuzak, kapan ve diğer benzeri araç, gereç ve usullerle avlanılamaz. Avda kullanımı Merkez Av Komisyonu kararı ile men edilen ses ve manyetik dalga yayan cihazlar, tuzak ve kapanlar ile benzeri araç ve gereçlerin pazar ve ticarethanelerde bulundurulması ve satışı yasaktır. Özellikleri Merkez Av Komisyonunca belirlenenlerin dışında gümeler kurulamaz ve bu gümelerde avlanılamaz.

Avlanan hayvanların taşınması ve avlanma gayesi dışında mücadele kapsamında ve kişilerin kendilerini, tarlalarını ve sürülerini korumak maksadıyla avlaklarda avcılık belgesi ve avlanma izni olmadan avlanmada kullanılan silahları ve araçları taşıma veya kopek bulundurma ile eğitilmiş hayvanlarla ve avlanma zamanı dışında avlanma esasları Merkez Av Komisyonunca tespit edilir. Bu esas ve usullere aykırı şekilde avlanılamaz."

Hükümlerine yer verilmiştir.

Bu hükümlerde yer alan yasaklamalara uymamanın müeyyidelerinden birisi 23.01.2008 tarih ve 5728 Sayılı Kanun ile değişik "Avdan Men Etme ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi" başlıklı 28. maddede düzenlenmiş; anılan madde metninde aynen;

"Bu kanunla yasak edilen fiilleri işleyenler derhal avdan men edilir.

Bu kanunun 20. maddesi kapsamında elkonulan av hayvanları ve türevleri ile sair eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine mahalli mülki amir tarafından karar verilir.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilen cansız av hayvanları ile, avlanan hayvanlardan elde edilen ürünler ve sair eşya Çevre ve Orman

Bakanlığı tarafından satılarak bedeli Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilir.

Canlı olarak el konulan ve özel bakım ve tedaviye muhtaç olmayan av hayvanları, Bakanlık yetkilileri tarafından başka bir şekilde değerlendirilmesine karar verilmediği takdirde, doğal yaşama ortamlarında serbest bırakılır.

Bu madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmiş olsa bile, yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle hükmolunacak tazminat av hayvanı türlerine göre Bakanlıkça tespit edilen değerler üzerinden hesaplanır. Hükmolunan tazminat, Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilir."

Düzenlemesi yer almıştır.

Yukarıdaki madde metnine göre, yasa dışı avlanan ve canlı olarak ele geçirilen av hayvanlarına el konulması veya cansız av hayvanlarının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi gerekmekte; bu olgu canlı veya cansız olsun ayrıca tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.Belirtilen düzenlemede açıkça yaralı olmayan canlı hayvanların doğal yaşama ortamlarına bırakılacağının belirtilmiş olması ayrıca tazminat yükümlülüğünün varlığına etkili değildir.Zira bu halde tazminat yükümlülüğünün söz konusu olmayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ayrıca, hayvanın doğal ortamından kısa bir süre için de olsa avlanma yoluyla koparılıp, tekrar doğal ortamına salıverilmesi halinde de zarar gerçekleşmiş olup, salıvermenin bu zararı ortadan kaldırdığından söz edilemez.Öyle ki, avlanan hayvanın hangi yolla olursa olsun doğal ortamında rahatsız edilmiş olması dahi, ona verilmiş zarardır ve hayvan üzerinde yaratacağı olumsuz etki kaçınılmazdır.Tekrar salınsa bile bunun telafisi söz konusu olamaz. (Örneğin; kuluçkaya yatmış kuşun avlanıp, salınması gibi. Aynı yöndeki Hukuk Genel Kurulu'nun 03.02.2010 gün ve E.2010/4-40 K.2010/54 sayılı ilamı)

3167 Sayılı Kanun'un 16. maddesiyle oluşturulan ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 27.05.1999 tarih ve 64 no.lu 1999-2000 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu Kararı'nın 25 (f-3) maddesinde, bu maddeye aykırı hareket eden kişi ve kuruluşlar hakkında Orman İdareleri tarafından yasal işlem yapılacağı, bu tür davranışların yaban hayatına ve av hayvanlarına verilen zararların bilirkişi raporuna göre, 39. maddede belirtilen miktarlar üzerinden suçluya (faile) ayrıca tazmin ettirileceği belirtilmiştir.

Anılan Kararın 39. maddesinde ise, Kara Avcılığı Kanunu ve Merkez

Av Komisyonu Kararlarına aykırı hareket edenler hakkında Kara Avcılığı Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı, korunan ve belli sürelerde avlanan av hayvanlarının kanunsuz olarak (canlı olarak yakalanması dahil) avlanması veya yumurtalarının toplanması halinde suçludan tazmin ettirilmek üzere hazırlanacak tazminat raporuna esas av hayvanı değeirinin tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Bunun yanında, 64 Nolu 1999-2000 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu Kararı'nın 2. Maddesine göre, sansar avının III.Grup kapsamında 23 Ekim 1999-27 Şubat 2000 tarihleri arasında Cumartesi, Pazar ile resmi tatil günleri dışında avlanmaları yasaktır.

Açıklanan tüm bu düzenlemeler göstermektedir ki, yasak avlanan hayvanın canlı olması ve doğal ortamına salıverilmiş olması zararın doğmasına engel olmadığı gibi idiri yatırım uygulanmış olması da ayrıca zararın tazmininin istenemeyeceği anlamına gelmemektedir.

Nihayet, gerek 3167 sayılı gerekse 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nda yasaklanan avlanma, haksız fiil niteliğinde olup, burada zararın giderimini hedef tutan kendisine özgü bir tazminat türü söz konusudur.

Mülga 3167 Sayılı Kanun (yürürlükte olan 4915 Sayılı Kanun) ve Merkez Av Komisyonu Kararı'nın birlikte değerlendirilmesi sonucunda; amacın, doğal dengenin bozulmaması ve belirli dönemlerde liste halinde belirtilen hayvanların avlanmaması, yakalanmaması ve nakledilmemesi olduğu açıktır.

Açıklanan yasal düzenlemeler ve dosyaya yansıyan olgular gözetilerek, hukuka aykırı eylemi ile doğaya zarar veren ve doğal ortamı bozan davalılar İ. ve E. Dayanıklı Tüketim Giyim Mamulleri Kürk Deri Tekstil San. İth.İhr. Ltd. Şti.'nin zarardan sorumlu tutulması gerekir.

Açıklanan nedenlerle, mahkemece yukarıda yapılan ilkeler göz ardı edilerek, yerinde bulunmayan gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Şu durumda mahkemece yapılacak iş; dava konusu 2400 adet sansarın, mülga 3167 sayılı Kara Avcılığı Kanunu ve 64 Nolu 1999-2000 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu Kararlarına göre, olay tarihindeki (18-20.05.2000) davalıların yol açtığı zarar nedeniyle ödemesi gereken tazminat bedellerini belirlemek ve hüküm altına almak olmalıdır.

Öte yandan, tüzel kişiler, organın görevi sırasında sebebiyet verdiği haksız fiillerden de sorumlu tutulur. Bunun için, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesindeki şartların gerçekleşmesi gerekir. Böyle bir

durumda, zarar gören üçüncü kişiye karşı hem tüzel kişi (organın haksız fiili tüzel kişinin haksız fiili sayıldığı için); hem de organı oluşturan gerçek kişiler sorumlu olur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 50/3. maddesi "Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar." Demek suretiyle, bu hususu belirtmiştir.

Somut olaya gelince; E. Dayanıklı Tüketim Giyim Mamulleri Kürk Deri Tekstil San. İth. İhr. Ltd. Şti.'nin ana sözleşmesinde, ortaklarının İ.E. ve G.E. olduğu, şirket müdürü İ.E.'nin şirket kaşesi altında atacağı münferit imzası ile temsil edeceği yazılıdır.

Davalı E. Dayanıklı Tüketim Giyim Mamulleri Kürk Deri Tekstil San. İth. İhr. Ltd. Şti'ni temsilen şirket müdürü davalı İ.E. tarafından Orman Bakanlığına 12.05.2000 ve 22.05.2000 tarihlerinde müracat ile Almanya'da bulunan W. B. R. G. mbh şirketine İstanbul Halkalı Çıkış Gümrük Müdürlüğü'nden 2400 adet taş sansarı postu ihraç etmek istediklerini ve ihracatı gerçekleştirmek amacıyla Orman Bakanlığından ön izin verilmesi talep edilmiştir.

Talep ekinde Orman Bakanlığına ibraz edilen müstahsil makbuzlarının üzerinde davalı şirketin kaşesi ve şirket müdürü davalı İ.E.'nin imzasının bulunduğu, ayrıca malı alan kısmında davalı şirket müdürü İsmet Erkol'un imzasının bulunduğu görülmektedir. Ayrıca davalı G.E.'n.n anılan müstahsil makbuzlarında ve Bakanlığa ön izin talep dilekçelerinde bir imzası bulunmamaktadır.

Şu hale göre, yerel mahkemece, davalı şirket ortağı G.E.'nin meydana gelen haksız eylem dolayısıyla tazminat sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgularla birlikte ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hal böyle olunca; yerel mahkeme direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda işaret edilen ilave gerekçeyle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Davacı Orman Bakanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda işaret edilen ilave gerekçe ve nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulamakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 1086 sayılı HUMK'un 440. Maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.10.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

AVUKATIN SORUMLULUĞU • MADDİ ZARAR • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Süresinde yetkili mahkemeye başvurmayan ve bu şekilde müvekkilinin zararına sebebiyet veren avukat bu zararı ödemekle yükümlüdür.

Ancak, bu noktada kişilik haklarının saldırıya uğradığından söz edilemeyeceğinden manevi tazminat hakkı doğmayacaktır. *

Y. HGK. E:2013/3-56 K:2013/1525 T:06.11.2013

(...Davacı dava dilekçesinde, çalıştığı işyerinden haksız olarak çıkarılması nedeniyle işe iade ve kıdem - ihbar tazminatı davaları açması için davalı avukata vekalet verdiğini, davalının davaları yetkisiz mahkemede açtığını, mahkemenin yetkisizlik kararı üzerine yetkili mahkemeye süresinde başvurmadığını, bu nedenle hak kaybına uğradığını belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı cevabında, davacının tüm tazminatlarını aldığını, zararı olmadığını beyan etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile 100 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir.

Dosya kapsamına göre, davacının yönetici sıfatıyla çalıştığı dava dışı şirketten 18.08.2008 tarihinde işten çıkarılması nedeniyle gerekli davaların açılması için davalı avukata 28.08.2008 tarihinde vekaletname verildiği, davalının süresinde davaları açtığı, ancak davaların görüldüğü İstanbul 2. İş Mahkemesi ve 7. İş Mahkemesi'nin yetkisizlik kararlarına rağmen davalının HUMK'un 193/3. maddesi gereğince yetkili mahkemeye başvurmadığından, davacının hak kaybına uğramasına neden olduğu ve davalının bu konuda İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanıp ceza aldığı anlaşılmaktadır.

Davada, vekalet akdine dayalı maddi ve manevi tazminatın davalı avukattan tahsili talep edilmektedir.

Vekil, müvekkiline karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükellef olup,

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

yürürlükteki mevzuatı bilmek, müvekkilinin haklarını gözetmek, yüklendiği görevi özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek zorundadır. BK'nın 390. maddesi gereğince vekilin vekaleti icrada özen ve sadakat göstermek borcu bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesi ile avukat işini doğruluk kurallarına göre özenle yapıp, mesleğinin gerektirdiği biçimde yerine getirdiği takdirde ancak o zaman sorumluluktan kurtulur. Davalı avukatın HUMK'un 193/3.maddesine göre süresinde yetkili mahkemeye başvurmaması nedeniyle davacının maddi zarara uğradığı açıktır.

Davacının uğradığı maddi zararın bilirkişi marifetiyle 1.200 TL olduğu belirlenip taleple bağlı kalınmak suretiyle hüküm altına alınmasında bir isabetsizlik yoktur.

Ancak, BK'nın 49. maddesi gereğince manevi tazminatın istenebilmesi için davacının kişilik haklarının hukuka aykırı olarak saldırıya uğramış olması gerekir. Davada, davalı tarafından davacının kişilik haklarının ihlal edildiği ispatlanamamıştır.

Bu durumda, mahkemece; manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, vekalet akdine aykırılık nedeniyle maddi ve manevi tazminatın davalı avukattan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davalının temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme hükmünü, davalı temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı avukatın (vekilin), davacı müvekkili adına açtığı iki ayrı davayı takip etmeyerek, sözkonusu davaların açılmamış sayılmalarına karar vermesinden

ötürü, davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesi gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 09.04.1982 gün ve E:1981/4-56 K.1982/348 sayılı ilamında da belirtildiği üzere, kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa'dan alan; yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir haktır.

Hemen belirtilmelidir ki, 2709 sayılı TC Anayasası ve yasalarında kişinin kişilik değerleri güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Hürriyetlerin Niteliği" başlığını taşıyan 12. maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmekte olup, 17. maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın 24.maddesinde;

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Aynı Kanun'un 25. maddesinde de;

"Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir." Denilmiştir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nın 49. maddesinde ise;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin suretiyle ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." Hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, 4721 sayılı TMK'nın 24. madesinde; hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı karşısında, saldırılan kimseye hukuki koruma sağlanacağı, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiş; aynı Kanun'un 25. maddesinde de, hukuka aykırı bir şekilde kişilik haklarına saldırı karşısında hangi hukuki çarelere başvurulabileceğine işaret edilmiş; mülga 818 sayılı BK'nın 49. maddesinde ise, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunda kişilik hakkının tanımı yapılmadığı gibi, nelerin kişilik haklarına dahil olduğunu da belirtmemiştir.

Kişilik hakları, hukuki bir işlemle ya da haksız bir fiil ile saldırıya uğrayabileceği gibi, sözleşmenin ihlali (borca aykırılık) dolayısıyla da ihlal edilebilir.

Nitekim, Türk ve karşılaştırmalı hukuk öğretisinde, sözleşmenin ihlalinin (borca aykırılığın) kişilik haklarına saldırı oluşturması halinde, manevi tazminatı gerektireceği kabul edilmiştir. (S.Sulhi Tekinay: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, Sahife:265 vd.; K.Emre Gökyayla; Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007 Sahife: 119; Hatemi/Gökyayla: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, Sahife:171 vd.; Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, XII.Levha Yayınları, İstanbul 2008, sh.99-100; Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.Bası, İstanbul 2009, Sahife: 202; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993, Sahife: 711; Oğuzman/Öz:

Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2012, Sahife: 435; Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, Sahife: 194; von Tuhr, Anderas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt:1-2, Çeviren: Avukat Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, Sahife: 569; Becker, Herman: İsviçre Medeni Kanunu Bern Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I.Kısım, Genel Hükümler, III. Fasikül (Madde: 64-103), Dr. Saim Özkök Tercümesi, Ankara 1972, Sahife: 529 vd.)

Bunun yanında, İsviçre Federal Mahkemesi de, sözleşmeye aykırı davranışların, kişilik haklarını ihlal edebileceğini kabul etmektedir. (BGE 87 II 290=JdT 1962 I290; BGE 87 II249=JdT 1962 I245. Aktaran S.Sulhi Tekinay: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.267)

Manevi tazminat isteminde bulunmak için, bir manevi zararın doğması şarttır. Bunun için, kişilik haklarına saldırı sonucunda kişinin ruhsal çöküntüye uğraması, elem ve üzüntü duyması gibi durumlarla karşılaşması gerekir. Ayrıca, uğranılan manevi zararın usulünce ispatlanması da gerekir.

Sonuç itibariyle; yalnızca sözleşmenin ihlali, manevi tazminat için yeterli olmayıp, kişilik haklarının hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğraması sonucu manevi bir zarar doğmalı ve bu durum da usulünce ispatlanmalıdır.

Yukarıda yapılan hukuki saptama ve açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesinde; davacının, çalıştığı dava dışı şirketten işten çıkarılması nedeniyle gerekli davaların açılması için davalı avukata vekaletname verildiği, davalının, süresinde davaları açtığı, ancak davaların görüldüğü İstanbul 2. İş Mahkemesi ve 7. İş Mahkemesi'nin yetkisizlik kararlarına rağmen, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 193/3. maddesi gereğince yetkili mahkemeye süresinde başvurmaması nedeniyle davaların açılmamış sayılmasına karar verilerek, davacının hak kaybına uğramasına neden olduğu dosya kapsamından anlaşılmakta olup, davacının bu eylem nedeniyle kişilik haklarının manevi zarar gördüğü kanıtlanamamıştır. Bu bakımdan, bu eylemin yalnız başına manevi tazminatı gerektirmeyeceği kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede bir kısım üyelerce, "iş edinmenin, hayatı onurlu bir birey olarak yaşamak için gerekli olduğu, işe iade edilme hakkını yitiren davacının bu durumdan manevi zarar gördüğü, bu nedenle davacının manevi tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiği" ileri sürülmüş ise de; bu görüş, Kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen gerekçelerle kabul edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar göz ardı edilerek, yerinde bulunmayan gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Hal böyle olunca: yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı G.D.'nin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 1086 sayılı HUMK'un 440/III-1.maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 06.11.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

OTO SATIMI • İMALAT HATASI • SÖZLEŞMEDEN DÖNME

ÖZET: Satın alınan araçta sonradan oluşan önden gelen ses nedeniyle üç kere servise götürüldüğü, ücretsiz onarımının yapıldığı anlaşıldığından, araçtan sürekli yararlanamamanın gerçekleştiği, bu bağlamda alıcı için sözleşmeden dönme şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir.*

Y. HGK. E:2013/13-124 K:2013/1524 T:06.11.2013

(…Davacı, davalıdan 22.01.2008 tarihinde satın aldığı aracın ön kısmından gelen ses şikayeti ile defalarca davalıya ait servise başvurduğunu, davalının her seferinde onardığından bahisle aracı iade ettiğini, ancak araçtaki arızanın giderilemediğini, arızanın araçtaki ayıptan kaynaklandığını ve bu nedenle aracı servisten teslim almadığını seçimlik haklarından bedel iadesini kullanacağından bahisle satış bedeli olan 31.080.19 TL'nin teslim tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsilini istemiştir.

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, davalıdan satın aldığı aracın ayıplı olduğundan bahisle satış bedelinin iadesini istediği, davalı ise aracın ayıplı olmadığını bu nedenle davanın reddini dilemiştir. Dava konusu aracın seyir halinde önden gelen ses şikayeti ile ilk olarak 28.08.2008 tarihinde davacının servise başvurduğu, yine aynı arıza nedeni ile 10.09.2008 ve 15.10.2008 tarihlerinde aracı servise getirdiği ve davalı tarafından ücretsiz onarımın gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Aynı şikayet ile ilgili önceki başvurularda servis tarafından bir işlem yapılıp yapılmaması sonuca etkili değildir. Davalının oyalamaları hukuken himaye edilemez. Araçtan sürekli yararlanamamanın gerçekleştiği, böylelikle sözleşmeden dönme şartının oluşmuş olduğu anlaşılmakla, mahkemece davanın kabulü gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir….)

gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, satın alınan aracın ayıplı olduğu iddiasına dayalı araç bedelinin iadesi istemine ilişkindir.

Davacı davalıdan 22.01.2008 tarihinde satın aldığı aracın ön kısmından gelen ses şikayeti ile defalarca servise gittiğini; ayrıca teslim alındıktan 20 gün sonra aracın sağ koltuğun oturma bölümündeki deri döşemedeki yırtık; arka bagaj camının sağ köşesinde siyah kalın bir boya akıntısı, sol arka tampondaki boyanın kabarıp büyük bir bölümünün dökülmeye başlaması, ön cam fitilinin yerinden çıkıp rüzgarın etkisiyle tavana vurduğunu, önden gelen sesi davalının her seferinde tamir ettiğini bildirerek aracı iade ettiğini, ancak araçtaki arızanın giderilemediğini, arızanın araçtaki ayıptan kaynaklandığını ve bu nedenle aracı servisten teslim almadığını seçimlik haklarından bedel iadesini kullanacağını ileri sürerek, satış bedeli olan 31.080.19 TL'nin teslim tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, dava konusu araçta giderilemeyen bir arıza bulunmadığını, aracın 01.11.2008 tarihi itibariyle sorunsuz çalışır durumda olduğunun ihtaren de bildirilmesine rağmen davacı tarafça alınmadığını, davacının tamir hakkını kullanması nedeniyle bedel iadesi isteyemeyeceğini bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi ve Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 14. maddesine göre bedel iadesi isteminin yasal koşulları oluşmadığından davanın reddine karar verilmiş; davacı yanın temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarda metni aynen alınan gerekçelerle bozulmuştur. Yerel Mahkeme, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını temyize davacı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; araçtan sürekli yararlanamama nedeniyle sözleşmeden dönme koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği, buna göre de satış bedelinin iadesine ilişkin davanın kabulü gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Dosya içeriğinden; davacının 22.01.2008 tarihinde 2008 model fiyat D.C. marka aracı satın aldığı, 13 ay garanti süresinin bulunduğu; servis iş kabul kartlarının incelenmesinden de, davacının ilk olarak 28.08.2008 tarihinde araçta "seyir halinde önden ses var; sol arka tampon boyası dökülmüş ve cam fitili yerine takılacak" şikayeti ile servise başvurduğu, serviste arızanın görüldüğü, diagnos çalışması yapıldığının şerh edildiği; 10.09.2008 tarihli ikinci başvuruda da aynı şikayetlerle servise gidildiği, yine arıza araştırması yapıldığının kayda geçirildiği, 15.10.2008 tarihli servise başvuruda ise, "seyir halinde uğultu sesi kontrolü" şikayeti ile servise başvurulduğu ve servis tarafından sağ ön aks rulmanının değiştirildiği, rulmanın kullanıcı kaynaklı olarak paslandığının kayda geçirildiği görülmüştür.

Davalı T. A.Ş. tarafından, davacı A.K.'ye gönderilen 11.11.2008 tarih ve 9042 yevmiye nolu ihtarnamede; ön taraftan gelen uğultu sesi şikayetine yönelik B.K. servisinde diagnos ve test sonrasında konunun şirketin teknik ekibine servis tarafından bildirildiği, şirketin teknik ekibince yapılan incelemede sesin varlığının tespit edildiği ve aracın 31.10.2008 tarihinde fabrikaya alındığı, sağ ön aks rulmanı değişimi yapılarak sorunun çözüldüğü, rulmanda aşırı korazif etkinin dikkat çektiği, durumun ürün kaynaklı bir sorun olmadığı, bu arada mağduriyetin giderilmesi için araç tahsis edildiği, aracın 01.11.2008 tarihinden itibaren bayiiden teslim alınabileceği bildirilmiştir. Ancak davacı tarafından araç 28.02.2009 tarihinde keşif yapılmak üzere teslim alınmıştır.

4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13/3. maddesinde; "Tüketici onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde, 4.maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir…"; 4/2. maddesinde ise; "Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir." Denilmek suretiyle tüketicinin sahip olduğu haklar sıralanmıştır. Öte yandan 13 ve 31. maddesindeki düzenlemeler doğrultusunda 14.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 14. maddesinde de "Tüketicinin onarım hakkını kullanmasına rağmen malın;

a) Tüketiciye teslim edildiği tarihten, belirlenen garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde; aynı arızanın ikiden fazla tekrarlanması veya farklı arızaların dörtten fazla meyadana gelmesi veya belirlenen garanti süresi içerisinde farklı arızaların toplamının altıdan fazla olması unsurlarının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanamamayı sürekli kılması,

b) Tamiri için gereken azami sürenin aşılması,

c) Firmanın servis istasyonun mevcut olmaması halinde sırasıyla satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçı-üreticisinden birisinin düzenleyeceği raporla arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının belirlenmesi, durumlarında, tüketici malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebilir." Denilmektedir.

14.06.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sanayii Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin servis fişi başlıklı 11.maddesinde de, "Servis İstasyonları, kendilerine intikal ettirilen arızalı mallar ile ilgili olarak aşağıda belirtilen hususları içeren servis fişini tekemmül ettirmek ve tüketicilere vermek zorundadırlar.

a) Yetkili servisin ünvan, adres, telefon, telefaks ve diğer erişim bilgileri,

b) Malın servis istasyonuna teslim veya mala ilişkin arızanın bildirim tarihi,

c) Malın tüketiciye teslim tarihi,

d) Malın arızası ve yapılan işlemler (açık olarak yazılacaktır)

e) Varsa ücreti,

f) Servis yetkilisinin imzası,

g) Bu yönetmeliğin 10.maddesinde yer alan, servis istasyonlarının sorumluluklarını gösterir hususlar,

h) (Ek:RG-24.04.2011-27914) Tüketicinin ürünle ilgili şikayet ve talepleri. "hükmü düzenlenmiştir. Buna göre servis fişlerinin bu hükme uygun tutulmamasının sorumluluğu tüketiciye yüklenemez.

Somut olayda; davacının 22.01.2008 tarihinde satın aldığı aracın, sonradan oluşan önden gelen ses nedeniyle 28.08.2008; 10.09.2008 ve 15.10.2008 tarihlerinde servise götürüldüğü ve davalı tarafından ücretsiz onarımının yapıldığı anlaşıldığından, araçtan sürekli yararlanamamanın gerçekleştiği, davacı için sözleşmeden dönme koşulunun oluştuğu ve davanın kabulünün gerektiği kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanunun 440. maddesi uyarınca hükmün tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 06.11.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

İLAM VEKALET ÜCRETİ • ESASA İLİŞKİN KARAR • NİSBİ VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Mahkemece verilen karar esastan verilmiş bir ret kararı olduğundan Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince nisbi vekalet ücreti verilmelidir.*

Y. HGK. E:2013/19-220 K:2013/1573 T:13.11.2013

(…Davacı vekili, 24.12.2008 tarihli sözleşme ile davalının T. Markası altında bayilik faaliyetinin gerçekleştirdiğini, davalıya ait taşınmaz üze-

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

rinde 2021 yılına kadar lehlerine intifa hakkı verildiğini ve intifa bedelinin peşin olarak ödendiğini, Rekabet Kurulunun bayilik sözleşmelerini 5 yıl ile sınırlaması sonucu intifa süresininde 5 yıl sonra sona ermesinin doğal sonuç olduğunuve 2013 yılı sonrası için ödenen intifa bedeli yönünden davalının sebepsiz zenginleştiğini iddia ederek 1.299.376 TL'nin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili savunmasında, bayilik ve intifa sözleşmesinin devam ettiğini, davacının taşınmazı kullanımına engel olunmadığını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece sözleşme devam ederken intifa bedelinin iadesinin talep edilemeyeceği gerekçesiyle erken açılan davanın reddine davalı yararına maktu vekalet ücretine hükmedilmiş, karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davalı vekilinin temyizine gelince, davalı yanın temyizi vekalet ücretine yöneliktir. Mahkemece akdin fesih edilmediği ve geçerli olduğu gerekçesiyle verilen davanın reddine dair karar esasa ilişkin nihai karar olup davalı yararına nisbi vekalet ücretine hükmedilmek gerekirken yazılı gerekçe ile maktu vekalet ücreti takdiri yerinde görülmemiştir…)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilince 24.12.2008 tarihli sözleşme ile davalının Total Markası altında bayilik faaliyetinin gerçekleştirdiğini, davalıya ait taşınmaz üzerinde 2021 yılına kadar lehlerine intifa hakkı verildiğini ve intifa bedelinin peşin olarak ödendiğini, Rekabet Kurulu'nun bayilik sözleşmelerini 5 yıl ile sınırlaması sonucu intifa süresinin de 5 yıl sonra sona ermesinin doğal sonuç olduğunu ve 2013 yılı sonrası için ödenen intifa

bedeli yönünden davalının sebepsiz zenginleştiğini iddia ederek 1.299.376 TL'nin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sözleşmenin halen devam ettiğini, davacının henüz davayı açmakta hukuki yararının bulunmadığını bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacı tarafça sözleşmenin feshedilmediği, sözleşmenin halen geçerli olduğu gerekçesiyle erken açılan davanın reddine, yargılamada kendisini vekil ile temsil ettiren davalı yararına maktu vekalet ücreti verilmesine karar verilmiş, hükmün taraf vekillerince temyizi üzerine; Özel Dairece, metni yukarıda aynen yazılı gerekçeler ile karar bozulmuştur.

Mahkemece, davanın dava tarihi itibariyle erken açıldığı, sözleşme, intifa hakkının süresi ve dava tarihi dikkate alınarak henüz taraflar arasındaki sözleşmenin feshedilmeyip sözleşmenin yürürlüğünün devam ettiği, bu nedenle temerrüdün oluşmadığı, verilen hükmün esasa ilişkin nihai karar olmayıp, sözleşme sona erdikten sonra tekrar dava açılmasını engelleyen karar niteliğinde de olmadığı, dava şartı bulunmayan hükümlerde verilecek ücreti vekaletin maktu ücreti vekalet değerine hükmedilmesi gerektiği gerekçeleri ile önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyize getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davanın, esastan mı yoksa dava şartı yokluğu nedeniyle usulden mi reddine karar verildiği; burada varılacak sonuca göre davalı yararına maktu mu, nispi vekalet ücreti mi verileceği noktalarında toplanmaktadır.

Davacının dava hakkına sahip olması, dava açabilmesi için yeterli değildir. Bundan başka, davacının dava açmakta hukuki bir yararının bulunması gerekir; yani dava hakkı, hukuki yarar ile sınırlıdır. Dava açmakta hukuki yararı olmayan kişi, Devletin mahkemelerini gereksiz yere uğraştıramaz. Bu, hukuki korunma (himaye) ihtiyacı olarak da adlandırılmaktadır. Yani, davacının mahkemeden hukuki korunma istemesinde, korumaya değer bir yararı olmalıdır.

Dava şartları, medeni usul hukukuna ait bir kurum olup, amacı, bir davanın esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli bütün şartları ve bunların incelenmesi usulünü tespit etmek, böylece davaların daha çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlanmasına yardımcı olmaktır.

Mahkemenin, davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi (davayı esastan inceleyebilmesi) için varlığı veya yokluğu gerekli olan haller, dava (yargılama) şartlarıdır. Davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi

için varlığı gerekli hallere, olumlu dava şartları (görev, hukuki yarar gibi); yokluğu gerekli hallere ise olumsuz dava şartları denilmektedir (kesin hüküm gibi)

Dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi (davanın esasına girebilmesi) için gerekli olan şartlardır. Buna davanın dinlenebilmesi şartları da denir.

Dava şartlarından biri olmadan açılan dava da açılmış (var) sayılır, yani derdesttir. Ancak mahkeme, dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit edince, davanın esası hakkında inceleme yapamaz; davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmekle yükümlüdür.

Dava şartlarının bulunup bulunmadığı davada hakim tarafından kendiliğinden (resen) gözetilir; taraflar bir dava şartının noksan olduğu davanın görülmesine (esastan karara bağlanmasına) muvafakat etseler bile, hakim davayı usulden reddetmekle yükümlüdür.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'un 114/h maddesinde, hukuki yarar açıkça dava şartları içerisinde sayılmıştır.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 7. maddesi "Görevsizlik, yetkisizlik, dava ön şartlarının yokluğu veya husumet nedeniyle davanın reddine, davanın nakli ve açılmamış sayılmasında ücret başlığını taşımakta; maddenin 2. fıkrasında ise "davanın dinlenebilmesi için kanunlarda öngörülen ön şartın yerine getirilmemiş olması ve husumet nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde, davanın görüldüğü mahkemeye göre tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde yazılı miktarları geçmemek üzere üçüncü kısımda yazılı avukatlık ücretine hükmolunur." Düzenlemesi bulunmaktadır.

Şu hale göre tarifenin açıklanan 7/2. maddesi hükmü gereğince; konusu para veya para ile değerlendirilmesi mümkün bulunan bir şey olan davanın dava şartlarından birinin bulunmaması (noksan olması) nedeniyle usulden reddine ilişkin kararda, vekalet ücreti nispi tarifeye göre takdir edilir; ancak, bu nispi vekalet ücretinin miktarı, maktu vekalet ücretini geçemez.

Bu noktada eldeki davada işin esasına girilerek karar verilip verilmediği hususunun aydınlığa kavuşturulması önem taşımaktadır. Çünkü, mahkemece işin esasına girilip inceleme yapılarak esastan karar verildiğinin anlaşılması durumunda nispi vekalet ücreti verilmesi gerekecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı ile davalı arasında bayilik sözleşmesi düzenlendiği, bu sözleşme kapsamında davalıya ait taşınmaza 25.09.2008 tarihinde 13 yıl 13 gün süre ile davacı yararına intifa hakkı kurulduğu hususlarında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Davacı, eldeki dava ile Rekabet Kurulu'nun 12.03.2009 tarihli genelge ile haksız rekabet kapsamında değerlendirildiğinden anlaşmaları 5 yıl süre ile sınırladığı gerekçesi ile fazla süreye ilişkin önceden yapılan ödemelerin iadesini talep etmiştir.

Mahkemece, taraflar arasında 24.12.2008 tarihinde düzenlenen sözleşmenin 24.12.2013 günü sona ereceği, davanın ise 10.03.2010 tarihinde açıldığı, sözleşmenin dava tarihi itibariyle devam ettiği, sözleşmenin fesih şartlarının gerçekleşmediği, tarafların fesih iradelerini bildirmedikleri, dolayısı ile henüz sözleşme ayakta ve taraflar arasında geçerli iken verilenlerin iadesinin istenemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere mahkemece yapılan bu değerlendirme işin esasına yönelik bir değerlendirme olup, doğrudan dava şartı yokluğu nedeniyle usulden verilmiş bir ret kararı niteliğinde değildir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.02.2013 tarih, 2012/19-721 Esas, 2013/290 Karar sayılı ilamı ile 25.09.2013 Tarih, 2013/19-1298 Esas, 2013/1408 Karar sayılı ilamların da da aynı ilke benimsenmiştir.

Bu durumda, mahkemece verilen karar esastan verilmiş bir ret kararı niteliğinde olduğundan, yargılamada kendisini vekil ile temsil ettirmiş davalı yararına hüküm tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince nispi vekalet ücreti verilmesi gerekir.

Yerel mahkemece hatalı değerlendirme ile dava şartı yokluğundan ret kararı verildiği gerekçesi ile davalı yararına maktu vekalet ücreti verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla; Hukuk Genel Kurulunca 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 6217 Sayılı Kanun'un 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanunun 440. maddesi uyarınca 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 13.11.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

MURİSİN İŞLEMLERİ • PAYLAŞTIRMA NİYETİ

ÖZET: Miras bırakan sağlığında hak dengesini gözeten kabul edilebilir ölçüde tüm mirasçıları kapsayan bir paylaştırma yapmışsa terekeden mal kaçırma kastından söz edilemeyecektir.*

Y.1. HD. E:2005 /4308 K:2005/4887 T:21.04.2005

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali-tescil olmadığı takdirde tenkis isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, isteklerden ilkine hükmedilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişme konusu ...ada ... parseldeki ... nolu bağımsız bölümün 13.04.1976 tarihli akitle dava dışı kişiden ½ şer paylarla ve satın alma yoluyla miras bırakan T. ile davalı D. adına intikalin sağlandığı ve tescil edildiği, daha sonra miras bırakanın anılan taşınmazdaki ½ payının çıplak mülkiyetini 10.11.1977 tarihli akitle ve satış yoluyla davalıya temlik ettiği görülmektedir.

Davacılar, miras bırakan tarafından yapılan ½ pay temlikinin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürüp, eldeki davayı açmışlardır.

Davalı savunmasında, miras bırakanın diğer mirasçılara da başka taşınmazlar temlik ettiğini veya o taşınmazlardan yararlandırdığını savunmuştur.

Nitekim dosyada mevcut miras bırakanın eli ürünü olan birtakım belgelerde, savunmada belirtilen hususlara değinildiği de görülmektedir. Ne var ki, mahkemece savunma üzerinde yeterince durulmamıştır.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türü dür. 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

* Gönderen: Erdoğan Gökçe, Emekli Fatih Hukuk Hakimi

satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni kanunun 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tesbitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini istiyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tesbiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşınmaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Öte yandan miras bırakan sağlığında hak dengesini gözeten kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirascıları kapsar biçimde bir paylaştırma yapmışsa mal kaçırmak kastından söz edilmeyeceğinden olayda 1.4.1974 tarih ½ sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı'nın uygulanamıyacağıda kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca, miras bırakandan tüm mirasçılarına intikal eden taşınır taşınmaz mallar ve haklar araştırılmalı, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgeler mercilerinden getirtilmeli her bir mirasçıya nakledilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınmalı böylece yukarda değinilen anlamda bir paylaştırma kasdının bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Somut olayda, yukarıdaki ilkeler gözetilmek suretiyle savunmada belirtilen hususların taraflardan alınacak bilgelerle kayden araştırılması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile hüküm kurulmuş olması isabetsizdir. Davalının temyiz itirazları yerindedir. Ka-

bulüyle hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA** peşin alınan harcın temyiz edene geri verilmesine, 21.04.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TENKİS ŞARTLARI • TEREKE MEVCUDU • SEÇİM HAKKI

ÖZET: Muvazaaya konu olan payın terekeye iadesiyle tereke mevcudu değişecek olup, tenkis hesabında bu husus dikkate alınmalıdır.

Tenkisten söz edilebilmesi için miras bırakanın sağlığında yaptığı işlem ile saklı payları zedelemiş olması gerekir. Bu zedelemenin tespiti için tereke mevcudunun tümünün bilinmesi gerekir.

Tasarrufa tabi malın sabit tenkis oranında bölünmezliği ortaya çıkarsa yasanın öngördüğü tercih hakkı devreye girecektir.*

Y.1. HD. E:2012/2160 K:2012/5336 T:8.5.2012

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde tenkis talebine ilişkindir.

Dosya içeriği ve toplanan delillere göre; mahkemece, Dairenin bozma kararı doğrultusunda miras bırakanın bizzat temlik ettiği ½ pay yönünden istekle bağlı kalınarak davacıların saklı payları oranında iptal ve tescile karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Davalının temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Davacının temyiz itirazlarına gelince; taşınmazın kalan ½ payının miras bırakan tarafından 3. kişiden satın alınarak bedelinin onun tarafından ödendiği, buna karşın davalı adına tescil edildiği iddiasıyla tenkis isteğinde de bulunulmuş, mahkemece bu istek karşılanmamıştır.

Bilindiği gibi, muvazaaya konu ½ payın terekeye iadesiyle tereke mevcudu da değişecek olup tenkis hesabında bu hususun da gözetilmesi gerektiği açıktır.

Tenkis (indirim) davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme

* Gönderen: Erdoğan Gökçe, Emekli Fatih Hukuk Hakimi

bağlı veya sağlayamaması kazandırmalarının (tebberru) 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 hakların zedelenmiş olmasıdır. Saklı payların zedelendiğinden söz edilebilmesi ise kazandırma konusu terek ile kazandırma (temlik) dışı terekenin tümünün bilinmesiyle 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 terekenin pasifidir. Belirtilen borçların aktiften indirilmesiyle net terek oluşur. Tereke bu şekilde tesbit edildikten sonra mirasın açıldığı tarihteki fiyatlara göre değerlendirilmesi yapılıp parasal olarak miktarının tespiti gerekir. Miras bırakanın Medeni Kanun'un 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 saptanmalıdır. Zira tasarruf oranını aşan her kazandırmada saklı payları zedeleme kastının varlığından söz edilemez.

Mutlak olarak tenkise tabi tasarruflarda (ölüme bağlı tasarruflar veya T. Medeni Kanunu'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 T. Medeni Kanunu'nun 570. Maddesindeki sıralamaya dikkat etmek, davalı mahfuz hisseli mirascılardan ise aynı kanunun 561. maddesinde yer alan mahfuz hisseden fazla olarak alınanla sorumluluk ilkesini gözetmek, dava konusu olup olmadığına bakılmayarak önce ölüme bağlı tasarruflarla 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 (TMK.564) araştırılmalıdır. Bu araştırma sonunda tasarrufa konu mal sabit tenkis oranında bölünebilirse, bu kısımlar bağımsız bölüm halinde taraflar adına tescil edilmelidir.

Tasarrufa konu malın sabit tenkis oranında bölünmezliği ortaya çıktığı takdirde söz geçen 564.maddedeki tercih hakkı gündeme gelecektir. Böyle bir durum ortaya çıkmadan davalının tercih hakkı doğmayacağından, davalının tercihini kullanması söz konusu olamaz. Daha önce bir tercihten söz edilmişse sonuç doğurmaz. O zaman davalıdan tercihi sorulmalı 11.11.1994 günlü 4/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı uyarınca süratle dava konusu olup sabit tenkis oranına göre bölünemeyen malın tercih hakkının kullanıldığı gündeki fiyatlara göre değer .belirlenmeli ve bu değerin sabit tenkis oranıyla çarpımından ulunacak NAKTİN ödetilmesi karar verilmelidir.

Hal böyle olunca, yukarıdaki esaslar doğrultusunda araştırma ve değerlendirme yapılmalı gizli bağışa konu ½ pay yönünden hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, tenkis Konusunda olumlu veya olumsuz hiçbir karar verilmemesi doğru değildir.

Davacıların, temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 Sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.madde gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 08.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI
•
TARAFLARIN KUSURU

ÖZET: 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.

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 bozulmasına, 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

BOŞANMA DAVACISININ KUSURU
•
KADIN KUSURLU İSE KOCANIN DA DAVA AÇABİLECEĞİ

ÖZET: Tarafların karşılıklı olarak darp ve hakaretlerde bulundukları, birlik görevlerini yerine getirmedikleri, davalı-davacı kocanın hastalanan eşiyle ilgilenmediği, ailesinin eşine yönelik baskılarına sessiz kaldığı, davacı-davalı kadının da güven sarsıcı davranışta bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu olaylar karşısında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacı-davalı kadının da kusurlu bulunduğu anlaşıldığından, davalı-davacı koca da boşanma davası açmakta haklıdır.

Y.2. HD. E:2012/12440 K:2012/21137 T:13.09.2012

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı-davacı kocanın ziynet ve çeyiz eşyası davasına yönelik temyiz itirazları yersizdir.

2-Davalı-davacı kocanın boşanma davalarına yönelik temyizinin incelenmesine gelince;

Toplanan delillerden, Tarafların karşılıklı olarak darp ve hakaretlerde bulundukları, birlik görevlerini yerine getirmedikleri, davalı-davacı kocanın hastalanan eşiyle ilgilenmediği, ailesinin eşine yönelik baskılarına sessiz kaldığı, davacı-davalı kadının da güven sarsıcı davranışta bulun-

duğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu olaylar karşısında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacı-davalı kadının da kusurlu bulunduğu anlaşıldığından, davalı-davacı koca da boşanma davası açmakta haklıdır. Davalı davacı kocanın boşanma davasının da kabulüyle boşanmaya karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple bozulmasına, bozma sebebine göre de davalı-davacı kocanın kadının boşanma davası ile kadın lehine hükmolunan tazminatlara yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, hükmün ziynetler ve çeyiz eşyalarına yönelik temyizin ise yukarıda 1.bentte gösterilen sebeple onanmasına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.13.09.2012

YOKSULLUK NAFAKASI

ÖZET: Davalı-davacı kadının üniversite mezunu olduğu, bir yabancı dil bildiği, boşanma davası sırasında prime esas aylık kazancı 4.500 TL olan bir işte çalışmakta iken, 2011 yılı Haziran ayında işten ayrıldığı, dosyaya sunulan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hizmet döküm cetvelinden anlaşılmaktadır. Davalı-davacı kadın, zorunlu sebeple işinden ayrılmak zorunda kaldığını bildirmiştir. Çalıştığı işyerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan sorulup tespit edilmesi ve işyerinden kendi isteğiyle mi, yoksa işverenin iş akdini tek taraflı olarak feshetmesi sonucu mu ayrıldığının işyerinden araştırılması ve hasıl olacak sonucuna göre, yoksulluk nafakası takdirinin gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.

Y.2. HD. E:2012/24151 K:2013/21700 T:24.09.2013

Taraflar arasındaki "boşanma" davası ile "aile konutunun tahsisi" davasının ve davalı-davacı tarafından bağımsız olarak açılan "aile konutunun kendisine tahsisi ve nafakanın artırılması" davasının birleştirilerek yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 24.09.2013 günü duruşmalı temyiz eden davalı-karşı davacı E.K. ile vekili Av. E. ve karşı taraf temyiz eden davacı-karşı davalı Ö. Ö. ile vekili Av. T. geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve özellikle davacının aile konutu şerhinin kaldırılmasına davalı-davacı (kadın)'ın da mal rejiminin tasfiyesine ilişkin harcı verilerek usulüne uygun açılmış bir dava veya karşı davalarının bulunmamasına göre, davalı –davacı (kadın)'ın tüm, davacı-davalı (koca)nın ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Davalı-davacı kadının üniversite mezunu olduğu, bir yabancı dil bil-

diği, boşanma davası sırasında prime esas aylık kazancı 4.500 TL olan bir işte çalışmakta iken, 2011 yılı Haziran ayında işten ayrıldığı, dosyaya sunulan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hizmet döküm cetvelinden anlaşılmaktadır. Davalı-davacı kadın, zorunlu sebeple işinden ayrılmak zorunda kaldığını bildirmiştir. Çalıştığı işyerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan sorulup tespit edilmesi ve işyerinden kendi isteğiyle mi, yoksa işverenin iş akdini tek taraflı olarak feshetmesi sonucu mu ayrıldığının işyerinden araştırılması ve hasıl olacak sonucuna göre, yoksulluk nafakası takdirinin gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA,** duruşma için taktir olunan 990 TL. vekalet ücretinin E'den alınıp Ö.'ye verilmesine, aşağıda yazılı temyiz ilam harcının temyiz eden E.'ye yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna 103.50 TL temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının yatıran Ö.'ye geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 24.09.2013

BOŞANMA DAVASINDA TAZMİNAT

ÖZET: Tarafların eşit kusurlu sayılmaları durumunda maddi ve manevi tazminat takdir olunması yanlıştır.

Y.2. HD. E.2014/3950 K.2014/5414 T.11.03.2014

Taraflar arasındaki "boşanma" davalarının birleştirilerek yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm; davalı-davacı (koca) tarafından, kusur belirlemesi ve kadın lehine hükmedilen maddi ve manevi tazminat yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Mahkemece, bozmaya uyulmuştur. Uyulan bozma kararında tespit edilen olaylara göre boşanmada tarafların eşit kusurlu sayılmaları gerekirken, kocanın daha ağır kusurlu kabul edilmesi ve buna bağlı olarak diğer taraf yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi 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 oybirliğiyle karar verildi. (11.03.2014 Salı)

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

BİLİRKİŞİ RAPORU • ÇELİŞKİLİ RAPORLAR • İZLENECEK YOL

ÖZET: Verilen raporlar çelişkili ise, bilirkişiden açıklama veya ek rapor istenecek; ya da yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınacaktır.*

Y.3. HD. E:2013/8744 K:2013/10230 T:17.06.2013

HUMK'un 275. ve devamı maddelerinde "bilirkişilik" müessesesi düzenlenmiş olup, anılan maddede mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği düzenlendikten sonra 286. maddede de bilirkişinin oy ve görüşünün hakimi bağlamayacağı düzenlenmiş ise de işin çözümünde teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığına göre verilen raporlar çelişkili ise mahkeme HUMK'un 283. maddesi hükmüne dayalı olarak yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak yeni bir rapor alabilir.

Aynı ilkeler 6100 sayılı HMK beşinci bölümünde "bilirkişi incelemesi" ismi altında ve 266-287. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Bu durumda mahkemece önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak üç kişilik uzman bilirkişi kurulu marifeti ile alınan iki rapordaki çelişkileri de giderecek biçimde rapor alınarak davanın sonuçlandırılması gerekirken, birbiriyle çelişen raporlardan ikincisine itibar edilerek yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

* Gönderen: Coşkun Gündüz, İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

ZİYNET EŞYASININ İADESİ • UYGULANACAK İLKELER

ÖZET: Ziynet eşyasının kadının üstünde olması ya da evde saklanması hayat deneylerine göre olağan olup, Yargıtay uygulaması da aynı doğrultudadır. Ancak, evden ayrılma kastı olmayan ve babasının hastalığı sebebiyle evden birkaç günlüğüne ayrılan kadının üzerinde ziynet eşyası bulunduğu kabul edilemez. *

Y.3. HD. E:2013/10922 K:2013/14103 T:08.10.2013

Davacı vekili dilekçesi ile; tarafların, evlendikten sonra, davalının babasına ait eve yerleştiklerini ve davalının ailesi ile birlikte yaşadıklarını; bir süre sonra sorunların baş gösterdiğini ve bu sorunların zaman içerisinde buyüdüğünü; en sonunda, müvekkilinin, davalının babası tarafından getirilip baba evine bırakıldığını; ansızın baba evine getirilip bırakıldığı için çeyiz eşyalarını ve özellikle altın takılarını yanına alamadığını, davalı tarafta kaldığını; daha sonra da açılan boşanma davası sonucunda tarafların boşandığını iddia ederek; çeyiz listesinde belirtilen tüm eşyaların ve tüm altın takıların davalıdan aynen alınarak davacıya verilmesine, bu mümkün olmadığında bedellerinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; bir sorun olmadan davacının baba evine gittiğini, gezmeye giden davacıdan müvekkili davalının altınları almasının söz konusu olamayacağını; eşyalara gelince bir sandık çeyiz eşyası bir kaç tane de elbisesinin olduğunun doğru olduğunu; eşyaların ve altınların hiç bir öneminin bulunmadığını, ziynetlerin davacı kadın tarafından götürüldüğünü savunarak; davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; …. Evlilik sırasında kadına takılan ziynet eşyaları ona bağışlanmış sayılır ve BK'nın 244. maddesi gereğince bağışlamadan rücunun şartları oluşmadıkça kadına iadesi gerekir. Genel yaşam deneylerine göre, ziynet eşyalarını kadının üzerinde taşıyacağı veya kadın tarafından saklanmış olacağıdır. Bu tür eşyalar rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen eşyalardandır. Davamızda davacı, dava konusu ziynet eşyalarının, evden ayrılırken davalılarda kaldığını iddia etmiş ise de; davacının bunları evden ayrılırken götürme fırsatı bulamadığını, ziynetleri götürmesine engel olunduğunu veya zorla elinden alındığına karine teşkil edecek bir delil

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

sunulamadığı anlaşılmaktadır. gerekçesiyle" davanın kısmen kabulü ile dava konusu ziynet eşyaları yönünden davanın sübut bulmadığından reddine; dava konusu diğer eşyalar yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından sürsinde temyiz edilmiştir.

Dava; çeyiz ve ziynet eşyası istemine ilişkindir.

Yargılama sırasında dinlenen tanıkların "davacının, babasının hasta olması nedeniyle, onu ziyaret için, kayınpederi tarafından birkaç gün kalması amacıyla baba evine bırakıldığını, üzerinde alyansından başka, altın bulunmadığını, sadece üzerindeki kıyafetle geldiğini, bir daha da geri götürülmediğini ve daha sonra tarafların boşandıklarını" beyan ettikleri görülmüştür.

Davalı tanığı olarak dinlenen, davalının babası ise beyanında; "Oğlum İstanbul'da iken annesine telefon etmiş, gelinin babası rahatsız onu babası gile götürün demiş, ben de bunun üzerine gelinime 2-3 gün kalırsın üstünü başını al dedim, ben arabaya geçtim çalıştırdım, yarım saat kadar gelmedi, sonrasında elinde bir çanta ile geldi, babasının evine bıraktım, sonrasında gelin bir daha geri gelmedi. Takıları ne varsa üzerindeydi, gezmeye gitmişti, bana göre herhangi bir art niyeti yoktu, düğünde gelinime ne takıldığını şu an hatırlamıyorum, yine çeyiz eşyası olarak ne getirdi bilemem" dediği anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına ve hayat deneylerine göre olağan olanın ziynet eşyalarının kadının üzerinde olması ya da evde saklanması, muhafaza edilmesidir. Bu karinenin aksi ise, davacı tarafça; somut delillere dayalı olarak her zaman ispatlanabilir. Her ne kadar, mahkemece, dava konusu ziynet eşyalarının, evden ayrılırken götürme fırsatı bulamadığını veya zorla elinden alındığını davacı ispat edememiştir, gerekçesiyle, ziynet eşyalarıyla ilgili talebi reddetmiş ise de; dosya içerisinde bulunan boşanma kararı gerekçesinde belirtilen hususlar ve yukarıda açıklanan tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde; davacının, babasının hastalığı nedeniyle, hasta ziyareti için bir kaç günlüğüne evden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Hayatın olağan akışında, hasta ziyaretine giden birinin ziynet eşyalarını takarak gitmesi olağan olan bir durum olarak kabul göremez. Davacının evden ayrılma kastının olmadığı da kayınpederinin tanık beyanlarında ifade edilmiştir. O halde, mahkemece; ziynet eşyalarını, kadının baba evine götürmediği, ziynetlerin kocada kaldığının kabulü gerekir.

Mahkemece, yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davacının ziynet eşyası davasının reddine ilişkin hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince bozulmasına ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 08.10.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KAÇAK ELEKTRİK KULLANIMINDAN DOĞAN TAZMİNAT • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Davaya konu alacağın abone sözleşmesinden değil, kaçak elektrik kullanımından kaynaklandığı gözetildiğinde gecikme zammı isteme hakkı bulunmayan davacı tarafın kaçak elektrik bedelini zamanında ödenmemesi nedeniyle gecikme zammı olarak istediği bedelin Borçlar Kanunu'nun 101. (TBK 117) maddesi hükmünde belirtilen gecikme (temerrüt) faizi olduğu kabul edilerek gecikme nedeniyle istenebilecek bedelin buna göre belirlenmesi gerekir. Taraflar arasında perakende satış sözleşmesi bulunmadığından, Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 24/3. maddesi esas alınarak hesaplama yapılamaz.

Haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacaklarında hükmedilecek miktarın belirlenmesi Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi hükmüne göre hakimin takdirinde olduğundan öğreti ve uygulamada bu tür alacakların likit ve muayyen olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, davacının icra inkar tazminatına ilişkin isteminin reddine karar verilmesi gerekir.*

Y.3. HD. E:2013/15077 K:2013/17765 T:12.12.2013

Taraflar arasında görülen itirazın iptali davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

* Gönderen: Mustafa Ay, G.O.Polo2 Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı, davalının ticarethanede abone olmadan kaçak elektrik kullandığının tespit edildiğini, tahakkuk ettirilen bedelinin tahsili için başlatılan takibe davalının haksız olarak itiraz ettiğini öne sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulü ile takibin 52.166.17 TL asıl alacak, 5.390.50 TL gecikme zammı, 970.28 TL gecikme zammının KDV si olmak üzere toplam 58.526.96 TL üzerinden devamına, asıl alacağın %40'ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, taraflar temyiz etmişlerdir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalının sair temyiz itirazları yerinde değildir.

HMK 266. maddesi hükmüne göre, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi oy ve görünüşünün alınması zorunludur. Genel hayat tecrübesi ve kültürünün sonucu olarak herkes gibi hakimin de bildiği konularda bilirkişi dinlenmesine karar verilemeyeceği gibi, hakimlik mesleğinin gereği olarak hakimin hukuki bilgisi ile çözümleyebileceği konularda da bilirkişi dinlenemez. Her halde seçilecek bilirkişinin mesleği itibarıyla konunun uzmanı olması gerekir.

Ayrıca, İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesi hükmüne göre itirazın iptaline karar verilmesi halinde alacaklı taraf yararına icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için alacaklı tarafın haklılığının tespit edilmiş olması yeterli olmayıp alacağın da likit ve muayyen, bir başka deyişle taraflarca önceden belirlenmiş veya basit bir işlemle hesplanabilecek nitelikte olması, miktarının belirlenebilmesi için yargılamanın gerekmemesi zorunludur.

Öte yandan, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na göre haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacaklarına işletilecek faiz anılan verginin matrahına dahil olmadığından, haksız fiilden ve kaçak elektrik kullanmadan kaynaklanan alacakların geç ödenmesi nedeniyle işlemiş hesaplanırken faize KDV eklenerek alacak hesabı yapılamaz.

Somut olaya gelince; davacı görevlileri tarafından düzenlenen 13.06.2008 tarihli kaçak elektrik tespit tutanağında, davalının abone olmaksızın kuru-

ma kayıtsız ve mühürsüz sayaçtan kaçak elektrik kullandığı tespit edilmiştir. Bu tutanağa istinaden kaçak elektrik tahakkuku yapılmıştır. Mahkemece yargılama sırasında bilgisine başvurulan hukukçu bilirkişinin raporu benimsenerek karar verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 24/3. maddesi esas alınarak ve gecikme faizine KDV eklenerek hesaplama yapıldığı belirtilmiştir. Raporu düzenleyen bilirkişinin kaçak elektrik tüketim bedeli hesabı konusunda uzman olmadığı bu nedenle bilirkişi olarak dinlenemeyeceği kuşkusuzdur. Uzman bilirkişi tarafından, davalının ödemesi gereken kaçak elektrik bedelinin denetime elverişli bir şekilde hesaplanması gerekir.

Davaya konu alacağın abone sözleşmesinden değil, kaçak elektrik kullanımından kaynaklandığı gözetildiğinde gecikme zammı isteme hakkı bulunmayan davacı tarafın kaçak elektrik bedelini zamanında ödenmemesi nedeniyle gecikme zammı olarak istediği bedelin Borçlar Kanunu'nun 101. (TBK 117) maddesi hükmünde belirtilen gecikme (temerrüt) faizi olduğu kabul edilerek gecikme nedeniyle istenebilecek bedelin buna göre belirlenmesi gerekir. Taraflar arasında perakende satış sözleşmesi bulunmadığından, Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 24/3. maddesi esas alınarak hesaplama yapılamaz.

Haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacaklarında hükmedilecek miktarın belirlenmesi Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi hükmüne göre hakimin takdirinde olduğundan öğreti ve uygulamada bu tür alacakların likit ve muayyen olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, davacının icra inkar tazminatına ilişkin isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak, mahkemece dava dosyasının kaçak elektrik hesabı konusunda uzman olan mühendislerden oluşturulacak üç kişilik uzman bilirkişi kuruluna verilmesi, bilirkişi heyetinden davacının tahsilini istemekte haklı olduğu asıl alacak ve KDV eklenmeksizin işlemiş faiz miktarının hesaplatılması konusunda denetime elverişli bir rapor alınması, daha sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, konusunda uzman olmayan bilirkişiden alınan rapor doğrultusunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 12.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

KİŞİLİK HAKLARI • AKTİF HUSUMET

ÖZET: Yerel mahkemece, davacının mensubu olduğu siyasi partinin Anayasa değişikliği teklifini meclise sunması, yasalaşma sürecinde halkı "evet" oyu kullanmaya davet eden kampanyalar yürütmesi, açık hava toplantıları, radyo ve televizyon konuşmaları yapmaları bu itibarla davacının da "evet" oyu kullanacağının aşikar olması sebebiyle matufiyet unsurunun bulunduğunu kabul ederek, davalı tarafından söylenen "Gaflet, delalet, hıyanet içinde olmak ve cehalet" sözlerinin eleştiri sınırlarını aşıp davacıyı aşağılayan, kişilik hakkını zedeleyen, halkın gözünde küçük düşmesini sağlayan sözler şeklinde olduğundan davayı kısmen kabul etmiştir.

Y.4. HD. E:2012/1135 K:2013/2153 T:12.02.2013

Davacı S.A. vekili tarafından, davalı T.Ç. aleyhine18.01.2011 gününde verilen dilekçeyle kişilik hakkına saldırı sebebiyle tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 4.10.2011 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi taraflar vekillerince süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan raporla dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

Karar: 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava, kişilik hakkına saldırı sebebiyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş, kararı taraflar temyiz etmişlerdir.

Davacı iktidar partisi milletvekili olduğunu, üyesi bulunduğu partinin Anayasa değişikliği önerisini meclise sunduğunu, teklifin yasalaşma sürecinde ve sonraki "halk oylaması" aşamasında halkı "evet" oyu kullanmaya davet eden çalışmalar yaptığını halk oylamasında "evet"oyunun daha fazla çıkması sebebiyle bu halk oylamasından sonra, Atatürkçü Düşünce Derneği Genel Başkanı olan davalının 18.9.2010 tarihinde Hatay'da düzenlenen "Türkiye Nereye Gidiyor" konulu panelde ve buradaki konuşmaların tartışıldığı 20.09.2010 tarihli H. adlı televizyonda yayınlanan "Söz Sende" adlı programdaki konuşmalarıyla kendisi gibi "evet" oyu kullanan kesimi gaflet, dalalet, hıyanet ve cahillikle itham ettiğini ve kişilik hakkına saldırıldığını belirterek manevi tazminat istemiştir.

Davalı taraf, sözlerin davacıya yönelik olmadığını, davacının "evet" oyu kullanıp kullanmadığını bilmesinin gerekmediğini, bu sebeple sözlerin davacıya yönelik olmadığını, tahkir amaçlı olmayan sözlerin, bilinçli olarak oy verenler dışında kalan kimselere yönelik olmadığını, tahkir amaclı olmayan sözlerin, bilinçli olarak oy verenler dışında kalan kimselere yönelik olarak kullandığını, oyunu bilinçsiz olarak kullananların hatasının vurgulandığını, kaldı ki, siyasi kişilerin eleştiri sınırının geniş olduğunu, sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını sözlerin hakaretle ilgisi olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece, davacının mensubu olduğu siyasi partinin Anayasa değişikliği teklifini meclise sunması, yasalaşma sürecinde halkı "evet" oyu kullanmaya davet eden kampanyalar yürütmesi, açık hava toplantıları, radio ve televizyon konuşmaları yapmaları bu itibarla davacının da "evet" oyu kullanacağının aşikar olması sebebiyle matufiyet unsurunun bulunduğunu kabul ederek, davalı tarafından söylenen "Gaflet, delalet, hıyanet içinde olmak ve cehalet" sözlerinin eleştiri sınırlarını aşıp davacıyı aşağılayan, kişilik hakkını zedeleyen, halkın gözönünde küçük düşmesini sağlayan sözler şeklinde olduğundan davayı kısmen kabul etmiştir.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmelidir. Kişide oluşan manevi zararın giderilmesi bakımından hakimin olayın özelliklerine, fail ve mağdurun durumlarına, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmenin niteliğine göre manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine veya BK 49/3. maddesi gereğince tazminat yerine diğer bir tazmin yoluna başvurması mümkündür. Bahsedilen madde gereği diğer tazmin yöntemleri konusunda örnekseme yapılarak haksız saldırının kınanması ve kınama kararıyla birlikte bu kararın basın yoluyla ilan edilmesi yöntemlerine değinilmişse de bu yöntemler sınırlı olmayıp hakimin takdirine bırakılmıştır. Bu bağlamda özer beyanı, isnadın geri alınması vb.

Bir tazmin şeklinin benimsenmesi de düşünülebilir. (4. HD. 14.11.1996, 8472/11191) Somut olayda, tarafların sıfatı, sarfedilen sözlerin niteliği, sözlerin söylendiği ortam, hedef alınan kitle ve potansiyel etkisiyle sözlerde davacı tarafın tek olarak hedef alınmayıp bir topluluğun içinde yer aldığı hususları dikkate alındığında tazminat yaptırımı yerine BK 49/3. Maddesinde bahsedilen diğer yaptırımlardan olan tecavüzün kınanmasına dair kararla yetinilmesi gerekirken tazminat yaptırımı yerine BK 49/3. Maddesinde bahsedilen diğer yaptırımlardan olan tecavüzün kınanmasına dair kararla yetinilmesi gerekirken tazminat yaptırımına başvurulması usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarda (2) numaralı bentte gösterilen sebeplerle davalı yararına **BOZULMASINA,** davalının diğer temyiz itirazlarının yukarda (1) numaralı bentte gösterilen sebeplerle reddine, bozma nedenine göre davacının temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davalıdan peşin harcın istenmesi halinde iadesine, 12.02.2013 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dava, davalının 18 Eylül 2010 tarihinde Atatürkçü Düşünce Derneği Hatay Şubesi tarafından düzenlenen "Türkiye Nereye Gidiyor" konulu panelde ve 20 Eylül 2010 tarihinde H. Televizyonunda yayınlanan "S.S." programında yaptığı konuşmalarla davacının kişilik hakkına saldırıda bulunduğu iddiasıyla manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davaya konu beyanların geçtiği panelde ve yayında davalı, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliklerine dair kanunların hakoyuna sunulması sonucundaki "evet" ve "hayır" oylarının değerlendirilmesi bağlamında bazı sözler sarf etmiş ve nitelendirmelerde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi manevi tazminat talebini kısmen kabul etmiştir. Dairemizin sayın çoğunluğunca, tazminat yaptırımı yerine BK 49/3. maddesinde sözü edilen diğer yaptırımlardan tecavüzün kınanmasına dair kararla yetinilmesi gerekirken tazminat yaptırımı yoluna gidilmesi usul ve yasaya aykırı bulunarak yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Bilindiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 67/2 maddesi uyarınca seçimler ve halk oylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Panelde vet v programında davacının yanı sıra herhangi bir parti yöneticisi ya da milletvekilinin isminin geçmediği nazara alındığında salt "evet" oyu kullanılması için kampanyalar düzenleyen partinin milletvekili olmak matufiyet unsurunun gerçekleşmesi için yeterli değildir. Kaldı ki kimin "evet" kimin "hayır" oyu kullandığının "gizli oy" ilkesi sebebiyle belirlenmesi de mümkün değildir.

Bu itibarla; matufiyet unsuru gerçekleşmediğinden davanın reddedilmesi görüş ve kanaatinde olmamız nedeniyle, ilk derece mahkemesi kararının bu yönden bozulması gerektiğini düşündüğümüzden, Dairemiz değerli çoğunluğunun farklı sebebe dayalı bozma kararına katılmıyoruz.

MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: 4787 sayılı Aile Mahkemesi'nin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4/1. maddesi gereğince, Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından doğan dava ve işlere aile mahkemesinde bakılır. Somut olayda Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabı içerisinde yer alan 369. maddesinin ve aile başkanının sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğinden davaya aile mahkemesinde bakılması gerekir.

Y.4. HD. E.2012/11155 K.2013/11143 T.11.06.2013

Davacı Z. vasisi G. vekili Avukat M.T. tarafından, davalı İ. ve diğerleri aleyhine 20.05.2011 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 27.12.2011 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davalı A.tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Karar: Dava, adam öldürme suçundan kaynaklanan maenvi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş, kararı davalılardan A. temyiz etmiştir.

Davacı, davalılardan İ. ve Ö.un reşit olmayan çocuğu T. ile davalılardan A. ve S.'nin reşit olmayan çocuğu V.'ın olay tarihinde birlikte hareket ederek çocuğu olan S.'ı kasten öldürmeleri nedeniyle adı geçenlerin anne ve babalar aleyhine manevi tazminat davası açmıştır.

4787 sayılı Aile Mahkemesi'nin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4/1. maddesi gereğince, Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabından doğan dava ve işlere aile mahkemesinde bakılır. Somut olayda Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabı içerisinde yer alan 369. maddesinin ve aile başkanının sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğinden davaya aile mahkemesinde bakılması gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek mahkemenin görevsizliğine karar vermek gerekirken işin esasına girilmesi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davalı A. yararına **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 11.06.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

KONUSU BELLİ BİR DEĞER OLAN DAVA • KARAR HARCI

ÖZET: Konusu belli bir değerle ilgili olan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde, hüküm altına alınan değere göre nisbi harç alınır. Davanın reddi halinde ise maktu harç alınır.

Y.4. HD. E:2013/11209 K:2013/17647 T:13.11.2013

KARAR

Dava, trafik kazasından kaynaklanan ölüm nedeniyle uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

Mahkemece, temyiz harcının tamamlanması için davacılar vekiline ihtarname gönderilmiş, 05.04.2012 günlü ek karar ile; eksik kalan temyiz harç ve giderlerin tamamlanmadığı gerekçesiyle temyiz talebinin reddine ve kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilmiştir. Ek karar süresinde davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun eki 1 nolu tarifenin 3. bendinde karar ve ilam harcı düzenlenmiştir. Konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden nisbi olarak karar ve ilam harcı alınır. Davanın reddi halinde karar ve ilam harcı maktudur. Nispi Harca tabi kararların temyizinde, mahkemece alınmasına karar verilen Nispi Karar ve ilam harcının 1/4ünün maktu harca tabi olanlarda ise tamamının peşin alınması gerekir.

Yargılama harç ve giderleri kural olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilir. İki tarafında kısmen haklı çıkması halinde yargılama giderlerinin taraflar arasında paylaştırılacağına ilişkin hüküm, yargılama harçları için uygulanmaz. Çünkü harç zaten haksız çıkılan oranda hükmedilir. Yani mahkum edilen miktara göre verilir. Bu nedenle davacılar red edilen kısmı temyize getirdiklerinden maktu harç yatırmaları doğru bulunmuş,

Mahkemenin temyiz isteminin reddine ilişkin 05.04.2012 günlü ek kararı kaldırılarak temyiz incelemesine geçilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre tarafların yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddine.

SONUÇ

Mahkemenin temyiz edilmemiş sayılması yönündeki 05.04.2012 gün 2010/228 esas, 2012/6 sayılı ek kararının kaldırılarak, tarafların temyiz itirazlarının yukarıda gösterilen nedenlerle reddiyle hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı onama harcının 24.30 TL. sinin davacılara, 6.900.00 TL'sininde davalıya yükletilmesine, peşin alınan harçların bundan mahsubuna, 13.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HÜKÜMLE SANIK VASİ TAYİNİ

ÖZET: Vekaletname verilmezse mahkeme ilamı vasiye "kanuni süre içinde vasinin mahkeme hükmünü ayrıca temyiz edebileceği, bu süre içinde temyiz hakkını kullanmadığı takdirde yetkisiz vekil tarafından yapılmış olan temyize icazet (muvafakat) vermiş sayılacağı; temyize icazet (muvafakat) vermiyorsa bunu açıkça bildirmesi gerektiği" şerhini ihtiva eden bir tebligatla tebliğ olunmalı ve sonucuna göre işlem yapılmalıdır.*

Y.4. HD.E:2013/5026 K:2014/4021 T:10.03.2014

Davacı Tunceli Orman İşletme Müdürlüğü tarafından, davalı M.Y. aleyhine 19.03.2008 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 17.01.2013 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalıya gerekçeli karar 04.02.2013 tarihinde Elazığ E Tipi Kapalı Cezaevinde "hükümlü" olarak bulunduğu belirtilerek tebliğ edilmiş, karar

* Gönderen: Av. İnan YILMAZ, Tunceli Barosu

05.07.2007 tarihli vekaletnameye istinaden davalı vekili İ.Y. tarafından temyiz harcı yatırılarak temyiz edilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 35 ve 397. maddeleri hükümlerine göre, aksi sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça vekalet gerek vekilin gerekse müvekkilin ehliyetinin ortadan kalkması ile son bulur. Böylece davalı M.Y. vekilinin, ceza kararının kesinleşmesinden itibaren davalı yasal kısıtlıyı temsil yetkisi kalmamıştır. Bu nedenle davalı yasal kısıtlıya Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca bir vasi tayin edilip edilmediği araştırılmalı, şayet bu işlemler yapılmamışsa ve hükümlü şartla salıverilmiş olsa bile bi'hakkın tahliye tarihi gelmemişse öncelikle bunlar tamamlattırılmalı ve sonra kararı temyiz eden avukatın vasiden alacağı vekaletnameyi ibraz etmesi istenilmelidir. Vekaletname verilmezse mahkeme ilamı vasiye "kanuni süre içinde vasinin mahkeme hükmünü ayrıca temyiz edebileceği, bu süre içinde temyiz hakkını kullanmadığı takdirde yetkisiz vekil tarafından yapılmış olan temyize icazet (muvafakat) vermiş sayılacağı; temyize icazet (muvafakat) vermiyorsa bunu açıkça bildirmesi gerektiği" şerhini ihtiva eden bir tebligatla tebliğ olunmalı ve sonucuna göre işlem yapılmalıdır.

SONUÇ

Dosyanın gösterilen nedenle **GERİ ÇEVRİLMESİNE** 10.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

KAT MÜLKİYETİ • KAMULAŞTIRMA ESASLARI

ÖZET: Arsasıyla birlikte kamulaştırılan binanın her bağımsız bölümünün değeri ayrı ayrı takdir olunacak, ortak yerleri de içerir şekilde tüm yapının değeri tespit edilecek ve arsa payına göre bağımsız bölümün karşılığı tespit edilecektir.*

Y.5. HD. E:2013/5888 K:2013/11274 T:30.05.2013

Dava, 4650 Sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Arsa niteliğindeki taşınmaza emsal karşılaştırması yapılarak zeminin metrekare birim fiyatının belirlenmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

1) 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 46. maddesinin son fıkrası (ana gayrimenkulün arsası ile birlikte kamulaştırılması halinde her bağımsız bölümün kamulaştırma bedeli bağlantılı bulunduğu arsa payı ile eklentileri de göz önünde tutularak ayrı ayrı takdir olunacağı) hükmünü koymuştur. Böyle olunca ana yapının arsasına 2942 Sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendi göz önünde tutularak kamulaştırma gününden önce özel amacı olmayan emsal satışlara göre, üzerindeki yapılara aynı maddenin (h) bendi gereğince değerlendirme tarihindeki resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesapları gösterilip yıpranma payı düşülmek suretiyle ve ayrıca (i) bendi hükmü uyarınca bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüler de dikkate alınarak kamulaştırma karşılığının yasal biçimde belirlenmesi gerekir. Buna göre yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda arsa değeri ve tüm yapının (ortak yerleri içerir biçimde) değeri hesaplandıktan sonra arsa payına düşen miktarına göre bağımsız bölümün karşılığı tesbit edilir. Şayet o bağımsız bölüm yapısında değeri etkileyecek özellik ve nitelikte ekstra ilaveler varsa bunlar da göz önünde tutulmak gerekir.

* Gönderen: Coşkun Gündüz, İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Yukarıda açıklanan esaslar dairesinde değer biçilmesi için bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yetersiz rapora itiar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

2) Yapı değeri tespit edilirken Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın değerlendirme yılına ait Yapı Yaklaşık Birim Maliyet Fiyatlarına göre bulunan m2 bedellerinin bir sonraki yıl m2 birim fiyatlarını geçmeyecek şekilde değerlendirme tarihine eskale edilmesi gerekir ise de; dava konusu 5. sınıf D grubu niteliğindeki yapının 2012 yılı için belirlenen birim fiyatının, 2011 yılından daha düşük olması nedeniyle yapı değerleri eskale edilmeden hüküm kurulması gerektiği düşünülmeden fazla beadle hükmedilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davacı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA • FAİZ KURALI

ÖZET: Davanın dört ay içinde bitirilmemesi halinde tespit edilen bedele süre bitimi tarihinden itibaren faiz işletilmelidir.*

Y.5. HD. E:2013/9279 K:2013/12554 T:17.06.2013

Dosyada bulunan kanıt ve belgelere, Yargıtay kararında yazılı gerekçelere göre davacı idare vekilinin sair karar düzeltme isteği HUMK.un 440. maddesinde yazılı nedenlere uymadığından yerinde değildir. Ancak;

6459 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinin 8. Fıkrasının sonuna "Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılamaması halinde, tespit edilen beadle bu sürenin bitimi tarihinden itibaren kanuni faiz işletilir." Hükmü eklenmiş olduğundan,

Gerekçeli kararın hüküm fıkrasının 1.bendinin sonuna (bu beadle 06.02.2011 tarihinden karar tarihi olan 06.10.2011 gününe kadar yasal faiz işletilmesine) ibaresinin eklenmesine,

20 Gönderen: Coşkun Gündüz, İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Hükmün böylece **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** davacıdan peşin alınan temyiz ve karar düzeltme harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 17.06.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA • DEĞER TESPİTİ KURALLARI

ÖZET: Binaya yıpranma payı düşülerek değer biçilmesi doğru yıl içinde belirlenen bedelin sonraki yılın bedelini aşmaması ve binanın yıpranma yaşının doğru tespiti gerekir.*

Y.5. HD. E:2013/7782 K:2013/13183 T:20.06.2013

Dava, 4650 Sayılı Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10.madesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Kamulaştırılan taşınmaz mal ile emsalin üstün ve eksik yönleri belirlenip kıyaslaması yapılarak zeminine; binaya ise resmi birim fiyatları esas alınıp, yıpranma payı da düşülerek değer biçilmesi yöntem olarak doğrudur. Ancak,

1) Yapıların değeri tespit edilirken Çevre ve Şehircilik Bakanlığının değerlendirme yılına ait Yapı Yaklaşık Birim Maliyet Fiyatlarına göre bulunan m2 bedellerinin bir sonraki yıl m2 birim fiyatlarını geçmeyecek şekilde değerlendirme tarihine eskale edilmesi gerekir ise de; dava konusu binanın özelliklerine uygun olan yapı sınıfının 2012 yılı için belirlenen 475.00 TL birim fiyatının, 2011 yılından daha düşük olması nedeniyle bina değeri eskale edilmeden hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde fazla bedele hükmedilmesi,

2) Dava konusu taşınmaza ait emlak beyannamesinde inşaatın bitim tarihinin 01.01.1970 yılı olup, değerlendirme tarihi itibari ile yaşı dikkate alındığında %50 yerine %60 yıpranma oranının indirilerek eksik bedel tespiti,

3) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine 6459 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile eklenen hüküm uyarınca dava dört aylık süre içinde

* Gönderen: Coşkun Gündüz İstanbul 3.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

sonuçlandırılamadığından tespit edilen bedele bu sürenin bitimi tarihi olan 11.02.2012 tarihinden karar tarihine kadar geçen süre için faiz işletilmesi gerektiğinin düşünülmemesi,

Doğru görülmemiştir.

Taraf vekilllerinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** taraflardan peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20.06.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA • ARSA NİTELİĞİ • FAİZ KURALI

ÖZET: Belediye sınırları içinde bulunan ve belediye hizmetinden yararlanan taşınmaz arsa niteliğindedir. Dava dört ay içinde bitirilmediğinden tespit edilen bedele faiz işletilmelidir.*

Y.5. HD. E:2013/10390 K:2013/13186 T:20.06.2013

6459 Sayılı Yasa'nın 6.maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. Maddesinin 9. fıkra olarak eklenen "Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılamaması halinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitimi tarihinden itibaren kanuni faiz işletilir" hükmü nazara alınarak davacı idare vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüne, Dairemizin 19.12.2012 gün ve 2012/21853-27523 sayıl bozma kararının kaldırılmasına karar verildikten sonra yapılan incelemede;

Dava, 4650 Sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın yol olarak tapudan terkini istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Alınan rapor geçersizdir. Şöyle ki;

1) Dosyada buluunan Belediye Başkanlığı yazısı ve bilirkişi raporu dikkate alındığında, dava konusu taşınmazın belediye sınırları içerisinde yer

* Gönderen: Coşkun Gündüz, İstanbul 3.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

aldığı, etrafının meskun mahal olduğu ve belediye hizmetlerinden faydalandığı anlaşılmıştır. Bu niteliğine göre taşınmaz, arsa vasfındadır.

Bu itibarla taşınmazın arsa niteliğine göre emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesi gerektiği gözetilerek, taraflara emsal bildirmeleri için imkan tanınıp, gerektiğinde resen emsal celp edilerek, yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulu eşliğinde keşif yapıldıktan sonra alınacak rapor sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, arazi olarak değer biçen geçersiz rapora dayanılarak hüküm kurulması,

2) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine 6459 Sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile eklenen hüküm uyarınca, dava dört ay içinde sonuçlandırılamadığından, tespit edilen bedele, bu sürenin bitim tarihi olan 16.11.2011 tarihinden karar tarihine kadar geçen süre için faiz işletilmesi gerektiğinin düşünülmemesi,

Doğru görülmemiştir.

Taraf vekilllerinin temyiz itirazları yerinde olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, davalıdan peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 20.06.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMADAN VAZGEÇME

ÖZET: İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırmadan vazgeçebilir.*

Y.5. HD E:2013/7783 K:2013/13184 T:26.6.2013

Dava, 4650 Sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Kamululaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece. Davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacı idare vekili dava konusu taşınmazın kamululaştırılmasından vazgeçilmesi nedeniyle davalarından feragat ettiklerini bildirmiştir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 21.maddesine göre kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırmadan vazgeçebilir.

* Gönderen Çoşkun Gündüz, İstanbul 3.Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Yapılan incelemede; Fatih Belediyesi Encümeni'nin 15.01.2013 tarihli kararı uyarınca kamulaştırmadan vazgeçilmesi nedeniyle davadan feragat edildiği anlaşıldığından vaki feragat nedeniyle karar verilmek üzere HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** taraflardan peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 20.06.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

FERAGAT HARCI

ÖZET: Feragatle ret halinde maktu harç alır.

Y.6. HD. E:2013/11938 K:2014/3620 T:25.03.2014

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve munaması yazılı menfi tespit davasına dair karar, davacı tarafından üresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, davacı kiracı tarafından davalı kiralayan aleyhine açılan menfi tespitistemine iliştindir. Mahkemece, davacısının davadan feraget etmesi nedeniyle davanını reddine karar verilmesi üzerinehükümdavacı vekili tarafından karar ve ilam harcına hasren temyiz edilmiştir.

Davacı şirket temsili 25.4.2013 tarihli dilekçesi ile davadan feragat etmiştir. Davadan feragat davacının netice-i talebinden vazgeçmesidir. Feragat kat-i bir kararın tüm sonuçlarını doğurur.

Mahkemece davadan feragat nedeniylhe davanın reddine, feragatin dellerin toplanmasına ilişkin ara kararın yerine getirilmesinden sonra yapıldığından Harçlar Yasası gereğince "...26.035,05 TL nispi harcin 2/3'ü olan 17.636,70 TL nispi harçtan peşin yatırılan 5.669,80 TL çıkartıldıktan sonra geriye kalan 11.696,90 TL nispi harcın davacıdan alınarak hazineye irat kaydedilmesine..." karar verilmiştir. Ancak 492 sayılı Haçlar Kanunu'nun 22. maddesi ve aynı kanunda belirtilen 1 nolu harçlar tarifesi uyarınca davadan feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesi halinde alınması gereken maktu karar ve ilam harcına 2/3 oranında hükmedilmesi gerektiği ve aynı kanunun 21. maddesinde ise peşin alınan karar ve ilam harcının işin hitamında ödenmesi gerekenden fazla olduğu anlaşıldığı takdirde fazla olan kısmın istek üzerine geri verileceği hükme bağlanmıştır. Mahkemece, davanın feragat nedeniyle reddi halinde maktu harç alınması gerekirken yazılı şekilde nispi harç alınması doğru olmadığından hükmün karar ve ilam harcına haren bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarına kabulu ile hükmün karar ve ilam harcına hasren **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz iadesine, 25.03.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖDENMEYEN KİRA BORCU
•
MÜTEAKİP DÖNEMLERİN KİRALARI

ÖZET: Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre, ödenmeyen kira borcu sebebiyle müteakip dönemlerin kiralarının muaccel olması mümkün değildir. Tacirler bu kuralın dışındadır.*

Y.6. HD. E:2013/14498 K:2013/15630 T:20.11.2013

Davacı alacaklı.kira alacağının tahsili için başlattığı icra takibine davalı-borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine, icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılmasını ve kiralananın tahliyesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, karar davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere, takip tarihi öncesi döneme ait kira borcunun 30 günlük sürede ödenmemiş olmasına ve kiralananın tahliye edildiğinin kanıtlanmadığının anlaşılmasına göre davalılar vekilinin tahliyeye yönelik temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalılar vekilinin alacağa yönelik temyiz itirazlarına gelince,

Kiracı aleyhine düzenleme yasağı başlıklı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 346. maddesinde;kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği, özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu, 6101 Sayılı Türk Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçmişe etkili olma başlıklı 2. maddesinde; Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı, aynı kanunun görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlıklı 7. maddesinde de; Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88'nci, temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesinin görülmekte olan davalara da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kiracıyı koruma amacıyla getirilen TBK'nını 346. maddesindeki bu yasal düzenlemenin kamu düzenine

* Gönderen: Kazım Güzelgün, İstanbul Anadolu 3. İcra Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

ilişkin olduğu kuşkusuzdur.Bununla birlikte 6217 Sayılı Yasa'nın geçici 2.maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Yasa'nın 53. maddesine göre; kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri olduğu işyeri kiralarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 323, 325, 331, 340, 343, 344, 346 ve 354. maddelerinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı, bu halde kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin tatbik olunacağı da öngörülmektedir.

Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin 19. maddesinde "bir kira ödenmediği takdirde gelecek kiralar muacceliyet kespeder. Gelecek kiraların tahsiline gidilir" muacceliyet (ceza) koşuluna yer verildiği görülmekte ise de; dosya içeriğinden kiracının TTK kapsamında tacir olup olmadığı anlaşılamamaktadır.Bu durumda mahkemece kiracının tacir olup olmadığı araştırılarak, tacir olması durumunda hakkında TBK'nın 346. maddesinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süre ile uygulanamayacağı gözetilmeli, tacir olmadığının anlaşılması halinde ise; yeni yasal düzenleme karşısında bu koşulun davalı kiracı yönünden geçersiz hale geldiği kabul edilerek değerlendirmenin takip tarihi itibariyle ödenmemiş muaccel kira alacağına göre yapılması, muacceliyet koşulu gereğince istenen aylar kirası yönünden alacak isteğinin reddine karar verilmesi gerekir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenle kararın tahliyeye ilişkin kısmının **ONANMASINA,** yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanun'la eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428 ve İİK'nin 366. maddesi uyarınca kararın alacağa ilişkin kısmının **BOZULAMASINA,** onanan kısım için temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, 20.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA BORCU • MUACCELİYET KOŞULU

ÖZET: Borçlar Kanunu'nun getirdiği yeni yasal düzenlemeye göre, kira bedelinin ödenmemesi halinde müteakip ayların kira paralarının muaccel hale geleceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir. Tacirler bu kuralın dışındadırlar. *[25]

Y.6. HD. E:2014/2781 K:2014/2793 T:10.3.2014

Davacı alacaklı kira alacağının tahsili için tahliye talepli olarak başlattığı icra takibinin kesinleşmesi üzerine icra mahkemesine baş vurarak kiralananın tahliyesini istemiştir.Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde; davalının 17.09.2012 tarihinden itibaren aylık 400 TL bedelle kiracı olduğunu, ödenmeyen 2013 Mart, Ağustos aylar arası kira bedelinin tahsili için icra takibi yaptığını, davalının yasal süresinde itiraz etmediği gibi ödemede de bulunmadığından kiralananın İİK 269/a maddesi gereğince tahliyesini istemiştir.Davalı ise, savunmasında talip konusu edilen Mart ayı kirası bakiyesi 100 TL yi 02.05.2013, Nisan ay kirasını 02.05.2013 tarihinde 400 TL, Mayıs ay kirasını da 31.05.2013 tarihinde 400 TL olarak ödediğini, takip talebi ise 29.04.2013 tarihli olduğunu takip tarihine kadar kiraların ödendiğini ve kira borcunun bulunmadığını, kiraları piyasanın durgun olması nedeniyle gecikmeli olarak ödediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Kiracı aleyhine düzenleme yasağı başlıklı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 346. maddesinde; kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlüğü getirilemeyeceği, özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu, 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçmişe etkili olma başlıklı 2. maddesinde; Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının gerçekleştikleri bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı, aynı Kanun'un görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlıklı 7 maddesinde de; Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faize ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesinin görülmekte olan davalara

* Gönderen :Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3.İcra Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kiracıyı koruma amacıyla getirilen TBK'nın 346. maddesindeki bu yasal düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte 6217 Sayılı Yasa'nın geçici 2.maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Yasa'nın 53. maddesine göre; kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 323, 325, 331, 340, 343, 346 ve 354. maddelerinin 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı, bu halde kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin tatbik olunacağı da öngörülmektedir.

Taraflar arasında düzenlenen 17.09.2012 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi de kiralanan iş yeri olarak belirtilmiştir. Sözleşmenin 4. md " kiracı kira bedelini en geç ait olduğu ayın 20 gününde ve her ay peşin olarak ödemeyi taahhüt eder" 18 maddesinde " aynı dönem içerisinde kira bedelinin iki ay arka arkaya ödenmemesi halinde ödenmeyen aydan itibaren kontrat süresi sonuna kadar olan kira bedelleri muacceliyet kesbeder koşuluna yer verildiği görülmektedir. Takibe konu Mart ayı kirası ayın 20 kadar ödenmesi gerekirken bakiye kira 02.05.2013 tarihinde, Nisan ay kirasıda ayın 20'sine kadar ödenmesi gerekirken, 05.02.2013 tarihinde ödendiği ve sözleşmenin 18. maddesine göre iki ay kira bedeli arka arkaya süresinde ödenmediğinden takip tarihi itibariyle muaccel olan aylar kirası için takip yapılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Ne var ki, dosya kapsamından kiracının TTK kapsamında tacir olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Bu durumda mahkemece kiracının tacir olup olmadığı araştırılarak, tacir olması durumunda hakkında TBK'nın 346. maddesinin 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süre ile uygulanamayacağı gözetilmeli, tacir olmadığının anlaşılması halinde ise; yeni yasal düzenleme karşısında bu koşulun davalı yönünden geçersiz hale geldiği kabul edilerek değerlendirmenin takip tarihi itibariyle ödenmemiş ve muaccel hale gelen kira alacağının yasal süre içerisinde ödenip ödenmediği üzerinde durularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle kararın **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 10.03.2014 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KİRA İLİŞKİSİNDEN DOĞAN DAVALAR
•
SULH HUKUK MAHKEMESİ

ÖZET : Kira ilişkisinden doğan tüm uyuşmazlıklar Sulh Hukuk Mahkemesinin görevine girmektedir. *

Y.6. HD.E:2013 / 14635 K:2014 /5338 T:28.04.2014

Dava, yap işlet devret modeliyle yapılan intifa hakkı sözleşmesi gereğince kira parasının tespiti istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nın sulh hukuk mahkemelerinin görevini düzenleyen 4. maddesinin 1 / a bendi gereğince kiralanan taşınmazların İcra ve İflas Kanunu'na göre ilamsız icra yolu ile tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dahil tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalar sulh hukuk mahkemesinin görevine girmektedir. Mülga 1086 sayılı HMUK'dan farklı olarak bu düzenlemede miktar ayrımı yapılmaksızın tahliye, alacak, tazminat, kiracılık sıfatının tespiti gibi tüm kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri sulh hukuk mahkemesi olarak gösterilmiştir.

Dava, yap işlet devret modeliyle yapılan intifa hakkı sözleşmesi gereğince kira parasının tespiti istemine ilişkin olup taraflar arasında kira ilişkisi bulunmaktadır. Davanın, 6100 Sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra 23.12.2011 tarihinde asliye hukuk mahkemesinde açıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemenin yukarıda belirtilen yasal düzenleme gereği dava dilekçesini görev yönünden ret ederek görevsizlik kararı ile dosyayı görevli sulh hukuk mahkemesine göndermesi gerekirken, işin esasının incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 28.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen : Erdoğan GÖKÇE, Emekli Fatih Hukuk Hakimi

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

AVUKATIN ÇALIŞMASI
•
VEKALET İLİŞKİSİ • BAĞIMLILIK UNSURU

ÖZET : Davacı Avukatın ayrı bir bürosu olup, davalı işyerine yılda bir iki kez gitmektedir. Bu durum karşısında taraflar arasında hizmet sözleşmesi değil vekalet sözleşmesi ilişkisi bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Zira bu olayda "bağımlılık" unsurunun varlığından söz edilemez.*

Y.7. HD E 2013/2713 K 2013/1706 T.26.2.2013

Davacı davalıya ait işyerinde sözleşmeli avukat olarak 1986 yılından beri çalıştığını, iş sözleşmesinin örtülü olarak sona erdiğini, kıdem tazminatı ile 2007-2008 yıllarına ait ücretlerinin ödenmediğini, geçmiş dönem ücretlerinin ise AAÜT'deki asgari haddin altında ödendiğini iddia ederek kıdem tazminatı ile ücret alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili taraflar arasında hizmet ilişkisi bulunmadığını, hukuki müşavirlik-danışmanlık ilişkisi bulunduğunu, davacının kendisine ait avukatlık bürosu olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece 27/05/2009 tarihli karar ile davacının davalı nezdinde hizmet akdi ile 22 yıl 25 gün kesintisiz çalıştığı, iş sözleşmesinin davalı tarafça feshedildiği kabul edilerek kıdem tazminatı ile ücret alacağı hüküm altına alınmış, kararın davalı yanca temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01/02/2012 tarihli ilamı ile özetle "…Dosyada mevcut serbest meslek makbuzlarında davacının davalı şirketin adresi dışında işyeri adresi bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı tanıkları da davacının işyerinde yılda bir veya iki defa bulunduğunu beyan etmişlerdir. Mahkemece davacı ile davalı arasındaki ilişkinin vekalet akdi mi yoksa hizmet akdi mi olduğu yukarıdaki ilkelere göre araştırılarak toplanan deliller değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra sonucuna göre karar verilmesi" gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece bozma kararına uyulmuş ve hukukçu bilirkişiden rapor

---

* Gönderen Av.Hulki ÖZEL, Mersin Barosu

alınarak davacı ile davalı şirket arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığının kabulü ile karar verilmiştir. Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkinin İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır.İş Mahkemeleri'nin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas olarak belirleyecektir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Mahkemece hükmüne uyulan bozma ilamı doğrultusunda hukukçu bilirkişiden rapor alınıp ilk karardaki gibi taraflar arasındaki ilişkinin hizmet akdine dayandığı kabul edilerek talep edilen alacaklar hüküm altına alınmış ise de, dosya kapsamı ile sabit olduğu üzere davacının ayrı bir bürosu bulunmaktadır. Tanık anlatımlarına göre davalı işyerine yılda bir iki kez gitmektedir.Bu hali ile taraflar arasında iş sözleşmesinin varlığını kabul için gerekli olan bağımlılık unsuru olayda bulunmamaktadır. Serbest meslek makbuzlarının tespit edilen şekilde tanzimi de sonuca etkili değildir. Bu nedenle taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayanmadığı, vekalet ilişkisine dayandığı anlaşıldığından davaya bakmaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olduğundan dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalının öteki itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin yatırılan harcın istek halinde davalıya iadesine 26/02/2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

EMSAL ÜCRET • İŞÇİNİN ÜCRETİ • BANKA ÖDEMELERİ • BASIN İŞ KANUNUNDA İKRAMİYE

ÖZET:Sendikalı işçinin aldığı ücretin sendikasız işçi için emsal ücret olması mümkün değildir.

İşçinin yaptığı iş ve kıdemi dikkate alındığında bordrolarda yazan ücreti alması hayatın olağan akışına aykırıdır.

Fazla mesai ve genel tatil ücretlerinin bordrolarda tahakkuk ettirildiği gibi banka kanalıyla ödendiğinin anlaşılması halinde bu ödemelere ait aylar hesaplamada dışlanmalıdır.

Basın İş Kanunu'na tabi işçiye ikramiye ödenmesi için işveren kar etmesi gerektiğinden bu husus araştırılmalıdır.

Y.7. HD. E:2013/1773 K:2013/11891 T:25.6.2013

Davacı vekili davacının davalıya ait işyerinde çalışırken muhabir olarak çalıştığını, fazla mesai yapıp milli bayram ve genel tatil günlerinde çalışmasına rağmen ücretlerinin ve ayrıca ikramiyelerinin ve 2010 Şubat-Mart-Nisan aylarına ait ücretlerinin ödenmediğini, 2009 yılındaki net ücretinin 2.500, 000 TL olduğunu iddia ederek aylık ücret ve bazı işçilik alacaklarının, birleştirilen davada ise davacının 2010 yılı Temmuz-Ağustos ve Eylül ayı ücretlerinin eksik ödendiğini, 2010 yılındaki ücretinin net 2.000, 00 TL olduğunu iddia etmiş ve eksik ödenen ücret alacakları ile bunların %5 fazlalıklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacıya ödenen aylık ücretin miktarı taraflar arasında ihtilaftır.

Davacı vekili davacının son ücretinin net 530, 00 TL olduğunu savunmuştur.

Emsal ücret araştırması kapsamında yazılan yazıya Gazeteciler Sendikası tarafından verilen cevabı yazıdaki miktarlar benimsenmiş ve hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 2010 yılı ücretinin 2.750, 00 TL olduğu kabul edilerek hesaplama yapılmıştır.

Hesaplamalara esas alınan emsal ücret sendikal örgütlenme kapsamında TİS düzeni bulunan işyerlerinde Toplu İş Sözleşmesinden yaralandığı konusunda iddia ve delil bulunmayan somut olaydaki işçi için dikkate alınması mümkün değildir. Öte yandan davacının yaptığı iş, kıdemi nazara alındığında bordrolardaki ücretle çalışması da hayatın olağan akışına aykırıdır.Davacı tanıdıkları iş akdi 2010 yılının sonlarında feshedilen davacının fesih tarihindeki ücretinin 2.000, 00 TL olduğunu beyan etmişlerdir. Davacı vekili de davacının 2010 yılındaki ücretinin 2.000, 00 TL olduğunu beyan ve kabul etmiştir.Bu nedenle davacının 2010 yılındaki ücreti 2.000, 00 olarak kabul edilmeli, hesaplama buna göre yapılmalıdır. Yazılı şekilde dosya kapsamına uygun olmayan, talep aşılarak yapılan hesaplamaya itibarla karar verilmesi hatalıdır.

Davacı vekili davacının ödenmeyen aylık ücretlerinin tahsilini istemiştir.

Dosya içinde bulunan ve talep edilen aylara ait bordrolarda davacı yararına aylık ücret tahakkuku yapıldığı görülmektedir.Bilirkişi bordroların imzasız olması ve ödeme yapıldığına dair banka kaydı olmaması nedeni ile 2010 Şubat-Mart-Nisan aylarında davacıya hiç ücret ödenmemiş gibi hesaplama yapmıştır. 2010 yılı Temmuz-Ağustos-Eylül ayları için de aynı şekilde bordrolarda ücret tahakkuku vardır.Bu aylar için ise davacının kabulüne olan miktarlar mahsup edilmiştir.Davalı vekili ödeme itirazında bulunarak banka kayıtlarının getirtilmesini istemiş, ancak bu itiraz üzerinde durulmamıştır.

Öte yandan fazla mesai, milli bayram ve genel tatil ücreti ile bunların %5 fazlalıkları hüküm altına alınmıştır.

Sunulu bordroların tetkikinde bazı aylarda fazla mesai ve resmi tatil adı altında ayrıca tahakkuklar olduğu görülmektedir.Bilirkişi bunları da bordroların imzasız olması nedeni ile dikkate almamıştır.

Ödemelerin banka kanalı ile yapıldığı savunulduğuna göre, davacının hesaplamaya esas tüm dönemi kapsayacak şekilde banka hesap dökümü getirilmeli, davacıya bordrolarda tahakkuku yapılan aylık çıplak ücretlerinin yanında tahakkuku yapılan fazla mesai, resmi tatil ücretlerinin ödenip ödenmediği saptanmalı, aylık ücretler bakımından tahakkuk miktarlarının ödenmiş olması halinde -2010 yılı Temmuz-Ağustos-Eylül ayları için ödenen miktarın davacının kabulünde olan miktarlardan az olması halinde bu aylar bakımından davalı yararına oluşan kazanılmış haklar dikkate alınarak- bakiye aylık ücret ve bunların %5 fazlalığı hesaplanmalıdır.

Fazla mesai, milli bayram ve genel tatil ücretleri açısından ise, bordro ile tahakkuk ettirilen miktarın banka hesabına yatırıldığının ve ihtirazi kayıt-

sız alındığının anlaşılması halinde yasaya uygun zamlı tahakkuk olmaları halinde bu ayların tümü ile hesaplamalarda dışarıda tutulması, zamsız tahakkuk olduğunun saptanması halinde ise ait olduğu ay tahakkukundan mahsubu yoluna gidilmesi ve bu şekilde fazla mesai, milli bayram ve genel tatil mesai ücretleri ile bunların %5 fazlalıkları hesap edilmesi gerekir.

5953 Sayılı Yasa'nın 14. maddesine göre ikramiye alacağı hüküm altına alınmıştır.Bu yasa hükmüne göre davalı işverenin ikramiye ödeme yükümlülüğünün doğması için kar elde etmiş olması gerekir.

Dosya kapsamından bu hususta bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle ikramiye alacağının hüküm altına alındığı dönemler itibari ile davalı işverenin kar elde edip etmediği Vergi Dairesinden ve diğer ilgili yerlerden sorulmalı ve sonucuna göre davacının ikramiye alacağına hak kazanıp kazanmadığı tespit edilmelidir.

Yapılacak iş, bozma kararı kapsamında işaret edilen eksikliklerin giderilmesinden sonra dava konusu edilen alacaklar bakımından – fazla mesai, milli bayram ve genel tatil mesai ücretlerinin hesaplanması bakımından ayrıca dönemsel saat ücreti ile zamlı saat ücretini ve günlük zamlı ve zamsız yevmiyeyi de ayrı gösterecek şekilde-denetime elverişli ek hesap raporu alarak diğer deliller ile değerlendirmeye tabi tutarak karar vermektir.Karar verirken fazla mesai ile milli bayram ve genel tatil mesai ücretlerinin %5 fazlalıklarında yapılacak hakkaniyet indirimi, hakkaniyet indirimli fazla mesai ve milli bayram genel tatil mesai ücretleri üzerinden yapılmalıdır.

O halde davalı vekilinin bu yönlere ilişkin temyiz itirazı kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacı vekilinin %5 fazlalık alacaklarına uygulanan hakkaniyet indirimi oranına yönelik temyiz itirazı hakkında inceleme yapılmasına şimdilik yer olmadığına, Yargıtay duruşmasında kendisini vekille temsil ettiren taraflar yararına takdir olunan 990.00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya, davalıdan alınarak davacıya verilmesine, temyiz harcının istek halinde taraflara iadesine, 25.06.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • İŞÇİYE ÖDENEN PRİMLER

ÖZET:Bordrolarda görünen prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı dikkate alınmalıdır.

Y.7. HD. E:2013/10409 K:2013/12730 T:05.07.2013

Davacı vekili, davalı işveren tarafından davacının hak ettiği fazla çalışma ücreti ve hafta tatili ücretlerinin ödenmediğini belirterek anılan alacakların hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı vekili, davacının tüm alacaklarının ödendiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Dosya kapsamına göre; taraf tanıkları şoförlerin bir günde 3 sefere kadar sefer yapmaları halinde kendilerine ek bir ödeme yapılmadığını, ancak aynı gün içerisinde 4. seferi tamamlamaları durumunda prim ödemesine hak kazandıklarını beyan etmişlerdir. Dosya içerisindeki bordrolarda bazı aylar için prim ödemesi adı altında ödemeler yer aldığı anlaşılmaktadır. Şu halde prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İlgiyi ay için ödenen prim fazla ücretini tam olarak karşılıyorsa anılan ay bakımından fazla çalışma ücretinin ödendiği kabul edilmeli, işçiye ödenen priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesine karar verilmelidir.

Ayrıca fazla çalışma, hafta tatili ücretlerinin yazılı belgelere dayanmaksızın ve uzun bir süre için hesaplanması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline, işin düzenlenmesine ve hesaplanan tutara göre taktir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirime de gidilmemelidir. Yazılı gerekçe ile hakkaniyet indirimi yapılmaması da hatalı olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 05.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KADASTRO HUKUKU • KESİN SÜRE

ÖZET: İddia ve savunma ile mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere göre; somut olayda kanıtlama yükümlülüğü davacı tarafa aittir.

Y.7. HD. E:2013/6268 K:2013/17716 T:30.10.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı E. Tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı.Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Kadastro sırasında dava konusu 132 ada 11, 133 ada 9, 134 ada 4.134 ada 56, 134 ada 72, 149 ada 4, 150 ada 22 ve 31 parsel sayılı yüzölçümleri tutanaklarında belirtilen taşınmazlar, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayanılarak davalı H. adına, aynı nedene dayanılarak; dava konusu 132 ada10, 134 ada 12, 150 ada 32, 158 ada 28 ve 29 ve 134 ada 57 parsel sayılı taşınmazlar davalı A. adına, dava konusu 132 ada 4 ve 138 ada 6 parsel sayılı taşınmazlar ise eşit paylarla davalılar H. ve A. adına tespit edilmiştir. Davacı E., miras yoluyla gelen hakka dayanarak ayrı ayrı dava açmıştır.Mahkemece davanın reddine, dava konusu taşınmazların tespit gibi tapuya tesciline karar verilmiş;hüküm, davacı E. tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece davacı tarafın 07.09.2012 günlü oturumda verilen kesin süreye uymadığı gerekçesiyle davacının keşif deliline dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına, mevcut delillere göre de ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç dosya içeriğine ve usul hükümlerine uygun düşmemiştir.

Kural olarak 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 36. maddesi hükmünün bir davada uygulanabilmesi için, kanıtlama yükümlülüğü keşif giderlerini karşılamak üzere kendisine önel verilen gerçek ya da tüzel kişiye ait olmalı, uyuşmazlığın çözümü taşınmaz başında keşif yapılmasını zorun-

* Gönderen:Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

lu kılmalı, ilgilinin kendisine verilen makul önel yada koşullarının keşif giderlerini yöntemine uygun biçimde mahkeme veznesine depo etmemiş olması gerekir.

Yine öğreti ve uygulamada kararlılık kazanan görüşlere göre, kesin süreden söz edilebilmesi için öncelikle verilen sürenin yapılması istenilen işlerin yerine getirilebilmesine uygun makul bir süre olması, yapılması istenilen işlerin neler olduğunun, kesin süreye uymamanın hukuki sonuçlarının açıkça ve hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde ara kararında gösterilmesi, kesin süreye uymamanın hukuki sonuçları konusunda kendisine kesin süre verilen tarafın uyarılması, uyarı yapıldığının da tutanağa geçirilmesi zorunludur.

Dosya içeriğinden;mahkemece 07.09.2012 günlü duruşma oturumunda davacı tarafın yokluğunda 09.11.2012 günü saat 10.00'dan itibaren yapılacak keşifte kalem kalem belirtilen toplam 820, 55 TL keşif giderini yatırması için iki hafta kesin süre verildiği, davacı tarafın verilen süreye rağmen keşif giderini mahkeme veznesine depo etmediği gerekçesiyle davanın reddedildiği anlaşılmaktadır. Ancak, davacı tarafça ödenmesi gerektiği belirtilen toplam miktarının hesabında 830, 55 TL olan toplam gider 820, 55 TL olarak yazılmak suretiyle hata yapıldığı gibi bir sonraki duruşma günü olarak, 09.11.2012 tarihli keşif gününden önce 02.11.2012 tarihinin belirlendiği, her ne kadar mahkemece 09.10.2012 tarihinin sehven yazıldığı keşif gününün esasında 09.10.2012 olduğu belirtilmiş ise de; keşif günü olarak 09.10.2012 tarihinin kabul edilmesi halinde dahi bu kez, keşif giderinin ödenmesi için verilen süre sonunda keşif gideri mahkeme veznesine depo edilse bile keşfin yapılacağı 09.10.2012 tarihine kadar bilirkişilere ve tanıklara çıkarılacak davetiye süresi dahi yetersizdir.

Hal böyle olunca;mahkemece davacı tarafa keşif giderini yatırması için yeniden ve az yukarıda açıklandığı biçimde yöntemine uygun ve makul süre verilmesi, bundan sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, açıklanan nedenlerle davacı E.'nin yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde davacı E'ye iadesine, 30.01.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI

ÖZET: İşe iade davası sonunda işverenin davetine rağmen tekrar işe başlamayan işçi iş güvencesi tazminatını ve dört aylık ücretlerini alamaz. Bu noktada fesih geçerli fesih olmuştur.

İşçinin tekrar işe başlatılmadığı veya bu iradenin açıklandığı tarihte fesih gerçekleşmiş olur. Bu tarihte işçinin alabileceği ücrete göre; kıdem ve ihbar tazminatı, izin ücreti ve iş güvencesi tazminatı hesaplanmalıdır. Bu hesaplar yapılırken dört aylık süre hizmet süresine eklenecektir.Boşta geçen sürenin ücretleri ise feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplanmalıdır.

Dört aylık ücret kavramına "ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı, servis gibi" haklar dahildir.

Fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve satışa bağlı primler dört aylık haklara dahil değildir.

İşçinin tekrar işe başlatılmadığı tarihte alabileceği ücretin tespit edilmemesi halinde asgari ücretteki artış oranları ölçü alınarak çözüm sağlanmalıdır.*

Y.7. HD.E:2013/13023 K:2013/19088 T:13.11.2013

Davacı, davalı işyerinde çalışmakta iken 26/11/2008 tarihinde iş akdinin feshedildiğini, Bakırköy 8. İş Mahkemesi'nin 2008/1359 E 2009/28 K sayılı ilamı ile davacının Kadıköy 3. Noterliğinin 25/01/2010 tarih ve 1298 yevmiye numaralı ihtarnameyi göndermesine rağmen davalı şirketin davacıyı işe başlatmadığını bunun yerime davalı işveren işe iade kararında belirlenen tazminat ve diğer ödemeleri yapma yoluna gittiğini, davacının banka hesabına 15/02/2010 tarihinde toplam 25569, 66 TL yatırıldığını, davalı şirketin eksik ödeme yaptığını beyanla kıdem ve ihbar tazminatı ile 4 aylık boşta geçen süre ve bu süredeki sosyal haklar, 5 aylık işe başlatmama tazminatı fark alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

* Gönderen Av.Ertuğrul SAKAOĞLU, Kocaeli Barosu

Davalı vekili davacının Bakırköy 8. İş Mahkemesi'nin 2008/1359 E sayılı dosyasından işe iade edilmesi üzerine davalı şirketin davacıyı işe başlatmama kararı aldığını ve haklarını banka hesabına yatırdığını, davacının iş akdinin feshedildiği tarihten itibaren faiz talebinde bulunamayacağını, işe iade davalarında iş güvencesi tazminatı geçersiz fesih tarihinde değil, işe iade kararı alan işçinin işverence işe başlatılmaması tarihinde doğduğundan faizin bu tarihten itibaren işletilmesi gerektiğini, davacının diğer taleplerinin de haksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacının işe başlatılması talebi ile davalıya keşide ettiği Kadıköy 3.Noterliği'nin 25/01/2010 tarih ve 1298 yevmiye noter ihtarnamesinin tebliğ tarihi olan 27/01/2010 tarihi olduğu, davalının davacıyı işe almama konusunda bir ihtarına rastlanmadığı davacının hesabına 15/02/2010 tarihinde Bakırköy 8.İş Mahkemesi'nin 2008/1359 Esas no su ile ödeme yaptığı anlaşılmakla, işe alınmaması yani fesih tarihi olarak 15/02/2010 tarihinin esas alınmaması yani fesih tarihi olarak 15/02/2010 tarihinin esas alınması gerektiği, dosyaya mübrez ibranamede, davacıya bir kısım ödemeler yapıldığı anlaşılmakla birlikte yapılan fesih geçersiz olduğundan ve mübrez ibraname makbuz niteliğinde bulunduğundan davalı işveren tarafından fark kıdem ve fark ihbar tazminatı, fark 4 aylık ücret ve diğer sosyal haklar alacağının ödenmemesi gerektiği gerekçesiyle, diğer sosyal haklar ve fark işe başlatmama tazminatı alacağına ilişkin taleplerinin reddine karar verilmiştir.

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti ve ikramiye konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5.fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçeri bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış

olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlayan 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. İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir.

Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir. İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvuruna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplamada dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin halkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı taktirde işe başlatmama tazminatının ödenmemesi talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Bahsi geçen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı pirim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı bürüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibariyle tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda, bilirkişi raporunda I. Seçenek olarak işyeri kayıtlarına göre, II. seçenek olarak davacının geçersiz fesih tarihindeki ücretinin asgari ücrete yapılan zam oranında oranlanmasına göre iki seçenekli hesaplama yapmıştır. Mahkemece gerekçesi belirtilmeksizin 1. seçenekteki hesaplamaya itibar edilmiştir. Davacının 15.02.2010 tarihindeki, çalışmış olsa idi alabileceği ücretin tespiti önem arz etmektedir. Davacı kendisi yerine işe alınan işçi olan S.'nin ücretinin emsal kabul edilebileceğini belirterek ücretini belirtmişse de bu husus araştırılmamıştır. Mahkemece, ismi belirtilen işçinin Ocak, Şubat 2010 aylarına ait bordroları getirilmeli ayrıca davacı ile aynı işi yapıp yapmadığı da belirlenmeli, ücreti buna göre hesaplanmalıdır.

Bu olmadığı takdirde davacının geçersiz fesih tarihindeki ücretine işe başlatılmadığı tarihte asgari ücrete yapılan artış oranında bir artış yapılacağı kabul edilerek yapılan hesaplama hakkaniyete daha uygun düşecektir. Gerekçesi açıklanmadan ve davacının talep etmiş olduğu araştırma da yapılmaksızın bilirkişi hesaplamasının I. seçeneğine itibar edilmesi hatalı olmuştur.

Mahkemece gerekçe kısmında fesih tarihinin davacının işe başlatılmadığı 15.02.2010 tarihi olarak kabul edilmiş olmasına rağmen kıdem tazmi-

natı için davacı işçinin işe başlatılmadığı tarih olan 26.11.2008 tarihinden itibaren faize karar verilmesi de hatalı olmuştur.

Kararın bu yönlerden bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde taraflara iadesine, 13.11.2013 günü oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİ OLAN İŞÇİ • KIDEM TAZMİNATI • BAŞKA İŞYERİNDE ÇALIŞMA

ÖZET:Emekli olmaya hak kazanması sebebiyle hizmet akdini yasanın kendisine verdiği yetkiye dayanarak fesheden işçiye ödenmiş olan kıdem tazminatının işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması gerekçesiyle işçiden geri alınması düşünülemez. Burada hakkın kötüye kullanıldığından da söz edilemez.

Emekli olan işçinin başka bir işyerinde çalışmasına engel olan bir hüküm de yoktur.*

Y.7. HD. E:2013/12848 K:2013/19274 T:14.11.2013

Davacı, emeklilik nedeniyle işten ayrılıp kendisine kıdem tazminatı ödenen davalı işçinin fesihten kısa süre sonra aynı işi yapan başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması nedeniyle, davalı işçiye ödediği kıdem tazminatının iadesine karar verilmesi talep edilmiştir.

Mahkemece, davalı işçinin fesihten 9 gün sonra, aynı işi yapan başka bir işyerinde yeniden işe başlamış olması nedeniyle, emekliliğe dayalı fesih hakkını kötüye kullandığı gerekçesi ile, davalıya ödenmiş olan kıdem tazminatının, davacı işverene iadesine karar verilmiştir.

İş sözleşmesinin işçi tarafından yaşlılık aylığı tahsisi amacıyla feshedildikten sonra, başka işyerinde yeniden çalışmaya başlaması durumunda işçiye ödenmiş olan kıdem tazminatının iade edilip edilmeyeceği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

* Gönderen Av. Hulki ÖZEL,Mersin Barosu

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte olan 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik, malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılması halinde, kıdem tazminatına hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır. O halde anılan hüküm uyarınca, fesih bildiriminde bulunulabilmesi için işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik, malullük yada toptan ödemeye hak kazanmış olması şarttır.Bundan başka işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa bahsi geçen işlemler için başvurması ve bu yöndeki yazıyı işverene bildirmesi gerekir. Böylece işçinin yaşlılık, emeklilik, malullük ve toptan ödeme yönlerinden bağlı bulunduğu mevzuata göre hak kazanıp kazanmadığı denetlenmiş olur. Öte yandan işçinin, sosyal güvenlik anlamında bu hakkı kazanmasının ardından, ilgili kurum ya da sandığa başvurmaksızın kıdem tazminatı talebiyle işyerinden ayrılması ve bu yola hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmiş olur.İşçi tarafından bağlı bulunduğu kurum ya da sandıktan tahsise ya da tahsis yapılabileceğine dair yazının işverene bildirdiği ansa işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümü doğar. Faiz başlangıcında da bu tarih esas alınmalıdır.

4447 Sayılı Yasa'nın 45. maddesi ile 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasına (5)numaralı bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteğiyle işten ayrılması imkanı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve pirim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak, işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir.

Somut olayda;davalı F.'nin 27.01.2011 tarihi itibariyle sigortalılık süresinin 16 yıl, 8 ay, 28 gün olduğu, prim ödeme gün sayısının ise 4420 gün olduğu, davalının 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 5. bendi gereğince sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını doldurduğuna ilişkin SGK yazısı ile işverene başvurarak, yasal haklarının ödenmesi sureti ile 12.02.2011 tarihi itibariyle ilişiğinin kesilmesini talep ettiği, kıdem ve ihbar tazminatı bordrosunda davalı işçi için 19.80, 04 TL brüt kıdem tazminatı hesaplandığı ve davacı işveren tarafından davalı adına 14.02.2011 tarihinde EFT yoluyla 22.471, 84 TL ödeme yapıldığı sabittir. Davalı işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshettikten 9 gün sonra başka bir işyerinde çalışmaya başladığı da taraflar arasında tartışmasızdır. Davalının başka bir işyerinde çalışmak amacıyla iş sözleşmesini feshettiğine ilişkin dosya kapsamında herhangi bir delil bulunmadığı gibi, kendisine

kıdem tazminatı ödenmiş olan davalı emekliliğe hak kazandıktan sonra iş sözleşmesini emeklilik nedeniyle feshedilmiş olup, davalı feshinin kötüye kullanımı kapsamında olduğu düşünülemez. Nitekim emekli olduktan sonra primini ödemek koşulu ile davalının istediği yerde çalışmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki Anayasa'nın 48. ve 49. maddeleri çalışma hürriyeti ile çalışma hak ve ödevini Anayasal koruma altına alınmıştır. Emekliliğe hak kazanıp nedenle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş olan davalı kıdem tazminatına hak kazanır. Bu kapsamda davalı işçiye ödenmiş olan kıdem tazminatının iadesi talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alına temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 14.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

KAMULULAŞTIRMADA İNFAZ SAHİBİ
•
HACİZ YASAĞI KURALLARI

ÖZET: Takibe konu ilanın 30.6.2010 tarihinden önce olması halinde idarenin mal ve hakları haczedilecektir. İlan 30.6.2010 tarihi sonrasına ait ise idarenin mal ve haklarının haczedilmesi mümkün olamayacaktır.

4.11.1983 tarihinden sonraki el koymalarda ise;haciz yasağının getirildiği 11.06.2013 tarihi öncesine ait ilamlar için haciz konulabilecektir.11.6.2013 tarihi sonrası ilamları için ise haciz yasağı işleyecektir.*

Y.8. HD. E:2013/18840 K:2013/7836 T:22.04.2014

Şikayet eden borçlu E. Belediye Başkanlığı vekili İcra Mahkemesi'ne başvurusunda; V. Bankası Esenyurt Şubesi nezdindeki 0015-.....'nolu hesaba haciz konulduğunu, bu hesabın fiilen kamu hizmetinde kullanıldığını, İİK'nin 82. madddesine göre devlet mallarının, 5393 sayılı Yasa'nın 15.maddesi son fıkrası gereğince belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim, harç ve gelirlerinin, öte yandan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 5999 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Geçici 6.ve 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesine göre, kamulaştırmasız el atma nedeniyle hüküm altına alınan tazminatın tahsili için idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilmeyeceğini açıklayarak, 0015-..... nolu hesap üzerindeki haczin kaldırılmasını talep etmiştir.

Mahkemece, ilamın tarihi itibariyle 2942 Sayılı Yasa'nın geçici 6. maddesi karşısındaki borçlu belediyenin malvarlığının haczinin olanaklı olmadığı gerekçesiyle şikayetin kabulüne, belediyenin malvarlığı üzerine konulan haczin kaldırılmasına karar verilmiş, hüküm, alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

* Gönderen: Av.Yaşar KARATEPE

Yukarıda açıklanan sorun konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemelerin irdelenmesi gerekir.

30.06.2010 Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5999 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddesinin 1. fıkrasında; 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 bit ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış olanlar hakkında bu madde hükümlerinin uygulanacağı, son fıkrasında ise bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle Kanun'un Geçici 2. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesi hükmünün 04.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmamız el koyma işlemlerine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak; 6111 Sayılı Kanunu'nun Geçici 2. maddesi 01.11.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 22.02.2013 günlü 28567 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Son olarak;11.06.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bazı Kanunlar ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Değişiklik Yapılması Hakkındaki 6487 Sayılı Kanunu'nun 21 maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiştir. Anılan 6.maddenin yeni halinin 11. fıkrasında bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Her ne kadar; 6111 sayılı Kanun'un Geçici 2.maddesi 01.11.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilerek, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra, yani 22.08.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiş ise de;Anayasa 11 .maddesinde, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi düzenlenmiş, 138. maddesi ise hakimlere her şeyden önce Anayasa'ya uygun olarak hüküm verme yetkisi tanımıştır. Anayasa'nın 11. ve138. maddeleri, hakime Anayasa'ya aykırılığı saptanmış, yasa hükmünü iptal kararı yürürlüğe girmemiş olsa bile uygulamama yetkisini hatta yükümlülüğünü vermektedir.Zira iptal edilen hükmün uygulanması, hak arama hürriyetinin içini boşaltma anlamına gelecek ve Hukuk Devleti ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın iptal kararının yürürlüğe girmemiş olması halinde dahi Anayasa'ya aykırılığı saptanmış yasa hükümlerinin uygula-

namayacağına işaret eden kararları vardır.Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını duyurması, iptal edilen yasanın uygulanmasını durdurucu bir tedbir niteliğine bürünmektedir.Karar gerekçelerinin yazımı ve yayımlanmasının uzun süre alması karşısında hiç olmazsa iptal kararının duyurulması, Anayasa'ya aykırı yasa hükmünü uygulanmasını hiç olmazsa iptal kararının duyurulması, Anayasa'ya aykırı yasa hükmünün uygulanmasını engelleyecektir.(Turan Yıldırım Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdaresi Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi-Amme İdaresi Dergisi cilt:26) İptal hükmünün Resmi Gazete'de yayımlanmasından 6 ay sonra yürürlüğe girecek olması Kanun Koyucuya Anayasa'ya uygun yeni yasa maddesi hazırlanması için verilmiş süre olup bu süre hükmünün uygulanmasını engellemeyeceğinden idarenin mal, hak ve alacakları haczedilebilir. Öte yandan 6111 Sayılı Yasa'nın Geçici 2. maddesinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 01.11.2012 tarihli kararı sadece iptal tarihinden sonra konulan hacizler için değil, Anayasa'nın 153.maddesindeki geriye yürümeme ilkesinin kesinleşmiş yargı kararları için geçerli olması nedeniyle iptal tarihinden önce konulan hacizlerde de uygulanır.

Ayrıca 6487 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değişik 2942 Sayılı Yasa'nın geçici 6. maddesinin son fıkrasında bu fıkra hükmünün bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan ve kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı düzenlemesinin idare tarafından kamulaştırmaksızın el konulan taşınmazlara ilişkin tazminat davaları ile kamulaştırma bedeli tespitine ilişkin davalar için gerekli olduğunun kabulü gerekir. Dava niteliği taşımayan İcra İflas Kanunu hükümlerine göre yapılan şikayet başvuruları bu kapsamda kalmamaktadır. Bu nedenledir ki haczedilmezlik şikayetleri para alacaklarına ilişkin olup doğrudan taşınmaza ilişkin dava olarak nitelendirilemez, anılan son fıkra kapsamında düşünülemez.

Tüm bu yasal düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı değerlendirildiğinde; kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan tazminatlara ilişkin ilamların, icra takibine konu edilmesi halinde, el atma tarihi 09.01.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında ise; takibe konu ilamının 5999 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddesinin yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihinden önce olması durumunda İdarenin mal, hak ve alacaklarının haczedilebileceği, ilam tarihi 30.06.2010 tarihinden sonra ise İdare'nin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceğinin kabulü gerekir. 04.11.1983'den sonraki el koymalarda ise; 6111 Sayılı Yasa'nın Geçici 2. maddesi haciz yasağı getirmekle birlikte anılan Yasa maddesi Anayasa'ya aykırı görülerek 01.11.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olmakla uygulanırlığı kalmamıştır. Bu durumda ilam tarihi yeniden haciz yasağının

getirildiği 11.06.2013 tarihinden önce olması halinde haciz konulabileceğinden şikayet reddi, ilam tarihi 11.06.2013 tarihinden sonra olması halinde ise haciz yasağı mevcut olduğundan şikayetin kabulü gerekir.

Somut olayda 27.12.2012 karar tarihli takip konusu ilamda; İdarenin kamulaştırmasız el atma eyleminin 1983 yılından öncesine ait olduğuna ilişkin iddia ve bilgi bulunmamaktadır. Bu nedenle kamulaştırmasız el atmaya ilişkin eylemin 1983 yılından sonra olduğunun kabulü gerektiğinden ve olayda uygulanması gerekli 6111 sayılı Yasa'nın Geçici 2.maddesinin iptal edildiği, ilam tarihinin 11.06.2013'den öncesine ait olduğu da nazara alınarak, borçlu aleyhine haciz uygulanmasında anılan yasal çerçevede hukuka aykırı bir yön bulunmadığı kabul edilmelidir.Mahkemenin yazılı gerekçesi isabetli olmamıştır.

Bu kapsamda; V. Esenyurt Şubesi'nin şikayete konu hesap numarasına uygun hesap ekstreleri getirtilerek, hesaptaki paraların mahiyeti ve kaynağı belirlenerek, diğer şikayet nedenleri kapsamında değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi yerine, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetsiz olmuştur.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme hükmünün yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nin 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunabileceğine, 22.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

MEVSİMLİK ÇALIŞMA • İSTİFA
•
HİZMET TESPİT DAVASI

ÖZET: Davalı vekili tarafından cevap dilekçesinin ikinci sayfasında hizmet tespiti davası açıldığından bahsedilmiştir. Hizmet tespiti davası sonucunda verilecek karar bu dava açısından da hizmet süresi bakımından belirleyici olacaktır. Bu nedenle cevap dilekçesindeki savunma doğrultusunda davacı tarafından açılmış bir hizmet davası bulunup bulunmadığı ve varsa akıbetinin ne olduğu hususunun araştırılarak varsa bu dosyanın sonucu beklenmelidir.

Y.9. HD. E:2010/38454 K:2013/2582 T:23.01.2013

DAVA

Davacı, kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı asıl, davalı işyerinde 27.02.20025 tarihinde işe başladığını, 01.07.2007 tarihinde haksız olarak işine son verildiğini iddia ederek, ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının dava tarihi itibariyle yasal faiziyle tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının 03.06.2005 tarihinde aşçı olarak işe alındığını, davacının 2006 yılının Mart ayında ailevi sorunları olduğunu, ayrıca memleketine fındık toplamaya gideceğini söyleyerek işten ayrılmak istediğini beyan ettiğini, 30.03.2006 tarihinde istifa ve maaş alacağının kalmadığına

dair dilekçe vererek aynı tarihte işten ayrıldığını, 2006 Kasım ayında tekrar gelerek emekli olduğunu ancak geçinemediğini işe ihtiyacı olduğunu söylediğini, davacının müvekkili işyerinde çalışırken emekli olmadığını, 29.11.2006 tarihinde davacının yeniden işe alındığını, bir süre aşçı olarak çalıştığını, yine memleketine fındık toplamaya gideceğini, ailevi sorunları olduğunu söyleyerek işten ayrılmak istediğini söylediğini, 01.07.2007 tarihinde istifa dilekçesi vererek işten ayrıldığını, davacının 03.06.2005-30.03.2006 ve 29.11.2006-01.07.2007 tarihleri arasında çalıştığını, her iki dönemdeki hizmet akitlerinin birbirinden bağımsız olduğunu, hizmet akdi kesintisiz olmadığından kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığını, açtığı hizmet tespiti davasında sigortasız çalıştığını bilmediğini iddia ettiğini, işe giriş bildirgelerindeki imzaların kendisine ait olduğunu, işyerinin anaokulu olması nedeniyle okulda çalışanlarla hizmet sözleşmesi yapıldığını, ayrıca işe alınanların İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'ne bildirildiğini, Milli Eğitim Müdürlüğü'nün onay vermesi halinde işe alındığını veya iş akdinin devam ettirildiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere göre davacının davalıya ait işyerinde 4 yıl, 11 ay, 9 gün çalıştığı, davalı vekili davacının 30.03.2006 tarihinde emekli olarak ve istifa dilekçesi vererek işten ayrıldığını iddia ettiğinden, istifa dilekçesinin aslını sunması için kendisine ihtarlı kesin süre verilmesine rağmen bu istifa dilekçesinin aslını süresinde ibraz edemediğinden davacının bir istifa dilekçesi vermediğinin kabul edildiği, davacının hizmetli olarak çalıştığı, ek iş olarak yemek yapmasının da kendisinden istendiği ancak ek bir ücret verilmediği, davacının ek ücret istediği bu nedenle iş akdinin işverence haksız olarak feshedildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

2-İstifa dilekçesinin aslının Milli Eğitim Müdürlüğü'nde olduğu anlaşıldığından istifa belgesinin aslının kesin süre içerisinde sunulamamasının davalının kusurundan kaynaklanmadığı anlaşılmakla, dosyaya kesin süreden sonra sunulan ve davacıya atfen imza içeren 30.03.2006 tarihli istifa dilekçesi aslı üzerinde imza incelemesi yaptırılarak sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine, iadesine, 23.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TALEBİ AŞAN KARAR VERİLEMEYECEĞİ İKRAMİYE ÖDEMESİ'NİN DAVALI KARINA BAĞLI OLDUĞU

•

GÜNÜNDE ÖDEMEME HALİNDE %55 FAİZLE ÖDEME KURALININ UYGULANMASI

•

TAZMİNAT VE ALACAKLAR İÇİN İHTARNAME KEŞİDESİ VE TEMERRÜT

ÖZET: Davacının bildirdiği vakıa ve talep dışına çıkılarak tazminat ve alacakların hesaplanması hatalıdır.Vakıa ve talepte bağlılık kuralına uyularak tazminat ve alacakların hesaplanması gerekir.

Kural gereği davacı basın işçisinin 5953 Sayılı Yasa'nın 14/son maddesine göre ikramiyeye hak kazanabilmesi için davalının o yıl için kar etmiş olması gerekmektedir. Bu ikramiyeye hak kazanmada işverenin kar ettiğini davacı işçi kanıtlanmalıdır. Fazla saatlerde çalışma karşılığı olan asıl alacaklardan yapılan indirim oranında günlük yüzde beş fazla ödeme miktarlarının da indirilmesi gerektiği açıktır. Günlük yüzde beş fazla ödeme miktarları, gerçekleşen ve kabulü gereken asıl alacak miktarlarının gününde ödenmemesinden kaynaklanmış olmakla, günlük yüzde beş fazlasının da doğrudan hüküm altına alınan asıl alacak miktarlarına göre tespiti gerekir. Bundan başka yukarıda sözü edilen gerekçelerle günlük yüzde beş fazla ödeme tutarlarından oransal indirime gidilmelidir. Hüküm altına alınacak tazminat ve alacakların söz konusu ihtarnamenin tebliğ edildiği temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekir. Mahkemece kıdem tazminatına fesih tarihinden diğer tazminat ve alacaklara ise dava ve ıslah tarihinden yasal faiz yürütülmesi ayrı bir bozma nedenidir.

Y.9. HD.E 2011/11816 K2013/15114 T.20.05.2013

DAVA: Davacı, vekili, davacı işçinin Basın İş Kanunu'ndan doğan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin, ikramiye, fazla mesai, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile tatil çalışmaları karşılığı ücret ve günlük %5 fazla ödeme alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, davacının davalı şirketin dünya adlı gazetesinde 01.09.1991-06.06.2006 tarihleri arasında istihbarat şefi olarak çalıştığını, iş akdinin davalı işverenlikçe haksız olarak feshedildiğini, son aldığı brüt ücretinin 3.451, 50 TL olduğunu, Üsküdar 2 Noterliğini 17448 yevmiye sayılı ihtarnamesinin işverene keşide edilmesine rağmen yasal haklarının ödenmediğini, davalı işverenin iş akdinin üst üste mazeretsiz işe gelmeme gerekçesi ile feshetmek amacıyla Bakırköy 24. Noterliği'nden 08.06.2006 tarihli ihtarname keşide ettiğini, çalışma saatlerinin 08, 30-19, 30 arası haftada 6 gün olduğunu, haftada 1 gün izin kullandığını, bayram tatillerinin tümüyle çalışıldığını hak ettiği 42 günlük iznine karşı 20 ya da 25 gün izin kullandırıldığını, 2005 yılında iznini 42 gün olarak kullandığını 10 Mayıs 2000 tarihinde anjiyo olup kendisine 1 yıllık rapor verildiğini, ancak raporlu olmasına rağmen mayıs sonu itibariyle çağrılması üzerine talimata uyarak işyerine gittiğini belirterek, Basın İş Kanunu'ndan doğan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin, ikramiye, fazla mesai, tatil çalışmaları karşılığı ücret ve günlük %5 fazla ödeme alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacı iddialarının gerçek dışı olup iş sözleşmesinin fesih bildiriminde de belirtildiği üzere İş Kanunu'nun 25/II-g ve Basın İş Kanunu' nun ilgili maddeleri gereğince haklı olarak feshedildiğini, davacının davalı şirketinde bağlı olduğu D. şirketler grubu bünyesinde yer alan D. S. ve O. A.Ş'de 08/06/2006 tarihine kadar çalışmış olup taraflar arasında akdedilen 18/07/2005 tarihli sözleşme gereğince son olarak istihbarat şefliği görevi yaptığını son dönemlerde çalışma performansının günden güne düşerek kendisinden beklenen görevlerin yerine getirilmesinden aksamalar

olduğu, tespit edilerek muhtelif kez uyarılarda bulunulduğunu ve en son 05/06/2006 tarihinde sebepsiz ve mazeretsiz olarak işe gelmediğini tespit edilmesi üzerine iş akdinin İş Kanunu 25II-G maddesine göre tazminatsız olarak feshedildiğini, kendisine herhangi bir konuda baskı yapılmasının ve 07/06/2006 tarihinde işyerine geldiğinde işe alınmadığı iddiasının gerçek dışı olduğunu, davacının tahakkuk edipte kendisine ödenmemiş, ikramiye, fazla mesai, hafta sonu ve genel tatil ücreti ile izin alacağı adı altında herhangi bir alacağı bulunmadığını, taraflar arasında akdedilen 18/07/2005 tarihli sözleşmenin 3. maddesine göre kararlaştırılan ücretine hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin dahil olduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel mahkeme kararının özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan hesap raporuna itibar edilerek, davacının davalı iş yerinde çalışırken iki gün üst üste işe gelmediği gerekçeleri ile iş akdinin feshedildiği, devamsızlık belgeleri olarak işe giriş-çıkış kart kayıtlarının sunulduğu, tutanaklar sunulduğu ancak davalı tanıkları davacının garajdan giriş yaptığını ve kart basmadığını belirttiklerinden işe giriş ve çıkış kayıtlarının devamsızlığı ispatlanamayacağı, tanıkların da yöneticilerin kontrolü üzerine tutanağı hazırladığını belirttiklerinden tanık beyanlarının da ispata yeterli olmadığı, ayrıca dosyaya sunulan 06/06/2006 tarihli iş sözleşmesinin karşılıklı mutabakat ile sona erdiğine ilişkin anlaşma başlıklı belgeye göre iş sözleşmesinin 06/06/2006 tarihinde feshedildiğini, belgedeki şirket imzasının tanık E. tarafından da kabul edildiği, bu durumda davacının devamsızlığa bağlı iş akdi feshinin gerekçesinin doğru olmadığı, Basın İş Kanunu'nda devamsızlığa dayalı fesih nedeninin de bulunmadığı, kaldı ki davacının 06/06/2006 tarihinde davalı işverenin yetkilisi D. tarafından sözleşme imzalanmaması üzerine "burayı terk et" denilmek suretiyle işyerinden uzaklaştırıldığı, bu tarih itibari ile iş akdi feshinin gerçekleştirildiğinin kabulünün gerektiği, davacının iş akdi feshinin haksız olduğu bilirkişi raporunda belirtilen miktar kıdem ve ihbar tazminatının davacıya verilmesinin gerektiği, davacının bilirkişi raporunda hesaplanan şekilde fazla çalışma, genel tatil çalışması yaptığı, davacının fazla mesai, genel tatil çalışması ücretinin ödendiğinin davalı işveren tarafından ücret bordrosu ya da eş değer belge ile ispatlanamadığı, işveren zarar ettiğini kanıtlayamadığı, bu nedenle ikramiye alacağına hak kazanıldığı, davacının kullanmadığı izinleri bulunduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1-)Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-)Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nun 74 ve 75 ve yeni 6100 sayılı HMK'nın 25, 26 maddeleri uyarınca hakim, dava veya cevap dilekçesinde bildirilen vakıalara bağlı olup, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Tarafların talep sonuçları ile bağlıdır, ondan fazlasına veya başka şeye karar veremez.

Dosya içeriğine göre davacı vekili davacının en son 3.451, 50 TL brüt çıplak ücretle çalıştığını belirterek, tazminat ve alacak isteminde bulunmuştur. Hükme esas bilirkişi raporunda ise davacının 3.959, 93TL brüt çıplak ücretle çalıştığını kabul edilerek, tazminatı ve alacaklar hesaplanmıştır.

3-) 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 14. maddesinde, "gazeteciler her hizmet yılı sonunda işverenin sağladığı karın emeklerine düşen nispi karşılığı olarak asgari birer aylık ücret tutarında ikramiye alırlar" şeklinde kurala yer verilmiştir.

Mahkemece aksine bir gerekçe ile davalının zarar ettiğini kanıtlayamadığı gerekçesi ile bu alacağın kabulü isabetsizdir. Davalı işverenin mali bilanço ve vergi kayıtları getirtilmeli, kar ve zarar durumu açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre ikramiye alacağı belirlenmelidir.

4-)5953 Sayılı Kanun'da bazı alacakların gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödenmesi gerektiği yönündeki düzenlemenin amacı, gazetecinin ücret ve diğer bazı işçilik alacaklarını güvence altına almak ve kitleleri doğru bilgilendirme gibi önemli bir görevi de olan gazeticiye belli bir oranda iş güvencesi sağlamaktadır. Gerçekten gazetecinin emeğinin karşılığı olan hakları yeterince güvence altına alınmadığı taktirde göreviyle ilgili konularda bağımsızlığı ve hatta tarafsızlığından söz edilemez.Bu nedenle yasa koyucu gazeteciler yönünden ücret ve bazı diğer hakları koruma çabası içine girmiştir. Düzenleme ile hedeflenen amaç, gazetecinin ücret ve diğer işçilik haklarının gününde ödenmesini sağlamaktadır. İşverenin yasa hükmüne uyması durumunda günlük yüzde beş fazla ödeme bakımından bir yaptırım gündeme gelmez. Buna karşın ödemelerin gecikmesi halinde günlük yüzde beş fazla ödeme kuralı yıllık %1825 oranına karşılık geldiğinden, kısa süre içinde önemli miktara ulaşabilmektedir.

Söz konusu hüküm gazeteci yönünden de bir zenginleşme aracı olarak kullanılmamalıdır.

Konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na intikal ettirilmiş ve 1973/4-6 sayılı içtihadı birleştirme kararında yüzde beş fazla ödeme parasının önce niteliği üzerinde durulmuş, faiz ya da tazminat olmadığı, uyulması zorunlu bir kamu hükmü olduğu kararda belirtilmiştir. Bahsi Geçen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'nda, günlük yüzde beş fazlasıyla ödeme kuralının yüksek oran bir oran içermesi sebebiyle vaktinde ödenmeyen ücretler bakımından karşılıklı kusur durumları gözetilerek Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca bir indirime gidilmesi gerektiği kabul edilmiştir.Dairemiz anılan hüküm paralelinde günlük yüzde beş fazla ödemelerden indirime gitmektedir. İndirim oranının tespitinde gazetecinin fazla çalışma saatleriyle ilgili talepleri yönünden gecikilen süre, hesaplamaya konu olan asıl alacak tutarları ve günlük yüzde beş fazlasının belirlenen miktarı da gözetilmektedir.

Dosya içeriğine göre davacının %5 fazla ödemeye esas fazla çalışmalarından %30 oranında indirim yapılmış, ancak %5 fazla ödeme bu indirim yapılmadan hesaplanmış ve daha sonra 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca %70 oranında indirim yapılmıştır.Bu hesaplama biçimi ve indirilen oran, yukarda anlatılan yönteme aykırıdır. Öncelikle %5 fazla ödeme, %30 hakkaniyet indirim yapılan fazla mesai ücreti üzerinden hesaplanmalı ve daha sonra hesaplanan %5 fazla ödemeden %70 oranından daha fazla oranda Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca indirim yapılmalıdır.

5. Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatı için fesih tarihinden en yüksek mevduat faizi yürütüleceğine dair bir kurala yer verilmemiştir. Davacı işçi iş sözleşmesinin feshi üzerine 08.06.2006 tarihli noterden gönderdiği ihtarname ile işvereni temerrüde düşürmüş ve tazminat ve alacaklara temerrüt tarihinden faiz uygulanmasını talep etmiştir.

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 20.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EVLİLİK SEBEBİYLE FESİH
•
KIDEM TAZMİNATI • KÖTÜ NİYET OLGUSU

ÖZET: Resmi evlilik gerçekleşmeden evlilik gerekçesiyle hizmet akdini fesheden kadın kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Evlilik sebebiyle hizmet akdini fesheden kadın başka bir işyerinde çalışmaya başlayabilir.Bu durum evlilikten doğan kıdem tazminatını etkilemez.* **

Y.9. HD. E:2011/20789 K:2013/19362 T:24.6.2013

İş sözleşmesinin kadın işçi tarafından evlilik sebebiyle feshedilip feshedilmediği ve buna göre kıdem tazminatı hakkının doğup doğmadığı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla halen yürürlükte olan 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasında, bayan işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde evlilik nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanabilecek şekilde feshedilebileceği hükme bağlanmıştır. Kadın işçinin evlilik sebebiyle fesih hakkı, evlilik tarihinden itibaren başlar. Bu hak, sadece bayan eşe tanınmış olup, resmi evlilik işleminin tamamlanmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır.

Kadın işçinin evlilik öncesinde bu hakkını kullanması da olanaksızdır. Yine evlilik öncesi çeşitli işlemlerin yapılmasının işe devamsızlık noktasında geçerli mazereti oluşturup oluşturmayacağı her bir olay yönünden değerlendirilmelidir.

Kadın işçinin yasanın tanıdığı fesih hakkını kullanması halinde, kıdem tazminatı talep hakkı doğar. Feshin işverence kabul edilmesi gerekmez. Aynı zamanda işçinin işverene ihbar öneli tanıması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Kadın işçini, iş sözleşmesini evlilik nedenine dayalı olarak feshine rağmen başka bir işte çalışmaya başlamasının yasal hakkın kötüye kullanımı olup olmadığı her bir somut olay yönünden ayrı değerlendirilmelidir. Evliliğin kadına yüklediği toplumsal sorumluluğun bir gereği olarak yasada belirtilen fesih hakkı tanınmıştır. Çalışma hayatının evlilikle bir-

* Toprak İşveren Dergisinin 101.sayısından alınmıştır.

** Dergimizin 2013/3. ve 2013/1.sayılarında yayımlanan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Kararlarına bakınız.

likte gereği gibi yürütülemeyeceği düşüncesi, aile birliğinin korunması ve kadının aile ile ilgili görevleri, yasa koyucu bu doğrultuda bir düzenlemeye yönelmiştir. Bununla birlikte Anayasal temeli olan çalışma hak ve hürriyetinin ortadan kaldırılması düşünülemez. Kadın işçinin evlilik nedenine bağlı feshinin ardından kısa bir süre sonra yeniden çalışmasının gerekleri ortaya çıkmış olabilir. Hatta kadın işçi evlilik nedenine dayalı feshin ardından ara vermeksizin başka bir işyerinde çalışmaya başlayabilir ve bu durum evliliğin kadına yüklediği görevlerin yerine getirilmesi noktasında daha olumlu sonuçlar doğurabilir.

Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı 11.06.2009 tarihinde yazıp imzaladığı dilekçesi ile "14.08.2009 itibariyle evlilik nedeniyle ayrılmak durumundayım" diyerek iş akdini fesih hakkı resmi evlilik işlemi ile doğacağından ve davacı henüz resmi evlilik işlemi gerçekleşmeden iş sözleşmesini verdiği dilekçe ile sona erdiğinden kıdem ve ihbar tazminat taleplerinin reddi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile davacı istemlerinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİ OLMAYA HAK KAZANMA • KIDEM TAZMİNATI

ÖZET:İşçinin önel vererek iş sözleşmesini sebepsiz yere sona erdirip daha sonra Kuruma başvurup belge alması emeklilikten doğan kıdem tazminatını ortadan kaldırmaz.*

Y.9. HD. E:2011/20988 K:2013/21537 T:09.09.2013

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, davacının 447 Sayılı Yasa'nın 45 ve 506 Sayılı Kanun'un 60/1. A.a.b ve 81. maddesindeki koşulları taşıması nedeni ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/5 maddesi uyarınca ayrıldığı tarihte kıdem tazminatına hak kazandığını, ancak davalı işverenin ödemediğini belirterek, kıdem tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

* Gönderen: Av.Ertuğrul SAKAOĞLU, Kocaeli Barosu

B) Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesini önel vererek feshettiğini, fesih sebebinin istifa olduğunu, kıdem tazminatına hak kazanamayacağını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkemenin Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacının 05.01.2009 tarihinde emekli olmak için ayrılmadığı, işverene önel vererek iş sözleşmesini sona erdirdiği, davacının kuruma 11.05.2009 tarihinde başvurduğu, kıdem tazminatına hak kazanmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

D)Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

İşçinin öz varlığı olan emeğin sözleşmeye konu olması sebebi ile iş sözleşmesini düzenleyen kural ve kurumların ifadesi olan iş hukuku alanında, temel hak ve özgürlüklerin en geniş anlamı ile korunması ve işçi lehine yorumlanması esastır.

1475 Sayılı Yasa'ya 4447 Sayılı Yasa ile eklenen 5. bentteki "506 Sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının(A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle" işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin amacı, pirim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktadır. İşçi ayrıldığı tarihte sigortalılık süresini ve pirim gün sayısını tamamlamış ise kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Hakkın kötüye kullanılmadığı sürece işçinin herhangi bir neden belirterek veya neden belirtmeden ayrılması, iş sözleşmesini önel vererek sonlandırması, kıdem tazminatını hak kazanmasını etkilememelidir. Zira yasadan doğan bir hakkı bulunmaktadır. İşçinin daha sonra bunu belgelendirmesi ve işverene sunması, kıdem tazminatına hak kazanılmasını ortadan kaldırmaz. Bu gecikme sadece muaccel olan alacağın temerrüt durumunu dolayısıyla uygulanacak faizin tarihini etkiler.

Somut uyuşmazlıkta davacı işçi önel vererek fesih bildiriminde bulunduğu tarihte 1475 Sayılı Kanun'un 14/5 maddesi uyarınca yaş hariç sigortalılık süresini ve pirim gün sayısını tamamlamış ve kıdem tazminatına hak kazanmıştır. Davacının önel vererek iş sözleşmesini nedensiz sona erdirmesi ve daha sonra kuruma başvurarak belge alması, kıdem tazmi-

natı hakkını ortadan kaldırmaz. Davacının hesaplanan kıdem tazminatı bir değerlendirmeye tabi tutularak kabul edilmelidir. Yazılı şekilde reddi hatalıdır.

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: Somut olayda tüm dosya kapsamından davalı işçinin işini yaptığı ve davacı şirkete ait işyerinin davanın açıldığı tarihteki adresinin Bakırköy olduğu açıkça anlaşılmıştır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde, iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme de bakılabilir denmektedir. Yasa bu şekilde davacıya yetki konusunda seçimlik bir hak vermiştir.Davacı isterse davasını davanın açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde açabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede (somut olay açısından Bakırköy İş Mahkemesinde de) açabilir. Somut olayda davacı bu seçimlik hakkını kullanarak davasını işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede yani Bakırköy İş Mahkemesi'nde açmış olup mahkemece yanılgılı bir değerlendirme ile Kartal İş Mahkemesi'nin yetkili olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmektedir.

Y.9. HD. E:2011/33218 K:2013/29070 T:13.11.2013

DAVA: Davacı, maddi ve manevi tazminat alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, dava hakkında yetkisizlik kararı vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A)Davacı isteminin özeti:

Davacı, davalının işçisi olduğunu, davalı işçinin çalıştığı sırada gerçekleştirdiği eylemleri nedeniyle şirketin maddi ve manevi zarara uğramasına yol açtığını ileri sürerek, maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalıya usulüne uygun tebligat yapıldığı halde davalı davaya cevap vermemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, davalı işçinin dava açıldığı tarihteki ikametgah adresinin Kartal olduğu ve bu nedenle yetkili mahkemenin

Kartal İş Mahkemesi olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz edilmiştir.

E)Gerekçe:

Taraflar arasında yetkili mahkemenin hangi mahkeme olduğu konusunda uyuşmazlık vardır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca, iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme geçerli değildir.

İş Mahkemesi'nin görevi kapsamında bulunan bir dava, dava tarihinde davalının ikametgahının bulunduğu veya işçinin işini yaptığı yerdeki iş mahkemesi veya iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, gerçek kişi yönünden

yerleşim yeri, sürekli kalma niyetiyle oturulan yerdir. Gerçek kişi işverenin başka bir yerde yerleşmek niyetiyle oturduğu kanıtlanmadığı takdirde, kural olarak nüfusta kayıtlı olduğu yerin ikametgah olarak kabulü gerekir. Aynı Yasa'nın 49. maddesi gereğince, tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir(-Yargıtay 9.H.D.23.06.2008 gün vE 2008/17468 Esas, 2008/17262 Karar sayılı ilamı).

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde önemli olan işin yapıldığı işyeri tanımına, 5521 Sayılı Yasa'da yer verilmemiştir.İşyeri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler)ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Bir yer, ancak işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunmaktaysa, o işyerinden sayılacaktır.

İş veya toplu iş sözleşmesinin tarafları, davalının yerleşim yeri ve işin yapıldığı yer dışındaki bir mahkemenin yetkili olduğuna dair düzenleme yapmaları, 5521 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin emredici nitelikteki son cümlesi gereğince geçersizdir.

Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca, adı geçen Yasa kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu Kanundan veya iş sözleşmesinden doğan davalar hakkında da, 5521 Sayılı Kanun hükümleri uygulanır. İş sözleşmesinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür."

İş Mahkemesi'nin yetkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan, davalı tarafça süresinde yetki itirazı yapılmamış olsa bile, mahkeme tarafından bu husus kendiliğinden göz önünde bulundurmalıdır. Bir başka anlatımla hakim, davanın her aşamasında yetki itirazını dikkate alabileceği gibi, kendisi de resen yetersizlik kararı verebilir. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2008/20378 Esas, 2008/12778 Karar sayılı ilamı).

5521 Sayılı Yasa'nın yetkiyle ilgili bu düzenlemesi yanında, diğer bir kısım yasalarda da uyuşmazlığın çözümü için hangi iş mahkemelerinin yetkili olduğu konusunda düzenlemeler bulunmaktadır.

4857 Sayılı Kanun'un 79. maddesinde, komisyon kararı ile iş güvenliği yönünden işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararına karşı, işverenin yerel iş mahkemesine,

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 28. maddesinde, uluslararası nitelikte bir kuruluşa üyeliğin iptali davasında, sendika veya konfederasyon merkezinin bulunduğu iş mahkemesine, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca, iş kolu istatistiklerine karşı Ankara İş Mahkemesine,

Aynı yasanın 15. maddesine göre, sendika yetki çoğunluğu tespitine dair kararlara, 16ncı madde uyarınca Toplu İş Sözleşmeleri'nin hükümsüzlüğü, 46. maddeye göre, uygulanmakta olan grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespiti, 47. madde uyarınca gereği, grev ve lokavtın durdurulması, 51/4 maddesi gereğince, grevin sona erdirilmesi, 60. madde uyarınca Toplu İş Sözleşmesinin yorumu istemlerinin, işyerinin bağlı olduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye, başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Somut olayda tüm dosya kapsamından davalı işçinin işini yaptığı ve davacı şirkete ait işyerinin davanın açıldığı tarihteki adresinin Bakırköy olduğu açıkça anlaşılmıştır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde, iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme de bakılabilir denmektedir. Yasa bu şekilde davacıya yetki konusunda seçimlik bir hak vermiştir.Davacı isterse davasını davanın açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde açabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede (somut olay açısından Bakırköy İş Mahkemesinde de)açabilir. Somut olayda davacı bu seçimlik hakkını kullanarak davasını işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede yani Bakırköy İş Mahkemesi'nde açmış olup mahkemece yanılgılı bir değerlendirme ile Kartal İş Mahkemesi'nin yetkili olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmektedir.

F)SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13/11/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN BAŞKA DAVADAKİ BEYANLARI

•

MAHKEME HARİCİ İKRAR

ÖZET: Davacı işçinin dava konusu işvereniyle ilgili olarak tanık sıfatıyla verdiği ifadeler kendisini bağlar. Bu nedenle işçinin o mahkemede tanık sıfatıyla verdiği ifade doğrultusunda ücreti ve işyerindeki çalışma süreleri belirlenmelidir.*

Y.9. HD. E:2011/51335 K:2013/33684 T:17.12.2013

Davacı, davalı işyerinde 4.5.1986-23.09.2008 tarihleri arasında en son aylık net 3.104 TL ücretle mesul müdür olarak çalıştığını, işveren tarafından iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin, fazla çalışma ve genel tatil alacaklarını istemiştir.

B) Davalı cevabının özeti:

Davalı, davacının istifa ederek ayrıldığını, işçilik alacakları yönünden kendilerini ibra ettiğini, taleplerinin zaman aşımına uğradığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini feshetmekte haksız olduğu, kullanmadığı yıllık izni bulunduğu, fazla çalışma ve genel tatil çalışması yaptığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm davalının ise aşağıdaki bentlerden kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçinin fazla çalışma ve genel tatil çalışması yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftada 15 saat fazla çalışma ve ulusal bayramlarda çalıştığı kabul edilerek fazla çalışma ve genel tatil alacakları hesaplanmıştır. Halbuki davacı işçi Bakırköy İş Mahkemeleri'nde davalı işveren aleyhine açılan davalarda işveren lehine yaptığı tanıklıklarında, işyerinde 8, 30-17, 30 arası 1 saat 45 daki-

* Gönderen Av.Ulaş ÇAM

ka ara dinlenme ile çalıştığını, bu saatleri aşan çalışma yapıldığında fazla çalışma ücretinin ödendiğini, genel tatillerde çalışılmadığını açıkça beyan etmiştir. Davacının Mahkeme huzurundaki bu beyanları kendisini bağlayıcı niteliktedir. Mahkemece davacının beyanda bulunduğu tarih kadar ki fazla çalışma ve genel tatil ücretinin reddi gerekir. Beyandan sonraki dönem açısından ise bu alacakların kesin ve inandırıcı delille kanıtlanması halinde hüküm altına alınabileceği gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

3-Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı, davalı işyerinde en son aylık net 3.104 TL ücretle çalıştığını ileri sürmüştür. Davalı işveren ise davacının asgari ücretle çalıştığına ilişkin ücret bordroları ibraz etmiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ücret araştırmasına itibar ederek aylık 1.750 TL net ücretle çalıştığı kabul edilerek işçilik alacakları hesaplanmıştır. Halbuki davacı işçi Bakırköy İş Mahkemeleri'nde davalı işveren aleyhine açılan davalarda işveren lehine yaptığı tanıklıklarında işyerinde asgari ücretle çalıştığını açıkça beyan etmiştir. Davacının Mahkeme huzurundaki bu beyanları kendisini bağlayıcı niteliktedir. Mahkemece gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davacının işçilik alacakları asgari ücret üzerinden hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

F)SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 990.00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 17.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BOZMADAN SONRA ISLAH YAPILMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

•

BOZMADAN SONRA ÜCRET ARAŞTIRMASI YAPILMASININ ANLAMI

ÖZET: Kısaca ister usule ilişkin ve isterse esasa yönelik bozma kararı verilsin bozmadan sonra araştırma yapılarak tahkikat devam ediyor ise bozmadan sonra ıslah mümkün kabul edilmelidir. Ancak esasa ilişkin bozma kesin ve araştırma yapılmasını gerektirmeyen, kısaca tahkikat yapılmasını gerektirmiyor ise bozmadan sonra ıslah kabul edilmemelidir.

Bozma içeriğine göre bozmadan sonra araştırma yapılmış ve tahkikat devam etmiştir. Tahkikat devam ettiğine göre davacı tarafın ıslah işleminin kabulü gerekirdi. Mahkemece "bozmadan sonra ıslah mümkün değildir" gerekçesi ile davacının ıslah talebinin reddi hatalıdır.* **

Y.9. HD. E:2014/580 K:2014/653 T:20.01.2014

DAVA: Davacı vekili, işe iadesine karar verilen davacının işe başlatılmadığını, ancak bu başlatmama nedeni ile haklarının eksik ödendiğini belirterek, fark kıdem, ihbar ve işe başlatmama tazminatı ile ücret, ücretli izin ve boşta geçen süre ücret ve sosyal hak alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece bozma üzerine yapılan yargılama sonunda, davanın kısmen kabulüne, fark kıdem tazminatının reddine, diğer tazminat ve alacaklarının kısmi olarak talep edilmesi nedeni ile kabulüne, fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulmasına karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

* Çalışma ve Toplum Dergisinin 2014/2.sayısından alınmıştır.

** Dergimizin bu sayısındaki 7.21.H.D.'nin 2012/9429 ve Dergimizin 3.sayısındaki Y.9.H.D'nin 2011/33835-42324 sayılı kararlarına bakınız.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176 ve devamı maddelerinde ıslah kurumu ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olup, 176. maddede, davanın her iki tarafının da yargılama usulüyle ilgili bir işlemini kısmen veya tamamen ıslah edebileceği, ancak aynı dava içerisinde bu yola sadece bir kez başvurulabileceği ; 177/1 maddede ise ıslahın tahkikatın sona ermesine karar yapılabileceği belirtilmiştir

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177. maddesindeki kuralın ve bu kapsamda tahkikat kavramının irdelenmesinde yarar vardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 147 ve izleyen maddeleri hükümlerine göre, tahkikat evresi, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra, tarafları duruşmaya çağrılmasıyla başlar; tarafların veya vekillerinin duruşmada dinlenmelerinden sonra, gerektiğinde çekişmeli hususlar hakkında tarafların delillerinin toplanmasıyla ve bunların incelenmesiyle sona erer. Tahkikat evresinin ardından, sözlü yargılamanın da (Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.186 ve devamı)tamamlanmasından sonra, davanın hüküm verilecek derecede aydınlanmış olması halinde hüküm verilir ve tefhim edilir. Buna göre, tahkikat kavramı, layihalarda yeterince aydınlanmamış olan bir davada, tarafların duruşmaya çağrılmalarıyla başlayıp, çekişmeli yönlere ilişkin taraf delillerinin toplanmasıyla biten ve uygulamada, davaların tamamına yakın bölümünde gerçekleşen bir evreyi ifade etmektedir. Vurgulanmalıdır ki; tahkikat evresi, bozmanın içerik ve kapsamına göre, bazı hallerde bozmadan sonra da gerçekleşebilir. Ancak, 177.maddedeki "Islah, tahkikatının sona ermesine kadar yapılabilir." ifadesinden, Kanun'un, tahkikat ve hüküm arasında düzenlediği sözlü yargılama evresinde ıslaha izin vermediği sonucu çıkarılabilmektedir.

Dosya içeriğine göre mahkemece verilen ilk karar Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından tazminat ve alacaklara esas ücretin belirlenmesi yönünden davacı lehinde bozulmuş ve uyulan bozma kararı sonrası ücret araştırması yapılarak davacı tarafın tazminat ve alacakları bilirkişi raporu ile hesaplanmıştır .Bu hesap raporun üzerine de davacı vekili belirlenen tazminat ve alacakları ıslah süresi ile arttırarak talepte bulunmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarda belirtilen nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 20.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRÜ • ORGAN SIFATI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Limited şirketin işlerini yürütmek ve ortaklığı temsil etme yetkileriyle şirkete müdür olarak atanan kişinin organ sıfatı bulunduğundan, bu kişi ile şirket arasında İş Kanunu kapsamında bir hizmet sözleşmesi ilişkisinin varlığından söz edilemez. *

Y.9. H.D.E. 2014/3752 K 2014/5833 T.25.2.2014

Taraflar arasındaki sözleşmenin, hizmet sözleşmesi ve davalının işçi sayılıp sayılmayacağı ve mahkemenin görevli olup, olmayacağı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Ortak sıfatı taşımayan davalı limited şirketin genel müdürü olan davacının iş akdinin tazminat gerektirecek şekilde feshedildiğini ve işçilik haklarının ödenmediğinden bahisle şirkete karşı ilamsız icra takibine başvurduğu, davalı şirketin borca itirazı üzerine takibin durması ile de açtığı itirazın iptali davasında, şirket ile müdür arasındaki ilişkinin niteliği ve dolayısıyla görevli mahkemenin belirlenmesi öncelikle çözümlenmesi gereken sorundur.

Genel olarak tüzel kişiler, hak ehliyetine sahip kişiler olarak, yaradılışı gereği insana özgü niteliklere bağlı durumlar dışındaki bütün haklara sahip olabilirler. Keza fiil ehliyetine sahiptirler, dolayısıyla kendi eylemleri sonucu hak sahibi olabilir, sahip oldukları hakları kullanabilirler ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Tüzel kişi soyut bir varlık olduğuna göre onun iradesini oluşturacak ve oluşan iradeyi açıklayacak organları vardır. Hukuk düzeni organların belirli kişi veya kişilerden oluştuğunu kabul etmiştir.Tüzel kişide genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu gibi organlar bulunur. Genel kurul ortaklarının oluşturduğu karar organı iken, seçimle oluşan yönetim kurulu temsil, denetim kurulu ise denetim organıdır. Limited şirketin icra işlerini yapmak ve ortaklığı temsil etmek üzere ortaklığa müdür veya müdürler atanabilir.Müdür veya müdürler limited ortaklığının ortaklarından seçilebileceği gibi, ortak olmayan kişilerden de seçilebilir(TTK M.540, 541) Limited ortaklık sözleşmesinde ortaklığın idare ve temsili ayrıntılı biçimde gösterilebilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla ortaklık işlerini idare ve temsile yetkilidir.Bu durumda limited şirketin ortak müdürleri organ olmaları nedeniyle yönetim hakkı, emir ve talimat yetkisini kullanabilir.

* Gönderen Av.Şevket Güney BİGAT

İşçiye özgü şahsi bağımlılık unsuru ortak müdürlerde görünmez, şirketi doğrudan doğruya işveren olarak temsil ederler.Bu nedenlerle ortak müdürlerin konumunu iş yasası kapsamında değerlendirme olanağı yoktur.

Ortak olan ile olmayan müdür arasında yetki ve sorumluluk açısından hiçbir fark yoktur.Çünkü ortak olan müdür ile olmayan müdür sıfatın geri alınması hali hariç aynı hükümlere tabi tutulmuştur.

Türk doktrininde ortak olmayan müdürlerin limited ortaklığın organı değil, ticari mümessili olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de, (Arslanlı / Domaniç, 622 ; Eriş 2, 1576) bu görüşe katılma olasılığı yoktur. Çünkü TTK m.540 ve 541 hükümleri uygulanarak "müdür" olarak tayin olunan kimse "müdür"dür ve müdürlere ilişkin hükümlere tabidir(TTKm.542, c. 2)Ticari mümessil veya vekiller BK m.449 vd. hükümleri uyarınca sıfat kazanırlar.TTK m.545 hükmü ise iç ilişkiye ait olup, BK m.449.f.l hükmünü değiştirmemiştir.Şöyle ki ticari mümessil yetkilerini kullanan ve limited ortaklık tarafından isimleri benimsenen bir kişi ortaklık genel kurulu tarafından tayin edilmiş olmasa bile BK m.449.f.l ve 2 uyarınca ticari mümessildir.Ticari mümessilin genel kurulunu toplantıya çağırma, müdürleri tescil ve ilan ettirme, tasfiyeyi icra gibi ortaklık hukukuna özgü yetkilere sahip değildir.Öyle ise, ortak olmayan müdür ile ticari mümessil ve vekil, tayin, azil ve yetkilerinin nitelikleri açısından farklı hükümlere tabidir (Poray/Tekinalp/Çamoğlu, Ortalıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. basım, s.958/959).Bu durum karşısında ortak olmayan müdürler de limited şirketin organı sayılır.Şirketin işverenidir ve şirketle aralarındaki ilişkiyi iş sözleşmesi kapsamında değerlendirme ve müdürleri işçi sayma olanağı yoktur.

Somut olayda;davacı 13.07.2005 tarihli ortaklar kurulu kararı ile imzalanan genel müdürlük sözleşmesi uyarınca şirketin tüm sorumluluğunu üstlenmiş olup, şirket organı sıfatı ile tüm ekonomik ve hukuki meselelerde sorumluluğun kendisine ait olmak üzere şirketi temsil etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir . Ayrıca genel müdür olarak şirketin tüm işlerini bir tacirden beklenen titizlikle yerine getirmek zorunda olduğu da ifade edilmiş olup, organ niteliğine sahip olması nedeniyle, yönetim hakkı, emir ve teslimat yetkisine haizdir. İşçiye özgü şahsi bağımlılık unsuru somut olayda gerçekleşmemiştir. Şirketi doğrudan olarak temsil eden davacının konumu iş kanunu kapsamında değerlendirilemez. Davaya bakma görevinin Ticaret Mahkemesine ait olduğu gözetilmeden işin esasına girilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Açıklanan sebepler ile temyiz edilen kararın, **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre tarafların sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, 25.02.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

İNTİZAM GÖREVLİSİ (DEĞNEKÇİ)
•
HİZMET TESPİTİ DAVASI

ÖZET: Gerek çalışılan yer, gerekse yapılan işin niteliğine göre, davacı ile davalı meslek odası arasında hizmet akdine dayalı bir ilişki bulunmadığının dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılması karşısında, davanın kısmen kabulüne dair verilen mahkeme hükmü isabetli bulunmamıştır. Somut olayda, işverenlik sıfatı, çalışmanın yapıldığı iddia edilen duraktaki minibüs işletmecilerine ait olup, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/4. maddesindeki;dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılgıya dayanması halinde, hakimin karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebileceğine ilişkin düzenleme de gözetilerek, söz konusu işverenlere ayrı ayrı ek dava açılmaksızın davaya dahil edilip savunma ve delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gereği gözetilmeksizin, yazılı biçimde hüküm tesis edilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Y.10. HD. E: 2013/10107. K: 2013/13473. T:17.06.2013

Dava, dolmuş hattında intizam görevlisi (değnekçi)olarak hizmet tespiti istemine ilişkinidir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalıların avukatları tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi . tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Geçici 7. maddesi uyarınca davanın yasal dayanağı olan 506 Sayılı Kanun'un" İşveren ve işveren vekilinin tarifi" başlığını taşıyan 4. maddesinde, bu Kanunun uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerin işveren olduğu belirtilmiştir.Diğer taraftan davanın temel yasal dayanağı, anılan kanunun 79. maddesinin onuncu fıkrası olup, söz konusu kanunun 6. maddesinde yer alan, sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği yönündeki düzenleme ile anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yasama geçirilmesindeki etkisi göz önünde bulundurulduğunda, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin bu tür davaların kamu düzeni ile ilgili olduğu ve özel bir duyarlılıkta ve özenle yürütülmeleri gerektiği açıktır. Belirtilmelidir ki, dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkinin varlığı medeni usul hukukumuzda" sıfat" olarak tanımlanmaktadır. Ve bir davada taraf olarak gösterilen kişilerin o dava ile ilgili kimseler olması zorunludur.Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarını kişilikleriyle ilgili olmasına karşın taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir.Sübjektif bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı)kural olarak o hakkın sahibine ait olduğundan, anılan hakka ilişkin bir davada davacı olma sıfatı da hakkın sahibine aittir ve buna aktif husumet denilmektedir.Bir sübjektif hak kendisinden istenebilecek olan kişi ise o hakka uymakla yükümlü olan kimsedir ve bu da pasif husumet(davalı sıfatı)olarak adlandırılmaktadır. Sübjektif hakkın sahibi olan kimse ile o hakka uymakla yükümlü bulunan kişinin kimler olduğunun saptanması, bir başka anlatımla davada davacı ve davalı sıfatlarının kimlere ait olduğu hususu, dava konusu (sübjektif)hakkın özüne ilişkin maddi hukuk sorunudur. Dava açan veya aleyhine dava açılan kişiler o davada davacı veya davalı olarak taraf sıfatına sahip değillerse, mahkemece dava konusu hakkın esası (var olup olmadığı) hakkında inceleme yapılmadan dava sıfat yokluğundan reddedilir ve bu karar davanın dinlenmeyeceğine ilişkin değil esasına yönelik bir karar niteliğindedir.Davacı veya davalıdan birinin taraf sıfatına sahip olmaması durumunda verilecek olan ret kararı o davadaki taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm oluştursa da, dava konusu hak ve taraf sıfatına sahip olan kişiler bakımından kesin hükümden söz edilemeyecektir.Dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olan taraf sıfatı (husumet) ve sıfat yokluğu, davada taraf olarak görünen kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olan bir itiraz niteliğindedir ve yargılamanın her aşamasında, isteme gerek kalmaksızın mahkemece kendiliğinden gözetilmesi zorunludur.

Yukarıdaki açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendi-

rildiğinde; O halde davalıların avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalı Esnaf Odasına iadesine 17.06.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAPICININ HİZMET TESPİTİ DAVASI

ÖZET: İnceleme konusu davada, yargılama aşamasında dinlenen tanıkların anlatımları, işçilik alacakları davası ve özellikle davacının 12.01.2012 günü yapılan duruşmadaki açık beyanı karşısında 01.03.1998-31.05.2002 tarihleri arasında çalışıldığı belirgindir. Şu durumda, anılan dönemde günde kaç saat hizmet görüldüğü açıklanan yöntemle, apartmanda oturanların, komşu apartman sakinlerinin, aynı çevrede faaliyet yürüten işverenler ve çalışanların ifadeleri alınmak suretiyle belirlenerek öngörülen dönüştürme işlemi yapıldıktan sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Y.10. HD. E:2012/21887 K:2013/20432 T:07.11.2013

Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün taraflarca temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi T. Tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gerçeği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Dosyadaki yazılar toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, tarafların sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-01.03.1998-03.06.2003 döneminde davalı işverene ait işyerinde apartman görevlisi olarak çalıştığı yönünde hakkında verilen işçilik alacaklarına ilişkin mahkeme kararı Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 11.04.2007

gün ve 25782/10261 sayılı ilamı ile onanarak kesinleşen davacının davalı Kuruma bildiriminin bulunmadığı, 12.11.1997-03.06.2003 tarihleri arasında hizmet akdine tabi olarak geçmesine karşın bildirimi yapılmayan çalışma sürelerinin tespitine ilişkin iş bu davanın yargılama aşamasında 12.01.2012 tarihli oturumda davacının 2002 yılının Mayıs ayından sonra kapıcılık yapmadığını belirttiği anlaşılmakta olup mahkemece 01.03.1998-30.06.2000 dönemine ilişkin tam gün üzerinden eksiksiz çalışma hüküm altına alınmıştır.

Davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Kanun'un 79/10. maddesi olup anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin buy tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunludur. Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesini, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip gerek görüldüğünde kendiliğinden araştırma yapılarak delil toplanabileceği açıktır.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olduğu belirtilmiş, 63. maddesinde, genel bakımdan çalışma süresinin haftada en çok kırbeş saat olduğu, aksi kararlaştırılmışsa bu sürenin, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı açıklanmıştır. Bu tür hizmet akdine tabi apartman görevlisi olarak çalışma iddiasına dayalı davalarda tam gün üzerinden veya kısmi zamanlı olarak çalışma olgusunun ortaya konulması önem arz etmekte olup bunun için; yöntemince saptanacak tanıkların bilgi ve görgülerine başvurulmalı, tüm mesainin apartmana hasredilip hasredilmediği, apartmanda periyodik olarak günlük ve haftalık hangi işlerin yapıldığı ve bunun için ne kadar zaman harcandığı araştırılmalı, kapıcı dairesinde oturulup oturulmadığı, başka apartmanlarda veya işyerlerinde herhangi bir hizmetin söz konusu olup olmadığı irdelenmeli, apartmanın büyüklüğü, daire sayısı, bahçesi olup olmadığı, ısınma sistemi ortaya konulmalı, çalışmanın kısmi zamanlı olduğu anlaşıldığı taktirde bu kez günde kaç saat hizmet verildiği ve giderek haftalık ve aylık çalışma süreleri belirlenmeli, sonrasında değinilen 63. madde kapsamında 7,5 saatlik çalışmanın 1 iş güne karşılık geldiğinden yola çıkılarak hüküm altına alınması gereken aylık çalışma süresi belirlenmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 gün ve 2010/21-230 Esas – 2010/266 Karar, 29.04.2011 gün ve 2011/21-130 Esas-2011/256 Karar sayılı ilamlarında da aynı görüş ve yaklaşım benimsenmiştir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde karar isabetsiz olduğu gibi, yargılamada vekil ile temsil olunan davacı yararına avukatlık ücreti belirlenmemesi de usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilmen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının isteği durumunda davacı ile davalı Huzur apartmanı Kat Malikleri Yönetimi'ne geri verilmesine, 07.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • TEDAVİ GİDERLERİ • İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİ • SİGORTA ŞİRKETİ

ÖZET: 0111 Sayılı Yasa'yla getirilen son düzenlemeye göre, SGK'nın trafik kazasından dolayı sigortalı için yaptığı tedavi giderlerini sigorta şirketinden istemesi mümkün değildir. Ancak, geçici iş göremezlik ödeneği anılan yasa kapsamı dışında olup Kurumca trafik kazasından dolayı sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği sigorta şirketinden istenebilecektir.

Y.10. HD E:2014/5225 K:2014/6200 T:18.3.2014

Dava, trafik kazası sonucu yaralanan sigortalıya yapılan tedavi giderleri ile ödenene geçici iş göremezlik ödeneğinin 5510 Sayılı Yasa'nın 21/4 ve 76. maddeleri uyarınca tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davalı A. Sigorta A.Ş. hakkındaki davanın yasa değişikliği sebebiyle konusuz kaldığı anlaşılmakla karar verilmesine yer olmadığına, davalı Y.T. hakkındaki davanın kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz edilmemek suretiyle kesinleşen karara karşı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/6. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığının gösterdiği lüzum üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından

kanun yararına temyiz isteğinde bulunulmuş olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakim tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Yasa Koyucu tarafından, trafik kazası nedeniyle sağlık hizmet sunucularınca verilen tedavi hizmet bedellerinin tamamının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması esasının getirilmesi amacıyla 25/2/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 13/2/2011 tarih 6111 Sayılı Yasa'nın 59. maddesi ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesi değiştirilmiş, anılan değişiklik ile "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, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 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 Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu söz konusu tutarı %50'sine kadar artırmaya veya azaltmaya yetkilidir…" hükmü getirilmiştir.

6111 Sayılı Kanun'un, yayımı tarihinde yürürlüğe giren Geçici 1. maddesi ile de "Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu Kanunun 59. maddesine göre belirlenen tutarın %20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erer…"hükmü öngörülmüştür.

Tedavi giderleri kapsamında, sigorta şirketinin, motorlu araç işletilmesinden kaynaklanan sorumluluğun zorunlu olarak sigorta teminatına bağlanması nedeniyle yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 Sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemede; trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastane-

ler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedellerinin karşılanacağı belirtilmiştir. Trafik kazası sonucu hastalık sigortası kapsamında Kurumca sigortalıya yapılan geçici iş göremezlik ödemeleri, yasa kapsamı içerisinde bulunmamakta olup, Kurumca sigortalıya yapılan geçici iş göremezlik ödemeleri, işletenden, şoföründen ve zorunlu mali sorumluluk sigortası poliçe limitleri içerisinde kalmak koşuluyla sigorta şirketinden tahsili mümkün olduğu bulunmaktadır.

Mahkemece açıklanan bu hususlar gözetilmeden davalı sigorta şirketi hakkındaki dava hakkında konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

Öte yandan; Avukatlık ücretinin takdirinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinde yer alan "hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır." şeklindeki açık yasal düzenleme uyarınca, karar tarihi itibariyle 21/12/2011 tarih 28149 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 12. maddesinde yer alan "Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, (yedinci maddenin ikinci fıkrası, dokuzuncu maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile onuncu maddenin son fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla,)

Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir.

Şu kadar ki asıl alacak miktarı 3.333, 33 TL'ye kadar olan davalarda avukatlık ücreti, tarifenin ikinci kısmının, ikinci bölümünde, icra mahkemelerinde takip edilen davalar için öngörülen maktu ücret alınır. Ancak bu ücret asıl alacağı geçemez." Düzenleme gereğince, davacı yararına, kabul edilen alacak miktarı 1.030 TL üzerinden, 440 TL vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde 1.200 TL vekalet ücretine hükmedilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, kararın kanun yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle Düzce İş Mahkemesi'nin 6/3/2012 günn ve 2010/170 e.2012/164 K. sayılı kararın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/6. maddesi uyarınca kanun yararına **BOZULMASINA,** bozma kararının bir örneğinin Resmi Gazetede yayınlanmak üzere Adalet Bakanlığı'na gönderilmesine, 18/3/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

ULUSLARARASI TAŞIMA • CMR KURALLARI

ÖZET: Uluslararası taşımalarda ülkemiz tarafından onaylanan ve bir iç hukuk kuralı haline gelen CMR konvansiyon hükümleri uygulanacaktır.*

Y.11. HD. E:2012/7657 K:2012/9951 T:07.06.2012

KARAR

Davacı vekili, müvekkili sigorta şirketi nezdinde "Nakliyat sigorta poliçesi" ile sigortalı bulunan dava dışı şirkete ait emtiaların davalıların A.P.'ın sürücüsü, davalı Y.K'nın çekicinin ve davalı şirketin yarı römorkun maliki oldukları araca Kayseri'den Irak'a gönderilmek üzere yüklendiğini, ancak kaza sonucunda sigortalı emtianın hasara uğradığını, ortaya çıkan zarardan davalıların sorumlu olduğunu ve kaza nedeniyle dava dışı sigortalıya 20.020, 00 TL ödendiğini, TTK'nın 1301.maddesine göre sigortalısının haklarına halef olduğunu ileri sürerek 20.020.00 TL rücuen tazminat alacağının reeskont faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket yetkilisi, hasar miktarının fahiş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı Y.K., hasar miktarının fahiş olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Diğer davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, tüm dosya kapsamına, toplanan delillere ve düzenlenen bilirkişi raporuna göre, dava dışı sigortalıya ait emtiaların davalı sürücünün %100 kusurlu olduğu kaza sonucunda hasara uğradığı, davalıların oluşan hasardan KTK'nun 85/1. ve TTK'nın 781.maddeleri gereğince sorumlu oldukları gerekçesiyle davanın kabulü ile 20.020.00 TL rücuen tazminat alacağının reeskont faizi birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı şirket yetkilisi temyiz etmiştir.

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

1-Dava, , dava dışı sigortalıya ait malların davalılar tarafından taşınırken meydana gelen kaza sonucunda hasara uğraması nedeniyle dava dışı sigortalıya ödenen tazminatın davalılardan rücuan tahsili istemine ilişkindir. Davaya konu taşıma, güzergahı ve taşınan mallarının niteliğine göre CMR yani" Eşyaların Karayolunda Uluslar arası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi "hükümlerine tabi bulunmaktadır. CMR Konvansiyonu Türkiye tarafından 30.10.1995 tarihinde kabul edilerek, bu tarihte yürürlüğe girmiştir. T.C. Anayasası'nın 90.maddesinin son fıkrasında usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Antlaşmaların kanun hükmünde bulunduğunun belirtilmiş olmasına göre uluslar arası taşımalarda TTK'dan daha sonra yürürlüğe giren ve ülkemiz tarafından onaylanmak suretiyle bir iç hukuk kuralı haline gelen CMR Konvansiyonu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu itibarla, davaya konu taşımanın niteliğine göre uyuşmazlığa CMR hükümlerinin uygulanması gerekirken mahkemece yazılı şekilde iç taşımaya ilişkin hükümler içeren TTK'nın 781.ve devamı maddeleri ile KTK'nın 85/1 maddesi uyarınca yapılan değerlendirme sonucuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu nedenle kararın öncelikle uyuşmazlığın çözümüne esas alınan yasal düzenlemenin doğru olarak tayin edilmemesinden dolayı bozulması gerekmiştir.

2-Bozma neden ve şekline göre, davalı şirket yetkilisinin uyuşmazlığın esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1)numaralı bentte açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı şirket yetkilisinin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 07.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞIMA HUKUKU • ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

ÖZET: CMR kuralına göre taşımadan doğan davalarda zamanaşımı süresi bir yıldır. Taşıyanın bilerek ve kötü hareketleriyle oluşan zararda zamanaşımı süresi üç yıldır.*

Y.11. HD. :2011/12619 K:2013/1079 T:24.1.2013

Davacı vekili, müvekkili sigorta şirketi nezdinde "Nakliyat emtia sigorta poliçesi" ile sigortalı bulunan dava dışı sigortalısına ait taze mantar emtiasının Türkiye'den Bulgaristan'a nakliyesini davalı şirketin gerçekleştirdiğini, nakliye sırasında emtianın -2 derecede taşınması sonucunda donarak hasara uğradığını, ortaya çıkan zarardan davalının sorumlu olduğunu ve hsasr nedeniyle dava dışı sigortalıya 16.822, 00TL ödendiğini, TTK'nın 1301.maddesine göre dava dışı sigortalısının haklarına halef olduğunu ileri sürerek, bu bedelin ödenmesi talebini içeren icra takibine davalı tarafından yapılan haksız itirazın iptali ile takibin devamına, davalının %40 icra inkar tazminatına mahkum edilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, zamanaşımı definde bulunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, tüm dosya kapsamına, toplanan delillere ve düzenlenen bilirkişi raporlarına göre dava dışı sigortalı gönderenin ön soğutmayı yapmadığı için %25, davalının aracının soğutma sistemin düzgün çalışmaması nedeniyle %75 oranında kusurlu olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, davalının icra takibine yönelik itirazın 12.024.66 TL'lik kısmının iptaline, bu miktar asıl alacağı takip tarihinden itibaren %27 ve değişen oranlarda avans faizi uygulanmasına, fazlaya ilişkin talebinin reddine, iptal edilen asıl alacak miktarı üzerinden davalının icra inkar tazminatına mahkum edilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava.Türkiye'den Bulgaristan'a davalı tarafından taşınan emtianın alıcısına hasarlı olarak teslimi nedeniyle, dava dışı sigortalıya ödenen sigorta tazminatının davalı taşımacıya rücuundan kaynaklanan icra takibine vaki itirazın iptali isteminden ibarettir.

Davacı vekili, cevap dilekçesinde takibe ve davaya konu alacağın TTK'nın 1301, 767/1 ve CMR 32. maddeleri uyarınca zamanaşımına uğradığını savunmuş. Buna karşın davacı vekilince sunulan replik dilekçesinde da-

* Gönderen Av.Hulki ÖZEL Mersin Barosu

valının takip dosyasına yapmış olduğu itirazın tebliğ edilmediğinden zamanaşımının işlemeyeceği ileri sürülerek bu savunmaya karşı çıkmıştır.

Mahkemece verilen 04.06.2010 tarihli ara karar ile İİK'nin 66.ve CMR'nin 32.maddelerine dayanılmak suretiyle davalının zamanaşımı def'i reddedilmiş, davanın esasına girilerek yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne hükmedilmiştir.

Mahkemenin gerek 4.6.2010 tarihli ara kararında ve gerekse de gerekçeli kararında, zamanaşımı süresinin ne zaman başladığına, sürenin ne kadar kabul edildiğine, hangi tarihte kesildiği yahut durduğu ve hangi tarihte yeniden başladığına ilişkin herhangi bir ayrıntıya yer verilmemiş ise de;benimsendiği belirtilen bilirkişi asıl raporunda, BK'nın 136/2.maddesi uyarınca borçlu davalının 20.06.2008 tarihli dilekçe ile kayda geçen borca itirazının davacı alacaklıya tebliğ edilmediğinden bahisle, alacaklının borçlunun itirazından haberdar olmaması nedeniyle haciz talep ettiği tarih ile itiraz tarihi arasında takibin durması gerektiği ileri sürülmüştür.

Bu durumda, yukarıda belirtilen hususlar üzerinde ayrı ayrı durulması, bu kapsamda takibe itirazın zaman aşımını kesen bir niteliği bulunup bulunmadığının, itiraz dilekçesinin alacaklıya tebliğ edilmemiş olmasının zamanaşımını durduran bir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceğin belirlenmesi gerekmekle birlikte öncelikle zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Takip ve davaya konu alacak, CMR hükümlerine göre taşınan emtiadaki hasardan kaynaklanmış olup bu nev'i talepler bakımından CMR'nin 32. maddesinin nazara alınması gerekmektedir. TTK'nın 1301.maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca davacı sigortacının, dava dışı sigortalısının hakkından daha fazlasına sahip olamayacağı açıktır. B durumda, mahkemece de kabul edildiği üzere, iş bu davada ileri sürülen zamanaşımı definin karşılanmasında dava dışı sigortalı ile davalı taşımacı arasındaki taşıma ilişkisi bakımından uygulanması gereken sözü geçen uluslar arası sözleşmenin 32. maddesi hükmünün nazara alınması gerektiğinde kuşku yoktur.

CMR'nin 32/1 maddesinde, sözleşme kapsamındaki taşımalardan kaynaklanan davalar bakımından zaman aşımı süresi 1 yıl olarak kabul edilmiş, taşımacının bilerek kötü hareket olarak kabul edilecek kusurlarının söz konusu olması halinde ise 3 yıl olarak belirlenmiştir.

Dosya kapsamına ve iddianın ileri sürülüş biçimine göre dava dışı sigortalı tarafından gönderilen ve davalı tarafından taşınan mantar emtiası, uygun olmayan ısı koşullarında taşınmasından ötürü hasar görmüş ve yurtdışındaki alıcısı tarafından kabul edilmemiştir.Bu durumda, davalı

taşıyıcının hasarın oluşmasına" bilerek kötü hareketin" neden olduğunun iddia edildiği sürülemeyeceği gibi mahkemenin de bu yolda bir kabulü yoktur. Şu halde, somut dava bakımından zamanaşımı süresinin 1 yıl olarak kabulü zorunludur.

İkinci olarak, zaman aşımı başlangıcı üzerinde durulmalıdır. CMR'nin 32/1. maddesinin (a)ve (b) bentlerinde zamanaşımı süresinin emtiadaki hasarın niteliğine göre v en erken teslim tarihinden olmak üzere belirleneceği ifade edilmektedir.

Öte yandan, CMR'nin 23/3.maddesi gereğince, zaman aşımının kesilmesi ve durması hususları ile ilgili olarak davanın açıldığı mahkemenin hukuku uygulanacak olup, bu durumda 818 sayılı BK'nın 132, 133, 136. maddeleri hükümlerinin de bu çerçevede gözetilmesi gerekecektir.

Dosya kapsamı uyarınca emtianın hasarlı dahi olsa 21.6.2007 tarihinde alıcısına teslim edildiği ve kabul edilmediği uyuşmazlık dışıdır. Bu durumda, davacı tarafından 3.6.2008 tarihinde girişilen icra takibinin en erken teslim tarihinden başlatılması gereken 1 yıllık zaman aşımı süresi içerisinde ikame edildiği ve zaman aşımının bu tarihte kesildiği, anlaşılmakla;

BK'nın 133/2. maddesi hükmü de gözetilerek, emtiadaki hasarın "tam kayıp" kabul edilip edilemeyeceğinin ve buna bağlı olarak zaman aşımı başlangıcının hangi tarih olduğunun belirlenmesi, somut dava bakımından sonuca etkili değildir.

Şimdide, BK'nın 133/2. maddesi uyarınca icra takibiyle kesilen 1 yıllık zaman aşımı süresinin yeniden ne zaman başlayacağı hususu üzerinde durulmalıdır.

BK'nın 136/2 .maddesi zaman aşımının icra takibiyle kesilmesi halinde takibe ilişkin her işlemden sonra yeni bir sürenin başlayacağı hükmünü haizdir. Başlayacak yeni sürenin, asıl zaman aşımı süresi kadar, bir diğer söyleyişle 1 yıldan ibaret olduğu izahtan varestedir. Dosyada mevcut icra takip dosyasının incelenmesinde, ödeme emrinin 13.06.2008 tarihinde davalı borçluya tebliğ edildiği, davalı borçlu vekili tarafından 20.06.2008 tarihinde borca itiraz edilmesi üzerine takibin durdurulduğu ve İcra Memuru tarafından alınan 27.06.2008 tarihli karar ile takibin durdurulmasına ve keyfiyetin alacaklıya tebliğine karar verildiği anlaşılmıştır. İcra Memuru tarafından alınan 27.6.2008 tarihli bu karardan itibaren davacı alacaklının haciz istemine ilişkin 21.12.2009 tarihli istemine değin geçen bir yılı aşkın sürede zaman aşımını kesen bir takip işlemi bulunmamaktadır.

İcra takibinin itiraz üzerine durması halinde, alacaklının kesilen ve

yeniden başlayan zaman aşımı süresinin tekrar kesilmesini ve yeni bir sürenin başlamasını teminen yapabileceği tek işlem itirazın iptalini veya kaldırılmasını dava etmekten ibarettir. Söz konusu işlemlerin, istikrar kazanan Yargıtay uygulaması ve doktrince de benimsenen "uyuşmazlığı ileriye götüren işlemler" niteliğinde olduğu açıktır. İİK'nin 67.ve 68. maddelerinde söz konusu davaların açılabilmesi için öngörülen 1 yıllık ve 6 aylık süreler ise hak düşürücü nitelikte olup itirazın tebliği tarihinden itibaren başlamakla birlikte, bu davaların itiraz alacaklıya tebliğ edilmeden de açılmasına engel bir kanun hükmü bulunmamaktadır.İtirazın alacaklıya tebliğ edilmemesi, sadece İİK'nin 67. ve 68. maddelerinde sözü edilen hak düşürücü sürelerin başlamasına engel teşkil eder niteliktedir. Bu açıdan bakıldığında, iş bu dava, itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmış ide de, hak düşürücü süre ile zaman aşımının birlikte cereyanı ve her iki sürenin aynı (olayımızda olduğu gibi bir yıl)olması halinde zaman aşımı süresinin dolmasından sonra ve fakat hak düşürücü süre içerisinde açılan davanın alacağın zaman aşımına uğramasına engel bir niteliği yoktur.

Öte yandan, BK'nın 13. maddesinde zaman aşımını durduran sebepler sıralanmıştır. Belirtilen durum, bir diğer söyleyişle icra takibinin durması, anılan kanun maddesinde yazılı sebepler arasında yer almadığından işlemeye başlayan zaman aşımının itirazın alacaklıya tebliğine değin durmuş olduğundan da söz edilemeyecektir. Üstelik, İİK'nin 59. maddesi, icra takibine girişen alacaklının, borçlunun yapabileceği itirazın, tebliği için gerekli gideri peşinen karşılamakla yükümlü olduğu hükmünü içermektedir. Kısaca söylemek gerekirse, bu konudaki yükümlülük alacaklıya aittir. İncelenen takip dosyası zabıtlarından, alacaklı vekilin bu gideri yatırmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda da alacaklının itirazın kendisine tebliğ edilmediğinden bahisle davalının oyalaması nedeniyle zaman aşımı süresinin geçirildiğini, bir başka söyleyişle zaman aşımı definin ileri sürülmesinin MK'nın 2.maddesine aykırı olduğuna dayanabilmesi olanaklı değildir.Bir an için, BK'nın 132. maddesinde sıralanan zaman aşımını durduran sebeplerin sınırlı olmadığının, icra takibinin itiraz üzerine durdurulması halinde itirazın tebliğine değin alacağa yönelik zaman aşımı süresinin de duracağının ilke olarak kabulü halinde dahi, alacakların borçlunun itirazı ile itirazın alacaklıya tebliği arasında zaman aşımı süresinin durması gerektiği de ileri sürülemeyecektir.

Tüm bu nedenlerle, takip ve dava konusu olacak, CMR'nin 32, BK'nın 133, 132, 136. maddeleri gereğince dava tarihinden önce zaman aşımına uğramış olup, davalı vekilinin bu yoldaki definin eksik, hatalı ve yetersiz gerekçeyle reddedilmesi doğru olmamış, davalı vekilinin bu yöne ilişen

temyiz itirazının kabulüyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile yerel mahkeme kararının**(BOZULMASINA)** 24.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞIMA HUKUKU • TAŞIYICININ SORUMLULUĞU • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için hasarın, önlenmesi mümkün olmayan bir hal sebebiyle meydana geldiğini ispatlaması gerekir. Burada ispat külfeti tersine çevrilmiş bir kusur sorumluluğu bulunmaktadır.

Y.11. HD. E:2012/3690 K:2013/3901 T:04.03.2013

Davacı vekili, müvekkil şirket ile İngiltere'de mukim F….International Limited arasında yapılan antlaşma gereğince 22.09.2008 tarih ve 025301 no'lu fatura içeriğindeki mallarla ilgili olarak 55.476 Euro üzerinden antlaşma sağlandığını, bu malların taşıma işinin davalılara verildiğini, malların davalı şirketler tarafından müvekkili şirketten teslim alınmasına rağmen alıcı firmaya teslim edilmediğini, müvekkil şirket tarafından davalılara ya malları iade etmeleri yada mal bedelini ödemelerinin ihtar edildiğini ancak bundan bir sonuç çıkmaması üzerine icra takibine girişildiğini, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu ileri sürerek, icra takibine itirazın iptali ve takibin devamına, %40 tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı B. Nak. Tic. Ltd. Şti. vekili, gasp edilen malların zararlarından müvekkili şirketin kusur ve sorumluluğu bulunmadığının, dava konusu talep muhakeme gerektirdiğinden icra inkar tazminatı talep edilemeyeceği savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı B. firmasına ait araçla, fatura konusu emtianın, taşınması sırasında

karayolu güzergahından gasp edildiği, CMR 17/2 maddesine göre taşıyanın önlemesine imkan olmayan durumlardan birini oluşturan bu olayda taşıyanın zarar sorumlusu olarak nitelenmeyeceği, olayın ve hasarın meydana geliş şekil ve sebebine göre sorumlukları ortadan kalkan davalılara karşı açılan davanın kanıtlanamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taşınan emtianın 3. kişiler tarafından gasp edilmesi nedeniyle tazminat istemine ilişkin olup mahkemece yukarıda yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir.

Ancak CMR Konvansiyonu 17/2. maddesi "Eğer kayıp, hasar veya gecikme istek sahibinin hatası veya ihmalinden, taşımacının hatasından değil de, istek sahibinin verdiği talimattan, yüke has bir kusurdan yahut da taşımacının önlenmesine olanak bulunmayan durumlardan ileri gelmiş ise, taşımacı sorumlu tutulamaz" hükmünü haiz olup, taşıyıcının anılan madde uyarınca sorumluluktan kurtulabilmesi, için hasarın, önlenmesine imkan bulunmayan bir halden meydana geldiğini kanıtlaması gerekir. Zira, taşıyıcının sorumluluğu ispat külfeti ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğudur. Somut olayda, davalı taraf aracın bir park yerinde gasp eylemine maruz kaldığını ileri sürmüştür. Her ne kadar taşıyıcının kusurunun bulunmadığı durumlarda gasp eyleminin varlığı taşıcıyı sorumluluktan kurtarır ise de, taşıyıcının gasp olayının gerçeklemesinde herhangi bir kusurunun bulunmaması gerekir. Bu itibarla, mahkemece, aracın gasp edildiği ileri sürülen tır parkının güvenli bir park olup olmadığı hususu üzerinde durulup güvenli değil ise, taşıyıcını sorumluluktan kurtulamayacağı, ancak güvenli bir park olması halinde sorumlu tutulamayacağı nazara alınarak bu şekilde bir araştırma ve inceleme yapılıp sonucuna göre hüküm kurmak gerekirken eksik inceleme ile yazı8lı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 04.03.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ULUSLARARASI TAŞIMA • CMR KURALLARI • MAHKEMENİN İZLEYECEĞİ YOL

ÖZET: Taşıma güzergah itibariyle uluslararası bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle somut olaya milli hukukun bir parçası haline gelen CMR kuralları uygulanacaktır. Bu nedenle deliller toplanmalı ve taşıma hukuku bir uzmanın da bulunduğu bilirkişi kurulundan rapor alınarak hüküm kurulmalıdır.*

Y.11. HD. E:2011/4051 K:2013/5343 T:19.3.2013

Davacı vekili, müvekkili nezdinde taşıma rizikolarına karşı sigortalı emtianın Ankara'dan Tikrit'e taşınmasının davalı tarafından üstlenildiğini, davalı sürücüsünün tam kusurlu olarak kaza yapması sonucu sigortalı emtianın tamamen hasara uğradığını, rucu koşullarının oluştuğunu, tahsili için yapılan icra takibinin itirazla durduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına %40 inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taşımayı yapan aracın müvekkili ile bir ilgisinin olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenmeyen bilirkişi raporlarına göre, davalı ile asıl taşıyıcı arasında taşımaya ilişkin taşeron sözleşmesi imzalandığı, davalının bildirdiği araçlar arasında yer alan 31 NT … -31 ….319 plakalı aracın sürücüsünün tam kusurlu olarak tek taraflı kaza yapması sonucu sigortalı emtianın tamamen hasara uğradığı, değerinin 50, 000 TL bulunduğu, araç başına teminatın 20.000 TL ile sınırlı olduğu, davalının zarardan sorumlu bulunduğu gerekçesiyle davalının itirazının iptaline, 20.000 TL asıl alacak ve 1.599 TL işlemiş faiz üzerinden takibin devamına ve asıl alacağın %40 oranındaki 8.000 TL inkar tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

2-Dava, taşıma sigorta poliçesi uyarınca ödenen tazminatın rucuan tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davalının, davacının sigorta ettireni K. firmasıyla 03.11.2004 tarihinde yaptığı taşeron sözleşmesi uyarınca Ankara'dan-Tikrit'e demonte prefabrik emtiayı taşımayı üstlendiği, uyuşmazlık konusu taşımanın da davalı tarafından sigorta ettirene bildirilen 31….318/319 plakalı araçla yapıldığı, anılan araç sürüsünün 13.11.2004 tarihinde tek taraflı kaza yapması sonucu emtianın hasarlandığı ve davacının bu nedenle sigorta ettirene ödeme yaptığını ileri sürdüğü hususları uyuşmazlık konusu değildir. Taşeron sözleşmesi içeriğinden davacının sigorta ettireninde taşıyıcı olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, hüküm yeterli araştırma ve incelemeye dayanmadığı gibi temel alınan bilirkişi raporları da karar vermeye elverişli değildir.Davacı vekili, müvekkili nezdinde sigortalı emtianın davalı nezdinde taşınması sırasında tam zayi olacak şekilde hasarlandığını, sigorta ettirene tazminat ödendiğini ileri sürerek halefiyet ilkesi uyarınca iş bu davasını açmıştır. Ancak, spesifik poliçe sunulmasına rağmen özel ve genel şartları içeren abonman sigorta sözleşmesi ibraz edilmemiş, anılan poliçenin niteliği, emtia taşıma sigorta poliçesi mi yoksa taşıma sorumluluk sigorta poliçesi mi olduğu, gerçekten ödeme yapılıp yapılmadığını, davacının aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığını, ödeme var ise hangi tarihte yapıldığı, davalının ne zaman temerrüte düştüğü veya düşmüş sayılacağı yönleri açıklığa kavuşturulmamıştır.

Öte yandan, davacının selefi sigorta ettiren ile davalı arasındaki taşeron sözleşmesi içeriği incelendiğinde, taşımanın Ankara'dan Tikrit'e yapılacağı kararlaştırılmıştır.Taşıma, güzergah itibariyle uluslar arası bir nitelik taşımaktadır. Somut olayda Anayasamızın 90. maddesi uyarınca milli hukukumuzun bir parçası haline gelen "Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyat için Mukavele Sözleşmesi (CMR)hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Anılan sözleşmede taşıyanın hak, yetki ve sorumlulukları farklı düzenlenmiştir. Uyuşmazlıkta CMR hükümlerinin dikkate alınmaması da doğru görülmemiştir.

Bu durum karşısında, davacı ile sigorta ettiren arasında düzenlenen abonman düzenlenen abonman taşıma sigorta poliçesinin genel ve özel şartlarını içeren aslı veya onaylı örneği ile sigorta ettirene yapılan ödemeyi gösterir belgenin dosyaya ibrazı sağlanıp, poliçenin niteliğinin açıklığa kavuşturulup, uyuşmazlığa CMR hükümlerinin uygulanacağının da dikkate alınıp, aralarında taşıma hukukunda uzmanın da bulunduğu bilirkişi kurulundan denetime uygun rapor alınması ve tüm kanıtlar birlikte değerlen-

dirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

3-Öte yandan kabule göre de tazminat alacağı likid olmadığı halde davacı yararına inkar tazminatına hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle de davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1)numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) ve (3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** takdir olunan 990.00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 19.03.2013 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

ULUSLARARASI TAŞIMA • CMR KURALI • NAVLUN BORCU • FOB ŞATIŞLAR

ÖZET: Taşıma sözleşmesinde alıcının sorumluluğundan söz edilmesi için öncelikli gönderilen malın alıcı tarafından teslim alınması gerekir. Alıcı eşyayı teslim almaktan kaçınıyorsa, borç daima gönderenin üzerindedir.

Faturada FOB satış olduğu yazılıdır. Bu durumda, taşıyıcının alıcı tarafından navlun ödenmediği takdirde malı teslimden kaçınabileceği ve alıcının ihtirazi kayıtsız şekilde malı alması halinde taşımadan doğan borçları üstlendiği kabul edilmelidir.

Y.11. HD. E:2012/14782 K:2013/12553 T:17.06.2013

Davacı vekili, müvekkili firma ile davalı şirket arasında 21.814 kg havucun Romanya'ya nakli hususunda anlaştıklarını ve 15/05/2009 tarihli beynelmilel hamule senedi tanzim edildiğini, müvekkili firmanın söz konusu havucu 18/05/2009 tarihinde belirtilen yere teslim ettiğini, ancak hamule senedinin sağ köşesindeki navlun ödenmesi hususunda bir talimat

yazılmadığından bahisle yükü teslim alan şirketten herhangi bir para alınamadığını, alınamayan bu bedel nedeniyle davalı şirket namına kesilen faturanın davalı tarafından ödenmediğini belirterek bu kez davalı şirket aleyhine icra takibi başlattıklarını, davalının takibe itiraz ettiğini, ancak itirazın iptali yerine eda davası açılmasının uygun görüldüğünü, ileri sürerek 4.822, 36 TL alacaklarının %40 inkar tazminatı ile birlikte hükmen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, Kırıkhan Sulh Hukuk Mahkemeleri'nin yetkili olduğunu, malın tesliminin FOB şeklinde olduğunu, buna göre ihracatı gerçekleştiren müvekkilin taşıma ücretinden sorumlu olmadığını, dava dilekçesinde eda davası olduğu belirtildiği halde itirazın iptali davası ile karıştırılarak %40 inkar tazminatı talep edilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre,

Türkiye'den Romanya'ya havuç taşımak üzere tarafların anlaştığı bu konuda senet düzenlediği, bu taşıma senedinde davalının gönderen olduğu, ayrıca davalının dava dışı olan gönderdiği kimseden dosyada bulunan belgeden kapalı faturadan mal bedelini aldığının sabit olduğu, dolayısıyla da malın hasarsız ve noksansız teslim edildiği, alıcının satış bedelini davalıya ödemiş olduğu herhangi bir kusur, ziyan ve eksiklik bildirmediği, dolayısıyla da ödememeyi gerekli kılacak herhangi bir sebebin olmadığı, taşıma işlerinin hasarsız gerçekleşmesi nedeniyle taşıyıcı davacının satış bedelini hak ettiği, davanın alacak davası açılması nedeniyle de %40 icra inkar tazminat talebine hükmedilmesine yer olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davalının Kırıkhan İcra Müdürlüğü'nün 2009/936 E.sayılı icra dosyasında yapmış olduğu itirazın 4.822, 36 TL'lik kısmının iptaline, dava tarihi itibariyle uygulanacak avans faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davacının diğer taleplerinin ise reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, navlun ücretinin tahsiline yönelik olarak açılan alacak davası olup, davacı dava dilekçesinde yapılan icra takiplerinden zımnen feragat ettiğini ve umumi hükümler dairesinde alacak davası açtığını bildirerek alacağının tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, gerekçeli kararda iddia özetlenirken davanın itirazının iptali davası olduğu belirtilmiş, gerekçede davanın alacak davası şeklinde açılması nedeni ile icra inkar tazminatına hükmedilmediği belirtilmesine rağmen, bu kez hükümde davanın kısmen kabulü ile davalının itirazının kısmen iptaline karar verilmiştir. Bu du-

rumda, davacı dava dilekçesinde icra takiplerinin zımnen feragat ettiğini ve alacak davası açtığını belirtmiş olduğundan mahkemece, davanın itirazın iptali davası olarak görülmesi, doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

2-Kabule göre de; gönderilen, taşıma sözleşmesinin tarafı olmadığı için gönderen ile taşıyıcının arasında taşıma akdinin kurulması ile birlikte borç altına girmez. Alıcı, ancak kanunen kendisine verilen sözleşme haklarını kullanmakla, örneğin malı teslim almakla taşıma sözleşmesinden doğan borçlar alıcıya intikal eder. (CMR'nin 13/2.maddesi, TTK'nın 792. maddeleri). Ancak, alıcı tarafından eşyanın tesellümünden kaçınıldığı taktirde bu borç daima eşya üzerinde tasarruf hakkı sahibi olan gönderenin üzerindedir.

Somut olayda, mahkemece navlundan gönderenin sorumlu olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de; göndereninde alıcıya hitaben düzenlediği faturada satışın FOB satış olduğu yazılıdır.Bu durumda mahkemece davacı taşıyıcının alıcı tarafından navlun ödenmediği takdirde malı teslim etmekten kaçınabileceği ve alıcının malı ihtirazı kayıtsız alması halinde taşımadan kaynaklı navlun ve diğer giderleri ödeme borcu altına girdiğinin kabulü ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi de doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 ve 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 17.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞIMA HUKUKU • MALIN YERİNDE TESLİMİ • ANTREPO ÜCRETİ

ÖZET: Fransa'dan Türkiye'ye taşınan eşyanın taşınmasına CMR kuralları uygulanacaktır. Gönderilen malın gümrükte değil yerinde teslim edileceği belirlendiğinden, gönderilenin antrepo ücretinden sorumlu olacağı düşünülmez.

Y.11. HD E:2013 / 11320 K:2013 /15946 T:18.9.2013

Davacı vekili, davalının ithal ettiği emtianın 19.06.2003 tarihinde müvekkilinin antreposuna alındığını, 19.06.2003 ile 28/11/2007 tarihleri

arasında tahakkuk eden 30.130, 00 TL ardiye ücretinin davalıdan talep edilmesine rağmen ödenmemesi nedeniyle davalı hakkında ircaa takibine geçildiğini, icra takibinin davalının haksız itirazı nedeniyle durduğunu ileri sürerek itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili dava konusu emtianın müvekkili kuruma ait olduğunun tespit edilemediği, müvekkile tarafından davacıya malların saklanması konusunda herhangi bir talimat verilmediği, davacının müvekkiline muhafaza edilen malla ilgili bildirimde bulunmadığı, davacının kötü niyetli olduğunu savunarak davanın reddini ve kötü niyet tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu emtianın dava dışı firma tarafından davalı ile aralarındaki sözleşme gereği, davalıya gönderildiği, emtianın Fransa'dan Türkiye'ye taşınması sebebiyle CMR hükümlerinin uygulanması gerektiği, dava dışı firma ile davalı arasında yapılan sözleşme gereği, gönderici firmanın gönderdiği emtiaların davalıya gümrükte değil, Elmadağ'da teslim ücretinden sorumlu tutulamayacağı gerekçesi ile davanın reddine, davalının kötü niyet tazminatı talebininde koşulları oluşmadığından reddine karar vermek gerekmiştir.

Kararı, taraf vekilleri ayrı ayrı temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre; taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, taraf vekillerinin bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 05, 90 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına aşağıda yazılı bakiye 05, 90 TL ile temyiz, ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 18.09.2013 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

TAŞIMA HUKUKU • TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

ÖZET: Taşınan yükün özelliği de dikkate alındığında, yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasar görmemesi için gerekli tedbirleri almaya taşıyıcının tam kusurlu olduğu kabul edilmelidir.*[42]

Y.11. HD E:2012/17577 K:2013/18544 T:23.10.2013

Yeni Ticaret Kanunu'nun 876.maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

Davacı vekili, müvekkili şirkete nakliyat emtia sigorta poliçesiyle sigortalı bulunan iş makinasının davalı nakliyat şirketi olan taşıyanın aynı zamanda maliki bulunduğu araç ile İstanbul'dan Zonguldak'a taşınması sırasında davalı sürücünün kusuruyla meydana gelen trafik kazası sebebiyle hasarlandığını, davalı taşıyana ait aracın davalı G.Sigortası A.Ş.'ye yurtiçi taşıyıcı sorumluluk sigortası ile sigortalı olduğunu, tespit edilen 50.608, 84 TL hasar bedelinin davacı tarafından sigortalısına ödendiğini ileri sürerek, 50.608, 84 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı E.Turizm Gıda İnş. Nkl. Dış Tic. Ltd. Şti. vekili, kazanın demiryolu köprüsünün gabarisinin düşük olması sebebiyle meydana geldiğini, istiab haddi ve gabarinin aşılmadığını, iş makinasının kamyona yüklenmesinin gönderen tarafından yapıldığını, bu durumda taşıyıcının sorumluluğunun ortadan kalktığını, araç sürücülerinin yoğun trafikte köprünün gabari levhasını göremeyeceklerini, kusurun KTK'nın 86.maddesi gereğince TCDD ve Zonguldak Belediyesi'nde olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı G.Sigorta vekili, davalı E. Turizm Gıda İnş. Nkl. Dış Tic. Ltd. Şti 'nin nakliyelerinde meydana gelecek hasar ve ziyaların 30.000, 00 TL sigorta bedeliyle sigorta himayesine alındığını, kamyon klozuyla verilen teminatlarda istiab haddini aşan, gabari dışı yüklemelerin sigorta kapsamına dahil olmadığını, yükleme/boşaltma hasarları ile emniyeti suistimal hasarlarında muafiyet uygulanayacağını savunmuştur.

Diğer davalı yargılamaya katılmamış, davaya cevaplarını bildirmemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, yükte meydana gelen hasardan davalı sürücünün %40 oranında kusurlu bulunduğu, toplam hasar bedelinin 42.888, 42 TL olduğu gerekçesiyle;

* Yeni Ticaret Kanunu'nun 876. maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

davanın kısmen kabulüne 17.153, 39 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, nakliyat emtia sigorta poliçesi uyarınca ödenen bedelin rücuen tahsili istemine ilişkin olup mahkemece, yükte meydana gelen hasardan davalı sürücünün %40 oranında kusurlu bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 781. maddesi uyarınca "taşıyıcı eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten gönderilene teslim olunduğu tarihe kadar geçen müddet içinde; uğradığı ziya ve hasardan mesuldur." Taşıyıcı ancak anılan maddenin 2.fıkrasında sayılan hallerin varlığı halinde sorumluluktan kurtulabilir.

Somut uyuşmazlıkta, sigortalı iş makinesının taşınması sırasında demiryolu köprüsüne çarpması suretiyle meydana gelen kazada davalı taşıyıcının, malın emniyetle taşınmasını sağlamak üzere her türlü tedbiri alması, hatalı yüklemeye karşı çıkması gerektiğinden, basiretli bir taşıyıcıdan beklenen davranışta bulunmaması nedeniyle davalının sorumluluğunun bulunduğunun kabulü gerekir. Yani taşıyıcının yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için yükleme ve istiflemeyi basiretli bir taşıyıcı gibi gözetmesi, hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması, yükün yüksekliğiyle birlikte aracın yüksekliğini, geçilecek yerlerdeki yükseklik sınırını kontrol etmesi ve yükün güvenli taşınabilmesi için gereken her türlü tedbirleri alması gerekmektedir.Bu suretle, davalı taşıyıcının özen yükümlüğünü gereği gibi yerine getirmediği, olayda tam kusurlu olduğu kabul edilerek karar verilmesi gerekirken hasardan davalı sürücünün %40 oranında kusurlu bulunduğu yönündeki kabul doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine 23.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞIMADAN DOĞAN ZARARLAR • CMR KURALLARI

ÖZET: Taşıma olayında gecikmeden doğan zarar ile malın hasar görmesinden doğan zarar birbirinden ayrı kavramlardır. Taşıyan bu iki zarardan da sorumludur. Bu zararların ne olduğu CMR kurallarında belirlenmiştir.*

Y.11.HD. E:2013/4697 K:2013/21306 T:25.11.2013

Davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı şirket arasında zamana yayılan taşıma ilişkisinin mevcut olduğunu, bu ilişkiden kaynaklı 3.960, 00 EURO bakiye alacağının davalı tarafından ödenmediği gibi 33 TD ... /33 HN ...plakalı araçla yapılan taşımanın gümrükleme işlemlerinin geciktiğini ileri sürerek fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 3.690, 00 EURO karşılığı 6.704, 36 TL'nin davalıdan tahsiline, alacağa 27/12/2007 tarihinden itibaren ticari reeskont faizi yürütülmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, yurtdışındaki alıcı tarafından müvekkili firmadan Cristmas tatilinde yapılacak satışlar için özel siparişle talep edilen beyaz greyfurt emtiası ve limon emtiasının davacıya ait 33 TD ... / HN 579 plakalı araçla gönderildiğini, ancak davacının gümrükleme işlemlerini tamamlamadan doğrudan boşaltma yerine gitmesi nedeniyle malı boşaltamadığını, bu arada Cristmas tatilinin başlaması nedeni ile gümrük yaptırma imkanının kalmadığını, 26/12/2007 tarihinde gümrükleme işlemlerini yaptıktan sonra 27/12/2007 tarihinde boşaltma yerine ulaşabildiğini, taşımanın 4 gün içinde tamamlanması gerekirken 10 gün sürdüğünü, yurtdışındaki alıcının emtiaları Cristmas tatili satışları için istediğini, tatil bittikten sonra malı satmasının mümkün olmadığını belirterek malı kabul etmediğini, bu nedenle emtiaların Budapeşte be Bydgoszca'da zararına satıldığını, gecikmeli taşıma nedeniyle zarara neden olan davacının navlun ücreti talebinin haklı ve hukuki olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Birleşen davada davacı vekili, müvekkilinin yurtdışına sattığı narenciye ürünlerini kara yoluyla taşıma işini davalıya verdiğini, taşımanın 4 günde yapılması gerekirken 10 günde tamamlanabildiğini, gecikme nedeniyle satışının mümkün olmadığı için malların alıcı tarafından teslim alınamadığını, bu nedenle emtianın 4.300, 00 EURO eksikle Budapeşte Prag'daki başka firmalara satıldığını, ayrıca bozulan malların ayıklanması için 460,

* Gönderen Av.Hulki ÖZEL, Mersin Barosu

00 Euro ödendiğini, malların Macaristan'a nakliyesi için 1.000, 00 EURO, oradan da Budapeşte için 1.560, 00 EURO navlun bedeli ödendiğini ileri sürerek 6.507, 00 EURO zararın dava tarihinden itibaren %5 faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Birleşen davada davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı uyarınca davacının üst taşıyıcı olan davalı ile yaptığı kara taşımacılığı sözleşmesi kapsamında aralarında cari hesap ilişkisi oluşturulduğu, davacı defterleri ve birleşen dava konusu fatura dışında davalı defterlerinin bir birini teyit ettiği, buna göre davalının 3.690, 00 EURO borçlu bulunduğu, birleşen dosya bakımından taraflarca taşıma ücretinin 3.800, 00 Euro olduğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmadığı, hasarın gecikmeden kaynaklandığı, taşımanın öngörülen sürede yapılamadığı ve gönderenin 6.570, 00 EURO hasardan kaynaklanan zararı bulunduğu, CMR'nin 23/5 maddesi gereğince taşıyan davalının ancak navlun miktarı ölçüsünde sorumlu tutulacağı gerekçesiyle esas davanın kabulü ile 3.690, 00 EURO'nun dava tarihinden itibaren yıllık %5 faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı asıl dosyada davalı vekili ve birleşen dosyada davacı temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre asıl dosyada davalı ve birleşen dosyada davacı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- CMR taşıması sırasında, ziya, hasar ve gecikmeden doğan sorumluluk sebeplerinin bir arada gerçekleşmesine engel bir durum söz konusu değildir. Zira süresi içerisinde teslim edilmeyen eşyanın, aynı zamanda ziyan veya hasara uğramış olması her zaman ihtimal dahilindedir.Gecikme, ziya veya hasarın oluşmasına sebep olabileceği gibi, tam tersine ziya tamamen bağımsız olarak gerçekleşebilecektir. İşte bu gibi durumlarda, Hangi hükümlere göre taşıyıcının sorumluluğuna gidileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.Gecikme ile ziya veya hasar, birbirinden değil de, farklı nedenlerden meydana geldikleri takdirde; taşıyıcının hem gecikmeden, hem de ziya veya hasardan dolayı sorumluluğunun söz konusu olacağı tartışmasızdır. Gecikme ile ziya veya hasarın, birbirinden kaynaklanarak meydana gelmesi halinde ise taşıyıcının, hem gecikmeden, hem de ziya veya hasardan ayrı ayrı sorumlu olması gerekir.Zira hak sahibinin taşıma sözleşmesinden kaynaklanan, eşyaya ve teslim süresine ilişkin olmak üzere

iki menfaati bulunmaktadır.Taşıyıcı açısından da eşyanın korunması ve zamanında teslim edilmesi iki ayrı borç niteliğindedir.Bu nedenle gecikme ile ziya ve hasarın birlikte gerçekleşmesi halinde taşıyıcı aynı nedenden değil, iki farklı yükümlülüğü ihlal etmesinden dolayı sorumlu olacaktır.Gecikmeden doğan zararla kastedilen, dolaylı malvarlıksal zarar olup, bunlar, gecikme nedeniyle eşyanın piyasa değerinin düşmesi, gümrük vergilerinin artması, gönderilenin üçüncü kişilere taahhütlerini yerine getirmemesi ve bu nedenle cezai şart ödemesi, böyle bir tazmin sorumluluğuyla karşı karşıya kalmamak için taşıma konusu eşyanın muadilini bir şekilde temin etmek zorunda kalması, üretim veya pazar kaybına uğraması, boşaltmada görev alacak işçilere veya eşyanın saklanacağı depoya fazla ücret ödemesi gibi, eşyanın maddi varlığını etkilemeyen, tazmini meselesi CMR m.23/f.5'de düzenlenen ve taşıma ücretini aşmayacak olan zararlardır. Bunun yanında gecikme nedeniyle taşınmakta olan malın ziya veya hasara uğraması durumunda taşıyanın sorumlu olduğu maddi zarar ise, ziya veya hasar hali için öngörülmüş olan CMR m.23/f. 1-3, 24-26 maddelerindeki yönteme göre hesaplanan zarardır.Bu açıklamalar karşısında somut olaya gelince; yukarıda belirlenen ilkeler doğrultusunda ayrı ayrı gecikme ve malın bozulması nedeniyle taşıyıcı davalının sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, birleşen dosyada davacı vekilinin bu yöndeki temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün birleşen dosya davacısı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz edenler vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle birleşen dosya davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın birleşen dosya davacısı Aksun Tarımsal Ürünler İthalat San. ve Tic. A.Ş. yararına BOZULMASINA, ödedikleri temyiz harcının istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 25.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞIMA HUKUKU • RÜCU DAVASI • ZAMANAŞIMI • FAİZ KURALLARI

ÖZET:Taşınan mal antrepoya teslim edilmiş, antrepocunun taşıyanın ifa yardımcısı olduğu ve hasarın taşıma esnasında meydana geldiği ispatlanamamıştır. Bu duruma göre malın antrepoya teslim tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde hasardan doğan tazminat davası açılmalıdır. CMR kurallarına göre faiz işletilmesi için yabancı para yerinden hüküm kurulmalıdır.*

Y.11.HD E. 2013/10767 K 2014/991 T.17.01.2014

Davacı vekili, müvekkiline nakliyat poliçesi ile sigortalı emtianın Almanya/Bursa arası davalı E.. A.Ş. tarafından taşındığını, diğer davalıya ait antrepoya 18.03.2008 tarihinde teslim edildiğini, alıcı sigortalının 27.03.2008 tarihinde emtiayı hasarlı olarak teslim aldığını, zarardan davalıların sorumlu olduğunu, yapılan takibe haksız olarak itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı E…Ulus Nak. A.Ş. vekili, emtianın 18.03.2008 tarihinde antrepoya hasarsız olarak teslim edildiğini, bu tarih itibariyle 1 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu, CMR'nin 23'üncü maddesine göre sınırlı sorumlu olduklarını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı B…Gümrük Antrepo Nak. Ltd. Şti. vekili, zamanaşımı süresinin dolduğunu, emtianın hatalı yükleme ve konteynır içinde sıkışması nedeniyle hasar gördüğünü, ambalajların ürünün özelliğine uygun yapılmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, zamanaşımı definin yerinde olmadığı, elektronik test cihazının davalıların sorumluluğunda taşınması ve antrepoya konulması sırasında ezilerek hasar gördüğü gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, 43.080, 84 TL asıl alacak ve asıl alacağa takip tarihinden itibaren yıllık %5 faizi ile birlikte itirazın iptaline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerek-

* www.kazancıhukuk.com sitesinden alınmıştır.

çesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön olmamasına, davalı B… Gümrük Antrepo Nak. Ltd.'nin taşıyıcının ifa yardımcısı olduğunun ispatlanamamasına, bu nedenle sorumluluğun ardiye sözleşmesinden kaynaklanmasına, ardiyecinin CMR 23. maddeden kaynaklı sınırlı sorumluluktan yararlanamayacak bulunmasına ve davada zamanaşımı süresinin 818 Sayılı BK'nın 125. maddesine göre 10 yıl olmasına göre, davalı B. Gümrük Antrepo Nak. Ltd.'nin vekilinin tüm, davacı vekilinin aşağıdaki 3.numaralı bent dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Ancak; dava.nakliyat sigortasından kaynaklanan rücuan tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda açıklanan gerekçelere davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, davalı E. Ulus Nak. A.Ş. vekili emtiayı kendilerinin taşıdığını, 18.03.2008 tarihinde diğer davalı antrepocunun emtiayı ihtirazı kayıt öne sürmeksizin teslim aldığını, antrepocuyu kendilerinin belirlemediğini, icra takibinin 27.03.2009 tarihinde yapıldığını, CMR 32.maddeye göre zamanaşımı süresinin teslimden itibaren 1 yıl olduğunu savunmuştur.

Nitekim, dosyada mevcut 18.03.2008 tarihli teslim tesellüm tutanağı ve CMR belgesi üzerindeki antrepocu yazısında emtianın 18.03.2008 tarihinde davalı B. Gümrük Antrepo Nak. Ltd. Şti. tarafından ihtirazı kayıt konulmadan teslim alındığını, antrepoya ilişkin faturanın alıcı firma olan davacı sigortalısına kesildiği, antrepo müdürü H.Y. tarafından 18.03.2008 tarihinde tutulan tutanakta davalı taşıyıcının imzası bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda antrepocunun taşıyıcının ifa yardımcısı olduğu ve hasarın taşıma sırasında meydana geldiğinin ispatlanamadığı, bu nedenle de emtianın 18.03.2008 tarihinde teslimi ile CMR 32. maddede belirtilen 1 yıllık zamanaşımı süresinin başlayacağı kabulü gerekir.

Bu itibarla, mahkemece davalı taşıyıcı firmanın emtiayı 18.03.2008 tarihinde diğer davalı antrepocuya teslim ettiği, CMR 32. maddesi uyarınca zamanaşımının teslim tarihinden itibaren başlayacağı, icra takip tarihi olan 27.03.2009 tarihi itibariyle davalı E… Ulus Nak. A.Ş yönünden zamanaşımı süresinin dolduğu kabul edilerek, neticesine göre bir karar vermek gerekirken yanılgılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın mümeyyiz davalı E… A.Ş. yararına bu nedenle bozulması gerekmiştir.

3-Öte yandan, CMR Konvansiyonu'nun 27/1. maddesi uyarınca yıllık %5 oran üzerinden temerrüt faizine hükmedilebilmesi için mahkemece yabancı para üzerinden hüküm kurulmuş olması gerekli olup, somut uyuş-

mazlıkta ise davacı taraf (TL) üzerinden talepte bulunmuş ve mahkemece (TL) üzerinden karar verildiğine göre, faizin avans oranı üzerinden belirlenmesi gerekirken yanılgılı değerlendirmelerle, yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru olmamış kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı B…Gümrük Antrepo Nak. Ltd. vekilinin tüm, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı E…Ulus. Nak. A.Ş. vekilinin temyiz itirazının kabulü ile kararın davalı E… yararına, (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile kararın davacı yararına **(BOZULMASINA),** 17.01 2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İHALEYE TEMİNATSIZ KATILMA • USULSÜZ İHALE

ÖZET: İhaleye teminatsız girebilme imkanı bulunan kişinin, ihaleye teminatsız girme hakkının engellenmesi ihaleye usulsüz hale getirir.

Y. 11. HD. E:2014/350 K:2014/2334 T:29.01.2014

Karar

Şikayetçi Ş.Ö. icra mahkemesine başvurusunda, İzmir 24. İcra Müdürlüğü'nün 2011/11105 E. sayılı dosyasında haciz alacaklısı olduğunu ve alacağının rüçhanlı alacak olması nedeniyle ihaleye teminatsız olarak katılmak istediğini ihale günü ilgili icra müdürlüğüne bildirmesine rağmen talebin müdürlükçe reddedilerek ihaleye katılımın engellendiğini iddia ederek ve sair fesih sebeplerini ileri sürerek ihalenin feshini talep etmiş, mahkemece şikayetçinin hak sahipliğinin ancak sıra cetveli yapıldığında belirlenebileceği gerekçesi ile talep reddedilmiştir.

İTK'nın satış kararı tarihine göre yürürlükte olan 124. maddesinin 3. fıkrasına göre artırmaya, iştirak edeceklerinin taşınmazın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri şartnameye yazılır.4. fıkrasına göre ise; satılığa çıkarılan taşınmaz üzerinde hakkı olan alacaklarının alacağı yukarıdaki fıkrada yazılı nispet raddesinde ise artırmaya iştiraki halinde ayrıca pey akçesi ve teminat aranmaz.

Somut olayda, şikayete konu 18.02.2013 tarihli ihale sırasında icra

müdürü tarafından tutulan tutanak ile, şikayetçinin nafaka alacaklısı olduğunu ve alacağın 300.00 TL'den fazla olduğunu beyan ederek ihaleye teminatsız katılmak istediği, müdürlükçe şikayetçinin alacaklı okluğunu ve borç miktarını gösteren bir belge ibraz etmesinin istendiği, şikayetçi tarafından belge ibraz edilmemesi, ayrıca gerekli teminatın da yatırılmaması nedeniyle şikayetçinin ihaleye iştirak etmediğinin tespit edildiği görülmüştür.

Şikayete konu ihalede satışı yapılan tapu kaydının incelenmesinde, söz konusu taşınmaza şikayetçinin alacaklı olduğu İzmir 24. İcra Müdürlüğü'nün 2011/11105 E.sayılı dosyasından 11.01.2012 tarihinde haciz şerhi işlendiği, ihaleyi gerçekleştiren Çeşme İcra Müdürlüğü'nün 2011/849 Tal. sayılı dosyasında ise İİK'nin 100 .maddesi kapsamında bilgiler toplanıp ilgililerin tespit edilmesi gerekirken bu zorunluluğunun yerine getirilmediği görülmektedir.

Şikayetçinin alacaklı olduğu dosya alacağının 112.554, 25 TL, ihale konusu taşınmazın muhammen bedelinin 351.000, 00 TL bu bedelin %20'sinin ise 70.200, 00 TL olduğu anlaşılmakla İİK'nin 124.maddesinin 3. ve 4. fıkraları gereğine şikayetçinin ihaleye teminatsız katılması mümkün iken, icra müdürlüğünün İİK'nin 100. maddesi kapsamında bilgileri toplama yükümlülüğüne uymaması nedeniyle şikayetçinin kanundan kaynaklanan ihaleye teminatsız girme hakkının engellenmesi ihaleyi usulsüz hale getirir.

O halde, mahkemece ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

KAT MÜLKİYETİ • SİTE YÖNETİMİ • TARAF SIFATI • İCRA TAKİBİ

ÖZET: Kat mülkiyetinde ve site mülkiyetinde yöneticinin temsil yetkisine giren işlerden dolayı üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmakta olup bu kural icra takibini de kapsar. Bu nedenle site yönetiminin borçlu yazıldığı senedin tahsili için site yönetimine icra takibi yapılabilir.*

Y.12. HD. E:2014/7028 K:2014/9237 T:31.3.2014

Alacaklı tarafından borçlu aleyhine bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip başlatıldığı, örnek 10 ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun İcra Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda borca itiraz ettiği, Mahkemece 21.09.2011 tarihinde verilen kararla, bono metninde "….bedeli malen…" ibaresinin bulunduğu ve alacağın tahsilinin yargılamayı gerektireceği gerekçesi ile itirazın kabulü ile takibin durdurulmasına karar verildiği, bu kararın Dairemizin 16.10.2012 tarih, 2012/12670 E.-2012/2979 K. İlanı ile senet üzerinde yer alan bu kaydın senedin bono vasfını etkileyemeyeceği belirtilerek borca itiraz nedenlerinin incelenmesi için bozulduğu, bozma ilamı sonrası mahkemece yapılan yargılama sonunda, takip borçlusunun tüzel kişiliğinin ve takipte taraf ehliyetinin bulunmadığı gerekçesi ile İİK'nin 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 38. maddesi gereğince yönetici kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumludur. Bir davada veya takipte kimlerin taraf olacağı nasıl temsil edileceği ise HMK Avukatlık Kanunu, B.K'nın vekalet akdine ilişkin hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.Bu hükümlere uygun temsil yetkisi olmadıkça yöneticinin, 634 Sayılı Yasa'da sayılanlar dışında kat maliklerini temsil yetkisi olmadığından, apartman yöneticiliğinin hakkında icra takibi yapılması mümkün bulunmamaktadır.

---

* Gönderen Kazım Güzelgün, Anadolu 3.İcra Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

Ancak, 634 Sayılı Yasanın 35.maddesinde yöneticinin görevleri ayrı ayrı gösterilmiştir.Bu görevler ana gayrimenkulun yönetimi ile ilgili olup, yönetimin gerektirdiği ortak giderleri yapmak yetkisini de içermektedir.Yönetici, yasadan aldığı temsil yetkisine dayanarak çeşitli sözleşmeler kurabilir. İşte bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yönetici dava açabileceği gibi, yöneticiye karşı da dava açılabilir.Şu husus ta belirtilmelidir ki yönetici, vekaletname ile tayin edilen bir vekil gibi değildir.Yasal bir temsilci olup yetkisini yasadan almaktadır.Bu sıfatla yaptığı sözleşmeden dolayı kendisine husumet yönetilebilir.

Öte yandan kat malikinin veya kat malikleri kurulunun ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunmaması, yöneticinin özel kanundan doğan temsil yetkisini ortadan kaldırmaz. Sonuç olarak denilebilir ki, yöneticinin temsil yetkisine giren işlerden dolayı üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, aktif ve pasif dava (icra takibi)ehliyeti bulunmaktadır. Aksinin benimsenmesi durumunda ise, bu kez üçüncü kişilerin yönetici ile sözleşme yapmaktan kaçınacakları ve bundan kat maliklerinin zarar görecekleri kuşkusuzdur.

Öte yandan, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesi hükmüne göre kat maliklerinin her biri, kapıcı giderlerinden (ücret, sigorta primi, kıdem tazminatı, mantolama v.s.) yönetim planında veya kat malikleri kurulunca verilmiş bir kararda başka türlü bir hüküm bulunmadıkça diğer kat malikleri ile birlikte eşit olarak sorumludur.

Somut olayda icra takibine dayanak yapılan bononun keşidecisinin Ç. Orman Evleri Yönetimi olduğu, takipte borçlu olarak da Ç. Orman Evleri Yönetimi'nin gösterildiği görülmektedir.Bu durumda alacaklının, 634 Sayılı Yasa'nın 35. maddeine göre site yönetimi hakkında takip yapmasında yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

O halde mahkemece borca itiraz nedenlerinin incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** Peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 31.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

MAHKEME KARARINDA; TALEPLE İLGİLİ HÜKÜM BULUNMAMASI

ÖZET: HMK 297/2 maddesinde, " Hükmün sonuç kısmında 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 gerektiği" hüküm altına alınmış olup, belirtilen şekilde davacı tarafların icra takiplerine vaki her bir icra dosyası yönünden vaki itirazların değerlendirilerek olumlu veya olumsuz karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Y.13. HD. E: 2013/22541 K:2014/6550 T:10.03.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanı reddine yönelik olarak verilen hükmün taraflar avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti.Belli günde davalı vekili avukat H. ile davacı A. vekili avukat Ş'nin gelmeleriyle duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı.Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile yapılan taşınmaz satış sözleşmesi ile dava konusu taşınmazı satın aldığını, satış protokolünün 5.2. maddesi ile teknik şartnamenin 6. maddesinde ortak alandaki işlerin yapılacağının taahhüt edildiği, satış protokolünün 5.2. maddesinde ise işin tespit edilen sürede tamamlanmaması halinde geçen her ay için alıcıya 1.000 dolar ödeneceğinin kararlaştırıldığını, işin karalaştırılan 01.11.2007 tarihine kadar bitirilememiş olması nedeniyle mahallinde tespit yaptırarak davalıya gönderilen ihtara rağmen her hangi bir ödeme yapılmaması nedeniyle bu bedelin tahsili için

iki ayrı icra takibi yaptığını, davalının itiraz üzerine takibin durduğunu ileri sürerek; icra takibine vaki itirazın iptali ile icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Birleşen dosyalara konu davalarda davacılar aynı hukuki sebebe dayalı olarak icra takiplerine vaki itirazların iptaline karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalı, sözleşmedeki cezai şartın ifaya ekli cezai şart olup, taşınmazın davacıya teslimi sırasında bu hakka ilişkin ihtirazi kayıt konulmadan teslim alınması nedeniyle davacıların cezai şart bedelini talep edemeyeceğini, davacıların doğalgaz abonesi olduğu Kasım 2007 başından itibaren taşınmazı fiilen kullanmaya başladıklarını, cezai şarta ilişkin olarak ihtirazi kayıt ileri sürmediklerini, cezai şart talep hakkını kaybettiklerini, ayrıca bağımsız bölümün haricindeki esasa etkili olmayan eksiklikler için cezai şart talep edilemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece asıl ve birleşen davalara ilişkin olarak gerekçeli kararın hüküm bölümünde yer aldığı şekilde bir kısım davacılar yönünden davanın kabulüne, bir kısım davacılar yönünden davanın kısmen kabulüne dair karar verilmiş olup, hüküm davacılar S., A., A., N. İle davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının ve davacı N.'nin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Birleşen davalara konu;

Davacı S. Tarafından açılan 2009/51 esas sayılı davada davacı Bakırköy 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/5270 esas sayılı ve Bakırköy 11. İcra Müdürlüğü'nün 2008/14746 esas sayılı icra takiplerine konu dosyalar yönünden itirazın iptali talep edilmiş olup, mahkemece Bakırköy3. İcra Müdürlüğünün 2008/5270 esas sayılı dosyasına ilişkin itirazın iptaline karar verilmesine rağmen diğer Bakırköy 11. İcra Müdürlüğünün 2008/14746 esas sayılı dosyası hakkında olumlu yada olumsuz bir karar verilmediği,

Davacı A. tarafından açılan 2009/53 esas sayılı davada davacı Bakırköy 3.İcra Müdürlüğü'nün 2008/5278 esas sayılı ve Bakırköy 11. İcra Müdürlüğü'nün 2008/15266 esas sayılı icra takiplerine konu dosyalar yönünden itirazın iptali talep edilmiş olup, mahkemece Bakırköy 3.İcra Müdürlüğü'nün 2008/5278 esas sayılı dosyasına ilişkin itirazın iptaline karar verilmesine rağmen diğer Bakırköy 11.İcra Müdürlüğü'nün 2008/15266 sayılı dosyası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmediği, Davacı A. tarafından

açılan 2009/680 esas sayılı davada davacı Bakırköy 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/610 esas sayılı icra takiplerine konu dosyalar yönünden itirazın iptali talep edilmiş olup, mahkemece Bakırköy 2. İcra Müdürlüğünün 2009/610 esas sayılı dosyasına ilişkin itirazın iptaline karar verilmesine rağmen diğer Bakırköy 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/5272 sayılı dosyası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmediği anlaşılmaktadır.

HMK 297/2 maddesinde, " Hükmün sonuç kısmında 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 gerektiği" hüküm altına alınmış olup, belirtilen şekilde davacı tarafların icra takiplerine vaki her bir icra dosyası yönünden vaki itirazların değerlendirilerek olumlu veya olumsuz karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte belirtilen nedenlerle davalı ve davacı N.'nin tüm temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte belirtilen nedenle davacılar S., A., A.'nın temyiz itirazının kabulü ile hükmün bu davacılar yararına **BOZULMASINA,** 1.100, 00 TL duruşma avukatlık parasının davalılardan alınarak davacıya ödenmesine, aşağıda dökümü yazılı 7.994, 52 TL kalan harcın temyiz edenden alınmasına, 10.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

FİKRİ HAKLAR • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Mimari proje eser sayılmaz. Buna ilişkin davalar tacirlik koşulu da varsa Asliye Ticaret Mahkemelerinde görülür.

Y.15. HD. E:2014/1777 K:2014/2230 T:01.04.2014

KARAR

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan iş bedeli alacağının tahsili için başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.Mahkemece, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4. maddesine göre mimari projelerin güzel sanat eserleri kapsamında olması nedeniyle davaya bakmanın Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin görevinde kaldığı gerekçesiyle verilen görevsizlik kararı, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Somut olayda davacı yüklenici, davalı iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği bedel karşılığı eser meydana getirmeyi taahhüt ettiğinden, yanlar arasındaki ilişki sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkidir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4. maddesinde mimarlık eserleri güzel sanat eserleri kapsamında sayılmış ise de, mimari projelerin güzel sanat eseri olduğuna dair bir hüküm bulunmamaktadır. Davada 5846 Sayılı Kanun'a dayanılarak tecavüzün önlenmesi, telif hakkı, eser sahipliğinin tesbiti, tecavüz nedeniyle tazminat istenmediğinden, aksine sözleşme ve Borçlar Kanunu hükümlerine dayanılarak iş bedeli dava edildiğinden, tarafların tacir ve işin de ticari işletmeleriyle ilgili bulunması nedeniyle davaya bakmakla görevli mahkeme TTK'nın 5. maddesi uyarınca Asliye Ticaret Mahkemeleri'dir.

Bu durumda mahkemece görev itirazının reddiyle, işin esasının incelenmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu görevsizlik kararı verilmesi doğru olmaış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA,** sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere (HUMK. Md 440/III-3) 01.04.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

KADASTRO İŞLEMİ

ÖZET: Doğru sonuca ulaşabilmesi için mahkemece öncelikle keşifte uygulanmasız zorunlu bulunan denetime veri teşkil edecek, tesis kadastrosu haritası, varsa bu haritada değişiklik yapan ifraz haritaları, mahkeme ilamları ve eki olan haritalar, çekişmeli taşınmazlara ait ölçü krokisi, çizelgesi ve ada raporu ile hava fotoğrafları, ortofoto ve uydu fotoğrafları getirtilmelidir.*

Y.16. HD. E:2013/12904 K:2013/12558 T:13.12.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi istenilmekle;temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, inceleme raporu ve dosyadaki belgeler okundu, GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Kadastro Müdürlüğü'nce 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41.maddesi uyarınca Sıtkı Şişman'ın talebi üzerine yapılan düzeltme işlemi sırasında Çataklıhoca Köyü çalışma alanında bulunan ve tapuda C. Adına kayıtlı olan 902 ada 2 parsel sayılı 13.293 metrekare yüzölçümündeki taşınmaz, 12.314, 58 metrekare yüzölçümü olarak belirlenerek tapu kaydında düzeltme yapılmasına karar verilmiştir.Davacı C., düzeltme işlemi sırasında kendisine ait taşınmazdan kaynaklandığı iddiasına dayanarak düzeltme işleminin iptali istemiyle dava açmıştır.Mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne, çekişmeli taşınmaza yönelik düzeltme işleminin iptaline karar verilmiş, hüküm, davalı S. vekili ve davalı K. Tarafından temyiz edilmiştir.

Kadastro Müdürlüğünce çekişmeli taşınmazların sınırlarında kırık noktalar bulunmasına rağmen kadastro tespiti sırasında noktaların düz geçirilmesiyle sınırlandırma hatası yapıldığı kabul edilerek 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca çekişme konusu 902 ada 2 sayılı parselin 13.293 metrekare olan yüzölçümünün 12.314, 58 metrekare olarak düzeltilmesine karar verilmiştir. Davacı bu düzeltme işlemine karşı dava açmıştır.Dava konusu taşınmaz hakkındaki Kadastro Müdürlüğü'nün düzeltme kararı ve dayanağı teknik rapor ile mahkemece keşif sonucu alınan rapora göre; düzeltmenin nereden kaynaklandığı, taşınmazın orijinal

* Gönderen:Av. Hasan Şişman

ölçü değerleri esas alınmasına rağmen paftaya mı yanlış aktarıldığı yoksa ölçü değerlerinin mülkiyet sınırlarına aykırı olarak mı tespit edilmiş olduğu anlaşılmamaktadır.Mahkemece hükme esas alınan rapor 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41.madde uygulamasına ilişkin "Kadastro Sırasında veya Sonrasında Yapılan İşlemlerle Geometrik Durumları Kesinleşmiş Olan Taşınmazlarda Ölçü, Sınırlandırma, Tersimat ve Hesaplamalardan Doğan Hataların Düzeltilmesine İlişkin" Yönetmelik hükümlerine de uygun bulunmamaktadır.

Doğru sonuca ulaşabilmesi için mahkemece öncelikle keşifte uygulanmasız zorunlu bulunan denetime veri teşkil edecek, tesis kadastrosu haritası, varsa bu haritada değişiklik yapan ifraz haritaları, mahkeme ilamları ve eki olan haritalar, çekişmeli taşınmazlara ait ölçü krokisi, çizelgesi ve ada raporu ile hava fotoğrafları, ortofoto ve uydu fotoğrafları getirtilmelidir.

Bundan sonra mahallinde, yerel bilirkişiler, taraf tanıkları ve harita ya da jeodezi ve fotogrametri mühendisinin katılımı ile keşif yapılmalı; keşif sırasında yerel bilirkişi ve tanıklardan ilk tesis kadastrosu sırasında da zeminde sabit sınır ya da yapılar bulunup bulunmadığı sorularak varsa yerleri teknik bilirkişiye işaretlettirilmeli, fotoğrafları çekilmeli, teknik bilirkişiden düzeltme işlemine esas teşkil eden bilgi ve belgeler ile bilirkişi ve tanık anlatımlarından yararlanarak düzeltme işleminin denetlenmesi istenmelidir.Teknik bilirkişi raporunda, ilk tesis kadastrosunun hangi yöntem ve tekniklerle yapıldığı, uygulanan yöntemlerin hata paylarının ne olduğu, üretilen haritaların zeminle uyumsuz bulunması halinde farklılığın nereden ve hangi sebeplerden kaynaklandığı, düzeltme işlemi sonucu tespit edilen yeni sınırların yönetmenlik hükümlerine uygun olarak tespit edilip edilmediği, düzeltme işleminde hata yapılmış ise doğru sınır ve haritanın nasıl olması gerektiği gibi hususlara ve "düzeltme işlemi ve haritasını" irdeler şekilde, teknik ve bilimsel verilere dayalı ayrıntılar yer almalı; ayrıca birincisi, ortofoto üzerinde ilk tesis kadastrosuna ait harita ile düzeltme haritasını ada bazında, ikincisi çekişmeli taşınmazlar ve komşularını kapsar bazda ve üçüncüsü ise ilk tesis kadastro haritası ile çekişmeli taşınmazların zeminini çakıştırır bazda en az üç adet harita düzenlemesi ve düzeltme haritasında yanlışlık varsa, doğru sınırları gösterir harita tanzim edilmesi istenmelidir.Açıklanan yönteme uygun inceleme ve araştırma yapıldıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.Somut olayda mahkemece, yukarıda açıklanan ilke ve esaslar çerçevesinde inceleme ve araştırma yapılmamış, eski ve yeni paftalar denetime elverir şekilde komşu parselleri ile birlikte çakıştırılmamış, düzeltme işleminde değişen sınırların hangi teknik hataya istinaden yapıldığı bilimsel verilerle açıklanmamıştır.Tesis kadastrosundaki orijinal ölçü krokisi ile tesis kadastro paftası denetlenmemiş, denetime

imkan vermeyen soyut içerikli yetersiz fen bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulmuştur.Yetersiz inceleme ve araştırmaya dayanılarak hüküm kurulması isabetsizdir.Temyiz itirazları açıklanan nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin yatırılan temyiz karar harcının talep halinde temyiz eden davalılara iadesine, 13.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TAPU KAYITLARI

ÖZET: O halde, taraf tapu kayıtları düzenli bir biçimde ilk tesislerinden itibaren pay ve paydaş oranlarını gösterir biçimde intikalleri ile birlikte tapu sicil müdürlüğünden getirtilmeli, kayıtların evrakı müsbiteleri arasında harita yada krokileri olup olmadığı gerek köy hizmetleri il müdürlüğünden ve gerekse tapu sicil müdürlüğünden ayrı ayrı sorulup olduğundaistenilmeli, taraflardan taşınmazları ve yöreyi iyi bilen yaşlı tanık göstermeleri istenmeli, daha sonra önceki keşifte dinlenen yerel bilirkişi ile tüm tesbit bilirkişileri ve taraflarca gösterilecek tanıklar eşliğinde yerinde yeniden keşif yapılarak gerek davacıların ve gerekse davalı tarafın dayandıkları tapu kayıtları ve varsa krokileri yöreyi iyi bilen elverdiğince yaşlı ve yansız kişilerden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile gereği gibi yerlerine uygulanarak aidiyet ve kapsamları saptanmalıdır.*

Y.17.HD E.2005/9258 K:2005/9229 T:03.10.2005

KARAR

Kadastro sırasında 240 ada 48 parsel sayılı 17425.57 metrekare yüzölçümündeki taşınmaz tapu kaydı ve zilyetliğe dayalı olarak İ adına tesbit edilmiştir. Askı ilan süresi içinde Y ve H'nin tapu kaydına dayanarak davalı taşınmazın bir bölümünün kendilerine ait aynı ada 51 nolu parsele eklenerek bu taşınmaz malikleri adına tescili istemiyle açtıkları davalar birleştirilmiştir. Mahekemece davacı H tarafından İmar ve İskan Müdürlüğü aleyhine açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine, aynı davacı ile Y tarafından İ. aleyhine açılan davaların ise esastan reddine, ... ada ... nolu parselin tamamı 144 pay kabul edilerek payları oranında NH ve arkadaşları adına, aynı ada 48 nolu parselin ise davalı İ. adına tapuya tesciline karar verilmiş;hüküm davacılardan H.K. tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece yapılan araştırma, inceleme ve uygulama hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. Davacılar, 51 nolu parsellerin tesbitleri 2510

* Gönderen İnan YILMAZ, Tunceli Barosu

sayılı İskan Yasası hükümlerine göre oluşturulan tapu kayıtlarına göre yapılmıştır. .. nolu parselin yüzölçümü 16097 metrekare olmasına karşın tesbitine esas alınan Ağustos 1959 tarih 9, 10 ve 11 nolu tapu kayıtlarının yüzölçümleri toplamı 22431 metrekaredir. ... nolu parselin yüzölçümü 17425 metrekare olmasına karşın tesbitine esas alınan Ağustos 1980 tarih 8 ve 9 nolu tapu kayıtlarının yüzölçümü toplamı 11577 metrekaredir. Şu hale göre davacılara ait 51 nolu parselin yüzölçümü revizyon gördüğü tapu kayıtları yüzölçümünden daha az, buna karşın 48 nolu parselin yüzölçümü ise tesbitine esas alınan tapu kayıtları yüzölçümü toplamından daha fazla olmaktadır. Hal böyle olunca uyuşmazlık, ortak sınıra ilişkin bulunmaktadır.Uyuşmazlığın çözümü için Ağustos 1959 tarih 9, 10 ve 11 sıra nolu tapu kayıtlarının ise 51 nolu Ağustos 1980 tarih 8 ve 9 nolu tapu kayıtalarının ise 48 nolu parsele aidiyetlerinin duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanması gerekir.Ne var ki tek bir yerel bilirkişinin soyut içerikli sözleri ile yetinilmiş tanık dinlenmesi yoluna gidilmemiş ve tesbit bilirkişilerinin bilgilerine başvurulmamıştır.

O halde, taraf tapu kayıtları düzenli bir biçimde ilk tesislerinden itibaren pay ve paydaş oranlarını gösterir biçimde intikalleri ile birlikte tapu sicil müdürlüğünden getirtilmeli, kayıtların evrakı müsbiteleri arasında harita yada krokileri olup olmadığı gerek köy hizmetleri il müdürlüğünden ve gerekse tapu sicil müdürlüğünden ayrı ayrı sorulup olduğundaistenilmeli, taraflardan taşınmazları ve yöreyi iyi bilen yaşlı tanık göstermeleri istenmeli, daha sonra önceki keşifte dinlenen yerel bilirkişi ile tüm tesbit bilirkişileri ve taraflarca gösterilecek tanıklar eşliğinde yerinde yeniden keşif yapılarak gerek davacıların ve gerekse davalı tarafın dayandıkları tapu kayıtları ve varsa krokileri yöreyi iyi bilen elverdiğince yaşlı ve yansız kişilerden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile gereği gibi yerlerine uygulanarak aidiyet ve kapsamları saptanmalıdır.

Bilirkişilere düzenlenecek krokiye yerleri işaret ettirilmeli, bilirkişilerce bilinmeyen sınırlar yönünden tanık bilgisine başvurulmalı, kayıtların revizyon gördükleri parsellere aidiyetlerinin belirlenmesi durumunda her iki taşınmazı ayıran ortak sınırın nereden geçtiği varsa krokilerle yoksa bilirkişi ve tanıklardan olaylara dayalı olarak alınacak bilgilerle saptanması yoluna gidilmeli, taşınmazlar arasındaki arkın kadim bir ark olup olmadığı yine bilirkişi ve tanıklardan sorulup açıklığa kavuşturulmalı, bu arada sulh hukuk mahkemesinin 1975/78 esas sayılı dava dosyası getirtilerek taraflarla ve dava konusu edilen taşınmazlarla ilgisinin ne olduğu üzerinde durulup söz konusu davanın sonuçlanması halinde verilen karar delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınmalı, ortada kesin bir hüküm olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalı, komşu parsellere revizyon gören tapu kayıtlarının uygulanması yapılarak 51 ve 48 nolu parseller yönünü ne şekilde sınır okuduklarına bakılarak yapılan uygulama ile ilgili bilirkişilerin sözlerinin denetlenmesi yoluna gidilmeli, davacıların tapusundaki

noksanlığın 48 nolu parsel içerisinde kaldığının belirlenmesi durumunda ve dolayısıyla dava edilen yerin her iki tarafın dayandığı tapu kaydı kapsamında kaldığının saptanması halinde hukuki değerini koruduğu sürece daha eski ve doğru temele dayalı tapu kaydına değer verilmesi gerekeceği ilkesi düşünülmeli, fen bilirkişisine yapılan keşif ve uygulamayı izlemeye ve kayıtlarda yazılı sınır yerlerini aksettirmeye elverişli geniş kapsamlı raporlu kroki düzenlettirilmeli, ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delilleri birlikte değerlendirilecek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Davacılardan H'nin temyiz itirazları yerindedir.Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü **BOZULMASINA**, ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene geri verilmesine 3.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ FİİL • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Haksız fiil davalarına Asliye Hukuk Mahkemelerinde bakılır.*

Y.17. HD. E:2013/20848 K:2014/2784 T:27.02.2014

Taraflar arasındaki davada Küçükçekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesi ile Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeniyle yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Dava, kobi paket sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Asliye Hukuk Mahkemesince, davanın 6102 sayılı TTK'nın 6. kitabında düzenlenen sigorta sözleşmelerinden kaynaklandığı gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur.

Asliye Ticaret Mahkemesi ise, davanın haksız fiile dayalı tazminat davası olduğunu belirterek görevsizlik kararı vermiştir.

Somut olayda uyuşmazlık 6102 sayılı TTK'nın 1472 (6762 sayılı TTK'nın 1301) maddesi uyarınca sigorta şirketi tarafından sigortalısına ödenen tazminatın haksız fiile sebebiyet verin davalılardan rücuen tahsili isteminden ibarettir.

Yargıtay İçtihadi Birleştirme Genel Kurulu'nun 22.03.1944 tarih 37 Esas 9 Karar R.G.3.7.1944 sayılı kararında bu husus " sigortacının sorumlu kişi aleyhine açacağı dava sigorta poliçesinden doğan bir dava dağildir.

* Gönderen: Av.Süleyman Emre Ötün

Bu nedenle, halefiyet davası bir ticari dava sayılamaz. Bu dava, aynen sigortalı kimsenin sorumlu kişiye karşı açmış olduğu bir dava gibidir. Sigortalının muhtelif mahkemelerde dava açma hakkı varsa aynı hak sigortacının hakkına dayanan rücu davası içinde söz konusudur." şeklinde vurgulanmaktadır. Davacı sigorta şirketi olup, uyuşmazlık haksız fiilden kaynaklanmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle Küçükcekmece 2. Asliye HMK'nın 21. ve 22. Maddeleri gereğince Küçükcekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 27.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GERÇEK ANNE • SOYBAĞI DAVASI

ÖZET: Davacı, Meltem'in gerçek annesi olduğu, 6 yıl önce ölen gayri resmi birlikteliği Salih'ten dünyaya geldiğini, ancak Salih'in resmi eşi Hayriye üzerine kayıt edildiğini iddia ederek, yanlış nüfus kaydının düzeltilmesini talep etmiştir. Dava bu niteliğiyle bir nesep davası olmayıp, gerçeğe aykırı beyanla oluşturulan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkindir.*

Y.17. HD. E: 2014 /2507 K: 2014 /5532 T:10.04.2014

Taraflar arasındaki nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin davada İstanbul Anadolu 10. Asliye Hukuk Mahkemesi ve İstanbul Anadolu 17. Aile Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü :

KARAR

Dava, nüfusta anne adının tashihi istemine ilişkindir.

Aile Mahkemesince, davanın nesebe ilişkin olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi ise, uyuşmazlığın anne – babanın çocukla kişi-

* Gönderen: Av. Sinem Türküner

sel ilişkisini düzenleyen TMK 321 vd maddelerinden kaynaklandığı ve aile mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Davacı, Meltem'in gerçek annesi olduğu, 6 yıl önce ölen gayri resmi birlikteliği Salih'ten dünyaya geldiğini, ancak Salih'in resmi eşi Hayriye üzerine kayıt edildiğini iddia ederek, yanlış nüfus kaydının düzeltilmesini talep etmiştir. Dava bu niteliğiyle bir nesep davası olmayıp, gerçeğe aykırı beyanla oluşturulan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkindir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. Maddesi uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesine yönelik olan ve Türk Medeni Kanunu'nun 282 ve devamı maddelerinde düzenlenen soybağı kurulmasıyla ilgisi bulunmayan, davanın genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; HMK'nın 21, 22 ve 23. maddeleri gereğince İstanbul Anadolu 10. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 10.04.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

FATURAYA BAĞLI ALACAK
•
KISMİ DAVA • DAVA ŞEKLİ

ÖZET: Faturaya bağlı bakiye alacak miktarının tahsili için açılan davada alacak miktarı belli olup, bu durumda kısmi dava veya belirsiz alacak davası açılamayacaktır. Eğer böyle bir dava açılmış ise, davanın reddine değil usuli eksikliğin giderilmesine karar verilmelidir.*

Y.19. HD. E:2013/5216 K:2013/8400 T:08.05.2013

Davacı vekili;davalının bakiye fatura bedelini ödemediğini belirterek 25.630 TL olan alacağın fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla 10.000 TL'sinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili;alacak miktarının açık olduğu uyuşmazlıklarda kısmi dava açılamayacağını bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; davacı yan dava dilekçesinde kendisince belirli olan ve faturaya bağlı bakiye alacağını talep ettiği davalının inkarının alacağı belirsiz hale getiremeyeceği, HMK'nın 119/2 maddesi uyarınca davacının açıkça belirli olan iddiasını kısmi dava olarak ileri sürmesinde hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, 15.08.2011 tarihli, 33.630 TL, bedelli faturaya dayalı olarak iş bu davayı açmış, fatura bedelinin 8.000 TL'sinin ödendiğini, bakiye 25.630 TL'sinin ise ödenmediğini belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere davalıdan 10.000 TL'nin tahsiline karar verilmesini talep etmiş, davalı yan ise akdi ilişkiyi inkar etmiştir. Somut olayda alacak miktarı belirli olup ihtilaf, alacak hakkının doğup doğmadığı, davacının faturaya konu malı davalıya teslim edip etmediği, yani davalının inkar ettiği akdi ilişkinin kurulup kurulmadığı noktasındadır.

HMK'nın 109/2 maddesi "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkca belirli ise kısmi dava açılamaz " hükmünü,

* Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

HMK'nın 115 / 2 maddesi ise "Mahkeme dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. "hükmünü içermektedir.

Bu durumda mahkemece, dava ve usul ekonomisi bakımından HMK'nın 115/2 maddesi uyarınca davasını tam dava olarak devam ettirmesi ve harcı tamamlatması konusunda davacı vekiline kesin süre verilerek sonucuna göre işlem yapılması gerekirken bu yönler gözetilmeksizin davanın doğrudan usulden reddi isabetsizdir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 08.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MENFİ TESPİT DAVASI • KÖTÜ NİYET TAZMİNATI

ÖZET: Davacının davalıya borcunun bulunmadığı saptanmışsa, bu nedenle kötüniyet tazminatına hükmedilmesi doğrudur.*[51]

Y. 19. HD. E:2013 / 5902 K:2013 / 9419 T:22.05.2013

Davacı vekili, takibe konu 4 adet çekteki keşideci imzasının müvekkiline ait olmadığını ileri sürerek müvekkilinin borçlu olmadığının tespitine, % 40 kötü niyet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddi ile % 40 kötü niyet tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda toplanan delillere ve benimsenen 01/10/2012 tarihli rapora göre; davaya konu edilen ve takibe konan çeklerdeki imzaların davacı B'nin eli ürünü olmadığının tespit edildiği gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının davalı tarafından hakkında yapılan icra takip dosyasında takibe konu edilen A.T. Katılım Bankasına ait 1557199, 1557202 sayılı 29/06/2010 keşide tarihli ve 1557201 sayılı 30/06/2010 keşide tarihli olmak üzere hamiline yazılmış 4 adet 7.500 TL çekler sebebiyle davalıya borçlu bulunmadığının tespitine, davacı hakkında yapılan takibin karar kesinleştiğinde iptaline, bu dosya üzerinden verilen tedbir kararının kararın kesinleşmesine kadar devamına, davalı tarafından

* Gönderen: Coşkun Gündüz, İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

takibe konu edilen 30.000 TL asıl alacak miktarı üzerinden takip kötü niyetli yapıldığından bu miktar üzerinden hesaplanacak % 20 kötü niyet tazminatının davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 22.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

TEMYİZ İNCELEMESİ

ÖZET: Temyiz dilekçeleri tebliğ olunmuş ise, tebliğ belgesi; tebliğe çıkarılmış ve parçaları bulunamıyor ise, tebliğ tarihleri PTT Müdürlüğü'nden sorularak alınacak cevap veya mahkemedeki kayıt ve belgeler incelenerek tebliğ tarihleri saptanıp, bu konuda düzenlenecek belgenin dosyaya eklenmesi; ancak tebligat yapılmamış ise, usulünce yapılıp; temyize cevap süresinin beklenmesi; ayrıca, dava dosyasının 6100 Sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi atfıyla HUMK'un 433/3. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğine uygun olarak tarih ve işlem sırasına göre düzenlenip, dizi pusulasına bağlandıktan sonra gönderilmesi gerekmektedir.

Y. 20 HD. E:2013/ 8261 K: 2013 / 11398 T:10.12.2013

KARAR

Temyiz incelemesi yapılabilmesi için;

1-Mahkeme hükmünün H.'e usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği görüldüğünden ilgilisini usulünce tebligat yapılıp, gerekli temyiz süresinin beklenmesi;

2- Yine Mahkeme hükmünün davalı S.'a tebliğine dair belgenin dosyada bulunmadığı gözlendiğinden,

Hüküm tebliğ olunmuş ise, tebliğ belgesi; tebliğe çıkarılmış ve parçası bulunamıyor ise, tebliğ tarihi PTT Müdürlüğünden sorularak, alınacak cevap veya mahkemedeki kayıt ve belgeler incelenerek tebliğ tarihi saptanıp, bu konuda düzenlenecek belgenin dosyaya eklenmesi; ancak tebligat yapılmamış ise, usulünce yapılıp; gerekli temyiz süresinin beklenmesi;

3- Davalı Z. Mirasçılarını gösterir nüfus aile kayıt örneğinin,

4- B. vekili Av. F.'in temyiz dilekçesi aslının,

5- H. vekilinin temyiz istemi bulunduğu, ancak temyiz harcı alındığına

ilişkin dosyada makbuz bulunmadığı anlaşıldığından, varsa temyiz harcı makbuzu alındı belgesinin, yoksa davalı vekiline temyiz harcını yatırması için önel verildiğine ve belirtilen süre içinde yatırılmadığı takdirde temyiz isteminden vazgeçmiş sayılacağı ihtarını içerir muhtıra gönderilmeli, ilgili muhtıra parçası eklenmesi, verilen önel süresinin beklenmesi,

6- Temyiz dilekçelerinin diğer taraflara tebliği edildiğine dair tebligat parçalarının bulunmadığı gözlemlendiğinden,

Temyiz dilekçeleri tebliğ olunmuş ise, tebliğ belgesi; tebliğe çıkarılmış ve parçaları bulunamıyor ise, tebliğ tarihleri PTT Müdürlüğü'nden sorularak alınacak cevap veya mahkemedeki kayıt ve belgeler incelenerek tebliğ tarihleri saptanıp, bu konuda düzenlenecek belgenin dosyaya eklenmesi; ancak tebligat yapılmamış ise, usulünce yapılıp; temyize cevap süresinin beklenmesi; ayrıca, dava dosyasının 6100 Sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi atfıyla HUMK'un 433/3. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğine uygun olarak tarih ve işlem sırasına göre düzenlenip, dizi pusulasına bağlandıktan sonra gönderilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Değinilen eksiklikler giderilmek üzere, dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine 10.12.2013 günü oybirliğiyle karar verildi.

TAPU KAPSAMINDA OLAN YERİN TESPİTİ
•
HUKUKİ YARAR

ÖZET: Her ne kadar, arazi kadastrosunda bu yerin durumunun ne olduğu, arazi kadastrosu yapılmış ve dayanılan tapu kapsamındaki yer tespit harici bırakılmışsa neden tespit harici bırakıldığı, tapunun başka parsele revizyon görüp görmediği gibi konular araştırılmamış ise de, davacıların bu yerin adlarına tescili veya kadastro çalışmasına konu olmuş ise, süresi içinde tespite itiraz yönünde eda davaları açmaları ve bu konuların o davalar sırasında incelenmesi mümkün iken, infaz kabiliyeti olmayan tespit kararı istemesinde hukuki yararı bulunmamaktadır. HMK'nın 114/h ve 115/2. maddeleri gereğince hukuki yarar, dava şartlarındandır.*

Y. 20. HD. E:2013 / 9067 K:2014 / 797 T:21.01.2014

Taraflar arasındaki davanın yapılan duruşması sonucunda kurulan hükmün yargıtayca incelenmesi davalılar tarafından istenilmekle, süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar 10.03.2008 tarihli dilekçeleri ile murisleri Y. adına kayıtlı olan Arnavutköy, Yassıörende bulunan ve tapunun Mayıs 1969 tarih ve 12 numarasında taşınmazlarının kadastro sırasına " ormanda kaldığı " gerekçesi ile herhangi bir taşınmaza revizyon görmediğini, oysa bu taşınmazın 158 numaralı Orman Kadastro Komisyonu tarafından 1995 yılında orman sınırı dışında bırakıldığının tespiti istemi ile Orman Yönetimi aleyhine dava açmışlar, yargılama sırasınca hazinede davaya dahil edilmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne; 12.07.2010 tarihli fen bilir kişisi raporunda gösterilen 61753 m^2 yüz ölçümündeki taşınmazın davacıların dayandığı tapu kaydı kapsamında kaldığının tespitine karar verilmiş, hüküm davalı Hazine ve Orman Yönetimi tarafından temyiz edilmiştir.

* Gönderen : Mustafa Ay,, G.O.Paşa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

Yörede 1941 yılında 3116 Sayılı Kanun'a göre yapılan orman kadastrosu ile 30.05.1997 tarihinde ilan edilip kesinleşen aplikasyon, 2 / B uygulaması sınırlaması yapılmamış ormanların kadastro çalışması vardır.

Dava tapu kapsamında olduğu iddia edilen yerin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, kesinleşen orman kadastro haritalarının uygulanması sonucu taşınmazın 1941 yılı orman kadastro sınırının dışında kaldığı ve bu nedenle 2 / B uygulamasına da konu edilmediği, dayanılan tapu kaydının da kapsamında olduğu belirlenerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Her ne kadar, arazi kadastrosunda bu yerin durumunun ne olduğu, arazi kadastrosu yapılmış ve dayanılan tapu kapsamındaki yer tespit harici bırakılmışsa neden tespit harici bırakıldığı, tapunun başka parsele revizyon görüp görmediği gibi konular araştırılmamış ise de, davacıların bu yerin adlarına tescili veya kadastro çalışmasına konu olmuş ise, süresi içinde tespite itiraz yönünde eda davaları açmaları ve bu konuların o davalar sırasında incelenmesi mümkün iken, infaz kabiliyeti olmayan tespit kararı istemesinde hukuki yararı bulunmamaktadır. HMK'nın 114/h ve 115/2. maddeleri gereğince hukuki yarar, dava şartlarındandır.*53

O halde mahkemece, dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsizdir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Orman Yönetimi ve Hazinenin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde iadesine 21.01.2014 günü oybirliği ile karar verildi.

---

* Gönderen : Mustafa Ay,, G.O.Paşa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

UYAP'TA TEMYİZ

ÖZET: Elektronik ortamda sağlıklı bir temyiz incelemesi yapılabilmesi, dosyada bulunan tüm dilekçe ve evrakların mahkemece UYAP'a taranması UYAP ekranına aktarılması suretiyle mümkündür. Temyize konu dosyada bulunan evrakların elektronik ortamda bulunmaması ve evrakın türüne uygun taranmaması halinde temyiz incelemesinin yapılması olanaklı değildir.*

Y. 20. HD. E: 2014 / 1605 K: 2014 / 4168 T. 07.04.2014

KARAR

Temyiz incelemesi yapılabilmesi için; Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'nın 30/12/2013 tarih ve 9919 sayılı yazıları ile Yargıtay'a elektronik ortamda gönderilen dosyalardaki tüm belgelerin taranarak sisteme aktarılması, dosyanın elektronik ortamda Yargıtay'a gönderilmesinin sağlanması, fiziki dosyanın ise gönderilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

UYAP Bilişim Sisteminde, Yargıtay ve ilk derece mahkemeleri uygulamalarına, eş zamanlı olarak 13.12.2013 tarihinde yapılan güncelleme ile temyiz formunun hazırlanması ekranına "Tüm Evraklar Taranarak Eklenmiştir" seçeneği eklenmiştir. Bu seçenek ile temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderilecek dosyaların elektronik ortamda mı, fiziki ortamda mı gönderileceğinin kullanıcı tarafından belirlenmesi sağlanmıştır. Dosyadaki tüm evrakların taranmış olması durumunda bu seçenek seçilerek işlem yapılması ve fiziki dosyanın Yargıtay'a gönderilmemesi;sair nedenlerle tüm belgeler UYAP sistemine aktarılamadığı takdirde ise, dosyanın Yargıtay'a elektronik ortamda gönderilmemesi yani temyiz formunun hazırlanması ekranına "Tüm Evraklar Taranarak Eklenmiştir" seçeneği seçilmeden dosyanın fiziki olarak gönderilmesi gerekmektedir.

Ancak, UYAP Bilişim Sisteminde yapılan incelemede;dava dosyasındaki tüm evraklar taranarak UYAP sistemine aktarılmadığı halde, dava dosyası UYAP Bilişim Sisteminde Dairemize "elektronik gelen dosyalar" ekranından ve aynı zamanda fiziki olarak gönderildiği anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda da açıklandığı gibi tüm evrakların taranmış olması halinde fiziki dosyanın gönderilmemesi, taranmamış olması halinde ise, "Tüm Evraklar Taranarak Eklenmiştir" seçeneği seçilmeden Daireye fiziki dosyanın

* Gönderen : Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

gönderilmesi gerekmesine rağmen mahkemece belirtilen hususlara riayet edilmediği anlaşılmaktadır.

Elektronik ortamda sağlıklı bir temyiz incelemesi yapılabilmesi, dosyada bulunan tüm dilekçe ve evrakların mahkemece UYAP'a taranması UYAP ekranına aktarılması suretiyle mümkündür. Temyize konu dosyada bulunan evrakların elektronik ortamda bulunmaması ve evrakın türüne uygun taranmaması halinde temyiz incelemesinin yapılması olanaklı değildir.

Bu bağlamda :

a) Mahkemece elektronik ortama aktarılan dava dosyasının kontrolünün yapılarak UYAP'taki evrak kayıt ekranları kullanılarak evrakın türüne uygun olarak (Örneğin: dava dilekçesinin dava dilekçesi, cevap dilekçesinin cevap dilekçesi, delil listesinin delil listesi olarak, tutanak aslının tutanak aslı, tutanak örneğinin tutanak örneği, memleket haritası veya hava fotoğrafı çakıştırmaları ve kadastro paftalarının adlarıyla ve renkli olarak) kaydedilmesi ve dosyadaki tüm evraklar taranarak yukarıda belirtilen şekilde evrak türüne göre sisteme aktarılması halinde fiziki dosya Daireye gönderilmeden dosyanın elektronik ortamda temyiz incelemesi için Daireye gönderilmesi.

b) Şayet, dosyadaki tüm evraklar taranarak yukarıda belirtilen şekilde evrak türüne göre sisteme aktarılmadığı takdirde ise (fiziki imkansızlık veya sair nedenler ile sağlıklı bir şekilde dosyayı tümden UYAP sistemine aktarma olanağı yok ise) UYAP Bilişim Sisteminde " Dosya Fiziki Gitmesi Zorunlu mu ?" seçeneğinin seçilmesi, çıkan metin alanına, dosyadaki taranamayan evrakların, taranamama nedeni ve dosyanın fiziki gönderilme nedeninin bilgi olarak yazıldıktan ve temyiz formunun onay süreci tamamlandıktan sonra dosyanın fiziki olarak Daireye gönderilmesi, lüzumu açıktır.

Yukarıda belirtilen hususlara göre işlem yapılabilmesi için dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi uygun görülmüştür.

İade kararının bizzat mahkeme hakimi tarafından titizlikle incelenerek dava ekonomisine aykırı düşecek şekilde yeniden yazışma ve yargılama giderlerine meydan verilmeksizin (aksi davranış işin sürüncemede kalmasına yol açacağından, ilgili personellerin sorumluluğunu doğurur) yukarıda belirtilen eksikliklerin bütünü ile yerine getirilmesinin sağlanması gerekmektedir.

SONUÇ

Değinilen eksiklikler giderilmek üzere, dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine 07/04/2014 günü oy birliği ile karar verildi.

KADASTRO TESPİTİ • İTİRAZ YÖNTEMİ

ÖZET: Kural olarak; temyiz hakkı, dava hakkının uzantısıdır. Öte yandan, bir hükmü, hukuki yararı olmak koşulu ile davanın gerçek tarafı temyiz edilebilir.

Y. 20. HD. E:2014 / 2053 K:2014 / 4466 T:14.04.2014

KARAR

Kadastro sırasında Ç. Köyü ... ada ... ve ..., ... ada ... parsel sayılı sırasıyla 26671, 25 m^2, 5098, 19 m^2 ve 955, 45 m^2 yüzölçümündeki taşınmazlar, tarla ... ada ... parsel sayılı 677, 25 m^2 yüzölçümündeki taşınmaz, bahçe niteliğiyle davalı S. adına tespit edilmiştir.

Davacı, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği iddiasıyla dava açmıştır.

Yargılama sırasında dava Hazine ve Orman Yönetimine ihbar olunmuş; Orman Yönetimi, çekişmeli taşınmazların orman sayılan yerlerden olduğu iddiasıyla davaya katılmıştır.

Mahkemece; davacının davasının feragat nedeniyle reddine, katılan Orman Yönetiminin davasının kısmen kabulüne kısmen reddine, ... ada ... sayılı parselin kadastro tespitinin iptaliyle orman niteliğiyle Hazine adına tapuya kayıt ve tesciline, ... ada ... ve ... sayılı parsel ile ... ada ... sayılı parselin tespit gibi tesciline karar verilmiş; hüküm katılan Orman Yönetimi tarafından tesbit gibi tesciline karar verilen taşınmazlara; davalı tarafından, orman niteliğiyle tesciline karar verilen taşınmaz ve vekalet ücretine; ihbar olunan Hazine tarafından ise, tespit gibi tesciline karar verilen taşınmazlar ile vekalet ücretine yönelik olarak temyiz edilmiştir.

Dava, kadastro tespitine itiraz niteliğindedir.

Çekişmeli taşınmazların bulunduğu yerde orman kadastrosu, 3402 Sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmüne göre yapılmıştır.

1) İhbar olunan Hazinenin temyiz itirazları yönünden

İhbar olunan Hazine açılan davaya HMK'nın 53 ve onu izleyen maddeleri ile 3402 sayılı Kadastro Kanun'un 26 / D maddesi hükmü uyarınca yöntemine uygun şekilde katılmadığı, bu nedenle davanın gerçek tarafı olmadığı belirlenmiştir.

Kural olarak; temyiz hakkı, dava hakkının uzantısıdır. Öte yandan,

bir hükmü, hukuki yararı olmak koşulu ile davanın gerçek tarafı temyiz edilebilir. Açıklanan nedenle ihbar olunan Hazinenin temyiz dilekçesinin REDDİNE

2) Davalı S. ve katılan Orman Yönetiminin temyiz itirazlarına gelince;

İncelenen dosya kapsamına, kararın dayandığı gerekçeye uzman orman bilirkişi tarafından eski tarihli hava fotoğrafları ve memleket haritasına dayalı olarak yöntemine uygun biçimde yapılan inceleme ve araştırmada, çekişmeli ... ada ... sayılı parselin orman sayılan yerlerden, ... ada ... ve ..., ... ada ... sayılı parsellerin ise orman sayılmayan Yerlerden olduğu anlaşıldığına, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca vekalet ücreti takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılan onama harcının Orman Yönetimi ve Davalı S.'ye ayrı ayrı yükletilmesine, hazineden harç alınmasına yer olmadığına 14/04/2014 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI • MADDİ TAZMİNAT • İLK PEŞİN DEĞER • KAÇINILMAZLIK

ÖZET: İş kazası sonucunda hak sahiplerine SGK tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilecek olan miktarları hesaplanan maddi tazminattan indirilecektir. Bu kural gereği" tam kaçınılmazlık, teknik arıza" halterindeki ödemeler hesaplanan maddi tazminattan indirilemez. Zira bu konuda SGK'nın rücu hakkı yoktur.

Y.21. HD. E:2012/13182 K:2012/14603 T:13.09.2012

Davacı, iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, bozmaya uyarak ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakim tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi;

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davalı işverenin tüm, davacının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, (işkazası) sonucu (ölüm) nedeniyle (maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, dairemizin önceki uygulamalarına göre maddi zararın belirlenmesi sırasında, kurumca bağlanan gelirlerin en son peşin değeri düşürülerek sonuca gidildiği görülmektedir.

Davanın bu yönüyle yasal dayanağını, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu oluşturmaktadır. Kanun'un 55. maddesinde "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.

---

* Gönderen: Av.Ayhan TOKAT

Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez" hükmüne yer verilmiştir. Adalet Komisyonu'nun 55. madde gerekçesine göre;"sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır.Bu kural gereği, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam kaçınılmazlık hallerinde ödemeler, bu tazminatlardan indirilemez.Bağlanan gelirlerin, işçinin kusuru ve kaçınılmazlık gibi nedenlerle rücu edilemeyen kısmı da indirilemez.Bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyeceği gibi, zarar görenin kusuruna (müterafık kusura)yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza halindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemez."

Öte yandan, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürülüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun 2. maddesine göre "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır." Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri, Kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici iş göremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, Kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir.Kaldı ki 6098 Sayılı Kanun'un 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.

Davaya konu iş kazası (meslek hastalığı), 5510 Sayılı Kanun'un 26. maddesine göre belirlenmelidir. İşverenin 506 sayılı Kanunun 26. maddesi göre belirlenmelidir. İşverenin 506 Sayılı Kanun'un 10. maddesine dayanan sorumluluk hali, kendisinin zamanında bildirimde bulunmamasından kaynaklandığından, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamayacağından, bu halde dahi 26. maddeye göre rücu edilebilen miktar kadar indirim yapılması gerekecektir.

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 Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir. 26. maddedeki anılan cümlenin iptali ile kurumun rücu hakkının yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı yada hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması

karşısında, rücu davasında, ilk peşin değerli gelirin tazmin sorumluluklarının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin iptal karından sonra 26.maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında artışlar istenemeyeceğine göre, böyle bir ibare bulunmayan 10.maddeye dayanan rücu davalarında da gelirlerindeki artışların istenemeyeceği açıktır. HGK 19.03.2008 gün ve 20008/10-254E- 2008/266 K. Sayılı kararı da bu yöndedir.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, Kurumca bağlanan gelirlerin ilk peşin değerinin (ve geçici iş göremezlik ödeneği miktarının) rücu edilebilecek kısmının hesaplanarak, bilirkişi raporunda belirlenen zarar tutarından indirilmesi gerekirken, yazılı şekilde fazla indirim yapılarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının, bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacılara iadesine, 13.09.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi

İŞ KAZASINDA MANEVİ TAZMİNAT
•
MADDİ TAZMİNAT HESABINDA ÜCRET ARAŞTIRMASI
•
HESAPLAMADA EVLENME OLASILIĞININ HESAP TARİHİNE GÖRE BELİRLENMESİ
•
MADDİ TAZMİNATIN KATSAYI DEĞİŞİKLİĞİ NEDENİYLE REDDİ HALİNDE VEKALET ÜCRETİ TAKDİR OLUNANMAYACAĞI
•
RED HARCININ DAVACI SORUMLULUĞU

ÖZET: Maddi tazminatın hesaplanması sırasında davacı eşin yaşı, çocuk yasası, sosyal durumu dikkate alınarak ilerde evlenmesi ihtimali bulunmakta ise bir miktar indirim yapılması gerektiği Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Mahkemece hükme esas alınan hesap raporunda sağ eşin evlenme şansının bulunduğunun kabulü ile indirime gidilmesi isabetlidir. Ne var ki davacı eşin hesap tarihinde halen evlenmediği ortadadır. Hal böyle olunca sağ eşin yeniden evlenme ihtimalinin hesap tarihindeki yaşı dikkate alınarak belirlenmesi ve buna göre indirime gidilmesi yerine, olay tarihindeki yaşı dikkate alınmak suretiyle yeniden evlenme ihtimalinin yüksek belirlenmesi isabetsiz olmuştur.

Y.21. HD. E:2012/16867 K:2013/12817 T:18.06.2013

Davacıların maddi tazminat istemlerinin reddi, katsayı değişikliklerine bağlı olarak, sigorta tahsisleri peşin sermaye değerlerindeki artışlardan kaynaklanmakta olup, davacıların dava açarken bu hususu bilebilmeleri mümkün olmadığına göre, maddi tazminat istemelerinin reddi nedeniyle davalı yararına avukatlık ücreti tayini hatalı olmuştur.[56]

Davacı, iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazmi-

* Gönderen: Av. İsmail Ergüneş ve Av. Hasan Esas İlhan, İstanbul Barosu avukatlarından

natının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda;ilamda yazılı nedenlerle 88.825, 70 maddi ve manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacılar vekilince duruşmalı temyiz edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 18/06/2013 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacılar T. ve vekili Av. İ. ile karşı taraf N. Plastik Sanayi ve Ticaret Aş. Vekili Av. B. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakim tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü, ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere, temyizin kapsamına ve temyiz nedenlerine göre, davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine, 2- Dava 14.11.2007 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece sigortalının asgari ücret ile çalıştığı kabul edilerek yapılan hesaplama hükme esas alınmak suretiyle davacılardan T. Bakımından maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne, davacı M'nin maddi zararının sigorta tahsisleri peşin sermaye değeri ile karşılandığından maddi tazminat isteminin reddine, davacı eş ve çocuklar ile anne bakımından manevi tazminat isteminin reddine, davacı eş ve çocuklar ile anne bakımından manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, davacı kardeşlerin manevi tazminat isteminin ise reddine karar verilmiş ve bu karar süresinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yerel mahkemece verilen karar aşağıda açıklanan nedenlerle hatalı olmuştur.

Davacılar murisinin ölümüyle sonuçlanan iş kazasında sigortalının %25 davalı işveren ile üretim müdürü ve vardiya amiri oldukları anlaşılan davalıların ise toplam olarak %75 oranında kusurlu olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Gerek mülga BK'nın 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nın 56. maddesi hükmüne göre, Hakim: ölenin yakınlarına da manevi olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir. Hakimin manevi zarar adı ile ölenin yakınlarına verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru

doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır.Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sırrı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şerler 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.

Manevi tazminatının tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir

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 sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.6.2004, 13/291-370)

Bu ilkeler gözetildiğinde davacı eş yararına hüküm altına alınan 30.000, 00 TL ise davacı çocuklar ile anneden her biri yararına hüküm altına alınan 15.000, 00 'er TL manevi tazminatın az olduğu açıkça belli olmaktadır. Öte yandan davacı kardeşlerin, sigortalının ölümü nedeniyle, manevi tazminatların az takdiri ve nenleri açıklanmaksızın kardeşlerin manevi tazminat istemlerinin reddi suretiyle yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Maddi Tazminata gelince:

Mahkemece davacının asgari ücret ile çalıştığının kabul edilmesi hali için hak sahiplerinin şıkkı hükme esas alınmış ise de varılan bu sonuç hatalı olmuştur.

İş kazası sonucu ölüm nedeniyle hak sahiplerinin maddi tazminatlarının hesaplanmasında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur, gerçek ücret ise; işçinin kıdemi ve yaptı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olup, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret değildir. Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri bu doğrultudadır.

Somut olayda, davacının baskı makine operatörü olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.Bu vasıftaki bir işçinin asgari ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmeyeceği açık-seçiktir. Öte yandan sigortalının yaşı ve mesleki kıdemi de dikkate alındığında asgari ücretin 1.824 katı ücretle çalıştığının kabul edilmek suretiyle hak sahiplerinin tazminatlarının hesaplandığı dosya içerisindeki bilgi ve belgelere uygun olduğu ortadadır.Hal böyle olunca 09.02.2012 tarihli hesap raporunun "B" şıkkındaki hesaplama esas alınarak hak sahiplerinin maddi tazminatlarının belirlenmesi gerekirken, asgari ücretle hesaplamanın yapıldığı "A" şıkkının davacıların tazminatlarının belirlenmesinde esas alınmak suretiyle sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

Maddi tazminatın hesaplanması sırasında davacı eşin yaşı, çocuk yasası, sosyal durumu dikkate alınarak ilerde evlenmesi ihtimali bulunmakta ise bir miktar indirim yapılması gerektiği Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Mahkemece hükme esas alınan hesap raporunda sağ eşin evlenme şansının bulunduğunun kabulü ile indirime gidilmesi isabetlidir. Ne var ki davacı eşin hesap tarihinde halen evlenmediği ortadadır. Hal böyle olunca sağ eşin yeniden evlenme ihtimalinin hesap tarihindeki yaşı dikkate alınarak belirlenmesi ve buna göre indirime gidilmesi yerine, olay tarihindeki yaşı dikkate alınmak suretiyle yeniden evlenme ihtimalinin yüksek belirlenmesi isabetsiz olmuştur.

Davanın kısmen kabulü ve kısmen reddi nedeniyle, yargılama giderleri bölüşülürken davacı tarafça yatırılan başvurma harcı ve peşin harcın da kabul ve ret oranında bölüştürülmesi isabetsizdir.Gerçekten iki tarafın kısmen haklı çıkması halinde yargılama giderlerinin paylaştırılacağına ilişkin HMK'nın 326/5 (HUMK'un 417/1) maddesindeki düzenleme yargılama harçları için uygulanamaz. Çünkü davanın reddi hariç harç daima davalıya yüklenir. Zira harç zaten haksız çıkılan oranda hüküm olunur.Yani mahkum edilen miktara göre verilir. Bu nedenle davanın kısmen reddi halinde reddedilen dava bölümü için ayrıca ret harcı verilmez.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacıların bu yönleri amaçlayan nedenle **BOZULMASINA,** davacılar yararına takdir edilen 990.00 TL duruşma Avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacılara iadesine 18.06.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AYNI DAVADA ISLAHIN BİR KEZ YAPILABİLECEĞİ

ÖZET: Uyuşmazlık aynı dava içerisinde birden çok ıslahın mümkün olup olamayacağı noktasında toplanmaktadır.Bu yönüyle davanın yasal dayanağını oluşturan yürürlükten kalkan HUMK'un 83. maddesinin son cümlesi ile HMK'nın 176/2 maddesinde "Aynı davada tarafların bir kez ıslah yoluna başvurabileceği" düzenlenmiştir.Hal böyle olunca aynı dava içerisinde ıslah yoluna bir kez başvurabileceğine ilişkin usul hükmüne aykırı biçimde davacı S. bakımından 28.12.2011 tarihli ıslaha değer verilerek maddi tazminat karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.*

Y.21. HD. E:2012/9429 K:2013/1564 T:01.10.2013

Davacılar, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi B. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava 13.10.2003 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu 30.10.2003 tarihinde ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece;davacılara maddi tazminat istemlerinin kabulüne manevi tazminat istemlerinin ise kısmen kabulüne karar verilmiş ve bu karar davalılar vekillerince süresinde temyiz edilmiştir.

* Bu sayıdaki Y.9.H.D.'nin 2014/580 esas sayılı karara ve dergimizin 3.sayısındaki Y.9.H.D'nin 2011/33835-42324 sayılı kararlarına bakınız

Davacılar vekili 07.05.2004 tarihli dava dilekçesi ile bu dilekçesindeki taleplerini açıkladığı 14.04.2009 tarihli dilekçe ile fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ihtiyari dava arkadaşı davacılardan S. için 7.000, 00 TL diğer davacılardan her biri için ise 1.000, 00'er TL maddi tazminat isteminde bulunmuş ve bu istemine davacı S.yönünden önce 20.04.2009 tarihli ıslah dilekçesi ile 10.641, 93 TL artırarak 17.641, 93 TL'na çıkarmış bilahare 28.12.2011 tarihli dilekçe ile davacı S. bakımından ikinci kez diğer davacılar bakımından ise ilk kez maddi tazminat istemini ıslah suretiyle artırmış ve davacı S. maddi tazminat istemini 61.274, 79 TL'na çıkarmıştır.

Mahkemece 14.04.2009 tarihli birinci ve 28.12.2011 tarihli ikinci ıslah dilekçeleri dikkate alınarak davacı S.'nin maddi tazminat istemi hakkında karar verilmiş ise de varılan bu sonuç hatalıdır. Uyuşmazlık aynı dava içerisinde birden çok ıslahın mümkün olup olamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağını oluşturan yürürlükten kalkan HUMK'un 83.maddesinin son cümlesi ile HMK'nın 176/2 maddesinde "Aynı davada tarafların bir kez ıslah yoluna başvurabileceği" düzenlenmiştir. Hal böyle olunca aynı dava içerisinde ıslah yoluna bir kez başvurabileceğine ilişkin usul hükmüne aykırı biçimde davacı S. bakımından 28.12.2011 tarihli ıslaha değer verilerek maddi tazminat karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

O halde, davacı tarafın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek hilnde davacıya iadesine 01.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASININ TESPİTİ • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELER

ÖZET: İş kazasının tespiti davalarında hak düşürücü süre ile ilgili bir kural yoktur. Kanunda yazan süreler bu konuya ilişkin gelir ve aylıların ödenmesine ilişkindir.*

Y.21. HD. E:2012/11078 K:2013/17829 T:03.10.2013

Dava sigortalının 25.2.1999 tarihinde işyerinde geçirdiği yaralayıcı olayın iş kazası olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

* Gönderen Av. Hulki Özel, Mersin Barosu

Mahkemece, BK.125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinin fazlasıyla geçtiği gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiş ise de bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.

506 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi;bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların bu kanuna göre sigortalı sayılacağını, 4 . maddesi; bu kanunun uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerin işveren olduğunu düzenlemiştir. Anılan yasanın 11-A maddesinde ise iş kazasının tanımına ve koşullarına yer verilerek

"a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, c) Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olayın iş kazası olduğu belirtilmiştir.

Gerek olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 Sayılı Yasa'nın 27.ve 12. gerekse 5510 Sayılı Yasa'nın 13. ve 20. maddesinde İş kazasının sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma en geç "kazadan sonraki üç iş günü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile bildirmesinin zorunlu olduğu, bu sürenin iş kazasının işveren kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde iş kazasının öğrenildiği tarihten başlayacağı, Kuruma bildirilen olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağı hakkında bir karara varılabilmesi için gerektiğinde, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık İş Müfettişleri vasıtasıyla soruşturma yapılabileceği, iş kazasına bağlı nedenlerden dolayı ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanacağı bildirilmiştir.

Olayın iş kazası sayılması gerektiğinin tespitine ilişkin davanın asıl amacı, 506 ve 5510 Sayılı Yasa gereğince hak sahiplerine iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanmamasının teminine yöneliktir. Diğer yandan bir sosyal sigorta olayının iş kazası sayılıp sayılmaması işverenin dahi hak alanını ilgilendirir. Zira işveren kusurlu ve de olayda iş kazası ise, kurum bağladığı gelirin peşin değerini işverenden isteyebilecektir. İş kazası tespiti davaları bakımından özel olarak belirlenmiş, bir ispat yöntemi de yoktur. Bu davaların her türlü deliller ispatı mümkündür.

Öte yandan, 506 Sayılı Yasa'nın 99. maddesinde zamanaşımı ve hakkın

düşmesi ile ilgili düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre, "Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve ölüm sigortalarından hak kazanılan gelir ve aylıklar, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmezse zamanaşımına uğrar. Bu durumda olayların gelir ve aylıkları, yazılı istek tarihini takip eden ay başından itibaren başlar. İş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından kazanılan diğer haklar ile hastalık ve analık sigortalarından doğan haklar ise, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmezse düşer. Geçici iş göremezlik ödeneğini veya herhangi bir döneme ilişkin gelir veya aylığını beş yıl içinde almayanların, söz konusu ödenek, gelir veya aylıkları ödenmez." Buna göre söz konusu yasal düzenlemede gelir ve aylıklar ile kazanılan diğer haklarla ilgili zaman aşımı ve hak düşürücü süreden söz edilmiş ise de iş kazası, meslek hastalığı ve ölüm sigortalarından hak kazanılan gelir ve aylıkların hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmez ise zamanaşımına uğrayacağı. Bu durumda gelir ve aylıklarının yazılı istek tarihini takip eden aybaşından başlayacağı bildirilmekle olayın iş kazası olması halinde şartları var ise davacıya yazılı talebini takip eden iş kazasının tespiti istemine ilişkin davalarda hak düşürücü süre ile ilgili bir düzenlemede yer almamaktadır. Hal böyle olunca yazılı gerekçelerle istemin reddine karar verilmesi isabetsiz olmuştur. Yapılacak iş; davanın nitelikçi kişilerin sosyal güvenliğine ilişkin olması nedeniyle mahkemece, doğrudan soruşturma genişletilmek sureti ile tarafların göstereceği delilleri toplayıp, bunları birlikte değerlendirerek sonucuna göre karar vermektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine 03/10/2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI MADDİ • ZARAR YARGITAY BOZMASI • KAZANILMIŞ HAKLAR

ÖZET: İş kazası davası sonucunda davacı tarafın tüm itirazları reddedilmek suretiyle sadece davalı taraf lehine bozma kararı oluşturulmuştur. Bu durum karşısında ilk karara esas olan hesap raporunda belirlenmiş olan tazminat miktarı aşılamaz.*

Y.21. HD E:2013/16568 K:2013/22575 T:03.12.2013

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine, 2-Dava, sigortalının iş kazasından sürekli iş göremezliği nedeniyle maddi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece Dairemiz bozma ilamına uyulmasını karar verilecek yapılan yargılama sonucunda, 10.476, 43 TL maddi tazminatın kaza tarihi olan 31.05.2004 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacılar ödenmesine karar verilmiştir.

Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerden; SGK Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından olayın iş kazası olduğunun tespit edildiği, davacı sigortalının sürekli iş görmezlik oranının %17.2 olduğu, mahkemece hükme esas bilirkişi kusur raporunda davacı sigortalının %30 oranında müterafik kusuru bulunduğunu belirtildiği, mahkemece verilen ilk hükümde 01.11.2010 tarihli hesap raporunda tespit edilen maddi tazminat tutarlarından davacıya kurumca bağlanan gelirlerin en son peşin sermaye değerinin tenzil edilmesi ile 10.476, 43 TL maddi tazminatın davalılardan tahsiline karar verildiği, iş bu kararın davacı ve davalılarca temyizi üzerine, davacının temyiz itirazlarının tümünün, davalıların sair temyiz itirazlarının reddi ile, hükme esas hesap raporunda davacının aktif devre zararının hesaplanmasında bir isabetsizlik olmamakla birlikte, pasif dönem hesabında asgari ücret yerine ortalama emeklilik aylığı olan 750.00 TL ücretin esas alınmasının hatalı olması nedeniyle bozulmasına karar verildiği, bozma ilamından sonra mahkemece alınan 27.02.2013 tarihli ek hesap raporunda aktif dönem hesabının kaza tarihinden 31.12.2013 tarihine kadar yeniden yapılması ile pasif dönem hesabının asgari ücret üzerinden yapıldığı ve tespit edilen

* Gönderen Av. Orhan Rüzgar, Bursa Barosu

zarar tutarından Kurumca davacıya bağlanan ilk peşin sermaye değerinin tamamının tenzil edilmesi ile 15.694, 83 TL karşılanmamış zararı bulunduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır.

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 sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay Uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretide kabul görmüş ve usul hukukunun vazgeçilmez, ana ilkelerinden biri haline gelmiştir.Anlam itibariyle, bir davada mahkemenin yada tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkı ifade etmektedir.

Mahkemenin Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usuli kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usuli kanılmış hak gerçekleşebilir.Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir.Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşturur.(04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı YİBK)

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.

Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK) yada geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır.

Somut olayda ilk karara karşı davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddedilmesi nedeniyle davalılar yararına oluşan usuli kazanılmış hak durumu ve bozma ilamının kapsamı dikkate alınarak; bozma ilamından sonra yapılan yargılama alınan hesap raporunda aktif dönem ve iskontolu dönemin yeniden hesaplandığı bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru olmamıştır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 03.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI
•
YURT DIŞINDA ÇALIŞAN İŞÇİNİN ÜCRETİ

ÖZET: Yurt dışında çalışan işçinin, yurt içinde de aynı işi yaparken aynı ücreti alması mümkün değildir. İşçinin yurt dışında çalışacağı muhtemel süre belirlenmeli, daha sonra yurda dönüp burada alacağı ücrete göre hesap yapılmalıdır.*

Y. 21. HD. E:2013 / 17002 K:2013 / 23226 T:09.12.2013

Dava, davacı sigortalının 01.11.2009 tarihinde maruz kaldığı iş kazası nedeniyle doğan maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, taleple bağlı olarak 1.000, .00 TL maddi 8.000, 00 TL manevi tazminatın davalı D. Yapı İnş. Teks. San. ve Tic. Ltd. Şti.'den tahsiline karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, 01.11.2009 tarihindeki zararlandırıcı olayın iş kazası olduğu, sigortalının iş kazası nedeniyle % 45, 2 oranında sürekli iş gücü kaybının doğduğu, kazanın oluşumunda % 80 oranında davalı işveren Şirket D.Yapı İnş. Teks. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin, %20 oranında ise kazalının kusurunun bulunduğu, hükme esas alınan hesap raporunda davacının yurt dışında çalıştığı süre içerisinde aldığı ve asgari ücretin yaklaşık 2, 8 katı olan ücret esas alınarak neticeye varıldığı anlaşılmaktadır.

İş kazalarından kaynaklanan maddi tazminat davalarında davacıların

* Gönderen : Av. Hulki Özel Mersin Barosu

zararı sigortalının gerçek net ücreti üzerinden yapılacak bilirkişi hesabı ile belirlenir. Maddi tazminat davalarına doğrudan etkisi dikkate alındığında ücretin belirlenmesi bir ön sorundur. İşverenin ödediği ücrete dair usulünce düzenlenmiş ücret bordroları var ve bu bordrolardan işçinin yaptığı işin niteliğine, tecrübesine göre uygun bir ücretin kendisine ödendiği anlaşılıyor ise bu bordroya dayalı olarak hesaplama yapmak gerekir.

Bir işçinin yurt içinde aynı işi yapması halinde yurt dışındaki aynı işi yaparken aldığı ücret ile aynı ücret alabileceğinin kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Somut olayda kazalı işçinin yurt dışında aldığı ücret belirlidir. Yurda dönüp de aynı işi yapması halinde ise yine aynı ücreti alacağının varsayılması doğru değildir. Bu nedenle davacının yurt içi ve yurt dışı ücretlerinin aynı olduğu kabulüne göre hesaplamanın yapıldığı bilirkişi raporunun hükme esas alınması hatalı olmuştur.

Yapılacak iş, davacı sigortalının yurt dışında çalıştığı dönem bakımından kazalandığı işin muhtemel bitme süresi de gözetilerek yurt dışında aldığı ücretine göre, sonrası dönem yani yurt dışındaki işinin bitip yurda döndükten sonraki dönem bakımından ise ilgili meslek odalarından öğrenilecek olan yurt içerisindeki emsallerinin aldığı ücrete göre hesaplamanın yapıldığı yeni bir rapor olmak ve tüm delilleri bir arada değerlendirip neticesine göre bir karar vermekten ibarettir.

O halde, davalı şirket D.Yapı İnş. Teks. San. ve Tic. Ltd. Şti vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılardan Dağ Yapı İnş. Tur. Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti'ne iadesine, 09.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • BAKİYE ÖMÜR • MADDİ TAZMİNAT • İLK PEŞİN DEĞER • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET : İş kazasından doğan maddi tazminat davasında kazaya maruz kalan işçinin bakiye ömrü kaza tarihi itibariyle PMF Yaşam Tablosuna göre belirlenecektir.

Hesaplanan maddi tazminattan; kazaya maruz kalan işçiye SGK tarafından iş kazası sebebiyle bağlanmış olan ilk peşin değirinin ve kurumun işçiye ödediği iş göremezlik ödeneğinin SGK tarafından işverene rücu edilebilir kısımlarının indirilmesi gerekir.

Kaza sonucunda % 31.1 oranında işgücü kaybına uğrayan ve kusuru oranı % 20 işçi için takdir edilen 20.000, 00 TL manevi tazminat azdır.*

Y.21 HD. E:2013 / 17973 K:2014 / 1797 T:10.02.2014

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalı A. Elektropanc Elektromekanik San. Müh. Taah. Ve Tic.A.Ş.'nin tüm; davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, geçirdiği iş kazası neticesinde yaralanan işçinin maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Kazalı işçinin, geçirdiği iş kazasında % 31, 1 oranında sürekli iş görmezliğinin; % 20 oranında kusurunun bulunduğu; davalı işverenin ise % 80 oranında kusurlu olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Mahkemece, davalı SGK'ya yönelik davanın husumet yokluğundan reddine; davacının, maddi zararının davalı SGK tarafından bağlanan gelirle karşılanması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddi ile 20.000, 00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı işverenden alınıp, davacıya verilmesine fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir.

* Gönderen : Av. Ayhan TOKAT

A- Maddi tazminat talebi yönünden;

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, hükme esas alınan ve içeriğinden 2013 yılında düzenlendiği anlaşılmakla birlikte, üzerinde düzenlenme tarihi yer almayan hesap raporunda, dairemizin yerleşik içtihatlarına aykırı olacak şekilde davacı işçinin bakiye ömrünün PMF 1931 yaşam tablosu yerine, CSO 1980 adlı başka yaşam tablosu kullanılarak hesaplandığı ve yine iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında uygulanan dairemizce kabul gören hesaplama yönteminin dışına çıkılarak, sigorta hukukunda uygulanan başkaca bir hesaplama yönteminin kullanıldığı; buna göre işlemiş – işleyecek ile aktif – pasif dönen ayrımları yapılmaksızın maddi zararı hesabı yapıldığı bilinen toplam zarardan Borçlar Kanun'un 55. maddesine aykırı olarak kurumca belirlenen ilk peşin sermaye değeri ve sosyal yardım zammının tamamının mahsup edildiği anlaşılmaktadır.

Bu haliyle uyuşmazlık maddi tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Tazminatın saptanmasında zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş göremezlik ve karşılık kusur oranları, S.G.K. tarafından bağlanan peşin sermaye değeri tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Tazminat miktarının PMF yaşam tablosuna göre işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez. Bu verilere göre dairemizin yerleşik uygulamalarına uygun şekilde aktüerya uzmanından hesap raporu görüşleri, kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici iş göremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, 6098 Sayılı Kanun'un 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.

Davaya konuya iş kazası, 5510 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce meydana geldiğinden, kurumca rücu edilebilen peşin değer 506 Sayılı Kanun'un 26. maddesine göre belirlenmelidir. İşverenin 506 Sayılı Kanun'un 10 maddesine dayanan sorumluluk hali, kendisinin zamanında bildirimde bulunmamasından kaynaklandığından, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamayacağından, bu hale dahi 26. maddeye göre rücu edilebilen miktar kadar indirim yapılması gerekecektir.

Anayasa Mahkemesinin 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 23.11.2006 gün ve E: 2003 / 10, K: 2006 / 106 sayılı kararı ile 26. maddedeki " Sigortalı veya hak sahibi kimselerin işveren-

den isteyebilecekleri miktarda sınırlı olmak üzere… " bölümünün Anayasa aykırılık iptaline karar verilmiştir. 26. maddedeki anılan cümlenin iptali ile kurumun rücu hakkının yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı yada hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında rücu davasında, ilk peşin değerli gelirin tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir.

Yapılacak iş; uzman hesap bilirkişiden yukarıda belirtilen prensiplere uygun şekilde hesap raporu aldırılması; bu rapora göre belirlenen toplam zarardan, davacı işçiye S.G.K. tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin ve varsa kurumdan sorularak tespit edilecek geçici iş göremezlik ödeneğinin davalı işverene rücu edilebilir kısımlarının tenzili sonucu karşılanmayan zararın tespit edilmesi ile sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir.

B- Manevi tazminat talebi yönünden ise;

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün 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 duygunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/ 7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlarda 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 gösterilmelidir.

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 azdır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalılardan AE Arma Elektropanc Elektromekanik San. Müh. Taah. Ve Tic.A.Ş.'ne yükletilmesine, 10.02.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

CEP TELEFONU MESAJI İLE İŞ AKTİNİN FESHİ
•
İZİNLİ OLANIN DEVAMSIZLIĞINDAN SÖZ EDİLEMEYECEĞİ

ÖZET: Somut olayda davacı 16.09.2009 tarihinde davalı işverenden aldığı izin ile yıllık izne ayrıldığını, ancak 21.09.2009 tarihinde işverenin "artık hiç işe gelme, ne halin varsa gör" şeklindeki cep telefonu mesajı ile işine son verdiğini belirtmiş, davalı işveren ise davacının 15.09.2009 tarihinden 07.10.2009 tarihine kadar işe gelmediğini işten kendi isteği ile ayrıldığını belirtmiş olduğuna göre mahkemece davacının iddia ettiği mesajın ilgili GSM operatörlerinden sorularak çekildiği tarih ve içeriği tespit edilmeden eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulması isabetsiz olup bu husus bozmayı gerektirmektedir.

Y. 22. HD. E:2012 / 6962 K:2012 / 26785 T:29.11.2012

DAVA : Davacı kıdem, ihbar tazminatı, fazla mesai, genel tatil alacağı, ücretli izin alacağı ve hafta tatili alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı taraf dava dilekçesinde özetle; davacının davalı işyerinde Mart 2006 tarihinde hamur ustası olarak işe başladığını 16.09.2009 tarihinde davalıdan aldığı izinle yıllık izne ayrılmış ise de 21.09.2009 tarihinde " artık işe gelme, ne halin varsa gör " şeklindeki cep telefonu mesajı ile işine son verildiğini iddia ile ödenmeyen ihbar – kıdem tazminatı ile ücretli izin fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarından oluşan toplam 600, 00 TL sinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı taraf işyerinde poğaça ve börek ustası olarak 17.05.2006 tarihinde işe başlayan davacının 15.09.2009 tarihinden 07.10.2009 tarihine kadar mesaisine gelmeyerek işten kendi isteği ile ayrıldığını, keşide edilen 25.09.2009 günlü ihtarnameye bir yanıt vermediği gibi işe de gelmediğini ve bu zaman dilimi içinde başka bir işyerinde işe başlayarak davalıyı maddi zarara uğrattığını, 23.00 – 06.30 ve Cumartesi günleri 03.00 – 06.30 arasında çalışan dini bayramlarda 2 gün izin dışında ve diğer milli bayramlarda çalışan davacıya ücretlerinin eksiksiz ödendiğini ve davacının davalıdan hiçbir alacağı bulunmadığını beyanla haksız davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece işverenin yıllık izin süresi içinde gönderdiği cep telefonu mesajı ile bir daha işe gelmemesini bildirmek suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirildiği anlaşılmakla, davacının iş sözleşmesinin 21.09.2009 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde haklı bir sebepten olmaksızın sona erdirildiği, davacının imzasını taşıyan ücretli izin defterinden davacının 30 gün izin kullanacağının anlaşıldığı davacının fazla çalışma yapıldığının ispat yükünün iddiada bulunan işçiye ait olduğu, tanık beyanları değerlendirilmek suretiyle fazla mesai ücreti ve hafta tatili ücret alacağının hesaplandığı, gerekçeleriyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılar, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında iş sözleşmesinin işçinin iş yerine devamsızlıkta bulunması sebebiyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2-g. maddesinde "İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebep dayanmaksızın ardı ardın iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi" halinde işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez.

Somut olayda davacı 16.09.2009 tarihinde davalı işverenden aldığı izin ile yıllık izne ayrıldığını, ancak 21.09.2009 tarihinde işverenin "artık hiç işe gelme, ne halin varsa gör" şeklindeki cep telefonu mesajı ile işine son verdiğini belirtmiş, davalı işveren ise davacının 15.09.2009 tarihinden 07.10.2009 tarihine kadar işe gelmediğini işten kendi isteği ile ayrıldığını

belirtmiş olduğuna göre mahkemece davacının iddia ettiği mesajın ilgili GSM operatörlerinden sorularak çekildiği tarih ve içeriği tespit edilmeden eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulması isabetsiz olup bu husus bozmayı gerektirmektedir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY BOZMASI
•
KAZANILMIŞ HAK • MADDİ HATALAR

ÖZET: Kural olarak Yargıtay bozmasına uyulması halinde, bozma kararı doğrultusunda taraflar için usülü kazanılmış hak oluşur. Ancak, Yargıtay bozma ilamında maddi hata bulunuyor ise, o ilama uyulmuş olsa dahi usülü kazanılmış hakkın doğduğundan söz edilemez.

Y. 22. HD. E:2013/ 25879 K:2013/22876 T:30.10.2013

Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin haklı sebep olmadan işverence feshedildiğini, işçilik alacaklarının ödenmediğini beyanla, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının 21/12/1998 tarihinden 20/08/2007 tarihine kadar müvekkili işverenliğin Gaziantep şubesinde çalıştığını ve buradan ayrıldığında tüm alacaklılarının kendisine ödendiğini, daha sonra müvekkili işverenliğin Ümraniye'deki şubesinde 21/08/2007 tarihinde çalışmaya başladığını, kırtasiye reyonunda çalışılması teklif edilen davacının iş değişikliğini, iş sözleşmesinin bu sebeple feshedildiğini, tüm haklarının ödendiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar davacı ve davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni ge-

rektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Maddi yanılgıya dayalı olarak verilmiş Yargıtay onama yada bozma kararları ile hatalı biçimde hak sahibi olmak, evrensel hukukun temel ilkelerine ters düştüğünden karşı taraf yararına sonuç doğurmamalıdır.

Gerçekten; maddi yanılgı kavramından amaç;hukuksal değerlendirme ve denetim dışında, tamamen maddi olgulara yönelik, ilk bakışta yanılgı olduğu açık ve belirgin olup, her nasılsa, inceleme sırasında gözden kaçmış ve bu tür bir yanlışlığın sürdürülmesinin kamu düzeni ve vicdanı yönünden savunulmasının mümkün bulunmadığı, yargılamanın sonucunu büyük ölçüde etkileyen ve çoğu kez tersine çeviren ve düzeltmesinin zorunlu olduğu açık yanılgılardır.Uyuşmazlık konusuna ilişkin maddi olgularda, davanın taraflarında, uyuşmazlık süresinde, uyuşmazlığa esas başlangıç ve bitim tarihlerinde, zarar hesaplarına ait rakam ve olgularda ve bunlara benzer durumlarda; yanlış algılanma sonucu, açık ve belirgin yanlışlıklar yapılması mümkündür.Bu tür açık hatalarda ısrar edilmesi ve maddi gerçeğin göz ardı yapılması, yargıya duyulan güven ve saygınlığı sarsacağı gibi, adalete olan inancı ortadan kaldırır ve yok eder.

Yargıtay, bu güne değin maddi yanılgının belirlendiği durumlarda soruna müdahale etmiş baştan yapılmış açık maddi yanlışlığın düzeltilmesini kabul etmiştir.Kaldı ki kimi açık maddi yanılgıya dayalı ve yanlışlığı son derece belirgin haksız ve adaletsiz sonuçların giderilmesi kamu düzeni açısından zorunludur.

Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 04.02.1959 tarihli ve 1957/13 esas, 1959/5 karar, ve 09.05.19602 tarihli ve 1960/21 esas, 1960/9 karar, sayılı kararlarında açıklandığı üzere Yargıtayca maddi hata sonucu verilen bir karara mahkemece uyulmasına karar verilmesi halinde dahi usuli kazanılmış hak oluşmaz ve Yargıtayın hatalı bozma kararından dönülmesi mümkündür.

Somut olayda, mahkemece verilen ilk hüküm davalı tarafın temyizi üzerine Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 27.12.2012 gün ve 2010/35581 esas 2012/44554 karar sayılı ilamında "…Somut olayda taraflar arasındaki iş sözleşmesinin VI/II maddesine göre fazla çalışma sürelerine ilişkin ücretin aylık ücrete dahil olduğunun belirtilmesi karşısında davacının yaptığı haftalık 3 saatlik Fazla Çalışmanın aylık ücret kapsamında bulunduğu gözetilerek davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır" gerekçesiyle bozulmuştur.

İ ş 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.

Dosya içeriğine göre davacının çalışması 01.12.1998-20.08.2007 tarihleri arasında davalı şirketin Gaziantep'teki işyerinde; 21.08.2007 – 07.05.2008 tarihleri arasında Ümraniye'deki işyerinde gerçekleştirilmiştir.21.08.2007 tarihli iş sözleşmesinde fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil ücretlerinin temel ücrete dahil olacağı kararlaştırılmıştır. Bozma ilamı öncesinde alınan hesap raporunda davacının Gaziantep'teki çalışma dönemi için haftalık 12 saat; Ümraniye'deki çalışma dönemi için haftalık 3 saat için fazla çalışma ücret alacağı hesaplanmıştır.Davacının iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu kararlaştırıldığı gerekçesiyle fazla çalışma ücret isteğinin reddi yönünde bozulmuş ise de davacının 21.08.2007 tarihinden önceki dönem için fazla çalışma ücretinin asıl ücrete dahil olduğuna ilişkin iş sözleşmesi bulunmamaktadır.Bu itibarla anılan sözleşme hükmünün sözleşmesinin imzalandığı tarihten itibaren sonuçlarını doğuracağından 21.08.2007 tarihinden öncesi çalışma dönemi için fazla çalışma ücret alacağının hüküm altına alınması gerekirken hatalı değerlendirme ile tüm çalışma dönemi için fazla çalışma ücret isteğinin reddine karar verilmesi isabetsizdir.Belirtilen husus bozma sebebi yapılması maddi hataya dayanmakta olup Yargıtayca Maddi hata sonucu verilen bu karara mahkemece uyulmasına karar verilmesi halinde dahi usuli kazanılmış hak oluşturmayacağı ve Yargıtayın hatalı bozma kararından dönülmesi mümkün görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.10.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK
•
İŞÇİNİN YAZILI ONAYI

ÖZET: Ücreti eksik ödenmesine karşın çalışmaya devam eden işçinin ücretinin düşürülmesine onay verdiği kabul edilemez. Çalışma koşullarında değişiklik yapılması için işçinin yazılı onayının bulunması gerekir.*

Y. 22 HD. E 2013/38255 K 2014/1967 T.11.2.2014

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalıya ait işyerinde 01.07.2007-31.07.2009 tarihleri arasında çalıştığını, işe ilk başladığı tarihte aylık ücretinin net 3.500, 00 TL olarak belirlendiğinin ancak ekonomik kriz bahane edilerek 2008-2009 yılı sezonunda ücretlerinin eksik ödendiğini ve iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı taraf davaya cevap vermemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir,

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının bakiye ücret alacağına hak kazanıp kazanmadığı ve ihbar tazminatı hesaplanmasına esas alınacak ücret miktarı noktasında toplanmaktadır.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 27.2.2013 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

Davalı spor kulübünde basketbol kondüyoneri olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin başlangıç tarihinde aylık ücretinin net 3.500, 00 TL olarak belirlendiği ancak ikinci çalışma sezonunda ekonomik sebeplerle ücretinde aylık 750, 00 TL kesinti yapıldığını ileri sürmektedir.

Banka kayıtları içeriği ile davacıya ilk çalışma sezonunda aylık 3.5000, 00 TL ücret ödendiği sabittir. Davacı tanıkları "davacı birinci sezon 3.500.00 TL alıyordu, ikinci sene 2.750, 00 TL alıyordu, ikinci sene maaşının düşmesinin sebebi takım birinci ligden ikinci lige düştüğü için olmuştur…." Şeklinde beyanda bulunmuşlardır.

Mahkemece, davacının ikinci sezonda aylık net 2.750.00 TL ücret ödenmesine rıza gösterdiği ve bu şartlarda çalışmayı kabul ettiği gerekçesiyle hüküm altına alınan ihbar tazminatı ve ücret fark alacağı miktarı aylık net 2.750, 00 TL üzerinden belirlenmiştir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşullarının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değerlendirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması kanun gereğidir.

Davacının ikinci çalışma sezonunda ücretinin eksik ödenmesine rağmen çalışmaya devam etmesi, aylık ücret miktarının 2.750, 00 TL'ye düşürülmesine onay verdiği ve fark ücret alacaklarından vazgeçtiği anlamını taşımaz.Bu nedenle ihbar tazminatı alacağı aylık net 3.500, 00 TL ücret esas alınarak hesaplanmalı, ayrıca dosya içerisinde mevcut banka kayıtları dikkate alınmak sureti davacının ikinci çalışma sezon için eksik ödenen ücret alacakları hüküm altına alınmalıdır.Bu hususun dikkate alınmaması ve eksik incelemeye dayalı karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 11.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

SIRA CETVELİNE YÖNELİK ŞİKAYET
•
MAHKEME KARARI

ÖZET: Sıra cetveline yönelik şikayetlerde, şikayetin hangi nedenle kabul edileceği yada reddedileceği Mahkeme Kararı gerekçesinde değerlendirilip açıklanması yapılmalıdır.*

Y.23. HD.E. 2013/7623 K 2013/7622 T 2.12.2013

Şikayetçi vekili, Pendik 1.İcra Müdürlüğü'nün 2004/10818 Esas sayılı dosyasında takip borçlusuna ait istimlak bedeli olan 101.586, 00 TL'nin anılan dosyaya ödenmesine ve diğer alacaklı dosyaya ödenmesine yer olmadığına dair karar verildiğini, şikayet olunanın 17.09.2004 tarihli haczinin İİK'nın 106.maddesi gereğince 2 yıllık satış isteme süresi içinde taşınmazın satışı istenmediğinden düştüğünü ileri sürerek, sıra cetvelinin iptali karar verilmesini talep ve şikayet etmiştir.

Şikayet olunan vekili, şikayetin reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; sıra cetvelinde usul ve yasaya aykırı bir durum bulunmadığı gerekçesiyle, şikayetin reddine karar verilmiştir.

Kararı, şikayetçi vekili temyiz etmiştir.

1) Şikayet, sıra cetvelindeki sıraya ilişkindir.

Anayasa'nın 141/3.maddesi uyarınca, bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.

Şikayet tarihinde yürürlükte olan HUMK'nın 388/3.maddesi bu hususu daha ayrıntılı olarak, "Kararda iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışması ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep, bulunması gerekmektedir."şeklinde düzenlemiştir.Karar tarihinde yürürlükte olan HMK'nın 297/1-c maddesi uyarınca da, hükmün tarafların iddia ve sa-

* Gönderen:Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3.İcra Mahkemesi Yazı İşleri Müdür

vunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalara hakkında toplanan delilleri, delillerin hukuki sebepleri içermesi gerekir.Kararlarda bulunması gereken gerekçeler sayesinde taraflar, hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi, karar aleyhine kanun yoluna başvurulduğunda da HUMK'nın 428. maddesi uyarınca Yargıtay incelemesi sırasında ancak bu gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir anlatımla, Yargıtay denetimi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. Açıklanmaya çalışıldığı üzere, mahkemece, tarafların tüm delillerini açıkça değerlendirilerek davanın hangi gerekçeyle reddedildiğini karara yansıtılması gerekirken, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, Anayasa'nın 2.maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesini, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27.maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.

Y.HGK'nın 07.12.2011 tarih 15-708 E, 737 K sayılı ilamında açıklandığı üzere;gerekçe, hakimin tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar.Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır.Hakim tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini (hukuk sebepleri)kendiliğinden araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenleri gerekçede açıklar.(Kuru, B. R. E; Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na göre yeniden yazılmış, 22 Baskı, Ankara 2011, s.472). Hakim gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendini denetler. Üst mahkeme de, bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar da ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hükmün, ne kadar haklı olursa olsun, gerekçesiz ise tarafları doyurmaz (Kuru, B. R. E;Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na göre yeniden yazılmış, 22 Baskı, Ankara 2011, s.472).

Öte yandan, sıra cetveline yönelik şikayetlerde İcra Mahkemesi'nin, şikayetin kabulüne karar vermesi gerektiği takdirde, gerekçede düzenlenecek yeni sıra cetvelinde sıra cetvelinin hangi ilkelere göre düzenleneceğini belirlemesi, diğer anlatımla alacaklıların ne miktar içinm hangi sıralarda yer alması gerektiğini saptaması, hukuka uygun olup olmayan kısımları gerekçede göstermesi, bu çerçevede işlem yapılması için icra müdürüne talimat vergisi (İİK. M.17/1) gerektiğinden, hüküm fıkrasında sıra cetvelinin iptaline karar vermekle yetinmesi gerekir. Şikayetin reddine karar vermesi gerektiğinde ise, gerekçede şikayet nedenlerini tartışması, sıra cetvelinin sıra yönünden doğru olduğunu gerekçelendirmesi gerekir.

Somut olayda, şikayetçinin şikayet olunanın haczinin düştüğü iddiasının şikayet olununca inkar edilmiş olmasına göre, mahkemece, tarafların iddia ve savunmaları tam olarak dikkate alınarak gerekçede değerlendirilip tartışılması gerekirken, tarafların takip dosyalarındaki bilgilerin gerekçeye alınması ile yetinilerek, uyuşmazlık konusunda açıkça ve açıklamalı bir tespit yapılmaksızın, "sıra cetvelinde usul ve yasaya aykırı bir durum bulunmadığı" gerekçesiyle eksik, şekli ve görünüşte gerekçe ile hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlara aykırı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

2)Bozma nedenine göre, şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda(1)numaralı bentte açıklanan nedenlerle, hükmün HUMK'unn 439/2. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** (2)numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİF ÜYEĞİNİN TESPİTİ
•
BASİT YARGILAMA • EL ATMANIN ÖNLENMESİ
•
TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI YAZILI YARGILAMA USULÜNE TABİ OLMAKLA AYNI DAVA İÇİNDE GÖRÜLÜP KARARA BAĞLANAMAZ

ÖZET: Asıl ve birleşen dava, hukuki nitelikleri itibari ile yazılı yargılama usulüne tabidirler. Asli müdahale yoluyla ileri sürülen kooperatif üyesi olduğunun tespitine ilişkin talepler ise, 1163 sayılı yasadan kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin olup, aynı Yasa'nın 99/2. maddesi uyarınca basit yargılama usulü ile çözümlenmesi gereken davalardandır. Her iki davanın farklı yargılama usulüne tabi olması nedeniyle birlikte görülmeleri mümkün değildir.Bu durumda, kooperatif üyeliğinin tespitine ilişkin taleplerin asıl davadan tefrik edilerek, ona göre yargılamanın yürütülerek bir karar verilmesi gerekirken, tüm taleplerin bir arada görülerek hüküm tesise edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Y.23.HD. E:2013/5628, K:2013/8139 T:18.12.2013

Taraflar arasındaki el atmanın önlenmesini, tapu iptali ve tescil davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün asıl davada davacılar vekili, davalılar İ. Ve H. vekili S. vekili, asıl davada davalı birleşen davada davacı S.S. Ç. Konut Yapı Kooperatifi vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde asıl davada davalı-birleşen davada davacı kooperatif başkanı V. ile vekili C. Asıl davada davalılardan H., İ., vekili Av.İ. asıl davada davalı İ. vekili Av.M. ile feri müdahil vekili Av.T. ve asıl davada davacı-birleşen davada davalı vekili Av. N.'nin gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar vekili, müvekkilinin murisi A. ile davalı kooperatif arasında yapılan arsa para karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kooperatifin teslim etmesi gereken 6 adet bağımsız bölümün teslim edilmediğini, üçüncü kişilerin kullanımına terk edildiğini ileri sürerek, dahili davalıların kullanımında bulunan C blok 1-2-3-4 ve D blok 3 ve 12 numaralı dairelere müdahalenin men'i ve müvekkiline teslimini, yargılama sırasında sunulan ıslah dilekçesi ile birlikte 274.080, 00TL kira bedelinin ödenmesini, sözleşme gereği teslim edilmesi gereken C blok 1-2-3-4 ve d BLOK 3-1-2 no'lu daireler teslim edilmediği takdirde de dairelerin bedeli olan 840.000,00 TL olmak üzere toplam 1.114, 080, 00 TL'nin dava tarihinden itibaren davalı kooperatiften tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı Kooperatif vekili cevap dilekçesinde, sözleşmenin yükleniciye ilave kat için müracaat etme yükümlülüğü getirdiğini, arsa sahibinin fazladan bir kat yapılması hususunda ısrar ettiğini, arsa sahibinin sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde %15 kaba inşaat bitiminde %25 oranında kooperatife pay devri yapması gerekmesine rağmen hiç pay devri yapmadığını, kooperatifin iki parselde sözleşmenin öngördüğü gibi 104 daireden oluşan 7 blok inşa ettiğini, 62 dairenin kooperatif tarafından üyelere teslim edildiğini, arsa sahiplerinin kendilerine kalacak 42 daireden 36'sını önkoşul ile alt yüklenici E.İnşaat San. ve Tic. Şti, ve arsa sahibinin aralarında muvazaalı işlem yapıldığını ve arsa sahibinin inşaatın mevcut imar durumuna uygun olarak yapılması halinde alması gereken ve %40'a tekabül eden daire adedinin fazla alarak, kalan fazla dairelerin müteahhit masrafı olarak E. Ltd. Şt.'ne bırakılmasına karar verildiği, bu doğrultuda 6 dairenin yüklenici firmasının tasarrufuna bırakıldığını, bu firma tarafından da dahili davalılara satıldığını, yıllar önce arsa sahibi ile inşaatı üstlenen E. İnş. Tic. Ltd. Şti. ve dönemin kooperatif yöneticileri arasındaki anlaşmanın olumsuz sonuçlarının üyelere yansıtılmasının hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına uygun düşmediğini savunarak, davanın reddini, birleşen kooperatif adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

F., S. ve A. vekili; müvekkillerinin kooperatif üyesi olduklarını, üçüncü şahıs konumunda olmadıklarını, 24 dairenin kaçak yapılması nedeniyle iskan alınamadığını ve tasfiyenin yapılamadığını, kaçak dairelerin yapılmasını davacıların istediğini savunarak, davanın reddini istemiş;17.11.2008 tarihli asli müdahale dilekçesi ile de, kooperatif üyesi olduklarının ve bağımsız bölümleri bu nedenle kullandıklarının tespiti ile davacı tarafça yaratılan muarazanın önlenmesini talep etmiştir.

Davalı İ. vekili;müvekkilinin işgalci olmadığını, kooperatif üyeliğinin

10.03.2005 tarihli devir sözleşmesi ile S.'e devredildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

H. vekili, davanın reddini istemiştir.

Davalı İ. vekili, müvekkilinin işgalci değil kooperatif üyesi olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi rapor ve ek raporu ile dosya kapsamına göre; inşlaatr sözleşmesine göre inşaatın onaylı projeye uygun olarak anahtar teslim şeklinde yapılmasının, dairelerin metrekare bazında %40'ının arsa sahibine, %60'ının kooperatife verilmesinin, kooperatifçe inşaat süresinin geç yapılması halinde yüklenicinin kira ödemesinin kararlaştırıldığı, davaya konu taşınmazların ... ada ... parsel ve ... ada ... parsel üzerinde olduğu, halen toplam 104 dairelik bir inşaatın yapıldığı, buna göre davacı mal sahibine verilmesi gereken daire sayısının 42 olduğu, bunlardan 36 tanesinin davacıya teslim edildiği, 30.05.2003 tarihli kooperatif genel kurul tutanağının 7. maddesine göre hesap tetkik komisyonu tarafından düzenlenen 01.11.2014 tarihli tutanakta E., I., A., S., F., İ., H.'nin kooperatif üyesi olmadıkları halde kooperatife ait dairelerde oturdukları, bu kişilere haricen daire satıldığının, davacıya teslim edilmeyen dairelerin C blok 1-2-3-4 ve D blok 3-12 no'lu daireler olduğunun belirtildiği, davalı kooperatifin 10.05.2011 tarihli yazısı ile davalı İ.'nin kooperatif üyesi olduğunu belirttiği, C blok 2 no'lu daireyi kullanan A, C blok 3 no'lu daireyi kullanan S. ve C blok 4 no'lu daireyi kullanan F. hakkında kooperatif aidatlarını ödemediklerinden bahisle Tuzla İcra Müdürlüğü'nün 2003/1392, 2003/1410 ve 2003/1411 sayılı dosyaları ile icra takibi yapıldığı, dosyaya sunmuş oldukları evrak ve kayıtlara göre kooperatif üyesi oldukları, C blok 1 no'lu daireyi kullanan İ.'nin söz konusu daireyi Kartal 10. Noterliği'nin 10.03.2005 tarih 7625 nolu sözleşmesi ile S. 'e devrettiği, ancak İ.'nin kooperatif üyesi olmadığı, keza D blok 12 no'lu daireyi kullanan H'nin de kooperatif üyesi olmadığı, yapı ruhsatının yargılama sırasında alındığını, sözleşme hükümleri uyarınca taşınmazların anahtar teslimi olarak tamamlanmamış olduğu gerekçesiyle, tüm zamanaşımı defilerinin reddine, asıl davada ıslah dilekçesi de dikkate alınmak sureti ile davanın kısmen kabulüne, davaya konu ..... mevkii, ...ada 1 parselde bulunan C blok 1'no'lu daire ile D blok 12 no'lu dairenin davacılara boş olarak teslimine, ... ada 1 parselde bulunan C blok 2, 3, 4 no'lu daireler ile D blok 3'nolu daire toplam bedeli 400.000 TL'nin ve 6 adet daire yönünden toplam 155.476, 58 TL ecrimisil bedelinin dava tarihinden itibaren fazizi ile birliklte davalı kooperatiften tahsili ile davacılara verilmesine, davacıların fazlaya ilişkin tüm taleplerinin ve birleşen davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, asıl davada davacılar vekili, davalılar İ. ve H. vekili, S . vekili, asıl davada davalı birleşen davada davacı S.S. Ç. Konut Yapı Kooperatifi vekili temyiz etmiştir.

Asıl dava, davacılar murisi ile davalılardan kooperatif arasında 04.09.1995 tarihinde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaata sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatı, meni müdahale ve teslim, aynen ifa olmadığı takdirde teslim edilmeyen bağımsız bölümlerin bedelinin tahsili, davalı yüklenici kooperatif tarafından açılan birleşen dava ise pay tescili istemine ilişkindir. Asıl davada dahili davalı olarak gösterilen İ., H. M. F. A. ve S. ise, asıl davada mevcut men'i müdahale ve teslim taleplerinin bulunması karşısında gerçekten davalı sıfatını taşımaktadırlar. Bunlardan A. S. ve f. Davalı durumunda iken haçlandırdıkları asli müdahale dilekçesi ile kooperatife üye olduklarının tespitini istemişler, yine karar başlığında fer'i müdahil olarak geçen ancak harcını yatırarak davaya asli müdahil olan S. de davalı İ.'den üyelik devraldığını ileri sürerek, kooperatife üye olduğunun tespitini talep etmiştir.

Bozma nedenine göre, asıl davada davacılar vekilinin, davalılar İ ve H vekilinin, S vekilinin asıl davada davalı-birleşen davada davacı S.S. Ç. Konut Yapı Kooperatifi vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, asıl davada davacılar vekilinin, davalılar İ ve H vekilinin, S vekilinin, asıl davada davalı-birleşen davada davacı S.S. Ç. Konut Yapı Kooperatifi vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan taraflar yararına takdir olunan 990.00'ar TL duruşma vekalet ücretinin birbirlerinden alınarak yek diğerine verilmesine, peşin alınan harçların istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI

CEP TELEFONU GÖRÜŞMELERİNİN KAYDA ALINMASI

ÖZET: Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur.

Y.CGK. E:2012/5MD-1270 K:2013/248 T:21.05.2013

Suçu ortaya çıkarmak için cep telefonu görüşmelerinin kayda alınmasının geçerli bir delil olduğu hakkında.

Sanıklar, İcra Hakimi ve turizmci N'nin Ağustos-Eylül 2006 tarihlerinde, 3.İcra Hukuk Mahkemesince verilmiş ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiş olan bir kararın tashihi karar yoluyla bozulmasını sağlayacaklarını söyleyerek katılan M'den yarar sağladıklarından bahisle 5237 sayılı TCK'nın 37. maddesi delaletiyle aynı Kanunun 255/1. maddesinde düzenlenmiş olan yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda Yargıtay 5 .Ceza Dairesince 07.04.2010 gün ve 3-2 sayı ile; sanıkların beraatlarına karar verilmiştir.

Hükmün katılan vekili ve Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından, sanıklara yüklenen suçun sabit olduğu ve cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiğinden bahisle temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulunca 21.06.2011 gün ve 187-131 sayı ile;

"Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, sanıklara yüklenen yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçunun sübuta erip ermediğinin belirlenmesine ilişkin ise de; katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların niteliği ile hukuken geçerli nitelikte delil sayılıp sayılamayacakları hususu öncelikle değerlendirilecektir.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi için öncelikle haber-

leşme hürriyeti ve iletişimin denetlenmesi kavramlarının üzerinde durmak gerekmektedir.

Anayasa'nın 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, yine aynı madde uyarınca, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir.

Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

Ülkemizde 1412 sayılı CYUY'nin yürürlükte olduğu 1999 öncesi dönemde iletişimin denetlenmesi konusunda herhangi bir düzenleyici kural öngörülmemiştir. Uygulamada CYUY'nın 91. maddesinde yer alan, sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersulenin zapt edilebileceğine ilişkin kuralın kıyasen uygulanması suretiyle haberleşmeler denetlenmiş ise de bu tür kanıt derlemeleri özellikle öğretide yoğun eleştirilere konu edilmiştir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin ilk yasal düzenleme, 01.08.1999 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasasında yer almıştır. Bu Yasa'nın 2. maddesinde; 4422 sayılı Yasada Katalog halinde sınırlı olarak sayılan suçların soruşturmasında, başkaca kanıt elde etme olanağı bulunmayan hallerde hakim kararıyla iletişimin dinlenmesi ve tespiti olanaklı hale gelmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısı da bu tedbire başvurabilecek ancak, 24 saat içerisinde hakimden bu konuda karar almak zorunda kalacaktır. Görüldüğü gibi bu düzenleme ancak sınırlı suçlarla ilgili ve sınırlı hallerde iletişimin dinlenmesi ve tespitine olanak tanımaktadır.Bu sınırların dışına çıkılarak iletişimin dinlenmesi ve tespiti halinde elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olacaktır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin son düzenleme ise 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nda yapılmış, 5320 Sayılı Yasa'nın 18. maddesi ile de 4422 Sayılı Yasa yürürlükten kaldırılmıştır.

5271 sayılı CYY'nin Koruma Tedbirleri başlıklı dördüncü kısmının 135 ila 138. maddelerini kapsayan beşinci bölümünde "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" düzenlenmiş olup, anılan Yasanın 135. maddesi,

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakimin onayına sunar ve hakim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir.Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, 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 belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, (....) mobil telefonun yeri, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, (...) mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir.Tespit işlemi en çok üc ay için yapılabilir, bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda 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 (madde188)

7.Parada sahtecilik (madde 197)

8.Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)

9.Fuhuş (madde 227, fıkra 3)

10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235)

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 Casuslar (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) Bankalar Kanunu'nun 22. 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. maddelerinde tanımlanan suçlar.

(7) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz" hükmünü taşımaktadır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin birinci fıkrasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının şartları ve usulü düzenlenmiştir.

İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesinden ibarettir. İle-

tişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından da geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla yada internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinni değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3.maddesinin (e) bendinde; iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri, (f) bendinde ise, iletişimin tespitinin, iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir.

5271 sayılı CYY'nın 135.maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri için de yasada öngörülen usuller dairesinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle bir kişinin, bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmeleri ile ortam konuşmalarını kayda alması işleminin 5237 sayılı CYY'nın 135.maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Çünkü yapılan işlemin anılan madde kapsamında değerlendirilmesi için maddede belirtilen işlemlerin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereklidir.

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ettiği sırada, sanıklar hakkında yetkili organlarca başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığından, dolayısıyla 5271 sayılı CYY'nın 2.maddesinde tanımı yapılan şüpheli veya sanık kavramlarının konuşmaların kayıt edildiği aşamada sanıklar yönünden söz konusu olmaması, 5271 sayılı CYY'nın 135.maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler hakkında uygulanmasının mümkün bulunması karşısında da, katılan tarafından elde edilen kayıtların 5271 sayılı CYY'nın

135.maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım tarzı değildir.

Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY'nın 135.maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur.

Öğretide, "Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır. (Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2.Baskı, sf.74)

"… 'kayıt altına alma' gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, 'kayıtları takip organlarına verme' ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun

eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir." (Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011 (92), sf.54) şeklinde görüşler mevcuttur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135.maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bird aha elde edilme olanağı bulunmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtları hukuka aykırı kabul ederek, hükme esas almayan Yargıtay 5.Ceza Dairesi beraat hükmünün, hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarında değerlendirilmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden esasa ilişkin diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına" karar verilmiştir.

Bozmaya uyarak hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarıda gözönünde bulundurmak suretiyle sanıkların hukuki durumlarını yeniden değerlendiren Yargıtay 5.Ceza Dairesince 07.03.2012 gün ve 5-2 sayı ile; yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçuna teşebbüsten sanık A…'ın 5237 sayılı TCK'nun 255/1, 35/2, 62 ve 52/2.maddeleri uyarınca hapis cezasından çevrilme 6000 lira ve doğrudan hükmolunan 1000 lira adli para, sanık N.'nin ise aynı kanunun 40 ve 38.maddeleri yollamasıyla 255/1, 35/2, 62 ve 52/2.maddeleri uyarınca hapis cezasından çevrilme 6000 lira ve doğrudan hükmolunan 1000 lira adli para cezası ile cezalandırılmalarına, 53/5 maddesi gereğince sanık A.… cezasının infazından sonra işlemek üzere takdiren 150 gün süreyle 53/1-a maddesindeki hak ve yetkileri kullanmaktan yasaklanmasına, sanıkların yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaat oluşmadığından CMK'nun 231.maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Bu hükmün de sanık N..müdafii ve sanık A.…tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay C.Başsavcılığının "onama" istekli 19.09.2012 gün

ve 31.069 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık K hakkında verilen mahkumiyet hükmüne karşı kanun yoluna başvurulmadığından inceleme, sanıklar A ve N hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanıklar A ve N atılı suçu işleyip işlemediklerinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Katılanın, yaklaşık değeri 3 trilyon lira olan taşınmazının 600 milyar liraya satıldığı iddiasıyla 3. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2004/471 esas sayılı dosyasında 09.07.2004 tarihinde ihalenin feshi davası açtığı, hakimliğini A..., zabıt katipliğini ise K.... yaptığı mahkemece 25.04.2006 gün ve 471-239 sayı ile davanın reddine ve katılandan %10 para cezası alınmasına karar verildiği, katılan tarafından temyiz edilen bu kararın Yargıtay 12.Hukuk Dairesince 18.07.2006 gün ve 13051-15897 sayı ile onandığı, tashihi karar talebi de 24.11.2006 tarihinde reddedilen katılanın 11.01.2007 tarihinde yaptığı yargılamanın yenilenmesi talebininde kabul edilmediği,

Katılanın 02.10.2006 tarihinde.....Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçede, Yargıtayca onanmış olan kararı Yargıtay 12. Hukuk Dairesince tashihi karar yoluyla bozdurmak vaadiyle hakim A... kendisinden toplam 600 bin Euro rüşvet istediği iddiasıyla şikayetçi olduğu ve ayrıca olayla ilgili olarak kendisi tarafından telefona kaydedilen konuşma kayıtlarını içeren 3 adet CD'yi de savcılığa teslim ettiği,

Katılanın aynı iddialarla 28.03.2007 tarihinde ... Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçe ile de ayrıca K. ve N. hakkında da şikayetçi olduğu,

...Cumhuriyet Başsavcılığınca sanık K. 'nin rüşvet almaya teşebbüs suçundan 5237 sayılı TCK'nun 252/1-3 ve 35. Maddeleri, sanık N.'nin ise rüşvet almaya teşebbüs suçuna yardımdan aynı kanunun 252/1-3, 35 ve 39.maddeleri uyarınca cezalandırılmalarının talep edildiği, bu davanın yapılan yargılaması sonunda İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesince 17.04.2008 gün ve 348-109 sayı ile, sanıklar K... ve N..., yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlamaya teşebbüs suçundan, 5237 sayılı TCK'nun 255/1, 35, 62 ve 52. Maddeleri uyarınca 10 ar ay hapis ve 120 şer Lira adli para cezası ile cezalandırılmalarına karar verildiği, kararın sanıklar

müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 5. Ceza Dairesince 22.06.2009 gün ve 461-7888 sayı ile, aynı olay hakkında A. hakkında Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nde açılmış ve derdest olan bir davanın bulunduğu gerekçesiyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verildiği, bunun üzerine İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesince 28.03.2007 gün ve 282 sayı ile birleştirme kararı verilerek, dosyanın Yargıtay 5.Ceza Dairesine gönderildiği ve tüm sanıkların yargılamasının birlikte yapıldığı,

Katılan tarafından sunulan 3 adet CD üzerinde inceleme yapan bilirkişi tarafından "CD'lerdeki ses kayıtları, mümkün olduğunca, dil bilgisi kuralları göz ardı edilerek aslına uygun şekilde deşifre edilip metne yazılmıştır. Ancak özellikle telefon konuşmalarında karşı tarafın konuşmaları olmak üzere yer yer konuşmalar duyulmamakta, sesler birbirine karışmakta veya tam anlaşılmamaktadır. Anlaşılmayan yerler metinde …. Olarak gösterilmiştir. Deşifre metinde, seslerin kime ait olduğu konusunda sıkıntılar yaşanmış, bazı seslerin kime ait olduğu anlaşılmamış, bu durumda ses erkek/bayan diye ayrılmıştır. Ancak konuşma içinde birbirlerine hitap ederlerken eğer ses sahibinin ismi geçiyorsa, metnin devamında yine erkek/bayan olarak yazılmıştır" açıklamalarına yer verildiği, çözümlemelere bakıldığında konuşmaların büyük ölçüde anlaşılabilir olduğu, seslerin kime ait olduğu konusunda herhangi bir teknik inceleme yaptırılmadığı,

01.05.2006 ve 30.10.2006 tarihleri arasında, (karşılıklı olarak) A… ile N… 248 kez, A. ile K. 33 kez, A. ile katılanın 2 kez, K. ile N. 295 kez, K. ile katılanın 190 kez, N. ile katılanın ise 46 kez görüştükleri; bazı günler görüşmelerin çok yoğunlaştığı örneğin, 05.09.2006 tarihinde katılan ile K… 6 kez, 20.08.2006 tarihinde A… ile N… 13 kez, 17.10.2006 tarihinde ise N. ile K. 17 kez görüşme yaptıkları, katılan ile sanık K. arasındaki görüşmelerin 25.04.2006 tarihinde müştekinin davasının reddedilmesinin hemen ardından 01.05.2006 tarihinde başladığı, devam eden aşamada ise K. ile A. arasındaki görüşmelerin 05.05.2006 tarihinde başladığı, katılan ile A. arasındaki iki görüşmenin 01.07.2006 tarihli olduğu, bunun dışında ise A. ile N. arasındaki görüşmelerin 02.07.2006 K. ile N. arasındaki görüşmelerin 06.07.2006, müşteki ile N. arasındaki görüşmelerin de 21.08.2006 tarihinde başladığı,

M…. Turizm ve Seyahat Acentası Ltd. Şti.'ne ait 29.08.2006 gün ve 696947 sayılı faturadan ve dosyada bulunan elektronik uçak biletlerinden; katılanın kredi kartından, 22.08.2006 tarihinde, N. ve M. adına İstanbul Milas-İstanbul, A…. adına ise İstanbul-Milas-Dalaman-İstanbul uçak bileti alındığı ve kişi başına 348 TL. ödendiği, N. ve katılanın 25.08.2006 tarihinde saat 22.00 de Milas üzerinden Bodrum'a gidip, 27.08.2006 ta-

rihinde saat 11.55 te aynı havaalanından İstanbul'a döndükleri A. ise 25.08.2006 tarihinde saat 22.00 de Milas üzerinden Marmaris'e gidip, 28.08.2006 tarihinde ise Dalaman'dan İstanbul'a döndüğü, Sanık A.'ya ait kredi kartı hesap ekstresinde uçak biletine ait bir harcamanın bulunmadığı,

Anlaşılmaktadır.

Katılan M....aşamalarda özetle; Maslak'ta bulunan gayrimenkulleri ile ilgili olarak.... Adliyesi'nde birçok işlerinin olduğunu, işlerini görmek için gidip geldikçe sanıklardan K. ile tanıştığını, K. kendisine çok yakınlık gösterdiği, Maslakta bulunan ve değeri 15-20 trilyon olan gayrimenkulünün üzerine haciz konulduğunu, tebligatın ise 15-20 seneden beri ikametgah olarak kullanmadığı, gelinlerinin kullandığı adrese yapıldığını, gayrimenkulünün satışa çıkarılması üzerine satışın iptali için... İcra merciine müracaatta bulunduğunu, avukatı aracılığı ile 3. İcra Tetkik Mercii hakimliğine dava açtığını, davaya birçok hakimin girdiğini, en son davaya Hakim A'nın baktığını, sanık K. bu mahkemede katip olarak çalıştığını, davanın aleyhine sonuçlandığını, dava aleyhine sonuçlanınca K. ile görüşüp davanın lehine sonuçlanacağını söylediği halde neden böyle olduğunu sorduğunda, hakim D. beyin A. beyle fazla teması olduğunu, herhalde ondan dolayı sonucun değişmiş olabileceğini söylediğini, kararı temyiz ettiğini, bu arada bir gün arkadaşları ile birlikte R...Otelinde bulundukları sırada K..'in telefonla aradığını ve daha sonra yanlarına geldiğini, daha sonra kendisine bir telefon geldiğini, bir misafirin olduğunu ve gelmek istediğini söyleyince kabul ettiğini, daha sonra N.'nin de yanlarına geldiğini, turizmci olduğunu söyleyerek N. ile tanıştırdığını, sonra ayrıldıklarını ertesi gün K.'nin N. ile birlikte arayarak hakim A'nın görüşmek istediğini belirttiğini, kabul edince ertesi gün R. Otelinde buluştuklarını, birlikte yemek yediklerini, ayrılırken hakimin kendisini daireye çağırdığını, ertesi gün daireye gittiğinde hakimin yanlış karar verdiğini ve bunu düzeltebileceğini, düzelttirebileceğini, Ankara'da bulunan arsalarının tapularını istediğini, bunları getirdiğini, Ankara'da yer almak istediği için tapuları istediğini, Bodrum'da oteli olduğunu söyleyince buraya gitmeyi teklif ettiğini, Bodrum'a gitmek için kendisine, hakim A... ve N...'e uçak bileti aldığını ve kendilerine verdiğini, ancak hakim beyin biletini Marmaris olarak değiştirdiğini ve oraya gittiğini, N. ile Bodrum'a gittiklerini, burada otelini ve arsalarını gezdiklerini, N.'nin oteli spor kulübü yapmayı teklif ettiğini ve sürekli olarak hakim A. telefonla malumat verdiğini, daha sonra İstanbul'a döndüklerini, sanıkların üçü birlikte yemek yemeyi teklif etmeleri üzerine bir otelin restoranında buluştuklarını, daha sonra hakim A.'nın davanın halledilmesi için 600 bin Euro istediğini, bu durumu K...'e

anlattığında bu işin düzelmesi için bu parayı vermesi gerektiğini ve zengin olduğunu söylediğini, N. ile görüştüğünde A. beyin bu işi yapacağını belirttiğini, bu konuşmaları telefona kaydettiğini, arkadaşlarının parayı vermemesini, kendisini kandırıp parasını alacaklarını söylemeleri üzerine tedbirli olduğunu ve tüm konuşmaları kaydettiğini, parayı vermediğini ve şikayetçi olduğunu belirtmiştir.

Sanık K. özetle, olay tarihinde….. Adliyesinde zabıt katibi olduğunu, ihtiyacı nedeniyle turizm firması olan ve hakim A. beyin arkadaşı olan N.'nin firmasında mesai sonraları çalıştığını, katılanı adliyede davaları olması nedeniyle tanıdığını, Bodrum'da otel işleri nedeniyle N.'yi katılan ile tanıştırdığını, birlikte yatırım amaçlı iş yapacakları nedeniyle tanışıp görüştüklerini, katılanın adliyede bir takım işleri olduğunu, katılanın A.'nın mahkemesinde görülmekte olan bir davayı kaybettiğini, hakim beyin bu işi temyiz aşamasında Yargıtay'da halledebileceğini kendisine söylediğini belirttiğini, ancak buna inanmadığını, karşılığında bir şey istediğinden bahsetmediğini, davasını daha önce hakim beyin kabul ettiği sonra değiştirdiği yönünde bir şey söylemediğini, birlikte yemek yediklerini, ancak suçlamaları kabul etmediğini belirtmiş,

Sanık N..özetle; şirket sahibi olduğunu ve turizm işiyle uğraştığını, turizm işi için yatırım amaçlı olarak katılan ile birlikte Bodrum'a gittiğini, katılanın otel yapımı için öngördüğü yatırım yapacakları yere gidip araziyi gördüklerini, arazi üzerinde otelin kurulmuş bazı ünitelerinin olduğunu, eksik olan tesisler için eksperin gelip ne kadar masraf olacağını belirlediğini, 600.000 Euronun tesisler için öngörülen fiyat olduğunu, iki gün sonra İstanbul'a döndüklerini, sonradan katılanın kendisini oyalaması nedeniyle kandırıldığı kanısına vardığını, icra dosyası ile hiçbir ilgisinin olmadığını, bu konuyla ilgili olarak kimseyle görüşmediğini, hakim A. ile bir araya geldiklerini, icra tetkik mercii dosyasının hiç gündeme gelmediğini, yalnız A. Bey'in emekli olduğunda otelle ilgilenebileceğini, ben de çalışırım dediğini, zaman zaman hakim beyle bir araya geldiğini, K'nin bazen şirketine gelip part time olarak çalıştığını, icra tetkik mercii dosyası ile ilgili bir şey söylemediği gibi, bu konuda aralarında hiçbir zaman konuşmada geçmediğini, Bodrum'a gittiklerinde yalnız kendisinin ve katılanın olduğunu, hakim A'nın kendileriyle gelmediğini, hiçbir şekilde uçak bileti alıp verme olayının olmadığını, suçlamaları kabul etmediğini söylemiş,

Sanık A. özetle; suçlamaları kabul etmediğini, katılanın aleyhinde verilen kararı kanuni yollardan lehine verilmesini temin edemeyince alışık olduğu hileli yöntemlere başvurarak, hakimi şaibeli bir kişi gibi göstere-

rek, borcunu ödememek amacıyla yargılamanın iadesi yoluna başvurabilmek için böyle bir iftira attığını, katılanın bu şekilde bir çok kişinin canını yaktığını, katılanın İstanbul Adliyelerinde çok sayıda suç dosyası ve ihaleye fesat karıştırma dosyalarının olduğunu, katılanın kendisinin baktığı 3.icra mahkemesinin 2004/471 esas sayılı dosyasında açmış olduğu ihalenin feshi davasını kaybetmesi ve bu kararın da Yargıtay tarafından onanması sonucu, davayı yeniden gördürmek için bu şekilde davrandığını, katılanın asıl amacını gizleyerek, turizm işi yapan arkadaşı N. ile 2006 yılı Ağustos ayında bir vesile ile tanıştığını, Bodrum'daki oteline yaşlı olması nedeniyle bakamadığını söyleyince N. ile birlikte bakmaya gittiklerini, N'nin oteli beğendiğini, sporcuları konaklatmak için uygun olduğuna karar verdiklerini, ancak N...otelin kullanılabilir hale gelmesi için en az 600.000 Euro masrafı olduğunu katılana söylediğini, katılanın parayı temin edeceğini ancak onarım işleriyle uğraşamayacağını söyleyince, N.'nin bu işle seve seve ilgilenmeyi kabul ettiğini, ancak katılanın her nedense daha sonra bu anlaşmadan vazgeçtiğini, kaldı ki katılanın dosyadaki toplam borcunun 300.000 Euro olduğunu, bunun için 600.000 Euro istenmesinin mantık dışı olduğunu, rüşvet isteyecek olsaydı katılanın davasını reddetmeyip, kabul edeceğini, gerçek bir rüşvet anlaşması olsaymış katılanın kendisini suçüstü yakalatabileceğini, dolayısıyla böyle bir durumun olmadığını, katılanın sunduğu CD içeriğini inceleyen bilirkişinin, ses kayıtlarının katılan tarafından çok sayıda tekrarlar yapılarak kopyalandığı, nerede, ne zaman, kimin kimle ne amaçla konuştuğunun belli olmadığı tesbitini yaptığı, katılanın sunduğu CD'leri kanuni delil olmadığını, uçak seyahatini kendi parası ile yaptığını, kredi kartı ekstresinden bu durumun anlaşılabileceğini savunmuştur.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın "Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama" başlıklı 255. maddesi; "Görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır" şeklinde iken, 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 89. maddesiyle "Nüfuz ticareti" başlığıyla;

(1) Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin kamu görevlisi olması halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır. İşinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis

cezası ile cezalandırılır.

(2) Menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada belirtilen amaç doğrultusunda menfaat talebinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi ya da menfaat teklif veya vaadinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi hallerinde, birinci fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(4) Nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişi, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(5) Nüfuz ticareti ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü gerçek kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilileri, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(6) İşin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunmanın müstakil bir suç oluşturduğu hallerde kişiler ayrıca bu suç nedeniyle cezalandırılır.

(7) Bu madde hükümleri, 252.maddenin dokuzuncu fıkrasında sayılan kişiler üzerinde nüfuz ticareti yapılması halinde de uygulanır. Bu kişiler hakkında, Türkiye'de bulunmaları halinde, vatandaş veya yabancı olduklarına bakılmaksızın, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır." Biçiminde değiştirilmiştir.

Maddenin ilk halinde suç, ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir suç olduğundan fail yönüyle özgü suç olarak kabul edilmişken, 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle her gerçek kişinin suçun faili olacağı kabul edilmiş, failin kamu görevlisi olması, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurunu oluşturacağı hüküm altına alınmıştır.

6352 Sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklikle suç rüşvet suçu gibi bir karşılaşma suçuna dönüştürülmüş, işinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi de suçun faili olarak kabul edilmiştir.

Başlangıçta maddedeki suç yönüyle teşebbüs hükümlerinin uygulanması kabul edilmişken, 6352 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle maddenin ikinci fıkrasında, menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağı kararlaştırılmıştır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Aşamalarda değişmeyen, tutarlı ve samimi katılan anlatımları, katılan ile sanıklar arasında yapılmış olan konuşma içeriklerine ilişkin dosya

içerisinde bulunan çözümlemeler, katılan tarafından alınmış olan üç adet uçak bileti ile sanıkların birbirleriyle ve katılanla sık sık telefon görüşmesi yaptıklarına ilişkin iletişimin tespiti raporları gözönüne alındığında; katılanın davasının görüldüğü mahkemede katip olan ve katılanı adliyedeki başka davaları nedeniyle tanıyan sanık K...., davasının reddedilmesi üzerine katılanın neden davanın bu şekilde sonuçlandırıldığını sorması sonrasında, mesai haricinde yanında çalıştığı, turizm işiyle uğraşan ve aynı zamanda sanık hakim A'nın de arkadaşı olan sanık N. ile katılanı tanıştırması, bir araya geldiklerinde katılanın ekonomik durumunu öğrenmeleri, temyiz istemi reddedilmiş olan katılan üzerinde davaya bakan hakimin tashihi karar aşamasında dosyayı Yargıtay'da katılan lehine bozdurulabileceğikanaati oluşturmaları, daha sonra da katılanı davaya bakan sanık hakim A. ile tanıştırıp, hep birlikte dosyanın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine bozdurulabileceği kanaati oluşturmak suretiyle katılandan menfaat temininin kararlaştırılması, bu amaçla sanık hakimin katılandan bu işin çözümü için 600.000 Euro talep etmesi, ancak sanık hakimin paranın diğer sanıkların bilgisi olmaksızın kendisine verilmesini talep etmesinin, dosya içerisinde bulunan katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği ve Ceza Genel Kurulunca hukuka uygun olduğu kabul edilen yaklaşık 60 sayfalık çözümleme kayıtlarından anlaşılması, diğer sanıkların da paranın mutlaka yanlarında sanık hakime verilmesini istemeleri nedeniyle kendisini kandıracakları düşüncesine kapılan katılanın parayı vermeyip sanıklar hakkında şikayetçi olması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda, 5237 sayılı TCK'nun 6/1-c maddesi uyarınca kabul görevlisi olarak sanık A.'nın eyleminin, görevine girmeyen veya yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaati uyandırarak yarar sağlama suçunu oluşturduğunun kabulünde, sanık N.ise; bağlılık kuralının düzenlendiği aynı kanunun 40/2.maddesi uyarınca eylemden azmettiren sıfatıyla suça iştirakten sorumlu tutulmasında ve katılanın kendisinden istenilen parayı sanıklara vermemesi nedeniyle de eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile uygulama yapılmasında suç ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan kanuni düzenleme gözetildiğinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Yargıtay tarafından karara bağlanan bir dosyaya kanuni olmayan yöntemlerle müdahale edilme çabalarının "haksız bir işin gördürülmesi" kapsamında kaldığı gözönüne alındığında, maddenin ilk halinde temel hapis cezasının alt sınırı bir yıl iken, 6352 Sayılı Kanun'un 89. maddesi ile yapılan değişiklikle iki yıla çıkarılması, adli para cezasının üst sınırının 730 günden 5000 güne yükseltilmesi, failin kamu görevlisi olması

halinde cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlemesinin kabul edilmesi, önceki düzenlemede teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün iken, 6352 Sayılı Kanun'la yapılan değişik ile menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya sonradan yürürlüğe giren kanuni değişikliğin sanıklar lehine hükümler içermediği ve Özel Daire hükmünün isabetli olduğu anlaşıldığından, sanıkların temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan Özel Daire hükmünün onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyesi A. K. ; "Aynı davayla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarihli 2010/187-2011/131 sayılı bozma kararına yazdığım karşı oy gerekçemde belirttiğim nedenlerle;

a) Katılanın, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş bir karar bulunmadığı halde, sanıklarla birlikte olduğu ortamdaki konuşmaları ve sanıklarla yaptığı telefon görüşmelerini 5 ayı aşkın süreyle kayda alması hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil niteliğinde olup, bu kayıtların hükme esas alınması mümkün değildir.

b) Sözü edilen kayıtlara dayanılarak verilen mahkumiyet hükümleri yasaya aykırıdır.

c) Sanıklar hakkındaki mahkumiyet hükümlerinin bozulması gerektiği görüşündeyim.

Sonuç olarak; hükümlerin onanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum" düşüncesiyle, Diğer bir Genel Kurul Üyesi de, benzer görüşlerle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay 5.Ceza Dairesinin 07.03.2012 gün ve 5-2 sayılı hükmünün **ONANMASINA,**

2-Dosyanın, Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 21.05.2013 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 3. CEZA DAİRESİ KARARLARI

KADIN HAKLARI

ÖZET: 4320 Sayılı Kanun 20.03.2012 tarihli kanun ile yürürlükten kaldırılarak aynı gün yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun gereğince sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.*

Y.3. CD. E:2013/15999 K:2014/4500 T:11.02.2014

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunarak;

Gereği görüşülüp düşünüldü;

1) Sanık hakkında kasten yaralama suçundan kurulan hükmün temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre sanık müdafiinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün isteme uygun olarak **ONANMASINA,**

2) Sanık hakkında 4320 Sayılı Kanun'a muhalefet suçundan kurulan hükmün temyiz itirazlarının incelenmesinde;

4320 sayılı Kanun 20.03.2012 tarihli kanun ile yürürlükten kaldırılarak aynı gün yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun gereğince sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca isteme uygun olarak **BOZULMASINA,** 11.02.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. İnan Yılmaz

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ KARARLARI

ULAN DEMEK HAKARET SAYILMAZ

Y.4.CD. E:2012/35914 K:2014/2639 T:30.01.2014

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun süresi ve kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1-Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir.Kamu görevlileri veya sivil vatandaşa yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturması gerekmektedir.Olay günü sanığın, kendisinin ifadesini almaya çalışan polis memuru müşteki Öztürk söylediği kabul edilen "beni burada tutamazsınız lan" şeklinde ve kaba hitap tarzı niteliğindeki sözlerin, müştekinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, mahkumiyet kararı verilmesi,

2-Kabule göre de, hakaret eyleminin, karakoldaki ifade alma odasında gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında aleniyet unsurunun ne suretle oluştuğu tartışılıp açıklanmadan, yetersiz gerekçe ile cezanın artırılması,

Kanuna aykırı ve sanık H.T. müdafiinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 30.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ KARARLARI

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA

ÖZET: Sanıklara yüklenen suçun yasal unsurları itibariyle oluştuğu gözetilmeden, uyuşmazlığın hukuki nitelikte olduğundan bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır.

Y.11. CD. E:2006/3719 K:2008/7488 T:07.07.2008

Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanmak suçundan sanıklar H.S.B. M.B. ve M.B.'nin yapılan yargılamaları sonunda; beraatlerinedair İSTANBUL 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilen 22.07.2005 gün ve 2003/455 Esas, 2005/949 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığının onama isteyen 17.05.2006 tarihli tebliğnamesi ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği görüşüldü:

3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 15, 17, 24 ve 25.maddeleri ile Finansal Kiralama Sözleşmelerinin 41. maddesinde öngörülen iade zorunluluğu dikkate alındığında, suça konu araçların gerek yasadan, gerekse sözleşmeden kaynaklanan iade zorunluluğuna rağmen, ödeme planına uygun olarak kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle finansal kiralama sözleşmesinin feshedilerek; feshin ihbarı ve teslim ihbarnamesinin tebliğinden sonra geçen uzun süreye ve mahkeme kararlarına rağmen iade edilmediğinin anlaşılmasına göre sanıklara yüklenen suçun yasal unsurları itibariyle oluştuğu gözetilmeden, uyuşmazlığın hukuki nitelikte olduğundan bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,

Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** 07.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ KARARLARI

KURUMLAR VERGİSİ

ÖZET: Kurumlar vergisi matrahı ve davacının ödediği vergi miktarının tespiti üzerinden maddi tazminata hükmedilmiş olması karşısında hesaplamada hafta sonu tatili, dini ve milli bayram tatilleri nedeniyle indirim yapılamayacağının dikkate alınması, kanuna aykırıdır.

Y.12. CD. E:2012/25542 K:2012/21827 T:15.10.2012

Davacının tazminat talebinin kısmen kabulüne ilişkin hüküm, davalı ve davacı vekilleri tarafından temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre davalı ve davacı vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; Kurumlar vergisi matrahı ve davacının ödediği vergi miktarının tespiti üzerinden maddi tazminata hükmedilmiş olması karşısında hesaplamada hafta sonu tatili, dini ve milli bayram tatilleri nedeniyle indirim yapılamayacağının dikkate alınmaması, Kanuna aykırı olup, davalı ve davacı vekillerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1.maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** bu hususun yeniden yargılama yapılmaksızın aynı Kanunun 322.maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hüküm fıkrasında hükmolunan maddi tazminat kapsamından hesaplamada hafta sonu tatili, dini ve milli bayram tatilleri nedeniyle düşülen günlere ilişkin miktarın ilavesi ile maddi tazminatın "5.374.32"TL.ye yükseltilmesi suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükmün **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** 15.10.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA I

ŞİRKETLER ARASI İMTİYAZ ANLAŞMASI • HAKSIZ FİİL
•
RÜZGAR NEDENİYLE DÜŞEN TABELA DOLAYISIYLA OLUŞAN ZARARDAN SORUMLULUK

ÖZET: Davalılardan S.Ö. diğer davalının denetimi ve gözetimi altındadır.Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre denetim ve gözetim altında olması nedeniyle davalı S.Ö.'nün eylemlerinden diğer davalı şirkette sorumludur. Çünkü sözleşme gereğince denetim ve gözetim görevini yerine getirmemiştir. Sözleşme hükümlerine göre marketin yer seçimi, reklam tabelaları vs. hususların kontrolü davalı şirkettedir. Bu bağlamda sık sık bunların denetlenmesi de davalı şirketin görevi arasındadır. Dolayısıyla davalı şirkette BK. 55. maddesine göre sorumludur. Kuşkusuz taraflar birbirlerine karşı zarar konusunda rücu edebilirler.*

Y.3.HD.E:2013/21206 K:2014/6181 T:16.04.2014

Davacı müştereken ve müteselsilen tazminatın tahsilini talep etmiş olup; BK.51.maddesi uyarınca değişik sebeplerle davalılar sorumlu bulunduğundan oluşacak zarardan ve tazminattan müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA,** 225.00 TL.bakiye temyiz harcının temyiz edene yükletilmesine, 16.04.2014 günü oybirliğiyle karar verildi.

---

* Gön: Mustafa Ay , G.O.1020 2.Asl.Hukuk Yargıcı

GAZİOSMANPAŞA 2 ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ
E:2010/199 K:2012/519T:25/09/2012

Mahkememizde görülmekte bulunan Tazminat davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

DAVA: Davacı vekili vermiş olduğu 24.03.2010 havale tarihli dilekçesi ile; davacı müvekkilinin 23.10.2009 tarihinde 12 sularında Fevzi Çakmak Mahallesi Fevzi Çakmak durağında arabadan inip yolun karşısına geçmek üzereyken elektrik direğinde asılı bulunan D.'ya ait 1,50 metre genişliğindeki reklam tabelasının yerinden kopmak suretiyle müvekkilinin sağ bacağının üstüne düştüğünü, ağır yaralanan müvekkilinin çevredekilerin yardımı ile olay yerine en yakın polikliniğine götürüldüğünü, ilk müdahaleden sonra bu defa Özel Gaziosmanpaşa Hastanesine götürülerek tedavisinde orada devam edildiğini, davacıya olaydan sonra 10'ar gün arayla geçici iş göremezlik belgelerinin verildiğini, ancak yeterince sağlığına kavuşamadığını, sürekli doktor kontrolünde olan davacının halen çalışmakta olduğunu ve güçlük çektiğini davacıların tedbir ve güvenlik önlemleri almadan astıkları tabelanın düşmesiyle olayın meydana geldiğini müvekkilinin ağır yaralandığını, bu nedenlerle davalılardan müştereken ve müteselsilen şimdilik 1.000.00-TL.maddi, 8.000.00-TL. manevi olmak üzere toplam 9.000.00-TL.tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte alınmasına, masraf ve vekalet ücretinin davalılara yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

CEVAP: Davalı S.Ö. vekili vermiş olduğu 18.05.2010 havale tarihli dilekçesi ile; öncelikle olay tarihinin dava dilekçesinde belirtildiği gibi 23.10.2009 tarihi olmayıp, 13.10.2009 tarihi olduğunu, olay günü şiddetli rüzgar estiğini, tabela rüzgarın şiddetinden kaynaklı düştüğünü, üstelik olay mahallinde ve cadde boyunca sadece müvekkili davalının tabelası olmadığını, bir çok tabela düştüğünü, tabelanın düştüğü sırada olay yerinden geçmekte olan davalının yaralandığını, ancak müvekkili davalı ve çalışanları olay mahallinde bulunmadıklarından davacının müvekkili davalının tabelasının düşmesi sonucu mu yaralandığının bilinmediğini, olay yerinde cadde boyunca başka tabelalarında düştüğü sabit olduğunu, olayın vuku bulmasının ardından haberdar edilen mağaza sorumlusu Erdal Kara'nın tabelalarının düştüğünü görünce hemen davacıyı en yakın tam teşekküllü hastane olan Özel Gaziosmanpaşa Hastanesine götürüldüğünü, gerekli tetkik ve tedavisinin yapıldığını, hatta muhasebecisini arayarak ilgilenmesini ve tedavi giderlerini karşılamasını istediğini, müvekkilinin ilaç ve tedavi masraflarını fazlası ile karşıladığını, davacının kendisine 300.00 TL. elden paranın halen ödenmediğini, bu nedenlerle davanın reddine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davacı üzerinde bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

GAZİOSMANPAŞA 2. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

DELİLLER VE GEREKÇE: Davacıya ait resimler, iş göremezlik belgeleri, geçici adli rapor, alt-imtiyaz anlaşması ibraz edilmiş, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğünün 26.11.2010 tarihli ve 04.07.2012 tarihli meteolojik bilgi yazısı celp edilmiş, ayrıca keşif yapılarak uzman bilirkişilerden rapor alınmıştır.

Dava, haksız fiil nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yapılan yargılamaya, taraflarca sunulan ve toplanan delillere, mahkememizce benimsenen ve hükme dayanak yapılan bilirkişi raporlarına ve tüm dosya kapsamına göre; "13.10.2009 günü elektrik direğine asıl bulunan D. ünvanlı markete ait reklam tabelasının yolda karşıdan karşıya geçmekte olan davacı B.G'in bacağının üzerine düşmesi sonucunda yaralandığı, davacının bu yaralanmalardan dolayı ik aya kadar iyileşebilecek derecede iş göremediği, toplam; 833,50 TL. tedavi maddi tazminatı gerektirdiği" anlaşılmıştır.

Taraflar tanık göstermişler ise de 09.12.2010 tarihli duruşmada tanıkların davacı ila yaralanmasından sonra ilgilenmediği hususunda dinletmek istedikleri bu nedenle olaya bir yenilik getirmeyeceği, olayın oluşumu ile ilgili dinletmek istemediklerinden tanık dinletme istemleri reddedilmiştir.Davalı S.Ö. vekili tedavi giderleriyle ilgili 420.00 TL.bedelin ödendiğini bunun için yemin teklif edilmesini istemiş, davacı 05.06.2012 tarihli duruşmada gelerek gerek kendisinin ve gerekse kendisinin yetkilendirdiği kişiye davalı tarafından 420.00 TL. bedelin ödenmediği hususunda yemin etmiştir.

Davalılar D.I SÜPER MARKETLERİ TİC. A.Ş. ile diğer davalı S.Ö. arasında alt imtiyaz (Franchise) anlaşması yaptıkları konusunda davalılar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Davalılardan D. SÜPER MARKETLER TİC. A.Ş. kendilerini husumentin yöneltilemeyeceğini, olayla ilyet bağının bulunmadığını ileri sürerek davanın reddedilmesini dilemiştir.

Tabelanın davalı S.Ö.'nün işletmiş olduğu markete ait olduğu ve davalı tarafından asılmış olduğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı S.Ö. 18.05.2010 havale tarihli dilekçesinde; olay günü fırtınanın olduğunu, kendilerine ait tabela ile birçok tabelanın caddeye düştüğünü, davacıya gerekli yardımları yaptığını bu nedenle reddeni istemiştir.

Meteoroloji Genel Müdürlüğüne yazılan yazıda olay tarihinde fırtınanın

olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkememizce olay mahallinde keşif yapılmış, yapılan keşif sonucu davalı S.Ö.'nün olaydaki kusurunun tam olduğu, BK. 58. maddesine aykırı hareket ettiği, ancak diğer davalının herhangi bir kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.

Olayın hukuki sonucunun değerlendirilebilmesi için özellikle BORÇLAR KANUNU 58.Ve 55.maddeleri ve taraflar arasındaki alt imtiyaz sözleşmesinin hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

BK.Madde 58'de; "…imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasından yahu muhafazasındaki kusurundan dolayı mesul olur." Hükmünü amirdir. Dikkat edilecek olursa maddede sadece binadan değil imal olunan herhangi bir şeyden bahsedilmektedir.Reklam panolarının imal olunan herhangi bir şey kapsamına girdiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.Reklam panolarının asılırken fırtına vs. hava şartlarını da düşünerek dayanıklı biçimde yapılması ve sık sık oksitlenmeden dolayı zaafa uğrayıp uğramadığı konusunda malik tarafından control edilmelidir. Zaten bina sahiplerinin sorumluluğunda kusursuz sorumluluk kabul edilmiş olup, kurtuluş kanıtı da getirilmemiştir. Davalı savunma olarak ancak illiyet bağının kesilmesi haline münhasır olarak savunmada bulunabilir.İstanbul ilinde fırtınanın çıktığı, hayatın olağan akışından ve bu kentte yaşayanlar tarafından tahmin edilebilecek ve öngörülebilecek bir olaydır.Davalıca bunun ön görülmemesi kendisi açısından bir kusurdur. Bu nedenle illiyet bağının kesildiğinden söz edilemez.Dolayısıyla davalı S.Ö. BK .58. maddesi uyarınca davacıya verdiği zarardan dolayı sorumludur.

DİĞER DAVALI D.D.S: TİC. A.Ş.'NİN SORUMLULUĞUNA GELİNCE:

Market işleticisi davalı S.Ö. ile davalı şirket arasında düzenlenen ve taraflarca inkar edilmeyen alt imtiyaz anlaşmasının 4/1 maddesine; "iş bu anlaşmanın ana konusu olan ve DIA felsefesinin gereği olarak alt imtiyaz sahibinin etkin optimum düzeyde ve tam performanslı çalışması için gerekli olan hizmet markalarının ve ticari markalarının sınırlı olarak kullanma hakkını imtiyaz sahibi alt imtiyaz sahibine verecektir. Şöyle ki: özelde mağaza tabelası, Ticari isim…." 4/2 maddesi imtiyaz sahibi alt imtiyaz sahibine iş yerinin tadilatının düzgün şekilde yapılması ve işletmede icra edilebilmesini sağlamak amacıyla super marketin ilk yatırımının yapılmasına dair tüm genel ve teknik danışmanlığı, öneriyi ve yardımı yapmayı garanti eder. Bu konular inşaat, tadilat, tasarım, dekorasyon, adaptasyon, bakım, onarım, malzeme seçimi, dekorasyon elemanları, yer

seçimi, mağazanın iç yerleşim planı, ürünlerin dizilişi ve teşhirini kapsayacaktır. İmtiyaz sahibi daha sonra da kendi imajına uymadığı ve yetersiz bulduğu iyileştirmeleri, masrafları alt imtiyaz sahibine ait olmak üzere talep edebilir." Hükmü getirilmiş 5/2 maddesinde gayrimenkulün durumu ve işletilmesi, 5/4'de harcamalar ve maliyetleri, 5/8 maddede girme, control, denetleme ve müdahale hakkını düzenlemişlerdir. Tüm bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere davalılar arasında alt imtiyaz sözleşmesi ile hukuki ilişki kurulmuştur.

Davalılardan S.Ö. diğer davalının denetimi ve gözetimi altındadır.Borçlar Kanununun 55.maddesine göre denetim ve gözetim altında olması nedeniyle davalı S.Ö.'nün eylemlerinden diğer davalı şirkette sorumludur. Çünkü sözleşme gereğince denetim ve gözetim görevini yerine getirmemiştir.Sözleşme hükümlerine göre marketin yer seçimi, reklam tabelaları vs. hususların kontrolü davalı şirkettedir.Bu bağlamda sık sık bunların denetlenmesi de davalı şirketin görevi arasındadır.Dolayısıyla davalı şirkette BK.55.maddesine göre sorumludur.Kuşkusuz taraflar birbirlerine karşı zarar konusunda rücu edebilirler.

Davacı müştereken ve müteselsilen tazminatın tahsilini talep etmiş olup; BK.51.maddesi uyarınca değişik sebeplerle davalılar sorumlu bulunduğundan oluşacak zarardan ve tazminattan müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

Kusur oranı, duyulan elem ve acı, tarafların mali ve iştimai durumları da dikkate alınarak davacıya 5.000.00 TL. manevi tazminat tayin ve takdir edilmeli ve aşağıdaki hüküm kurulmalıdır.

KARAR:

1-DAVANIN KISMEN KABULÜ ile; davacı yararına 833.50 TL.tedavi maddi tazminatı ve 5.000.00 TL. manevi tazminat olmak üzere toplam 5.833.50 TL.tazminat tayim ve takdirine, olay tarihi13.10.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken müteselsilen tahsil edilerek davacıya verilmesine fazlaya ilişkin talebin reddine.

2-Harçlar yasası gereğince 346,51 TL.nisbi karar ve ilam harcı belirlenmesine, peşin alınan 133,65 TL.harcın mahsubu ile bakıye 212,86 TL. harcın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline.

3-Davacı yararına kabul edilen maddi tazminat miktarı üzerinden Avukatlık ücreti tarifesi uyarınca 400.00 TL.nisbi vekalet ücreti takdiri ile davalılardan alınarak davacılara verilmesine.

4-Davacı yararına kabul edilen manevi tazminat miktarı üzerinden 600.00 TL. nisbi vekalet ücreti takdiri ile davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine.

5-Davalılar yararına reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden 400.00 TL. nisi vekalet ücreti takdiri ile davacıdan alınarak davalılara verilmesine.

6-Davalılar yararına reddedilen manevi tazminat miktarı üzerinden 400.00 TL.nisbi vekalet ücreti takdiri ile davacıdan alınarak davalılara verilmesine.

7-Davacı tarafından yapılan 19.90 TL. yeni dava harcı, 600.00 TL.bilirkişi ücreti, 129.20 TL.keşif harcı, 40.00 TL. keşif araç ücreti, 86.50 TL. posta masrafı olmak üzere toplam 875.60 TL. mahkeme masrafını %65'i ile 133,65 TL. harcın davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, mahkeme masrafının %35'inin davacı üzerinde bırakılmasına dair verilen karar taraf vekillerinin davacı asilin yüzlerine karşı kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde Yargıtay yolu açık olmak üzere usulen karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYA 2

MADENDE ÖNGÖRÜLEN KAZA • OLASI KAST

ÖZET: Fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalıp kabullendikleri, böyle bir olayda öngörülmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı, bu şekildeki çalışma ile grizu patlaması olabileceğini öngörmelerine rağmen, patlamayı gerçek anlamda engelleyici nitelikte bir çalışma yapmadıkları, aksine mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle, "olursa olsun" düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettikleri; bu nedenle gerçekleşen bu neticeden olası kast hükümleri uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği ve olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırıdır.

Y. 12. CD E: 2012/21104 K: 2013/25712 T: 14/11/2013

Taksirle öldürme suçundan sanıklar K. K., N. E., B. E., F. Ş., O. L. E. ve H. Ç.'in mahkumiyetlerine, sanık A. Y.'ın ise beraatine ilişkin hükümler, katılanlar vekilleri ile mahkumiyetine karar verilen sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Sanıklar müdafilerinin duruşmalı inceleme isteminin, hükmedilen cezanın on yıl hapis cezasından aşağı olması nedeniyle 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 318 ve 5271 sayılı CMK'nın 299. maddeleri gereğince reddine karar verilerek yapılan incelemede;

Katılanlar vekillerinin hükmü temyiz ettikten sonra 12.06.2012 tarih-

li feragat ve ibraname ile sanıklar hakkındaki şikayetlerinden vazgeçmiş olmaları nedeniyle haklarındaki katılma kararının hükümsüz kaldığı ve hükmü temyiz etme hak ve yetkilerinin ortadan kalktığı saptanarak, sanıklar müdafinin temyizine hasren, sanıklar H. Ç., B. E., F. Ş., N. E., K. K. ve O. L. E.'ın mahkumiyet hükümlerinin incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanıklar müdafilerinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Bursa ili Mustafa Kemal Paşa ilçesi sınırları içinde bulunan B... Madencilik Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin uhdesinde bulunan İR 1681 (sicil 104) sayılı ruhsat ve işletme sahasında faaliyet gösteren yer altı kömür ocağında 10.02.2009 günü saat 19.30 sıralarında grizu patlaması ile birlikte oluşan göçükler sonucunda ondokuz işçinin ocakta mahsur kaldığı, 13.12.2009 günü saat 04.45'e kadar süren kurtarma çalışmaları sonucunda ondokuz işçinin de ölü olarak çıkarıldığı, yapılan otopsi sonucunda tamamında yanık yaraları olduğu, ancak onyedi işçinin karbonmonoksit zehirlenmesi, bir işçinin yanık ve karbonmonoksit zehirlenmesi ve bir işçinin ise patlamaya bağlı göçüğün travmatik etkisi ile öldüğünün tespit edildiği olayda;

Maden mühendisi olan sanık N. E.'ın B... Madencilik Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin yönetim kurulu başkanı ve olayın meydana geldiği ocağın sahibi olduğu, O. L. E. ve K. K.'ın yönetim kurulu üyeleri oldukları, sanık O. L. E.'ın ayrıca Başkan yardımcılığı görevini de yürüttüğü, F. Ş.'ın maden mühendisi ve 20.02.2007 tarihli sözleşme uyarınca ocağı taşeron olarak çalıştırdığı, H. Ç.'in ise, maden mühendisi olup, daimi nezaretçi ve teknik nezaretçi olarak görev yaptığı ve aynı şirketin şube müdürlüğü görevini de yürüttüğü, sanık B. E.'ın ise ocak şefi olarak görev yaptığı,

Kazanın meydana geldiği sahada maden ocağının 1994 yılına kadar sanık N. E. tarafından işletildiği, sanık F. Ş.'ın ise 1985 yılından itibaren bu maden ocağında maden mühendisi olarak çalıştığı, N. E.'ın kendi adına işletmeye son vermesi nedeniyle de 16.01.1995 tarihinden itibaren taşeron olarak ocağı işletmeye başladığı, dosya içindeki bir kısım evrakları işletme müdürü sıfatıyla imzaladığı, 20.02.2007 tarihli taşeronluk sözleşme içeriğine göre de kömür üretiminin işletme-ruhsat sahibi B... Madencilik Turizm ve Ticaret A.Ş tarafından yapıldığı, 27.07.2007 tarihli yönetim kurulu kararıyla şirketin Mustafakemalpaşa Şubesi Müdürü olan F. Ş.'ın azledilip yerine H. Ç.'in şirket müdürü ola-

rak atandığı, tüm bu tespitlerin taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğu izlenimini doğurduğu, gerçekte taşeronluk sözleşmesine rağmen B... Madencilik Turizm ve Ticaret A.Ş. tarafından işletilmeye devam edildiğini gösterdiği, 02.11.2006 tarihli Maden İşleri Genel Müdürlüğünün oluru ile yapılan teftiş raporunda ocakta metan gazı varlığının tespit edildiği, ayrıca olayla ilgili beyanda bulunan sanık B. E.'ın da 2007 yılında metan gazının yüksek olduğunu tespit ettiklerini, tanık A. Ç.ı'nın da beyanında ocakta metan gazı olduğunu ölçümlerde 1,5-2'nin üzerinde çıktığında havalandırma yapıldıktan sonra patlatma yapıldığını, ancak ölçüm cihazının çoğu zaman şarjı olmadığından ve yanlarında getirmeyi unuttuklarından ölçüm yapmadan patlatma yaptıklarını, bir önceki vardiyada kazmacı olarak çalışan İ. D. ile görüştüğünde, ocakta metan gazı olduğunu ve bu hususu H. Ç.'e bildirdiklerini ancak bu konuyla ilgili bir şey yapılmadığını havalandırmanın yetersiz olduğunu beyan etmiş, tanıklardan Y. A. havalandırma ve tahkimatın yetersiz olduğunu, Mehmet Arıcı dinamit patlatma işi olduğunda seyyar gaz ölçüm cihazı ile gaz ölçümü yaptığını ancak, şüpheli bir durum görmezse diğer patlatmalarda gaz ölçümü yapmadığını, olay günü saat 09.00 sıralarında ocağa giren H. Ç.'e kazmacı İ. D.'un havasızlıktan yakınıp vantüp çektirme istediğini, ancak H. Ç.'in ilgilenmediğini, gaz ölçümü sırasında %1,5'un üzerinde bir değer gösterirse patlatma yapılmama konusunda talimat vermiş olduğunu, havalandırmanın yetersiz olup normalin üstünde bir sıcaklık olduğunu beyan etmişler, ateşleyici ve barutçu olarak görev yapan Fatih Uzunoğlu da beyanında; gaz ölçümünü kendisine verilen metan dedektörü ile yaptığını, eğer gaz oranı %1.5 üzerinde çıkarsa havalandırmayı basınçlı hava ile yaptığını, ocak içinde bildiği kadarıyla üç adet gaz ölçüm cihazı bulunduğunu bir tanesinin işletme müdürü H. Ç.'de diğer ikisinin vardiya dinamitçileri olarak kendilerinde durduğunu, bu cihazlardan bir tanesinin 1-1,5 aydır olmadığını işletme görevlileri tarafından bakımda olduğunun söylendiğini, diğer cihaz ile olay günü 00.00-08.00 vardiyasında kendisinin çalıştığını ve vardiya sonunda cihazı ocak dışında dinamitçilerin odasına şarj olması için taktığını kurtarma için geldiğinde merak saikiyle gaz ölçüm cihazını bıraktığı odaya gittiğinde aletin sabah bıraktığı gibi şarjda durmaya devam ettiğini, şarjın en fazla 2 saat sürdüğünü, 07.12.2009 günü 08.00-16.00 vardiyasında olayın olduğu yerdeki gaz ölçümünü %3.5 olarak tespit ettiğini bu sırada H. Ç.'in de yanına gelerek ölçme yaptığını ve "patlatma yapmadan önce havalandır ondan sonra atım yap" talimatı verdiğini, havalandırmanın 10-15 cm çapında naylon borularla yapılıp yetersiz olduğunu ifade etmiş, kurtarma ekibindeki H.K. ilk geldiklerinde ocaktaki karbonmonoksit oranının 1000 PPM'nin üzerinde

olduğunu tespit ettiklerini, normalinin ise 50 PPM olduğunu, yeraltında çalışan işçide baret, madenci lambası, iş elbisesi, çizme, eldiven, ferdi karbonmonoksit maskesinin bulunması gerektiğini, kurtarma ekibinden B. D. ise geldiklerinde henüz kurtarma çalışmalarına başlanmadığını ve belgeli tahlisiye ekiplerinin ilk müdahaleyi yapıp olay yerine 80 m. kadar yaklaştıklarında karbonmonoksit gazının yaklaşık 1500 PPM seviyelerinde ölçtüklerini, bunun üzerine vantüp bezleriyle temiz hava basıp oksijen oranını yükseltmeye çalıştıklarını beyan etmişlerdir.

Teknik bilirkişi olarak beyanları saptanan bilirkişiler Melih Duygun ve İlhan Babür Cumhuriyet Savcılığında; İşletmenin fiziki şartlarının genel olarak iyi olmadığını, üretim, nakliyat, havalandırma bakımından madencilik uygulamaları açısından emniyet tedbirlerine yeterince uyulmadığını kanaat olarak belirtmişler, madende çalışan işçiler ise genel olarak sıcaklık ve havasızlık olduğunu, sıcaklığın insanı durduğu yerde terletecek kadar olup havasızlık nedeniyle zorlukla nefes aldıklarını, yaklaşık iki ay kadar önce çalışılan bölgenin yavaş yavaş çökmeye başladığını, bu nedenle ayrı bir nefeslik yapıldığını ancak bu nefesliğin kazanın olduğu yere temiz hava vermediğini, vantüple basılan kirli havanın tekrar aynı vantüple geri geldiğini, genellikle gaz ölçümünün yapılmadığını beyan etmişlerdir.

Maden ocağında yapılan incelemede, panoya giden bir kısım kabloların plastik kısımlarının soyulmuş halde olduğu tespit edilmiş, 30.10.2006 tarihli teftiş raporunda da yer altı elektrik kablo ve aygıtlarının antigrizulu olmadığı, grizu ve kömür tozu patlaması tehlikesi olan ocaklarda kullanılacak bütün elektrik kabloları ve elektrikli aygıtlarının alev sızdırmaz nitelikte olacağı belirtilmiş, 25.12.2006-25.01.2007-08.02.2007 tarihli B... Madencilik AŞ'nin 14.11.2006 tarihli denetim raporunda da iş müfettişlerince görülen eksikliklerin tamamlanmasına ilişkin yazıda, grizu ve kömür tozu patlamalarında kullanılacak elektrikli motor ve yol vericilerin anti grizulu nitelikli olarak Çin'den ithal edildiği belirtilmiş olmasına karşın 13.12.2009 tarihli Enerji ve Tabii Kaynaklar B.lığı Maden İşleri Genel Müdürlüğü uzmanlarının raporunda; ana giriş desandre ve onu takip eden galeride aydınlatma yapıldığı, bu aydınlatma tesisatının anti grizulu olmadığı belirlenmiş, işletme projesinde kazı alanlarının hazırlanması için damar içinde bir baş yukarı veya yatay galeri sürülür daha sonra klavuz sürülerek nefeslikler birbirine bağlanır ifadesine yer verilmesine rağmen, nefesliklerin birbirine bağlanmadığı, revize edilen havalandırma projesinde ana hava girişinin üretim panolarını dolaşarak ana nefeslikten çıkacağı belirlenmesine karşılık kısa devre yaparak çıkış yaptığı ve projede başka bir nefeslikten çıktığı üretim panolarının cebri havalandırıldı-

ğı, nakliyede kullanılan elektrik motorları haricindeki tüm ekipmanların antigrizulu olmadığı, ana giriş galerilerinde ve üretim panolarında baskı sonucunda bazı tahkimat direklerinin kırıldığı tespitlerine yer verilmiş, 26.07.2010 tarihli sanık müdafii tarafından verilen dilekçede dahi ocakta zaman zaman metan gazı tespit edildiği bildirilerek ocakta metan gazının varlığı teyit edilmesine karşın havalandırma defteri ile teknik nezaretçi defterlerinde gerçeğe uygun olmayacak şekilde havanın normal ve metan gazı ölçümlerinin sıfır olarak belirtildiği görülmüştür.

15.12.2009 tarihinde kaza yerinde yapılan inceleme sonucunda hazırlanan teknik bilirkişi raporunda; Ocağın iki desandresi bulunduğu, karo girişinin sağ tarafında bulunan desandrenin sadece hava dönüş yolu olarak kullanıldığı, baca ağzından itibaren ocak ağzına yakın mesafede kirli havayı emici vantilatör bulunduğu, nakliyatta ve temiz hava girişinde kullanılan desandrenin 220 metre uzunluğunda ve 15-16 derece eğimde olduğu, nakliyatın vinç ve tonluk arabalarla yapıldığı, desandre dibinden itibaren taşta sürülmüş yaklaşık 300 metre anayol bulunduğu, anayolun 200. metresinde sağa doğru kirli hava çıkışını sağlayan nefeslik başyukarısı bulunduğu, ayak başlarına kadar kömür nakliyatı için zincirli konveyor kullanıldığı, ayakta hava dönüş yolu bulunmadığı, kapalı-kör baca denilen üretim ve havalandırma yöntemi tercih edildiği, nakliyat yolu üzerindeki tali vantilatörler ve bağlı vantüplerle ayak içerisine temiz hava basıldığı, kirli havanın dönüşünün kendiliğinden gerçekleştiği, ölen işçilerin vücutlarında yanma izleri olduğu, göçük açma çalışmaları sırasında havalandırmada kullanılmış 12 cm çapında şeffaf vantüp parçalarının erimiş halde görüldüğü, yemek-mola saati olan 20.00-20.30 saatinden önce arka arkaya dinamit patlatmaları ile aynanın gevşetildiği, kömürlerin tabanda birikmesi sırasında oluşmuş olan grizulu ortamın ateşleyici bir ısı kaynağının (kömür naklinin tamamlandığı ayak başındaki konveyör tahrik motoruna ait elektrik panosundaki çalıştırıcı düğmeye basılması sonucu ark yapmasıyla oluşan kıvılcımın) tesiri ile grizu patlaması meydana geldiği, taban yolunda ve alt ayakta göçükler meydana geldiği, üretim yapılan damarın kömürleşme derecesinin yüksek olduğu ve fazla metan gazı içerdiğinin söylenebileceği, damarın toplam kalınlığının 8 m civarında olduğu, ayaktaki üretimin yakın zamanda başladığı ve ayak arkasında kalan fay zonuna yakın olması nedeni ile gaz artışından söz edilebileceği, geri dönümlü-göçertmeli sistem uygulandığı, taban yolu ilerlemeleri sırasında tavanda oluşan çatlak-kırıklarında gaz birikmesinin kaçınılmaz olduğu, ayak arkası oturtulurken gaz boşalması olduğu, dinamit patlamaları sonucu yeterli havalandırma sağlanamadığı durumlarda salgılanan yanıcı gazlar veya toz bulutlarının patlamayı tetikleyebileceği,

Bu ocakta yalnız alt taban yolu açılmış olduğu, üst bağlantı yolu ile irtibat bulunmadığı, kör ayak usulü 5 sarmalık (5x4=20 m) üretim yapılmakta olduğu, ayaktaki her sarma aynasının ayrı ayrı patlatıldığı, her patlatma sırasında ortama metan gazı yayılabileceğinden, havalandırılmasını bekleyip tekrar gaz ölçümü yapıldıktan sonra patlatma işlE. başlanması gerektiği,

Alt taban yollarında çintili bağ tahkimat altına kilit tahkimat takviyesi yapılması gerektiği,

Ana yolda kurulu üfleyici vantilatörün nefesliğin hemen yanına kurulmuş olmasının kısa devreye ve bunun da kirlenmiş havanın tekrar ayak ortamına üfleniyor olmasına yol açtığı, vantüplerin dar (12 cm kesitli tarımsal sulama faaliyetlerinde kullanılacağı tahmin edilen) ve yetersiz olduğu, vantilatör kapasitelerinin yetersiz olduğu, tali vantilatörün nefeslik ağzından 20 m ocak girişi tarafındaki temiz hava ortamında kurulması gerektiği, vantüplerin en az 40 cm çapında ve anayolda vantilatör gerisinde havalandırma kapıları bulunması gerektiği, üzerinde hava ölçüm istasyonlarının ve temiz hava ile ocak kirli havasının akış yönlerinin gösterildiği havalandırma planı bulunmadığı, gazları otomatik ölçebilen merkezi uyarı ve algılama sistemi görülmediği, çalışan makine ve teçhizatla ilgi ekipmanların antigrizu özellikte olduğuna dair belgelere rastlanmadığı,

Ocak idarecilerinin denetimi düzenli olarak yapmadıkları, grizu vardiyası öncesinde gaz ölçüm kayıtlarına rastlanmadığı, gaz ölçümlerinin emniyet defterine yaklaşık 3-10 gün aralıklı olarak kaydedildiği, ocakla ilgili eğitimlerin verilmiş olmasına rağmen eğitim ve organizasyon eksikliklerinin devam ettiği, ocak içi aydınlatma lambaları ve elektrik bağlantılarının ocak şartlarına uygun muhafazalı düzende olmadığı, desandre içinde sigara izmaritlerine rastlanmış olduğu,

Ateşçi R. B.'nin ayak ortamında olduğu, diğer çalışanların da ayak içinde çalışma pozisyonunda hayatlarını kaybetmiş olarak bulunmaları, dinamit atımı sırasında ayak dışına çıkarılmaları gerekeceğinden, grizu patlamasının dinamit atımından kaynaklanmadığını gösterdiği,

Ocak ağzındaki hava dönüş yolunun ocak ağzından yaklaşık 15-20 metre içeride kurulu bulunan emici aspiratörün patlama sonrası kurulduğu tespitlerine yer verilmiştir.

Türkiye Taşkömürü Kurumu İş güvenliği ve Eğitim Daire Başkanlığı tarafından düzenlenen raporda ise özetle; ocak aydınlatmada kullanılan ekipmanların, makinaların, elektrik kablolarının ve enerji dağıtım pano-

larının alevsızdırmazlık özelliği bulunmadığı, şirket çalışanları ve çıkarılan cesetlerin üzerinde acil durumlarda kaçış amaçlı kullanabilecekleri ferdi kurtarıcı bulunmadığı, ölenler içinde bulunan vardiya mesulü çavuş ve ateşçinin üzerinde herhangi bir gaz ölçüm cihazı bulunmadığı, mahzur kalan işçilere ulaşabilmek için kurtarıcıların kuşanacağı suni solunum cihazı olmadığı, tahlisiye istasyonunun bulunmadığı, kaçamak yolu olarak kullanılacak kaçış yollarının olmadığı, ocakta patlayıcı ateşlemesi yapan ateşleyicinin üzerinde ve yakınında manyetoya rastlanmadığı, havalandırmanın çapı 150 mm olan vantüplerle yapıldığı ve kirli hava ile temiz havanın karıştığı kurtarma çalışması esnasında 400 mm'lik yeni vantüp şebekesinin döşendiği bildirilmiştir.

İTÜ Maden Fakültesi Maden Mühendisliği öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyetinden alınan raporda ise;

Ocakta havalandırmanın mekanik yolla sağlandığını ancak nefeslikler in birbirine bağlanmamış olması nedeniyle ocağa giren temiz hava ile çalışma yerlerine giderek kirlenen kirli havanın birbirine karıştığı, vantilatörlerin üflediği havayı çalışma yerlerine ulaştırmak için kullanılan havalandırma borularının en az 40 cm çapında olması gerekirken bu amaçla 15-20 cm çapında naylon boruların kullanıldığının belirlendiği, ocak gazlarının ölçülmesinde kullanılan dedektörlerin nezaretçiler tarafından düzenli olarak kullanılmadığı, grizu patlaması öncesinde ateşleyicide gaz dedektörü olmadığı, havalandırma defterinde ölçümlerin 10 günde bir yapıldığı ölçülen metan oranının sıfır olarak kaydedildiği, dosyadaki tanık ifadelerinden ocak havasındaki metan oranının değişik zamanlarda müsaade edilen sınır değerlerin de üzerinde seyrettiği, dolayısıyla ölçüm sonuçlarının güvenilir olmadığı, lağım ateşleme aralıkları 5 dakika gibi kısa tutulduğu, her atım öncesi gaz ölçümünün yapılmadığı, patlayıcı madde ateşlemelerinin zaman zaman manyeto ile yapılmadığı, ocakta kullanılan aydınlatma donanımının, elektrik panolarının ve elektrik kablolarının alev sızdırmazlık özelliği bulunmadığı ve tanık ifadelerinde ayak girişinden 8 m. uzakta bulunan elektrik panosundan konveyöre yol verme esnasında kıvılcımların çıktığı elektrik arkı oluştuğu ifade edilmekte, ocakta ferdi CO maskeleri temin edilmiş olmasına rağmen çalışanların yanlarında taşımaları konusunda disiplin oluşturulmadığı gibi tanık ifadelerinden kullanmak için verilmediğinin de anlaşıldığı, çeşitli zamanlarda ocakta sigara içildiği ifade edilmekte olup, olay sırasında ölenlerin hiçbirinin otopsi raporunda nikotine rastlanmadığı, kalın direkleri kesmek için ocağa benzinli testere sokulduğu, çalışan işçilerin eğitimlerine önem verilmediği, ocakta uzun yıllardır çalışanların bile 2-3 ay önce gerçekleştirilen 2-3

günlük eğitim faaliyeti dışında eğitim konusunda beyanda bulunmadıkları, kurtarma çalışmaları sonucunda ayak içinde dokuz işçinin cesedinin çıkarılmasının ateşleme sırasında olayın olmadığını göstermekte olduğu,

Grizu patlamalarına karşı alınacak önlemler olarak metan gazının tehlike oluşturabilecek şekilde birikmesini önlenmesi, bunun sağlanıp sağlanmadığının kontrol edilmesi, tehlike oluşturabilecek metan gazı birikimlerinin patlamasını ve birikimi önleyebilmek içinde, öncelikle ocağa kesintisiz olarak yeterli hava verilmesini sağlayacak mekanik havalandırma sisteminin kurulması ve sistemin devamlı olarak kontrol altında tutularak vantilatör arızaları hava akışını etkileyen engeller hava kapılarındaki sorunlar ve benzerinin en kısa zamanda çözümlenmesinin gerektiği, patlamanın önlenmesi içinde açık alevli lamba, sigara, çakmak ve benzeri gibi ısı kaynaklarının ocağa kesinlikle sokulmayarak, alev sızdırmazlık özellik taşıyan elektrik motorları, elektrik panoları, aydınlatma donanımları, nakil hatları kullanılması ve bu cihazların periyodik kontrollerinin aksatılmadan yapılmasının gerektiği, ateşleme işlerinde metan gazı içeren ocaklarda kullanılmasına izin verilen türde emniyetli patlayıcı maddeler kullanılması gerektiği, patlayıcı madde kartuşlarının yerleştirileceği deliklerin yeterli uzunlukta ve sıkılama uzunluğu ve sıkılama malzemesinin şartlara uygun seçilmesinin gerektiği bildirilmiştir.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğü Denetleme Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen ön raporda; aydınlatmanın anti grizulu olmadığı nefesliklerin birbirine bağlı olmadığı, havalandırmanın projesine uygun olmadığı ve kısa devre yaptığı, ekipmanların antigrizulu olmadığı, tahkimatın yetersiz olduğu belirtilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulunun ön raporunda ise;

Havalandırmanın yetersiz olduğu 15-20 cm çapında tüplerle yapıldığı en az 30-40 cm çapında olması gerektiği belirtilerek, ateşlemenin manyeto ile yapılmadığı, cesetlerin çıkarıldığı noktalar dikkate alındığında işçilerin güvenli yere alınmadığı, lağım atımlarının 5 dakika gibi kısa aralıklarla yapıldığı, tahkimatın yetersiz olduğu, gaz ölçümünün manuel yapıldığı, buna da yeterli şekilde riayet edilmediği, daha önceki denetimlerde istenmiş olan erken uyarı sisteminin kurulmadığı, kabloların elektrik panolarının antigrizulu olmadığı, elektrik panosunun kaza yerine 8 metre mesafede olup ocak içinde sigara içildiğinin belirlendiği, iş güvenliği eğitimlerine katılım belgelerinin olmadığı, işini bitiren işçilerin bekletilerek hatalı ve güvensiz çalışma yaptırıldığı, patlama sonucunda 3 kısım halin-

de 12-15 metre uzunluğunda göçükler meydana geldiği ve tahkimatların zarar görerek yıkımın olduğu, tahkimatların kurtarma sonrasında yenilendiği, işverenin ocak içerisindeki çalışmalarda her aşamada denetim izleme ve gözetin görevini gereği gibi yerine getirmediği CO maskelerinin kullanılmadığının tespit edildiği bildirilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişlerince hazırlanan 6-7 Ocak 2010 tarihli asıl raporda yukarıdaki tespitlere dayanılarak ocak içinde her vardiyada her atım öncesi ve sonrası gaz ölçümü yaptırıp kayıt altına aldırmayan, ocak üretim mahalline yeterli temiz hava akımını sağlayacak sistemi kurdurmayan, ocak gaz ölçümünü otomatik olarak yapacak erken uyarı sistemini kurmayan, ocak içinde kullanılan tesisat ve ekipmanların antigrizulu olarak tesis etmeyen, ocak içine işçilerin sigara sokmasını ve içilmesini engellemeyen, çalışan işçilere işe başlarken ve devamında tamamına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verdirip belgelettirmeyen, ocak içinde iş güvenliği önlemlerine riayet etmeyerek götürü şekilde işçilere hatalı çalışma yaptıran, işçilerin yanlarında CO maskelerini taşımalarını sağlamayan, tahkimatı kontrol edip sağlamlığını tespit etmeyen, işçilerini her aşamada kontrol edip izleyip denetlemeyen işverenin %70 vardiya çavuşunun ise %30 kusurlu olduğu belirtilmiştir.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğü Mahalli Tetkik ve değerlendirme raporunda ise; Üretimin ruhsat sahibi taşeron marifetiyle yapıldığı belirtilerek şubedeki tüm çalışanların taşeron F. Ş.'ın sigortalı işçileri olduğu ve ocakta aydınlatma tesisatının antigrizulu olmadığı, nefesliklerin projeye uygun olmadığı gibi birbirine de bağlı olmadığı, havalandırma projesinin projeye uygun olmadığı, cebri havalandırma yapıldığı, elektrik panolarının antigrizulu olmadığı, tahkimatların uygun olmadığı, gaz ölçümü ve hava ölçümlerinin teknik nezaretçi defterinde görülmediği belirtilmiştir.

ODTÜ öğretim üyelerinden alınan bilirkişi raporunda ise özetle;

Ocak havalandırmasının yetersiz ve yönteminin hatalı olduğu, metan gazının havadan hafif olması nedeniyle daima yukarı hareket ettiği ve tavanda üst kodda biriktiği, ventüplerin taban yolu sonuna kadar döşendiği, ancak taban yolu kotuna nazaran yukarıda olan ayak sonuna kadar döşenmediği yani vantüp ile sağlanan temiz havanın ayak içerisinde özellikle ayak üst tarafında grizu birikmesini önlemesinin maddi olarak imkansız olduğu, Hava Ölçme Emniyet Defteri'nde 05.12.2009 tarihinde yapılan ölçüm sonuçlarında, metan gazı sıfır, hava miktarı: vinç desandresinde 291.6 m3/dak, ayak çıkışlarında 285 m3/dak, nefeslikte

288 m3/dak olarak belirtildiği, vinç desandresinden yeterli hava girmekte olduğu, ancak ayak çıkışları olarak belirtilen ölçüm noktasının yanlış olduğu, emniyet defterindeki krokiye göre bu nokta nefeslik içinde (ana hava dönüş yolu üzerinde) olduğu, bu noktada alınan ölçümün, ayaklardaki hava miktarını ve gaz yoğunluğunu göstermemekte, ilave olarak da, nefeslikten kısa devre yaparak dışarı çıkan temiz havayı da içermekte olduğu, hazırlık çalışmalarının yapılması +48 ve +55 taban yollarının açılması sırasında 2000 m3/saat kapasiteli vantilatörlerin kurulduğunun, hazırlık çalışmaları için yeterli olan vantilatör kapasitesinin, ayağın açılıp üretimin başlaması ve çalışan işçi sayısının artmasıyla yetersiz kalmaya başladığı, gaz ölçümü yapılmadan arka arkaya patlatma yapılması veya muhtemelen çatlaklardan ayağa ani gaz boşalması sonucu metan oranının arttığı, basılan hava miktarının bu gazlı ortamı kısa sürede temizlemeye yetersiz kaldığı, bu ortamda ölçüm yapılmadan yapılan ateşleme sonucunda grizu patlaması meydana geldiği kanaatine varıldığı, artan havalandırma gereksinmesinin dikkate alınarak, öncelikle kör ayağın nefesliğe (ana hava dönüş yoluna) bağlanmasının, ana hava akımının sağlanması, grizu birikiminin önlenmesi ve eski pervanelerin daha yüksek kapasiteli pervaneler ile değiştirilmesi gerektiği (MAİSİGT madde 180). Havalandırma planında hava ölçüm istasyonu, hava kapıları, hava akış yönü, barajların yerleri, pervanelerin kapasiteleri ve çalışılan yerlere gelen hava miktarlarının gösterilmediği, havalandırma defterinde, şematik havalandırma planı, ölçüm istasyonlarının yerleri, bu istasyonlarda 3-10 gün arası yapılan hava ve gaz ölçüm sonuçları, kişi başı düşen hava miktarının belirtildiği ancak daha önce açıklandığı gibi, ölçüm istasyonları temiz hava girişinde ve nefeslik içinde seçildiğinden ve vantilatör kapasitesi dikkate alınmadan, nefeslik içinde ölçülen dönüş havasının ayaklardan dolaşarak çıktığı kabul edildiğinden, hesaplamaların yanlış olduğu, vantilatör kapasitesi gerçekten 2000 m3/saat ise, ocağa giren temiz havanın çok büyük bir kısmının kısa devre yapıp, ayakları dolaşmadan nefeslikten çıkmakta olduğu ve nefeslikte ölçülen hava miktarının ayaklardan dolaşan havayı göstermediği, ocakta gaz ölçümünün yapılmadığı, küldesak çalışma yapıldığı, güvenli ateşleme cihazı kullanılmadığı, antigrizulu ekipman kullanılmadığı, sigara içildiği, işçilerin eğitiminin eksik olduğu, işçilerin karbonmonoksit maskelerini taşımadıkları, gaz ölçümlerinin her gün yapılıp emniyet defterine yazılmadığı, ses ışık uyarısı yapan metan dedektörü veya sürekli gaz ölçümü yapan ve bir merkezden izlenebilen otomatik kontrol sistemi bulunmadığı, zaman zaman grizu biriktiğinin yetkililer tarafından bilinmekte olduğu ve sonuç olarak kazanın; işletmede küldesak (havalandırma bakımından kör ve acil

durumda kaçış imkanı bulunmayan) ayak çalıştırılması, MASGİT madde 179'da belirtilen "havalandırma esas itibariyle aşağıdan yukarı doğru yapılır" hükmüne ve MAİSİGT madde 180'de yasaklanan "hazırlık işleri veya grizu birikimlerini dağıtmak amacıyla yapılan işler dışında, bölmeyle veya borularla havalandırma yasaktır" hükmüne aykırı davranılmış olması, MAİSİGT madde l60'da zorunlu kılınan "işçilerin çalıştırıldığı bütün yeraltı işyerlerinde, çalışma koşullarını ve işçilerin çalışma yeteneklerini korumaya, hava sıcaklığının sağlığa zararlı düzeye yükselmesini önlemeye, grizu ve diğer zararlı gaz ve dumanları zararsız bir orana indirmeye yeterli, sürekli, güvenlik gereklerine uygun, temiz hava akımı sağlanır. Bunun için üretime başlanmadan önce, her ocakta, uygun bir havalandırma sistemi kurulması zorunludur" hükmüne aykırı biçimde yeterli havalandırma tesisatının kurulmamış olması, dolayısıyla yeterli ve uygun düzeyde havalandırma sağlanamamış bulunması sebepleriyle grizu birikimine neden olunması; her ateşlemede lağım deliklerinin doldurulmasından önce ve doldurulduktan sonra ancak ateşlemeden önce metan gazı ölçümlerinin yapılmaması nedeni ile metan gazı artışının tespit edilememiş bulunması, MAİSİGT madde 35'te "Grizulu ve kömür tozlu ocaklarda grizuya karşı güvenlikli elektrikli ateşleme aracı kullanılacaktır" hükmü bulunmasına karşın bu hükme aykırı biçimde ateşleme işleminin pil ile yapılmış olması, 4. patlatmada veya buna hazırlık yapıldığı esnada ortaya çıkan; pil ile ateşleme teli arasında ark oluşması veya herhangi bir ısı veya alev kaynağı gibi bir etkenle, daha önceki ateşlemelerden sonra ortamda birikmiş bulunan grizu gazının ve kısmen de kömür tozunun patlaması sonucu meydana gelmiş olduğu kanaatine varıldığı belirtilmiş, bu rapora muhalefet eden bilirkişi Prof Dr. N.B. raporunda B... AŞ'nin söz konusu ocağın işletilmesi ile ilgili bir işyeri ve işçileri bulunmadığı, kendisine ait işçilerce ocakta herhangi bir çalışma yürütülmediği, ocağın F. Ş. tarafından işletildiği, B... AŞ tarafından Maden Kanunu gereğince teknik nezaretçi ve daimi nezaretçi olarak ve işletme müdürü sıfatıyla yetkilendirilen Hayretin Ç.'i F. Ş.'ın kendi kadrosuna almasının ise Taşeron sözleşmesi gereği olduğu, Maden Kanununa göre ruhsat sahibinin ancak teknik nezaretçi defterinde yazılı öneri ve istekleri yerine getirme sorumluluğu olduğu, Teknik nezaretçi defterinde ocakla ilgili bir olumsuzluk, ekipman gereksinimi iş güvenliği ve sağlığı açısından temin edilmesi gerektiği belirtilmediğinden şirket yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluklarının bulunmadığı, yer altı kömür ocaklarında grizu patlamalarına zaman zaman rastlanmakta olduğu tüm önlemler alınsa dahi, metan gazının öngörülemeyen bir nedenle ani olarak boşalıp çalışma ortamında gaz oranını yükseltmesi, gazlı ortamın havalandırılmasına olanak

kalmadan, öngörülemeyen bir ısı kaynağı nedeniyle grizu patlamalarının oluşabilmekte olduğunu nitekim, Maden Kanunu 3. maddesinde belirtilen "Mücbir Sebep" tanımı içinde, sel, yangın, deprem gibi haller yanında, grizu patlamasının da mücbir sebepler arasında sayıldığını ayrıca, 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığı nedeni ile işverenin sorumluluğunun tesbitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınması gerektiği belirtilerek, kazaya öngörülemeyen bir nedenin yol açma olasılığının da mevcut olduğu, kazanın oluşunda kaçınılmazlığın, tali bir etken olarak düşünülmesi gerektiği kanaati bildirilmiştir. Sanık müdafileri tarafından sunulan Uzman Raporunda ise:

Her ateşlemede lağım deliklerinin doldurulmasından önce ve sonra metan ölçümlerinin yapılmaması nedeni ile metan gazı artışının tespit edilememiş olduğu, 3. patlatmada ortaya çıkan ısı ve alevle daha önceki ateşlemelerden sonra ortamda biriken grizu gazı ve tozun patlaması sonucu kazanın meydana gelmiş olduğu, sıkılama hatası nedeni ile geri tepmenin olması da muhtemel olduğu, barutçu R. B. lağımları doldurmadan ve doldurduktan sonra metan gazı ölçümlerini yapmış olsa kazanın önlenmiş olacağı, kaza nedenini elektrik panosuna bağlamanın mümkün olmadığı, söz konusu panonun kazadan sonra Bursa Çalışma Bölge Müdürlüğü İş Güvenliği Müfettişleri raporları ile sağlam ve çalışır vaziyette olduğunun tespit edilmiş olduğu, ateşlemeler sırasında ayaktaki ve taban yolunda ayağa yakın yerlerdeki işçilerin emniyetli bir mesafeye uzaklaştırılması gerektiği, metan dedektörünü dahi yanına almayan ve ateşleme sırasında gerekli önlemleri almayan R. B.'nin kazada asli kusurlu, R. Baştepe'yi uyarmayan vardiya nezaretçisi M. K.'nun asli kusurlu oldukları, bu kişilere iş güvenliği konusunda gerekli bilinci verme konusunda yeterli özenin gösterilmediği tespit edildiği takdirde, teknik nezaretçi H. Ç. ve ocak şefi B. E.'ın tali kusurlu kabul edilmeleri gerektiği, teknik konularda teknik nezaretçi sorumlu olacağından ve teknik nezaretçi tarafından olayda bir eksiklik bildirilmediğinden işletmeci F. Ş.'ın kusurundan söz edilemeyeceği, belirtilmiştir.

Yine sanık müdafileri tarafından dosyaya sunulan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri Doç. Dr. L.A. ve Yrd. Doç. Dr. D.G. tarafından hazırlanan bilimsel görüşte;

İş kazalarından kaynaklanan sorumluluğun hukuki ve cezai sorumluluk olmak üzere iki farklı başlık altında ele alınmakta olduğu, işçi, işveren ve üçüncü kişilerin sorumluluk koşulları ile bu sorumluluğun kapsamının, her sorumluluk türünün kendi ilkelerine uygun şekilde belirlendiği,

Hukuki sorumluluğun da "Sosyal güvenlik hukuku" anlamında ya da "Tazminat hukuku" olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmakta olduğu, 5510 sayılı Kanuna uygun olarak olay iş kazası olduğundan, sosyal güvenlik hukuku anlamındaki sorumluluk nedeniyle, SGK'nın ölen işçilerin yakınlarına yaptığı yardımların ilk peşin değerlerini kusuru oranında işverene rücu edebileceği hukuki ya da tazminat hukuku anlamındaki sorumluluğun sosyal güvenlik yapısından daha farklı nitelikte olduğu, konunun özünü kazalanan işçilerin işverenden ya da üçüncü kişilerden tazminat talep edip edemeyeceklerini oluşturduğu, muhatabın SGK değil zarar veren kişi olduğu, değerlendirmelerin sosyal güvenlik hukuku dışında kaldığı ve borçlar hukuku ve iş hukuku ilkeleri ile yapılmakla olduğu,

Dava konusu kazanın sebep olduğu bir diğer sorumluluğun da cezai sorumluluk olduğu, söz konusu sorumluluğun, kazaya neden olan eylemin, Türk Ceza Kanunu tarafından taksirli ölüme sebebiyet verme suçunu oluşturmasından kaynaklandığı (TCK m. 85), cezai sorumluluğun kusura dayalı şahsi bir sorumluluk türü olduğu (Anayasa m. 38), hukuksal sorumlulukta karşılaşılan kusursuz sorumluluk, müteselsil sorumluluk, başkasının davranışlarından sorumluluk gibi yapıların, ceza hukukunda uygulama alanı bulamayacağı, ceza hukukunda failin, sadece kusur olarak tanımlanabilecek nitelikteki kendi davranışlarından sorumlu tutulabileceği, taksirin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi olduğu, ceza hukuku kapsamındaki cezalandırmanın, tazminat gibi bir paranın mağdura verilmesinden farklı olduğu ve farklı ölçütler çerçevesinde geliştiği, cezalandırma için gerekli olan kusurluluğun, haksız fiil sorumluluğu için aranan kusurdan farklı olarak sübjektif ölçütler, yani faile ilişkin ve failce bilinen şartlar içinde belirlenmesini zorunlu kıldığı,

3213 sayılı Maden Kanunu'nun konuya ilişkin özel yasa durumunda olduğu, yasanın uygulanması ile ilgili Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği çıkarıldığı, kazanın gerçekleştiği maden sahasında B... A.Ş'nin işletme ruhsatı ve işletme izni almış olduğu, bu durumun, gerekli projelerin hazırlanarak Maden Kanunu ve Uygulama Yönetmeliğinde belirtilen prosedürün tamamlandığını gösterdiği, Yönetmelik hükümlerine göre teknik nezaretçinin, Maden Kanunu ile İş Kanununun" ilgili maddelerinde ve yönetmeliklerinde yer alan görevleri yerine getirmekle yükümlü olduğu, ruhsat sahibinden istenenin bir teknik nezaretçi atamaktan ibaret olduğu, nezaretçinin ruhsat sahibi tarafından istihdamı gibi bir koşulun yönetmelikte yer almadığı, teknik nezaretçinin kimin tarafından istihdam

edileceği, atamaya ilişkin düzenlemeye konu olmadığı, Maden mevzuatına göre ruhsat sahibince H. Ç.'in teknik nezaretçi olarak atanmış olduğu, mevzuata göre yer altı üretim yöntemiyle çalışan işletmeler ile en az 15 işçi çalıştıran açık işletmelerin, asgari bir maden mühendisini daimi olarak istihdam etme zorunluluğu bulunduğu, sözü edilen yer altı üretim faaliyetini yürüttüğü belirtilen F. Ş.'ın, teknik nezaretçi olarak atanan H. Ç.'i istihdam ettiği Yasada, teknik nezaretçinin atanmasını ruhsat sahibine yüklerken, maden mühendisi istihdamını yer altı üretimi yapan işletmelere yüklendiği, daimi nezaret görevini üstlenen mühendislerin teknik nezaret görevi de yapabilecekleri Yönetmeliğe göre üretim sahasındaki iş sağlığı ve güvenliği denetimlerinin teknik nezaretçi tarafından yapılacağı, gerektiğinde işletme faaliyetini durdurma yetkisi bulunduğu, eksiklikleri raporlamasının yapılmamasından teknik nezaretçinin, rapor edilen eksikliklerin giderilmemesinden ruhsat sahibinin sorumlu olacağı belirtildiği, İş Kanununda, iş kazasının gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak sorumluluğu düzenleyen bir hüküm bulunmadığı, bu konuda genel hükümlere, tazminat için Borçlar Kanunu, ceza yaptırımı için Türk Ceza Kanunu'na müracaat edilmekte olduğu, bununla birlikte işçi ve işverenin eylemlerinin kusurlu sayılıp sayılmayacağı İş Kanunu ile kendilerine getirilen yükümlülükleri ihlal düzeylerine göre belirleneceği gibi aynı yaklaşımın İş Kanunu kapsamına girmeyen maden mevzuatı için de geçerli kabul edilmesi gerekeceği, ilgililerin kusur durumları değerlendirilirken, maden mevzuatının o kişilere getirdiği yükümlülüklerin dikkate alınması gerektiği, Maden Kanunu'nun kendi faaliyet alanına giren bazı olayları, bu kapsamda değerlendirmeye tabi tutarak mücbir sebep saydığı, Yasanın 3. maddesine göre sel, yangın, deprem, grizu patlaması, çökme, heyelan ve benzeri hallerin mücbir sebep olarak nitelendirildiğini, mücbir sebebin kusursuz sorumluluğu bile ortadan kaldıran, uygun illiyet bağını kesen çok istisnai bir durum olduğu, Maden Kanunu'nun söz konusu olayları mücbir sebep sayarak adeta bu olaylarda kusuru dışladığı, maden mevzuatında belirtilen yükümlülüklerin ihmalinin kusur olarak tanımlanması gerektiği, teknik nezaretçinin, işyerindeki faaliyetler ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, öneri ve önlemleri belirlemediğinde, bunları işyerinde çalışanların görebileceği şekilde ilan etmediğinde ve aynı zamanda noter onaylı "Teknik Nezaretçi Defteri "ne rapor ederek ruhsat sahibine bildirmediğinde kusurlu sayıldığı, aynı anlayışla, ruhsat sahibi, teknik nezaretçinin kendisine rapor ettiği eksiklik ve aksaklıklar konusundaki öneri ve önlemleri yerine getirmemesi halinde kusurlu sayıldığı, olayın geçtiği maden sahasındaki kazanın sebebini oluşturan etkeni ortadan kaldıracak uyarılar ve bu olaya neden olabilecek eksiklik ve aksaklıklarla, buna

ilişkin öneri ve önlemler, maden mevzuatında belirtilen beyan usulü çerçevesinde kendine bildirilmemişse, Teknik Nezaretçi Defterine bu yönde uyarılar yazılmadığında işletme ruhsat sahibinin olayda cezai açıdan şahsi kusurlu sayılamayacağını görüş olarak bildirmişlerdir.

Dosya içindeki Çalışma ve Sosyal Güvenlik B.lığı teftiş raporlarının incelenmesinde; 20.02.1990 tarihli teftiş raporunda ocakta kullanılan elektrik kablolarının mevzuata uygun hale getirilmesi, tahkimatta kullanılan bağların kama sayılarının yetersizliği, ocaktaki yeraltı çalışmalarının yapıldığı yerlerin en az iki yolla yer üstüne bağlanması gerektiği, ocakta hava, metan, CO ve benzeri gibi gazları ölçmek üzere her türlü ölçüm aleti bulundurulacağı ve gerekli ölçümlerin yapılarak noterce onaylı deftere işlenmesi gerektiği bildirilmiş, şirket tarafından verilen cevapta ocaktaki gaz ölçüm cihazı ile ilgili olan noksanlığın en kısa zamanda giderilmeye çalışılacağı bildirilmiş ise de giderildiğine ilişkin yazıya rastlanmamış, 23-24.5.1990 tarihli raporda da yine gaz ölçüm cihazı bulunmadığı, işçilere CO maskesi verilmediği belirlenmiş, bu noksanlıkların tamamlanması için yapılan ihtara verilen cevapta yine bu noksanlıkların en kısa zamanda ikmal edileceği bildirilmiş, 17-18.6.1991 tarihli raporda işçilere CO maskesi verilmediği ancak daha önceki raporlarda belirtilen noksanlıkların ocağın faaliyetinin durdurulması nedeniyle hükümsüz kaldığı bildirilmiştir.

26.06.1992 tarihli raporda yine işçilere CO maskesi verilmediği, 03.05.1995 tarihli raporda ise tahkimatlar ve elektrik kabloları ile ilgili olarak yine uyarıyı içermekte, 18.04.1996 tarihli raporda yine tahkimatla ilgili uyarı 01.10.1997 tarihli raporda ise yine ocak havalandırmasının yetersiz olduğu, ocak içindeki ve dışındaki makinaların koruma topraklama hatlarının bulunmadığı, katlara çıkılan kuyuların uygun olmadığı, desandri dibinde cep ve karakol bulunmadığı, kömür ve kükürt ocaklarında alüminyum kovanlı kapsül kullanılmaması gerekirken kullanıldığı, güvenlik nezaretçilerinin her vardiyada ikikez ocağın her yerinde gaz ve tozların ve yangın belirtilerinin bulunup bulunmadığını, havalandırma durumu, tahkimat durumu gibi hususları işledikleri belgelerin görülemediği belirtilmiş ve idari para cezası tahakkuk ettirilmiştir. 29.09.1998 tarihli raporda 27.10.1997 tarihli raporda giderilmeyenler kısmında yine tahkimat ve izolasyona ilişkin ve güvenlik nezaretçilerinin raporlarının tutulmadığına ilişkin olup, 01.01.1999 tarihli raporda yine desandre dibinde cep olmadığı, tahlisiye cihazı ve istasyonunun bulunmadığı, aydınlatma armatürlerinin koruyucusunun bulunmadığı, ocak içindeki makinaların koruma ve topraklamalarının bulunmadığı, kömür ve kükürt ocakların-

da alüminyum kovanlı kapsül kullanılmaması gerekirken kullanıldığı belirtilmiş adı geçen şirket tarafından eksikliklerin giderildiği 30.11.1999 tarihli yazıyla bildirilmiştir. 03.09.2001 tarihli teftiş raporunda yine alüminyum kovanlı kapsül kullanıldığı, tahlisiye istasyonunun bulunmadığı, ocak içindeki ve dışındaki makinaların koruma ve topraklamalarının yetkili teknik elemanlara yaptırılarak rapor düzenlenmediği, elektrik fünyelerinin kontrolünün özel ölçme aygıtlarıyla yapılması gerektiği halde yapılmadığı, 20.09.2001 tarihli raporda yine benzer hususlar belirtilmiş 16.10.2002 tarihli teftiş sonucunda da yine alüminyum kovanlı kapsül kullanıldığı, belirlenerek idari para cezası tahakkuk ettirilmiştir.

01.09.2003 tarihli teftiş tutanağında işyerinde emniyet defterinin bulunmadığı, manyeto kontrol belgesi bulunmadığı, devre kontrol aletinin bulunmadığı, B.lığa sunulan elektrik tesisat projesine uyulmadığı, ocak içinde sıcaklık ve nem ölçümünün yapılmadığı, havalandırma planının olmadığı, yeni ocak çalışmasının 500 m ilerlemesine rağmen nefesliğinin bulunmadığı, tahkimat arızalarının olduğu, yeni ocakta havalandırma grubunun 2 ayrı enerji kaynağından beslenmediği tespit edilmiştir, 12.11.2004 tarihli tutanakta ise elektrik tesisat projesinin B.lık onayının alınmadığı, toz ölçümünün yapılmadığı, kurtarma ekibi ve yönergesinin bulunmadığı, tahkimatta yer yer kırık bağlar bulunduğu, yeraltı elektrik kablo, aygıtlarının ve lambaların antigrizulu olmadığı bildirilmiş, 03.01.2005 tarihli yazıyla ilgili şirket noksanlıkların giderildiğini bildirmiştir. 01.11.2005 tarihli tutanakta elektrik tesisat projesinin B.lık onayı olmadığı, toz ölçümünün yapılmadığı, yer altı elektrik kablo ve aygıtları ile aydınlatma lambalarının elanj olmadığı belirtilerek idari para cezası uygulanmıştır. 02.10.2006 tarihli tutanakta ise yine toz ölçümünün yapılmadığı, yeraltı elektrik aygıtları ve kablolarının antigrizulu olmadığı tespit edilmiştir. 25.12.2006 – 25.01.2007 - 08.02.2007 tarihli şirket tarafından yazılan yazıda grizu ve kömür tozu patlamalarında kullanılacak elektrik motor ve yol vericilerin antigrizulu olarak Çin'den ithal edildiği ve 12.02.2007 tarihli yazı ilede toz ölçümünün giderildiği bildirilmiştir. 01.03.2008 tarihli raporda grizu ve kömür tozu tehlikesi bulunan ocaklarda kullanılacak bütün elektrikli aygıtların alev sızdırmaz nitelikte olması gerekirken yeraltında bulunan aydınlatma lambaların sağlam ve koruyucu içine alınmadıkları, desandre içinde cep olmadığı, desandre ve üretim bacalarında kırık bağlar bulunduğu, 09.06.2009 tarihli tutanakta cebri havalandırma sisteminin desandreler yeni sürüldüğü için kurulmadığı, havalandırma planında hava ölçüm istasyonu, hava kapıları, hava akış yönü, barajların yerleri, pervanelerin kapasiteleri ve çalışılan yerlere gelen hava miktarlarının gösterilmediği, tahkimat yönergesi olmadığı,

pervanelerin bulunduğu bölümlerde paratoner bulunmadığı, işçilerin CO maskesi taşımadıkları, ocaklarda her vardiyada gaz ölçümü yapılarak havalandırma defterine yazılmamakta olduğu, sürekli gaz ölçümü yapan ve sesli ikaz veren gaz ikaz cihazı olmadığı, tespit edilmiştir.

İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksir, 5237 sayılı TCK'nın 22/2. maddesinde "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi" şeklinde tanımlanmıştır. Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç, bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.03.2008 tarih ve 43-62; 01.02.2005 tarih ve 213; 23.03.2004 tarih ve 12-68; 09.10.2001 tarih ve 181-204; 21.10.1997 tarih ve 99-202 sayılı kararları başta olmak üzere, birçok kararında da vurgulandığı üzere, öğretide ve uygulamada taksirin unsurları;

1- Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,

2- Hareketin iradiliği,

3- Neticenin iradi olmaması,

4- Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,

5- Neticenin öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması,

şeklinde kabul edilmektedir.

Bilinçli taksir ise 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesinde, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" olarak tanımlanmıştır. Taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt, taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunun öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören

kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.

Failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilin olası sonuçlarını kabullenmesi halinde ise, diğer bi ifadeyle hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngören failin, söz konusu hareketi yapmaktan kaçınmaması, "olursa olsun" demesi halinde muhtemel ya da olası kasttan bahsedilir. Olası kast halinde "isteme" unsuru eksik olup, fail açısından icra ettiği fiilin amacına ulaşmak önemlidir. Fail bu amaca ulaşmak adına, muhtemel tehlikeli neticeleri göze almakta, hatta kabullenmektedir. Olası kastın unsurlarının oluştuğunun kabul edilebilmesi için;

1- Hareketin bilerek ve istenerek yapılması,

2- Suçun kanuni tanımındaki unsurlarının ve sonuçlarının gerçekleşebileceğinin öngörülmesi,

3- Netice öngörülmesine rağmen fiilin işlenmesi gerekir.

Tüm açıklamalar çerçevesinde: dosya içeriği ve tüm bilirkişi raporlarındaki belirlemelere göre; bu iş kolunda deneyimli olan sanıkların 2006 yılından beri işletmede metan gazı olduğunu bilmelerine rağmen bunu gözardı ederek, defterlerde bile bu hususa yer vermeyerek önceki denetimlerde defalarca istenmiş olan ocak gaz ölçümünü otomatik olarak yapacak erken uyarı sistemini kurmayarak, yeterli sayıda gaz ölçüm cihazı bulundurmayıp düzenli olarak kullanılmasını sağlamayarak, hatta basit ve ucuz olan vakvak tabir edilen uyarı aletini dahi temin edip kullandırmayarak, işletmede Küldesak (havalandırma bakımından kör ve acil durumda kaçış imkanı bulunmayan) ayak çalıştırılarak, ocak üretim mahalline yeterli temiz hava akımını sağlayacak sistemi kurmayarak, ocak içindeki kirli ve temiz havanın karışmasını ve ısının yükselmesini göz ardı edip; 10-15 cm çapında hava borularıyla havalandırma yapılması dolayısıyla yeterli ve uygun düzeyde havalandırma sağlanamaması nedenleriyle grizu birikmesine neden oldukları, ocakta grizu olduğunu bilmelerine rağmen bunu gizledikleri bu nedenle idarenin denetimini de önledikleri gibi ocak içinde her vardiyada her atım öncesi ve sonrası gaz ölçümü yaptırıp kayıt altına aldırmayarak, ocak içinde kullanılan tesisat ve ekipmanların antigrizulu olarak tesis ettirmeyip ocak içine işçilerin sigara sokmasını ve içilmesini engellemeyerek, çalışan işçilere işe başlarken ve devamında tamamına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verdirip belgelettirmeyerek, fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma

bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalıp kabullendikleri, böyle bir olayda öngörülmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı, bu şekildeki çalışma ile grizu patlaması olabileceğini öngörmelerine rağmen, patlamayı gerçek anlamda engelleyici nitelikte bir çalışma yapmadıkları, aksine mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle, "olursa olsun" düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettikleri; bu nedenle gerçekleşen bu neticeden olası kast hükümleri uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği ve olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı olup, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince sonuç cezanın süresi itibariyle sanıkların kazanılmış hakkı saklı tutularak isteme uygun olarak **BOZULMASINA,** 14.11.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARLARI

DANIŞTAY 3. DAİRE KARARLARI

E-BEYANNAME

ÖZET: Dosyanın incelenmesinde, diş hekimi olan davacının 2007 yılı gelir vergisi beyannamesinde 6.972.44 YTL. olarak belirtilen serbest meslek kazancı, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Tebliğlerde net satış hasılatı olarak belirlenen miktarın altında olması nedeniyle, beyannamelerini elektronik ortamda bizzat göndermesi mümkün değildir.*

Danıştay 3. Daire . E: 2009 / 2172 K:2011/5182

İstemin Özeti: Diş hekimi olana davacı tarafından, elektronik ortamda beyanname verebilmek için gerekli olan kullanıcı kodu, parola ve şifrenin verilmesi istemiyle Çekirge Vergi Dairesi Müdürlüğü'ne yapılan başvurunun reddine ilişkin 09.07.2008 tarihve 28765 sayılı işlemi; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257.maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendiyle, bu Kanunun 149.maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uygulanacak format ve standartlarile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulatmaya Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğunun hükme bağlandığı, bu maddeyle Maliye Bakanlığına verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan ve 18.10.2007 tarih ve 26674 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 376 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile elektronik ortamda beyanname verilmesi uygulamasının yaygınlaştırılması amacıyla serbest meslek faaliyeti sebebiyle gerçek usulde vergilendirilen mükelleflerin gelir vergisi, geçici vergi, katma değer vergisi beyannamesi ile muhtasar beyannameyi elekt-

* Gönderen:Av. Nazlı Gaye Alpaslan

ronik ortamda gönderebileceklerine ilişkin düzenlemenin yapıldığı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 227. maddesi ile vergi beyannamelerinin Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler veya Yeminli Mali Müşavirler tarafından imzalanması mecburiyeti getirmeye ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili kılındığı, bu çerçevede Maliye Bakanlığınca çeşitli tebliğler yayımlanarak konunun düzenlenmesi yoluna gidildiği, bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, 376 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile serbest meslek faaliyetiyle uğraşan gerçek usulde vergilendirilen mükelleflerin, gelir vergisi, geçici vergi ve katma değer vergisi beyannameleri ile muhtasar beyannameyi elektronik ortamda verebileceğinin açık olduğu, anılan düzenlemede hangi serbest meslek erbabının bu düzenleme dışında bırakıldığına yer verilmediği, dolayısıyla 213 Sayılı Kanun'un mükerrer 257 ve 227.maddesi ile verilen yetkinin kapsamının maddede açıkça sayıldığı ve düzenleme yetkisinin Maliye Bakanlığına verildiği, ancak Maliye Bakanlığınca bu yetkiye dayanılarak genel düzenleyici işlem tesis edilmediği görüldüğünden bu konuda bireysel idari işlemle kısıtlamaya gidelemeyeceği gerekçesiyle iptal eden Bursa 1. Vergi Mahkemesinin 29.12.2008 gün ve E.2008/610; K:2008/3253 sayılı kararının, davacının Maliye Bakanlığınca belirlenen ve kendilerine internet şifresi verilebileceği açıklanan mükellef grubunda yer almadığı, bu nedenle beyannamelerini 340 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde belirtilen usullerle elektronik ortamda beyanname göndermeye ilişkin aracılık yetkisi almış olan serbest mali müşavir veya yeminli mali müşavirler aracılığıyla elektronik ortamda gönderebileceği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Düşüncesi: Davacının serbest meslek kazancının, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Tebliğlerde net satış hasılatı olarak belirlenen miktarın altında olması nedeniyle, beyannamelerini elektronik ortamda gönderebilmek için kullanıcı kodu, parola ve şifrenin verilmesi istemiyle davalı idareye yapılan başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı:

Düşncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Diş hekimi olan davacı tarafından, Çekirge Vergi Dairesi Müdürlüğüne elektronik ortamda beyannamesini gönderebilmek için kullanıcı kodu, parola ve şifrenin verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine dair 9.7.2008 tarih ve 28765 sayılı işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 227.maddesinde Maliye Bakanlığının vergi beyannamelerinin 3568 Sayılı Kanun'a göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibariyle ayrı ayrı uygulatmaya, bu uygulamalara ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu, 5228 Sayılı Kanun'un 8.maddesiyle değişik mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde bu Kanun'un 149. maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname bildirim veya bilgi çeşitleri mükellef grupları ve faaliyet konuları itibariyle ayrı ayrı uygulatmaya Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu şeklinde değiştirilmiş; anılan Kanunla aynı maddenin sonuna eklenen fıkrada da birinci fıkranın (4) numaralı bendi uyarınca Maliye Bakanlığının beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususunda izin vermesi veya zorunluluk getirmesi halinde (mükellef veya vergi sorumlusu ile gönderme işini yapacak kişiler arasında özel sözleşme düzenlemek kaydıyla) elektronik ortamda gönderilen beyanname ve bildirimlerin mükellef veya vergi sorumlusu tarafından verilmiş addolunacağı hükmüne yer verilmiştir.

30.09.2004 gün ve 25599 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 340 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin IV-Beyannamelerini Kendileri Gönderebilecek Mükellefler başlıklı kısmının birinci paragrafında, 3568

sayılı Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşverlik Kanunu uyarınca çıkarılan tebliğlere göre aktif büyüklükleri veya net satış hasılatlarının belli bir tutarın üzerinde olması nedeniyle, beyannamelerini meslek mensubuna imzalatmak zorunluluğunda bulunmayan mükelleflerin istemeleri halinde beyannamelerini elektronik ortamda doğrudan kendilerinin gönderebilecekleri belirtilmiştir. 3.3.2005 gün ve 25744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 37 seri nolu 3568 sayılı Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliğinin "Vergi Beyannamelerinin 3568 Sayılı Kanuna Göre Yetki Almış Meslek Mensuplarınca imzalanması işlemleriyle ilgili Hadler ve Yeni Türk Lirası Karşılıklı başlıklı 2.bölümünde, Vergi BeyannamelerininSerbest Muhasebeci ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerce imzalanması Hakkında 4 Sıra No.lu Genel Tebliğde yer alan usul ve esaslar çerçevesinde uygulanan işlemlerle ilgili olarak tespit edilen yeni hadlerin belirtildiği buna göre, Tebliğin 2.bölümünün 1.alt bölümünde, ticari, zirai ve mesleki kazancı nedeniyle gerçek usulde vergilendirilen gelir vergisi mükelleflerinden 2004 yılı aktif toplamı 3.000.000 ve net satışlar toplamı 6.000.000 Yeni Türk Lirasını aşmayan mükelleflerin beyannamelerini imzalatma kapsamında olan mükellefler olarak belirlendiği, 3.bölümde ise, Bakanlıkça özel bir belirleme yapılmadığı takdirde bu Genel Tebliğde yer alan parasal hadlerin her yıl bir önceki yıl için belirlenen yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanacağının açıklandığı ve 2006 yılı için aktif toplamı 3.551.000 YTL.ve net satışlar toplamı 7.102.000 YTL.belirlendiği görülmektedir. Dolayısıyla aktif büyüklükleri ve net satış hasılatları belli bir miktarın altında kalan mükellefler beyannamelerini elektronik ortamda bizzat gönderemeyecektir.

Dosyanın incelenmesinde, diş hekimi olan davacının 2007 yılı gelir vergisi beyannamesinde 6.972.44 YTL.olarak belirtilen serbest meslek kazancı, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Tebliğlerde net satış hasılatı olarak belirlenen miktarın altında olması nedeniyle, beyannamelerini elektronik ortamda bizzat göndermesi mümkün değildir.

Bu nedenle davacı tarafından beyannameleri elektronik ortamda gönderebilmek için kullanıcı kodu, parola ve şifrenin verilmesi istemiyle Çekirge Vergi Dairesi Müdürlüğü'ne yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle Bursa 1. Vergi Mahkemesi'nin 29.12.2008 gün ve E.2008/610 K.2008/3253 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 26.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 9. DAİRE KARARLARI

SAHTE FATURA

ÖZET: Davacının kullandığı faturaları düzenleyen S. Petrol İnşaat, Turizm Tic. San. Ltd. Şti. Hakkındaki tespitler bu yükümlünün bazı vergisel yükümlülüklerini yerine getirmediğini ortaya koymaktaysa da davacı hakkında yapılan incelemede davacı şirket yetkilisinin söz konusu faturalar içeriği alışveriş karşılığında ödemelerin çekle yapıldığını ifade etmesine, buna kanıt olarak S.Karabağlar Şubesine ait toplam 96.765.900.000 TL. içeren 7 adet çek fotokopisini ibraz etmesine, bir adet çek fotokopisini ise temin edemediğini ifade etmesine karşın, inceleme elemanı tarafından bu ödemelerin gerçek olup olmadığına yönelik herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamış ve herhangi bir eleştiri de getirilmemiş olması karşısında sözkonusu faturaların sahte olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde kesin olarak ortaya konulduğunu kabul etmeye olanak kalmamaktadır.*

Danıştay 9. Daire E: 2009 / 6707 K:2012/7630

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

İstem davacı adına resen salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezalarının terkini istemiyle açılan davayı kısmen kabul, kısmen reddeden vergi mahkemesi kararının taraflarca temyizen incelenerek bozulmasına ilişkindir.

Davalı vergi dairesi müdürlüğü tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar vergi mahkemesi kararının özel usulsüzlük cezasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını sağlayacak nitelikte görülmemiştir.

Davacı temyiz istemine gelince:

* Gönderen: Av. Nazlı Gaye Alpaslan

Dosyanın incelenmesinden, akaryakıt alım satımı faaliyetinde bulunan davacı şirketin 2003 yılı defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu düzenlenen 15.01.2008 tarih ve DENR-2008-1974/1 sayılı vergi inceleme raporuna dayanılarak, ilgili dönemde kullanılan S. Petrol İnşaat Turizm Tic. San.Ltd. Şti.'ne ait faturalar sahte kabul edilerek bu faturalara dayalı vergi indirimlerinin reddi yoluyla adına dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacıya sözkonusu faturaları düzenleyen şirket hakkında düzenlenen 6/7/2007 tarih ve VDENR-2007/1212/1 sayılı vergi tekniği raporunda şirketin 4.10.2002 tarihinde unvan değişikliği ile S. Petrol ismini aldığı, S.B. (Ş. Petrol)'in Emniyet Müdürlüğünce el konulan defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu S. Petrol Ltd.Şti.nden çok sayıda mal alışının olduğunun tespiti ile, S. Petrol Ltd. Şti. ortaklarının Manisa İli, Gölmarmara ilçesinde komisyon karşılığı fatura satarken Jandarma tarafından yakalanması üzerine şirketin 2003 ve 2004 yılı defter ve belgelerinin incelenmesine karar verildiği, şirketin ve ortaklarının bilinen adreslerinde bulunamadıkları, 24.3.2004 tarihinde tasfiyesine karar verildiği, durumun Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlandığı, buna rağmen 2005 ve 2006 yıllarında fatura düzenlemeye devam ettiğinin tespit edildiği, tasfiye memuru olarak atanan Mali Müşavir A.O. hakkında kaçakçılığa iştirak suçu nedeniyle meslekten uzaklaştırma cezası verildiği, şirketin istenilmesine rağmen defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediği, beyannamelerini kısmen verdiği, yüksek miktarda katma değer vergisi hasılatı beyan edilmesine rağmen, ödenecek katma değer vergisinin çok az beyan edildiği, tahakkuk eden vergileri ödemediği, alış ve satışlarına ilişkin beyanlarında firma isimlerinin yazılı olmadığı, mal alışlarının yapıldığı firmaların sahteci olduğu, şirketin işçi çalıştırmadığı, akaryakıt sevkıyatı için gerekli olan tankerinin olmadığı, 4.12.2003 tarihinde şirket müdürlüğüne atanan N.G. hakkında sahte fatura düzenlediği yönünde vergi tekniği raporu bulunduğu şirket adına tarh edilen vergilenin ilanen tebliğ edilmek suretiyle kesinleştiği hususlarının tespiti üzerine adı geçen şirket tarafından düzenlenen faturaların sahte olduğu, dolayısıyla davacı şirket adına düzenlenen faturaların da sahte kabul edildiği anlaşılmaktadır.

3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 10.maddesinin (a) bendinde, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, malın teslimi veya hizmetin yapılması vergiyi doğuran olay kapsamında sayılmış, 29.maddenin (a) bendinde de mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri hükme bağlanmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3.maddesinin (B) bendinde belirtil-

diği üzere vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Bu kuralın bir gereği olarak yükümlerin Katma Değer Vergisi Kanununun yukarıda sözü edilen 29.maddesinde belirtilen vergi indiriminden yararlanabilmelerinin ön şartı, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, birbaşka anlatımla, yükümlü tarafından vergi inidirimine konu teşkil eden mallar için gerçekte katma değer vergisinin ödenmiş olmasıdır. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla bir vergi ödenmesi ve bunun sonucu olarak da bir vergi indirimi söz konusu edilemeyeceği cihetle indirime dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hususlarının saptanması anlaşmazlığın çözümü bakımından önem arz etmektedir.

Davacının kullandığı faturaları düzenleyen S.Petrol İnşaat, Turizm Tic. San. Ltd. Şti. Hakkındaki tespitler bu yükümlünün bazı vergisel yükümlülüklerini yerine getirmediğini ortaya koymaktaysa da davacı hakkında yapılan incelemede davacı şirket yetkilisinin söz konusu faturalar içeriği alışveriş karşılığında ödemelerin çekle yapıldığını ifade etmesine, buna kanıt olarak S.Karabağlar Şubesine ait toplam 96.765.900.000 TL. içeren 7 adet çek fotokopisini ibraz etmesine, bir adet çek fotokopisini ise temin edemediğini ifade etmesine karşın, inceleme elemanı tarafından bu ödemelerin gerçek olup olmadığına yönelik herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamış ve herhangi bir eleştiri de getirilmemiş olması karşısında sözkonusu faturaların sahte olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde kesin olarak ortaya konulduğunu kabul etmeye olanak kalmamaktadır.

Bu durumda davacının kullandığı sözkonusu faturaların sahte olduğu kabul edilmek suretiyle adına salınan cezalı vergide ve buna karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı temyiz isteminin reddine, davacı temyiz isteminin kabulüne, İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 30.04.2009 günlü, E.2008/594 K.2009/610 sayılı, kararının özel usulsüzlük cezasına ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, vergi ziyaı cezalı katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, 26.11.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DEFTERLERİN İBRAZI

ÖZET: Mükelleflerin matrah takdiri için takdir komisyonlarına sevk edilmesi ve kendisine matrah, servet ve kıymet takdiri görevi verilmiş olan ve katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonlarınca takdir edilen matrah üzerinden cezalı tarhiyat yapılması mümkün değildir.

Danıştay 9. Daire E: 2013 / 6993 K:2013/8837

İstemin Özeti: Davacı adına, 2006 yılına ilişkin defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediinden bahisle vergi tekniği raporu done alınmak suretiyle takdir komisyonu kararına dayanılarak 2006/Haziran dönemi için resen tarh edilen katmadeğer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin 25.04.2013 tarihve E.2012/2880 K.2013/1248 sayılı kararının; dilekçede ileri sürülen sebeplerle bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimin Düşüncesi: Davacı adına, defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediğinden bahisle vergi tekniği raporu done alınmak suretiyle takdir komisyonu kararına dayanılarak dava konusu cezalı tarhiyat yapılmış ise de; mükelleflerin gerek sahte fatura kullanmaları gerekse defter ve belgelerini ibraz etmemeleri gibi durumlar, matrah takdirini gerektiren durumlar değil, katma değer vergisi indirim mekanizması içinde değerlendirilemse icabeden ve katma değer vergisi indirimlerinin reddini gerektiren durumlardır. Bu gibi hallerde, mükelleflerin matrah takdiri için takdir komisyonlarına sevk edilmesi ve kendisine matrah, servet ve kıymet takdiri görevi verilmiş olan ve katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonlarınca takdir edilen matrah üzerinden cezalı tarhiyat yapılması mümkün olmadığından davacı adına takdir komisyonu kararına istinaden yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığından, vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince dava dosyasının tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyierek işin gereği görüşüldü:

Davacının duruşma istemi 2577 Sayılı Kanun'un 17.maddesi uyarınca yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi;

Davacı adına, 2006 yılına ilişkin defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediğinden bahisle vergi tekniği raporu done alınmak suretiyle takdir komisyonu kararına dayanılarak 2006/Haziran dönemi için resentarh edilen katmadeğer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Re'sen Vergi Tarhı" başlıklı 30.maddesinde re'sen vergi tarhı, vergi matrahının tamamen vyea kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunması şeklinde tanımlanmış ve maddenin 6.bendinde; tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunursa, bu bir resen tarh nedeni olarak belirlenmiştir.

Aynı Kanunun "Takdir Kararı" başlıklı 31. maddesinde, takdir komisyonunca belli edilen matrah veya matrah kısmının takdir kararına bağlanılacağı belirtilmiş, "Komisyonlarnı Görevleri" başlıklı 74. maddesinin 'a' fıkrasının 1.bendinde, yetkili makamlar tarafından istenilen matrah ve servet takdirlerini yapmak; 2.bendinde ise vergi kanunlarında yazılı fiat, ücret veya sair matrah ve kıymetleri takdir etmek komisyonun görevleri olarak belirlenmiştir.

Bilindiği üzere, katma değer vergisi, mal ve hizmetlerin üretiminden tüketimine kadar geçen üretici, tüketici, yarı toptancı, perakendeci gibi her aşamada katılan değer üzerinden alınan, her aşamada matrahı katma değer olan ve sonunda tümü tüketici üzerine kalan bir vergi olup katma değer vergisini, diğer vergilerden ayıran en önemli özellik, vergi indirimi mekanizmasıdır. Mekanizmanın işleyişi, satışlar üzeinden hesaplanan katma değer vergisinden bu satışların girdilerine ilişkin olarak ödenen katma değer vergisinin indirilmesi esasına dayanmaktadır.Vergi mükellefi, katma değer vergisi sistemi içinde, aracı görevi yapar.Sattığı mal ve hizmetler üzerinden tahsil ettiği vergiden mal ve hizmet alışında ödediği vergiyi indirir, bakiyeisini devlete öder.Bu işlem her safhadaki mükellef tarafından tekrarlanmaktadır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. maddesinde de, katma değer vergisi indirim mekanizması düzenlemiş, 29. maddenin (a) bendinde; mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden kendilerine yapılan teslimve hizmetlerden

dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzere vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri belirtilmiş. Aynı Kanun'un 34. Maddesinin 1. bendinde yurtiçinden sağlanan veya ithal olunanmal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere, 3065 Sayılı Kanun'un 29. maddesine göre mükellefler kendilerine yapılan teslim ve hizmetler nedeniyle düzenlenen fatura ve benzeri vesikalardaki katma değer vergisini indirim konusu yapabilirler. Ancak, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin (B) bendinde ifade edildiği üzere vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.

Bu kuralın gereği olarak mükelleflerin Katma Değer Vergisi Kanunu'nun yukarıda sözü edilen 29.maddesi hükmünden yararlanailmelerinin ön şartı, fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, indirim konusu yapılacak verginini fatura veya benzeri belgeler ile gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmesi ve söz konusu belgelerin kanuni defterlere kaydedilmiş olmasıdır. Mükelleflerin yapmış oldukları katma değer vergisi indirimlerinin hukuka uygun olup olmadığını incelemek amacıyla defter ve belgelerin incelemeye ibrazının vergi dairesi tarafından istenilmesine rağmen ibraz edilmemesi durumunda ise, vergi dairesince, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kaununun 29. Ve 34.maddelerinde düzenlenen indirim şartlarının yerine getirilmediği kabul edilerek, indirim konusu vergilerin reddi ve resen vergi tarhiyatı yapılabileceği açıktır.

Bu kapsamda 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134.maddesinde, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak olduğu; aynı maddenin 2. Fıkrasında ise, incelemeye yetkili olanlar tarafından lüzum görüldüğü takdirde inceleme, işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin fiili envanterinin yapılmasına ve beyannamelerde gösterilmesi gereken unsurların tetkikine de teşmil edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 2006 yılına ilişkin defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediği gerekçesiyle 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca Takdir Komisyonu'na sevk edilerek vergi tekniği raporunda tespit edilen matrah üzerinden tarh edilen üç kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin davacıya tebliğ edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıdaki kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, mükelleflerin

defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemeleri durumunda 3065 Sayılı Kanun ile getirilen ve katma değer vergisine özgü bir mekanizma olan indirim mekanizmasından yararlanamayacakları, ancak defter ve belge ibraz etmeme durumunda 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. ve 34. maddelerinde düzenlenen katma değer vergisi indiriminden yararlanma şartlarının yerine getirilmediği hususunun ise, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134.maddesi uyarınca usulüne uygun olarak yapılacak vergi incelemesi sonucunda düzenlenecek vergi inceleme raporu ile tespit edilebilecek bir durum olduğu, zira burada tespit edilecek hususun, matrahın beyan edilmemesi veya eksik beyan edilmesi değil, mükelleflerin katma değer vergisi indirimi için Kanunun aradığı koşulları yerine getirip getirmediği olduğu, söz konusu koşulların yerine getirilmemesi durumunda ise vergi dairesince, mükellefin katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle hakkında tarhiyat yapılabileceği anlaşılmaktadır

Takdir komisyonlarının görevi; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca, yetkili makamlar tarafından istenilen matrah ve servet takdirlerini yapmak ile vergi kanunlarında yazılı fiat, ücret veya sair matrah ve kıymetleri takdir etmektir. 3065 Sayılı Yasa'da öngörülen indirim mekanizması ise, vergilendirme tekniği açısından matrah takdirinden farklı bir müessese olup mükelleflerin gerek sahte fatura kullanmaları gerekse defter ve belgelerini ibraz etmemeleri gibi durumlarda, matrah takdirini gerektiren bir husus bulunmaması nedeniyle, bu tür fiillerin, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. Ve 34.maddelerinde düzenlenen, indirim mekanizması içinde değerlendirilmesi suretiyle, katma deer vergisi indirimleri yönünden yapılacak vergi incelemesi ile bir sonuca bağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, bu gibi hallerde, mükelleflerin matrah takdiri için takdir komisyonlarına sevk edilmesi ve kendisine matrah, servet ve kıymet takdiri görevi verilmiş olan ve katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonlarınca takdir edilen matrah üzerinden cezalı tarhiyat yapılması mümkün değildir.

İdari işlem ve tasarruflarla kişilerin hukukunda haricen değişiklik yapma yetki ve imtiyazına sahip olan idarenin, bu yetkisini kullanırken öncelikle yetkinin kullanılmasına ilişkin şekil ve koşullarının belirlendiği usul kanunlarının kendi üzerine yüklediği görevler çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Zira Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu da idarenin işlem ve eylemlerini, hukuk kuralları çerçevesinde ve yine bu kuralların yüklediği görev ve yetki kapsamında yürütmesidir. Bu nedenle yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca, davacının defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinden bahisle takdir komisyonuna sevk edilmesi üzerine, katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan

takdir komisyonunca alınan karara istinaden davacı adına yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığından, vergi mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir…

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin 25.04.2013 tarih ve E.2012/2880 K.2013/1248 sayılı kararının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 24.10.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

YARGITAYA GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**
Ocak	12.81	1.14	8.89	11.11	5.33	5.22
Şubat	12.63	1.20	9.23	10.96	4.72	6.11
Mart	11.99	1.63	9.36	10.79	4.23	6.95
Nisan	10.65	2.52	9.17	10.72	3.74	7.89
Mayıs	8.96	3.50	9.21	10.57	3.27	8.66
Haziran	7.34	4.30	9.42	10.24	3.18	
Temmuz	5.47	5.33	9.59	9.88	3.23	
Ağustos	4.19	6.18	9.76	9.33	3.39	
Eylül	3.22	6.89	10.03	8.60	3.58	
Ekim	2.20	7.71	10.26	7.80	3.93	
Kasım	1.37	8.27	10.72	6.98	4.10	
Aralık	1.23	8.52	11.09	6.09	4.48	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
Ocak	0.58	2.36	0.38	0.18	3.32	1.85	0.41	0.56	1.65	1.98
Şubat	1.66	1.72	-0.09	0.13	1.38	1.45	0.73	0.56	0.30	0.43
Mart	1.94	1.22	0.36	0.81	0.74	0.58	0.42	0.41	0.66	1.13
Nisan	2.35	0.61	0.08	-0.51	0.09	0.60	0.87	1.52	0.42	1.34
Mayıs	-1.15	0.15	0.53	1.00	-0.52	-0.36	2.42	-0.21	0.15	0.40
Haziran	-0.50	0.01	-1.49	1.46		-0.56	-1.43	-0.90	0.76	
Temmuz	-0.16	-0.03	-0.31	0.99		-0.48	-0.41	-0.23	0.31	
Ağustos	1.15	1.76	0.26	0.04		0.40	0.73	0.56	-0.10	
Eylül	0.51	1.55	1.03	0.88		1.23	0.75	1.03	0.77	
Ekim	1.21	1.60	0.17	0.69		1.83	3.27	1.96	1.80	
Kasım	-0.31	0,65	1.66	0.62		0.03	1,73	0.38	0.01	
Aralık	1.31	1.00	0.12	1.11		-0.30	0.58	0.38	0.46	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
Ocak	0.58	2.36	0.38	1.88	3.32	1.85	0.41	0.56	1.65	1.98
Şubat	2.25	4.13	0.29	0.31	4.75	3.32	1.14	1.13	1.95	2.41
Mart	4.24	5.40	0.65	0.50	5.52	3.93	1.57	1.55	2.63	3.57
Nisan	6.69	6.04	0.73	-0.01	5.61	4.55	2.45	3.09	3.06	4.96
Mayıs	5.47	6.20	1.27	0.99	5.06	4.17	4.93	2.87	3.21	5.38
Haziran	4.93	6.21	-0.24	2.46		3.59	3.43	1.95	4.00	
Temmuz	4.77	6.18	-0.56	3.48		3.09	3.00	1.71	4.32	
Ağustos	5.98	8.05	-0.30	3.52		3.50	3.75	2.28	4.21	
Eylül	6.52	9.72	0.72	4.43		4.77	4.53	-3.34	5.01	
Ekim	7.80	11.48	0.90	5.15		6.69	7.95	5.36	6.90	
Kasım	7.47	12.20	2.58	5.80		6.72	9.82	5.76	6.91	
Aralık	8.87	13.33	2.45	6.97		6.40	10.45	6.16	7.40	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
Ocak	6.30	10.80	11.13	1.88	10.72	8.19	4.90	10.61	7.31	7.75
Şubat	6.82	10.87	9.15	1.84	12.40	10.13	4.16	10.43	7.63	7.89
Mart	8.58	10.08	8.22	2.30	12.31	9.56	3.99	10.43	7.29	8.39
Nisan	10.42	8.21	7.65	1.70	12.98	10.19	4.26	11.14	6.13	9.38
Mayıs	9.21	9.63	8.06	2.17	11.28	9.10	7.17	8.28	6.51	9.66
Haziran	7.64	10.19	6.44	5.23		8.37	6.24	8.87	8.30	
Temmuz	8.24	10.34	6.13	6.61		7.58	6.31	9.07	8.88	
Ağustos	9.03	11.00	4.56	6.38		8.33	6.65	8.88	8.17	
Eylül	8.91	12.15	4.03	6.23		9.24	6.15	9.19	7.88	
Ekim	9.92	12.58	2.57	6.77		8.62	7.66	7.80	7.71	
Kasım	8.17	13,67	3.60	5.67		7.29	9,48	6.37	7.32	
Aralık	8.87	13.33	2.45	6.97		6.40	10.45	6.16	7.40	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	**ÜFE**					**TÜFE**				
	2010	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**
Ocak	1.14	8.89	11.11	5.33	5.22	6.16	8.28	6.95	8.62	7.53
Şubat	1.20	9.23	10.96	4.72	6.11	6.38	7.76	7.48	8.33	7.60
Mart	1.63	9.36	10.79	4.23	6.95	6.53	7.29	8.02	8.08	7.70
Nisan	2.52	9.17	10.72	3.74	7.89	6.87	6.79	8.59	7.66	7.97
Mayıs	3.50	9.21	10.57	3.27	8.66	7.20	6.64	8.68	7.51	8.23
Haziran	4.30	9.42	10.24	3.18		7.41	6.47	8.89	7.47	
Temmuz	5.33	9.59	9.88	3.23		7.59	6.37	9.11	7.47	
Ağustos	6.18	9.76	9.33	3.39		7.83	6.24	9.29	7.42	
Eylül	6.89	10.03	8.65	3.58		8.16	6.00	9.53	7.32	
Ekim	7.71	10.26	7.80	3.93		8.45	5.93	9.53	7.32	
Kasım	8.27	10.72	6.98	4.10		8.59	6.13	9.26	7.39	
Aralık	8.52	11.09	6.09	4.48		8.57	6.47	8.89	7.49	

Tablolar Açıklaması:

Ekli faiz tablosunda 25 Ocak 2014 tarihli güncelleme yapılmıştır.

Sürelerle ilgili diğer tablolarda da 25 Ocak 2014 tarihli güncelleme yapılmıştır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Tüketici mahkemeleri ile Tüketici Hakem heyetleri arasında görev sınırı belirlememiş, bununla birlikte Tüketici Hakem heyetleri için kesinlik sınırı belirlemiş idi. Tüketici hakem heyetleri kesinlik sınırı üzerinde de dava kabul ediyor idi ve kesinlik sınırı üzerindeki kararları sadece delil niteliğinde sayılıyor idi.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise, İl ve İlçe Tüketici Hakem heyetleri için görev sınırı getirmiştir. Buna göre 2014 yılı için 3000TL'den aşağı olan uyuşmazlıklar il hakem heyetlerinde, ilçede Hakem Heyeti var ise 2000TL'den aşağı olan uyuşmazlıklar ilçe hakem heyetlerinde görülecektir. Büyükşehir olan illerde ise 2000TL ile 3000TL arası uyuşmazlıklar İl Hakem heyetlerinde görülecektir. Parasal sınırlar, her yıl için, bir önceki yılın kasım ayında ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre yeniden belirlenecek, ancak on lirayı aşmayan küsurlar dikkate alınmayacaktır.

6502 Sayılı Kanun, görev sınırı belirlemekle birlikte kesinlik sınırı belirlememiştir, tüm Tüketici Hakem Heyeti kararlarının ilam niteliğinde olduğunu düzenlemiştir.

Buradaki veriler bilgi amaçlı olup, olası yanlışlıklardan dolayı sorumluluk kabul edilmez.

28.05.2014	BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER								Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Av. Celil ÇELİK
MAHKEME	**Cevap**	**Bilirkişi Raporuna İtiraz**	**İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz**	**Temyiz**			**Tashih –i Karar**		**Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararları Temyizi**
				Tefhim	**Tebliğ**	**Cevap**	**Tebliğ**	**Cevap**	
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	15	10	15	15	7
SULH (Basit Yargılama Usulüne tabi davalar)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	8	10	15	15	7
İŞ	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	8	8	10	---	---	7
İCRA - Hukuk	2 Hafta	2 Hafta	---	10	10	10	10	10	7
İCRA - Ceza	Duruşma	2 Hafta	---	7	7	---	---	---	1 Hafta
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	2 Hafta	---	1 Hafta	1 Hafta	---	1 Ay (C.Sav.)	---	1 Hafta
İDARİ YARGI (İdare Vergi)	30	2 Hafta	7	---	30	30	15	30	7

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINSIRLAR						
YILLAR	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Hukuk Mahkemeleri / Temyiz / Kesinlik 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427. maddesinin 2. fıkrası. Fıkranın ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 1.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2 ve m.3, 6100 geçici m.3, 5521 geçici m.1	1.400,00	1.430,00	1.540,00	1.690,00	1.820,00	1.890,00
Murafaa 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 438. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 10.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	14.200,00	14.510,00	15.620,00	17.220,00	18.560,00	19.280,00
Tashih -i Karar 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 440. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 6000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	8.510,00	8.690,00	9.350,00	10.300,00	11.100,00	11.530,00
İcra Mahkemeleri / Temyiz / Kesinlik 2004 sayılı kanunun 5311 sayılı kanunla ilga edilen 363. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı kanunun 101. maddesiyle sınır (2003 yılı için) 2000TL idi. Aynı tarihte yürürlüğe giren aynı kanunun 102. maddesi (2004 ek m.1) de, bu oranın 2003 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 2004 geçici m.7	4.030,00	4.110,00	4.420,00	4.870,00	5.240,00	5.440,00

Tablonun devamı

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINIRLAR							
YILLAR		2009	2010	2011	2012	2013	2014
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme, İtiraz/Temyiz ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		7.630,00	7.790,00	8.380,00	9.230,00 05.07.2012'den sonra 25.000,00	26.950,00	28.000,00
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı veya delil olmasına ilişkin sınır 4077 m.22		936,97	938,75	1.031,87	1.161,67	1.191,52	1.272,19
Görev – Büyükşehirlerde Tüketici İl veya İlçe Hakem Heyetleri Tük. Sor. Hak. Yön. m.5		2.446,03	2.450,67	2.693,78	3.032,65	3.110,58	3.321,17
Senetle / Tanıkla İspat 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		540,00	550,00	590,00 01.10.2011'den sonra 2.500,00	2.500,00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı **İlk altı ay ve Son altı ay**		2.260,05 2.365,16	2.427,04 2.517,01	2.623,23 2.731,85	2.917,27 3.033,98	3.129,25 3.254,44	3.429,44
Görev - Sulh / Asliye 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4		7.080,00	7.230,00	7.780,00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.
Ceza Mahkemeleri para cezaları **Temyiz / Kesinlik sınırı** 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararı, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi,	Beraat>	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00
	Mahkûmiyet>	2.000,00	2.000,00 07.10.2010'den sonra Sınır yok	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi İtiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27		2.000,00	2.000,00	2.000,00 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00	3.000,00

01.01.2014		BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SÜRELER								Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü
MAHKEME	**Cevap / Cevaba Cevap / İkinci Cevap**	**Bilirkişi Raporuna İtiraz**	**İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz**	**İstinaf**			**Temyiz**			**İstinaf veya İtiraz veya Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararı Temyizi**
				Tef-him	**Tebliğ**	**Cevap**	**Tef-him**	**Tebliğ**	**Cevap**	
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
SULH (Basit Yargılama Usulüne tabi davalar)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İŞ	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	8	8	2 Hafta	---	8	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Hukuk	2 Hafta	2 Hafta	---	10	10	---	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Ceza	Duruşma	Duruşma	---	7	7	---	---	7	7	7
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	Duruşma	---	7	7	7	7 (5271 m.291 f.2)	7	7	7
İDARİ YARGI (İdare, Vergi)	30	2 Hafta	7	**İtiraz veya Temyiz**			**Tashih –i Karar**			7
				---	30	30	---	15	30	

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR						
YILLAR	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Hukuk Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik 1086 mülga m.426A ve ek m.4, 6100 m.341	1.400,00	1.430,00	1.540,00 01.10.2011'den sonra 1.500,00	1.500,00	1.500,00	1.500,00
Hukuk Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik 1086 mülga m.428 ve ek m.4, 6100 m.362	7.080,00	7.230,00	7.780,00 01.10.2011'den sonra 25.000,00	25.000,00	25.000,00	25.000,00
Temyizde Duruşma 1086 mülga m.438 ve Ek m.4, 6100 m.369	14.200,00	14.510,00	15.620,00 01.10.2011'den sonra 60.000,00	60.000,00	60.000,00	60.000,00
İcra Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik 2004 m.363 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 24. maddesiyle istinaf sınırı (2005 yılı için) 1.000TL olarak belirlenmiştir.	1.400,00	1.430,00	1.540,00	1.690,00	1.820,00	1.890,00
İcra Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik 2004 m.364 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 25. maddesiyle temyiz sınırı (2005 yılı için) 10.000TL olarak belirlenmiştir.	14.200,00	14.510,00	15.620,00	17.220,00	18.560,00	19.280,00
İş Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik (5521 m.8)	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00
İş Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik (5521 m.8)	5.000,00	5.000,00	5.000,00	5.000,00	5.000,00	5.000,00

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR							
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme, İtiraz/Temyiz ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		7.630,00	7.790,00	8.380,00	9.230,00 05.07.2012'den sonra 25.000,00	26.950,00	28.000,00
İlçe Tüketici Hakem Heyeti Görev sınırı (6502 m.68)		936,97	938,75	1.031,87	1.161,67	1.191,52	1.272,19 28.05.2014 sonrası < 2.000,00
İl Tüketici Hakem Heyeti Görev sınırı (6502 m.68)		2.446,03	2.450,67	2.693,78	3.032,65	3.110,58	3.321,17 28.05.2014 sonrası < 3.000,00
Senetle / Tanıkla İspat 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		540,00	550,00	590,00 01.10.2011'den sonra 2.500,00	2.500,00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı İlk altı ay ve Son altı ay		2.260,05 2.365,16	2.427,04 2.517,01	2.623,23 2.731,85	2.917,27 3.033,98	3.129,25 3.254,44	3.429,44
Görev - Sulh / Asliye 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4		7.080,00	7.230,00	7.780,00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.
Ceza Mahkemeleri para cezaları İstinaf / Kesinlik sınırı 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararı, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi, 5271 m.272	Beraat>	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00 Bölge Adliye mahkemeleri kurulduğunda 500 gün
	Mahkûmiyet>	2.000,00	2.000,00	2.000,00 07.10.2010'den sonra Sınır yok	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi İtiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27		2.000,00	2.000,00	2.000,00	2.000,00 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00

6100 ve 5521 sayılı kanunlarda parasal sınırların arttırılacağı yönünde bir düzenleme olmadığından bu kanunlardaki sınırlar yürürlük tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır. 1086, 2004, 2576, 2577 ve 6502 sayılı kanunlardaki sınırlar ise, her yıl için bir önceki yılın kasım ayında ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre yeniden belirlenir. On lirayı aşmayan küsurlar dikkate alınmaz.

28.05.2014	FAİZ TABLOSU	Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Av. Celil ÇELİK

Faizler, oran açısından **"Yasal Faiz"** ve **"Akdi Faiz"** olmak üzere ikiye ayrılırlar. Yasal faiz oranları, her alacağın mahiyetine göre mevzuatın belirlediği oranlardır. (6098 m.88 f.1, 3095 m.4, 6098 m.120 f.1, 6102 m.9) Mahiyeti açık olmayan alacaklarda faiz oranı kanuni (adi) faize göre belirlenir. (Örneğin 2004 m.118) Akdi faiz oranı ise sözleşmeyle belirlenir. Faizler, tür olarak ise **"Anapara faizi"** ve **"Temerrüt Faizi"** olmak üzere ikiye ayrılırlar. Anapara faizi, borçlu henüz temerrüde düşmeden ödenmesi gereken faizdir. Sözleşme uyarınca alacaklıya ait paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüş ise anapara faizinden söz edilir. (Örneğin 6098 m.193 b.1, m.217 f.1 b.1, m.234, m.229 f.1 b.1, m.387 f.2, m.529 f.1, m.538 f.1, m.627 f.2, 6102 m.20) Anapara faizi, genellikle kredili, taksitli, vadeli vs. sözleşmelerde vade farkı adı altında alınır. Borçlu temerrüde düştüğünde ise ayrıca temerrüt faizi alınır. Anapara faizi temerrüt halinde anapara halini alır ve dolayısıyla temerrüt halinde anapara sayılan anapara faizi üzerinden ayrıca temerrüt faizi işletilir. Gerek anapara faizi ve gerek temerrüt faizi sürecinde, işleyen faizin belirli bir süre sonra anaparaya katılacağı ve oluşan yeni anapara üzerinden faiz işletilmesine devam edileceği kararlaştırılamaz. (3095 m.3, 6098 m.121 ve m.388 f.3) Sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa bile faize faiz işletilmesi geçersizdir. İstisna olarak cari hesap sözleşmelerinde ve ayrıca iki tarafın tacir olduğu ödünç (karz) sözleşmelerinde sadece anapara sürecinde üç aydan aşağı olmamak üzere faize faiz işletilmesi kararlaştırılabilir. (6102 m.8 f.2) Faiz başlangıcı temerrüt tarihi olan alacaklarda temerrütten önceki döneme ilişkin faiz işletilemez.

Türk Borçlar kanununa ve Türk Ticaret Kanunu'na göre gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda ödenmesi gereken anapara faizlerinde kanuni (adi) faiz oranı uygulanır. (3095 m.1, 6098 m.88 f.1, 6102 m.9) Temerrüt faizi ise alacağın mahiyetine göre belirlenir. Adi alacaklarda kanuni (adi) faiz oranı, ticari alacaklarda ise ticari faiz oranı temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.2 f1 ve f.2, 6102 m.9) Diğer alacaklarda ise ilgili mevzuatın belirlediği oranlar temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.4, 6098 m.120 f.1)

Anapara faizi oranı ile temerrüt faizi oranı sözleşmeyle farklı oranlarda belirlenebilir. Adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen akdi anapara faizi oranı kanuni (adi) faiz oranının %50 fazlasını aşamaz, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi oranı ise kanuni (adi) faiz oranının %100 fazlasını aşamaz. (6098 m.88 f.2, 6098 m.120 f.2) Kanuni faizin %9 olarak uygulandığı günümüzde adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen anapara faizi (%9x1,5) %13,3 oranını, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi ise (%9x2) %18 oranını aşamaz. Ticari işlerde ise gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.8 f.1) Taraflardan biri için ticari iş sayılan sözleşmelerde

de gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.19 b.2) Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır. (6102 m.8 f.3) Yabancı para gibi diğer alacak türlerinde mevzuatta bir sınırlama bulunmamaktadır.

Alıcının tüketici sayıldığı ve satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılan taksitli sözleşmelerde; anapara faizi kanuni (adi) faizin en fazla %50 fazlası, temerrüt faizi ise yasaya göre uygulanan veya sözleşmeyle belirlenen anapara faizinin en fazla %30 fazlası olarak kararlaştırılabilir. (6098 m.253). Yıllık anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlendiğinde, yıllık temerrüt faizi oranı da en fazla (%13,5x1,3) %17,55 olarak belirlenebilir. Tüketiciye yönelik peşin satımlarda temerrüt halinde %30 sınırlaması uygulanmaz. Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde ise bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce tüketiciye bildirilmesi zorunludur. (6502 m.25) Kredi kartları faizinde 5464 sayılı kanun uygulanır. (5464 m.26 f.6) Konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit veya değişken olarak ya da aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde oran tarafların rızası dışında değiştirilemez. Oranın değişken olarak belirlenmesi hâlinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı baz alınarak değiştirilebilir. Bu amaçlarla kullanılabilecek referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir. (6502 m.36)

Sözleşmede anapara faizi oranı belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise ve anapara faizi oranı da mevzuatın alacak için düzenlediği temerrüt faizi oranından fazla ise, bu durumda anapara faizi oranı temerrüt faizi oranı olarak da uygulanır. (3095 m.2 f.3, 6098 m.120 f.3) Örneğin adi bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık %9 değil %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi kanuni (adi) faizden yüksektir. Ticari bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık ticari temerrüt faizi oranı olan %11,75 değil anapara faizi olarak kararlaştırılan %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi oranı normalde uygulanması gereken ticari faiz oranından yüksektir.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
AZAMİ MEVDUAT FAİZİ 4857 m. 34, 1475 m.14	**Kıdem tazminatı**: Kıdem tazminatı alacağının tümü için fesih tarihi–10 yıl–Fesih tarihi / **Fazla mesai ücreti:** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl–İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Bayram ve Genel tatil ücreti:** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih / **Hafta tatili:** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih / **Aylık Ücret:** Her aylık ücret için ay sonu–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih / **İkramiye, yol, yemek vs. gibi yardımlar:** Her yardım için yardım tarihi–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İlgili alacaklarda bankaların açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Alacaklı, hangi bankanın mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunlu değildir. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranlarını uygulamaktadırlar. Geçekte Merkez Bankasının web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranları, bankaların fiilen uyguladığı oranlar değillerdir, bankalarca uyulması gereken azami sınırlardır. Faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği bankalardan fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Faiz başlangıç tarihi esas alınarak birer yıllık devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin mayıs ayının on sekizi ise oluşturulan tüm yıllık devirlerin başlangıç tarihi de her mayıs ayının on sekizi olur. Her bir devirde devir başlangıç tarihinde bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi oranı, asıl alacağa devir sonuna dek uygulanır. Devir başlangıç tarihlerinin tekabül etmediği ara dönemlerde mevduat faizi oranlarındaki artışlar veya azalmalar dikkate alınmazlar. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç devir geçtiği ve her devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve devre ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek mevduat faizi veren bankadan sorulur. **TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları:** 02.06.2009-04.10.2010 % 23 05.10.2010-13.10.2010 % 20 14.10.2010-20.10.2010 % 19 21.10.2010-13.01.2011 % 18 14.01.2011-20.04.2011 % 17 21.04.2011- % 18
AZAMİ İŞLETME KREDİSİ FAİZİ 2822 m.61	Kanuni işçilik alacakları dışında kalıp Toplu iş sözleşmesinden kaynaklı ilave ayni ve nakdi alacaklar için uygulanır. Örneğin asgari ücret miktarı için azami mevduat faizi, asgari ücreti geçen miktar için azami işletme kredisi faizi uygulanır. Örneğin fazla çalışma ücretlerinin %50'ye kadar olan miktarına azami mevduat faizi, %50'yi aşan miktarlarına işletme kredisi faizi uygulanır. Zamanaşımı başlangıcı, zamanaşımı süresi ve faiz başlangıç tarihi normal işçi alacaklarında olduğu gibidir. **İşçi sendikası aidatı** Her ay aidatı için ayrı olarak her ay sonu–5 yıl–Toplu sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İşletme kredisi veren bankalarının işletme kredilerinde temerrüt tarihi itibarıyla uyguladığı YILLIK en yüksek faiz oranı uygulanır. Faiz oranı dava konusu yapıldığı takdirde, tarafların bildirdiği bankalardan faiz başlangıç tarihinde uygulanan yıllık en yüksek işletme kredisi faiz oranları sorulur. Kanun bankaların kamu bankası olmasını zorunlu kılmamıştır. Ancak bankaların Türkiye Halk Bankası, Sınai Kalkınma Bankası, Türkiye Kalkınma bankası gibi işletme kredisi veren kamu bankaları olması gerektiği şeklinde Yargıtay içtihatları vardır. Merkez bankasından sorulması gerektiğini söyleyen Yargıtay kararları da bulunmaktadır. (Yargıtay 9. E:1998/3831 K:1998/3093 T:03.03.1998)	Azami mevduat faizi gibi hesaplanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek işletme kredisi faizi veren bankadan sorulur.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KAMU FAİZİ 6183 m.51, Anayasa m.46/ son	Vergi, resim, harç, prim, aidat vs. tüm kamu alacakları Tahakkuk tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilmesine rağmen vade tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde işlem yapılmayan alacaklar zamanaşımına uğrar. (213 sayılı kanun m.114, 6183 sayılı kanun m.102) Tahakkuk veya Vade tarihi–5 yıl–Vade tarihi **Kamulaştırma bedeli** Mülkiyetin idareye devri tarihi–10 yıl–Mülkiyetin idareye devri tarihi	6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında kanunun 51. maddesi uyarınca kamu alacakları ile Anayasanın 46/ son fıkrasına göre kamulaştırma alacaklarına uygulanacak olan gecikme zammı oranları Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK oran üzerinden AYLIK faiz hesaplanır. Ay kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Geçen her aya uygulanacak faiz oranı, ayın içinde bulunduğu döneme göre belirlenir. Faiz başlangıç tarihi esas alınarak AYLIK devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin ayın on sekizi ise oluşturulan tüm aylık devirlerin başlangıç tarihi de her ayın on sekizi olur. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç aylık devir geçtiği ve geçen her aylık devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve aya ait AYLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her aylık devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	**Dönemler Ve AYLIK Oranlar** 09.07.1998-20.01.2000 % 12 21.01.2000-01.12.2002 % 6 02.12.2000-28.03.2001 % 5 29.03.2001-30.01.2002 % 10 31.01.2002-11.11.2003 % 7 12.11.2003-01.03.2005 % 4 02.03.2005-20.04.2006 % 3 21.04.2006-18.11.2009 % 2,5 19.11.2009-19.10.2010 % 1,95 19.10.2010- % 1,4
TECİL FAİZİ 2577 m.28 f.6, 213 m.112 f.4, 6183 m.48	Vergi, resim, ikmalen tarhiyata dayanan tapu harçları, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı, tecile konu olan kamu alacaklarıdır. (213 m.112 f.4, 6183 m.48 Tam yargı ve vergi davalarında hükmedilen meblağın idarece hak sahibine geç ödenmesi durumunda da tecil faizi uygulanır. (2577 m.28 f.6,)	Tecil faizi oranları Maliye bakanlığı tarafından yıllık oran olarak belirlenmektedir.	Tecil edilecek alacak miktarı ve vade tarihi belirlenir. Daha sonra alacağın kaç takside bölüneceği ve her bir taksitin ödeme tarihi belirlenir. Her taksit için vadeden itibaren ödeme tarihine dek kaç DÖNEM geçtiği ve her bir dönemde de kaç GÜN geçtiği bulunur. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 28.04.2006-20.11.2009 % 24 21.11.2009-20.10.2010 % 19 21.10.2010- % 12
YABANCI PARA FAİZİ 3095 m.4a	Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih (İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirlere göre hesap yapılmalıdır. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır. (Yargıtay 12. HD, E:2006/12270 K:2006/15287 T:11.07.2006)	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

AYLIK ORAN ÜZERİNDEN AYLIK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Ay Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 100 AYLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 3000

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KANUNİ (ADİ) FAİZ **3095 m.1**	**Adi alacak sözleşmeleri** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **İhbar tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Yıllık izin ücreti** Yıllık izin ücreti alacağının tümü için fesih tarihi –5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Haksız fiil maddi ve manevi tazminat** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Tam yargı davası** Hizmet kusurunu öğrenme tarihi–1 yıl ve her durumda 5 yıl–Temerrüt tarihi **İşveren kötü niyet tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Sebepsiz zenginleşme** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda zenginleşme tarihinden itibaren 10 yıl–Zenginleşme tarihi (Zenginleşen iyi niyetli ise faiz başlangıcı borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihtir) **Gazeteci ve Denizci kıdem tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl–Temerrüt tarihi **İş kazası maddi ve manevi tazminat** Kaza tarihi–10 yıl–Kaza tarihi **Kira ve Ecrimisil** Her ay için ayrı olarak ay sonu–5 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Kamu zararı alacağı** Zarar tarihini takip eden yılın başı–10 yıl–Zarar tarihi **Tüketiciye yönelik satış dolayısıyla satıcının alacağı** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–5 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	29.04.1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesi, yıllık faiz oranını %5 olarak belirlemiştir. 22 mart 1303 tarihli Mürabaha nizamnamesi de, adi alacaklarda sözleşmeyle yıllık faiz oranının %9'a kadar artırılabileceğini düzenlemiştir. 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3095 sayılı yasanın 5. maddesi, Borçlar kanununda ve Ticaret kanununda faiz oranlarını düzenleyen hükümleri ve ayrıca Mürabaha nizamnamesini yürürlükten kaldırmış, aynı yasanın 1. maddesi ise, kanuni faiz oranını %30 olarak belirlemiş, ancak Bakanlar Kuruluna bu oranı yüzde seksenine kadar artırma veya indirme yetkisi de vermiştir. 1997/9807 sayılı bakanlar kurulu kararı ile 01.01.1998-31.12.1999 dönemi kanuni faiz oranı %50 olarak uygulanmıştır. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 18.12.1999 tarihli 4489 sayılı yasanın 1. maddesi ile değiştirilmiş, buna göre Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı Reeskont oranı, sonraki yıl için kanuni faiz oranı olarak belirlenmiştir. 30 Haziran günü uygulanan reeskont oranı eğer önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan az veya fazla ise, bu durumda yıl iki döneme bölünmüş, yılın ikinci yarısında 30 haziran tarihindeki reeskont oranı geçerli olmuştur. Reeskont oranının uygulandığı süreçte yıllık veya yarım yıllık dönemler söz konusu olmuştur. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 5335 sayılı yasanın 14. maddesi ile 30.04.2005 tarihinden geçerli olmak üzere tekrar değiştirilmiş, 01.05.2005 tarihinden itibaren uygulanmak üzere kanuni faiz oranı yıllık % 12 olarak belirlenmiş, Bakanlar kurulu da bu oranı yüzde onuna kadar indirmeye veya iki katına çıkarmaya veya kanuni faiz oranını aylık olarak belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bu tarihten itibaren artık reeskont oranı dikkate alınmamıştır. 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2006 tarihinden itibaren kanuni faiz oranı yıllık %9 olarak belirlenmiştir.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Faiz başlangıç tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönem için ayrı faiz hesaplanmalıdır. Faiz başlangıç tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönemde kaç gün gecikme olduğu belirlenir, daha sonra döneme ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur, daha sonra her dönem için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır. Yıllık oran üzerinden günlük faiz hesaplanırken yılın 360 gün ya da 365 gün olarak kabul edilmesi konusunda birbirinden farklı kararlar bulunmaktadır. Genel teamülde bir ayın 30 gün kabul edilmesi yılın 360 gün kabul edilmesini gerektirmiştir. Yılın 360 gün kabul edilmesi halinde aşağıdaki formülde 36500 (365 x 100) olan paydanın 36000 (360 x 100) yapılması gerekmektedir.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 29.04.1926-19.12.1984 % 5 19.12.1984-31.12.1997 % 30 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 % 60 01.07.2002-30.06.2003 % 55 01.07.2003-31.12.2003 % 50 01.01.2004-30.06.2004 % 43 01.07.2004-30.04.2005 % 38 01.05.2005-31.12.2005 % 12 01.01.2006- % 9

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TİCARİ TEMERRÜT FAİZİ **3095 m.2/2**	**Aksi bir oran kararlaştırılmadığı sürece tüm ticari işlerde; temerrütten önce anapara faizi ödenmesi gerekiyor ise kanuni faiz oranı, temerrüt halinde ise ticari faiz oranı uygulanır.** **Ticari sözleşmeler** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl (inşaat ve imalat işleri gibi bazı sözleşmelerde 5 yıl)–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Tacirin sebepsiz zenginleşmesi** Örneğin bankanın sözleşme olmaksızın müşteri hesabından kesinti yapması, tacirin sebepsiz zenginleşmesi sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda işlem tarihinden itibaren 10 yıl–İşlem tarihi **Tacirin ticari işine veya ticari itibarına yönelik haksız fiiller** **Örneğin kaçak elektrik kullanma, tacire karşı haksız fiil sayılır.** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe)** Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi **Fikri haklar** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Tüketicinin iade alacağı** **(Yargıtay 18.HD E:2010/19122 K:2011/11578 T:18.07.2011)** Ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–2 yıl–Temerrüt tarihi Konutta ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–5 yıl–Temerrüt tarihi Ayıplı mal ve hizmetten zarar tarihi–3 yıl ve 10 yıl–Temerrüt tarihi	6762 sayılı Türk Ticaret kanunun 9. maddesi, ticari faiz oranının belirlenmesinde 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesine atıf yapmıştır. 3095 sayılı kanunun 1. maddesi, kanuni faiz olarak belirlenen sabit oranın gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda uygulanacağını, ancak reeskont oranının kanuni faiz oranından yüksek olması halinde ticari faiz oranının reeskont oranına göre belirleneceğini düzenlenmiş idi. Aynı kanunun 2. maddesinde 4489 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, artık reeskont oranının kanuni (adi) faiz oranı sayılacağı, dolayısıyla reeskont oranının hem adi alacaklarda ve ticari alacaklarda uygulanacağı, ancak avans faiz oranının reeskont (kanuni) faiz oranından fazla olması durumunda avans faiz oranının ticari faiz oranı olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. 5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ise sadece kanuni faiz oranının belirlenmesinde reeskont oranından vazgeçilmiştir, 4489 sayılı kanunun ticari faize ilişkin getirdiği hükümler halen yürürlüktedir. Ticari faiz uygulamalarında dönemler ve oranlar YILLIK veya YARIM YILLIK olarak belirlenir. Merkez Bankasının yayınladığı avans faizi oranlarına 31 Aralık ve 30 Haziran günü bakılır. Avans faiz oranı kanuni faiz oranından fazla ise, bu durumda Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü uyguladığı avans faiz oranı sonraki yıl için ticari faiz oranı olarak uygulanır. 30 Haziran tarihinde uygulanan avans faiz oranı bir önceki yılın 31 aralık tarihinde uygulanan avans faiz oranından 5 puan altta veya üstte ise, bu durumda yıl iki döneme bölünür, 1 temmuz-31 aralık dönemi için 30 hazirandaki avans faiz oranı uygulanır.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır. Ticari Faiz tabiri, 4489 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin kanunun 1/1. maddesine göre belirlenecek yasal faiz oranını ifade etmekteydi. (Yargıtay HGK E:1997/11-278 K:1997/529 T:11.6.1997) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden önce dava dilekçesinde ticari faiz talep edilmiş ancak oran belirtilmemiş ise mahkemece kanuni (adi) faize hükmedilirdi. Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra ise, ticari faiz tabiri, 3095 sayılı kanunun 2/2. maddesinde açıklanan avans faiz oranını ifade etmektedir. (Yargıtay 11.HD, E:2004/2192 K:2004/3206 T:29.03.2004) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra dava dilekçesinde ticari faiz talep edildiği takdirde oran belirtilmese bile mahkemece ticari avans faizine hükmedilmektedir.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 19.12.1984-31.12.1997 % 30 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 %70 01.07.2002-30.06.2003 %64 01.07.2003-31.12.2003 %57 01.01.2004-30.06.2004 %48 01.07.2004-30.04.2005 % 42 01.05.2005-30.06.2005 % 42 01.07.2005-31.12.2005 % 30 01.01.2006-31.12.2006 % 25 01.01.2007-31.12.2007 % 29 01.01.2008-30.06.2009 % 27 01.07.2009-31.12.2009 % 19 01.01.2010-31.12.2010 % 16 01.01.2011-31.12.2011 % 15 01.01.2012-31.12.2012 % 17,75 01.01.2013-31.12.2013 % 13,75 01.01.2014- % 11,75

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TEDARİK TEMERRÜT FAİZİ **6102 m.1530**	Ticari sözleşmeler Sözleşmede ödeme günü tayin edilmiş ise zamanaşımı ve faiz başlangıcı bu tarihtir. Sözleşmede ödeme günü belirlenmemiş ise; teslimden önce fatura gönderilmiş ise teslimden itibaren, teslimden sonra fatura gönderilmiş ise faturanın alındığı tarihten itibaren, faturanın alım tarihi belli değil ise teslim tarihinden itibaren, kabul veya gözden geçirme usulü olan hallerde kabul veya gözden geçirmeden önce fatura gönderilmiş ise kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 30 günlük sürenin sonu, zamanaşımı ve faiz başlangıcıdır Burada bahsedilen 30 günlük süreler yerine sözleşmeyle daha uzun süreler kararlaştırılabilir. Ancak alacaklı küçük ölçekli işletme (KOBİ) ise veya alacaklı tarım veya hayvan üreticisi ise veya borçlu büyük ölçekli işletme ise, teslim tarihinden veya faturanın alındığı tarihten veya gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren 60 günlük süreden daha uzun süreler sözleşmeyle kararlaştırılamaz. Zamanaşımı 10 yıldır.	Ticari işletmeler arası mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan ve iki tarafın tacir olduğu ticari işlemlerde kanundan veya sözleşmeden kaynaklı borcu ödemede temerrüde düşen borçlunun ödeyeceği en düşük ticari faiz oranı, normal ticari temerrüt faizi oranından en az %8 fazla olmak koşuluyla Merkez bankası tarafından belirlenir. Merkez bankası, alacağın tahsili masrafları için asgari giderim tutarını da belirlemektedir. (6102 m.1530/7)	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 01.01.2013-31.12.2013 % 15 01.01.2014- %12,75
BİNA GENEL GİDER FAİZİ **634 m.20**	Bina aidatı Her ay aidatı için ayrı olarak her aybaşı–5 yıl–Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Aidat şeklinde olmayıp bir kerede ödenmesi karar altına alınan bina ortak giderinde kanuni faiz uygulanır. Karar tarihi–10 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	02.01.1965 tarihinde yürürlüğe giren 634 sayılı kat mülkiyeti kanunun 20. maddesi, kat maliklerinin ortak giderlere katılımını düzenlemiştir. Ödemenin gecikmesi halinde genel hükümlere göre kanuni faiz uygulanmakta idi. Aynı kanunun 20. maddesinde 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı kanunla değişiklik yapılmış ve ödenmeyen giderler için aylık yüzde on gecikme tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir. 28.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ise, yüzde onluk oranı yüzde beşe indirmiştir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK gecikme faizi hesaplanır. Aidata YILLIK yasal faiz oranının uygulanacağı dönem için KANUNİ FAİZ gibi hesap yapılır. Aidata AYLIK faiz oranının uygulanacağı dönemler için KAMU FAİZİ gibi hesap yapılır.	**Aidata YILLIK Yasal Faiz Oranının Uygulanacağı Dönem** 02.01.1965-13.04.1983 **Aidata AYLIK Oranın Uygulanacağı Dönemler** 13.04.1983-28.11.2007 % 10 28.11.2007- % 5
YABANCI PARA FAİZİ **3095 m.4a**	Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih (İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirlere göre hesap yapılmalıdır. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Av. Celil ÇELİK

Kamulaştırmasız elatma kavramı, 6830 sayılı İstimlâk kanunun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihinden sonraki olaylar için söz konusudur. Bu tarihten önceki elatmalar ise, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Kamulaştırmasız elatmaya ilişkin düzenlemeler, birikmiş problemleri temizlemeye matuf af yasası görünümündedirler. Her bir düzenlemenin ilişkin olduğu dönem ile düzenlemenin yürürlük süresi farklılık arz eder. Aşağıda kamulaştırmasız elatmaya ilişkin düzenlemeler kolay anlaşılabilmesi için tablo haline getirilmiştir.

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER	HUKUKİ DURUM
-221 sayılı kanun	12.01.1961 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir.	09.10.1956 tarihinden önceki elatmalar	Bedel	12.01.1961'den itibaren 2 yıl hak düşürücü süre	Fiili tahsis tarihindeki değer	09.10.1956 tarihinden önce idarece elatılan yerler, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Bu döneme ait elatmalar için yasanın yürürlüğe girdiği 12.01.1961 tarihinden itibaren 2 yıllık hak düşürücü süre içinde sadece bedel davası açılabilir.
-16.05.1956 tarihli 1956/1 Esas 1956/6 Karar sayılı İçtihadı birleştirme kararı -16.05.1956 tarihli 1954/1 Esas 1956/7 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararı	16.05.1956 ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, 09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalarda aksini düzenleyen kanun yürürlükte olmadığı sürece uygulanır	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, idarece yerine el atılan mülk sahibinin dilerse müdahalenin meni davası açabileceğini ve dilerse bedel davası açabileceğini, mülk sahibinin bu davalardan birini tercih etmeye zorlanamayacağını, ancak mülk sahibinin bu davalardan sadece birini açabileceğini, bu davalarda zamanaşımının söz konusu olmadığını, bedel davalarında dava tarihindeki değere hükmedileceğini düzenlemiştir.
			Bedel	Süre yok		
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı		
-2942 sayılı kanunun 38. maddesi -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları	2942 sayılı kanunun 38. maddesinin yürürlüğe girdiği 08.11.1983 tarihi ile Anayasa mahkemesinin bu kanunu iptal eden kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası	09.10.1956 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	20 yıl hak düşürücü süre	Fiili tahsis tarihindeki nitelikler dikkate alınarak dava tarihindeki değer	2942 sayılı kanunun 38. maddesi, 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararlarını yürürlükten kaldırmamış, dolayısıyla dava çeşitlerini artırmamış veya sınırlandırmamış, sadece hak düşürücü süreyi düzenlemiş, ayrıca mülk sahibi dışında zilyet ve mirasçılara da dava açma hakkı tanımıştır. Anayasa mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğilikesi gereği, 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden kararın yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihinden önceki kazanılmış haklara uygulanması imkânı bulunmamakta idi. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlük tarihine kadar ve ayrıca dava tarihine kadar 20 seneden fazla süre geçmiş ise, davacının her türlü dava hakkının düşeceği benimsenmiş idi.
			Bedel	20 yıl hak düşürücü süre		
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı		

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali)**	5999 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi ile kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "sadece" kelimesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*Kademeli normlar sıralamasında içtihadı birleştirme kararları sonra gelirler. 2942 sayılı Kamulaştırma kanunun 38. maddesinin iptal edilmesiyle kamulaştırmasız elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanmaya başlamıştır.
**5999 Sayılı Kanun, müdahalenin meni davasını açma imkânını ortadan kaldırmış, bununla birlikte bedel davalarında 20 yıllık hak düşürücü süreyi de geriye dönük olarak kaldırmış, hak düşürücü süreden dolayı reddedilen bedel davalarının tekrar açılmasını sağlamış, ancak bedel davası açmak için en önce idareye müracaat edilmesini şart koşmuş, bedele ilişkin alacağa da ilama bağlı olsa bile haciz yasağı getirmiş, buna karşılık idareye aynı kamulaştırmaya pay ayırır gibi kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden %2 pay ayırmasını ve ödemelerin sadece bu ödenekten yapılmasını emretmiştir.5999 sayılı kanun, ayrıca tescile ilişkin yerel mahkeme kararının kesin olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının ise temyiz edilebilir olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının kesinleşmese bile icra takibine konabileceğini, alacağa da kanuni faizin uygulanacağını düzenlemiştir.5999 sayılı kanun, müracaat için bir süre öngörmemiş ancak müracaat var ise sessiz geçen altı aylık sürenin sonundan itibaren veya uyuşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren dava hakkını üç aylık hak düşürücü süre ile sınırlandırmıştır. Yargıtay, idareye müracaat etmeden direkt açılan davada uzlaşmazlık iradesi içeren dava dilekçesinin müracaat ve uzlaşmazlık iradesi yerine geçeceğini, dava açmadan önce idareye müracaat etmenin dava şartı sayılmadığını ve dolayısıyla bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın direkt dava açabileceğini karar altına almıştır. (Yargıtay 5.HD, E:2011/967 K:2011/5754 T:31.03.2011, E:2011/17580 K:2011/20948 T:13.12.2011) Ancak dava açmadan idareye müracaat yapılmış ise veya açılan dava takipsizlikten dolayı düşmüş ise üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali)**	6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihi ile Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları***	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “sadece” kelimesinin Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle, bu dönem elatmalar için dava sınırlaması ortadan kaldırılmış ve mülk sahibine müdahalenin meni davası açma hakkı da tanınmıştır. 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar, yürürlük süresince bu döneme ait elatmalar için aynen geçerli olmuştur.
**6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi, bu döneme ait elatmalar için 5999 sayılı kanunun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki halinin) aynen uygulanmasını öngörmüş, ancak bu döneme ait elatmalar için idarenin yıllık bütçesinden ayıracağı payı %5’e çıkarmıştır. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için sadece bedel davası açılabilir.
***Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının 5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “sadece” kelimesini iptal eden A/2a maddesi, 22.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı kararın 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesini iptal eden B maddesinin yürürlük tarihi her ne kadar 22.08.2013 ise de aynı dönemi düzenleyen 6487 sayılı kanunun 21. maddesi daha önce 11.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda 22.02.2013 ile 11.06.2013 tarihleri arası, 5999 sayılı kanunun 22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali ile birlikte kanunun boş bıraktığı alanda 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları da uygulama alanı bulur. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için mülk sahipleri bedel davası yerine müdahalenin meni davası açabilir. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar aynen geçerlidir.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-6487 sayılı kanun m.21 -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak davet veya müracaat tarihindeki değer. İdarenin sessiz kalması veya uzlaşmazlık tutanağının düzenlenmesi sonucu dava açılmış ise el koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak dava tarihindeki değer.
			Bedel	Süre yok ancak malik ile idare arasında yapılan görüşmede uzlaşmazlık tutanağı tutulmuş ise malik açısından 3 aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Bu 3 aylık sürede bedel davası açmayan idare de artık sadece kamulaştırma davası açabilir.	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM

*2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesi, sadece bedel davası açılabileceğini düzenlemediğinden kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği bedel davası yerine müdahalenin meni davası da açılabilir. Malik bu davalardan sadece birini açabilir. Malik ayrıca ecrimisil davası da açabilir.

Bedel davası açılacak ise en önce idareye müracaat edilmesi gerektiği açıkça dava şartı olarak düzenlenmiştir. Derdest olan davalarda ise davacılar uzlaşma isteyip istemediklerini idareye veya mahkemeye kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde bildirebilirler. Malik tarafından müracaat veya dava konusu edilmemiş taşınmazlarla ilgili olarak idareye de maliki davet etme yetkisi tanınmıştır.

Bedel davası bir süreye tabi değildir. Hak düşürücü süreden dolayı reddedilen eski davalar da yeniden açılabilir. Ancak bedel davası açılmadan önce idareye müracaat edilmesi ve uzlaşma talep edilmesi gerekir. Müracaat tarihinden itibaren idare 6 ay sessiz kalmış ise veya idarece 6 ay geçmeden davet yazısı tebliğ edilmiş ancak tebliğden itibaren 6 ay içinde uzlaşma görüşmeleri yapılamamış ise, sürenin sonunda kamulaştırmasız elatma davası açılabilir.

Uzlaşma görüşmelerinde hemen nakdi ödemeye karar verilemez. Uzlaşma görüşmelerinde nakdi ödemeye ancak idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle uzlaşma sağlanamaması halinde karar verilir.

Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş ise malik açısından üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararında benzer düzenleme içeren 5999 sayılı yasada düzenlenen 30 günlük sürenin hak düşürücü süre sayılmasında anayasaya aykırılığın bulunmadığı belirtilmiştir. İdare de, uzlaşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren üç ay içinde bedel davası açılabilir. Üç aylık sürede bedel davası açmayan idare, eğer hala taşınmaza sahip olmak istiyor ise artık sadece kamulaştırma davası açabilir. Süresi içinde bedel davası açmadığından dolayı kamulaştırma davası açmak zorunda kalan idare, artık tüm bedeli peşin bloke etmek zorunda kalacak ve dolayısıyla bedel davalarında olduğu gibi kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan paydan garameten ve taksitle ödeme imkânını kaybetmiş olacaktır.

Bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamındadır. Buna karşılık idarece kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılır ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemeler sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılır.

Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenir. Tescile ilişkin yerel mahkeme kararı kesindir, bedele ilişkin yerel mahkeme kararı ise temyiz edilebilir. Bedele ilişkin yerel mahkeme kararı kesinleşmese bile icra takibine konabilir ancak haciz işlemleri yapılamaz. Alacak takside bağlansa bile kanuni faiz uygulanır.

Hukuki elatmalara ilişkin davalar idari yargıda görülür. Bu hüküm kesinleşmemiş ve halen derdest olan davalara da uygulanır. İdare mahkemelerinin tapu tescil kararı verme yetkisi olmadığından, idare mahkemesi kararına dayanarak ödemede bulunan idare, adli yargıda malike karşı tapu tescil davası açmalıdır. Hukuki elatmalara ilişkin daha önce adliye mahkemeleri tarafından belirlenmiş ve kesinleşmiş olan bedeller, sadece kamulaştırmasız elatmalara ilişkin ayrılan ödenekten ödenir. Hukuki elatmalara ilişkin idare mahkemesi tarafından belirlenen alacaklar ise genel bütçeden ödenir.

2981 sayılı kanun uygulamaları sonucu doğan her türlü alacak, uygulama tarihinde belirlenen bedele kanuni faiz işletilerek güncellenir. Bu hüküm kesinleşmemiş ve halen derdest olan davalara da uygulanır. 2981 sayılı kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan her türlü bedele ilişkin ödemeler hakkında da 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı yasayla değişik geçici 6. maddesi hükümleri uygulanır. Dolayısıyla bu alacaklar için de haciz yasağı getirilmiştir. Ayrıca bu alacaklar da, ancak kesinleştiğinde ödenen ve sadece kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan ödenekten ödenmesi gereken alacak haline getirilmiştir.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO				Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21.maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları *	2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir	04.11.1983 ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlüğe girdiği 11.06.2013 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Bu döneme ilişkin bedelin takdiri konusunu düzenleyen kanun hükmü olmadığından kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği dava tarihindeki değer belirlenecektir.
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları**	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlüğe girdiği 11.06.2013 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası, bu dönem fiilen el atılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili açılan kamulaştırmasız elatma davalarını kapsadığı gibi bu dönem fiilen elatılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili idare tarafından gerçekleştirilen kamulaştırmaları da kapsar. Kamulaştırma işleminin uzlaşmayla veya kamulaştırma davası açmak suretiyle gerçekleşmiş olması fark etmez. Bu dönem fiili elatmalara ilişkin tespit edilen bedel ile bedele ilişkin dava ve icra vekalet ücretleri bu fıkra hükmüne tabidir. Bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamındadır. Buna karşılık idarece kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılır ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemeler sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılır. Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenir. Bu fıkra hükmü derdest davalarda da uygulanır. Bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili idare tarafından açılan kamulaştırma davalarında mahkemece kamulaştırma bedeline ilişkin peşin blokaj kararı verilmez ve sadece kamulaştırma bedeli tespit edilir. Bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili kamulaştırma davasında tespit edilen bedel, kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan paydan ödenir. Haciz yasağı, harçların ve vekalet ücretlerinin maktu olması ve kamulaştırmasız elatma ödeneğinden ödenmesi hususları dışında bu dönem elatmalara ilişkin başkaca sınırlamalar yoktur. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmamaktadır. Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda değildir. Bu döneme ait elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz.
**6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin iptal edilmesi ve 6487 sayılı kanunun da herhangi bir düzenleme yapılmaması sebebiyle bu döneme ilişkin kamulaştırmasız elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanır. Bu dönem elatmalar için 5999 ve 6487 sayılı yasalardaki sınırlamalar söz konusu değildir. Mülk sahipleri bu döneme ait elatmalar için müdahalenin meni davası açabileceği gibi isterlerse bedel davası da açabilirler. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmamaktadır. Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin alacak için haciz yasağı da söz konusu değildir. İdarenin bu döneme elatmalar için yıllık bütçeden pay ayırması da zorunlu değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin borçlar genel bütçeden ödenebilir. Bu dönem elatmalarda dava ve icra harçları ve vekalet ücretleri maktu değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz.

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 7260 sicil sayısında kayıtlı

Av. AYSEL YAĞMUR

05/03/2014 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1939 yılında İzmir'de doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11390 sicil sayısında kayıtlı

Av. HALİS ÖZDEMİR

24/04/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1921 yılında Ardahan'da doğmuş, 1950 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1951 yılında Ankara Barosu'nda mesleğe başlamış olup, 1952 yılında kaydını Erzurum Bölge Barosu'na nakletmiş, 1979 yılında Kars Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 32732 sicil sayısında kayıtlı

Av. FULYA BAHÇIVANOĞLU GÜNEY

29/04/2014 tarihinde vefat etmiştir

Merhume 1981 yılında Bandırma'da doğmuş, 2004 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 2006 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8002 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET EMİR

09/05/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Gaziantep'de doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 19292 sicil sayısında kayıtlı

Av. ORHAN ÇAM

09/05/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1966 yılında Fatsa'da doğmuş, 1992 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1994 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 18599 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA ERCAN

15/05/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1966 yılında Hekimhan'da doğmuş, 1992 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 2824 sicil sayısında kayıtlı

Av. VASSAF ARIM

24/05/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında İstanbul'da doğmuş, 1950 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1951 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	1 Baro
1	46959	ERDAL	DAYIOĞLU	24/04/2014	ANKARA BAROSU
2	43898	MERVE	GÜRKAN	24/04/2014	KOCAELİ BAROSU
3	47237	GÜL	ÖZTÜRK	24/04/2014	ADANA BAROSU
4	32797	GÜRKAN	AKÇAOĞLU	24/04/2014	ZONGULDAK BAROSU
5	46513	ESRA	KAYA	24/04/2014	GAZİANTEP BAROSU
6	41516	MERVE	SARUHAN	24/04/2014	BURSA BAROSU
7	34010	NURHAN	KIRCA	24/04/2014	BURSA BAROSU
8	35846	CİHAN	KIRCA	24/04/2014	BURSA BAROSU
9	41984	HANİFE RAYİHA	DOĞANCI	24/04/2014	SAKARYA BAROSU
10	47180	ALPEREN	ERDİNÇ	24/04/2014	KOCAELİ BAROSU
11	45299	HÜSEYİN	AZAKOĞLU	08/05/2014	ANTALYA BAROSU
12	44555	TUĞBA	AĞCA	08/05/2014	KAYSERİ BAROSU
13	38889	MELİS	ABACIOĞLU	08/05/2014	ANKARA BAROSU
14	46611	AYDIN BEŞİKÇİ	ATEŞOĞLU	08/05/2014	ESKİŞEHİR BAROSU
15	38633	EMEL	GÜZEL	08/05/2014	MERSİN BAROSU
16	47037	TUĞÇE	SAYIN	22/05/2014	ÇANAKKALE BAROSU
17	46834	EMİNE SİNEM	ŞANDIR	22/05/2014	EDİRNE BAROSU
18	45354	ERDOĞAN	AĞTÜRK	22/05/2014	BURSA BAROSU
19	44952	İSMAİL	DEMİR	22/05/2014	KONYA BAROSU
20	44756	HAKAN	UZUN	22/05/2014	SAMSUN BAROSU
21	42977	ENGİN	BEŞLİOĞLU	22/05/2014	ORDU BAROSU
22	46968	HİKMET	KAZANCI	22/05/2014	ADANA BAROSU
23	41583	EDA	ÜNLÜBAŞ	22/05/2014	SİNOP BAROSU
24	22654	HASAN	ŞEN	22/05/2014	ANTALYA BAROSU
25	46182	MERT	YÜKSEL	29/05/2014	ESKİŞEHİR BAROSU
26	43494	SERHAN	KARAARSLAN	29/05/2014	BİNGÖL BAROSU
27	43557	FATİMA HÜDA	BARDAKCI	05/06/2014	MERSİN BAROSU
28	41727	SUAT	TAŞKIRAN	05/06/2014	KOCAELİ BAROSU
29	35332	BİLGE	SARITAŞ	05/06/2014	KAYSERİ BAROSU
30	45099	TUBA	ÜSTÜN	05/06/2014	İZMİR BAROSU
31	29525	EVRİM	YETİŞGİN	05/06/2014	VAN BAROSU

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	37579	AYSUN	ATAK	24/04/2014
2	25573	FÜLÜRYA	YUSUFOĞLU	24/04/2014
3	37063	AYTÜL	ÜCE	24/04/2014
4	28322	SEZAİ	SAYIN	08/05/2014
5	38103	ÇETİN	KESKİN	22/05/2014
6	38606	CAFER	USLU	22/05/2014
7	10443	NİHAL	YILMAZTÜRK	22/05/2014
8	43813	ZEYNEP	AKYASAN	22/05/2014
9	41470	PINAR	ARSLAN	22/05/2014
10	47307	DUYGU	GÜDEKLİ	29/05/2014
11	41950	MURAT	YİĞİT	29/05/2014
12	32840	NESLİHAN	TÜRKECAN	29/05/2014
13	13238	SEMA	DÖNMEZDEMİR	29/05/2014
14	43276	ABDULLAH	GERÇEK	05/06/2014
15	39360	MUHAMMET	YILDIRIM	05/06/2014
16	47312	ERHUN	AKARSU	05/06/2014
17	46809	ENİS	FİDAN	05/06/2014
18	45191	HASAN	KÖSEOĞLU	05/06/2014
19	43883	KORAY	KOCATÜRK	05/06/2014

KAVRAM DİZİNİ

A

65 YAŞTAN SONRAKİ DÖNEMİN HESAPLANACAĞI 458
AKTİF HUSUMET 523
ANTREPO ÜCRETİ 600
AVUKATIN ÇALIŞMASI 542
AVUKATIN SORUMLULUĞU 491
AYNI DAVADA ISLAHIN BİR KEZ YAPILABİLECEĞİ 643

B

BAĞIMLILIK UNSURU 542
BAĞ-KUR BORÇLANMASI 469
BAKİYE ÖMÜR 651
BANKA ÖDEMELERİ 544
BASIN İŞ KANUNUNDA İKRAMİYE 544
BASİT YARGILAMA 665
BAŞKA İŞYERİNDE ÇALIŞMA 554
BİLİRKİŞİ RAPORU 517
BOŞANMA DAVASINDA TAZMİNAT 515
BOZMADAN SONRA ISLAH YAPILMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR 577
BOZMADAN SONRA ÜCRET ARAŞTIRMASI YAPILMASININ ANLAMI 577

C

CEP TELEFONU GÖRÜŞMELERİNİN KAYDA ALINMASI 668
CEP TELEFONU MESAJI İLE İŞ AKTİNİN FESHİ 655
CMR KURALI 598
CMR KURALLARI 588, 596, 604
ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK 660
ÇELİŞKİLİ RAPORLAR 517

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

65 YAŞTAN SONRAKİ DÖNEMİN HESAPLANACAĞI 458
AKTİF HUSUMET 523
ANTREPO ÜCRETİ 600
AVUKATIN ÇALIŞMASI 542
AVUKATIN SORUMLULUĞU 491
AYNI DAVADA ISLAHIN BİR KEZ YAPILABİLECEĞİ 643

B

BAĞIMLILIK UNSURU 542
BAĞ-KUR BORÇLANMASI 469
BAKİYE ÖMÜR 651
BANKA ÖDEMELERİ 544
BASIN İŞ KANUNUNDA İKRAMİYE 544
BASİT YARGILAMA 665
BAŞKA İŞYERİNDE ÇALIŞMA 554
BİLİRKİŞİ RAPORU 517
BOŞANMA DAVASINDA TAZMİNAT 515
BOZMADAN SONRA ISLAH YAPILMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR 577
BOZMADAN SONRA ÜCRET ARAŞTIRMASI YAPILMASININ ANLAMI 577

C

CEP TELEFONU GÖRÜŞMELERİNİN KAYDA ALINMASI 669
CEP TELEFONU MESAJI İLE İŞ AKTİNİN FESHİ 655
CMR KURALI 598
CMR KURALLARI 588, 596, 604
ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK 660
ÇELİŞKİLİ RAPORLAR 517

D

DAVA ŞEKLİ 625
DEFTERLERİN İBRAZI 726
DEĞER TESPİTİ KURALLARI 532
DELİL NİTELİĞİ 440

E

EBEVEYNE MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLME KOŞULLARI 458
E-BEYANNAME 719
EL ATMANIN ÖNLENMESİ 665
EMEKLİ OLAN İŞÇİ 554
EMEKLİ OLMAYUA HAK KAZANMA 569
EMSAL ÜCRET 544
ESASA İLİŞKİN KARAR 501
EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI 511
EVLİLİK SEBEBİYLE FESİH 568

F

FAİZ KURALI 531
FAİZ KURALLARI 607
FATURA 436
FATURAYA BAĞLI ALACAK 625
FAZLA ÇALIŞMA 547
FAZLASI SAKLI TUTULAN HAKLAR 447
FİKRİ HAKLAR 616
FOB ŞATIŞLAR 598

G

GERÇEK ANNE 623
GÖREVLİ MAHKEME 579, 616, 622
GÜNÜDE ÖDEMEME HALİNDE 55FAİZLE ÖDEME KURALININ UYGULANMASI 563
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA 686

H

HACİZ YASAĞI KURALLARI 557
HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ 469
HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELER 644
HAKSIZ FİİL 483, 622, 691
HESAPLAMADA EVLENME OLASILIĞININ HESAP TARİHİNE GÖRE BELİRLENMESİ..... 639
HİZMET AKDİ 465
HİZMET TESPİT DAVASI 561
HİZMET TESPİTİ DAVASI 581
HUKUKİ YARAR 630
HÜKÜMLE SANIK VASİ TAYİNİ 528

I

İCRA DAİRESİNE TESLİM EDİLEN ANAHTARIN GEÇ TESLİM ALINMASI 443
İCRA İNKAR TAZMİNATI 520
İCRA TAKİBİ 611
İFA YERİ 480
İHALEYE TEMİNATSIZ KATILMA 609
İHBAR VE KIDEM TAZMİNATI 465
İKRAMİYE UYGULAMASININ KALDIRILMASI 450
İLAM VEKALET ÜCRETİ 501
İLK PEŞİN DEĞER 636, 651
İMALAT HATASI 497
İNTİZAM GÖREVLİSİ (DEĞNEKÇİ) 581
İSTİFA 561
İŞ BİTİMİ 465
İŞÇİNİN BAŞKA DAVADAKİ BEYANLARI 575
İŞÇİNİN HAKLARI 450
İŞÇİNİN ÜCRETİ 544
İŞÇİNİN YAZILI ONAYI 660
İŞÇİYE ÖDENEN PRİMLER 547

İŞ DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME 571
İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI 550
İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİ 585
İŞ KAZASI 636, 649, 651
İŞ KAZASI MADDİ 647
İŞKAZASINDA MANEVİ TAZMİNAT 639
İŞ KAZASINDA ÖLEN İŞÇİNİN EBEVEYNİNE MAAŞ BAĞLAMA 458
İSPAT KÜLFETİ 594
İŞ KAZASININ TESPİTİ 644
İTİRAZ YÖNTEMİ 634
İZİNLİ OLANIN DEVAMSIZLIĞINDA SÖZ EDİLEMEYECEĞİ 655
İZLENECEK YOL 517

K

KAÇAK ELEKTRİK KULLANIMINDAN DOĞAN TAZMİNAT 520
KAÇINILMAZLIK 636
KADASTRO HUKUKU 548
KADASTRO İŞLEMİ 617
KADASTRO TESPİTİ 634
KADIN HAKLARI 684
KAMULAŞTIRMA 531, 532
KAMULAŞTIRMADAN VAZGEÇME 534
KAMULAŞTIRMA ESASLARI 530
KAMULULAŞTIRMADA İNFAZ SAHİBİ 557
KANUNA KARŞI HİLE 475
KAPICININ HİZMET TESPİTİ DAVASI 583
KARAR HARCI 527
KARŞI KUSUR 443
KAT MÜLKİYETİ 530, 611
KAZANILMIŞ HAK 657
KAZANILMIŞ HAKLAR 647
KESİN SÜRE 548
KIDEM TAZMİNATI 554, 568, 569
KISMİ DAVA 625

KISMİ DAVADAN FERAGA 447
KISMİ OLARAK AÇILAN DAVADAN FERAGAT EDİLMESİ HALİNDE; FERAGATIN FAZLAYA İLİŞKİN HAKLARI KAPSAMAYABİLECEĞİ 433
KİRA BORCU 539
KİRA İLİŞKİSİNDEN DOĞAN DAVALAR 541
KİŞİLİK HAKLARI 523
KONUSU BELLİ BİR DEĞER OLAN DAV 527
KÖTÜ NİYET OLGUSU 568
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI 626
KURUMLAR VERGİSİ 687

L

LİMİTED ŞİRKET MÜDÜR 579

M

MADDİ HATALAR 657
MADDİ TAZMİNAT 636, 651
MADDİ TAZMİNAT HESABINDA ÜCRET ARAŞTIRMASI 639
MADDİ TAZMİNATIN KATSAYI DEĞİŞİKLİĞİ NEDENİYLE REDDİ HALİNDE VEKALET ÜCRETİ TAKDİM OLUNANMAYACAĞI 639
MADDİ ZARAR 491
MADENDE ÖNGÖRÜLEN KAZA 697
MAHKEME HARİCİ İKRAR 575
MAHKEME KARARI 662
MAHKEME KARINDA; TALEPLE İLGİLİ HÜKÜM BULUNMAMASI 613
MAHKEMENİN İZLEYECEĞİ YOL 596
MALIN YERİNDE TESLİMİ 600
MANEVİ TAZMİNAT 491, 526, 651
MENFİ TESPİT DAVASI 626
MEVSİMLİK ÇALIŞMA 561
MUACCELİYET KOŞULU 539
MURİSİN İŞLEMLERİ 506
MÜTEAKİP DÖNEMLERİN KİRALARI. 537

N

NAVLUN BORCU 598
NİSBİ VEKALET ÜCRETİ 501

O

OKOOPERATİF ÜYEĞİNİN TESPİTİ 665
OLASI KAST 697
ORGAN SIFATI 579
OTO SATIMI 496
ÖDENMEYEN KİRA BORCU 537

P

PAYLAŞTIRMA NİYETİ 506

R

RED HARCININ DAVACI SORUMLULUĞU 639
RÜCU DAVASI 607
RÜZGAR NEDENİYLE DÜŞEN TABELA DOLAYISIYLA OLUŞAN ZARARDAN SORUMLULUK 691

S

SAHTE FATURA 723
SEÇİM HAKKI 508
SIRA CETVELİNE YÖNELİK ŞİKAYET 662
SİGORTA ŞİRKETİ 585
SİTE YÖNETİMİ 611
SOYBAĞI DAVASI 623
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN DAVA 480
SÖZLEŞMEDEN DÖNME 497
SULH HUKUK MAHKEMESİ 541
ŞİRKETLER ARASI İMTİYAZ ANLAŞMASI 691

T

TALEBİ ALAN KARAR VERİLEMEYECEĞİ İKRAMİYE ÖDEMESİ'NİN DAVALI KARIMA BAĞLI OLDUĞU 563

TAPUDA TRAMPA OLARAK GÖSTERİLEN SATIŞ 475
TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI YAZILI YARGILAMA USULÜNE TABİ OLMAKLA AYNI DAVA İÇİNDE GÖRÜLÜP KARARA BAĞLANAMAZ 665
TAPU KAPSAMINDA OLAN YERİN TESPİTİ 630
TAPU KAYITLARI 620
TARAFLARIN KUSURU 511
TARAF SIFATI 611
TAŞIMADAN DOĞAN ZARARLAR 604
TAŞIMA HUKUKU 590, 594, 600, 602, 607
TAŞIYANIN SORUMLULUĞU 602
TAŞIYICININ SORUMLULUĞU 594
TAZMİNAT VE ALACAKLAR İÇİN İHTARNAME KEŞİDESİ VE TEMERRÜZ 563
TEDAVİ GİDERLERİ 585
TEMYİZ İNCELEMESİ 628
TENKİS ŞARTLARI 508
TEREKE MEVCUDU 508
TİCARİ DEFTERLER 436, 440
TRAFİK KAZASI 585
TÜZEL KİŞİNİN ORGANI 483

U

ULAN DEMEK HAKARET SAYILMAZ 685
ULUSLAR ARASI TAŞIMA 588
ULUSLARARASI TAŞIMA 596, 598
USULSÜZ İHALE 609
USULSÜZ KAYITLAR 436, 440
UYAP'TA TEMYİZ 632
UYGULANACAK İLKELERİ 518
ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE SORUMLULUK 483

V

VEKALET İLİŞKİSİ 542

Y

YARGITAY BOZMASI 657
YETKİLİ MAHKEME 480
YURT DIŞINDA ÇALIŞAN İŞÇİNİN ÜCRETİ 649

Z

ZAMANAŞIMI 607
ZAMANAŞIMI SÜRELERİ 590
ZARAR YARGITAY BOZMASI 647
ZİYNET EŞYASININ İADESİ 518