İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 82* SAYI: 2008/4
ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Kâzım KOLCUOĞLU

*

Sorumlu Yazışleri Müdürü
Av. Muammer AYDIN

*

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Muammer AYDIN
Av. Mehmet DURAKOĞLU

*

YAYIN KURULU

Başkan
Av. Celâl ÜLGEN

Genel Yazman
Av. Coşkun ONGUN

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Başar YALTI

*

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

* * *

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

Basım Yeri
Can Matbaacılık Reklam Kağıt San. Ve Dış. Tic. Ltd.Şti.
Davutpaşa Cad. İpek İş Merkezi
Kat: 3 No: 7 Topkapı/ İSTANBUL
Tel:(0212) 613 10 77- 613 15 47
grafik@ cangrafik.com

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

** * **

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık abonelik ederi 90,00.YTL'dir.

Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki 202 70 00 no'lu hesabına yatırılması, dekontunun Derginin gönderileceği adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması yeterlidir.

(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir)

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

İÇERİK DİZİNİ

• Yayın Kurulu'ndan.....XXIX
• Başkan'ın Penceresi'nden.....XXXI
• Karatahta 1793
• MAHKİM Kararları.....1803

● ***YAZILAR...***

Enver Kumbasar

✓ *Karşılıksız Çek –Suç ve Ceza Yönünden Bir Değerlendirme.....1817*

*

Melis Taşpolat

✓ *Genel Kurul Kararlarına Karşı Açılan İptal Davası ve Konunun Türk Ticaret Yasası Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Düzenlenmesi 1839*

*

Av. Zeki Yıldan

✓ *Demokratlaştırıcılara(!) Öğütler 1883*

*

Cüneyd Altıparmak

✓ *Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Elde Edilen Delilin Başka Deliller İle Deteklenmesi 1891*

*

Öz Seçer

✓ *İpoteğin Taşınmaz Bakımından Kapsamı 1901*

*

Av. Fahri Tan

✓ *Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının İş Kazası Sebebiyle Açılan Maddi Tazminat Davalarına Etkisi.....1933*

*

Mehmet Cengiz Uzun

✓ *Avrupa Topluluk Hukuku Karşısında Ulusal Yargı Yerleri: Conseil D'etat Örneği 1941*

*

Ekrem Taşbaşı

✓ *İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları.....1961*

*

Av. Humral Tan

✓ Bilanço Okuma: Avukat ve Bir Ticari İşletmenin Bilançosu.....1969

*

Av. Abbas Bilgili

✓ Tıbbi Mümessillerin Fazla Mesai Ücreti Sorunu 1987

● **KARAR İNCELEMESİ**

✓ Bir AİHM Kararı Çerçevesinde Vicdani Ret/
Hazırlayan: Yasemin Semiz.....1993

● **UYGULAMADAN DOSYA** 2005

● **YARGITAY KARARLARI**

• Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları.....2015
• Yargıtay 1. Hukuk Dairesi.....2045
• Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2059
• Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2069
• Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2081
• Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2091
• Yargıtay 6. Hukuk Dairesi.....2097
• Yargıtay 7. Hukuk Dairesi.....2105
• Yargıtay 8. Hukuk Dairesi.....2109
• Yargıtay 9. Hukuk Dairesi.....2115
• Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2151
• Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2159
• Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2171
• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2179
• Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 2191
• Yargıtay 15. Hukuk Dairesi.....2199
• Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2209
• Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2215
• Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2221

● **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI** 2237

● **YARARLI BİLGİLER**

• Yararlı Bilgiler 2267

• Ayrılmalar 2277
• Aktarımlar 2278
• Yitirdiklerimiz.....2279

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

sayfa

"İST" SİMGESİNİN ANLAMI....2173
ABONELİK SÖZLEŞMESİ....2219
AÇIKLAYICI HÜKÜM....2049
ADLİ TIP RAPORU....2039
AİLE HUKUKU....2037, 2062, 2065, 2072, 2073
AKIL HASTALIĞI....2062
ALACAKLININ HAKLARI....2174
ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA....2161
AMBAR GÖREVLİSİNİN SORUMLULUĞU....2083
ANONİM ŞİRKETİN KURUCU ORTAKLARI....2033
ARSA SAHİBİNİN KİRA İSTEME HAKKININ KAPSAMI....2203
AVUKATLIK HUKUKU....2022

B

BAĞ-KUR SİGORTALILIĞI....2223
BAĞKUR SİGORTALISI....2033
BAKİYE SÖZLEŞME SÜRESİ ÜCRETİ....2120
BANKA MÜDÜRÜ....2122
BEKLETİCİ MESELE....2225
BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ....2120, 2121, 2122
BELİRLİ VE BELİRSİZ HİZMET SÖZLEŞMESİ....2026
BEYAZ CİRO....2177
BİLİRKİŞİ KURULUNUN GÖREVLERİ....2075
BİNA VE ARSADAN OLUŞAN TAŞINMAZ....2213
BONODAKİ HAKKIN DEVRİ....2177
BORÇLAR HUKUKU....2039, 2071, 2077, 2128, 2181, 2182, 2184
BOŞANMA DAVASI....2037, 2072
BOŞANMA DAVASI SIRASINDAKİ PROTOKOLE AYKIRILIĞIN GENEL YETKİLİ MAHKEMELERCE ÇÖZÜMLENMESİ GEREĞİ....2072
BOŞANMADA MADDİ VE MANEVİ GİDERİM....2065

C, Ç

ÇAKIŞAN SİGORTALILIKTA SİGORTALILIK DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ....2233
ÇAKIŞAN SİGORTALILILIK....2233
ÇALIŞMA YAŞAMINA KAZANDIRMA....2153

D

DAVADA EHLİYET....2071
DAVADA HUKUKİ NEDENİN ISLAH YOLUYLA DEĞİŞTİRİLEMEYECEĞİ 2062
DAVADA HUSUMET 2111, 2193
DAVADA TARAFLAR....2031
DİRENME KARARI....2021
DÜZENLEME ORTAKLIK PAYI 2093

E

ECRİMİSİL 2077, 2078, 2194
ELEŞTİRİ SINIRININ AŞILMASI 2085
EN YÜKSEK MEVDUAT FAİZİ 2175
ENFLASYON ORANINDA ARTIŞ 2073
ESKİ HALE İADE DAVASI 2212
ESKİ HALE İADE İSTEMİ 2211

F

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ 2027
FİKRİ HAKLARIN MİRAS YOLUYLA DEVRİ 2061
FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU....2061

G

GEÇERLİ FESİH....2101
GEÇERLİ OLABİLMESİNİN KOŞULLARI 2134
GEMİADAMI 2121
GENEL MAHKEMELERİN YETKİSİ 2219
GENEL TATİL VE HAFTA TATİLİ ÜCRETİ 2121
GÖREVLİ MAHKEME 2107
GÜNDE 5 SAATİN ÜZERİNDEKİ ÇALIŞMANIN FAZLA ÇALIŞMA SAYILACAĞI AYRIK DURUMLAR 2119

H

HAKKANİYET İNDİRİMİ 2027
HAKSIZ EYLEM 2039
HAKSIZ İŞGAL TAZMİNATINDA FAİZ 2194
HAKSIZ ŞART....2187
HAMİLE İŞÇİNİN İŞ AKDİNİN FESHEDİLMESİ....2117
HARÇ VE VEKALET ÜCRETİ 2217
HAVA PERSONELİ....2182
HAVA TAŞIMA İŞLERİNDEN DOĞAN DAVADA GÖREV 2181
HAVA TAŞIMASI 2181, 2184
HESAPLAMA YÖNTEMİ 2175
HİZMET AKDİNİN EVLİLİK NEDENİYLE DAVACI TARAFINDAN FESHİ....2148
HİZMET AKDİNİN İŞVERENCE FESHİ....2148
HİZMET SÖZLEŞMESİ 2181

HİZMET TESPİTİ DAVASINDA SAPTANAN ÜCRET 2029
HÜKMÜN BOZULMASI.....2068, 2149

I, İ

ISLAH 2039, 2062
İBRA 2123, 2126
İBRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ OLABİLMESİ 2123, 2126
İCRA ALACAKLISININ HAKLARI 2218
İCRA HUKUKU 2173, 2174, 2175, 2177, 2217, 2218
İDARENİN RÜCU HAKKININ SINIRLARI 2083
İHBAR TAZMİNATI.....2121
İHTİYAÇ İDDİASI 2099
İHTİYAÇ NEDENİYLE TAHLİYE DAVASINDA SAMİMİYET DERECESİ 2099
İKALE - BOZMA SÖZLEŞMESİ 2131, 2138
İKALE SÖZLEŞMESİNDE İŞÇİ YARARINA YORUM İLKESİ 2131, 2138
İKALE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ.....2138
İKALE SÖZLEŞMESİNİN İŞE İADE DAVASINA ETKİSİ 2138
İKALE-BOZMA SÖZLEŞMESİ 2134
İLK İTİRAZLAR 2166
İMARA VE PROJEYE AYKIRI İNŞAAT 2203
İNDİRİM KOŞULLARI.....2120
İNTİFA HAKININ KAPSAMI 2194
İRADE FESADI HALLERİNİN ARAŞTIRILMASI 2134
İŞ HUKUKU 2019, 2021, 2026, 2027, 2029, 2033, 2117, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2126, 2128, 2131, 2134, 2138, 2142, 2147, 2148, 2149, 2150, 2153, 2156, 2175, 2223, 2225, 2227, 2230, 2233
İŞ HUKUKU AÇISINDAN İBRANAMEYİ SINIRLI BİR BİÇİMDE DEĞER VERİLMESİ ZORUNLULUĞU.....2123
İŞ HUKUKU AÇISINDAN SINIRLI BİR BİÇİMDE DEĞER VERİLMESİ ZORUNLULUĞU 2126
İŞ İLİŞKİSİ SÜRERKEN DÜZENLENEN İBRANAMENİN GEÇERSİZLİĞİ.....2123
İŞ KANUNUNUN KAPSAMI 2182
İŞ KAZASI 2019, 2225, 2227, 2230
İŞ KAZASINDA KUSURUN SAPTANMASI.....2230
İŞ SÖZLEŞMESİNDE İŞÇİLİK HAKLARININ HESAPLANMASI 2029
İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNE DAYANAN GEÇERLİ NEDEN 2142
İŞÇİNİN YIKANDIĞI YER 2019
İŞE İADE DAVASI 2142
İŞE İADE DAVASI HAKKINDA HAKEM KOŞULU KARARLAŞTIRILMASI 2128
İŞTEN ÇIKARMANIN GEÇERLİ OLMASI 2142

İSTİFANIN TÜM DAVACILARA TEBLİĞ EDİLMEDEN HÜKÜM KURULMASI 2088
İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETLE İLGİLİ DAVA AÇMA KOŞULU 2056
İŞVERENE DÜŞEN TEMEL GÖREVLER 2230
İŞVERENİN GÖREV VE SORUMLULUĞU 2019
İŞYERİ İHTİYACI 2100
İŞYERİ KAVRAMI 2019
İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ SONUÇLARI 2174
İYİNİYET KURALI 2184
İZLENECEK YÖNTEM 2203

K

KAÇAK VE RUHSATA AYKIRI İNŞAAT 2201
KADININ HAKLARI 2037
KAMBİYO SENEDİ 2173
KAMULAŞTIRMASIN EL ATMADAN DOĞAN TAZMİNATIN SAPTANMASINDA İZLENECEK YÖNTEM 2094
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA 2094
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA TAZMİNATININ SAPTANMASI 2093
KANIT YÜKÜ 2217
KAT KARŞILIĞI TAŞINMAZ İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 2206
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU 2211, 2212, 2213
KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI 2113
KENDİ EYLEMİYLE OLUŞTURULAN KOŞULUN FESİH NEDENİ SAYILAMAYACAĞI 2101
KEŞİDE YERİ 2173
KESİN DELİL 2078
KESİN HÜKÜM 2029
KESİN YETKİ KURALI 2061
KESİNLEŞMİŞ HÜKÜM 2078
KIDEM TAZMİNATI FAİZİ 2175
KİRA HUKUKU 2075, 2099, 2100, 2101
KİRA PARASININ SAPTANMASI 2075
KİRA SÖZLEŞMESİNDE FESİH KOŞULU 2101
KISA KARAR İLE GEREKÇELİ KARARIN ÇELİŞKİSİ 2077
KİŞİLER HUKUKU 2085
KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI 2085
KÖTÜNİYET TAZMİNATI 2117
KREDİ KARTLARINDAN ALINAN YILLIK ÜCRET 2187
KULLANMA KARŞILIĞI 2077
KURUMUN PRİMLERİ TAHSİL ETMESİ 2223

M, N

MADDİ TAZMİNATIN UNSURLARI 2227
MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT 2163, 2168
MAHKEMECE İZLENECEK YÖNTEM 2075

MAKUL YARAR ÖLÇÜTÜ *2134*
MALULİYET ORANINA İTİRAZ *2225*
MANEVİ GİDERİM *2085*
MECURUN İHTİYACA UYGUN OLUP OLMADIĞININ SAPTANMASI *2099, 2100*
MENFİ TESPİT DAVASI *2156, 2218*
MİRAS HUKUKU *2047, 2049, 2052, 2054, 2056, 2111, 2113*
MİRASÇILARIN HAKLARI *2177*
MUHDESAT NİTELİĞİNDE BAĞIMSIZ BÖLÜM *2107*
MURİS MUVAZAASI *2047, 2052, 2054, 2056*
MÜTESELSİL SORUMLULUK *2163*
MUTLAK TİCARİ DAVA *2166*
MUVAZAA SAVI *2217*
MUVAZAADA ALIŞ GÜCÜ *2047*
MUVAZAADA KANIT YÖNTEMİ *2049*
MUVAZAADA TEMLİKİN GERÇEK YÖNÜNÜN BELİRLENMESİ *2047*
MUVAZAALI İŞLEMİN NİTELİĞİ *2047*
MUVAZAALI TEMLİK SAVI *2049*
NAMI MÜSTAHAR *2049*
NİTELİKLİ MUVAZAA *2047*

O, Ö

OBJEKTİF İYİNİYET KURALI *2223*
ÖDEME EMRİNİN İPTALİ *2156*
OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI *2111*
ORTAKLIĞIN GİDERİMİ DAVASI *2213*
ÖLÜME BAĞLI TASARRUF *2061*
ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI *2103*
ÖZELLEŞTİRMEYE UĞRAYAN İŞYERLERİNDE TOPLU İŞÇİ ÇIKARMA *2131*

P, R

PROJEYE AYKIRI YAPININ YIKILMASI *2087*
PROTEZ GİDERLERİNİN KARŞILANMASINDA ÖLÇÜT *2153*
RADYOLOJİ TEKNİKERİNİN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ *2119*

S, Ş

ŞAHSA KARŞI DAVA AÇILAMAYACAĞI *2150*
SATIŞIN ALICI VEYA SATICI TARAFINDAN DİĞER PAYDAŞLARA NOTER ARACILIĞI İLE BİLDİRİLMESİ ZORUNLULUĞU *2103*
ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK *2062*
SİGORTA HUKUKU *2083, 2161, 2163, 2166, 2168*
SİGORTA TEMİNATI DIŞINDA KALMA *2161*
SİGORTACININ SORUMLULUĞU *2161*
SIRA CETVELİNE İTİRAZ *2217*
SÖZLEŞME KOŞULU *2121*

SÖZLEŞMEYE AYKIRI, RUHSATA UYGUN İNŞAAT.....2206
SÖZLEŞMEYE UYGUN OLMAYAN İNŞAATLA İLGİLİ ARAŞTIRMA 2206
SSK SİGORTALISI 2033

T

TAHKİM KOŞULU 2128
TAHLİYE DAVASI 2100
TAKDİRİ İNDİRİM KURALLARI 2227
TAKİP YOLUNUN DEĞİŞTİRİLMESİ 2174
TAKMA AD 2049
TALEPLE BAĞLILIK KURALI 2211
TANIMA VE TENFİZ 2064
TAPU İPTALİ 2054
TAPU İPTALİ VE TESÇİL DAVASI 2111
TAPU KAYDINDA BÜRO OLARAK GÖRÜNEN YERİN İNTERNET KAFE OLARAK KİRALANMASI.....2212
TAPU KAYDININ DÜZELTİLMESİ 2193
TAPU TAHSİS BELGESİ 2196
TAPUNUN İPTALİ.....2052
TARAF DEĞİŞTİRİLMEMESİ KURALI 2031
TARAFLARIN HAKLARI SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ 2201
TASFİYE EDİLEN DERNEĞE KARŞI AÇILACAK DAVADA HUSUMET 2150
TAŞINMAZ HUKUKU 2078, 2103, 2111, 2113, 2193 2194, 2196, 2201, 2203, 2206
TAŞINMAZ İŞGALİ.....2078
TAŞINMAZDA BABA-OĞUL ÇEKİŞMESİ.....2196
TAZMİNAT KOŞULU 2218
TAZMİNATIN BELİRLENMESİ YÖNTEMİ.....2083
TEDBİR NAFAKASI.....2037
TEMEL ÖLÇÜTLER 2026
TEMYİZ AŞAMASINDA DAVADAN FERAGAT 2149, 2068
TENFİZ 2067
TENFİZDE YETKİ İTİRAZI 2064
TENKİS İŞLEMİ 2054
TENKİS İSTEME YETKİSİ 2052
TEREKEYE TEMSİLCİ ATANMASI.....2061
TRAFİK KAZASI 2168
TRAFİK KAZASINDAN DOĞAN ZARARIN SORUMLULARI 2163
TÜKETİCİ HUKUKU.....2187, 2219
TÜZEL KİŞİLİK 2071

U, Ü

ÜCRETİN KISMİ OLARAK ÖDENMESİ 2147
ÜST DÜZEY YÖNETİCİNİN PRİM BORCUNDAN SORUMLULUĞU 2156
ÜSTÜN ZİLYETLİK HAKKI 2196

USUL HUKUKU 2107
UYGULANACAK YASA 2184
UZAMIŞ ZAMANAŞIMI 2039
UZUN SÜREDEN BERİ VAROLAN UYGULAMAYA SES ÇIKARMAYAN PERSONEL 2184

V

VEKALET SÖZLEŞMESİ 2022
VEKALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI BORÇLARI VE HAKLARI 2022
VEKALET ÜCRETİ 2168
VEKİLİN İSTİFASI 2088

Y

YABANCI MAHKEME KARARLARI 2064
YABANCI MAHKEMENİN TÜRK HUKUKUNU UYGULAMAMASI DURUMU 2067
YABANCI UNSURLU DAVALAR 2064, 2067
YAPININ TAHLİYESİ 2087
YARGITAY BOZMASINDAN ÖNCE VAROLMAYAN BELGELERE DAYANARAK HÜKÜM KURMANIN İÇERİĞİ 2021
YASAL FAİZ KAVRAMI 2175
YAŞAM KALİTESİNİ ARTIRMA 2153
YENİ HÜKÜM 2021
YENİLİK DOĞURUCU HÜKÜM 2049
YETKİ KURALI 2166
YETKİLİ MAKAM 2087
YOKSULLUK VE YARDIM NAFAKASI 2073
YÜKLENİCİNİN GÖREVİ 2203

Z

ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICI 2039
ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ 2039
ZARARIN AYRIŞTIRILMASI İLKESİ İŞ HUKUKU 2163
ZİLYEDİN KENDİSİNDEN ÖNCEKİ ZİLYEDİN HAKLARINDAN YARARLANMA KOŞULU 2113
ZİLYET 2113
ZİLYETLİK SÜRESİ 2113
ZİYNET EŞYASINA YÖNELİK İSTEMİN NİSPİ HARCA TABİ OLDUĞU 2065

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• ***BORÇLAR KANUNU*** *(BK/818)*

Madde 19.....2128
Madde 20.....2128
Madde 42.....2065
Madde 43.....2227
Madde 44.....2065
Madde 44/2 2227
Madde 49.....2065
Madde 50.....2163
Madde 51.....2163
Madde 141 2163
Madde 213 2047
Madde 325 2120
Madde 386 2022
Madde 389 2022
Madde 390 2022
Madde 392 2022
Madde 394 2022

• ***DEVLET MEMURLARI KANUNU*** *(657 SK)*

Madde 4-c 2131

• **ESNAF VE SANATKALAR VE DİĞER BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR SOSYAL SİGORTALAR KURUMU KANUNU** *(1479)*

Madde 24.....2223
Ek Md. 19) 2233

• ***FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU*** *(FİSEK/5846)*

Madde 63.....2061

• ***HARÇLAR KANUNU***

Madde 30.....2065
Madde 32.....2065

• ***HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU*** *(HUMK/1086)*

Madde 38.....2071
Madde 39.....2071
Madde 96.....2068, 2149
Madde 191 2166
Madde 148 2071

Madde 275 2083
Madde 288 2049
Madde 290 2049
Madde 293 2049
Madde 417 2168
Madde 426 2168
Madde 438 2064
Madde 533/3 2128
Madde 4721 2077
• ***İMAR KANUNU*** *(İMAR K/3914)*
Madde 32/son) 2087
• ***İŞ KANUNU*** *(İŞK/1475)*
Madde 13/C-3.....2117
Madde 14.....2147, 2148, 2150, 2175
Madde 77.....2230
• ***İŞ KANUNU*** *(İş K/4857)*
Madde 4/1 2072
Madde 5 2117
Madde 17.....2150
Madde 18 vd. 2142
Madde 20 .....2128, 2131, 2138
Madde 21.....2134
Madde 24.....2147
Madde 25.....2147
Madde 25/II 2142
Madde 32.....2123, 2126, 2147
Madde Geçici 6 2175
• ***MEDENİ KANUN*** *(MK)*
Madde 2 2223
Madde 4 2065
Madde 174/1-2 2065
Madde 706 2047
Madde 1025 2049
• ***MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK V E USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN*** *(MÖHUK/5718)*
Madde 55.....2064, 2067
• ***ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI HAKKINDA KANUN*** *(4046 SY)*
Madde 22.....2021

• **SOSYAL SİGORTALAR KANUNU** *(SSK/506)*
Madde 2 2233
Madde 32.....2153
Madde 34-son.....2153
Ek Madde 32 2153
Madde 80.....2156
6183 2156
• **TAPU KANUNU** *(Tapu K/2644)*
Madde 26.....2047
• **TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN** *(TKY/4077)*
Madde 6 2187
Madde 23, 1, 2, 3-e 2219
• **TÜRK MEDENİ KANUNU** *(TMK/4721)*
Madde 47 2071
Madde 169 2037
Madde 327 2072
Madde 364 2073
Madde 501 2111
Madde 576 2061
Madde 640 2056
Madde 640/3 2061
Madde 701 2056
Madde 703 2056
Madde 713/2.....2111, 2206
Madde 733/3 2103
Madde 734 .....2103, 2206
Madde 795 2194
Madde 803 2194
Madde 996 2113
• **TÜRK TİCARET KANUNU** *(TTK/6762)*
Madde 4 2166
Madde 593 2177
Madde 595/2 2177
Madde 690 2177

YARGITAY KARARLARINI DAİRELERE VE KİMLİKLERİNE

(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)

GÖRE ARAMA DİZİNİ

√ ***YARGITAY HUKUK GENEL KURULU***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2005/10-444	*2005/449*	*06.07.2005*	*2019*
2007/9-840	*2007/831*	*07.11.2007*	*2021*
2007/13-828	*2007/818*	*07.11.2007*	*2022*
2008/9-33	*2008/106*	*06.02.2008*	*2026*
2008/9-61	*2008/108*	*06.02.2008*	*2027*
2008/9-142	*208/127*	*13.02.2008*	*2029*
2008/9-64	*2008/132*	*13.02.2008*	*2031*
2008/10-233	*2008/233*	*05.03.2008*	*2033*
2008/2-231	*2008/235*	*05.03.2008*	*2037*
2008/4-326	*2008/325*	*16.04.2008*	*2039*

√ ***YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2004/5151	*2004/5683*	*12.05.2004*	*2047*
2005/10820	*2005/12357*	*23.11.2005*	*2049*
2007/4476	*2007/5717*	*21.05.2007*	*2052*
2007/13034	*2008/3744*	*25.03.2008*	*2054*
2007/2041	*2007/4063*	*12.04.2007*	*2056*

√ ***YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/20362	*2008/4357*	*31.03.2008*	*2061*
2007/5312	*2008/3245*	*12.03.2008*	*2062*
2007/7851	*2008/7080*	*15.05.2008*	*2064*
2007/7608	*2008/5663*	*21.04.2008*	*2065*
2007/5600	*2008/5494*	*17.04.2008*	*2067*
2007/12592	*2007/16484*	*26.11.2007*	*2068*

√ ***YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/9267	2007/9723	05.06.2007	2071
2007/20848 K: 2008/3187		28.02.2008	2072
2008/2228	2008/4572	17.03.2008	2073
2008/6442	2008/9068	15.05.2008	2075
2007/12280	2007/18594	06.12.2007	2077
2007/15894	2007/17946	27.11.2007	2078

√ ***YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/3976	2008/356	22.01.2008	2083
2008/739	2008/3149	11.03.2008	2085
2007/4540	2008/4425	01.04.2008	2087
2007/5939	2007/4451	05.04.2007	2088

√ ***YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/10883	2007/14717	11.12.2007	2093
2008/3204	2008/5133	21.04.2008	2094

√ ***YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/10217	2007/12744	26.11.2007	2099
2007/14005	2008/459	24.01.2008	2100
2007/13668	2008/1346	12.02.2008	2101
2007/11838	2007/13914	17.12.2007	2103

√ ***YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/996	2008/718	26.02.2008	2107

√ ***YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/2729	2007/3701	11.06.2007	2111
2008/919	2008/1308	11.03.2008	2113

√ ***YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2004/25538	2005/14932	28.04.2005	2117
2004/27601	2005/20095	01.06.2005	2119
2005/19254	2005/34532	25.10.2005	2120
2007/30238	2007/39560	26.12.2007	2121
2007/5519	2007/32114	31.10.2007	2122
2007/13059	2008/5588	21.03.2008	2123
2007/14457	2008/7575	07.04.2008	2126
2007/28539	2007/26478	17.09.2007	2128
2007/7	2007/8915	22.03.2007	2131
2007/27825	2008/7827	08.04.2008	2134
2007/30760	2008/9208	21.04.2008	2138
2007/27829	2008/7831	08.04.2008	2142
2007/8395	2007/37871	12.12.2007	2147
2007/8379	2007/37861	12.12.2007	2148
2007/13204	2007/37573	10.12.2007	2149
2007/39168	2007/39676	26.12.2007	2150

√ ***YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/1688	2007/19326	19.11.2007	2153
2006/16639	2007/5441	09.04.2007	2156

√ ***YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2006/5889	2007/13066	19.10.2007	2161
2007/15085	2008/3658	20.03.2008	2163
2006/974	2007/4317	12.03.2007	2166
2007/806	2008/5899	01.05.2008	2168

√ ***YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/5853	2007/8163	25.04.2007	2173
2008/2626	2008/5249	18.03.2008	2174
2008/5489	2008/8277	21.04.2008	2175
2008/5923	2008/8598	24.04.2008	2177

√ **YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2004/671	2004/7249	12.05.2004	2181
2007/643	2007/7824	01.06.2007	2182
2007/5656	2007/10575	17.09.2007	2184
2008/4345	2008/6088	02.05.2008	2187

√ **YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/16482	2008/1036	05.02.2008	2193
2008/4791	2008/5624	01.05.2008	2194
2008/5726	2008/7197	04.06.2008	2196

√ **YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2005/7482	2007/1755	21.03.2007	2201
2006/3250	2007/6678	26.10.2007	2203
2006/5241	2007/8403	31.12.2007	2206

√ **YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/11907	2008/3697	27.03.2008	2211
2008/1122	2008/4257	10.04.2008	2212
2008/598	2008/4551	17.04.2008	2213

√ **YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/8423	2008/ 1232	14.02.2008	2217
2007/11347	2008/1905	03.03.2008	2218
2007/4629	2007/10457	22.11.2007	2219

√ **YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/2165	2007/22066	06.12.2007	2223
2008/978	2008/2242	14.02.2008	2225
2007/22495	2008/3479	04.03.2008	2227
2007/19869	2008/6065	17.04.2008	2230
2006/9298	2007/7902	10.05.2007	2233

YAYIN KURULUNDAN

BAŞKANIN PENCERESİNDEN

YAYIN KURULUNDAN

ADLİ TATİLE GİRERKEN

Bu sayımızla Yayın Kurulumuz görevdeki **altı** yıllık bir sürecin sonuna yaklaşmış bulunmakta. **Altı** yıldır sizlerle birlikteyiz. Derginin içeriğini, biçimini, süresini, oylumunu (hacmini) beğeninize sunduk. Sizlerden eleştiriler, övgüler aldık.

Bu sayımızda bir ilki daha gerçekleştiriyoruz. **MAHKİM Kararları**na yer veriyoruz. MAHKİM'in açılımı bildiğiniz gibi İlk Derece Mahkemelerinin Ara Karar ve Hükümlerin Araştırma, İnceleme ve İzleme Merkezi biçimindedir.

Meslektaşlarımızın yaşayarak gözlemledikleri, izlemeye ve araştırmaya değer (yönteme aykırı, çelişkili, hak arama özgürlüğünü kısıtlayan, yanlış) buldukları mahkemelerdeki ara kararları ve hükümleri MAHKİM'e iletmeleri üzerine MAHKİM tarafından incelemeye alınıp alt komisyonlar kurularak akademik (eleştiri) raporlar hazırlanmakta ve bulgular, ilgili yargı çevresi adalet komisyonlarıyla paylaşılmaktadır. Baromuz Yönetim Kurulu gerek görürse bu raporları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna da sunulabilecektir.

Meslektaşlarımız yıllarca bu tür (yönteme aykırı, çelişkili, hak arama özgürlüğünü kısıtlayan, yanlış) kararlardan yakınıp durmuşlardı. Bu kez yakınma yerine Baromuzun kurduğu bu yeni Merkez hukuksal eleştiriler getirerek bu tür kararların bir kez daha yinelenmemesini sağlamak istemektedir.

Bu sayımızda üç MAHKİM kararını yayımlamaktayız. Bir kez daha altını çizmekte yarar var; Bu kararlar bilimsel eleştiri niteliğindedir. Ve de uygulamaya yön gösterecektir.

***

Bir kaç tümce ile değinilmesi gereken bir başka konu ise Temel Ceza Yasaları ile değişen ve hukukumuza giren yeni kavramların ve uygulamalarının henüz yerine oturmadığı ve kavramların içeriğinin uygulayıcıların niyetleri ile nasıl değişime uğradığı gerçeğidir.

Son olaylarla ilgili olarak Başkanın Penceresi köşesinde Sayın Baro Başkanımız görüşlerini sizlerle paylaşmaktadır.

Buna ek olarak söylenecek şey **"Gizli Tanık"** kavramının uygulamada oldukça sıkıntı yaşatacağı ve kötüye kullanma durumunda hukukun yara alacağıdır. Son gözaltılar, gözaltına alış biçimleri ve de daha iddianame açıklanmadan kimi medyada ifadelerinin virgülüne değin yayımlanması **"masumiyet karinesi"**ni ihlal etmektedir. Bu da **AİHS**'e açıkça aykırıdır. Bu yöntemin giderek genel uygulama biçimini alması ve bu uygulamanın yasa hükmünden kaynaklanması nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu gözetilmeden AİHM'e başvuru yolunu açacaktır...

Bir başka Yayında buluşmak umuduyla hoşçakalın...

Av. Celal ÜLGEN

Yayın Kurulu Başkanı

BAŞKANIN PENCERESİNDEN

SİYASAL İÇERİKLİ KAVGALAR ve YARGIYA GÜVEN

Av. Kazım KOLCUOĞLU
İstanbul Barosu Başkanı

Son günlerde kamuoyunun gündeminde yoğun biçimde yer alan ve Ergenekon adı verilerek sürdürülen soruşturmada, özellikle de meslektaşlarımıza yönelik çok ciddi usulî eksiklikler bulunmaktadır. Bu eksikliklerin, soruşturmayı ciddi biçimde etkilediği ve savunma ayağı bulunmayan bir hazırlık safhasının geride bırakıldığı son derece açık bir tespittir. Bu tespitler, bir yandan Baromuza ulaşan, meslektaşlarımızın yakınmasından anlaşılmakta, bir yandan da, soruşturma içinde fiilen zorunlu müdafi sıfatıyla görev alan meslektaşlarımızın bildiriminden kaynaklanmaktadır.

Soruşturma dosyası bilgilerinin basın organlarına servis edilmesi önlenememiş, servis edenlerin tespiti sağlanamamış ve/veya bunlarla ilgili bir yasal mücadele yapılmamıştır.

Soruşturma ile ilgili olarak gizlilik kararları alınmış, bu kararlar çerçevesinde avukatların evraklara ulaşımı olanağı kaldırılmış ve fakat avukatlardan sakınılan evraklar, gazete haberlerinden edinilmiştir.

Bu durum karşısında Baromuz, Yönetim Kurulu kararı ile savunmaya ilişkin kısıtlamaların bulunmasına karşın, görsel ve yazılı basın organlarında gizlilik kararlarının ihlal edilmesi suretiyle yayın yapan kişi ve kuruluşlar hakkında suç duyurusunda bulunmuştur.

Ergenekon Soruşturması, örneklerini başka soruşturmalarda görmediğimiz savcılık uygulamaları açısından da, yasal düzenlemelere egemen mantığı değiştiren temel yaklaşımlar içermektedir. Bu soruşturma **"mevzuata uygun"** gibi gözüken pek çok uygulamanın özü itibariyle **"hukuka aykırı"** olduğunu tespit etmek de güç değildir; **"gözaltı"** ile ilgili tüm yasal hükümlerdeki savcılık yetkili, **"ceberut"** bir algılayışla kullanılmıştır. Yasaya göre, davetiye ile celbedilebilecek şüphelilerin, gece yarıları **"baskınlarla"** gözaltına alınmaları, gözaltı sırasında, saatlerce **"bank üzerinde"** tutulmaları ve sorgularının özellikle **"gece yarılarına"** denk getirilen saatlerde yapılması, sorgu sırasında **"özel yaşamları"** ile ilgili olarak ve fakat soruşturma ile hiç ilgisi bulunmayan konularda bile bilgilerine başvurulması gibi pek çok sıkıntı ile karşılaşılmıştır.

Soruşturmada **"ana kanıt"** pek çok şüpheli için, iletişim denetlenmesi ile ilgili olarak elde edilen dinleme kayıtlarıdır. Bu kayıtlara başvurulmasına dair esasların taşıması gereken iki ölçütün de olayda bulunmadığı son derece açıktır. CMK 135. madde gereğince aranması gereken **"kuvvetli şüphe"** ve **"başka surette delil elde edilmesinin olanaksızlığı"** hiçbir evrede esas alınmamış ve **"sadece"** bu dinlemelerden oluşan kanıt-

lar, sorgulamanın nedeni olarak tanımlanabilmiştir.

Soruşturma süresince, CMK 153 ve Terörle Mücadele Yasası 10/d uyarınca gizlilik kararları uygulanmış, bu kararlar katmerlenmiş, yasanın sevk edilen hükümlerindeki mantıktan kopmak suretiyle, bu soruşturmaya **"özgün"** önlemler geliştirilmiştir. Önce gizlilik kararına karşın avukatın edinebileceği belgelerin edinilmesi olanağı ortadan kaldırılmış ve ardından da bu gelişme doğal bir süreç olarak devam ettirilmiştir. Terörle Mücadele Yasasının 10/d hükmü gereğince konulan yasağın, CMK 153/3 maddesinin uygulanmasını engeller mahiyette tanımlanmıştır.

Savunmanın bu suretle devre dışı bırakılması ile yetinilmemiş, CMK 134 bağlamında elde edilen bilgisayar kayıtlarının kopyalanması ve bir örneğinin müdafi veya şüpheliye teslimi de tümüyle görmezden gelinmiştir.

Bu soruşturma bağlamında, gözaltı, arama vb. işlemlerin yerine getirilmesi sırasında yürütülen yargısal faaliyetlerin bir parçası da, Mahkemelerce verilen kararlardır. Bu kararlar açısından da, ciddi hukuksal ihlaller gözlenmiştir. Bu cümleden olarak; 13 ay boyunca devam eden soruşturma kapsamında tutuklu bulunan sanıkların, tutukluluk durumlarına yapılan itirazların bu süre boyunca istisnasız reddedilmesini zorlamak anlaşılabilir kılsak da aynı süre boyunca tutuklama talep eden Savcılıktan bir kez bile olsun iddianamenin yazılmasının talep edilmemiş olmasına dikkat çekmek gerekir. Meslektaşlarımız yaşanan tutukluluğa itiraz sürecinin **otomatik** olarak yürütülen bir süreç olduğunu, bu anlamda bir **"yeniden değerlendirme"** anlamına gelecek hiçbir çabanın sergilenmediğini ifade etmektedirler. Nitekim 5275 Sayılı Yasa ile devlete emanet edilen tutukluların sağlık durumları konusunda verilen bilgiler de bu **"rutin incelemenin"** alışkanlıkları arasında kaybolmuş ve yargı tarihimizde ciddi bir **"yara"** olarak geçecek olan şüpheli Kuddisi Okkır'ın ölümü ile sonuçlanan gelişme noktasına varılmıştır. En temel insan hakkı olan yaşam hakkının ihlali sonucunu doğuran ve ancak ölümden 4 gün önce fark edilen bu son durum, yargı için ciddi bir güven sorunu olmuştur. İstanbul Barosu olarak 11 Temmuz 2008 tarihli açıklamamız ile Kuddisi Okkır ile aynı konumda bulunan bir başka şüphelinin sağlık sorununa da dikkat çekerek yeni bir hak ihlalinin önlenmesini amaçladık. Bu açıklamamızdan sonra adı geçen şüphelinin tahliye edilmesi soruşturma makamlarının şüphelilere olan ilgisizliğinin kanıtı olmuştur.

Ergenekon Soruşturması'nın yürütülüş biçimi, soruşturmadaki usul kurallarına uyulmaması, yetkilerin kullanımdaki anlayışın evrensel hukukun genel kabule ulaşmış ilkelerini aşan bir boyuta vardırılması, soruşturmada savunmanın **"yok"** sayılması ve özellikle de savunmadan kaçarak soruşturma götürmeye özen gösterilmesi, alınan mahkeme kararlarının **"red"** özü taşıyan içeriklerinin gerekçesiz ve rutin işlemler olmaya evrilmiş olması ve giderek bütün bu nedenlerle yargının tartışma konusu yapılması, yargı üzerinden yapılmakta olan bir siyasal içerikli kavganın iddianame düzenlenmesi suretiyle kesilmesi olanağının kullanılmamış olması, bir hukuk kurumu olan İstanbul Barosu için tanımsız bir üzüntü kaynağı olmuştur.

Hukukun siyasallaştırılması çabalarına İstanbul Barosu olarak bugüne dek nasıl karşı çıktıysak, bundan sonra da karşı çıkmayı sürdüreceğiz...

KARATAHTA

AVUKATLARIN YİTİM AYI

Coşkun ONGUN

Kimine göre ölüm, yeni ve asıl bir yaşamın başlangıcıdır, bu dünya geçicidir, ölüm öteki ve asıl dünyaya atılmış bir ilk adımdır; kimine göreyse asıl olan yaşamdır, ölüm bir sondur, sonsuzluğa karışmaktır, doğumdan öncekine benzer bir yokluk hüküm sürecektir ölümden sonra da.

Bir şey bir kez var olunca, bir daha yok olur mu? Yokluk hissi kolaylıkla özümsenebilecek bir kavram mıdır?

Kutsal kitapların ana teması yaşamdan çok ölüm ve ölümden sonraki yaşama değgindir. İnsanlığa, *'bu dünya öte dünya için bir sınavdır, o nedenle dünya işlerine fazlaca kendinizi kaptırmayın,'* öğütleri salık verilir. Ölümün ve öte dünyanın biran bile olsa akıldan çıkarılmaması emredilir.

Doğrusu şu ki, ne zaman ve ne şekilde öleceğini bilemez insan; *Azrail* denen davetsiz misafirin hangi zamanda hangi ortamda kapısını çalacağını kestiremez.

Yaşamda ise tersi geçerlidir. Ölüm insanın elinde değildir; ancak yaşam, insanın avuçlarının içindedir, avuç içinde tutulan bir çiçek gibidir. İnsan, yaşamının solmasına da neden olabilir, avucunun içinden yere düşmesine ya da sert esen bir yele kaptırıp gözlerinin önünde uçup gitmesine de. Yaşamımızın her boyutunu çoğu kez biz belirleriz, her anın hesabını da yeri geldiğinde verebilmeliyiz.

Ölüm üzerine birçok şiir birçok roman yazılmıştır. Peygamberlerden sonra, ölümü kafalarına en çok takanlar şair ve yazarlardır. **Sartre**'ye göre *bir insan onu tanıyan son insan öldüğünde ancak ölür.*

Çeşit çeşit ölüm şiirleri vardır Türk yazın dünyasında: **Hasan Hüseyin**'e göre *Haziranda ölmek zordur*. **Pir Sultan Abdal**, ölümden dert yakanları anlatır. *Günahsız kardaşlar günahım tartar/Hasretlik yüzünü yüzüme sürter/Her kime söylesem yakasın yırtar / Ölüm ile ayrılığın elinden"* **Karacaoğlan** da katılır ona: *Karac'oğlan der ki derdim pek beter/Bahçede bülbüller şakıyıp öter/Anayı atayı dün aldın yeter/Var git ölüm bir zaman da gene gel"*

Ölüm şiirlerinden söz edilirse **Necip Fazıl**'ı anmamak olmaz: *Tahtadan yapılmış bir uzun kutu, Baş tarafı geniş, ayak ucu dar, Çakanlar bilir ki, bu boş tabutu, Yarın kendileri dolduracaklar…*

Ölümün soğuk yüzü şairin devam eden dizelerinde de kendine yer bulur: *Ölenler yeniden doğarmış, gerçek; Tabut değildir bu, bir tahta kundak, Bu ağır hediye kime gidecek, Çakılır çakılmaz üstüne kapak?*

Ölüm denen **"ağır hediye"** geçtiğimiz ay ardı ardına baro üyelerimize denk düştü. Yitirdiğimiz meslektaşlarımızın hepsi de Avukatlık mesleğindeki güçlük ve yozlaşmadan yakınan insanlardı.

Bu meslek neden bu denli hoyratlaştı, mesleği yürütenlerine karşı? Kıdemli meslektaşlar yozlaşmadan, genç meslektaşlar da zorluklarından yakınıyorlar. Tam anlamıyla bir Hukuk Devleti olamamanın sancılarını herkes çekiyor ama acısını en çok avukatlar duyumsuyor adeta benliklerinde…

Yitirdiğimiz meslektaşlarımızın ilki 30 yaşını yeni dolduran **Hasan Duran**'dı. *Güçsüzlerin Avukatı*'ydı. Tanırdım. Fakülteden sınıf arkadaşımdı. Ailesinin yargıç ol baskılarına direndi. Avukat oldu.

Aksaray'da bir odada beş altı yıl sürdürdü mesleği. Ev kirasını ödeyemeyince ev ile büroyu birleştirdi. Orada yatıp kalktı. Yine de baş edemedi yaşam pahalılığıyla. Baroya başvurdu, CMK işleri aldı. Paraları hükümet tarafından geç ödenince hepten soğudu meslekten. Dosyaları da takip etmez oldu. O sıra Hepatit hastalığına yakalandı. İçmesi yasaktı. İnadına içti. Arkadaşları yapma dediler. Dinlemedi. Gizliden gizliye ölümü seçti sanki. Karaciğeri iflas etmişti. Nakil yapmak için sıraya girdi, sırası gelmişti. Ameliyata girdi. Masadan kalkamadı. Meğer gelen sıra nakil değil ölüm sırası imiş. Ölmek için yaşamak gerekir. Onun bu dünyada çektikleri, yaşamak mıydı emin değilim doğrusu. Adli yıl açılışlarında gülen yüzünü çok özleyeceğiz.

Onun ölüm haberinden kısa bir süre yine otuzlu yaşlarını süren, aynı zamanda şair meslektaşımız **Ela Kurt**'un ölüm haberiyle sarsıldık. Avukatlık işi için gittiği bir Anadolu şehrinde elim bir trafik kazasına kurban verdik onu. Yazmış olduğu şiirleri *Sebeb-i İstanbulum* kitabında toplanmıştı. Onun bu eserini de bülten sayfalarımızda tanıtmıştık. Kendisine ait internet sitesinde yaşamını şu sözlerle tanımlıyordu:

"*1979'un 20 Ağustosunda Kıbrıs adasında doğar. Denize tutkusu böyle başlar... Hakim Babasının görevi nedeniyle Türkiye'yi karış karış yaşar. Türkiye sevdası böyle başlar... Öğretmen annesinin elinden aldığı kalemle yazma tutkusu başlar... ve o adli tatillerde gidilen İstanbul... Hep özlenen... Hep özlediği...*

Kazayla kazanır Ankara Üniversitesi hukuk fakültesini... Kazayla girdiği hukuk fakültesinden kazasız belasız çıkar."

Kitaba adını veren Sebeb-i İstanbulum şiirindeki şu dizeleri gönül tellerini titretir: *Hayal İçinde.* ***Günlerden Pazartesi, aylardan Temmuz****, Sevdalardan mavi... Şehirlerden İstanbul. Makamlardan öyle bir nihavent ki Hala dilimde... Ömrü derbederim hayal içinde mi geçti. Döktüm kederimi, Nazım'ın dediği gibi, 'Yürek çağırmasa, Yolculuklar olmazdı,' Benim yüreğim öyle bir çağırdı ki sizi, Değil Ankara'da, Dünya'nın öbür ucunda olsa, Gelirdim, Şimdi...*

Fakülteyi "kazasız" bitirdiğini belirten Ela Kurt, ne yazık ki Avukatlık mesleğini kazasız belasız bitiremedi. "Meslek kazası" yaşamının ve mesleğinin sonu oldu. İşin daha da acı yanı, o aramızdan ayrıldığında günlerden pazartesi, aylardan temmuz idi... Yani ne zaman öleceğini önceden kestirmişti. Öleceği günü bilen ve bunu şiirine yazan, Şair avukat! Nur içinde yat...

Üçüncü ölümün adı **Ahmet Namık Parlak**'tı. Yayın kurulumuza üyelik yapmıştı. Atadan dededen gerçek bir İstanbulluydu. Onu hiç görmeyenlere onu şöyle anlatabiliriz. Hani İstanbul Beyefendisi denilince zihnimizde bir kişi belirir ya. İşte o Ahmet Namık Parlak idi. Ne bir eksik, ne bir fazla.

Hem iyi bir insan hem de iyi bir avukattı. Onu da yakından tanıma olanağına eriştim. "Büyük" bir büroda çalıştığım bir dönemdi. Büronun her tür olanağı vardı. Yerimiz İstanbul'un en gelişmiş semtlerinden birindeydi. Kütüphanemiz genişti. Büroda onlarca avukattık. Bir sorunun üstesinden gelemedik. Onca avukat aradı taradı ama işin içinden çıkamadı. Aynı büroda çalıştığımız bir avukat büyüğüm beni bu konuda görevlendirdi. Onun uzman olduğunu ve bilirkişilik yaptığını öğrendim. Telefonla aradım. Bürosuna çağırdı. Yeri Sirkeci'de bir eski han odasıydı. Eski ve geniş masasının üstü dosya doluydu. Koltuk ve masaları yıllanmıştı. Eski zaman masasının ardında duran bilge bir kişilik gibi dinledi beni.

Onca yoğunluğuna karşın yardımcı oldu. Sorunumu çözmemde bana altın değerinde bilgiler verdi, yol gösterdi. O an anladım. Çalıştığımız büronun her olanağı vardı ama olaylara değişik açıdan bakacak, olguları birbiriyle kaynaştıracak ufkumuz yoktu. Ruhsatı baro veriyordu ama hukuku benliğinde yoğuracak ve karşılaştığı olaylara uygulayacak bir ufka, avukatların mutlak kavuşması gerekiyordu.

Dosyaların çokluğunu görünce bilirkişilikten iyi kazanıp kazanmadığını sordum. *"Yargıçlar zorla veriyor, ben artık bu işten soğudum, bırakmak istiyorum ama bilirkişilik beni bırakmıyor"* demişti.

Çoğu bilirkişinin yargıçları etkilemek için koridorları aşındırdığı, yargıçlarla ahbaplık kurmaya çalıştıkları, bir dönemde ona dosyalar "zorla" veriliyordu.

Hani bazen bir bilirkişi raporu yetersiz olur. Taraflardan biri itiraz eder de dosya bu kez üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi olunur ya!.. O ra-

porlarını tek başına beş kişilik insanın incelemesiyle oluşturulabilecek bir özenle hazırlıyordu.

Ahmet Namık Parlak! Onun adı bu üç sözcükten oluşmuyordu yalnızca. Erdem, onur, alçakgönüllülük, saygınlık, işinde özen, ciddiyet, duyarlılık, iş disiplini, yardımseverlik, vatan sevgisi, Cumhuriyet'e ve demokrasiye olan inanç, onun adıyla birlikte aynı anda anılan kavramlardı.

Atadan dededen kalma Aksaray'daki evini hiç değiştirmemiş, hep orada yaşamıştı. Evinin olduğu sokağın adı *Çıngıraklı Bostan Sokakmış*. Eskinden bostan olan bu yerler, zamanla beton yığınlarıyla doldurulmuştu.

Onun yaşadığı yere betondan binalar, inandığı değerlere çıkarcı duygular egemen oldu. Buna karşın sönük han odalarında, **"parlak"** bir yaşam sürmesini bildi. Ahmet Namık Parlak İstanbul Barosu'nun ve Türk hukuk dünyasının hep parlayan yıldızı olacak; ilkeleri ve mütevazı yaşamıyla her zaman anımsanacaktır...

Not: Dergimiz yayına hazırlanırken bir ölüm haberi daha geldi. İstanbul Hukuk Fakültesi'nin dik duruşlu ceza hukukçusu Prof. Dr. Çetin Özek hocamızı da yitirdik. 12 Mart döneminin tutuklanan aydınları arasında yer alan muhalif hocamızı da saygıyla anıyoruz.

BİR AVUKATIN YURTDIŞINDAKİ VİZE DAVASI

Av. Vural SOYTEKİN

Vizeye konu davaya KÜBA dönüşü Amsterdam Schiphol havaalanında 10 saatlik bir süreden sonra Türkiye'ye hareket edecek uçağı beklememiz neden oldu.

Hollanda'da, Almanya'da, Fransa'da müvekkillerim vardı. Onlarla dava konularını konuşmak ve de şehri gezmek istemiştik.

Yeşil pasaportlular serbestçe çıkış yaptılar. Yeşil pasaportu olmayanlar için geçiş yoktu. Schiphol Havaalanı Sınır Koruma Tugayı Teğmeni *"Siz avukatsınız da neden yeşil pasaportunuz yok?"* diyordu.

Hakim, savcı, KİT avukatı, hazine avukatı, vs. yeşil pasaport alıyor fakat serbest meslek icra etmiş avukat yeşil pasaport alamıyordu.

Yeşil pasaport temini için Baroya, Barolar Birliği'ne ve bakanlıklara gerekli başvurular yapıldığı halde bir sonuç alınamadı. Hatta etkin parlamenterlere de konu iletilmişti...

Biz, Türkiye ile Avrupa Birliği arasında imzalanmış bulunan Ankara Andlaşması ve Ek Katma Protokol hükümlerine göre vizesiz girme hakkımızın bulunduğunu belirttik. İlgili teğmen kendi ünitelerinde samimi bir şekilde araştırma yaptı. Sonuç olarak *"Olmuyormuş"*, diyordu. Amsterdam Büyükelçimizle görüştürdü. Büyükelçiye konuyu açıkladım. Teşekür etti ve *"Bu kapıları böyle sizlerin çabalarıyla açacağız"* dedi.

Sonuç olarak çıkış yapamıyorsam çıkış yapamadığımın yazılı olarak tarafıma verilmesini istedim. Yazılı belgeyi ne yapmak istediğimi sordular. İptal davası açacağımı söyledim. Teğmen, tekrar üstleriyle görüştükten sonra bana *"Yazılı olarak RED KARARI alırsanız pasaport ve uçak biletine el konulacağını"* bildirdi. *"İsterseniz yazılı red kararı almadan seyahat belgelerini alıp havaalanı sahasında vaktinizi doldurabilirsiniz"* dedi.

RED KARARI'nı yazılı olarak alacağımı iletince beni tekrar Türk Büyükelçiliğiyle görüştürdü. Bu defa görüştüğüm zat bana beni birkaç, üniteye götüreceklerini söyledi, telefonda ses tonu bozuk olarak. Gözetim altına alınacağımı anladım ve telefondaki zat'a *"Merak etmeyiniz, Türkiye'de "yasatanımaz" yönetim döneminde birkaç kez alındık, alışkınız, dert etmeyiniz"* deyip, telefonu kapattım.

Teğmen çay ikram etti, koltukta oturttu ve diğer ünitelere giderken mahcubiyetle ve utanarak kendini takip etmemi işaret etti. Gittiğimiz ünitede (karakol) yine oturacak yer gösterdi ve teslim etti başı önünde utanarak ayrıldı. Bir üniteyi daha ziyaret ettikten sonra üstümdeki eşyalar alınıp zapta geçirildi ve elektronik bir dolaba konarak gözetimevine bırakıldım. Üstümdeki eşyalar ve paralar sayılırken bol sıfırlı TL'leri görünce güldüler ve zabta geçmekte zorlandılar. Zaptı hazırladım imzaladım ve verdim.

Nezarethane boştu. Dikdörtgen şeklinde ve uzun kenarın ortasında iki tuvalet vardı. İçerde su yoktu. Bir süre sonra siyahi bir bayan çıktı... Türk olduğumu söyledim, yerine döndü... Bir süre sonra tekrar çıkarak, bana tavanı gösterdi, dinleme ve fotoğraflama yapıldığını ima etti. Umursamadığımı belirttim ve bu defa **Namık Kemal**'in, **Mehmet Akif**'in varsağılarını yüksek sesle söylemeye başladım. **Nazım Hikmet**'i de ihmal etmedim. Duvarları, yazıları, adımlarla ölçülerini aldım. Benden önce Türkler ziyaret etmişler ve yazılı notlar bırakmışlardı.

Yedi saat 30 dakika nezarette kaldıktan sonra uçağımızın uçuş saati gelince iki sivil polis memuru nezaketle aldı ve otomobille uçağımıza herkesten önce götürüp teslim ettiler, evraklarımı uçak kaptanına verdiler.

Arkadaşlarım beni havaalanı sahasında bulamayınca hayli endişelenmişler, uçağa geldiklerinde beni görünce hem sevindiler hem de şaşırdılar.

"Sen nasıl geldin?"

Öğrendiklerinde bir kısmı yeni bir hukuk mücadelesinin başlayacağı düşüncesiyle sevindi, kimileri de *"Senin bildiklerini başkası bilmiyor mu bir sen mi biliyorsun?"* deme aymazlığında bulundu.

İstanbul'da konu hakkında yoğun bir çalışmaya girdik iki avukat arkadaş ve ben. Sonuçta da asaleten ve vekaleten imzayalayarak davamızı açtık. Tabiiki vekaletlerde farklı oldu. TC'de ve Avrupa Birliği'nde diye başladık geçerli ve yetkili vekaletnameler.

Mahkeme duruşma yapılmasına karar verdi. Katılıp katılmayacağım soruldu. Katılacağımı ilettim. Dostlarım bana Amsterdam'dan bir Türk avukat buldular. Avukat vekalet istemedi. Orada bir avukatın mahkemeye ben bu davayı görmeye yetkilendirildim demesi yeterliymiş.

"Avukatlara güven..."

Duruşmaya gitmek için Hollanda Konsolosluğundan vize almam gerekiyordu. Mahkemenin duruşmaya davet yazısı ve diğer gerekli belgelerle vize bölümüne müracaat ettim. 12 günlük gidiş dönüş uçak bileti bedelini ödemiştim. Otelden rezervasyonu yaptırmıştım. Belgeler tamam dediler. Fakat vize vermediler... Ya otel ücretini yatıracaksınız fatura getireceksiniz ya da davetiye getireceksiniz. Doldurduğum formda Amsterdamda tanıdığım olmadığını bilidirdiğim halde davetiye istemeleri, yatmadan

otelin fatura vermeyeceğini bildikleri halde fatura istemeleri duruşmaya girmemi engellemek istediklerini gösteriyordu.

Oysa Hollanda vakıfları, önceki İstanbul Barosu yönetimiyle birlikte tertipledikleri panellerde Türk hukukçulara *"İnsan haklarını"* öğretmeye kalkışmışlardı.

Bir dostun yeğeni Rotterdam'dan davetiye gönderdi de vize sorunu çözüldü ve Ansterdam'a uçtuk. Avukatımız havaalanından alarak bürosuna oradan da Türklerin işlettiği otelimize gittik.

Duruşma gününü Türk Dışişleri bakanlığı ve İstanbul Barosu'na bildirerek katkı sağlayıp sağlayamayacaklarını sormuştum. İstanbul Barosu Avukat Hakları Merkezi ve Avrupa Birliği komisyonu dosyanın fotokopilerini aldılar. İstanbul Barosu'na Hollanda'ya hareketimden önce ne yaptıklarını sorduğumda bir cevap alamadım.

Türk Dışişleri Bakanlığı, dava konusunu Amsterdam Büyükelçiliği ve Rotterdam Başkonsolosluğu'na ilettiklerini, hukukçularının zamanları elverdiğince duruşmaya katılacaklarını ve bana danışmanlık yapacaklarını yazılı olarak bildirdiler.

Duruşmadan önce Büyükelçiliğimizede, Başkonsolosluğumuza da faksla duruşma gün ve saatiyle Dışişleri bakanlığının yazısını faksladık ve biz duruşmaya giriyoruz, gelirseniz duruşma salonunda birleşiriz dememize rağmen gelen olmadı. 19 Temmuz 2007 günü duruşmaya gittik.

Duruşma günü mahkemenin tek duruşması vardı o duruşma da bizim duruşmaydı. Bayan Yargıç, yanında hukuk mezunu Surinam'lı bir genç bayan katibe. Hollanda Dışişleri bakanlığıda kendisini yine Surinamlı bir bayan avukatla temsil ettiriyordu. Avukatımla duruşmaya girdik.

Hakime hanım dosyayı özetledi ve eksikliklerin bulunup bulunmadığını sordu. Avukatım eksiklikleri belirtti. Katibe not aldı. Dışişleri avukatına eksikliklere karşı beyanlarını sordu ve beyanlarını aldı. Avukatıma iddialarını sordu. Avukatlar oturdukları yerden beyanlarını ilettiler.

Son sözü davacı olarak bana verdiler. Avukatımın tercümanlığıyla iddiamı ve dayanaklarını ilettim.

SONUÇ: Hakime hanım "ZOR BİR KONU, HOŞ (ENTERESAN) BİR KONU" deyip, Hollanda temsilcisi avukata, "uzman heyetinden bir rapor hazırlatmalarını ve mahkemeye sunmalarını bize de gelecek rapora cevap vermemizi bildirdiler.

Duruşmadan çıkarken peşimizden hakime hanım bir espri daha yaptı. Avukatım tercüme etti: *"Türklere Avrupa vizesi hayırlı olsun..."* Teşekkür edip, selamlayarak duruşma salonundan ayrıldık.

Bu gibi konularda mahkemeler Avrupa Birliği ile devletler arasındaki andlaşmalardan doğan uyuşmazlıklarda LÜKSEMBURG'da bulunan AVRUPA ADALET DİVANINDAN mütalaa almaktadırlar.

Türk vatandaşlarıyla ilgili olarak bugüne kadar alınan mütalaa sayısının 37 olduğunu, Hollanda'daki Türk avukatlardan öğrendim. 35 mütalaa Türklerin lehine sonuçlanmıştır. Biri başıboş, diğeri uyuşturucu müptelası iki Türk'ün talebi aleyhe sonuçlanmıştır.

En son İngiltere'de iki Türk hakkında İngiltere'de açtıkları dava nedeniyle Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği karar olumlu oldu. Bu olumlu mütalaadan sonrada İngiliz mahkemeleri Türklerin haklarını kabul ettiler.

Biz, Türklerin serbest dolaşım haklarının sadece serbest meslek mensuplarıyla sınırlı kalamayacağını Ankara Andlaşması ve Ek Katma protokol hükümlerinin kabul edildiği tarihlerde Türklere Avrupa Birliği ülkelerinde vize uygulanmadığını, andlaşma hükümlerinde, Türklere bu andlaşmadaki hükümlerden daha ağır hükümler uygulanamayacağının belirtildiğini anımsatarak vizenin tüm Türklere kaldırılması gerektiğini belirttik.

Vize 1980 darbesinden sonra uygulanmaya başladı. Türk Devleti bu vizeleri kaldırmak için hiçbir çaba harcamadı ve harcamıyor. Türk Vatandaşları münferit çabalarıyla bu vizeleri kaldırmaya çalışıyorlar, çalışacaklar, kaldırıyorlar ve kaldıracaklar...

MAHKİM KARARLARI

BELGE 1

BÖLGESEL TV KANALININ YAYININI TEKZİP KONUSUNDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

RTÜK İnternet Sitesi'nde ve Yüksek Seçim Kurulu Kararlarında K. TV'nin bağlı olduğu Y. Tv. Yayın Hiz. A.Ş.'nin bölgesel kanallar içinde yer aldığı belirlendiğinden, 3984 sayılı yasanın 28/7. fıkrasında **ulusal yayın yapan televizyon kanalları için Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'nin ve bölgesel yayın yapan televizyon kanalları için ise başvurucunun ikametgahı mahkemesinin yetkili olduğu** açık iken aksine görüşle yetkisizlik kararı veren Eyüp .( ).. Sulh Ceza Mahkemesi ve itiraz mercii Eyüp .(.). Asliye Ceza Mahkemesi'nin başvuru konusu yayını yapan K. Televizyonu'nu ulusal kanal olarak değerlendirerek yetkisizlik kararı ile dosyanın Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermeleri yasaya uygun bulunmamıştır.

DOSYANIN ÖZETİ:

Başvurucu Belediye Vekili olup, **K. TV'nin** 15.10.2007 gün ve saat: 23:46'da yayınlanan ... programında müvekkili ile ilgili gerçek dışı iddialarda bulunulduğu; yayın ilkelerine aykırı ve gerekli inceleme yapılmadan hazırlanan programın, tarafsızlık ilkesinden uzak olduğundan bahisle, dava dilekçesinin ekinde sunduğu tekzip metninin aynı saatte, aynı programda okunmak suretiyle cevap hakkının kullanılması talebiyle başvurucunun ikametgahı mahkemesi olan Eyüp Sulh Ceza Mahkemesi'ne dava açmıştır.

Davası **"düzeltme talebine konu haberin K. TV'de yayınlanmış olması nedeniyle 3984 sayılı yasanın 28/7 maddesine göre CMK 12. maddesi uyarınca Eyüp Sulh Ceza Mahkemesinin YETKİSİZLİĞİNE ve dava dosyasının yetkili ve görevli Ankara Sulh Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE"** karar verilerek REDDEDİLMİŞTİR.

Başvurucunun Eyüp ... Asliye Ceza Mahkemesine yapmış olduğu itiraz da ..../... Müt. no.'lu dosya üzerinden hiçbir açıklayıcı gerekçe gösterilmeden **<<karar usul ve yasaya uygun bulunmakla İTİRAZIN REDDİNE>>** ifadesiyle reddedilmiştir.

Ankara .... Sulh Ceza Mahkemesi ..../... Müt. dosya no'su üzerinden vermiş olduğu kararla TEKZİP TALEBİNİN KABULÜNE ve Tekzip Metni başlıklı yazının aynı programda, yayın akışı içinde, yukarıdan aşağıya yazı kaydırma tekniği kullanılarak, mutat okuma kuralları çerçevesinde tamamının aynen okunarak YAYINLANMASINA karar vermiştir.

I - SAV

Başvurucu yayını yapan K. TV'nin **ulusal bir kanal olmadığı için yetkili ve görevli mahkemenin Eyüp Sulh Ceza Mahkemesi olduğunu; davasının YETKİSİZLİK gerekçesiyle Ankara Sulh Ceza Mahkemesine gönderilmesi yönünde verilen kararın hukuka aykırı olduğu** iddiasıyla dosyanın incelenmesi talebinde bulunmuştur.

II – İNCELEME:

1-) 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayınları Hakkında Kanun incelenmiş olup 4. maddesinde "YAYIN İLKELERİ"nin sayılmış olduğu; DÜZELTME ve CEVAP HAKKI başlıklı 28. maddesinin 7. fıkrasında açıkça yetkili ve görevli mahkemenin belirlendiği,

2-) 10.08.2007 tarih ve 26609 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan **768 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararının** Sonuç bölümünün 3. maddesinde **özel televizyonların hangilerinin ulusal olduğunun** tek tek sayıldığı görülmüştür.

3-) İnternet ortamında RTÜK (Radyo Televizyon Üst Kurulu)'ün Resmi Sitesi'nden ulusal ve bölgesel televizyon ayırımına ilişkin araştırma yapılmıştır.

III – DEĞERLENDİRME:

1-) RTÜK internet Sitesi'nde ve gerekse Yüksek Seçim Kurulunun anılan Kararında K. TV'nin bağlı olduğu **Y. Televizyon Yayın Hizmetleri A.Ş.'nin ulusal kanallar içerisinde sayılmamasına karşın bölgesel kanallar içinde yer aldığı** belirlenerek; BÖLGESEL Kanal olarak yayın yaptığı kesin kanısına ulaşılmıştır.

2-) 3984 sayılı yasa açıkça yayın ilkelerini 4. maddesinde saymış olup davacı bu ilkelere uyulmadığı savıyla başvuru konusu davayı açmıştır. Ancak davanın esası hakkında herhangi bir hukuka aykırılık savı yoktur. Hukuka aykırılık iddiasının yetkili mahkemenin tespiti noktasında olduğu görülmekle yapılan inceleme sonucunda bu hususun yine aynı yasanın 28. maddesinin 7. fıkrasında düzenlendiği ve ulusal yayın yapan kuruluşlar için Ankara Sulh Ceza Mahkemesi; bölgesel ve yerel yayın yapan kuruluşlar için ise yetkili ve görevli mahkemenin başvuru sahibinin ikametgahı mahkemesi olduğu belirlenmiştir.

IV – SONUÇ:

1-) 3984 sayılı yasanın yetki ve görev konusunu açıkça düzenlemiş olmasına karşın; gerek Eyüp ... Sulh Ceza Mahkemesinin ve gerekse itiraz mercii Eyüp ... Asliye Ceza Mahkemesinin bu konuda yeterli araştırma yapmadıkları;

2-) Televizyon yayını yapan bir kanalın ulusal kanal olup olmadığının kesin olarak belirlenebilmesi mümkünken; bu noktayı araştırmadan, davacının talebini yetkisizlikle reddetmeleri ve yayın kanalı

ulusal kanalmış gibi, dosyanın Ankara Sulh Ceza Mahkemesine gönderilmesi hususunda hüküm oluşturmaları yasayı açıkça ihlal olarak nitelendirilmiştir.

3-) Yukarıda belirtilen nedenlerle başvurucunun başvurusunun yerinde olduğu kanı ve sonucuna varılmıştır. 06.06.2008

BELGE 2

VEKİL ARACILIĞIYLA YAPILAN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HİLE

1-) İhtiyati tedbir kararında değişiklik yapılmasına ilişkin kararlarda, tarafların davet edilip dinlenmemesi, gerekçe gösterilmemesi, araştırma yapılmaması ve tedbir lehdarı davacının durumunu kötüleştirecek bir karar verilirken özellikle bunun dayanaklarının gösterilmemesi; TMK. 4. maddesinde yer alan **hakimin takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete göre kullanması** gereği biçimindeki kısıtlayıcı ve belirleyici hükme aykırı olduğu;

2-) Birleştirme kararı yönünden uygulamadaki teamüle ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığı;

3-) Sayın Mahkemenin, **taşınmaz projesinde ve tapuda özel garaj alanı olarak görünen bir yeri dükkan olarak kullanmak amacıyla ve piyasa rayiç değeriyle** taşınmaz satın alınmasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği; böyle bir taşınmazın ancak çok düşük bir fiyata razı olunarak alınabileceğini göz ardı ederek hile ile ilgili delilleri kanımızca doğru değerlendirmediği;

4-) Yine bunun gibi, **yapılan satışın alıcı ve satıcı olarak vekaletname ile yapılması nedeniyle tapu sicilinin aleniliğinden söz edilemeyeceği; vekillerin dükkanı satan şirketin ortakları olduğu,** satış işlemlerinin yapılması hususunda davacıdan vekaletname vermesini ancak böylelikle tapusunun verileceğini, bu yönde kendisini zorladıkları ve yanılttıkları, tanık beyanlarıyla sabit olmasına ve bilirkişi raporunun sarih hileye işaret eden ifadelerine rağmen her tür delille ispatlanabilecek hile

konusunun, ispatlanamadığından bahisle **RED KARARI VERİLMESİNİN** yerinde bulunmadığı;

5-) Dosya içerisindeki tüm delillerin tartışılmamasından dolayı HUMK 388/3. maddesinde belirtilen "**delillerin tartışması ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebep**" unsurunun eksikliği nedeniyle kararın usul ve yasaya uygun olmadığı kanaat ve sonucuna varılmıştır.

DOSYANIN ÖZETİ:

İnşaat Şirketi tarafından taşınmazın özel garaj hissesi olan bölümleri pasaj içi dükkan olarak inşa edilip, dükkan olarak görüp, beğenen davacılara satışı vaad edilmiş; satış aşamasında davacıların çeşitli bahane ve zorlamalarla şirket ortaklarına vekaletname vermeleri sağlanarak, ödedikleri bedelden çok daha düşük bir bedelle özel garaj hisselerinin tapuda devri yapılmıştır.Davacılar, satın aldıkları yerin, özel garaj payı olduğunu öğrendikten sonra iki ayrı dosya üzerinden hileye dayalı **tapu iptal ve bedelin iadesi veya özel garajın değeri belirlenerek ödenen miktarla aradaki farkın iadesini terditli olarak talep etmişlerdir.**

Yargılama aşmasında davacılar H.Ç., M.Ç. ve S.Ö., SÖ. tarafından açılan iki ayrı dosya birleştirilmiş; verilen ihtiyati tedbir kararları taraflar dinlenmeden ve herhangi bir gerekçe belirtilmeksizin, önce sınırlandırılmış, ardından hacizli başka bir bağımsız bölüme kaydırılarak değiştirilmiştir.

Davacı taraf, **bu dükkanların satışından önce dağıtılan el ilanlarını ve şirket yetkililerine çıkarılan vekaletname ile şirket ortaklarına ilişkin resmi belgeleri dosyaya sunmuş; tanık dinletmiş; ödemelere ilişkin belgelerini ibraz etmiş; mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda da açıkça hileye değinilmiş** olmasına karşın, mahkemece bunların hiçbirine itibar edilmeden hüküm kurulmuş ve **DAVACININ HİLE OLGUSUNU İSPAT EDEMEDİĞİ gerekçesiyle DAVA REDDEDİLMİŞTİR.**

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de aynı gerekçe ile kararı ONAMIŞTIR.

III – DEĞERLENDİRME:

İhtiyati tedbirlerin kaldırılması kararlarının hukuka aykırılığı iddiası yönünden:

HUMK Dokuzuncu Fasıl İhtiyati Tedbirler başlıklı 101-113/A maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; davacının, hangi hakka dayanarak ve hangi uyuşmazlık için tedbir istediğini, bu talebini haklı kılan sebepleri ve istenen ihtiyati tedbir türünü belirtmesi gerekir. Dava açılmadan önceki tedbir talepleri, tedbirin en az masrafla ve en çabuk yerine getirilmesi olanağı bulunan yerde, davaya bakmaya hangi

mahkeme görevliyse o mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak ve ancak asıl davayı gören mahkemeden istenebilir (HUMK 104. mad.). **Mahkeme kural olarak iki tarafı derhal davet edip dinleyerek karar verir** (HUMK 105. mad.). Acele ve davacının hakkının derhal korunması zorunlu hallerde, mahkeme duruşma yapmaksızın da ihtiyati tedbir konusunda karar verebilir. Gıyabında ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın bu karara itiraz hakkı vardır (HUMK 107. mad.).

111. madde; *"İhtiyati tedbir kararı, geçici nitelikte olup, durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebileceğinden, temyiz edilemez."* düzenlemesi getirmiştir. Buna göre, yargıcın, ihtiyati tedbirin kaldırılması ya da değiştirilmesine karar verirken durumda nasıl bir değişiklik olduğunu açıkça belirtmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Oysa Sayın Mahkemenin ihtiyati hacizlerin değiştirilmesine ilişkin (özellikle davacının durumunu kötüleştirici) kararlarında herhangi bir açıklaması bulunmadığından, bu yönün araştırıldığına ilişkin herhangi bir bulguya rastlanamamıştır.

Birleştirme kararının hukuka aykırı olduğu iddiası yönünden

HUMK 45. maddesinin 3. fıkrası açıkça davaların aynı sebepten doğmuş olması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda davalar arasında bağlantı bulunduğunu ve birleştirme kararı verilebileceğini düzenlemiştir. Öğretide bu bağlantının geniş olarak yorumlanması gerektiği kabul görmekte olup; salt davacı taraflarının farklı olması nedeniyle bağlantı bulunmadığının kabulüne de 43/2, 2. bendindeki **(Davanın, her biri hakkında – müddeiler veya müddeialeyhler - aynı sebepten neşet etmesi...)** hüküm karşısında olanak bulunmamaktadır. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 18.03.2008 tarih ve 2008/1266 E. ve 2008/1111 K. sayılı kararında iki farklı tarafın davalarının birleştirilmesi durumunda, davacılardan birinin feragati halinde verilmesi gereken kararı tartışmıştır. Görüldüğü üzere davacıların farklı olması, aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesine engel görülmemektedir.

Davanın reddi kararının hukuka aykırı olduğu iddiası yönünden:

(Dava ile ilgili karar, Yargıtay ... Dairesinin .../... E ve .../... K kararı ile kesinleşmiş olduğundan; bu hususta da inceleme yapmak yoluna gidilmiştir.)

1-) Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin E. 2004/3092 ve K. 2004/3555 sayılı, 29.03.2004 tarihli, E. 2004/4125 ve K. 2004/4717 sayılı 21.04.2004 tarihli kararlarında, **"hile, ... her türlü delille isbat edilebileceği gibi, iptal hakkının kullanılması hiç bir şekle bağlı olmadığı"** ifade edilmiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin E. 2002/14594 ve K. 2003/554 sayılı 20.01.2003 tarihli kararında **"...hem yanılgıya düşen taraf, yönünden (Subjektif unsur), hem de iş hayatındaki dürüstlük kuralları (objektif unsur) açısından, hataya düşülmese idi böyle bir sözleşmenin hiç veya açıklanan biçimde yapılmayacağının ispatlanması halinde hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makable şamil) olarak ortadan kaldırılabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir."**

13. Hukuk Dairesi ise E. 2005/5474 ve K. 2005/10284 sayılı 16.06.2005 tarihli kararında **"Satın Alınan Dairelerin Taahhüt Edilen Niteliklerde Olmaması Nedeniyle Nesafet Farkı İstenmesi"** gerektiğinden söz etmektedir.

Hukuk Genel Kurulunun E. 2000/15-984 ve K. 2000/1046 sayılı 14.06.2000 tarihli kararında, **"Herkes haklarını kullanırken ve bir işlemde bulunurken ortalama bir kişiden beklenen ihtimamı göstermekle yükümlüdür. Basit bir incelemeyle dava konusu daireye ait satış işleminde yetki verilmediği anlaşılabilecek durumdadır. Ortada tapu memurunun da açık ihmali vardır. Kısaca yapılan satış işlemi yolsuz tescil ile malüldür."** denmiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin E. 2005/1066 ve K. 2005/4429 sayılı 12.04.2005 tarihli kararında, **İmar Planında Katlı Otopark Niteliğinde Olduğu ve Tescilin Yolsuz Yapıldığı İddia Edilmek Suretiyle Mülkiyetin Aidiyetinin İstenilmesi davasında** *"idarelerin yasaların kendilerine tanıdığı yetkiler çerçevesinde oluşturdukları kararların hukuki sonuç doğurduğu; çekişmeli 78 parsel sayılı taşınmazın davalı adına oluşturulan sicilinin dayanağı bulunmadığı ve sicilin yolsuz tescil niteliği taşıdığı gözetilmek suretiyle, davanın kabul edilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir."* sonucuna varılmıştır.

Dolayısıyla Yargıtay;

- Taşınmaz satış sözleşmesinin sebebe bağlı bir işlem olduğuna,

- Tapu sicilinin dahi sebebe bağlı olduğuna,

- Tapu sicili ile arkasında var olan taşınmaz satış sözleşmesinin birbirini destekler nitelikte olması gerektiğine,

- Karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla resmi biçimde yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde irade sakatlıklarının gerçek bir satış sözleşmesinin gerçekleşmesine ve dolayısıyla tapudaki tescilin yolsuz tescil olarak yer almasına neden olacağına,

- Yolsuz olan bu tescil nedeniyle iradedeki sakatlığa dayalı geçmişe etkili tapu iptal davası açılabileceğine,

- Ödenen bedelin iadesinin istenebileceğine,

- Satın alınan taşınmazın taahhüt edilen nitelikleri taşımaması halinde hak ve nısfet ilkeleri gereği aradaki nesafet farkının istenebileceğine hükmetmiştir.

Başvurucunun açmış olduğu davanın müvekkilinin elinden hile ile alınan bir vekaletnamenin verdiği yetkilerin yine müvekkilinin iradesi dışında kullanılarak, kendisine dükkan olarak görüp beğendiği yere karşılık olarak, apartmanın ortak alanlarına ilişkin bir tapunun verildiği, bu konuda dinletilen tanık beyanlarının, satış bedelinin, sunulan diğer tüm deliller ile hayatın olağan akışına uymayan bir durumun varlığı dikkate alındığında; **iradesi davalının hareketleri ile sakatlanmış olan davacının davasını kanıtlamış olduğu kanaati hasıl olmuştur.**

2-) Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin E. 2003/4303 ve K. 2003/4637 sayılı 17.0.2003 tarihli, aynı Dairenin E . 2005/1072 ve K. 2005/4420 sayılı 12.04.2005 tarihli, E. 2005/837 ve K. 2005/1805 sayılı 23.02.2005 tarihli, E. 1988/82595 ve K. 1988/11450 sayılı 31.10.1988 tarihli, Hukuk Genel Kurulunun E. 1992/1-241 ve K. 1992/322 sayılı 13.5.1992 tarihli kararları **"vekalet görevinin kötüye kullanılması nedeniyle taşınmaz satış sözleşmesinin ve tapu kaydını iptaline olanak veren, vekilin yaptığı sözleşmeyle vekalet verenin bağlı sayılamayacağına"** yöneliktir.

Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ve 390/2 maddesinde **"vekil, müvekkiline karşı vekaleti hüsnüniyetle ifa ile mükelleftir..." hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur.** Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu gözardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. **Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin birinci fıkrası uyarınca sorumlu olur.**

Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur."

Sayın Mahkemenin vekaletnamedeki sakatlığa hiç değinmemiş olması, dava dilekçesinde beyan edilmesine karşın, bu hususun araştırılmaması tarafımızca doğru görülmemiştir.

IV – SONUÇ:

1-) İhtiyati tedbir kararında değişiklik yapılmasına ilişkin kararlarda, tarafların davet edilip dinlenmemesi, gerekçe gösterilmemesi, araştırma yapılmaması ve tedbir lehdarı davacının durumunu kötüleştirecek bir karar verilirken özellikle bunun dayanaklarının gösterilmemesi; TMK 4. maddesinde yer alan **hakimin takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete göre kullanması** gereği biçimindeki kısıtlayıcı ve belirleyici hükme aykırı olduğu;

2-) Birleştirme kararı yönünden uygulamadaki teamüle ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığı;

3-) Sayın Mahkemenin, **taşınmaz projesinde ve tapuda özel garaj alanı olarak görünen bir yeri dükkan olarak kullanmak amacıyla ve piyasa rayiç değeriyle** taşınmaz satın alınmasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği; böyle bir taşınmazın ancak çok düşük bir fiyata razı olunarak alınabileceğini göz ardı ederek hile ile ilgili delilleri kanaatimizce doğru değerlendirmediği;

4-) Yine bunun gibi, **yapılan satışın alıcı ve satıcı olarak vekaletname ile yapılması nedeniyle tapu sicilinin aleniliğinden söz edilemeyeceği; vekillerin dükkanı satan şirketin ortakları olduğu,** satış işlemlerinin yapılması hususunda davacıdan vekaletname vermesini ancak böylelikle tapusunun verileceğini, bu yönde kendisini zorladıkları ve yanılttıkları, tanık beyanlarıyla sabit olmasına ve bilirkişi raporunun sarih hileye işaret eden ifadelerine rağmen her tür delille ispatlanabilecek hile konusunun, ispatlanamadığından bahisle **RED KARARI VERİLMESİNİN** yerinde bulunmadığı;

5-) Dosya içerisindeki tüm delillerin tartışılmamasından dolayı HUMK 388/3. maddesinde belirtilen **"delillerin tartışması ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebep"** unsurunun eksikliği nedeniyle kararın usul ve yasaya uygun olmadığı kanı ve sonucuna varılmıştır. 11.07.2007

BELGE 3

MAHEKEME İNCELEME RAPORU

HAKİMİN TAKDİR HAKKI-USUL EKONOMİSİ

Özet: *İhtiyati haciz talebinde, hakimin karşı tarafı ve üçüncü şahısları korumak maksadı ile, teminat yatırılmasını şart koşabilme takdirinin olduğu HUMK 110. md. gereğidir. Ancak, Hakimin takdir hakkını kullanırken, AY 141. madde ve HUMK 77. maddesinin emredici hükümleri gereği hukuk ve hakkaniyete uygun karar vermesi ve usul ekonomisini gözetmesi gerekmektedir. Davacının fazla yatırılan teminatın nakden iadesi talebine karşılık, mahkemece verilen "teminat mektubunun değerinin düşürülmesi" kararı, AY 141. madde ve HUMK 77. maddesinin emredici düzenlemelerine aykırıdır ve usul ekonomisi ile bağdaşmamaktadır.*

TALEP

Başvurucu, Kadıköy :.....Asliye Hukuk Mahkemesi'nden ihtiyati haciz talebinde bulunmuş, mahkeme 3500 YTL teminat takdir etmiş ve bu miktar mahkemeye yatırılmıştır. Hemen akabinde kalemce taminatın yanlış hesaplandığı, gerçekte teminat miktarının 35.000 YTL olması gerektiğinden bu miktar teminat istenmiştir. Bu kez, teminat olarak 35.000 YTL değerinde banka teminat mektbu mahkemye ibraz edilmiştir.

Başvurucu vekili, 24.05.2004 tarihli dilekçesi ile müvekkilinin nakde ihtiyacı olması ve esas takibe başlamak için de harcın nakden yatırılması zorunluluğundan dolayı ilk başta yatırdığı 3500 YTL nakdi taminatın iadesini talep etmiştir. Mahkeme, 24. 05 .2004 tarihli başvuru dilekçesi üzerinde vermiş olduğu kararda "teminat mektubu miktarnın düşürülmesine" hükmetmiştir.

İNCELEME

Söz konusu ara kararın neticesinde, başvurucunun vekil edeni nakden yatırılmış olduğu 3500 YTL iade alamadığı gibi, 35.000 YTL ve 31.500

YTL değerinde iki ayrı teminat mektubu almak zorunda bırakılmış, bu yolla 66.500 YTL kredi kullanmak zorunda kalmıştır. Söz konusu kredi maliyeti düşünüldüğünde yargılamanın ekonomik olması ilkesine aykırı bir ara karar verilildiği görülmektedir.

HUMK 110, 111, 112, maddeler ışığında olaya baktığımızda, tedbir konusuda takdir yetkisi bulunan hakimin, bu takdir yetkisinin sınırlarının olması da gerekir. 4720 sayılı TMK 4. maddesi *"kanun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve kakaniyete göre karar verir."* demek suretiyle takdir yetkisinin hukuka uygun ve hakkaniyetle kullanılması gerektiğini bildirmektedir.

AY 141/4 *"davaların en az giderle ve mümkün olan suretle sonuçlandırılması, yargının görevidir"* denilmek suretiyle usul ekonomisi gereğine açıkça işaret edilmiştir. HUMK m. 77'de aynı *"usul ekonomisine"* riayet edilmesine işaret eder.

SONUÇ: Yukarıda izahına çalışılan nedenlerle, fazla yatırılan teminatın nakden iadesi talebine karşılık verilen "teminat mektubunun değerinin düşürülmesi" kararının AY 141. madde ve HUMK 77. maddesinin emredici düzünlemelerine aykırı olduğu ve usul ekonomisi ile bağdaşmadığı kanı ve sonucuna varılmıştır.

YAZILAR

KARŞILIKSIZ ÇEK –SUÇ VE CEZA YÖNÜNDEN BİR DEĞERLENDİRME–

Enver KUMBASAR[1]

I. GİRİŞ

Hukukumuza 19.03.1985 tarih ve 3167 Sayılı Yasa ile giren *"Karşılıksız çek keşide etme"* suçu, ceza yargılamalarında önemli bir yer tutmaktadır. Cumhuriyet Savcılıklarındaki soruşturmaların ve ceza mahkemelerinde görülen davaların azımsanmayacak bir miktarını bu suça ilişkin yürütülen soruşturmalar ve açılan davalar oluşturmaktadır. Karşılıksız çek keşide etme suçundan açılan davaların çoğu mahkumiyetle sonuçlanmaktadır. Buna karşın, ödeme ya da tarafların anlaşması sonucu şikayetten vazgeçme yolu ile yargılaması süren davalar düşürülmekte, kesinleşen cezalar ise yerine getirilmeden (infaz) bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmaktadır. Yerine getirilen mahkumiyet hükümlerinin sayısı çok azdır.

Çek bir ödeme aracıdır. Ticari hayatta paradan sonra en yaygın kullanılan ödeme aracıdır. Nakit para bulundurma ve taşımanın zorluğu ve ortaya çıkarttığı güvenlik kaygısı nedeniyle kişiler çek kullanmaya yönelmektedirler. Görüldüğünde ödenmesi ve devrinin (ciro) kolay oluşu nedenleriyle ticari ilişkilerde nakit para gibi ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Diğer kambiyo senetleri olan poliçe ve senet karşısında çek, en çok tercih edilendir. Bunun bir nedeni de, uygulama ile yerleştiği biçimiyle ileriki tarihli (vadeli) çek düzenleme olanağının bulunmasıdır. Çek bedelinin ödenmesi keşidecinin bankadaki çek hesabından yapılmaktadır. Hesapta yeterli karşılık yoksa, çek bedeli ödenemeyecektir. Bu durum *"Çekin karşılıksız kalması"* ya da *"karşılıksız çek"* olarak isimlendirilir. Çek hesap sahipleri çeşitli nedenlerle çek hesaplarında yeterli karşılık bulundurmaz ya da bulunduramazlar. Bu daha çok çek verilmesine yol açan alt ticari ilişkideki yükümlülüğün(borcun) yerine getirilmemiş olmasından kaynaklanabilir. Öte yandan ekonomik ve ticari hayattaki olum-

---

(1) Yargıç

suz gelişmeler sonucu kişilerin bozulan mali durumları da bu sonuca yol açabilir. Bir diğer önemli sebep de, kötü niyetli hesap sahiplerinin (keşideci) karşı tarafın zararına kendi menfaatine karşılığı olmadan çek keşide etmeleridir. Bütün bu ve benzeri durumlar çek alacaklılarının (lehdar, hamil, elinde bulunduran) mağduriyetine yol açar, bu durum ise çeke olan güveni sarsar. Karşılıksız çeklerin çoğalması öncelikle ekonomik ve ticari hayata olumsuz yansımakta ve bu yolla kamu güvenliği bozulabilmektedir. Çeke olan güvenin sağlanması, bu yolla ekonomik ve ticari hayatın olumsuz etkilenmesinin önlenmesi ve kamu güven ve düzeninin korunması amacıyla karşılıksız çek fiilleri suç olarak kabul edilmiş ve ceza yaptırımına bağlanmıştır. Ülkemizde karşılıksız çek fiilleri 3167 Sayılı Yasa ile ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Karşılıksız çek keşide etme fiillerinin suç olarak kabulü ve ceza yaptırımına bağlanması, bu fiillerin artmasına engel olmamıştır. Hatta hapis cezası yaptırımı dahi bunu sağlayamamıştır. Ancak, çek alacaklılarının önemli bir kısmının, çek bedellerini, bu suçlara ilişkin ceza yargılaması sırasında, ceza yaptırımının zorlayıcı gücünün etkisiyle tahsil edebildikleri de bir gerçektir. Oysa alacakların tahsili için hukuk düzeninin öngördüğü yol alacak davası ve icra takibidir. Öyleyse çek alacaklılarının, alacaklarını tahsil olanağı bakımından diğer alacaklılara göre daha fazla hukuksal donanıma sahip oldukları rahatlıkla söylenebilir.

Karşılıksız çek keşide etme fiilinin her ne kadar ayrı bir suç olarak düzenlenmesine gerek duyulmuş ve 3167 Sayılı Yasa ile suç olarak kabul edilmiş ve ceza yaptırımına bağlanmış ise de, bu fiillere ilişkin hukuksal düzenlemeler ve uygulama karşısında, bu fiillerin suç oluşturup oluşturmaması, suç olarak kabulü durumunda yaptırımının niteliği, özgürlüğü bağlayıcı ceza gerektirip gerektirmediği tartışılmış ve tartışılmaktadır. İncelememizin konusunu da bu sorun oluşturmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası belgelerde yer alan hükümler ile bunların iç hukuka yansımalarına bakılacak, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin kararları incelenecektir. Ancak, bütün bunlardan önce, çekin tanımı, niteliği, karşılıksız çek keşide etme fiilinin suç ve cezasına ilişkin yasal düzenlemeler, bu suçta güdülen amaç ve uygulamadaki duruma kısaca değinmek gerekmektedir.

II. KAVRAM, YASAL DÜZENLEME, AMAÇ, SUÇUN NİTELİĞİ

1. Kavram

Türk Ticaret Yasası'nda kambiyo senedi olarak düzenlenen çek, bir ödeme aracıdır. Bununla keşideci, muhatap bankaya, çeki elinde bulundurana (hamil) ya da yararlanacak olana çekte yazılı tutarı, çek hesabından ödenmesi emrini verir[2]. Çek, 6762 sayılı Türk Ticaret Yasası'nın (TTY) 692-735. maddelerinde, poliçe ve bono gibi bir kambiyo senedi olarak düzenlenmiştir. Çek bir ödeme aracıdır ve görüldüğünde ödenir (TTY m.

707/1). Görüldüğünde ödenmesi, çeki elinde bulunduranın, bunu muhatap bankaya ibraz ettiğinde, bankaca derhal ve hemen ödenmesini ifade eder. Çekte vade yoktur. Ancak, Yasada olmamasına karşın uygulamada çek çoğunlukla ileriki tarihli (vadeli) olarak düzenlenmektedir. Bu tür çekler dahi üzerinde yazılı tarihinden önce ibraz edildiklerinde ödenirler (TTY m. 707/2). Bu durum, çekin nakit para gibi bir ödeme aracı olduğunun göstergesidir. Diğer bir sonuç ise, çekin asıl borç ilişkisinden bağımsız bir alacak-borç ilişkisi oluşturmasıdır. Asıl borç ödensin ödenmesin, çekten kaynaklanan alacak-borç ilişkisi sürer. Karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından bu durum çok önemlidir. Asıl borç ilişkisindeki itiraz ve çekişmeler karşılıksız çek suçu bakımından sonuç doğurmaz. Çekin, ödeme ya da başka nedenle mahkeme kararı ile iptali dışında karşılıksız çek suçu yine oluşur.

Çekin hukuksal niteliği üzerine çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte; çek, *"kanunda yazılı şekil şartlarına uygun olarak, belli bir miktar paranın ödenmesi hususunda kayıtsız şartsız bir havaleyi içeren, ancak bir banka üzerine keşide edilebilen ve ibrazında ödenecek olan bir ticari senet"*[3] olarak tanımlanıp nitelendirilebilir.

Türk Ticaret Kanunu bağlamında bakıldığında, çek, muhatap bankaya yönelik bir havaledir (TTY m. 692). Havale ise Borçlar Yasası'na göre bir sözleşmedir (m. 457). Buradan, çekin havale niteliğinde bir sözleşme olduğu sonucuna rahatlıkla varılabilir.

2. Yasal Düzenleme-Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu

Karşılıksız çek fiilleri bağımsız bir suç olarak düzenlenmeden önce *"dolandırıcılık"* suçu (765 sayılı Türk Ceza Yasası m. 503) kapsamında değerlendirilmekteydi[4]. Karşılıksız çek fiilinde keşideci, hile, kötü niyet ve sair yollarla bedelini yatırmadığı çeki keşide ederek hamilin zararına ve kendi menfaatine yönelik kasıtlı bir eylem gerçekleştirdiğinden bahisle *"dolandırıcılık"* suçundan sorumlu tutulmaktaydı. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 17.01.1929 tarih ve 471 sayılı yorum kararı bunu destekler

---

(2) NUHOĞLU, Ayşe, "4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşidesi Suçu", Aydın Aybay'a Armağan. Vedat Kitapçılık, s. 253-266.

(3) GÜLEÇ, Sesim Soyer, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Seçkin yayınları, Ankara 2007, s.78.

(4) "Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre; mücerret karşılıksız çek keşide edilmesi, suçun oluşması için yeterli görülmemekte; TCK'nun 503. maddesindeki diğer unsurların da gerçekleşmesi koşulu aranmaktadır. Şu halde, bu suçu, şekli bir suç sayma olanağı yoktur. 503. maddedeki unsurların varlığı kaydıyladır ki; karşılıksız çek keşide edilmesinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğundan söz edilebilir. Bütün cürümlerde olduğu gibi, burada da öncelikle sanığın dolandırıcılık kastı ile hareket ettiğinin tespiti gereklidir. Bir diğer deyişle, sanık, lehdarı dolandırmayı kastederek ve bunun için onun iyi niyetinden(hulus ve saffet) yararlanıp hile ve sanialar yaratarak(karşılığı olmadığını bildiği halde çek keşide etmesi), bundan, kendisi veya başkası için yarar sağlaması ve lehdarı da zarara sokması halindedir ki, karşılıksız çek keşide etmek suretiyle dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilebilecektir." CGK. T.14.12.1981, S.6/361-429, ÇAĞLAYAN, Muhtar, Türk Ceza Kanunu, C.4, 3.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1984, s.506-507.

niteliktedir: *"TCY'nın 503. maddesinde yer alan dolandırıcılık suçu, karşılıksız çek keşide edenlerin hareketine uygun bulunmaktadır. Karşılığı olmadığı halde, hile, sania, kötü niyet, kayıtsızlık ve ihmal ile çek keşide edenler , taşıyanı zarara sokmak suretiyle dolandırıcılık cürmünü işlemiş olurlar. Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinin uygulanması halinde, hesabının kesin sonucunu bilmeyerek, yanlışlıkla çek keşide edenlerin hareketlerinde ise suç kastı bulunmaması nedeniyle ceza sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu yaptırım ve güvence karşısında Türk Ticaret Kanunun sözü edilen maddesine bir fıkra eklenmesine yer almadığına Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca karar verilmiştir"*[5].

Dolandırıcılık suçunun manevi unsuru kasttır. Failin kastı yoksa, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Bu suçta kast, bilerek ve isteyerek haksız yarar sağlamadır (menfaat temini). Karşılıksız çek keşide etme yoluyla dolandırıcılık suçunun oluşması için haksız yarar sağlama kastı doğal olarak aranır. Diğer bir deyişle, keşideci, haksız menfaat elde etme kastı ile çek keşide etmesi durumunda suç kastının bulunduğu kabul edilir. Keşidecide dolandırma, haksız yarar elde etme kastı yoksa, çek karşılıksız kalsa bile suçun manevi unsuru (kast) oluşmadığından fiil suç olarak kabul edilemez. Gerçekte de bazı olaylarda keşidecinin haksız yarar sağlama kastı bulunmayabilir, ya da bunun varlığının kanıtlanması olanaksız olabilir. Böyle durumlarda çek karşılıksız kalmış olmasına karşın, failde dolandırıcılık suç kastı bulunmadığından cezalandırılması yoluna gidilemez. Karşılıksız çek fiilleri ayrı bir suç olarak düzenlenmeden önce, sırf bu nedenle bazı karşılıksız çek fiilleri yaptırımsız kalmıştır[6].

Bazı karşılıksız çek fiillerinin yaptırımız kalması çeke olan güveni sarstığı görülmüş, bu güveni yeniden sağlama düşüncesi ile yasa koyucu "Karşılıksız çek keşide etme" fiilini bağımsız suç olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Bu amaçla 19 Mart 1985 tarihinde kabul edilen 3167 sayılı *"Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun" kabul edildi*[7]. Yasanın 16. maddesinde *"Karşılıksız çek keşide etme"* fiili suç olarak tanımlanmış, yaptırım olarak hapis cezası öngörülmüştü. Yasa'da, 26.2.2003 tarih ve 4814 Sayılı Yasa[8] ile yapılan değişiklikle, yaptırım, çek bedeli kadar para cezası, tekerrür halinde ise hapis cezası olarak yeniden düzenlenmiştir. Daha sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası (TCY) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası (CMY) ile 3167 Sayılı Yasa'da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 3167 Sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre, bu Yasa'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. 5237 sayılı TCY'nin 5. maddesine göre, bu kanunun genel hükümleri, özel ceza ya-

(5) NUHOĞLU, a.g.m. 253.
(6) NUHOĞLU, a.g.m. 253.
(7) RG. T.03.04.1985, S.18714.
(8) RG. T.08.03.2003, S.25042.

saları ve ceza içeren yasalardaki suçlar hakkında da uygulanır. 5252 sayılı Türk Ceza Yasasının Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkındaki Yasa'nın geçici 1. maddesine göre, diğer yasaların, 5237 Sayılı Yasa'nın Birinci Kitabında (Genel Hükümler) yer alan hükümleri, ilgili yasalarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar ve en geç 31 Aralık 2008 (06.12.2006 tarih ve 5560 Sayılı Yasa ile değişik) tarihine kadar uygulanır. 5728 Sayılı Yasa ile diğer özel yasalardaki suç ve cezalara ilişkin uyarlama yapılmış ise de, 3167 Sayılı Yasa'daki suçlara, bu arada "Karşılıksız çek keşide etme" suçuna ilişkin herhangi bir düzenleme henüz yapılmamıştır.

"Karşılıksız çek keşide etme" suçunu da düzenleyen 3167 Sayılı Yasa'nın, 6762 sayılı TTY, 5237 sayılı TCY ve 5271 sayılı CMY karşısında özel-genel yasa uygulaması yönüyle yapılan karşılaştırmasında; Yargıtay, 3167 Sayılı Yasa, 6762 sayılı TTY'ye göre hem özel yasa ve hem de daha sonraki yasa olması dolayısıyla öncelikle uygulanmasının gerektiği[9]; 3167 Sayılı Yasa'da öngörülen suçlara ve yargılama usulüne ilişkin hükümler, maddi hukuk kuralları yönünden 5237 sayılı TCY'na göre ve kendine özgü usul hükümleri içermesi nedeniyle de 5271 sayılı CMY'ye göre özel hüküm niteliğini taşıdığı[10] yönünde karar vermiştir.

3. Suçun Amacı

Karşılıksız çek keşide etme suçu özel bir yasa ile hukukumuza girmiştir. Yasa koyucu bu fiilin suç oluşturulması gereğini, suçu düzenleyen 3167 Sayılı Yasa'nın 16. maddesinin gerekçesinde göstermiştir: *"Karşılıksız çekler hakkında ilgili kanunlarda özel ceza hükümleri bulunmakta, karşılıksız çek keşide edenler Türk Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık suçunu müeyyide altına alan 503. maddesine göre cezalandırılmaktadır. Ancak, dolandırıcılık suçunun unsurlarının karşılıksız çıkan her çek yönünden tespiti mümkün olmadığından, bu şekilde çek keşide edenlerin bir kısmının cezasız kalması gibi durumlar ortaya çıkmakta, bu durum çeke olan güveni sarsmaktadır.*

Bu sebeple onyedinci maddede karşılıksız çek keşide eden kişilere çekleri bilerek ciro edenler yönünden müstakil bir müeyyide getirilmiş, muhatap bankaya süresi içinde ibraz edildiğinde ödenmeyen her türlü çek keşidecisinin cezalandırılması öngörülmüştür. Ancak bu eylemlerden dolayı kovuşturma yapılması çek hamilinin şikayetine bağlı kılınmış, ayrıca kanunda belirtilen belli müddet içinde hamilin zararının karşılanmış olması dışında şikayet hakkının doğmayacağı hususu iyi niyetli keşideciler yönünden belirtilmiştir. Diğer taraftan şikayetten vazgeçmenin hükümden sonra dahi geçerli olacağı bu halde hükmün icrasından ve cezanın ertelenmesinden sarfınazar olunacağı belirtilmiştir"[11].

---

(9) YİBK, T. 14.12.1992, Sayı 1/5 , Yargıtay Kararlar Dergisi(YKD), Mayıs 1993, s.663.

(10) 10.CD. T.02.07.2007, Sayı 2007/5010-8222(Yayımlanmamış)

(11) http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-195.htm

Anayasa Mahkemesi 26.09.1995 tarih ve 1995/18-50 sayılı kararında, çek suçunun amacını *ekonomik hayata güven ve toplum huzuruna* dayandırmıştır: *"Yasama organı, karşılıksız çeklerin çoğalarak ekonomik hayatı olumsuz şekilde etkilemesi karşısında, ekonomik hayattaki güvensizlik ortamını ortadan kaldırarak toplumun huzur, refah ve mutluluğunu sağlamak amacıyla getirilen itiraz konusu kuralla özgürlüğü ağlayıcı ceza yaptırımı getirilmesinde Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık görülmemiştir*[12]*.*

Yargıtay'a göre ise: *"Yasanın amacı öncelikle çek hamillerinin korunması ve kayıtsız şartsız belli bir bedelin ödenmesi için havaleyi içermesi nedeni ile ekonomik hayatta önemli bir yere sahip çeke güvenilirliği, yani kamusal güveni sağlamaktır"*[13]*.*

Gerekçe ve kararlarında görüldüğü üzere, karşılıksız çek keşide etme fiilinin suç olarak düzenlenmesi ve bu fiillerin cezalandırılması yoluna gidilmesindeki amacın, özünde çek hamillerinin korunması ve çeke olan güvenin, ekonomik hayata olması gereken güvenin, böylece kamu güveninin sağlanmasıdır.

4. Suçun Hukuksal Niteliği

Karşılıksız çek keşide etme suçu şekli bir suçtur. Şekli suçta kusur aranmaz, araştırılmaz. TTY'nin 692. maddesinde düzenlenen ve bulunması gereken unsurları[14] içeren çek, ödeme için bankaya ibraz edildiğinde karşılığının kısmen ya da tamamen bulunmaması durumunda bu suç oluşur (3167 s.y. m. 16). Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlıdır (3167 s.y. m. 16b). Şikayetten vazgeçme ve ödeme, hüküm infaz edilinceye kadar olanaklı olup, davanın düşmesi ve bütün sonuçlarıyla birlikte hükmün ortadan kalkmasına yol açar (3167 s.y. m.16c).

Suç genel teorisine göre suçun manevi unsuru kast ya da taksire dayalı kusurluluktur. Karşılıksız çek keşide etme suçunda "objektif sorumluluk" ilkesi gereği kusurluluk ayrıca aranmaz. Failin, yasaların zorunlu gördüğü unsurları içerecek şekilde düzenlediği[15] bir çeki elinde bulunduran hamilin, bunu bankaya ibraz ettiğinde karşılığının kısmen ya da ta-

---

(12) http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1995/K1995-50.htm.

(13) 10. CD. T.02.07.2007, S.2007/5010-8222(Yayımlanmamış)

(14) 4814 Sayılı Yasa ile 3167 Sayılı Yasa'nın 3. maddesinde yapılan değişiklikle, çeklerde hesap sahibi keşidecinin vergi kimlik numarasının da bulunması zorunludur. 4814 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasına göre; "29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 692. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan senetler bu Kanun kapsamında kabul edilemez; ancak aynı Kanunun 693. maddesinin hükmü saklıdır." Hesap sahibinin vergi kimlik numarasını içermeyen çek bakımından karşılıksız çek suçu oluşmaz.

(15) Failin çek keşide etmesinin iradi olması tartışmasızdır. Bu bakımdan örneğin rızası dışında elinden çıkan, çalınan ya da iradesini sakatlayacak şekilde zorla düzenlettirilen çek nedeniyle hesap sahibi sorumlu tutulamaz.

(16) "Karşılıksız çek keşide etmek suçu iradi olarak düzenlenen çekin bankaya ibrazında oluşan, yaptırımı özgürlüğü bağlayıcı ceza olan ve objektif sorumluluk esasına dayanan bir suç olduğundan..." Yargıtay CGK, T.20.11.2001, E.2001/10-249, K.2001/257, YKD-Ocak 2002-s.115.

mamen bulunmadığının anlaşılması durumunda suç oluşur ve failin "objektif sorumluluk" ilkesi[16] gereği sorumlu tutularak cezalandırılması yoluna gidilir[17]. Bu suçun organ veya temsilcisi tarafından tüzelkişi yararına işlenmesi ya da yetkili temsilci tarafından gerçek kişi yararına işlenmesi durumlarında, objektif sorumluluk ilkesi uygulanarak, ilgili tüzel kişi ve gerçek kişi de ayrıca cezalandırılır (3167 s.y.m.16/2). Çağdaş ceza hukukuna aykırı bir kurum olarak değerlendirilen[18] objektif sorumluluğa yeni Türk Ceza Yasasında yer verilmemiştir.

Karşılıksız çek keşide etme suçunun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlıdır (3167 s.y. m. 16b). Cezanın infazı tamamlanıncaya kadar şikayetten vazgeçme ya da ödeme nedeniyle davanın düşmesi ve hükmün bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkması olanağı bulunmaktadır (3167 s.y. m. 16c). Ödeme ve şikayetten vazgeçmeye bu suçlara özgü tanınan bu ayrıcalık nedeniyle, Ceza Muhakemesi Yasası'nda yer alan "uzlaşma" (CMY m. 253) ve *"hükmün açıklanmasının geri bırakılması"* (m. 231) hükümleri karşılıksız çek keşide etme suçlarında uygulanmaz.

Her çek yaprağı ayrı bir suç kabul edildiğinden (3167 s.y. m.16/4) "zincirleme suç" (TCY m. 43) hükmü, birden fazla işlenmesi halinde cezanın niteliği hapis olarak değiştiğinden (3167 s.y. m.16/1) cezada tekerrür nedeniyle artırım ya da farklı infaz hükümleri (TCY m. 58) uygulanmaz[19]. Görüldüğü üzere karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin hüküm ve uygulamalar Türk Ceza Yasası'nın Genel Hükümleriyle ve Ceza Muhakemesi Yasası'nın hükümleriyle pek çok yerde örtüşmemektedir.

5. Uygulama

Kambiyo senedi olan çek bir ödeme aracıdır. Çoğunlukla bir ticari ilişkiye dayalı olarak keşide edilir. Ciro yoluyla el değiştirmesi de çoğunlukla ticari ilişkiye dayanır. Ticari hayatta "hatır çeki" olarak bilinen ve ticari ilişkinin tarafı olmayan kişinin, ticari ilişkinin borçlusu adına alacaklıya verdiği çekler bile dolaylı olarak ticari ilişkiye dayanır. Yasa'da yeri olmamasına karşın, ekonomik hayatın getirdiği zorunluluktan "ileriki tarihli-vadeli" çek düzenlenmektedir. Bir ticari ilişkinin tarafı olan ve çeki elinde bulunduran, kendi yükümünü yerine getirdikten sonra alacağını tahsil için çeki bankaya ibraz ettiğinde karşılığının bulunması durumunda asıl ilişkiden gelen alacağını bu yolla tahsil eder. Bedeli tahsil edildiğinden çek hükümsüz(ödenmiş) hale gelir. Hesapta para bulunmaması durumunda çek karşılıksız kalacağından, hamil şikayet hakkını kullanarak karşılıksız çek keşide etme suçundan keşideci-borçlu hakkın-

---

(17) ÖZSOY, Nevzat, "Karşılıksız çek keşide etme suçu", Adalet Dergisi, Nisan 2003, s.151.

(18) ARTUK, Mehmet Emin, "Ceza Kanunun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.17.

(19) CGK. T.5.7.2005, E.2005/10-84, K.2005/90, YKD-Eylül 2005, s.1438.

da soruşturma yapılmasını ve kamu davası açılmasını, yargılanıp ceza almasını sağlayabilir.

Çek, ticari hayatta yaygın olarak kullanılmaktadır. Önemli miktarda çek de karşılıksız kalmaktadır. Genel ekonomik kriz dönemlerinde bu sayı daha da artmaktadır. Bunların tamamına yakını şikayet yoluyla yargıya taşınmaktadır.

Karşılıksız çek keşide etme suçları soruşturma(savcılık) ve kovuşturma(mahkeme) makamlarının iş yükünü artıran önemli bir toplam tutmaktadır. Davların çok büyük çoğunluğu mahkumiyetle sonuçlanmaktadır. Hüküm infaz edilinceye kadar şikayetten vazgeçme ve ödeme olanaklı olduğundan, bir kısım davalar yargılama sürecinde düşürülmekte, çok büyük bir çoğunluğu ise infaz aşamasında ortadan kaldırılmaktadır. Bu suçlarda infaz çok az yapılabilmektedir. Borçlu-sanıklar infaz aşamasında hükümdeki cezayı devlete ödeme yerine, çek bedelini alacaklı-müştekiye ödemeyi tercih ettikleri gözlenmektedir. Müşteki çek alacaklısı, yargılama sürecinde mahkemenin kararıyla borçlu-sanık üzerinde yaratılan baskı sonucu alacağını alabilmekte, müştekinin vazgeçmesi ve ödeme nedeniyle de dava ya da hüküm ortadan kaldırılmaktadır. Müşteki alacağını almakta, sanık-hükümlü de cezadan kurtulmakta. Böylece bu suçlarda yargılama, bir çeşit alacağın tahsili yöntemi olarak sonuç doğurmaktadır.

III. EKONOMİK SUÇ ve SUÇ SİYASETİ

Parasal-maddi değer ve menfaatlere ilişkin, kısaca ekonomik içerikli suçlar başlangıçta zimmet, irtikap, rüşvet, görevi kötüye kullanma, hırsızlık, güveni kötüye kullanma, yağma, dolandırıcılık suçları bağlamında değerlendirilmekteydi. Ekonomik ilişkilerdeki çeşitlilik, teknolojideki büyük değişim, bilgisayar ve iletişim dünyasındaki hızlı gelişme, sermayenin sınır tanımaz şekilde uluslar arası dolaşımı yönündeki gelişmeler yeni haksızlıkların, hukuka aykırılıkların, suç fiillerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu fiillerin önemli bir kesimi bireysel olmaktan çok örgütsel olarak da işlenebilen türdendir.

Toplumsal düzen ve kamu güvenliğine ekonomik anlamda yönelik bu yeni tahditlerin mevcut suç türleriyle karşılanması yetersiz ve olanaksız görülmüştür. Bunun sonucu olarak "ekonomik suç" kavramı oluşmuş ve buna uygun yeni suç tipleri ortaya çıkmıştır. Bunlar genel ya da özel ceza yasalarında yer bulmuştur. Göçmen kaçakçılığı (TCY m. 79), İnsan ticareti (TCY m. 80), Organ veya doku ticareti (TCY m. 91), İhaleye fesat karıştırma (TCY m. 235), Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması (TCY m. 245), Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCY m. 282) gibi suçlar ile; 4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele kanunu, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele

Kanunu ve benzer yasalarla getirilen suçlar "ekonomik suç" kavramı içerisinde değerlendirilebilecek suçlardandır.

Ekonomik suçlarda mağdur kişiler olabileceği gibi kamu (devlet) de olabilmektedir. Korunan hukuksal yarar ise kamu güvenidir. Bu tür suçların yaptırımı bakımından "ekonomik suça ekonomik ceza" ilkesi geliştirilmiş ise de, pek çok ekonomik suçun ağırlığı gözetilerek özgürlüğü bağlayıcı ceza yaptırımı uygulaması yoluna da gidilmiştir.

Karşılıksız çek keşide etme suçu da niteliği itibariyle ekonomik suç kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Karşılıksız çek keşide etme suçunda, ekonomik ve ticari ilişkiler düzeninde alacak-borç yükümlülüğünden kaynaklanan bir fiil, ceza hukuku bakımından suç olarak nitelendirilmekte ve ceza yaptırımına bağlanmaktadır. Bu suçta alacaklı-müşteki çek bedelini alamadığı için mağdur olmakta, karşılıksız kalan çek nedeniyle çeke olan güven sarsılmakta ve bu durum ticari ilişkilerin yürütüldüğü ekonomik ortam nedeniyle kamu güvenini zedelemektedir. O nedenle çek hamilini korumak ve kamu güvenini sağlamak amacıyla karşılıksız çek fiilinin ceza yaptırımına bağlanması yoluna gidilmiştir. Karşılıksız çek keşide etme suçu hukukumuza 1985 yılında 3167 Sayılı Yasayla girmiştir. Daha önce dolandırıcılık bağlamında değerlendirilen fiil, izlenen suç siyaseti gereği yasa koyucu tarafından suç olarak kabul edilmiştir.

Suç siyaseti bir hukuk devletinde hangi fiillerin suç oluşturacağı ve ne tür yaptırıma bağlanacağına ilişkin izlenen yolu anlatır. Türk Ceza Yasası'nın Hükümet Gerekçesinde bu durum açık ve etraflı bir biçimde ifade edilmiştir: "*Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir.*

Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir.

Bir hukuk toplumunda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, ceza kanunun temel amaçları arasında sayılmıştır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından, objektif sorumluluktan vazgeçilerek kusura dayalı sorumluluk sistemi benimsenmiştir[20].

Suç fiilleri korunmaya değer hukuksal değerlerin ihlali olarak karşımıza çıkmakta ve bu yönüyle "haksızlık" olarak değerlendirilmektedir. "Bir hukuk Devleti olarak örgütlenmiş toplum, bir hukuk toplumudur. Suç, bu toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri koruma-

---

(20) ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Birinci Bası, Ankara 2007, s. 88.

(21) ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara 2005, s. 199.

ya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Bu yönü itibariyle, suç, bir haksızlıktır[21]."

Suçun haksızlık içeriği, her haksız fiilin suç olmasını gerektirmez. Haksızlık içeren fiilin ayrıca korunmaya değer hukuksal bir yararı ihlal etmesi, diğer bir deyişle hukuka aykırı olması da gerekmektedir. Yeni ceza yasalarında izlenen suç siyaseti bakımından fiillerin haksızlık içerikleri gözetilerek suç ya da kabahat oluşturup oluşturmadıkları ve yaptırımlarının ölçüleri belirlenmiştir[22].

Karşılıksız çek keşide etme fiili de haksızlık içeriği itibariyle hukuka aykırı görülmüş ve yasa koyucu tarafından izlenen suç siyaseti gereği ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir.

IV. KARŞILIKSIZ ÇEK FİİLİNİN AYRI BİR SUÇ OLMASI

Karşılıksız çek fiilinde çek alacaklısı(hamil,lehdar) mağdur durumdadır. Fiilin ayrı bir suç olarak düzenlendiği 3167 Sayılı Yasanın başlığı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun" olarak belirlenmekle mağduriyete ve ödemeye vurgu yapmıştır. Yasa'nın başlığındaki bu vurgu suçun amaçlarından biri olan mağdurun mağduriyetinin giderilmesine de uygun düşmektedir.

Karşılıksız çek keşide etme suçunu düzenleyen Yasa'nın 16. maddesinin gerekçesinde de, bu tür fiillerin bazılarının, dolandırıcılık suçunun unsurlarının(Örneğin, manevi unsur) kanıtlanması her zaman olanaklı olmadığından cezasız kaldığı, bu nedenle bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, yasa koyucunun bu fiili suç olarak düzenlemesinin gerekçesini, *karşılıksız çeklerin çoğalarak ekonomik hayatı olumsuz şekilde etkilemesi karşısında, ekonomik hayattaki güvensizlik ortamını ortadan kaldırmaya* bağlamıştır.

Karşılıksız kalan çekin bağımsız bir suç olarak kabul edilip edilmemesi öğretide tartışılmıştır.

Erman'a göre; çek ve diğer kambiyo senetleri arasında fark bulunmamaktadır. Çek, mevcut bir parayı temsil etmektedir. Karşılıksız çek keşidesini cezalandıran bağımsız bir yasa sosyal ilişkiler bakımından sakıncalı ve adalet duygusunu incitici sonuçlara götürür. Bu nedenle, dolandırıcılık suçunun unsurları gerçekleştiğinde eylemin dolandırıcılık olarak cezalandırılması yeterlidir[23].

---

(22) 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun Genel Gerekçesi bu yönde değerlendirmeler içermektedir: "Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Ancak, bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, bunun esasen haksızlık ifade etmesi gerektiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Esas itibariyle haksızlık ifade etmeyen, hukuka aykırı olmayan bir fiil hiçbir surette suç veya kabahat olarak tanımlanamaz.
Haksızlıklar arasında bu yönde bir tasnif yapılması durumunda,; bu tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmalıdır." ÖZGENÇ, s.200.

(23) ERMAN, Sahir, "Karşılıksız Çek", BATIDER XI,2(1981),123'den naklen, NUHOĞLU, a.g.m.. s.254.

Şen ise;"*Ceza hukuku parasal menfaatlerin sağlanması ve alacakların korunması amacıyla kullanılmalı mı, yoksa sadece icra ve iflas hukuku yolu mu açık tutulmalı?" sorusunu sorduktan sonra, "Toplumdaki iktisadi düzenin korunması amacıyla ceza hukukunun müdahalesi kabul edilebilir. Ceza hukuku bireysel menfaatleri korumakta gibi gözükse de, neticede ekonomik istikrarı sağlamayı ve toplum düzeninin korunmasını hedeflemektedir. Bunun dışında, ceza hukuku bireyin alacağını tahsil etmek için kullanılamaz"* değerlendirmesini yapmakta ve *"Borçlu borcunu ödemenin sözü olarak çek vermiş ve alacaklı da kıymetli evrak kapsamında kalan bu belgeye güvenerek alacağının karşılığı olmak üzere almıştır. Bu güveni sarsarak çekini ödemeyen keşidecinin cezalandırılması ekonomik istikrar adına gerekebilir. Buna ihtiyaç olup olmadığına ve cezanın niteliği ile miktarına kanun koyucu karar verecektir*" sonucuna ulaşmaktadır[24].

Güleç'e göre; *"Karşılıksız çekin dolandırıcılık ya da sahtecilik suçlarının unsurlarını taşıdığı durumlarda bu suçlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında zorunluluk bulunmakla birlikte, soyut karşılıksızlık hallerinin suç alanının dışında tutulması gerekir. ...Bu bakımdan dolandırıcılık, sahtecilik gibi bir suç oluşturmayan soyut karşılıksız çek keşide etme fiilinin bir suç olarak düzenlenmemesi, bunun yaptırımının ceza hukuku alanına dahil edilmemesi gerekir."*[25]

Öğretideki karşı görüşler bulunmakla birlikte karşılıksız çek keşide etme fiilinin 3167 Sayılı Yasa ile ayrı bir suç olarak düzenlendiği, başlangıçta hapis cezası öngörülmüş iken, 4814 Sayılı Yasa ile çek bedeli kadar adli para cezası, tekerrür halinde ise hapis cezası öngörüldüğü açık bir gerçektir. Ancak, aşağıda sıraladığımız gerekçelerle, karşılıksız çek fiilinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

1. Karşılıksız çek fiillerinin eskiden olduğu gibi "dolandırıcılık" suçu kapsamında değerlendirilmesi her zaman olanaklıdır. Karşılıksız çek keşide eden kendi yararına ve başkasının zararına hareket etmektedir. Unsurlarının varlığı ve bunun kanıtlanması durumunda böyle bir fiil "dolandırıcılık" olarak nitelendirilmeli ve bununla yerinilmelidir. Dolandırıcılık suçunda özgürlüğü bağlayıcı ceza yanında ekonomik suç niteliği gözetilerek sağlanan haksız yarar ölçüsünde adli para cezası öngörülmüştür (TCY m. 157). Bazı karşılıksız çek fiillerinde dolandırıcılık unsurlarının kanıtlanmasının zorluğu kabul edilse bile, bu tür fiillerin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi için yeterli hukuksal gerekçe oluşturmamalıdır.

2. Çağdaş ceza hukukunda objektif sorumluluk kabul edilmemektedir. Yeni Türk Ceza Yasası sisteminde de objektif sorumluluk öngörülmemiştir. Karşılıksız çek keşide etme suçları şekli suç olup, failler objektif sorumluluk esasına göre cezalandırılmaktadır. Bu durum, ceza hukukundaki kusur ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır: *"Suçun oluşması*

(24) ŞEN, Ersan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.272.
(25) GÜLEÇ, s.62.

kastın varlığına bağlıdır" (TCK m. 21/1). Çeki keşide ettiğinde kusurluluğu bulunmayan kişiye, yüklenebilecek bir kusur olmadan, hesabında karşılığını bulunduramaması durumunda dahi sorumlu tutularak cezalandırılması yoluna gidilmesi, ceza adaleti ile bağdaşır bir durum değildir. Oysa, kusurlu olması halinde dolandırıcılıktan cezalandırılması her zaman olanaklıdır. Yetkili temsilci aracılığıyla çek keşide edilmesi durumunda hesap sahibi gerçek ve tüzel kişinin cezalandırılması yoluna gidilmesi de (3167 s.y. m. 16/2) aynı niteliktedir ve ceza hukukundaki kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

3. Karşılıksız çekler nedeniyle, çeke olan güvenin sarsıldığı, ekonomik düzenin bozulduğu, kamu güvenliğinin bu nedenle tehlikeye düştüğü ileri sürülebilirse de; uygulamada gözlendiği üzere, çek suçlarındaki artış karşısında bu gerekçenin pek de gerçeği yansıtmadığı söylenmelidir. Çeklerin karşılıksız kalması ve böylece bu fiillerin işlenmesindeki asıl neden, hesap sahibi keşidecilerin kötü niyetlerinden daha çok, ülkenin ekonomik yapısındaki bozulmanın kişilerin ticari ilişkilerine olumsuz yansımasıdır. Diğer bir deyişle karşılıksız çek suçları kötüye giden ekonomik düzenin ortaya çıkardığı sonuçlardır. Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde Yasa'nın amaçları arasında kamu düzen ve güvenliğini, toplum barışını korumak, suç işlenmesinin önlenmesi gösterilmiş ise de; karşılıksız çek keşide fiillerinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin, bu amacı gerçekleştirmekten uzak kaldığı, çek suçlarındaki artış nedeniyle gözlenmektedir. Çeke olan güvenin sağlanmasının başka hukuksal yolları aranmalıdır ve bunlar vardır. Çek hesabı açmak ve çek karnesi elde etmenin daha sıkı koşullara bağlanması ve bankaların mali sorumluluklarının artırılması ilk akla gelenlerdir.

4. Çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biri de suç mağdurlarının mağduriyetlerini gidermektir. Çağımızda suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli görülmemekte, mağdurun zararının giderilmesi ve mağduriyetin onarımı adaletin temel amaçları arasında görülmektedir. 3167 Sayılı Yasa'nın başlığı ve gerekçesinde de bu ilkenin uzantısı kavram ve açıklamalar yer almıştır. 3167 Sayılı Yasa başlığında "çek hamillerinin korunması" ibaresi yer almış, gerekçede de bu amaç vurgulanmıştır.

Karşılıksız çek keşide etme suçlarına ilişkin yargılama ve infaz sürecinde cezadan kurtulmak için failin çek bedelini ödeme yoluna gittiği, böylece müşteki-alacaklının mağduriyetinin giderildiği çokça gözlenmektedir. Ceza yargılaması, mağdurun mağduriyetinin giderilmesi amacına açıkça hizmet etmektedir. Böylece adalet sağlanmaktadır. Burada adalet, fail cezalandırılarak ya da cezası infaz edilerek değil, ceza yargılaması ya da infaz sürecinde ödeme sonucu mağdurun mağduriyeti giderilerek sağlanmaktadır. Ceza yargılaması borçlu-sanık üzerine adeta bir baskı aracı olarak kullanılmakta, adalet bu şekilde sağlanmaktadır! Ancak hemen belirtelim ki, karşılıksız çek bedelinin tahsili, devletin hukuksal zorlama gücü harekete geçirilerek icra takibi yoluyla her zaman olanaklıdır. Hat-

ta borçlunun evi ya da işyerine haciz için giden icranın, borçlu üzerine yarattığı baskı, ceza yargılamasının fail üzerine yarattığı baskıya yakın etki yaratabileceği dahi söylenebilir. Bu nedenle, icra takibi ile alacağın tahsili olanağı varken, ceza yargılamasını, alacağın tahsilinde araç-yöntem olarak kullanmak, ceza yargılamasının amacıyla bağdaştırılamaz.

5. Karşılaştırmalı hukukta karşılıksız çek fiillerinin bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi pek görülen bir durum değildir. Avrupa Birliği ülkelerinde çek hesabı açtırmak ülkemizdeki kadar kolay olmadığı gibi, bankaların sorumluluğu da bizdekinden çok daha güvenceli durumdadır. Ekonomilerde önemli kırılmalar yaşanmadığı gerçeği de eklendiğinde, o ülkelerde çeke olan güven rahatlıkla sağlanmıştır. O nedenlerle karşılıksız çek fiillerinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilmemiştir. Oysa ülkemizde çek hesabı açtırmak ve böylece çek edinmek çok zor değildir. Mahkemelere yansıyan davalara bakıldığında, sahte kimlik bilgileriyle çek hesabı açtırıp karşılıksız çek keşide etme fiillerinde artışlar olduğu gözlenmektedir. Bankaların, karşılıksız çeklerdeki mali sorumluluklarının yetersiz olduğu da bir gerçektir. Karşılıksız çek fiillerinin artmasının önlenmesi ve azalması isteniyorsa, çek hesabı açtırma daha katı kurallara bağlanmalı ve bankaların mali sorumlulukları artırılmalıdır. Çeke olan güven ile kamu düzen ve güvenliği ancak bu şekilde korunup güçlendirilebilir.

6. Suç ve ceza, hukuka aykırı haksız hareketler karşısında başvurulan son çaredir. Haksızlıkların diğer hukuk yollarıyla giderilmesi olanaklı ise o yol kullanılmalıdır. Karşılıksız çeklerde çek alacaklısının hukuk mahkemesinde tazminat ya da alacak davası açarak ya da icra takibi yaparak alacağını alması böylece mağduriyetinin giderilmesi her zaman olanaklıdır. Bu alanlarda bir sıkıntı yaşanıyorsa, bunları gidermek, yeni, kolay ve daha hızlı işleyen yol ve yöntemler geliştirmek gerekmektedir. Hızlı işleyen bir hukuk yargılaması sistemi bunu sağlayacaktır. Hukuk yargılaması sistemindeki eksiklik ve sakatlıklar nedeniyle karşılıksız kalan çeklerin tahsili olanağının zorluğu karşısında, bu tür fiillerin ayrı bir suç olarak düzenlenerek, ceza yargılaması yöntemiyle aynı sonuca ulaşılmaya çalışılması hukuksal olarak kabul edilebilir bir gerekçe değildir.

7. Suçların karşılığı olarak cezalar alt ve üst sınırlı olarak gösterilmiştir. Suçu sabit olan sanığa verilecek ceza, bu iki sınır arasında sanıktan ve fiilden kaynaklanan çeşitli unsurlar (TCY m. 61) gözetilerek yargıç tarafından belirlenir. Buna "cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi" denilmektedir[26]. Ceza adaleti ancak bu yolla sağlanabilir. Karşılıksız çek suçlarında yaptırım olarak çek bedeli kadar para cezası öngörülmektedir. Yargıcın, sanığın kişiliğinden ve fiilin özelliğinden hareketle cezayı değiş-

(26) Bu konuda etraflı bilgi için bkz. KUMBASAR, Enver, Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

tirmesi olanaklı değildir. Bu nedenle bu tür suçlarda cezanın bireyselleştirilmesi, sanığın kişiliğine uydurulması olanağının bulunmadığı açıktır. Öte yandan çek bedelinin kısmen ödenmesi durumunda dahi, cezada değişiklik yapma olanağı bulunmamakta, çek miktarı kadar para cezasına hükmedilmelidir. Bu durumun ceza adaleti ile de bağdaşmadığı tartışmasızdır. Bu nedenle karşılıksız çek suçları cezanın, adaleti gerçekleştirme amacı ile de bağdaşmadığından suç olmaktan çıkartılmalıdır.

8. Çek, poliçe ve bono gibi bir kambiyo senedidir. Kambiyo senetleri, resmi belgede sahtecilik (TCY m. 204) suçu bakımından resmi belge hükmündedir (TCY m. 210). Yasa koyucu resmi belgede sahtecilik suçu bakımından kambiyo senetleri arasında bir ayrım yapmamasına karşın, karşılıksız kalan çekler bakımından ayrı ve özel bir suç oluşturmakla birlikte poliçe ve bono için bunu yapmamıştır. Çekin kullanım yaygınlığı ötekilerden çok daha fazla olmakla birlikte, poliçe ve bononun da bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle bir mağduriyet olacağı açık olmasına karşın, bu ancak dolandırıcılık kapsamında değerlendirilebilecek bir fiil olacaktır. Bu durum, fiillerin mağdur ve sanıkları bakımından eşitlik ilkesini (Anayasa m. 10, TCY m. 3) zedeler nitelikte olduğu söylenebilir.

9. Son olarak belirtilmelidir ki; cezanın bir özelliği de devlete az yük getirme ilkesine uygun olmasıdır. Ceza yargılamasında bu durum usul ekonomisi ya da ekonomik yargılama olarak isimlendirilebilir. Çek suçlarına ilişkin davaların çokluğu bilinmektedir. Davaların önemli bir bölümü de yargılama sürecinde, olmazsa infaz aşamasında ödeme ya da vazgeçmeyle düşürülmekte ve ortadan kaldırılmaktadır. Böyle durumlarda yargılama giderleri taraflara yüklenmekte (3167 s.y. m. 16b/5) ise de, harcanan mesainin ve kaybedilen zamanın büyüklüğü de düşünülmelidir. Yargı devletin temel işlevlerinden olmakla birlikte(Anayasa m. 9), uygulanan suç siyaseti gereği haksızlık olarak değerlendirilip suç ve ceza yaptırımına bağlanan karşılıksız çek keşide etme fiilleri bakımından başlatılan soruşturmalar ve açılan davalar ile verilen hükümler ödeme ve vazgeçme nedeniyle düşmekte ya da ortadan kaldırılmakta, yargılama süreci adeta bürokratik işleme dönüşmekte, böylece ceza yargılaması bir çeşit işlevsiz duruma düşürülmektedir. Karşılıksız çek suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar yargı sistemi ve devlet için yüke dönüştüğü görülmelidir.

Sıraladığımız bu gerekçelerle, karşılıksız çek fiillerinin eskiden olduğu gibi "dolandırıcılık" suçu kapsamında değerlendirilmesi, bu nedenle

---

(27) "Başka hukuk dallarının yaptırımıyla önlenebilecek bir eylemi suç haline getirmek, temel hak ve özgürlüğü keyfi olarak sınırlamak anlamına gelecek ve böyle düzenleme, fiile orantılı da olmayacaktır. Bu nedenle sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerie getirilmemesi hali, mutlaka suç alanı dışında tutulmalıdır. Biz de borcun ya da yükümlülüğün bir sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda ceza hukuku alanına dahil bir yaptırımın uygulanamayacağı yönündeki bu düşünceye katılıyoruz." GÜLEÇ, s.187.

(28) Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve görüşe sunulan "Çek Kanunu Tasarısı Taslağı"nda, karşılıksız çek keşide etme fiili yine suç olarak düzenlenmiştir(m.7). http://.www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/cekkanun.htm.

ayrı bir suç olmaktan çıkartılması[27], bunun için de 3167 Sayılı Yasa'da değişiklik yapılması ya da Yasa'nın tümden yürürlükten kaldırılması[28] düşüncesindeyiz.

V. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETME SUÇUNDA YAPTIRIM

Karşılıksız çek keşide etme suçuna değişiklikten önce özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmüştü; bir yıldan beş yıla kadar hapis(3167 s.y. m. 16/1). 4814 Sayılı Yasa 3167 Sayılı Yasanın 16. maddesine yapılan değişiklik ile suçun cezası ilk defa işleyenler için çek bedeli kadar para cezası, ikinci kez işleyenler (mükerrir) bakımından ise bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir.

Çek, ekonomik suçlardan sayılmaktadır. Ekonomik suç, çağdaş ceza hukukunun yeni gelişen alanlarından olup, sınırları tam ve kesin bir şekilde henüz belirlenmemiş olmamakla birlikte, *ekonomik suça ekonomik ceza, borç için hapis yasağı* ve benzeri ilkelerin hukuk düzenlerinde gelişip kabul görmeye başladıklarını söylemeliyiz. Bu ilkeler ışığında karşılıksız çek keşide etme suçlarında özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmesinin hukuksal değerlendirmesini yapmadan önce, *borç için hapis yasağı* ilkesine kısaca değinmeliyiz.

Borç için hapis yasağı, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklere aykırılık nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması yasağı olarak ifade edilmektedir[29]. Bu ilke ülkemizin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde ve Anayasa'da yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin(AİHS) Ek 4 No'lu Protokolün 1. maddesine göre, *"Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz"*. Kişisel ve Siyasi Hakların Uluslararası Sözleşmesi'nin (KSHUS) 11. maddesine göre, *"Hiç kimse sırf sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle hapsedilemez"*. Anayasa'nın 03.10.2001 tarih ve 4709 Sayılı Yasa ile eklenen 38. maddesinin 8. fıkrasına göre, "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz". Böylece borç için hapis yasağı ilkesi, bir anayasal kural haline gelmiştir. Anayasa'nın 90. maddesine 07.05.2004 tarih ve 5170 Sayılı Yasa ile eklenen son fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". Anayasanın 90. maddesindeki açık hüküm karşısında, borç için hapis yasağı ilkesi, hem Anayasa hem de uluslararası sözleşmelerle (AİHS, KSHUS) çifte güvenceye bağlanmıştır.

AİHS Ek 4 No'lu Protokolde özgürlüğünden yoksun bırakılamaz denilmesine karşın Anayasa'da özgürlüğünden alıkonulamaz olarak yazıldığı, bu nedenle Protokoldeki kavramın Anayasa'daki kavramdan daha ge-

---

(29) GÜLEÇ, s.21.

niş bir anlam taşıdığı ifade edilmiş ise de; "Anayasaya konulan bu hükmün Protokoldeki gibi anlaşılması ve 'özgürlüğünden alıkonulamaz' ibaresindeki 'özgürlük' kavramının, bireyin 'hareket' özgürlüğü; 'alıkonulamaz' ifadesinin de herhangi bir şekilde 'yoksun bırakılamama' şeklinde yorumlanması gerekmektedir[30]. Öte yandan "özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" kavramını, "borç için hapis yasağı" ilkesine uygun olarak sadece fiziki yoksun bırakma (tutuklama, yakalama, hapsedilme...) değil aynı zamanda hareket özgürlüğü bağlamında seyahat, yurt dışına çıkma gibi hak ve özgürlükleri de içermekte olup bunların da kısıtlanması yoluna gidilemez. Özgürlükten yoksun bırakma(Anayasa m.38/8) hapis kavramından daha geniş bir kavramdır.

Borç için hapis yasağı ilkesinin (Anayasa m.38/8) uygulanabilmesi için yalnızca *sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük* bulunmalı ve *bunun yerine getirilmemiş* olması gerekmektedir. Yalnızca sözcüğü hem sözleşmeyi hem de yerine getirememeyi kapsamamaktadır ve burada borçlunun iyi niyetli olması şart olup hile veya kasten davranması durumunda bu hükümden ve korumadan yararlanması olanaklı değildir[31].

Karşılıksız çek keşide etme suçlarında para ve hapis cezası öngörülmüştür. Borç için hapis yasağı ilkesi ve Anayasal hüküm karşısında öngörülen hapis cezasının değerlendirilmesi nasıl yapılacaktır? Sorun, çekin ve çekten doğan borç ilişkisinin sözleşme sayılıp sayılmaması noktasında toplanmaktadır. Eğer çek bir sözleşme olarak kabul edilirse, karşılıksız çek fiilinde hapis cezası öngörülmesi belirtilen ilke ve hükümler karşısında olanaksız olacaktır. Aksi halde bir sorun bulunmayacaktır.

Karşılıksız çek keşide etme suçlarına özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören 3167 Sayılı Yasanın 16. maddesi, Anayasaya aykırı olduğundan bahisle, itiraz yoluyla, Anayasa Mahkemesine birkaç kez götürülmüştür. Yüksek Mahkeme her defasında itirazları yerinde bulmamış, davaların reddine karar vermiştir.

Kararların ret gerekçelerine bakıldığında;

Anayasa Mahkemesinin 26.09.1995 T., 1995/18 E., 1995/50 K. sayılı kararına göre, *"Yasama organının, karşılıksız çeklerin çoğalarak ekonomik hayatı olumsuz şekilde etkilemesi karşısında, ekonomik hayattaki güvensizlik ortamını ortadan kaldırarak toplumun huzur, refah ve mutlulu-*

---

(30) GÜLEÇ, s.23.

(31) GÜLEÇ, s.25.

(32) http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1995/K1995-50.htm.

Mahkeme Başkanvekili Güven Dinçer Karşıoy'unda, "Ekonomik suçlar hakkında özel bir ceza yapısı düşünmeyen hukukumuz için anayasal denetimde bazı yeni ölçütlerin getirilmesi zorunludur. Benzeri kambiyo senetleri için hiçbir hurriyeti bağlayıcı ceza tehditi altında olmayan ekonomik fiillerin, çeklerde, çok ağır nitelikteki suçlara benzer bir şekilde cezalandırılması yasaların düzenlenmesindeki ölçülülük esaslarını ihlal eder. Bu da Anayasa'daki eşitlik kavramına aykırılık oluşturur."

ğunu sağlamak amacıyla getirilen ittiraz konusu kuralla özgürlüğü bağlayıcı ceza yaptırımı getirilmesinde Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık görülmemiştir[32]*.*

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 38. maddesinde 03.10.2001 tarih ve 4709 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra, AİHS'nin Ek 4 No.lu protokolünü de gözeterek verdiği 21.11.2002 T. 2001/408 E. 2002/191 K. sayılı karara göre, *" ...bir kişinin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı açıkça anlaşılmakla, başlangıçta yükümlülük altına girerken bu yükümlülüğün gereklerini yerine getiremeyeceğini bilen ve bunu isteyen kişilerin, sözkonusu yasaktan yararlanmaları olanaksızdır.*

Çeki elinde bulunduran hamilin, keşideci ile lehdar arasında temel ilişkiyi oluşturan sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı değil, doğrudan doğruya çekten doğan bir hakkı iktisap etmesi karşısında, ittiraz konusu kurallarla, alacaklının hakkının korunması ile çeke olan kamusal güvenin sağlanması amacı gözetilerek hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür.

O halde, çek ilişkisi bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusudur. Borçlu, temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğmuştur.

Yalnızca Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında hürriyeti bağlayıcı ceza yasağı, sözleşmeden doğan borcun 'yerine getirilmemesi'ni gerektirmektedir. Oysa keşideci, çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide ettiğine göre, bu borcun yerine getirilmediğinden söz etmek de olanak-

---

(33) http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-191.htm

Mahkeme Başkanvekili Haşim Kılıç Karşıoy gerekçesinde, "...yapılan Anayasa değişikliğinde ekonomik nedenlerle ve iyiniyetle borcunu ödeyemeyen kişilere hapis cezası verilmesini önlemek amacı ön plana çıkmaktadır. Etkili ceza düşüncesiyle 'hapisle tazyik' yoluyla çalışma hayatının daha iyi düzenleneceği anlayışı Anayasakoyucunun iradesini saptırmaktır.Kasıt ve kötüniyet olmadığı sürece ekonomik suçlara hapis cezası öngörülmesi insan onuruyla bağdaşmadığı için çağdaş dünya ve demokratik toplumlarda terkedilmiştir.

Çoğunluk görüşünde, borç ilişkisi ile çek kullanımı arasındaki bağ koparılmış soyut bir kambiyo ilişkisinden bahsedilmiş, sözleşmeden bağımsız bir kambiyo yükümlülüğü üzerine durulmuştur. Oysa, keşideci ile lehdar arasındaki borç ilişkisini sözleşmenin dışında mutlak bağımsız bir işlem olarak nitelemek mümkün değildir. Sözleşmeye bağlı bir yükümlülük nedeniyle çek keşide edenle lehdar arasında bir ilişki her zaman olanaklıdır.Hapis cezası öngörülerek alacaklının hakkının korunması ve kamusal güvenin sağlanması gerekçesi de kabul edilemez. Hukuksal nitelikleri farklı da olsa bono ve poliçe gibi kambiyo senetlerinde de ödenmediği taktirde kamusal güvenin bozulması ve alacaklının hakkının yok olması sözkonusu olabilir. Be nedenle iyiniyetli olması koşuluyla bonosunu ödeyemeyen kimseye hapis cezası öngörülemeyeceği gibi karşılıksız çıkan çek için de öngörülemez."

sızdır[33]. Yüksek Mahkeme, 3167 Sayılı Yasanın 16/1. maddesinin Anayasa'nın 38/8. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla önüne gelen bir başka davayı, 11.12.2002 T. 2002/165 E. 2002/195 K. sayılı kararıyla ve benzer gerekçelerle reddetmiştir[34].

Yargıtay ise, çek ilişkisinin her iki tarafa borç yükleyen bir anlaşma (sözleşme-akit) olduğu yönünde karar vermiştir.Yargıtay CGK'nun, 20.11.201 T. ve 2001/10-249 E. 2001/257 K. sayılı kararına göre "Çek sözleşmesinin taraflara borç yükleyen bir akit olduğu ve sözleşmeden kaynaklandığı konusunda bir kuşku bulunmamaktadır. Karşılıksız çek keşide etmek suçu özel kast(saik) aranmayan objektif sorumluluk esasına dayanan bir suçtur. İradi olarak düzenlenen çekin bankaya ibrazında karşılığının çıkmaması ile oluşur[35]. Yüksek Mahkeme kararında ayrıca karşılıksız çek keşide etme suçunda özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmesini Anayasanın sözü geçen 38. maddesindeki borç için hapis yasağı olarak özetlenen hükmüyle çelişir bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 3167 Sayılı Yasanın karşılıksız çek keşide etme suçlarına hapis cezası öngören 16. maddesi hükmünü yukarıda alıntılarını yaptığımız ve belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararları herkesi bağlar (Anayasa m. 153/son). Ancak, Anayasa Mahkemesinin ulaştığı bu sonuç tartışmalıdır.

Karşıoy gerekçelerinde de dile getirildiği üzere; kambiyo senedi olan çekin lehdar ile keşideci arasında bir kambiyo ilişkisi oluşturduğu kabul edilse bile, onu alt ticari ilişkiden ayrı tutmanın her zaman olanaklı olmadığı, çeklerin çoğunlukla bir ticari ilişkiye dayalı olarak düzenlendiği, yargılama sürecinde ödeme ve şikayetten vazgeçme sonucu davaların düşmesi ve hükümlerin ortadan kaldırılmasının bu durumu yansıttığı rahatlıkla söylenebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun alıntı yaptığımız kararında da değinildiği üzere, çekte, keşideci ile muhatap banka arasındaki ilişki sözleşmesel bir ilişkidir. Bütün bu nedenlerle çekten kaynaklanan borcun, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır. Karşılıksız çek fiilinin ikinci kez işlenmesi durumunda özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören hükmün (3167 s.y. m. 16/1-üçüncü cümle), borç için hapis yasağı ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı olduğunu düşünmekte, bu

---

(34) http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-195.htm.

(35) YKD, Ocak 2002, s.119. Yüksek Mahkeme sözü geçen kararında ayrıca şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "Çek hukuki niteliği itibariyle poliçe gibi bir havaledir, ancak bu havalenin çek olarak vasıflandırılabilmesi için aynı zamanda bir banka üzerinde çekilmiş olması zorunludur. Bir bankada hesap bulundurmak mücerret çek keşide hakkını vermeyeceğinden ayrıca önceden bu hesap üzerinde çek keşidesi suretiyle tasarruf edebileceğinin de kararlaştırılmış olması gerekir. Bu durum keşideci ile muhatap banka arasında bir anlaşma olduğunu ortaya koyar. Genellikle "çek anlaşması", "çek sözleşmesi" olarak adlandırılan bu akit ile muhatap banka, keşideciye, üzerine çektiği çekteki miktarı ödemeyi vaad eder., keşideci ise muhatap bankanın ödediği meblağları kendisine tediyeyi taahhüt eder. Böylece muhatap banka meşru hamil veya cirantaya kendi mal varlığından ancak keşidecinin şahsında hukuki sonuç doğurmak üzere ödemede bulunma yetkisi elde eder."

nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki çoğunluk görüşüne katılmamaktayız.

Ekonomik suça ekonomik ceza ilkesi, belki de en çok karşılıksız çek suçu bakımından geçerli olmalı, uygulama alanı bulmalıdır. Karşılıksız çek fiilleri büyük ölçüde ekonomik temellidir ve haksızlık içeriklerinin de yoğun olduğunu söylemek her zaman kolay değildir. O nedenle bu suçun cezası ekonomik-parasal olmalıdır. İnsan onuru Anayasa'nın 17. maddesi hükmü ile en yüce değer olarak güvencelenmiştir. İnsan onuruyla bağdaşmayan ceza verilemez. Bu ilke cezanın niteliği kadar, suçla ceza arasındaki denge bakımından da gözetilmelidir. Bu bakımdan büyük ölçüde ekonomik temelli olan karşılıksız çek fiillerinin ayrı bir suç olarak düzenlenerek özgürlüğü bağlayıcı ceza yaptırımına bağlanmasının(3167 s.y.m. 16/1-üçüncü cümle) insan onuruyla bağdaştırılması tartışmalıdır.

Karşılıksız çek suçlarında değişiklikten önce bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmekteydi. 4814 Sayılı Yasa ile, hapis cezası, ikinci kez işlenmesi halinde (tekerrür) uygulanır biçimde değiştirilmiştir. İkinci kez de olsa sonuçta karşılıksız çek fiillerinde özgürlüğü bağlayıcı ceza varlığını sürdürmektedir. Buna karşın karşılıksız çek fiillerinde ve bu suçlardan açılan davalarda bir azalma olmamıştır. Çek Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Genel Gerekçesinde bu durum açık bir biçimde dile getirilmiştir. *"Sekiz yıllık uygulama 3167 sayılı kanunun değiştirilmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Çünkü, umut edilenin aksine, karşılıksız çek suçunun özel olarak düzenlenip suçun oldukça uzun bir hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması caydırıcı olmamış, aksine piyasada karşılıksız çek miktarı artmış ve ceza davaları önemli rakamlara ulaşmıştır"*. Yasakoyucunun bu gerekçesi, karşılıksız çek suçlarında hapis cezasının amaca hizmet etmediğini göstermesi bakımından anlamlıdır.

Suç, toplumda işlenen hukuka aykırı haksız hareket olarak kabul edilmektedir. Haksızlığın derecesi gözetildiğinde, karşılıksız çek suçunda öngörülen özgürlüğü bağlayıcı ceza, suç ve ceza arasında bulunması gereken "orantılılık" ve "ölçülülük" ilkesiyle de bağdaştırılamaz. Karşılıksız çek fiilinde(ikinci kez işlenmesi halinde) öngörülen özgürlüğü bağlayıcı ceza, fiilin haksızlık içeriği karşısında ağır sayılabilecek bir yaptırımdır. Bu nedenle para cezasıyla yetinilmelidir.

VI. SONUÇ

Karşılıksız çek keşide etme fiillerinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin amacı, çek hamillerinin mağduriyetlerinin giderilmesi, sarsılan ticari hayattaki güvenin yeniden sağlanması ve kamu güvenliğinin korunması olarak belirtilmişti. Ancak 3167 Sayılı Yasa'nın yirmi yılı aşkın uygulaması bu amacın gerçekleşmediğini açık bir şekilde göstermiştir. Karşılıksız çek fiilleri ve buna ilişkin açılan davalar her yıl artarak sürmüş, ticari ilişkiler ve kamu güvenliğinde olumlu yönde bir önemli bir iyileşme gözlenmemiştir. Bu gelişmeler karşısında yeni bir çek yasası hazırlıkları baş-

latılmıştır. Yeni Çek Kanunu Tasarısı Taslağına göre yeni yasa *sadece çek hamillerini değil, genel olarak piyasayı, ticaret dünyasını ve kamuyu korumaktadır. Tasarı, 5237 sayılı Kanuna uyum sağlamak yanında, çekin, uygulayıcıdan gelen isteklere uygun olarak, güvenilir bir ödeme aracı olmasını amaçlamaktadır. Bunda, yukarıda belirtildiği gibi piyasaların ve kamunun menfaati vardır. Bu toplumsal bir menfaattir.*

Çek, edinme, düzenleme ve devir kolaylığı nedeniyle, nakit para dışında kullanılması en çok tercih edelin ödeme aracıdır. Asıl borç ilişkisinden ayrı bir hukuksal ilişki oluşturduğu kabul edilmiştir. Böylece asıl borç ödenmiş olsa bile, ondan bağımsız olarak karşılıksız çek suçundan ceza sorumluluğu doğurabilmektedir. Buradaki sorumluluk, ceza hukukunda yeri olmayan objektif sorumluluktur. Keşidecinin kusuru aranmamaktadır. Çekin karşılıksız kalması cezalandırılması için yeterli görülmektedir. Bu durum, çağdaş ceza hukukundaki kusur sorumluluğu ilkesiyle bağdaştırılamaz. Tasarı bu aykırılığı giderecek nitelikte düzenleme ve gerekçeler içermektedir. Karşılıksız çek fiilini suç olarak düzenleyen Tasarı'nın yedinci maddesinin gerekçesine göre; Söz konusu suçun oluşabilmesi için, çekin karşılığının, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani en azından taksirle, ilgili çek hesabında bulundurulmaması gerekir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında güvence altına aldığı kusursuz ceza olmaz kuralının gereği olarak, söz konusu suç, objektif(kusursuz) sorumluluğu gerektiren bir suç olarak değil, en azından taksire dayalı kusurluluğu gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır.

Çekin alt ilişkiden(sözleşme) bağımsız düşünülemeyeceği, borçlar hukuku kapsamında *havale* niteliğinde olduğu, dolayısıyla çekten doğan borcun yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir borç olduğu savunulabilir ise de; Anayasa Mahkemesi'nin, çekin bir *kambiyo taahhüdü olduğu ve yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir borç* niteliğinde kabul edilemeyeceği, bu nedenle karşılıksız çek fiillerine özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmesinin *borç için hapis yasağı* ilkesini içeren Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırılık oluşturmadığı, yönündeki görüş ve kararları karşısında tartışma sonuçsuz kalacaktır. Ancak Yasakoyucu süregelen tartışmalardan etkilenmiş olacak ki, Tasarı'da karşılıksız çek fiillerine karşı, yerinde ve uygun olarak sadece adli para cezası öngörmüştür.

Bir fiilin haksız oluşu, hatta hukuka aykırı oluşu, suç olarak düzenlenmesi için tek başına yeterli görülemez. Suç olarak düzenlenmesi, ceza yaptırımına bağlanması demektir. Cezalar ise, kişinin bugününü ve geleceğini etkileyen önemli hukuksal sonuçlar doğururlar. O nedenle bir fiilin suç olup olmaması son çare olarak değerlendirilmelidir. Suç siyaseti bu ilke üzerine oluşturulmalıdır. Karşılıksız çek fiillerinin haksızlık içerikleri ve hukuka aykırılıkları tartışmasızdır. Ancak, incelememizde etraflıca gerekçelendirdiğimiz üzere, bu tür fiillerle oluşan mağduriyetin hu-

kuk davası, icra takibi yoluyla giderilmesi her zaman olanaklı olduğu gibi, koşulların oluşması durumunda *dolandırıcılık ve belgede sahtecilik* suçları bağlamında değerlendirilmeleri olanaklıdır. Bu nedenlerle ayrı bir suç olarak düzenlenmelerini yerinde bulmamaktayız. Ayrı bir suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilecekse, sadece adli para cezası öngörülmeli, bu suç için özgürlüğü bağlayıcı ceza düşünülmemelidir.

GENEL KURUL KARARLARINA KARŞI AÇILAN İPTAL DAVASI VE KONUNUN TÜRK TİCARET YASASI TASARISI HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DÜZENLENMESİ

Melis TAŞPOLAT*

GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda Genel Kurul şirketin temel meseleleri üzerinde karar verecek organdır. Genel Kurul anonim ortaklığın zorunlu bir organı olup, devamlı çalışan bir organı değildir. Kanun ve ana sözleşme hükümleri gereğince olağan ve olağanüstü şekilde toplanır. (TTK m. 364).

Şüphesiz genel kurul anonim ortaklık işleyişi ile ilgili karar alırken sınırsız bir özgürlüğe sahip olmamalıdır. Genel kurulda her oyun sahibine en az bir oy hakkı verdiği düşünüldüğünde, özellikle bir anonim ortaklık bünyesinde çoğunluk pay sahiplerinin azınlık haklarını ihlal etmemesi ve eşitliğe aykırı kararlar alamaması açısından mevcut 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda genel kurul kararlarına karşı iptal müessesesi düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da genel kurul kararlarına ilişkin iptal müessesesi korunmuş, birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle GK kararlarının hukuki niteliği, türleri ve de üzerinde birçok doktrinsel tartışmanın mevcut olduğu genel kurul kararlarının geçersizliği inceleme konusu yapılacak, daha sonraki bölümde ise mevcut kanunda 381 ve 384. maddeler arasında düzenlenen GK kararlarına karşı açılacak iptal davasının özellikleri ve Tasarı'da bu konuyla ilgili getirilen düzenlemeler ele alınacaktır.

I- GENEL KURUL KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

A. Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği

Genel kurul kararlarının hukuki işlem niteliğinde kararlar olduğu genellikle doktrinde kabul edilen bir görüştür. Hukuki işlem, belli bir hukuki sonucun elde edilmesine yönelik irade beyanı[1], olarak ve de genel

(*) Bahçeşehir Üniversitesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

kurul kararı, genel kurulun ortaklık içi ilişkide ve istisnai olarak da dış ilişkide hukuki sonuç sağlama amacına yönelik olan irade beyanı olarak[2] tanımlandığına göre genel kurul kararlarının hukuki işlem olarak nitelendirilmesinde hiç bir tereddüt bulunmamaktadır.

Türk doktrinini tarafından GK kararları, çeşitli pay sahiplerinin iradelerinin bir araya gelmesiyle (yani oylarla) oluştuğunu gözönünde bulundurularak, çok taraflı hukuki işlem olarak nitelendirmektedir[3].

B.Genel Kurul Kararlarının Türleri

GK kararları çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutulmuştur.

GK kararlarını esasa ve usule ilişkin kararlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Söz konusu esasa ve usule ilişkin kararlar bakımından bir görüş usule ilişkin kararların, esasa ilişkin kararlarla birlikte iptal edilmeleri gerektiği ancak devamlılık arz eden kararların, tek başlarına da iptal edilebileceğini savunmaktadır[4]. Buna karşılık diğer bir görüş[5], usule ilişkin kararların yalnız başlarına iptallerinin ve geçersizliklerinin tespitinin bunda hukuki bir yarar bulunmaması nedeniyle mümkün olamayacağını belirtmektedir

GK kararları nitelikleri bakımından olumlu ve olumsuz kararlar olarak da ayrılabilir; genel kurulda yapılan bir teklifin kabulüne ilişkin kararlar olumlu, reddine ilişkin kararlar da olumsuz karar olarak nitelendirilebilir[6]. Doktrin ve Yargıtay uygulamalarında söz konusu olumlu- olumsuz karar ayırımının yasadan kaynaklanmadığı için bir teklifin reddi veya görüşülmesinin reddinin de bir karar olup, iptal davasına konu olabileceği savunulmuştur[7].

Poroy, olumsuz bir kararın iptalinin genel kural olarak yarar sağlamayacağını, ancak bu kuralın istisnalarının düşünülebileceğini belirtmektedir[8]. Buna karşılık İmregün, *"olumsuz kararlar"* aleyhine iptal davası açılamayacağını, mahkemenin red kararını iptal etmesi halinde red edilen önerinin karar haline gelmesi ve bunun da mahkemenin genel kurul yerine geçip karar alması demek olduğu gerekçesi ile savunmaktadır.

---

(1) TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/ AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla;"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"; 7.Bası, İstanbul 1993, s. 44

(2) MOROĞLU, Erdoğan; "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 4.Bası, İstanbul, 2004, s.6

(3) POROY,Reha (Tekinalp/Çamoğlu);" Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku", Güncelleştirilmiş 9.Basıdan 10.Tıpkı Bası, İstanbul, 2005, s.412; s.375, MOROĞLU, s.8

(4) POROY, s.412

(5) MOROĞLU, s.10

(6) POROY, s.412

(7) Yarg. 11 HD 20.02.1986 T., 1986/ 469 E. 1986/1249 K. Sayılı kararı, ERİŞ, Gönen, "Anonim Şirketler Hukuku", Ankara, 1995, s.449, MOROĞLU, s.11-12

(8) POROY,s.419-420

Ancak kanımızca olumsuz kararlar aleyhine de iptal davası açılabilmelidir. Örneğin anonim ortaklıkta pay sahiplerine kâr payının dağıtılmamasına ilişkin alınan bir GK kararı olumsuz bir karar olup bu karar aleyhine pay sahiplerine iptal davası açma hakkı tanınmalıdır[9].

Bunun dışında kararı veren kurulun türüne göre de genel kurul kararları bir ayrıma tabi tutulabilir.[10] Buna göre de anonim ortaklığın tedrici usulde kuruluşunda ortaklığa iştirak taahhüdünde bulunan kimselerin oluşturdukları kuruluş genel kurul (TTK m. 289-298) kararları, anonim ortaklık ana sözleşmesiyle ihdas edilip ortaklığın kârına, tasfiye bakiyesine, katılmak ve/veya yeni çıkarılacak paylardan almak konusunda özel haklar sağlayan intifa senetleri sahiplerinin oluşturduğu intifa senedi pay sahipleri genel kurul (TTK m. 402 f. 3) kararları, anonim ortaklığın ödünç para bulmak için çıkardığı tahvillerden satın alan kimselerin oluşturdukları tahvil sahipleri genel kurul (TTK m. 429-432) kararları, imtiyazlı pay sahibi genel kurul kararları, oydan yoksun hisse senedi sahipleri genel kurul kararları, azınlık genel kurul kararları gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ancak bu tür kararların kullanılmasına ilişkin olarak kıyasen iptal davası hükmü koşullarında dava açılmayıp her kurula ilişkin özgü ve özel hükümlere ve birlikte hukuksal işlemlere ilişkin genel hükümler çerçevesinde çözümlenmelidir.[11]

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. HD'nin E. 2003/13857, K. 2004/10455, T.28.10.2004 sayılı kararında, *"Anonim şirket genel kurulunca imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını sınırlayıcı nitelikteki ana sözleşme değişikliğine ilişkin karar imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda verecekleri kararla onaylanmadıkça infaz edilemez. İmtiyazlı pay sahiplerinin kararı ile onaylanmadığı nedenine dayalı genel kurul kararlarının anılan kategori ortaklarca iptal istemiyle açacakları davalar, genel kurul kararının iptali niteliğini taşımadığından yasada yazılı üç aylık hak düşürücü süreye tabi değildir"* denilmekle[12], bu tür kararların GK kararı niteliğinde olmadığından iptalinin genel hükümlere göre mümkün olacağı belirtilmiştir.

Ancak buna karşılık diğer bir görüş[13], bu genel kurulların TTK'da ve ana sözleşmede öngörülmüş olan oy çoğunluğu ile aldıkları kararların da pay sahipleri genel kurulları kararları gibi hukuki işlem niteliğinde ol-

---

(9) İMREGÜN, Oğuz, "Anonim Ortaklıklar" 3. Bası, İstanbul 1974, s.121, İMREGÜN, Oğuz," Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12. Bası, İstanbul, 2001 s.311

(10) POROY, s.412

(11) POROY, s.417 vd, SAKA, Zafer "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul", 1.Bası, İstanbul, 2004, s.57 vd., Nitekim konuya ilişkin İmregün, GK kararları gibi etkisi bulunan azınlık kararları ve imtiyazlı pay sahipleri GK kararlarının iptal edilemeyeceğini azınlığa tanınan hakların ancak kanun ve sözleşmeden doğan ve bunları koruma amacı ile öngörülen haklar oldukları, imtiyazlı pay sahipleri GK kararlarının da GK tarafından alınan kararların onanması niteliğinde olduğu bu kararlara karşı değil de GK kararına karşı iptal davası açılması gerektiği gerekçeleri ile savunmaktadır.

(12) http://www.kazanci.com.tr

(13) MOROĞLU, s.16-17, ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. MOROĞLU, s.164 vd.

duklarından, şekli veya konuları bakımından hukuka aykırı olmaları durumunda aykırılığın niteliğine göre yok veya batıl olduklarının tespiti ve TTK'nın GK kararlarının iptale ilişkin hükümlerinin kıyasen bu kararlara da uygulanabileceği yönündedir.

Her ne kadar söz konusu kararlar oy çokluğu ile alınmış olsalar dahi, GK kararlarının iptalini düzenleyen hükümlerin burada kıyasen uygulanamayacağı, kanun maddelerinin geniş yorumlanmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

GK kararlarının yorumu konusu da doktrinde üzerinde durulan bir husus olup, karar metninin eksik veya çeşitli anlamlara gelecek şekilde kaleme alındığı durumlarda, kararın metninden açıkça anlaşılamayan hususlar nazarı itibarı alınmaması buna karşılık kararın lafzına aykırı düşmediği ve tasdikli zabıttan anlaşıldığı ölçüde GK da yapılan açıklamaların gözönünde bulunması gerektiği savunulmaktadır[14].

II.GENEL KURUL KARARLARININ GEÇERSİZLİĞİ

GK kararlarının ortaklığın bütün ilişkilerini kapsayan doğrudan doğruya veya dolaylı etkilerini gösterebilmesi her şeyden önce hukuk kurallarına, yani toplum üyeleri bakımından belirli yönde davranış yükümü öngören düzenlemelere[15], aykırı bulunmamalarına bağlıdır.

Bir GK kararının işlerliğini sağlayabilmesi hukuken mevcut ve geçerli bulunmasına bağlı olup, bu şartlar çeşitli kanun hükümleri ile saptanmıştır. Meydana gelişi bakımından söz konusu kanun hükümlerine ve ortaklık ana sözleşmesine aykırı bulunan kararlar hukuken geçersiz olarak nitelendirilirler[16].

Burada, genel kurul kararlarının geçersizliği üst başlığın altında, ihlal edilen hukuk kuralığının niteliğine göre, yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik hallerini inceleyeceğiz.

A. Yokluk

Yokluk kavramı Borçlar Hukuku anlamında, sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması durumunda sözleşmenin varlık kazanamadığı ve sözleşme ilişkisinin kurulamadığı durumları ifade eder[17].

Bir GK kararının kurucu unsurlarının mevcut olmaması halinde o genel kurul kararının yokluğu veya eski deyimle *"keenlemyekün"* olması durumu söz konusu olur.

Meydana gelişe ilişkin olan emredici-hukuk kurallarına, başka bir deyişle kurucu-şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırı olan iş-

---

(14) POROY, s.412

(15) SAKA, s.222

(16) MOROĞLU, s.19

(17) Kemal, OĞUZMAN, Turgut, ÖZ, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 4.Bası, İstanbul, 2005, s.137

lemlerin yokluğundan söz edilir.[18] Yargıtay 11.HD E.2005/9997, K.2006/2773, T.17.03.2006 tarihli kararında[19], *Ana sözleşmenin göndermede bulunduğu yasa maddesinde belirtilen karar nisabının altında bir kabul oyu ile kabul edilen ana sözleşmenin maddesinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararının yoklukla malul olduğu düşünülmeden iptali isteminin reddinin doğru olmadığına,* hükmetmiştir.

Burada butlan ile yokluk arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Şöyle ki; butlan durumunda hukuki işlem şeklen mevcut olmakla beraber, amaçlanan hükümlerini başlangıçtan itibaren hiç kimseye karşı doğurmaz. Yokluk halinde ise hukuki işlem bir veya daha fazla unsurunun yokluğu nedeniyle şeklen dahi olsa mevcudiyet (varlık) kazanamamaktadır. Örneğin, *"icap"* veya *"kabul"*ün yokluğu halinde sözleşmenin, genel kurulun yokluğu halinde de genel kurul kararının mevcut olmaması gibi[20].

Başka bir deyişle, GK kararlarının konu bakımından BK m. 19 f. 1 ve m. 20 f. 2'de yazılı hükümsüzlük kapsamına girmeleri durumunda, butlan durumu mevcuttur. Bu takdirde kararın yok olmamakla beraber, hükümsüzlüğü, hiç doğmamış değil, ölü doğmuş olması söz konusudur[21].

Doktrinde bir kısım yazarlar[22], yokluk ve butlan durumlarının hukuki yaptırımının ve sonuçlarının aynı olmadığını, butlan durumundaki, yani şeklen mevcut olan işlemlere hukuki sonuç bağlanabileceğini belirtmişlerdir.

Yarg.11HD,03.10.1994 T., E.1983,K.7014- tarihli kararında,[23] Türk Hukuku'nda, butlan ile yokluk hallerinin yaptırımının aynı olduğunu ancak bu iki kavramın ayrılması gerektiğini belirtmiştir.

Kanımızca bu iki kavramın usuli olarak ileri sürülüş ve hukuki sonuçları bakımından bir fark yoktur. Her iki karara karşı da iptal davasındaki hak düşürücü süreye tabi olmadan bir tespit davası açılabilir. Önemli olan bu kavramların uygulama açısından sonuçlarının tespitidir.

---

(18) MOROĞLU s.25-26

(19) http://www.kazanci.com.tr

(20) MOROĞLU, s.28, ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.05.2002 T, E.2002/2-441, K.2002/433 sayılı karar, Yarg.11 HD, 17.10.1994 T., E.1994/3214, K.1994/7567, http://www.kazanci.com.tr

(21) PULAŞLI,Hasan "Şirketler Hukuku", 2. Bası, Konya, 2004 s.308

(22) MOROĞLU s.29, TEKİL, Fehiman, "Anonim Şirketler Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 1998 s.308, Bu konuda aksi yöndeki görüş için bkz. POROY,s.415, ayrıca "belirtmek gerekir ki, yok sayılan karar veya ile batıl karar arasında hukuki sonuç bakımından hiçbir fark yoktur.Fark sadece, birinin kurucu unsurları içermemesi, nedeniyle mevcut olmaması, diğerinin ise, mevcut olmamakla birlikte geçerlilik unsurlarını içermemesinden dolayı ölü doğmuş olmasındandır.Yoklukla malul kararlar da olduğu gibi, batıl bir karara karşı da,TTK m. 381'deki 3 aylık hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman butlanın tesbiti davası açılabilir. Bu itibarla, teknik olarak butlanın ileri sürülmesi bir def'i değil, itirazdır", PULAŞLI s.262

(23) ERİS, s.494-495

Yetkililerce çağrı yapılmamış olması, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserinin toplantıda bulunmamış veya kararları imzalamamış olması, emredici toplantı ve karar yeter sayılarına uyulmamış olması, gibi örnekler genel kurul kararlarının yokluğuna ilişkin verilebilir.

Genel olarak, şekli ve usuli açıdan emredici hükümlere aykırılık yokluk halini doğurur. Ancak emredici hükmün sadece pay sahiplerinin çıkarlarını koruması halinde, yokluk veya butlan değil iptal edilebilirlik hali söz konusudur.[24]

B. Butlan

Genel olarak butlan kavramına göre, bir sözleşmenin kurucu unsurları oluştuğu için o sözleşme kurulur, ancak bu sözleşmenin geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendiren önemde bulunanlar gerçekleşmediği için o sözleşme batıl olarak kabul edilir, yani kesin hükümsüzdür.[25] Bir GK kararı şekil ve usul bakımından geçerli olmakla birlikte, konusu itibarıyla BK m. 19 ve 20 hükümlerine aykırı ise, batıldır, yani hukuken hiçbir hüküm ifade etmez. Daha açık bir ifade ile, bir GK kararı konusu bakımından, kamu düzenine, emredici hükümler, ahlak ve adaba, kişilik haklarına aykırı veya konusu bakımından imkansız ise, batıldır. Örneğin, esas sermaye kanunda öngörülen istisna dışında muayyen miktardan aşağı miktarda tespit olunmuşsa (TTK m. 272), kuruluştan doğan sorumlulukları kaldırıcı karar alınmışsa (TTK m. 305-310), idare ve denetim ile görevli olanların sorumluluğunu bertaraf edici kararlar alınmışsa (TTK m. 336, 356) bu kararlar batıldır.

Batıl olan GK kararları aleyhine belli bir süreye bağlı olmaksızın ortaklık tüzel kişiliğine karşı bir tespit davası açılabilir. Batıl kararlar ticaret siciline tescil edilmezler. Batıl olan kararlar gerek pay sahipleri ve gerekse üçüncü kişiler açısından bir hak ve borç doğurmazlar.

TTK m. 381'de söz konusu emredici kurallara aykırı GK kararlarının yaptırımının da butlan değil, iptal edilebilirlik olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır, zira TTK m. 381'de bu konuya ilişkin hiçbir ayrım mevcut değildir.

---

(24) POROY,s.412, Bkz. ayrıca,ihlali, genel kurul kararlarının yokluk manasında hükümsüzlüğünü gerektiren kanuni hükümlerin tamamı emredici nitelikte ise de, bütün emredici hükümlerin ihlali her zaman hükümsüzlüğü gerektirmez., bazen sadece iptal hakkı verir, bu hak da kullanılmamışsa 3 aylık sürenin geçmesiyle genel kurul kararları sıhhat kazanır.Mesela, davet merasimine riayet edilmeksizin toplanan ve gerekli nisaplarla işlem yapan genel kurulun kararları, bu süre içinde iptal davası açılmaması nedeniyle sıhhat kazanır.Haksız yere kar dağıtımına dair genel kurul kararları da, iptal istemeye özel 3 ayın geçmesiyle değil, TK 473 ve 474'te yazılı zamanaşımı sürelerinin dolması ve def'i olarak kullanılması ile sıhhat kazanır, DOMANİÇ, Hayri, "Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi, İstanbul, 1988, s.880

(25) OĞUZMAN /ÖZ, s.137

Bu konuda genel olarak doktrinde butlana ilişkin genel hükümlerin GK kararları için de uygulanabileceğine dair görüş birliği mevcuttur[26].

Ancak Hirş, GK kararlarında yokluk ve butlan ayırımının yapılmasına karşı çıkmakla, gerekçe olarak GK kararlarının mutlak butlanının herkes tarafından ve süreye bağlı olmaksızın ileri sürülmesinin anonim ortaklıklarda hukuk güvenliği (işlem güvenliği) bakımından uygun olmayacağını ve kararların butlan ve yokluk ayrımına tabi tutulmadan her durumda iptal edilmesi gerektiğini savunmuştur[27].

Buna karşın bu şekilde bir yorumun kabulünün mümkün olamayacağı, anonim ortaklığın temel niteliklerini oluşturan mutlak emredici hükümlerin etkisiz bırakılamayacağını, TTK m. 381'de iptal davası açılabilecek şahısların sınırlı tutulmuş olmalarını da böyle bir yoruma imkan bırakmadığını görüşü savunulmaktadır.[28]

Butlan ve iptal edilebilirlik ayrımı konusunda, Yargıtay 11 HD'nin 27.05.1997 T., E. 1997/1979, K.1997/3933 K. sayılı kararında[29], anonim şirket GK kararları iptal edilebilir iseler bunların hangi süre ve prosedür içinde kimler tarafından iptalinin istenebileceğinin TTK m. 381'de sayıldığı, şayet GK kararının butlan ile malul olduğu ileri sürülüyor ise de bunun tespitinin süreye bağlı olmaksızın her zaman istenebileceği, iflas idaresinin butlan sebebine dayalı böyle bir davayı açmakta hukuki yararı ve husumet ehliyeti olduğu, belirtilmiştir.

Görüleceği üzere Yargıtay da GK kararlarının butlan açısından da değerlendirilebileceği görüşündedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere GK kararları bir hukuki işlemdir. Bu durumda da GK kararlarına karşı genel hükümlerin uygulanamayacağı şeklinde bir görüşü hukuk mantığına aykırı bulmaktayız.

Doktrinde, her olayda duruma ve menfaatler dengesine göre karar verilmesi gerektiği, hukuki güvenlik bakımından yokluk ve butlan hallerinin sınırlı tutulması ve tereddüt yaratan hallerde iptal edilebilirlik tarafına meyledilmesi gerektiğini belirtilmekle[30], kanuni düzenleme ile durumu çözüme ulaştırıcı bir hüküm getirilinceye kadar, kamu düzenine, ahlaka ve adaba ve anonim ortaklıkların bünye ve niteliklerine aykırı kararların BK m. 19 ve 20 uyarınca mutlak butlan yaptırımına tutulması gerektiği savunulmaktadır[31].

---

(26) "Binaenaleyh BK'nın 19/20. maddelerinde düzenlenmiş olan butlan müeyyidesinin bir hukuki işlem olarak genel kurul kararları hakkında da uygulanması bakımından bir hukuki engel söz konusu olmamak gerekir", MOROĞLU, s.22

(27) HİRŞ, Ernst, "Ticaret Hukuku Dersleri", C.2, Ticaret Şirket ve Teşekkülleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:123, İstanbul 1940, s.93 vd., MOROĞLU, s.22, POROY, s.378,TEKİL, s. 31

(28) ARSLANLI, Halil, "Anonim Şirketler", C.II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960, s.72

(29) http://www.kazanci.com.tr

(30) POROY, s.417

(31) MREGÜN (Anonim Ortaklık), s.125

Kanımızca burada emredici nitelikte görülen her olaya ilişkin olarak alınan GK kararlarını mutlak butlanla hükümsüz kılmak da bir çözüm olmayacaktır. Bunun yerine somut olay özelliklerine göre hareket edilmelidir. Sonuç olarak anonim şirketlerin ticari hayatın işleyebilmesi için gerek olduğu ve ülke ekonomisinde önemli bir yere sahip olduğu ve özellikle halka açık anonim şirketlerde her pay sahibinin haklarının gözetilmesi gerektiğinden tüm emredici kurallara aykırılık hallerinde GK kararlarının hükümsüzlüğüne karar verilmemelidir.

Bir kararın batıl veya iptal edilebilir olarak nitelendirilmesinde bu kararın uygulanmasına ilişkin yarar göz önünde bulundurulmalıdır. Kanunlarda bir sürenin belirttiği hallerde bu sürenin geçmesinden sonra alınan kararların batıl olarak nitelendirilmesinde bir yarar görülmediği taktirde, böyle bir iddiada da bulunulmamalıdır. Örneğin, anonim şirketlerin kuruluşunun hükümsüz sayılması için davaların 1 aylık hak düşürücü sürede açılması öngörülmüştür. (TTK m. 299 f. 6). Faaliyete geçen ve ülkenin ekonomik ve ticari yaşantısında yerini alan bir anonim ortaklık için iki yıl sonra kuruluşunun *"batıl"* olduğunun iddia edilmesi çeşitli yönlerden sakıncalar getirebileceğinden, böyle bir iddianın mahkemelerde karara bağlanması beklenilmemelidir[32].

Bu gibi sorunlara çözüm bulmak için emredici kararlar doktrinde[33] mutlak emredici ve nisbi emredici kararlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu ayırımın temelinde şu hususlar yatar:

Anonim ortaklığa ilişkin hükümler büyük çoğunlukla aksi kararlaştırılamayan emredici nitelikte hükümlerdir. Buna göre; tüm emredici hükümlere aykırılığın mutlak hükümsüzlüğe yol açacağı gibi bir sonuç ise hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaştırılamaz.

TTK m. 381 f. 1. b. 1 hükmünden bir emredici hükme aykırılığa rağmen iptal edilebilirliğin söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Genel kurulun davetine, genel kurul toplantısına katılma ve oy verme hakkına ve gündemin ilanına ilişkin hükümler (TTK m. 360 f. 1, 368, 369, 373) emredici niteliktedirler, yani bu hükümlerin aksi ortaklık ana sözleşmesine veya bunu değiştiren bir genel kurul kararına konu olamaz[34].

Yapılan bu ayrıma göre mutlak emredici hükümler, doğrudan doğruya kamu çıkarına ilişkin bulunan, uyulması ve uygulanması hiçbir suretle pay sahiplerinin arzu ve takdirlerine bağlı olmayan hükümlerdir. Nisbi emredici hükümler ise paysahiplerinin özel çıkarlarını koruyan hükümlerdir.[35] Başka bir ifade ile mutlak emredici hükümler ortaklığın dış

---

(32) ÇEVİK, Orhan Nuri, "Anonim Şirketler", 3.Bası, Ankara 1988, s.743

(33) ARSLANLI, s.68 vd., MOROĞLU, s.59

(34) Buna rağmen bu bend de "..reyini kullanmayan haksız olarak müsaade edilmeyen, yahut toplantıya davetin usulü dairesinde yapılmadığını veyahut gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediğini..iddia eden paysahipleri...."nin iptal davası açabilecekleri ifade edilmiştir, MOROĞLU s.56

(35) Ayrıntı bilgi için bkz.MOROĞLU, s.59 vd.

ilişkilerini, nisbi emredici hükümler ortaklararası ve ortaklıkla olan iç ilişkilerini düzenleyen emredici hükümlerdir. Buna göre nisbi emredici hükümlere aykırılık iptal edilebilirlik, mutlak emredici hükümlere aykırılık ise butlan yaptırımına tutulmalıdır[36].

Yargıtay'ın bir kararında[37] şöyle denmektedir: *"Yasanın buyurucu hükümlerine aykırı olan GK kararları esasen geçersiz olduğundan, TTK'nın 381. maddesindeki süre ve koşulları aramaya gerek yoktur."* Ancak buna karşılık Yargıtay 11 HD'nin aynı tarihli kararında[38], ortakların menfaatini koruyan hukuk kurallarının ihlalinin TK m. 381 kapsamına girebileceğini belirtilmiştir.

Buna göre emredici hükümlerin mutlak ve nisbi emredici hükümler olarak ayrımının yapılması GK kararlarının iptalinde butlan ve iptal edilebilirlik hususunun çözümünde kısmen de olsa fayda sağlayacak yoldur. Doktrinde İmregün, anılan ayrımın zorlamalarla ortaya çıktığını savunmakla, bu ayrımı eleştirmektedir.[39] Emredici hükümlerin bu şekilde bir ayrıma tabi tutulması kanımızca da doğru değildir. Ancak mevcut kanunun sistematiği karşısında öngörülecek başka bir çözüm yolu mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle sonradan telafisi güç birtakım olumsuzluklara mahal vermemek adına bu ayrım benimsenmeli, ancak hakim durum ve şartlar her somut uyuşmazlıkta ayrı ayrı incelemeli ve menfaatler dengesine uygun sonuçlara varılmalıdır.

Değinilmesi gereken bir diğer önemli nokta; butlanın ileri sürülmesinde dürüstlük kuralına aykırı davranılmaması gerektiğidir. Takdir edilmelidir ki, bir GK kararı açısından butlanın ileri sürülmesinin hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirileceğinin önceden tespit edilmesine imkan yoktur. Hakim her olayda butlanın ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına uygunluğu ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını re'sen incelemeli ve serbestçe takdir etmelidir. Hükümsüz bir kararın uygulanmasından ve bundan doğan birtakım hakların kullanılmasından uzun bir zaman sonra ve kötüniyetle butlan iddiası iyiniyet kurallarına aykırı düşer[40].

Kanımızca, GK kararları aleyhine yokluk ve butlanın ileri sürülmesinde en önemli sorun; bu iddiaların süreye tabi olunmaksızın BK m. 19 ve m. 20 hükümleri uyarınca ileri sürülmesinin ticaret hukuku alanında kabulünün anonim şirketlerdeki menfaatlere ters düşebileceğidir.

---

(36) İMREGÜN, bir hükmün ya emredici ya da emredici nitelik taşımadığı, mutlak ve nisbi şeklinde ayrımın hiçbir anlam ifade etmediğini savunmaktadır, İMREGÜN, (Kara Ticaret), s.313

(37) Yarg. 11 HD. 26.06.1978 T., 1978/3647 E., 1978/ 3418 K.sayılı kararı, BAŞBUĞOĞLU, Tarık, " Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar- İçtihatlar", C.1, Ticari İşletme-Ticaret Şirketleri – Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1988, s. 558

(38) Yarg. 11 HD. T.06.07.1978, 1958/ 3158 E., 1958/ 3661 K. sayılı kararı, BAŞBUĞOĞLU s.558 vd.

(39) MREGÜN (Kara Ticaret), s.315

(40) DOMANİÇ, s.669, aynı görüş için bkz., ÇEVİK, s.741

Başka bir deyişle, GK kararlarının iptal davasının ileri sürülebilmesinin 3 aylık bir hak düşürücü süreye tabi olduğu düşünüldüğünde ve butlan veya yokluk iddiasının da süreye bağlı olmaksızın herkes tarafından ileri sürüldüğü düşünüldüğünde kötüniyetli kişiler tarafından sırf bu 3 aylık hak düşürücü süre geçirildiğinden dolayı butlan veya yokluk iddiasında bulunabileceği unutulmamalıdır. Bu sebeple de Türk Ticaret Kanunu'nda sınırları belirlenmemiş olan yokluk-butlan ve iptal edilebilirlik kavramlarını birbirinden ayırmak ve kullanılmasında MK m. 2'nin hükümleri doğrultusunda hareket etmek yoluna gidilmelidir.

C. İptal Edilebilirlik

İptal edilebilirlik, karar biçiminde ortaya çıkacak iradenin, yasayla ana sözleşmeyle veya dürüst davranma kurallarıyla belirlenen sınırları aşmasına bağlanmış *"iptal"* yaptırımını yaratan özel geçersizlik durumudur[41]. Yokluk ve batıl hallerin dışında kalan geçersizliklerde, GK kararları iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir.

İptal davası açabilmek için ilk şart, bir GK kararının bulunması olup, bu kararın TTK'nın düzenlediği sistem içerisinde geçersiz olduğu iddia edilecek ve iptali istenecektir[42].

Ancak bir anonim şirket GK kararının iptalinin istenebilmesinde de anonim şirketin işlerliğinin ve alınan kararların uygulanabilmesinin imkansız hale getirilmemesi gerekir. Butlan ve yokluğun ileri sürülmesinde olduğu gibi bir anonim şirket GK kararının da iptali istenirken işlem güvenliği ilkesi ve diğer ortakların menfaatinin zedelenmemesine dikkat edilmelidir. Bu hususu Hirş, *"anonim şirketlerde şerikler, kollektif şirketteki gibi daima aynı şahıslardan mürekkep olmadığından ve şirket alacaklılarına karşı da ancak şirket serrmayesi ile mes'ul olup, hissedarla şirket borçlarını şahsen temin etmediklerinden; her hangi bir anda hissedar bulunan şahıslar, vakti ile ittihaz edilmiş kararları iptal ederek eski hissedarların ve şirket alacaklılarının menfaatlerini her zaman ihlal edebileceklerdir."*[43] şeklinde dile getirmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere öğretide ve uygulamada iptal edilebilirlik ile butlan ve yokluk halleri arasındaki sınırın belirlenmesi hususunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Tartışmaların bir kısmı genel kurulun toplantıya *"davetin şeklini"* düzenleyen TTK m. 368'e aykırılığın doğrudan kamu düzeni ile ilgili olup olmadığını oluşturmaktadır.

---

(41) SAKA, s.239
(42) POROY, s.380
(43) HİRŞ, s.92

GK toplantısının hukuken geçerli olabilmesi için, asgari sınırları TTK m. 368'de açıklanan kurallar kapsamında pay sahiplerine yönelik olan çağrının gerçekleşmiş olması gerekir[44].

Belirtmek isteriz ki; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 4487 sayılı Kanun ile değişik m. 11 f. 6'ya göre, nama yazılı olarak ihraç edilmiş olup da borsalarda veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem gören hisse senetleri hakkında TTK m. 368'deki ortaklara taahhütlü mektup gönderilmesi suretiyle toplantı gününün ve gündemin bildirilmesine ilişkin hüküm uygulanmaz.[45] Bununla birlikte bu kurala TTK m. 370'de bir istisna getirilmiş, bütün payların sahip veya temsilcilerinin hazır bulunması ve aralarından hiçbirinin itiraz etmemesi şartıyla, GK toplantısına çağrı (davet) hakkındaki merasime uyulmaksızın da GK'nın toplanabileceği öngörülmüştür[46].

Doktrinde nama yazılı pay senedi sahiplerine ve adres bildirmiş hamile yazılı pay senedi sahiplerine GK toplantısına davetin iadeli taahhütlü mektupla yapılması ve ayrıca herhalde Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılacak ilanla da davet edilmesini düzenleyen TTK m. 368 hükmü mutlak emredici bir hüküm olduğu, buna göre de geçersiz davet üze-

---

(44) TTK m. 368'de belirtilen çağrı şekline uyulup uyulmadığı hususunu Teoman, bir davaya ilişkin mütalaasında öncelikle şu şekilde ifade etmiştir: "Her şeyden önce tarafımıza sunulan fotokopilerden davalı anonim ortaklığın 28.03.1997 tarihli Genel Kurul Toplantısı'na ilişkin çağrı ilanlarının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin 13.03.1997 tarih ve 4248 sayılı nüshasının 592. ve Cumhuriyet Gazetesi'nin yine aynı günlü nüshasının 11. sahifesinde yayınlandığı ve burada gerek gündemin gerek anasözleşmenin değiştirilmesine ilişkin tadil tasarısının da yer aldığı anlaşılmıştır. Çağrı ilanları 13.03.1997 tarihinde yapıldığına göre, burada TTK m. 368'in öngördüğü biçimde ilan ve toplantı günleri dışında iki haftalık tam bir süre bırakıldığı, olayda ilanlarda gündem de yer aldığı için TTK m. 369,f. 1 cümle 1'e ve nihayet anasözleşmenin değiştirilmesi söz konusu olan 7. maddesinin eski ve yeni metinleri de yayınlandığı için TTK m. 368'in gereklerine uyulduğu tartışmasızdır",TEOMAN,Ömer, "Yaşayan Ticaret Hukuku, C 1, Hukuki Mütalaalar, Kitap:8 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cebeci/Ankara, 1997, s.73

(45) SUMER, Ayşe, "Türk Sermaye Piyasası Hukuku", 3.Baskı, İstanbul, 2002, s.189

(46) TMSF dava konusu genel kurul toplantılarının yapıldığı tarih itibarıyla idari yargı organlarınca geçersiz kılınmayan bir idari işlemle Kablonet'teki tüm pay sahiplerinin ortaklık haklarını devraldığından, yani bu hakların sahibi TMSF olduğuna,İktisat Bankası'na ait payların mülkiyetinin ise zaten TMSF'ye geçtiğine göre ve ıskata konu paylar da TMSF'ye devrolunduğuna göre, ihtiyati tedbir kararı katılımı engellemediğine göre, TMSF tüm payların asaleten yönetimsel haklarına sahiptir ve sadece kendi temsilcisi tarafından TTK m. 370 uyarınca GK toplantısı icra edebilir; çağrı prosedürü kurallarının işletilmesi şart değildir. Ancak söz konusu hukuki mütaalaya karşın İstanbul 3.Asliye Ticaret Mahkemesi somut olaya ilişkin uyuşmazlıkta 27.10.2005 tarih 2003/1313 E. 2005/866 K. sayılı kararında, verilen ihtiyati tedbir kararı ile GK toplantısında bu hisseler ile ilgili oy kullanılmasının önlendiğini ve dolayısıyla bu hisselerin genel kurulda nasıl temsil edildiğini belli olmadığı ve anılan ihtiyati tedbir kararının veriliş amacının sadece bu hisselere yönelik olarak "oy hakkının" önlendiği anlamına gelemeyeceği, tedbir kararının anılan hisselere ilişkin her türlü ortaklık haklarının ve arada her türlü genel kurula iştirak hakkının da engellediği gerekçesiyle hisselerin genel kurul toplantısında asaleten temsil edilmelerinin mümkün olmadığından, somut olayın şartları ele alındığında, çağrısız toplantı için TTK m. 370'in aradığı toplantı yeter sayısının (şirket sermayesinin tamamı) sağlanmasının 1.143.997 adet A grubu hisse üzerinde ihtiyati tedbir nedeniyle mümkün bulunmadığı, dolayısıyla da dava konusu toplantılarda alınan kararların yoklukla malul olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Yerel mahkemenin bu kararı temyiz edilmiş olup, henüz kesinleşmemiştir. KENDİGELEN, Abuzer,"Hukuki Mütalaalar, C:7, 1.Bası, İstanbul, 2006, s.126 vd.

rine alınan kararların da yoklukla malul olacağı, Alman ve İsviçre Hukuklarında da bu davet gereklerine aykırılığın yaptırımının da butlan olduğu savunulmaktadır.[47] Buna karşılık TTK m. 368'e aykırılık durumunda, bu maddenin kamu düzeni ile ilgili olduğundan ve yaptırımının da yokluk olduğu görüşüne karşı çıkan ve böyle bir yaptırımın her şeyden önce hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağını, usulsüz çağrının yaptırımının iptal edilebilirlik olduğunu savunan yazarlar vardır[48].

Konuya ilişkin olarak İsviçre Hukuku'nda GK toplantılarına çağrının, hisse senedi nama yazılı pay sahiplerine şirket pay defterinde kayıtlı adreslerine tebligat yaparak, hamile yazılı pay sahiplerine ise genel yayın yoluyla çağrı yapılacağı, pay sahiplerine ticari raporların, (başarı hesaplarıyla beraber yıllık hesap cetveli, bilanço, yılık rapor, güncel hesapla birlikte birleşme bilançosu, birleşmeye ilişkin belgeler) raporların şirket merkezinde incelemeye açık bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir. İsviçre BK m. 696 f. 1'de, söz konusu belgelerin otomatikman çağrı yapılırken pay sahiplerine tebliğ edilmeyeceği, bunların sadece şirket merkezinde incelemeye açık bulundurulacağı, ancak pay sahipleri ve aynı şekilde katılımcıların bu belgelerin tebliğini de talep edebilecekleri belirtilmiştir[49]. Bunun dışında söz konusu çağrının en geç toplantı gününden 20 gün önce yapılması – ilan edilmesi- gerektiği düzenlenmiştir. Anılan bu 20 günlük süre durumun özelliğine göre uzatılabilir, ancak kısaltılamaz. Örneğin postadan kaynaklanan sebeplerden dolayı tebligat gecikebilir veya toplantıya çağrı gazete ilanı yoluyla yapılacaksa yazı işleri veya matbaadaki bir sorun veya gazetenin teslimatından doğan bir sorun nedeniyle 20 günlük süreye uyulmayabilecektir. Ayrıca çağrıda toplantı gündeminin de yer alması zorunludur[50].

Görüleceği üzere İşviçre Hukuku düzenlemesinde de genel kurulu toplantıya çağrı prosedürü TTK m. 362, 368 ve 369 maddeleriyle paralellik arz etmektedir.

İsviçre Hukuku'nda toplantıya çağrı prosedürünü düzenleyen hükümlerin ihlalinde kural olarak -şüphe halinde- butlan değil, iptal edilebilirlik yaptırımının uygulanacağı kabul edilmektedir. Şayet çağrıda toplantı gündemi açıkça belirtilmemişse veya ilan edilen gündem ile toplantıda görüşülen hususlar örtüşmez ise, bu durumda alınan kararlar iptal edilebilecektir. Bu düzenlemenin temelinde yatan mantık, m. 706 a'da genel kurul kararlarının iptali için başvurulması gereken 2 aylık hak düşürücü sürenin hukuk güvenliğini sağlamak açısından getirildiği, şayet bu

---

(47) MOROĞLU, s.68 vd., aynı görüş için bkz. POROY, s.416, HİRŞ, s.92, İMREGÜN s.296,TEKİL, s.308, KENDİGELEN, s.137

(48) DOĞANAY, İsmail,"Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C:1, 4.Bası,İst.2004 s.1117, DOMANİÇ, s.883,PULAŞLI, s.202

(49) BÖCKLİ, Peter, "Das Neue Aktienrecht", Zürich 1992, s.351, 352

(50) BÖCKLİ, s.353

süre içerisinde hiçbir pay sahibinin o karar hakkında dava açmazsa bunun o kadar vahim sonuçlar doğurmayacağıdır[51].

Bununla beraber toplantıya çağrı prosedürünü düzenleyen maddelerin ihlali halinde İsviçre BK m. 706 b'de yer alan butlan sebeplerinin ayrıntılı olarak incelenmesi gerektiği, zira bu madde düzenlemesinin yönetim kurulu kararları ve genel kurulu toplantıya çağrı prosedüründe de uygulanacağı belirtilmektedir. Örneğin toplantı çağrı ile toplantı günü arasındaki 20 günlük sürenin ihlalinin yaptırımı butlandır, çünkü bu düzenleme kanun koyucu tarafından pay sahiplerini korumak ve oy hakkının temsili için sona eren süre ihtiyacını uzatmak için getirilmiştir. Yine şayet çağrıda toplantı gündeminin veya toplantı yer ve zamanının hiç belirtilmemiş olmasının yaptırımı da butlandır[52].

İsviçre Hukuku'nda çağrı prosedürüne uyulmaması üzerine alınan genel kurul kararlarının butlan yaptırımına tabi olması çağrıda yapılan ihlalin açık olması, bu suretle de fonksiyonel olarak etkilerini ağır bir şekilde göstermesi ve bunun da yönetim kuruluna beyan edilmesi halinde mevcut olacaktır[53].

Buna karşın İsviçre Hukuku'nun aksine Yargıtay, genel kurulu toplantıya çağrı ve ilgili prosedüre uyulmamasının yaptırımını iptal edilebilirlik olarak görmüştür.Yargıtay'ın 11.HD'nin 01.02.1993 T., E.1993/6466, K. 1993/563 sayılı kararında[54] şöyle denmiştir: *"Dairemiz'in yerleşmiş içtihatlarına göre ortaklardan bazılarına tebligat yapılmaması şeklinde meydana gelen usulsüzlük genel kurul toplantısı ile alınan kararların hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz, ancak iptale yol açar."*

Yargıtay ayrıca söz konusu görüşünde daha da ileri giderek, usulsüz çağrı durumunda GK kararlarının yaptırımının yokluk olmayacağını belirtmekle beraber, sadece çağrının usulsüz yapılmasından dolayı da GK kararlarının iptal edilemeyeceğini, kararların aynı zamanda kanun anasözleşme veya iyiniyet kurallarına aykırı olması gerektiğini belirtmiştir.[55]

Yargıtay'ın usulsüz çağrının yaptırımının iptal edilebilirlik olduğuna ilişkin görüşüne katılmakla beraber salt usulsüz çağrıya dayanarak da iptal davası açılamayacağı yönündeki kararlarını isabetli bulmuyoruz. Zira GK toplantısına çağrı ile ilgili prosedüre uyulmamasının yaptırımının iptal edilebilirlik olduğu TTK m. 381'de açıkça düzenlenmiştir. İlgili mad-

---

(51) BÖCKLİ, s.356

(52) BÖCKLİ, s.356-357

(53) BÖCKLİ, s.357

(54) http://www.kazanci.com.tr Yine Yargıtay 11.HD'nin E.1989/6155,K.1989/6157,T.10.11.1989 sayılı kararında, anonim şirket genel kurul toplantısı için yapılan çağrının yasa hükümlerine aykırı olması halinin müeyyidesinin yokluk değil, genel kurulda alınan kararların iptal edilebilir olduğu hüküm altına alınmıştır, http://www.kazanci.com.tr, bkz ayrıca aynı yönde karar için Yargıtay 11.HD, T.29.09.1994, E. 1994/2730, K. 1994/6949, ERİŞ, s.494

(55) Yargıtay 11 HD, T. 04.11.1993, E. 1993/597, K. 1993/7050, Yargıtay 11 HD. T.22.03.1994, E. 2003/8439, K. 2004/2833, http:// www.kazanci.com.tr

dede toplantıya davetin usulü dairesinde yapılmadığını iddia eden pay sahiplerinin iptal davası açabilecekleri belirtilmektedir. Buna göre artık TTK m. 368'e uyulmamasının yaptırımının yokluk olduğunun düşünülmemesi kanaatindeyiz. Bu şekilde bir kabul anonim ortaklığın işleyişinin sekteye uğramaması ve işlem güvenliği ilkelerine de uygundur.

Bununla beraber belirtmek gerekir ki; İstanbul 3.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 27.10.2005 T.2003/1313 E., 2005/866 K. sayılı kararında ve yine oldukça yeni tarihli İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 07.06.2006 T., 2004/707 E., 2006/301 K. sayılı kararında da, TTK m. 370'e uyulmadan yapılan genel kurul kararlarının yoklukla malul olduğunu belirtilmiştir[56].

Kanaatimizce yokluk ve iptal kavramlarının sonuçları aynı olarak gözükse de, bu iki kavramın birbirinden ayrılması sadece teorik bir adlandırma olarak nitelendirilemez. Zira, her şeyden önce iki kavramın ileri sürülüş tarzında dahi usul açısından farklılık vardır. Bir GK kararının *"yok"* olduğu iddia ediliyor ise, iptal davası değil, GK kararının yok olduğunu tespit anlamında *"tespit davası"* açılır. Bu tespit davası iptal davasında olduğu gibi bir hak düşürücü süreye bağlı değildir, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Ayrıca bir GK kararının iptali davasında karar iptal edilinceye kadar (şayet mahkeme tarafından tedbir kararı alınmamış ise) geçerliliğini korur, fakat yokluğun tespiti davasında, yok hükmündeki kararın bu tespit davası sonuçlanıncaya kadar geçerli olduğu gibi bir sonuç çıkarılamaz[57].

GK kararları için çağrı ve karar almada yapılan usulsüzlüklerin bir yaptırımı da tazminat olarak ortaya çıkar. Usulsüzlükler sebebi ile şirketin, daveti yapan kimselerden isteyebileceği tazminatın HUMK m. 179 ve 237 anlamında başlıca konuları usulsüzlükler nedeni ile iptal edilen veya hükümsüz sayılan GK toplantılarının yenilenmesi masrafları, şirketin mahkum olduğu hükümsüzlük ve iptal davası masrafları, hükümsüz sayılan veya iptal edilen kararların yerine alınan yeni kararların geç alınmasından veya farklı olmasından doğan zararlardır. Bu zararlara örnek olarak, belli zamanlarda vergi dairelerine verilmesi zorunlu bilançonun tasdikine dair kararın, iptali neticesinde tanzim ve genel kurulca tasdik edilen yeni bilançonu, iptal kararına konu bilançoya nazaran farklı olması, yani iki bilanço arasındaki kar ve zarar farkının gereksiz vergileri veya vergi kaçakçılığını yahut kusur, usulsüzlük ve pişmanlık tazminatı verilmesi gerektirmesi, iptal ve tadil edilen bilançoya göre ortaklara ve yöneticilere haksız olarak dağıtılan kazanç paylarının geri alınmaması (TTK m. 473, 474) veya geç alınması gibi zararlar verilebilir. Genel olarak bu zararlar çok çeşitli ve hayat tecrübelerine göre, GK kararı ve bu kararın ip-

(56) KENDİGELEN, s. 139-140

(57) PULAŞLI, s. 261

tali ve hükümsüzlüğünü gerektiren usulsüzlüklerle illiyet bağı bulunabilen zararlardır.

Tazminat davasında sorumlular, davet ve toplantılarda usulsüzlük nedeni ile GK kararlarının iptal edilmesine sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri veya çağrıyı yapan diğer organlardır. Tazminat isteyebilecek kimseler, şirketle kararların hükümsüzlüğüne veya iptaline sebebiyet veren usulsüzlüklerde, doğrudan doğruya zarar gören, ortaklar, şirket alacaklıları ve TTK m. 339 sınırları içinde kalmak şartı ile üçüncü şahıslardır[58].

1. İptal Nedenleri

TTK m. 381 hükmü gereğince, kanuna, ana sözleşmeye ve afaki iyiniyet esaslarına aykırı olan GK kararları aleyhine iptal davası açılabilir. Mahkeme tarafından GK kararının iptaline karar verilebilmesi için, davacının TTK m. 381 hükmüne dayalı olarak açtığı davada iddiasını kanıtlaması gerekir.

a. Kanuna aykırılık

Kanuna aykırılık kavramı sadece anonim ortaklık hükümlerine veya TTK'nın diğer hükümlerine aykırılık olarak nitelendirilemez. Bu aykırılık kavramı ortaklık ana sözleşmesi ve kural olarak tüzük, yönetmelik, kararname, tebliğ vs. dışındaki bütün objektif hukuk kurallarına aykırılığı kapsar. Objektif nitelikte bir hukuk kuralı olarak genel veya özel nitelikteki örf ve bir genel hukuk ilkesine, örneğin pay sahiplerine eşit koşullar altında eşit davranılması genel kuralına aykırılık da kanuna aykırılık kapsamında iptal edilebilirlik nedeni oluşturur. Bununla birlikte özel bir hüküm ile mevcut bir kanun hükmünün değiştirilebilmesi yetkisi açıkça idareye verilmiş ve idare bir tüzük, yönetmelik, kararname, tebliğ, vs. ile bir düzenleme yapmış ve alınan GK kararı bu düzenlemeye aykırı bulunmadıkça kural olarak tüzük, yönetmelik, kararname, tebliğ gibi idari düzenlemelere ilişkin objektif hukuk kurallarına aykırılık GK kararlarının iptaline neden olmaz[59].

Ancak *"kanuna aykırılık"* ifadesi ile kastedilen *"kanun"* kaynağı gözetilmeksizin genel, objektif, soyut ve sürekli nitelikleriyle hukuk kuralı özelliği taşıyan, konuyla ilgili tüm düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler kapsamında, yasalar ve onların uygulanmasına ilişkin tüzük ve yönetmelikler, kararnameler, hukukun genel ilkelerine ve de mahkeme içtihatlarına aykırılıklar da ele alınmalıdır[60].

"İptal edilebilirlik" başlığı altında incelenen ve TTK m. 381'e göre GK kararlarının iptaline neden olan kanuna aykırılıktan bahsederken daha

---

(58) DOMANİÇ, s.879 vd.

(59) MOROĞLU, s.181-182

önce açıklamaya çalıştığımız yokluk ile butlan hükümlerine ilişkin açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz.

b. Ana Sözleşmeye Aykırılık

TTK m. 381'e göre GK kararlarının ortaklık ana sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil etmesi de iptal edilebilirlik nedenidir[61].

Anasözleşme, emredici hükümlere aykırı olmayan özel hükümlerden; yedek veya yorumlayıcı kanun hükümlerinin kısmen veya tamamen aksini öngören hükümlerden; emredici nitelikteki kanun hükümlerini kanun koyucunun amacına uygun olarak daha da ağırlaştıran veya pekiştiren hükümlerden; ihlal edilmesi GK kararının ana sözleşmeye aykırılık nedeni ile iptaledilebilirliğine yol açmayıp sadece ilgililerin tazmin sorumluluğuna yol açan düzenleyici hükümlerden; ve de kanunların emredici olan ve olmayan hükümlerini aynen özü bakımından tekrar eden hükümlerden oluşur.

Anonim şirket esas sözleşmesine, kanunun emredici hükümleri konulmuşsa, bunun sonucu olarak kanun hükmünün hukuki vasfı değişmez[62]. Yani bunlara aykırılık esas sözleşmeye değil, kanunun emredici hükümlerine aykırılık olarak kabul edilir. Bu durumda da iptal sebebi olarak esas sözleşmeye aykırılık değil, kanuna aykırılıktan dolayı dava açılır. Kuruluşta veya sonraki değişiklikler bakımından şirket ana sözleşmesi bir çok denetlemeden geçtiğinden dolayı bunların kanunun emredici hükümlerine aykırı olmalarının istisnai bir durum olmaları sebebi ile bu hükümlerin batıl olacağından, kendilerine dayanılarak iptal davası açılırsa bu davanın reddi gerekir[63].

Ana sözleşmenin bütün hükümleri, emredici hükümlere aykırı olmamak ve kanunda öngörülen merasime uyulmak şartıyla her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Şirket ana sözleşmesinde yapılacak her değişiklik, ancak ticaret siciline tescil ve ilana tabi hususlar varsa onlar da Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan ve tekemmül eder. (TTK m. 390)

---

(60) SAKA, s. 242

(61) Yarg. 11 HD 11.06.1979 T. E. 1979/2102, K. 1979/3083 sayılı kararında, her ne kadar davalı şirketin davacılardan (Veli) dışındaki diğer davacıların GK toplantı zaptına muhalefetlerini geçirttirmediklerini ileri sürmüşse de, şirket ana sözleşmesinin 8/2 hükmüne aykırı bir şekilde (yönetim kurulu) teşkili hali, fiili olarak, şirket sözleşmesinin söz konusu hükmünün değiştirilmesi anlam ve mahiyetini haiz olması bakımından, TTK m. 385 hükmü ve özellikle m. 369/son fıkrasında (gündemde bulunmayan hususların müzakere edilmemesi) ilkesinin ihlali ve m. 389 şartının yerine getirilmemesi halinde, ortakların alınan karara muhalif kalmaları ve muhalefetlerin de zapta geçirtmeleri ve altını imzalamaları koşuluna bağlı olmaksızın dava açma hakları bulunduğunun kabulü gerektiğinden, (yönetim kurulu) seçimi ile ilgili GK kararının iptaline ilişkin mahkeme kararının onanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. DOĞANAY, s.1121

(62) ARSLANLI,c.II, s. 60

(63) POROY, s.423

c. Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırılık

TTK m. 381 kanun veya ana sözleşme hükümlerine ve özellikle afakiyi niyet esaslarına aykırı olan GK kararları aleyhine münferit pay sahibi ile azınlıkta kalanların, iptal davası açabileceklerini hükme bağlamıştır. *"Afaki iyi niyet kuralı"* dürüstlük ilkesi veya doğruluk ve güven ilkesi olarak adlandırılır. Medeni Kanun m. 2 f. 1'e göre, *"herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır."* Bu kurala aykırı davranmanın da genel yaptırımı yine Medeni Kanun m. 2 f. 2'de gösterilmiş olup, *bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz,* şeklinde ifade edilmiştir.

Görüleceği üzere bu hüküm GK kararları hakkında da uygulama alanı bulan genel bir hukuk kuralı niteliğindedir ve aslında TTK m. 381 hükmünde bu kurala yer verilmeseydi dahi genel bir hukuk kuralı niteliğinde olduğundan uygulama alanı bulacak idi[64]. Bu durumda objektif iyiniyet kurallarına aykırılık hali genel bir iptal sebebidir. Çoğunluğun ortaklık menfaati gerektirmediği halde, yetkilerini kötüye kullanarak, azlığın veya münferid ortakların meşru menfaatlerini zedeleyen kararlar, objektif iyiniyet kuralların aykırı sayılmaktadır.

Başka bir anlatımla, objektif iyi niyet kurallarına aykırılığın iptal sebebi olarak kabulünün sebebi çoğunluğun yersiz ve haksız kararları ile azlığı ezmesine engel olmaktır. Objektif iyiniyet kuralı, çokluk kararları hakkında olduğu gibi azınlık tarafından alınacak kararlarla, imtiyazlı pay sahipleri GK kararları hakkında da uygulanabilir[65].

Kanun ve anonim şirket ana sözleşmesine uygun bulunan bir GK kararının sırf afaki iyiniyet kurallarına aykırılığı sebebiyle iptali hali, istisnai bir yoldur. Böyle bir kararın iptal edilebilmesi için ortada ciddi sebeplerin mevcut olması veya azınlıkta kalan pay sahibinin menfaatleri zedelenmiş olmalıdır.

Bunların dışında eşitlik ilkesine (Örneğin; aynı hukuki konumdaki paylara farklı kar payı ödenmesini öngören, kar payının ödenmesi konusunda pay sahipleri arasında ayrıcalık yapan, anonim ortaklığın çıkarı gerektirmediği halde bir kısım pay sahipleri için kısıtlamalar öngören veya ayrıcalıklı kısıtlamalar getiren kararlar), hakların başkasına zarar vermeden veya en az zarar verecek şekilde kullanılmasına (Örneğin; ortaklığın esas sermayesinin, ihtiyacının çok üstünde artırılması suretiyle azınlık veya iktisaden zayıf pay sahiplerinin yeni paylardan mevcut payları oranında alabilmelerinin önlenmesi ve sonuç olarak ortaklıktaki pay

(64) POROY s.386, MOROĞLU, s. 189
(65) ÇEVİK, s.745

oranlarının düşürülmek istenmesi), ve de sadakat yükümlülüklerine[66] aykırı kararlar objektif iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder.

Buna göre objektif iyiniyet kurallarına aykırılık halini bulunup bulunmadığı her olayın özelliğine göre her iki taraf açısından değerlendirilmelidir. Objektif iyiniyet kurallarına aykırılık iddiasıyla menfaatleri zarara uğradığını iddia eden taraf bu iddiasını kanıtlamalıdır. Şüphesiz bu aykırılığı ileri süren tarafın menfaatlerinin de esaslı bir şekilde zarara uğramış olması şarttır Aksi halde bir GK kararının objektif iyiniyet kurallarına aykırılığı nedeni ile iptalini talep etmek hakkın kötüye kullanımı olur. Keza TTK m. 384 ile kötüniyetle iptal davası açanların ortaklığın bu yüzden uğrayacakları zararlardan mütelsilen sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır.

D. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Hukuki Durum

Tasarı'nın m. 447 ile GK kararlarının butlanına ilişkin yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, Genel Kurulun özellikle;

a-paysahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanunen vazgeçilmez nitelikte haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran,

b- paysahibinin bilgi alma, inceleme ve denetim haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran ve

c- anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararları batıldır, denmiştir.

Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, doktrinde ve Yargıtay uygulamaları ile iptal edilebilir GK kararlarının yanında hükümsüz GK kararlarının da varlığı da görüş birliği ile kabul edilmiştir. Tasarı İsviçre BK 706 b maddesinden alınmış olup, bu maddenin de kenar başlığı *"Nichtigkeit"* olup, Türkçe de *"batıl"* anlamına gelmektedir. Tasarı'da madde başlığı *"butlan"* olarak düzenlenmiş, geçersizlik veya hükümsüzlük terimlerine yer verilmemiştir.

---

(66) Anonim ortaklıkta pay sahiplerinin ortaklığa ve diğer pay sahiplerine sadakat yükümlülüğünün olup olmadığı tartışmalı bir konu olmakla beraber, Moroğlu, paysahiplerinin ortaklığa ve diğer pay sahiplerine karşı kural olarak sadakat yükümlülüğünün bulunmadığını, ancak istisnaen ortaklıkta egemen konumda olan pay sahiplerinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğunu görüşüyle, sadakat yükümlülüğüne aykırı kararların iptal edilmesi gerektiğini savunur. MOROĞLU, s.194 Kanımızca da her ne kadar anonim ortaklığın büyük bir yapı olduğu ve kimi zaman pay sahiplerinin dahi birbirlerini tanımadığı düşünülse de anonim ortaklıklarda ortaklıkların birbirine ve şirket tüzel kişiliğine karşı sadakat yükümlülükleri olmadığı savunulamaz.

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T.11.10.1978, E. 1977/11-1013 K. 1978/824 T. 11.10.1978 sayılı kararında objektif iyiniyet kurallarına uygun hareketin davalı ortaklık için olduğu kadar zarara uğradıklarını iddia eden davacılar için de söz konusu olduğu, buna göre davacıların ortaklık sermayesine göre pek az olan kendi payları oranında yeni pay senedi satın almak olanağından yoksun bulunduklarını kanıtlamadan davalı ortaklığın kendilerini zarara sokmak kasdı ile hareket ettiğini iddia edemeyecekleri ve sırf artırılan sermaye karşılığında çıkarılan pay senetlerinin nominal değer üzerinden çıkarılması olgusunda, objektif iyiniyet kuralların aykırılık teşkil edeceğine dayanılamayacağı hükmedilmiştir, http:// www.kazanci.com.tr

Tasarı'nın genel gerekçesinde; şirketin bir kararının yıllar sonra butlanının ileri sürülmesi tehlikesinin şirket yönetiminde pay sahiplerinde, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki yatırımcılarda büyük tedirginliğe yol açabileceğinden hakimin geçersizlik kararlarını titizlikle inceleyip karara bağlamasının yanında kanun koyucunun da iptal edilebilirlik ve butlanın sınırlarını belirlemesi gerektiğine değinilmiştir. Bunun yanında batıl sayılabilecek bir çok GK kararının hükmün dışında bırakılmasının önlenmesi açısından batıl GK kararlarının tıpkı İsviçre BK 706 b maddesi gibi tahdidi olarak sayılmadığı, batıl kararları iki kategoriye ayırarak şekil yönünden batıl GK kararlarını veya sebeplerini belirlemeyi içtihata ve öğretiye bırakılarak, konu açısından batıl GK kararlarını da, sınırlayıcı olmamakla beraber, örnekler göstererek, işaret etmenin en uygun yol olacağı belirtilmiştir[67].

01.07.1991 tarihinde yürürlüğe giren, 04.10.1991 tarihli Federal Kanun (Bundesgesetz) ile değiştirilmiş olan m. 706/b bendi ile pay sahiplerinin genel kurula katılma, asgari oy hakkı ile dava haklarını veya emredici kanun hükümlerine ilişkin haklarını kaldıran veya sınırlayan, pay sahibinin denetim haklarını kanunen kabul edilebilir ölçüler dışında sınırlayan, anonim ortaklığın temel yapısını dikkate almayan veya sermayenin korunmasına ilişkin GK kararlarının batıl olacağı düzenlenmiştir[68].

Kanımızca da, batıl GK kararları olarak ayrı bir madde başlığı altında düzenleme yapılması yerindedir. İsviçre BK'da 706. m. b bendi ile düzenlenmiş olan ve söz konusu madde de tahdidi olarak sayılmayan, *"özellikle"* ibaresi ile belirtilen düzenlemeler Tasarı m. 447'ye aynen aktarılmıştır[69].

İsviçre BK m. 706 b'de temel olarak butlan yaptırımına tabi olacak 2 hal mevcuttur. Bunlar, pay sahiplerinin emredici kanun hükümlerine ilişkin haklarını kaldıran ve sınırlayan kararlar ile anonim ortaklığın temel yapısına aykırı olarak alınan kararlardır. Şüphesiz pay sahiplerinin haklarını ihlal eden tüm emredici hukuka aykırı kararlar anılan madde uyarınca butlan yaptırımına tabi tutulmayacaktır. Burada İsviçre kanun koyucu açıkça pay sahipleri için *"feragat edilemez"* nitelikteki hakların ihlalinde butlan yaptırımının uygulanacağını belirtmiştir. Bu nedenle belki de pay sahipleri için en önemli haklardan biri olan kar payı alma hakkının ihlali İsviçre BK m. 706 f. 2 b.4'de iptal yaptırımına tabi tutulmuştur, çünkü pay sahipleri oybirliğiyle alacakları kararla kar payı alma haklarından feragat edebileceklerdir[70].

---

(67) TTK Tasarısı genel gerekçe, 447 http:// www.kgm.adalet.gov.tr//turkticaretkanunutasarisi.htm, AKUĞUR,Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, İstanbul 2005, s. 330-331

(68) HONSELL Heinrich, ROLFWATTER, NEDİM Peter, " Kommentar zum Schweizerischen Privatsrecht", Obligationenrecht II, Art 530-1186 OR, Basel 1994, s.861

(69) http:// www.admin.ch/ch/d/sr/220/a706b.html

(70) FORSTMOSER, Peter/ MEİER-HAYOZ, Arthur/ NOBEL Peter, "Schweizerisches Aktienrecht", Bern 1996, s.262

Ortaklığın temel yapısına aykırı olan kararlar ile anlaşılması gereken hususa örnek olarak madde de sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerin ihlali verilmiştir. Böylece hakime hangi durumun ortaklığın temel yapısının ihlali sonucunu doğuracağı hususunda yol gösterme amacı güdülmüştür. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus genel olarak anonim ortaklığın malvarlığının korunmasının ihlali halinde bu maddenin uygulama alanı bulmayacağıdır. Zira madde yalnızca anonim ortaklık sermayesinin korunmasına ilişkin hükümlerin ihlali haline münhasırdır. Burada sorun hangi sermaye koruma hükümlerinin ihlalini oluşturan kararların bu madde çerçevesinde butlana tabi olduğudur. İsviçre Hukuku'na göre şayet toplantıda ticari bir rapor sunulmamışsa, yıl sonu hesabı ve bilanço karının kullanımına ilişkin alınan kararlar butlan yaptırımıyla karşılacaktır[71].

Genel olarak İsviçre hukukunda da iptal edilebilirlik ile butlan arasındaki sınırın tespitinin güç olduğu belirtilmiş ve 1991 yılında yapılan değişiklikle eklenen m. 706 b maddesi ile de bu konuya açıklık getirilemediği belirtilmiştir[72]. İsviçre doktrini iptal edilebilirlik ile butlan arasındaki ayrımı geliştirmeye çalışmaktadır. Ancak bu ayrımın sınırları kanunda ve doktrinde açıklığa kavuşturulamadığından somut olayda hakim takdirine bırakılmıştır[73].

Tasarı m. 447. b. a'da müktesep hakların ihlali halinde de bu kararların batıl olacağı belirtilmiştir. Pay sahiplerinin müktesep haklarının ihlali halinde ne tür bir dava açacakları tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre[74]; müktesep hakların kısmen veya tamamen değiştirilmesini ya da kaldırılmasını öngören kararların TTK m. 381 uyarınca iptali değil, genel hükümlere göre batıl olduğunun tespitinin dava edilmesi gerekmektedir. Yargıtay,[75] müktesep hakların ihlali halinde bu kararları iptal edilebilir kararlar olarak nitelendirilmekle, buna karşın TTK m. 381'de görülen dava koşullarına da tabi olmadığını belirtmektedir. Bunun nedenin de TTK m. 385 f. 2'de de pay sahiplerini iptal davası açmak, oy kullanmak, kar ve tasfiye payı almak gibi haklarının hatalı olarak müktesep hak olarak nitelendirilmesinden kaynaklandığı belirtilmiştir.

Söz konusu tartışma Tasarı m. 447 a bendi ile açıklığa kavuşmuş, böylece müktesep hakların ihlali halinde bu kararların batıl olduğu düzenlenmiştir. TTK m. 385 f. 2 hükmü de, çeşitli karışıklıklara sebebiyet vermesi gerekçesi ile Tasarı'dan kaldırılmış, buna karşın Tasarı'da müktesep hak kavramı korunmuştur. Tasarı'da müktesep hak kavramının korunmasının sebebi de kanunun bu tür haklara çeşitli hükümlerinde

(71) FORSTMOSER/MEİER-HAYOZ/NOBEL, s. 263

(72) HONSELL/ROLFWATTER, s.863

(73) FORSTMOSER/ MEİER-HAYOZ/ NOBEL, s. 260

(74) bkz. MOROĞLU, s.59 vd.

(75) Yarg. 11 HD. 19.04.1979 T., E. 1979/1504, K. 1979/2134, sayılı karar,ERİŞ, s.457

yer vermesi ve ana sözleşme ile bu tür hak oluşturulabilmesi olarak gerekçelendirilmiştir[76].

Söz konusu Tasarı maddesi eleştirilirken, GK kararlarının iptali ile butlanının düzenlendiği bölümün *"Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (veya Geçersizliği)"* üst başlığının taşıması gerektiği, iptal davasına özgü hükümlere *"Çeşitli Hükümler"* başlığı altında yer verilmesinin doğru olmadığı, çünkü iptal davasına özgü tüm hükümlerin butlan davası için geçerli olmadığı, Tasarı'daki karmaşık düzenleme yerine iptal davasının butlan davası ile ilgili olarak belirtilen usuli hükümlerine yollama yapılması gerektiği belirtilmiştir[77].

Kanımızca da bu tespit yerindedir, gerçekten de Tasarı incelendiğinde iptale ilişkin hükümler sayılmış, daha sonra butlan kısmı düzenlenmiş ve çeşitli hükümler başlığı altında genelde usul hukukuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak iptal davasına uygulanacak hükümlerden butlan davası için de geçerli olanlar, davanın açıldığının ilanına, dava nedeniyle şirketin uğrayacağı zararlar için teminat gösterilmesine, yürütmenin durdurulmasına ve kararın etkisine ilişkin olanlardır. Diğerleri için böyle bir durum söz konusu olmadığından karışık bir düzenleme mevcuttur.

Tasarı ile doktrin ve Yargıtay uygulamalarıyla da kabul edilmiş olan GK kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin bir düzenleme getirilmesi olumludur. Ancak bu düzenleme sadece doktrin ve Yargıtay kararları ile uygulanan bir düzenlemeyi kanuna aktarmıştır. Başka bir deyişle, uygulamada ortaya çıkan sorunlar bu madde ile çözüm bulmamaktadır. Tasarı'da batıl kararların tahdidi olarak sayılmaması yerindedir. Fakat yalnızca üç bend halinde sayılmasının yetersiz olduğu, en azından örnekseme yoluyla bu zamana kadar doktrin ve içtihatlardaki tartışmalı konulara bir çözüm getirilmesinin yerinde olabileceği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla Tasarı bu hali ile tartışmalı hususların çözümünü halen mevcut düzenlemede süregeldiği üzere doktrin ve Yargıtay içtihatlarına bırakmış görünmektedir.

Tasarı m. 445'de düzenlenen iptal sebepleri TTK m. 381'de düzenlenen iptal sebepleri ile aynı olup, bu maddede bir değişiklik mevcut değildir. Moroğlu, bu maddeye getirdiği eleştiride, pay sahiplerinin iptal davalarının dinlenebilmeleri için İsviçre BK m. 7061 f. 1'de düzenlenen *"somut kişisel çıkarların ihlal edilmiş olması"* koşuluna yer verilmesinin iptal davalarının bir tehdit olarak kötüniyetli kimseler tarafından açılmasının önlenmesi açısından yerinde olacağını belirtmiştir[78].

Kanımızca pay sahiplerinin somut kişisel çıkarlarının ihlal edilmiş olması unsurunun Tasarı'ya eklenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira

---

(76) bkz. TTK Tasarısı Genel Gerekçe 452, http:// www.kgm.adalet.gov.tr//turkticaretkanunutasarisi.htm

(77) bMOROĞLU, Erdoğan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanun Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler", Türkiye Barolar Birliği, 4.Bası, Ankara 2006, s.229

(78) MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.229

TTK m. 384'de mevcut olan *"Suniyetle İptal Davası Açanların Sorumluluğu"* başlıklı düzenleme Tasarı'da aynen korunmuş ve m. 451 olarak görünümünü bulmuştur. Nitekim Moroğlu bu maddelerin de Tasarı'da yer verilmesine gerek olmadığını ve uygulamada bu hükümlerin çok etkisiz kaldığını ve bu hüküm bulunmasa da BK 41 f. 2 hükmüne göre haksız dava açanların sorumlu tutulacağını belirtmiştir.[79] Ancak Tasarı'da bu şekilde açık bir düzenlemenin olmasının haksız yere dava açılmasını önleyici bir etkisi olacağı görüşündeyiz.

III- İPTAL DAVASI

Bir GK kararının kanuna, ortaklık anasözleşmesine veya afaki iyiniyet kurallarına aykırılığı nedeni ile iptal edilebilir olduğu yalnız TTK m. 381-384 hükümlerine göre açılabilecek bir iptal davası ile ileri sürülebilir.

İptal davası sonucu ile bir GK kararının geçersizliği hükme bağlanır. Bu anlamda iptal davası yenilik doğrucu bir eda davasıdır. Yenilik doğuran dava (inşai davalar) ile davacı, bir hukuki durumun değiştirilmesini, kaldırılmasını veya yeni bir hukuki durum yaratılmasını talep eder. Yenilik doğurucu davalar kural olarak kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılabilir. Bu haller ise genellikle maddi hukuk tarafından belirlenir. (Örneğin, evlenmenin butlanı davası, boşanma davası, babalık davası, nesebin reddi davası, ölüme bağlı tasarrufların iptali davası.)[80] Eda davası ise, davacının davalının bir işi yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini talep ettiği dava çeşididir.(Örneğin, davalının gayrimenkulü tahliye etmesine karar verilmesini talep etmek, satış bedeli olan 100.000YTL'yi ödemesine karar verilmesini talep etmek gibi)[81]

Yargıtay bir kararında[82], GK kararlarının iptali davasının eda davası niteliğinde olduğunu, TTK m. 381'e dayalı iptal ve m. 382'ye göre ihtiyati tedbir kararı almak olanağı varken, bu yola gidilmeyip tespit davası açmanın olanaklı olmadığını belirtmiştir.

GK kararların iptali, dava çeşitlerinden geçmişe etkili yenilik doğurucu davalar olarak nitelendirilir, çünkü bazı yenilik doğurucu davaların kabulü halinde verilen hükümler, eda ve tespit davalarında verilen hükümlerde olduğu gibi geçmişe de etkilidir. Yenilik doğurucu hükümlerin geçmişe etkili olması istisna olup, ancak özel bir sebep bulunması halinde mümkündür. Bu konuya ilişkin Yargıtay 11. HD'nin 06.03.1984 T., 1984/502 E., 1984/1267 K. sayılı kararında[83], GK kararlarının iptalinin geçmişe etkili olduğu ancak iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının saklı olduğu, vurgulanmıştır.

---

(79) MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler,s. 230

(80) KURU, Baki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, C.II, 6.Bası, İstanbul, 2001, s.1468

(81) KURU, C II, s. 1405

(82) Yarg. 11 HD, 26.05.1983 T., E. 1983/2056, K. 1983/2730, ERİŞ, s.462

(83) ERİŞ, s.463

A- İptal Davasında Taraflar

İptal davasını açmaya yetkili olanlar, TTK m. 381'de belirtilmiştir. Bu maddeye göre, pay sahipleri, organ sıfatıyla yönetim kurulu, kararların uygulanması yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin kişisel sorumluluklarını gerektirdiği takdirde bunlardan her biri tarafından GK kararları aleyhine iptal davası açılabilir. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu m. 46 f. 1/c'ye göre SPK da iptal davası açabilmektedir.

1. Pay Sahipleri

Pay sahiplerinin GK kararları aleyhine iptal davası açma hakları, pay sahipliği sıfatına bağlı, emredici hükümlerle korunan, vazgeçilemeyen kazanılmış haklardandır. (TTK m. 385 f. 2). Bu hakkın tamamen ortadan kaldırılmasını veya daraltılmasını öngören bir anasözleşme hükmü ve bu yolda alınmış bir GK kararı batıldır, aynı şekilde iptal davasının görülmesi de ana sözleşme hükümleriyle kısıtlanamaz ve engellenemez[84].

Moroğlu, iptal davası açan pay sahiplerinin GK kararının yasaya, ana sözleşmeye veya iyiniyet kurallarına aykırılığını ispatla yetinebileceklerini, bunun yanında ayrıca kararın iptalinde menfaatlerinin bulunduğunu ispata mecbur tutulamayacağını belirtmiştir[85].

İptal davası açmak hususunda, pay sahipleri veya temsilcileri, anonim şirket GK toplantısına katılıp katılmadıklarına göre iki gruba ayrılırlar:

a. Genel Kurul Toplantısına Katılmış Olan Paysahipleri

TTK m. 381 f. 1'e göre, toplantıda hazır bulunan pay sahipleri, alınan karara muhalif kalmış ve muhalefetini zapta geçirtmiş olmaları durumunda iptal davası açabilirler. Yani bu hükme dayanarak bir pay sahibinin dava açabilmesi için üç koşulun var olması gerekir: Pay sahibi GK toplantısında hazır bulunmalı, iptalini isteyeceği karar veya kararlara muhalif kalmalı ve bu muhalefetini GK tutanağına geçirtmelidir. Pay sahibinin GK toplantısına katılımı bizzat zorunlu olmadığından bu şart, pay sahibinin toplantıda bizzat hazır bulunmamakla beraber, bir temsilci vasıtasıyla kendini temsil ettirmesi durumunda da aynen geçerlidir.

Burada GK toplantısında hazır bulunan pay sahibinin muhalif oyunun tutanaktan anlaşılması halinde, bu kişinin ayrıca muhalefet şerhi vermesinin davacı sıfatı kazanması için gerekli olup olmayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar[86] hem karara red oyu verilmesi, hem de karara muhalif olunduğunun toplantı tutanağına ayrıca geçirtmesini iptal da-

---

(84) DOĞANAY, s.1131, SAKA, s.253

(85) MOROĞLU, s. 207, ayrıca aynı yöndeki karar için bkz. Yarg. 11 HD 22.04.1985 T., 1985/2196 K., 1985 /3392, BAŞBUĞOĞLU, s.574

(86) İMREGÜN, s.317, ARSLANLI,II-III s.86, DOĞANAY, s.1131-1132, DOMANİÇ, s.885-886

vası açabilmek için zorunlu saymıştır. Bu görüşü savunan yazarlardan Domaniç'e göre; muhalefet gerekçesinin zapta geçilmemesi sonucu, iptal davasının doğum şartını belirten TTK m. 381'in dolanılması mümkündür. Zira gerekçe bildirmeden sadece olumsuz oy ve görüşlerini açıklayan ortakların iptal davası görülürken olumsuz tutumlarının gerekçelerini değiştirmeleri ve böylece toplantı sırasında daha önce hiç değinilmemiş nedenlerin iptal davasında ortaya çıkması mümkündür. Yine Domaniç, muhalefet şerhinin bildirme zorunluluğunu aramayan yazarların da, bir yandan bu görüşü savunurken, diğer yandan sadece olumsuz oy kullanmanın dava hakkını sağlamadığını, muhalefetin zapta geçirilmesini beyan ederek gerekçe açıklanmasını zımnen kabul ettiklerini belirtmiştir.

Bir görüş[87] ise, GK kararın muhalif olunmasının asıl unsuru pay sahibinin veya temsilcisini karara red oyu vermiş olması olduğunu, bununla beraber TTK m. 381'deki koşulun yerine getirildiğini, şayet paysahibinin ne yönde oy kullandığının tutanaktan anlaşılamamış olması halinde, karara muhalefetin tutanağa geçirilmiş olmasının olumsuz oy verildiğine kanıt olduğu savunur.

Bir diğer görüş[88] ise, pay sahibinin alınan karara muhalif kaldığı tutanakta ismen belirtilmiş ise artık muhalefetin tutanağa geçirtilmesi koşulunun da yerine getirilmiş olduğu, paydaşın muhalefet şerhi varsa onun muhalif kaldığı ismen belirtilmemiş olsa dahi, karara muhalif oy kullanıldığının kabulünü, karara muhalif olunmasını asli koşul, muhalefetin tutanağa geçirilmesini ise biçimsel ispat şartı olarak nitelendirmiştir.

Burada önemli olan husus, yani tutanağa geçirilmiş olan muhalefetin (muhalefet şerhi olmadan) pay sahibinin olumlu veya çekimser oy kullanmadığı durumlarda iptal davası açılabilmesi için yeterli olmasıdır[89]. Ancak öğretide çekimser oy kullanan pay sahibine dahi dava hakkı tanıyan görüşler mevcuttur[90]. Okçuoğlu'na göre de çekimser oy sahibi kararın lehinde olmamakla birlikte, karara karşı da değildir ve bu tutumu karara muhalif olma anlamında değerlendirilemez ve GK kararı aleyhine iptal davası açma şartını yerine getirmemiş olur[91].

Kararlara muhalefete şerhi verilip verilmemesinin iptal davası açılma şartlarından olup olmamasına ilişkin Yargıtay kararlarının bir kısmı muhalefet şerhinin verilmesinin dava şartı olduğu yönündedir. Yargıtay 11

---

(87) MOROĞLU, s.216, Aynı yönde görüş için bkz. PULAŞLI, s.268

(88) OKÇUOĞLU, Yavuz, " Anonim ve Kooperatif Şirketlerde GK Kararlarının İptali İçin Gerekli Olan Muhalefet ve Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.II,Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, 11-12 Ocak 1985,s.271-272

(89) MOROĞLU, s.217, TEKİL, s.336, DOĞANAY,s. 1136

(90) ARSLANLI, C.II-III, s.86

(91) OKÇUOĞLU, s.274

HD, 25.10.1985 T., T.E. 1985/3133, K. 1985/3042 sayılı kararı[92] ile davacı ortağın usulüne uygun muhalefet şerhi yazdırmadığını, genel kurulun ilan sürelerine de itiraz etmediğinden artık GK kararının iptalini isteyemeyeceğine hükmetmiştir.

Kanaatimizce GK kararına karşı açılacak iptal davasında karara muhalif oy kullanmak ve bunu tutanağa geçirmenin yanında ayrıca karara muhalefet şerhi vermek, yani karşı oy yazısında bulunmak anonim şirketlerin GK kararlarının iptali davası açılabilmesi için özel dava şartı olarak değerlendirilmemelidir. Muhalefet şerhi ancak bir GK kararına muhalif olunduğunun açıkça tutanaktan anlaşılmadığı durumlarda dikkate alınmalıdır. Aksinin kabulü halinde her bir pay sahibinin kazanılmış hakkı niteliğinde sayılan GK kararları aleyhine iptal davası açabilmesi sıkı şekil şartlarına bağlanmış olur ki, bu da TTK m. 381'in amacına aykırılık teşkil eder.

Doktrinde muhalefetin geçerliliği için muhalefet gerekçesinin belirtilmesi hususunda yasada bir zorunluluk bulunmadığı ve TTK m. 297'de bir imkandan söz edildiği için gerekçenin bulunmasına gerek bulunmadığı belirtilmektedir[93].

Anonim ortaklıkta müktesep hakların ihlali halinde, GK'da muhalif kalınmasa bile, GK kararı aleyhine iptali davası açılabilir[94]. GK'da yapılan eleştiriler karşı oy yazısı anlamına gelmemektedir[95].

Toplantıya katılmış olup da, muhalefetini zapta geçirtmek isteyen pay sahibine engel olunmuşsa, burada TTK m. 381 f. 1'deki *"oyunu kullanmasına haksız olarak müsaade edilmeyen"* pay sahibinin dava açma hakkı hükmünden kıyasen yararlanarak, muhalefetini tutanağa geçirilmeyen pay sahibine de dava açma hakkı tanımak gerekir[96].

aa.Pay sahibinin davacı sıfatı açısından bazı özel durumları

İptal davası açma hakkı kural olarak bütün pay sahiplerine tanınır. Buna göre oy hakkından yoksunluk sadece oy kullanmamaya ilişkin olup, bu pay sahiplerinin pay sahipliği sıfatına bağlı olan diğer haklarını kullanmasına engel olunamayacağından- ki buna genel kurula katılma ve iptal davası açma hakkı da dahil olup,- TTK m. 374 ile SPK (3794 sa-

---

(92) ERİŞ, s.464, ayrıca bkz., Yarg. 11 HD, T. 22.11.1999 E. 1999/8242, K. 1999/9422,http://www.kazanci.com.tr, Yarg 11 HD, 14.12.1982 T., E. 1982/4987,K. 1982/5386, ERİŞ, s.461, Yarg. 11 HD, 24.05.1984 T., E. 1984/1540, K. 1984/2996, OKÇUOĞLU, s. 271, Yargıtay'ın GK kararının iptali davasının açılabilmesi için bu karara muhalif kalmanın ve keyfiyeti GK tutanağına geçirtmenin yeterli olduğuna ilişkin kararları da mevcuttur., bkz. Yarg. 11 HD, 22.01.1991 T., E. 1191/5251, K. 1991/85, ERİŞ, s. 471-472, Yarg. 11 HD, 12.10.1993 T. E. 1993/5144, K. 1993/6460, ERİŞ, s.481

(93) OKÇUOĞLU, s.277-278, Aynı yönde görüş için bkz. MOROĞLU s.221, POROY, s.338, TEKİL, s.337;karşı görüş için bkz. DOMANİÇ, s.886

(94) Yarg. 11 HD, 19.04.1979 T., E. 1979/1504, K. 1974/2134, ERİŞ, s.457

(95) Yarg. 11. HD, 16.03.1982 T., E.1982/760, 1982/1097 K., BAŞBUĞOĞLU, s.562, Yarg. 11 HD., 13.10.1986 T., E. 1986/5896, K. 1986/5850, ERİŞ, s.466

(96) OKÇUOĞLU, s. 275, POROY, s.388

yılı Kanun ile eklenen) m. 14/A hükümlerine göre[97] oydan yoksun pay sahipleri de GK kararların karşı iptal davası açma hakkına sahiptir.[98] Ancak genel kurulda oy hakkından yoksun pay sahiplerinin kararlara olumlu veya olumsuz oy vermeleri söz konusu olmayacağından, bunlar sadece muhalefetlerini tutanağa yazdırmak suretiyle iptal davası açabilirler[99]. Yargıtay 11. HD'nin 01.12.1994 T., E. 1994/5144, T. 1994/9183 sayılı kararı[100] ile davacının yönetim kurulu üyesi olduğundan, GK'nın ibra etmemeye dair kararı doğrudan davacının menfaatini etkileyeceğinden ve davacının şahsi menfaatini gerektiren bir hususta da TTK m. 332 ve m. 374 uyarınca oy kullanamayacağından karşı oyunu belirtmeden GK kararının iptalini dava açacağı hususunda hüküm verilmiştir.

Anonim ortaklık GK kararlarına karşı iptal davası açmanın pay sahiplerine tanınması ilkesinin istisnası, mevcut düzenlemelere göre aynı zamanda pay sahibi olma zorunluluğu bulunmayan şirket denetçilerine tanınan iptal davası açma hakkıdır. Yönetim kurulu üyelerine kurul ya da bireysel olarak tanınan iptal davası açma hakkı ise ilkenin gerçek bir istisnası olarak nitelendirilemez, zaten yönetim kurulu üyelerinin göreve başlayabilmesi için en az bir pay sahibi olmaları zorunludur[101].

Bu kuralın diğer istisnası da, paylar üzerinde intifa hakkı bulunması durumunda kanunda bir düzenleme bulunmasa da, doktrinde çoğunluğun görüşüne göre kabul edilen intifa hakkı sahibinin iptal davası açabilmesi hakkıdır.[102] Konuya ilişkin OKÇUOĞLU, Yargıtay 11. HD'nin 28.08.1981 tarihli, 1981/2243 E., 1981/2678 K.sayılı kararına yazdığı Karşı Oy Yazısı'nda,[103] pay senedi üzerinde intifa hakkı bulunması halinde, genel kurulda oy kullanma hakkı intifa sahibi hakkına verilmiş ise de sadece oy hakkına dayanarak iptal davası açma hakkının intifa hakkı sahibine ait olamayacağı, buna karşılık kanun koyucu iptal davası açma hakkını da pay sahibine tanıdığından hukuki menfaatleri olması halinde bu hakkın pay sahibine de tanınması gerektiğini savunmuştur.[104]

---

(97) Bu maddeye göre, Anonim ortaklıklar esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak şartıyla, kar payı imtiyazı sağlayarak, oy hakkından yoksun paylar ihraç edebilir ve bunları temsil eden hisse senetlerini halka arz edebilirler, SUMER, s.192

(98) İsviçre Hukuku'nda oy hakkından yoksun pay sahiplerinin iptal davası açma hakkı mevcuttur. HONSELL/ROLFWATTER, s.850

(99) ARSLANLI, C.II-III, s.85-86, MOROĞLU, s.217, DOĞANAY, s.1133, TEKİL, s.338, POROY, s. 388, ÇEVİK, s.747

(100) ERİŞ, s.496

(101) Burada hemen belirtmeliyiz ki; TTK m. 312 f. 2 hükmündeki yönetim kurul üyeliği için "pay sahibi" olma koşulu yer almamakta ve de yine Tasarı'da denetçilerin anonim şirketin organı sıfatının kaldırıldığından, bunun sonucu olarak denetçilerin GK kararlarını iptalini dava etme hakkı yoktur, bu konu ileriki bölümde tekrar ele alınacaktır.

(102) "KENDİGELEN, Abuzer, "İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sıfatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi", Prof. Dr.Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul,2001, s.30

(103) OKÇUOĞLU,N.Yavuz, "Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1991, s.239 vd

(104) Aynı yönde görüş için bkz.MOROĞLU, s.211 vd.

Bir kısım yazarlar[105] da, iptal davası açma hakkının oy hakkından bağımsız olarak, pay sahipliği sıfatından kaynaklandığını, pay sahibinin de genel kurula katılarak muhalefetini tutanağa geçirttirerek iptal davası açabileceği, bu hakkın intifa sahibi hakkından bağımsız bir hak olduğu ve intifa hakkı sahibinin GK toplantısın katılıp katılmamasının veya olumlu veya olumsuz oy kullanmasının pay sahibinin iptal davası hakkını etkilemeyeceğini savunmaktadır.

Konuya ilişkin Okçuoğlu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumunda, iptal davası açma hakkının sadece pay sahibine tanınması gerektiği, bunun kanunun açık ifadesinden anlaşıldığı, iptal davası açma hakkının oy hakkı gibi kazanılmış haklardan olduğunu belirtmektedir. Görülüyor ki, Okçuoğlu, bu bildiride iptal davası açma hakkının hem pay sahibi, hem de intifa hakkı sahibine tanınması gerektiğini savunduğu yukarıda belirttiğim Yargıtay kararına ilişkin yazdığı karşı oy yazısındaki fikrinden vazgeçmiş gözükmektedir[106].

Burada sorun TTK m. 381'deki, iptal davasını açma hakkının pay sahibine tanınması ile m. 360 f. 4 hükmüne göre intifa hakkı sahibinin genel kurula katılma ve oy hakkı gibi imkanlardan yararlanabilmesi ve de buna karşın intifa hakkı sahibinin kanunda açıkça iptal davası açmaya hakkı olduğunun düzenlenmemesidir. Buna karşın her ne kadar intifa hakkı sahibine iptal davası açma hakkı tanınmasa dahi, yukarıda da belirttiğimiz üzere iptal davası açma hakkının pay sahibine tanınması kural olarak geçerli olup, bunun istisnaları da mevcuttur. İptal davası açma hakkının sadece intifa hakkı sahibine tanınması gerektiği görüşündeyiz, aksi takdirde bu hakkın hem intifa hakkı sahibi, hem de pay sahibine verilmesi karışıklığa sebebiyet verecektir. Bu konuda yapılacak en iyi çözüm yolu, TK m. 360'a bir ekleme yapılarak, intifa hakkı sahibine GK kurulda iptal davası açma hakkının tanınması, ancak bu hakkın pay sahibinin menfaatlerini zedelemeyecek şekilde kullanmasının da düzenlenmesidir.

Payın devri halinde devralanın iptal davası açıp açamayacağı hususu da davacının pay sahipliği açısından ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Buna göre doktrinde, davacı sıfatının pay sahibine bağlı olduğu, bu nedenle pay sahipliği sıfatının davanın kesin hüküm ile sonuçlanmasına kadar korunması gerektiği, aksi halde pay sahipliğini yitiren bir kişinin iptal davası açamayacağı, şayet bir iptal davası açılmış ise bu davanın husumet nedeni ile reddi gerektiği konusunda görüş birliği mevcuttur[107]. Buna göre paylarının tümünü devreden pay sahibi iptal davası açamaz; dava açılmış ise reddi gerekir.

---

(105) KENDİGELEN, Abuzer, "Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı", İstanbul 1994, s.312, POROY, s.426, Arslanlı, C.II-III, s.85, Tekil, s.339

(106) OKÇUOĞLU (Sempozyum), s.279 vd.

(107) KENDİGELEN (Payların Devri), s.319, MOROĞLU, s.209, PORAOY, s.426

Doktrinde payını devreden pay sahibinin devir işleminden önce açmış olduğu iptal davasının da dinlenemeyeceği, bu halde davacı sıfatının ölüm ve birleşme gibi külli halefiyetin söz konusu olduğu durumların aksine, payları devralan kimselere intikal etmeyeceği savunulmaktadır[108]. Buna karşın Yargıtay 11 HD. 31.03.1997 T., 19971902 E. 1997/2319 sayılı bozma kararı ve 20.06.2000 T., 2000/4091 E., 2000/5709 K. sayılı yayınlanmamış kararlarında paylarını devralan yeni pay sahibinin derdest iptal davasına devam edeceği, payların tamamını devralan dava dışı üçüncü kişinin, devir sonucu davacıların yerine geçtiğinden bahisle kabul etmiştir[109]. Yargıtay verdiği kararında aslında payları sonradan devralan pay sahibinin taraf sıfatının bulunup bulunmadığını tartışmamış, ancak sonuç itibarıyla bu durumu kabul etmiştir.

Aslında burada Yargıtay'ın, bu hususu kabul ederken, iptal davası açma hakkının pay sahipliği sıfatına bağlı bulunduğu ve iptal davası açılırken önemli olan pay sahibi sıfatının kazanılması olduğu ve de bu sıfatın ne zaman kazanıldığının öneminin bulunmadığı, somut uyuşmazlığı HUMK açısından değil de payı devralan pay sahibinin menfaatleri açısından incelediği düşünülebilir. Ayrıca Yargıtay'ın yargılamayı en çabuk ve en az masrafla sonuçlandırma anlamına gelen usul ekonomisi ilkesi uyarınca bu şekilde bir karar verdiği de savunulabilir. Ancak yine de burada vurgulanması gereken husus dava şartı niteliğinde olan pay sahipliği sıfatının husumet nedeni ile davanın reddine sebebiyet vermesi gerekeceğidir. Her ne kadar payları devralan yeni pay sahibinin iptal davası açma hususunda menfaati dahi olsa ve de bu şekilde katı şekilcilik anlayışının payları devralan yeni pay sahibin menfaatlerine zarar vereceği düşünülse dahi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta hakimin öncelikle dava şartlarından olan husumet sorununu çözüme kavuşturması gerekir. Kaldı ki, bu şekilde bir *"yerine geçme"* usul hukuku açısından gerekçelendirilemez olup, iptal davası açma hakkının kötüye kullanılmasına sebebiyet verecektir.

Konuya ilişkin İsviçre Hukuku'nda da intifa hakkı sahibinin iptal davası açma hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Ancak haklarının ihlal edilmesi durumunda, intifa hakkı sahibine de dava açma yetkisinin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir[110].

b. Genel Kurul Toplantısına Katılmayan Pay Sahipleri

Toplantıya davetin usulsüz olması veya gündemin gereği gibi ilan ve tebliğ edilmemiş olması, toplantıya katılmayan pay sahibinin iptal davasını açabilmesinin zorunlu ve ön koşuludur. Toplantıya katılan pay sahibi için dava *koşulu karara karşı muhalif oy verip bunu tutanağa geçirtmek*

(108) MOROĞLU, s.209, KENDİGELEN (Payların Devri,), s 319 vd. s. 330-331

(109) KENDİGELEN (Payların Devri), s.315 vd.

(110) HONSELL/ ROLFWATTER, s. 850

olup, toplantıya katılamayan pay sahibi için dava açma koşulu, davet merasiminin gereği gibi yapılmadığını veya gündemin gereğince ilan edilmediğini ispatlamaktır.

aa. Toplantı Daveti Usulüne Uygun Yapılmamış veya Gündem Gereği Gibi İlan ve Tebliğ Edilmemişse

Toplantının usulüne uygun yapılmamış olması durumunda, şirket idaresinin kusuru bulunmaktadır ve karine olarak denilebilir ki, pay sahibinin toplantıya katılamamış olması şirket idaresinin kusuru ile meydana gelmiştir. Bu nedenle şirket idaresinin hatalı davranışları sebebi ile toplantıya katılmayan veya katılmamış olarak sayılan pay sahiplerinin de dava açma hakkı vardır[111].

Davetin usulüne uygun bir şekilde yapılmamış olmasından bir davetin varlığından söz edilmeyecek derecede ağır aykırılıklar değil, sadece iptal edilebilirliğe yol açan aykırılıklar anlaşılmalıdır. Genel kurula çağrının amacı, genel kurulun gerçekleşmesi ve genel kurula katılma hakkının kullanabilmesi ve sonuçları bakımından tam ve eksiksiz bir bilgilendirmenin sağlanmasıdır. (TTK m. 360 f. 1, m. 362 f. 3-4, m. 368, 373, m. 385 f. 2)

Pay sahiplerinin GK toplantısı açısından hazırlıklı olmaları ve beklenmedik bir durumla karşılaşmalarının önlenmesi, gündeme bağlılık ilkesine uyularak gerçekleştirilir. Kural olarak önceden belirlenerek, toplantı çağrısıyla üyelere duyurulmuş bir gündemde yer almayan konular toplantıda görüşülemez[112].

Gündemin gereği gibi ilan ve tebliğ edilmiş sayılabilmesi için davete ilişkin ilanlarda ve taahhütlü mektuplarda yer almış olması ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi ile ana sözleşmede öngörülmüş olan diğer ilan vasıtalarında bu şekilde ilan edilmesi gerekir. Davet ile gündemin ayrı gazetelerde veya ayrı zamanlarda ya da aynı gazetede ve aynı tarihte olsa bile ayrı yerlerde ilan edilmeleri halinde kural olarak *"gündemin gereği gibi ilan edilmediğinin"* kabulü gerekir. Bunun istisnası pay sahiplerinin onda birini oluşturan (halka açık anonim ortaklıklarda yirmide bir) azınlığın TTK m. 366 ve m. 367'ye göre toplantı gündemine yönetim kurulu veya mahkeme aracılığı ile gündeme *"madde eklettirilmesi"* hali olup, bu durumda da gündemin gereği gibi ilan ve tebliğ edilmiş sayılabilmesi için ilan ve tebliğ edilen ek maddenin mahkemenin izni ile eklenmiş olduğunun yazılması gereklidir.

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre, anonim şirket GK kararının iptalini talep ve dava eden pay sahibinin sahip olduğu pay miktarının şirketteki tüm pay oranına göre sonucu değiştirecek oranda olması gerek-

---

(111) DOMANİÇ, s.887

(112) SAKA, s.259

mekte olup, aksi halde mahkemenin açılan iptal davasının reddetmesi gerekir[113].

Kanaatimizce de Yargıtay'ın içtihatları yerindedir. O halde burada toplantıya usulüne uygun bir şekilde davet edilmediğini öne süren ve bu nedenle de GK kararı aleyhine iptal davası açan pay sahibinin ilk olarak anonim ortaklıktaki pay adedine bakılmalı ve iptali istenen GK kararının kaç oy ile alındığının tespiti gerekir. Bir anlamda artık davacının pay adedinin sonucu değiştirip değiştirmemesi hususu bu şekilde açılan bir iptal davasının davanın dinlenme koşuludur.

bb. Toplantıya Katılma Hak ve Yetkisi Bulunmayan Kimseleri Kararlara Katılmaları

TTK m. 381 f. 1/1'e göre, GK toplantısına katılmayan pay sahipleri, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kimselerin karara iştirak etmiş olmaları nedeniyle iptal davası açabilirler; fakat GK toplantısına katılmışlarsa, iptal davası haklarını kullanabilmeleri, yukarıda da belirttiğimiz üzere ancak karara muhalefetlerini toplantı tutanağa geçirtmelerine bağlıdır. Oysa TTK m. 361 f. 3'de genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kimselerin oylamaya katılmış olmaları halinde, pay sahiplerinden herhangi birisi önceden itiraz etmemiş olsa bile kararın iptalini mahkemeden isteyebileceği, ayrıca davalı şirkete bu katılmanın karara etkili olmadığını ispat ederek iptalden kurtulmaya yönelik bir savunma hakkı tanınmasına ilişkin hüküm yer almaktadır. Bu duruma göre m. 361 f. 3, m. 381'in aksine GK toplantısına katılan ve fakat karara muhalefetini tutanağa geçirtmemiş olan pay sahiplerine de kararı iptalini dava edebilme imkanı tanımış bulunmaktadır.

Doktrinde söz konusu maddeler arasında çelişki bulunduğu belirtilmiştir. Söz konusu çelişkinin nedenide TTK m. 361 f. 3'ün İsviçre BK'dan aynen alınması, ancak İsviçre BK'nın GK kararlarının iptalini düzenleyen m. 706'da iptal davası açabilmek için pay sahiplerinin karara muhalefetlerini tutanağa geçirmelerinin şartının aranmaması ve bu şekilde de İsviçre BK'nın aynen TTK'ya aktarılması olarak ifade edilmiştir[114].

Gerçekten de İsviçre BK m. 706. m. 706 f. 1'e göre yönetim kurulu ve pay sahipleri kanuna veya ana sözleşmeye aykırı olan GK kararlarının ip-

---

(113) Yarg. 11 HD'nin 28.03.1985 T., 1985/1457 E., 1985/1784 K. sayılı kararı ile GK kararının 201 paya sahip pay sahipleri tarafından oybirliği ile alındığı ve şirkette tüm pay oranının 401 olduğunun anlaşılmasına göre, GK toplantıların çağrılmadıkları ileri süren davacıların, toplantıya katılsalar dahi sahip oldukları pay sayısı nedeni ile sonuç değişmeyeceğinden davanın reddine karar verilmiştir;http:// www.kazanci.com.tr

(114) POROY, s.415, MOROĞLU,s.197, s.226-227, İMREGÜN, s. 319, PULAŞLI, s.270

talini dava edebilirler.[115] Her ne kadar İsviçre BK'da pay sahiplerinin karara muhalefetlerini tutanağa geçirme şartı aranmamakta ise de ve m. 706'da muhalif oy kullanmaktan da bahsedilmese de, karara karşı iptal davası açmak isteyen pay sahibi karara olumu oy kullanmış ise GK kararı aleyhine iptal davası açma hakkı düşer[116].

TTK m. 381 iptal davalarını 3 aylık bir süreye bağlı tuttuğu halde, TTK m. 361 f. 3'de süre söz konusu olmamakla birlikte pay sahipleri dürüstlük kuralını ihlal etmemek şartı ile her zaman dava açabilirler. TTK m. 381'e göre, GK kararları aleyhine iptal davası açabilmek için kararın aynı zamanda kanuna, ana sözleşmeye ve afaki iyiniyet kurallarına aykırı olduğunun ayrıca kanıtlanması gerekirken, TTK m. 361 f. 3 hükmüne göre, genel kurula katılmaya yetkili olmayan kimselerin karara katılmaları ve bu katılmanın karara alınmasında etken olması durumunda GK kararının iptal edilebilmesi için ayrıca kanuna, ana sözleşmeye ve afaki iyiniyet kurallarına aykırı olması aranmamıştır[117].

Buna göre, TTK m. 381'deki hal dava şartı olmakla, iptal için kanuna, ana sözleşmeye ve iyiniyet kuralarına aykırılık kanıtlanmalıdır. Buna karşılık TTK m. 361 f. 3'deki durum, dava şartı değildir, katılmanın karara etken olmadığını ortaklık kanıtlayamaz ise, karar iptal edilir. Mevcut düzenlemeye göre söz konusu çelişkili durumda, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kimselerin karara katılmış olmaları halinde, hangi hükmün uygulanacağı hususunda bir görüşe göre; pay sahipleri lehine en uygun olan hükmün uygulanması gerektiği savunulmuştur[118].

Kanaatimizce böyle bir durumda m. 361 f. 3'ün uygulama alanı bulması gerekir. Zira aslında genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kimselerin toplantıya katılmış olmaları halinde bunun yaptırımının 3 aylık süreye tabi olması düşünülemez. Esasen GK katılma yetkisi bulunmayan kişilerin toplantıya katılmış ve de karara etkili olacak şekilde oylarını kullanmış olmaları durumunda bu karar yok hükmünde sayılmalıdır. Buna göre denilebilir ki; aslında m. 361 f. 3 m. 381 hükmünü tamamlayıcı nitelikte düzenlenmiştir. Bu iki maddenin pay sahiplerinin çıkarlarına en

---

(115) HONSELL/ROLFWATTER, s.850, www.admin.ch/ch/d/sr/220/a 706.html, Yeni İsviçre BK düzenlemesine göre alacaklıların iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır. İsviçre BK'da sadece kanuna ve ana sözleşmeye aykırı kararların iptal edilebileceği düzenlenmiş olup, afaki iyiniyet kurallarına aykırılık hali düzenlenmemiştir. m. 706 f. 2 de, hangi kararların iptal edilebilir olduğuna ilişkin örnekler verilmiştir. Burada sadece örnek verilen kararlar, "özellikle" denilerek vurgulanmıştır, yani bu haller tahdidi olarak belirtilmemiştir. Hangi hallerin iptaledilebilirlik içinde değerlendirildiğini örneklemek gerekirse, pay sahiplerinin haklarını kanuna ve ana sözleşmeyi ihlal ederek kaldıran veya kısıtlayan kararlar, pay sahiplerinin objektif haklarını kaldıran veya kısıtlayan kararlar, ortaklık amacına aykırı olarak pay sahiplerine eşit davranılmaması veya pay sahiplerinin zarara uğraması sonucunu doğuran kararlar... Yine m. 706 f. 5 de, bir GK kararının iptaline ilişkin hükmün bütün pay sahipleri hakkında hüküm doğuracağı, belirtilmiştir.

(116) generalversammlung/generalversammlung.htm, www.iuni.ch/lehrgänge

(117) DOMANİÇ, s.889

(118) MOROĞLU, s.227

uygun biçimde beraber yorumlanması ve hangi hüküm lehe olacaksa o maddenin uygulanması gerekir. Ancak bazı yazarlara göre, m. 361 f. 3'ün uygulama alanı oy hakkından yoksun, yani pay sahibi sıfatını taşıyan, GK'a katılma ve görüşmeleri takip hakkı bulunan fakat kanundan dolayı bazı hallerde bu oy hakları kısıtlanan, (TTK m. 360 f. 3, m. 361 f. 1, m. 374, m. 291), ancak buna rağmen oylamaya katılan pay sahipleri içindir[119].

Tasarı'da TTK m. 381 ile çelişki yarattığı savunulan TTK m. 361 hükmüne yer verilmemiştir. Ancak Tasarı'da *"İptal Davası Açabilecek Kişiler"* başlığı altında düzenlenen ve TTK m. 381'in tekrarı olarak sayılan m. 446'ya *"oy hakkı bulunmayan kimselerin oylamaya katılmış olmaları kararların sonucunu etkilemiş olmadıkça iptal nedeni oluşturmaz"* şeklindeki bir maddenin doktrinde yapılan tartışmalara nokta koyması açısından Tasarı' ya eklenmesi yerinde olurdu[120].

GK toplantısında bulunmayan pay sahiplerinin iptal davası açabilmeleri koşullarını düzenleyen TTK m. 381'de haksız olarak GK toplantısına alınmamış veya haksız olarak toplantıdan çıkarılmış bulunan pay sahiplerinden söz edilmemiştir. Maddede bahsi geçen oyunu kullanmalarına haksız olarak müsaade edilmeyen pay sahipleri toplantıda hazır bulunan ve karara muhalefetlerini tutanağa geçirttirerek iptal davası açabilecek pay sahipleridir. Pay sahibi veya temsilci sıfatlarına haksız olarak itiraz edilmek suretiyle veya tehdit ya da hile gibi haksız bir eylem ile GK dışında bırakılan kimselerin de muhalefetlerini tutanağa geçirtmiş olmalarına bakılmaksızın, bu haksız olarak kurul dışına bırakılma hususunu kanıtlamaları şartıyla iptal davası açabilmelerinin kabulü gerekir[121].

Müktesep haklar TTK m. 385'de pay sahiplerine, pay sahipliği sıfatı nedeniyle tanınmış olup, bunların açık veya örtülü rızaları olmadıkça GK veya YK kararları ile kısmen veya tamamen değiştirilmeyen ve kararlardır. Pay sahibi genel kurula katılmamış olsa veya katılmış olmakla beraber, karara muhalif kalıp tutanağa yazdırmamış bile olsa, alınan kararla münferid müktesep hakkın ihlal edilmiş olması halinde iptal davası açabilir[122].

---

(119) ARSLANLI, C.II, s.56, "sonuç olarak, TK'nın GK toplantısına katılmaya yetkili bulunduğu halde, oy kullanamayacak olan bir pay sahibinin oylamaya katılmış olması nedeniyle açılan iptal davasında, anonim ortaklığa kullanılan oyun göz önüne alınmaması durumunda dahi sonucun değişmeyeceği savunmasını yapamadığını, TK m. 361,f. 3, c.2'nin sadece GK toplantısına katılmaya hakkı bulunmayan karara katılmaları halinde uygulanabileceğini belirtmek isterim" TEOMAN, Ömer, "Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Karara katılmaları", Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C.II, 1982-2001, Beta A.Ş., İst. 2001, s.8

(120 MOROĞLU, (Değerlendirme ve Öneriler) s.229

(121) MOROĞLU, s.228, Yarg. 11 HD, 23.10.1984 T., E. 1984/4349, K. 1984,4356, http://www.kazanci.com.tr

(122) PULAŞLI, s.271, MOROĞLU, s.230, Yargıtay da GK toplantısına katılmamış pay sahiplerinin müktesep haklarının ihlali halinde iptal davası açılabileceğine hükmetmiştir.; Yarg. 11 HD, 22.09.1989 T., E. 1989/5942, K. 1989/4548,http:// www.kazanci.com.tr

2. Yönetim Kurulu

Yönetim kurulunun GK kararları aleyhine iptal davası açabilmesi TTK m. 381 ile hüküm altına alınmış olmakla, bu iptal davası açabilme hakkı ortaklığı çıkarının korunması yönünde yürütme organı olan YK'ya verilmiş bir görevdir. YK'nın kurul olarak dava açma hakkı üyelerinin bazılarının veya hepsini toplantıda hazır bulunmuş olup olmamalarına veya karar lehinde oy kullanmış olmalarına bağlı değildir, bu hak yönetim kuruluna mutlak olarak verilmiştir.[123] TTK m. 330'a göre yönetim kurulu dava açılmasına oy çokluğu ile karar verir.

3. Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerden Her Biri

TTK 381 /1, b. 3 maddesine göre, bir GK kararının uygulanması yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin kişisel sorumluluklarına yol açabilecek olduğu takdirde bunlardan her biri kararın iptalini dava edebilirler.

Tasarı'da anonim ortaklıklar için öngörülen *"murakebe organı"* yerine denetim, bağımsız denetim kuruluşlarına veya küçük anonim ortaklıklarda en az iki serbest yeminli müşavire veya yeminli serbest muhasebeciye bırakılmıştır. (Tasarı m. 397 vd.) Bu anlamda denetçilerin anonim ortaklığın organı sıfatı kaldırıldığından artık denetçilerin GK kararlarını dava etme hakları da bulunmamaktadır.

Kişisel sorumluluk, şirkete, pay sahiplerine veya üçüncü kişilere karşı söz konusu olabilir. Ancak dava açılabilmesi için, GK kararının uygulanmasının YK üyelerinin kişisel sorumluluklarına sebep olması şarttır. Eğer bu koşul mevcut değilse, GK kararı kanuna esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına aykırı olsa bile iptal davasının açılması olanaklı olmaz. Buna göre, GK kararının icrasına ihtiyaç bulunmayan hallerde, örneğin YK üyeleri ile denetçilerin ibra edilmelerine ve ibra edilmelerinin reddine dair kararlar ile yönetim kurulu üyelerinin (TTK m. 316) ve özellikle pay sahipleri arasından seçilmiş olan denetçilerin (TTK m. 350) azledilmelerine dair kararlar hakkında YK üyeleri ve denetçiler tarafından açılan iptal davalarının bu kararların icrasının mümkün olmaması nedeniyle reddedilmesi gerekir.[124] Buna karşın doktrinde bir başka görüş[125] YK üyelerinin GK'nın ibra etmeme kararının iptalini dava etme hakkının olduğunu savunur. Şöyle ki: GK'nın YK üyelerini ibra etmeme kararı, YK üyelerinin bir önceki hesap döneminde yapmış oldukları tüm iş ve işlemlerin onaylanmadığı ve şirketin onlara karşı bir sorumluluk davası açabileceği anlamındadır. Ancak ibra edilmeyen YK üyelerine karşı sorumluluk davasının açılması şart değildir, böyle bir davanın açılmaması ihtimali de mevcuttur. İşte, YK üyelerine GK'nın ibra etmeme kararına karşı ip-

---

(123) POROY, s.427

(124) MOROĞLU,s.234

(125) PULAŞLI, Hasan, "Eski Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurulun İbra Etmeme Kararının İptalini Dava Etme Hakkının Türk Ticaret Kanununa ve Tasarıya Göre Değerlendirilmesi", Prof. Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.274 vd.

tal etme hakkının tanınması söz konusu sorumluluk davası açılmadığı takdirde YK üyelerini kendilerini savunma olanağını ortadan kalkması ve de bu kişilerin malvarlığı ve kişilik haklarında uğrayacağı zarar ve ziyan nedeniyledir. Başka bir anlatımla, YK üyelerinin iptal davası açma konusunda korunmaya değer menfaatlerinin olması, YK üyelerinin açacağı iptal davası ile iptale konu GK kararı arasında YK üyeliğinin görevinin yerine getirilmesi ile ilgili fonksiyonel bir ilişki olmasına dayanan kişisel menfaatin ihlaline dayanmaktadır, yani bu iptal hakkı TTK m. 381 hükmü çerçevesinde değerlendirilmemelidir. TTK Tasarı m. 359'da YK üyeliği için *"pay sahibi"* olma sıfatı ortadan kaldırılmıştır. Ancak buna istinaden YK üyelerinin dava açma hakkının ortadan kalktığı söylenemez. Burada YK üyelerinin pay sahibi olup olmaması bakımından bir ayrıma ihtiyaç bulunmamaktadır, çünkü bu iptal hakkı YK üyelerini kişilik ve malvarlığı haklarının iptali sebebiyledir.

YK üyelerinin genel kurulun ibra etmeme kararının iptalini dava etme konusunda Yargıtay'ın görüşü yönetim kurulu üyesini dava tarihinde yönetim kurulu üyesi olup olmaması veya paysahibi olup olmaması açısından farklı olup, Yarg. 11 HD 30.01.1992 T., E. 1992/3866, K. 1992/565 sayılı kararında, genel kurulun ibra etmeme kararının iptalini dava eden eski YK üyesinin genel kurulun yapıldığı tarihte ve dava tarihinde pay sahibi olmadığından bu GK kararının iptaline karşı dava açamayacağına hükmedilmiştir[126].

4. Sermaye Piyasası Kurulu

5.12.1999 tarih 4487 sayılı Kanun ile SerPK m. 46 c bendine yapılan ekleme ile SPK'ya Sermaye Piyasası'na tabi anonim ortakların GK kararları aleyhine iptal davası açma yetkisi tanınmıştır. SerPK m. 46 f. 1, c bendine göre,"(Kurul) *Bu Kanuna tabi anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açmaya, TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir alınmasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili mercilere intikal ettirmeye ...yetkilidir"*[127].

SerPK m. 46/1 c'deki *"işlem"* sözcüğünün özel bir anlamı yoktur, kapsamına, SerpPK'ya tabi anonim ortaklıkların, kanun ve ana sözleşmeye ya da işletme konu ve amacına aykırı veya sermayenin azalması ya da kaybına yol açan her türlü hukuki işlemler girer. İşlemin türüne ve sakatlığın içeriğine göre, SPK tarafından açılacak davalar, yokluk veya butlanın tespiti ya da iptal niteliğinde olabilir[128].

---

(126) ERİŞ,s.475-476

(127) SUMER, s.215

(128) PULAŞLI, s.273

Söz konusu maddenin gerekçesinde, düzenleme amacının bir idari makam olan Kurul'a küçük tasarruf sahiplerinin haklarını korumak üzere yargı yoluna başvurabilme biçiminde önlem niteliğinde bir zorlayıcı yetki sağlamak olduğu belirtilmektedir.[129]

B. İptal Davasında Davalı

İptal davasında davalı anonim ortak tüzel kişiliğidir. Ortaklığı davada kural olarak YK organ sıfatı ile temsil eder. Ancak iptal davası, YK tarafından açılmışsa, şirketi mahkemede denetçiler temsil eder[130]. Ancak başka bir görüş[131]; YK tarafından açılan iptal davasında davalı anonim ortaklık denetçiler tarafından değil, MK. m. 377 f. 4 uyarınca mahkemece atanacak bir kayyım aracılığıyla temsil edilmesi gerektiğini, denetçilerin anonim ortaklığın *"yedek temsil organı"* olmadığını savunmaktadır.

Ancak denetçiler de davacı sıfatına sahip iseler, bu takdirde ortaklık mahkemece atanan bir kayyım aracılığıyla temsil olmalıdır. Yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçı davacı ise, diğer üyelerin temsil yetkisi bulunmak kaydıyla ortaklık YK tarafından temsil edilir. YK'nın azline ilişkin bir kararın iptali davasında ortaklığı söz konusu kararın uygulanması mahkemece ertelenmiş bulunmadıkça, yeni yönetim kurulu temsil eder[132]. Azil sonrası YK seçilmemişse, ortaklık mahkeme tarafından atanacak yönetim kayyımı aracılığıyla temsil edilir. (TTK m. 1 f. 1, MK m. 427 f. 4)

C. Genel Kurul Kararlarının İptaledilebilirliğinin Yeni Bir Kararla Giderilmesi

Alınan GK kararının iptaledilebilirliğinin fark edilmesi halinde bu karar hakkında iptal davası açılması, açılmamasını veya açılmış olan bir davanın sonucunun beklenmesi anonim ortaklık veya anonim ortaklık ile ilişkiye giren veya girebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerini zedeleyebilir. Bu nedenle doktrinde GK kararlarının iptaledilebilirliklerinin yeni bir onay kararı ile giderilmesine mevcut düzenleme bakımından engel bulunmadığından ve bu şekilde yarar sağlanacağından bunun uygulanmasının gerekliliğine değinilmiştir. Özellikle sermaye artırımı, birleşme veya seçim kararının herhangi bir şekil noksanı nedeniyle mahkeme tarafından iptal

---

(129) Ayrıntılı bilgi için bkz. SAKA, s.268 vd.

(130) İMREGÜN, s.320, POROY, s.427,PULAŞLI, s.274

(131) MOROĞLU, s.231, Her ne kadar bu görüş hukuki anlamda doğru olsa da kanaatimizce bu şekilde bir kayyım atama yolu pratik bir çözüm olmamakla, mahkemeden kayyım atanması talep etmenin de belirli bir zamanı kapsayacağı düşünüldüğünde ve iptal davasının da basit usul ile görülen ve menfaatler dengesi açısından kısa zamanda sonuçlandırılması gereken bir dava olması karşısında, uygulamada zorluklar meydana gelebilecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere Tasarı'ya göre denetçilerin organ sıfatı bulunmadığından temsil yetkileri de mevcut değildir. Belki bu şekilde denetçilerin organ sıfatının kaldırılması ve temsil yetkilerinin de bulunmamasını uygulamada denetçilerin genellikle YK ile birlikte hareket ettiği ve de açılacak bir iptal davasında anonim ortaklık aleyhine hareket etmeyecekleri ile açıklanabilir.

(132) İMREGÜN, s.120

edilme tehlikesi karşısında bu noksanı gideren bir onay kararı ile geçmişe etkili olarak giderilmesinin faydalı olacağı savunulmaktadır[133].

Bu görüş temelini AlmPOK m. 244'den almaktadır. *"İptal edilebilir GK kararlarının Onaylanması"* başlıklı Alman Paylı Ortaklar Kanunu m. 244'de eğer, GK iptal edilebilir bir kararı yeni bir karar ile onaylarsa ve bu karar iptal edilebilirlik süresi içinde iptal edilmez ise (yani iptal davası açma süresi içinde iptali için başvurulmaz ise), veya iptal isteminin reddedilmesi kesin hüküm kuvvetini haiz ise, iptal istemi artık geçerli olmaz denilmekle, devamında da, davacının GK'nın onay kararına kadar geçecek süre içinde iptal edilebilir kararın batıl olarak addedilmesinde hukuki menfaati mevcut olursa, bu durumda davacı bu kararın batıl olduğu gerekçesiyle iptal davasını devam ettirebileceği belirtilmiştir[134].

Buna göre AlmPOK yerinde olarak batıl olan GK kararının GK'nın onay kararı ile geçersizliğinin giderilmesine izin vermemiştir.

Moroğlu'da AlmPOK'daki bu düzenlemenin Tasarı'ya da eklenmesi gerektiğini belirtmiştir[135]. Kanımızca, bu şekilde bir düzenleme yapılması anonim ortaklığın işleyişi açısından uygun olabilir, ancak kanun ile düzenleme yapılacak ise bu düzenlemeye, *"ortaklığın menfaatlerinin gerektirdiği ve mecbur kalındığında"* şeklinde bir ekleme yapılmalı, aynen AlmPOK m. 244 alınmamalıdır. Başka bir deyişle, GK'nın onay kararı ile iptal edilebilir GK kararlarının geçerli hale getirilmesi istisnai bir yol olarak kabul edilmeli, ancak anonim ortaklığın işlerini yürütebilmesi açısından böyle bir onay kararına ihtiyaç duyulması halleri ile sınırlı tutulmalıdır.

III- İPTAL DAVASININ USUL HUKUKUNA İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ

A. İptal Davasında Süre

GK kararının iptali davası kararın alınması tarihinden itibaren üç aylık süre içerisinde açılmalıdır. (TTK m. 381 f. 1) Üç aylık süre hükmü emredici nitelikte olup, bu sürenin herhangi bir şekilde uzatılmasını veya kısaltılmasını öngören bir GK kararı, bir ana sözleşme hükmü veya hukuki işlem batıldır.[136] Söz konusu üç aylık süre hak düşürücü süre olup, hakim tarafından re'sen göz önüne alınır.

TTK m. 381, Tasarı'da değişikliğe uğramamış ve Tasarı m. 445'de iptal davası için 3 aylık hak düşürücü dava açma süresi korunmuştur. Doktrinde, iptal davası açılması için üç aylık hak düşürücü sürenin iptale dair kesin hükmün geçmişe etkili olması ve üç aylık süre geçmeden duruşmaya başlanamaması[137] karşısında çok uzun bire süre olduğundan,

---

((133) MOROĞLU, 279 vd

(134) http:// www.aktiengesetz.de

(135) MOROĞLU, (Değerlendirmeler ve Öneriler), s. 230

(136) POROY, s.428, MOROĞLU, s.236

(137) Bunun amacı bir karar aleyhine açılacak bütün davaların beklenmesi, süreni son gününe kadar aynı konuda açılacak davaların birleştirilmesi ve yargıda birliğin sağlanmasıdır, DOMANİÇ, s.899

bu sürenin Alman Paylı Ortaklar Kanunu'nda olduğu gibi bir aya indirilmesini savunulmaktadır[138].

Kanaatimizce 3 aylık sürenin somut olayın özelliklerine göre uzun olduğu düşünülebilir, ancak bir aylık süre de kısa olup, bu sürenin İsviçre BK m. 706 f. 1 uyarınca iki ay olarak düzenlenmesi uygun olur[139].

B. Yetkili ve Görevli Mahkeme

TTK m. 381 f. 1'e göre iptal davası şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede açılır. Bu kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralıdır.Dolayısıyla iptal davaları ile ilgili olarak yetki sözleşmeleri yapılması ve buna aykırı ana sözleşme hükmü ve GK kararı da geçersiz sayılmalıdır.

Davaya bakmaya görevli mahkemenin belirlenmesi doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre[140], GK kararının iptali talep edilirken, görev bakımından dava değerine göre bir tespit yapılması mümkün olmayacağından ve dava anonim ortaklığa özgü bir dava olduğundan asliye ticaret mahkemelerinde görülmelidir. Ancak diğer görüşe göre[141], HUMK m. 8 f. 1 uyarınca görevli mahkemenin belirlenmesinde dava değeri dikkate alınmalıdır[142], zira GK kararlarının iptali davasının asliye ticaret mahkemelerinde görüleceğine dair bir kanun maddesi bulunmamaktadır.

GK kararlarının iptal davalarının mutlak ticari dava niteliğinde olduklarından ve de iptal davalarının dava değerinin belirlenmesi çoğu zaman mümkün olmadığından GK kararlarının iptal davasının asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği kanısındayız. Zira uygulamada GK kararlarına ilişkin iptal davası nisbi değil maktu harç miktarı üzerinden açılmaktadır.

TTK m. 1460 uyarınca GK kararlarının iptali davası basit usulle görülür.

C.Teminat

Mahkeme ortaklığın talebi üzerine davacının ortaklığı muhtemel zararlarına karşı teminat göstermesine karar verebilir. Teminatın niteliği ve miktarı mahkemece takdir olunur (TTK m. 381 f. 4) Teminat pay sahibinin, iptal davası açma hakkını engelleyecek tutarda olamaz.

---

(138) MOROĞLU, (Değerlendirme ve Öneriler), s.229-230

(139) http://www.admin.ch/ch/d/sr/220/a706.html

(140) POROY, s.428

(141) MOROĞLU, s.240, DOĞANAY, s.1141-1142

(142) Asliye Hukuk ile Sulh Hukuk mahkemleri arasındaki görev sınırına ilişkin miktar HUMK'a 26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanunun 19. maddesi ile eklenen Ek madde 4 uyarınca, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere 213 sayılı Vergi Usûl Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı'nca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerleme oranında arttırılır.Buna göre söz konusu sınır 2008 yılı için 6.330.000.000 TL. olarak belirlenmiştir.

Teminat yatırılması davalı anonim şirketin isteğine bağlı bir husus olup, isteğe bağlı bir hususun da dava şartı olarak kabulü olanaksızdır. Zira dava şartlarının en belirgin özelliği mahkeme tarafından re'sen gözetilmeleridir.[143]

Kuru'ya göre; TTK m. 381 f. 4 hükmü, mahkemeye teminat konusunu kendiliğinden gözetme yetkisini tanımadığı, bunu davalı anonim şirketin talebine bağlı tuttuğundan dolayı, teminat gösterme dava şartı olarak kabul edilemez, bu bir ilk itirazdır Mahkemenin teminat yatırılmasına ilişkin kararının davacı tarafından yerine getirilmemesi halinde davacını hazır bulunmamış sayılmasına karar verilir, yani bu halde HUMK m. 99 hükmü kıyasen uygulanır. Bu halde davalı, davaya devam etmek isterse, dava davacının yoluğunda sürer; aksi halde dava müracaata kalır[144].

D.Yürütmenin Durdurulması

Bir GK kararı aleyhine iptal davası açılmış olması kararın geçerliliğini etkilemez, aleyhine iptal davası açılmış olan bir GK kararının YK tarafından uygulanmasına kural olarak engel yoktur.[145] Ancak GK kararının, objektif ölçülerle ortaklığın meşru çıkarları ve ortaklık tüzel kişiliğine karşı sadakat ve özen yükümlülüğü ile bağdaşmaması ve açıkça aykırı olması durumlarında, YK tarafından uygulanmaması düşünülebilir. (TTK m. 336 f. 1-5) Böyle durumda davanın yürütmenin durdurulması ve ihtiyati tedbir talepli olarak açılması gerekir. Şayet mahkeme, bir GK kararının iptal edilinceye kadar icra edilmesini sonradan mahkeme tarafından iptaline karar verilmesi halinde davalı ortaklık ve YK tarafından telafisi güç, ağır hukuki sonuçlar doğuracağına kanaat getirirse kararın yürütmesinin durdurulmasına karar verebilir. TTK m. 382'ye göre, GK kararları aleyhine iptal davası açıldığı taktirde mahkeme YK üyeleri ile denetçilerin görüşünü aldıktan sonra iptal davası açılan kararın yürütmesinin durdurulmasına karar verebilir. Aynı hüküm Tasarı'da da korunmuş olup, Tasarı m. 449'a bu sefer iptal davası yanında hükümsüzlük davası eklenmiş ve de denetçiler ibaresi çıkarılarak sadece YK üyelerinin görüşünün alınarak yürütmenin durdurulması kararı verileceği düzenlenmiştir.

Mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı verebilmesi için söz konusu GK kararının uygulanmamış olması gerekir. Başka bir deyişle, GK kararı bir kez uygulanıp hüküm ve etkilerini doğurduktan sonra artık kararın yürütülmesinin durdurulması söz konusu olmaz. Örneğin GK toplantı başkanının seçilmesi ya da pay sahiplerinin konuşma sürelerinin sınır-

---

(143) ARSLANLI, s.84, DOĞANAY, s. 1144, DOMANİÇ, s.919, Yarg. 11.HD, 19.04.1983 T., 1983/1401 E., 1983/2033 K., Başbuğoğlu, s.563, Yarg. 11.HD., 27.07.1979 T, E. 1979/3648, K. 1979/3483, http:// www.kazanci.com.tr

(144) Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Baki," Makalelerim", İstanbul 2006, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat Gösterme Dava Şartı mıdır?", s.189 vd.

(145) POROY, s.429, MOROĞLU, s..254

landırılması gibi usule ilişkin kararlarda yürütmenin durdurulması söz konusu olmaz. Buna karşılık anonim ortaklığın yıllık karının dağıtılması konusundaki bir GK kararını uygulanması hakkında bir GK kararı hakkındaki kararın yürütülmesi durdurulabilir[146].

İptal davasına bakan mahkeme anonim ortaklığı isteği üzerine, davacının teminat göstermesine karar vereceğinden, yürütmenin durdurulması talebini içeren bir davada mahkemenin öncelikle teminata hükmetmesi gerekir[147].

E- Davaların Birleştirilerek Görülmesi

Birleştirme koşulları mevcut olsa bile hakimin davaların birleştirilerek görülüp görülmemesi hususunda takdir hakkı mevcuttur.(HUMK, m. 45/1, m. 46) Ancak anonim ortaklık GK kararlarının iptali için, birden çok iptal davası açılması durumunda mahkeme aynı karara karşı açılmış davaları birleştirmek zorundadır. (TTK m. 381 f. 3) Kesinleşmiş bir iptal kararı bütün pay sahipleri, organlar ve ilgililer açısından bağlayıcılık teşkil edeceğinden (TTK m. 383), aynı konuda açılmış davalar için yargılama birliğinin sağlanması açısından bu şekilde bir düzenleme yapılmıştır.

Birleştirme zorunluluğu aynı GK kararı için açılmış olan iptal davaları için söz konusu olup, buna karşın aynı GK toplantısında alınmış olsa bile, değişik kararlar aleyhine açılmış olan iptal davalarının birleştirilmelerinin zorunlu değildir[148].

Ancak anonim ortaklıkta bir pay sahibi aynı GK toplantısında alınan değişik kararlar hakkında birden fazla iptal davası açabilir. Bunun gerekçeleri de, GK'nın gündeminde bulunan çoğu maddenin birbirinden bağımsız nitelikte bulunduğu, pay sahibinin GK'da alınmış bazı kararlar bakımından öncelikle iptal davası açarak, yürütmenin durdurulmasını talep edebileceği, buna karşın alınmış olan bazı kararlar bakımından yürütmeyi durdurma talepli olarak dava açmayabileceği ve bu kararlar bakımından dava hazırlığı için daha fazla süreye ihtiyaç duyabileceği gibi nedenler olarak sıralanabilir.[149]

Kanımızca da, burada önemli olan davacının menfaatidir. Şayet dava açacak olan pay sahibinin değişik kararlar aleyhine iptal davası açma bakımından menfaati var ise bu şekilde dava açabileceğinin kabulü gerekir, çünkü davacı açısından her zaman birden fazla GK kararı aleyhine dava açmak yararına olmaz. Davacı davayı kaybederse birden fazla yargılama

---

(146) TEOMAN, Ömer,Makale 65, Ticaret Hukukunu Güncel Sorunları IV, "İcra Edilmiş Bir Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının Uygulanmasının Durdurulması Konusunda Mahkemece İhtiyati Tedbir Kararı Verilip Verilemeyeceği", Otuz Yıl Ticaret Hukuku, -Tüm Makalelerim-1981-2001, İstanbul, 2001 s.381

(147) ARSLANLI, c.II, s.183

(148) MOROĞLU, s. 247-248

(149) TEOMAN, Makale 71, "Anonim Ortaklıkta Aynı Genel Kurulda Alınan Birden Fazla Kararı İptal Ettirmek İsteyen Bir Pay Sahibinin Tek Bir İptal Davası Açmak Zorunda Olup Olmadığı Sorunu", s.439

gideri, vekalet ücreti ödeme veya birden fazla teminat gösterme zorunluluğunda kalabilir.

F. İlan

TTK m. 381 f. 2 gereğince iptal davasının açılması ile duruşmanın yapılacağı gün YK tarafından usulen ilan edilir. Burada amaç, pay sahiplerinin davadan ve duruşmadan haberdar edilmeleridir.

İlanın hiç veya gereği gibi yapılmamış olması hali içi kanunda özel bir yaptırım görülmemekle beraber, ilanın hiç ya da gereği gibi yapılmamış olması nedeniyle zarar gören ilgililerin YK üyelerine veya onun görevini yapan kimselere karşı tazminat davası açmaları söz konusu olabilecektir.

Tasarı' da teminat, davaların birleştirilmesi ve ilana ilişkin hükümler korunmuştur, sadece iptal davası yanında hükümsüzlük davası ibaresi eklenmiştir. (Tasarı, m. 448)

G. İptal Kararının Etkisi

Mahkeme GK tarafından alınan karar ile bu kararın iptali için ileri sürülen sebepler arasında herhangi bir illiyet bağı bulunup bulunmadığını araştırmak zorunda değildir. Alınan karar kanuna, ana sözleşmeye veya afaki iyiniyet kurallarına aykırı olarak alınmış ise karar iptal edilir[150]. Böyle bir durumda iptal kararı o tarihe kadar geçerli olan GK kararını, kararın alındığı tarihe kadar yürümek üzere ortadan kaldırır. İptal hükmüne kadar mahkemeden yürütmenin durdurulması kararı alınmadıkça, bu karara dayanılarak şirketi temsilen üçüncü kişilerle yapılan işlemler iyiniyetli üçüncü kişileri bağlar. (TTK m. 321 f. 4) İptali istenen kararın temsil yetkisini kullanan YK üyelerinin seçimlerine ilişkin bulunması durumunda da, bu kişilerce yapılmış işlemler iyiniyetli üçüncü kişilere karşı şirketi bağlar.

GK kararlarının iptaline ilişkin kesin hükmün buna ilişkin genel usul kuralları içersinde bir ayrıcalıklı durumu mevcuttur. Bir kesin hüküm sadece taraflar arasında hüküm doğurmasına karşın GK kararının iptaline ilişkin kesin hüküm bütün pay sahipleri ve organlar açısından hüküm ifade eder.

İptal kararlarının etkisini düzenleyen TTK m. 383, Tasarı'da da korunmuştur. (Tasarı m. 450)

Maddeye yapılan bir eleştiri GK kararlarının iptaline dair olan kesin hükmün iyiniyetli üçüncü kişilerin doğmuş olan haklarını etkilemeyeceğine dair hükmün eklenmesidir[151]. Kanımızca da bu eleştiri isabetlidir. Zira bir GK kararının iptali davasının kısa sürede sonuçlanmayacağını, en iyi ihtimalle kesin hükmün bir buçuk, iki sene içerisinde elde edileceği

---

(150) ARSLANLI, C.II-III, s.89

(151) MOROĞLU (Değerlendirme ve Öneriler), s.230

düşünüldüğünde iyiniyetli üçüncü şahısların haklarının korunması öncelikle işlem güvenliği ilkesi dolayısıyla sağlanmalıdır.

TTK m. 383'e göre YK ilamın bir suretini derhal ticaret siciline kaydettirmeye mecburdur. Tescil gereğinin hiç veya zamanında yerine getirilmemesi halinde YK bu nedenle doğacak zararlardan ortaklığa, pay sahiplerine, şirket alacaklılarına ve diğer üçüncü kişilere sorumlu olur[152].

Aynı zamanda ilanın sadece ticaret siciline kaydettirilip, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ve şirketin internet sitesinde yayınlanmaması hususu da Tasarı'ya eklenmelidir[153].

SONUÇ

Mevcut Türk Ticaret Kanunu'ndaki GK Kararlarının İptaline ilişkin m. 381 vd'de yer alan düzenlemelerin Türk Ticaret Kanunu Tasarı'sında da genel olarak korunduğu sonucuna varılabilir. Bilindiği üzere, kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına aykırı bir GK kararı aleyhine pay sahipleri, Yönetim Kurulu, Yönetim Kurulu ile denetçilerden her biri 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde iptal davası açabilecektir. Buna karşın batıl bir karar aleyhine her ilgili herhangi bir süreye bağlı olmaksızın butlanın tespiti davası açma hakkı mevcuttur. Buradaki temel sorun hangi kararların iptal edilebilirlik, hangi kararların butlan yaptırımına tabi olacağıdır. Zira GK'da alınan bir kararın butlan yaptırımıyla karşı karşıya kalması anonim ortaklıklarda işlem güvenliği ilkesiyle bağdaşmayabilecektir.

Konuya ilişkin Tasarı' ya m. 447 ile GK kararlarının geçersizliği durumunda da iptal davası açılabileceği hükmü eklenmiştir. Bu maddenin başlığı *"Butlan"* olarak düzenlenmiş olup, batıl olan kararlara üç adet örnek verilmiş ve bu sayım tahdidi olarak yapılmamıştır. Bu düzenlemede 1991 yılında İsviçre BK'da yapılan değişiklikler doğrultusunda İsviçre BK'ya eklenen m. 706 b'den alınmıştır. Ancak belirtilmelidir ki; her ne kadar İsviçre BK'da *"butlan"* başlığı altında bir madde mevcutsa da, İsviçre doktrini ve mahkeme kararlarında da hangi kararların batıl, hangilerinin iptal edilebilir olduğu hususunda kesin bir ayrım mevcut değildir çünkü m. 706 b'de tahdidi bir sayım olmamakla beraber, butlan yaptırımına tabi olacak kararlara örnek verilmiştir.

Tasarı'ya *"butlan"* başlığı altında bir madde eklenmesi yerindedir. Ancak çalışmamızda da belirttiğimiz üzere doktrin ve yerleşik Yargıtay içtihatları da batıl olan kararlar hakkında bunların tespitinin istenebileceği görüşündedir. Bu anlamda Tasarı'nın yeni bir düzenleme getirdiği söylenemez. Bu maddenin yanında Tasarı'nın örneğin yokluk ile iptal edilebilirlik gibi kavramlar arasındaki sınırları çizmesi yerinde olurdu. Tasarı,

---

(152) MOROĞLU, s.274

(153) MOROĞLU, (Değerlendirme ve Öneriler), s. 230

doktrinde ve Yargıtay kararları ile sonuca ulaştırılmayan TTK m. 381-384 arasında düzenlenen tartışmalara değinmemiştir.

Yine Tasarı ile yapılan bir yenilik denetçilerin organ sıfatının kaldırılması olup, bu anlamda denetçilerin GK kararları aleyhine dava açma ve şirketi temsil yetkilerinin kaldırılmasıdır.

KISALTMALAR

AlmPOKAlman.	**: Paylı Ortaklar Kanunu**
BK.	**: Borçlar Kanunu**
b.	**: Bend**
bkz	**: Bakınız**
C.	**: Cilt**
dpn.	**: Dipnot**
E.	**: Esas**
f.	**: Fıkra**
GK.	**: Genel Kurul**
HD.	**: Hukuk Dairesi**
HUMK.	**: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**
K.	**: Karar**
m.	**: Madde**
MK.	**: Medeni Kanun**
s.	**: Sayfa**
SerPK.	**: Sermaye Piyasası Kanunu**
SPK.	**: Sermaye Piyasası Kurulu**
TTK	**: Türk Ticaret Kanunu**
T.	**: Tarih**
vd.	**: Ve devamı**
YK	**: Yönetim Kurulu**
Yarg.	**: Yargıtay**

KAYNAKÇA

- **AKUĞUR, Mehmet**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, İstanbul 2005
- **ARSLANLI, Halil,** Anonim Şirketler C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960
- **BAŞBUĞOĞLU, Tarık**, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar-İçtihatlar, C.I, Ticari İşletme- Ticaret Şirketleri – Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1988
- **BÖCKLİ, Peter**, "Das Neue Aktienrecht", Zürich 1992
- **ÇEVİK, Orhan Nuri**, Anonim Şirketler, 3.Bası, Ankara 1988
- **DOĞANAY, İsmail,** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C1, 4. Bası, İstanbul 2004
- **DOMANİÇ, Hayri,** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988
- **FORSTMOSER, Peter/ MEİER-HAYOZ, Arthur/ NOBEL Peter,** "Schweizerisches Aktienrecht", Bern 1996,
- **ERİŞ, Gönen,** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995
- **HİRŞ, Ernst,** Ticaret Hukuku Dersleri, C.II, Ticaret Şirket ve Teşekkülleri, İstanbul, 1940
- **HONSELL, Heinrich, ROLFWATTER, Nedim Peter,** " Kommentar zum Schweizerischen Privatsrecht", Obligationenrecht II, Art 530-1186 OR, Basel 1994,
- **İMREGÜN, Oğuz,** Anonim Ortaklıklar, 3. Bası, İstanbul 1974
- **İMREGÜN, Oğuz,** Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12 Bası, İstanbul 2001
- **KENDİGELEN, Abuzer**, Hukuki Mütalaalar, C:7, 1. bası, İstanbul 2006
- **KENDİGELEN, Abuzer**, İptal Davası Açma ve Pay Sahipliği Sıfatının Cüz' i Halefiyet Sonucu Değişmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç' e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001
- **KURU, BAKİ**, Makaleler, İstanbul 2006
- **MOROĞLU, Erdoğan**, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 2004
- **MOROĞLU, Erdoğan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanun Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4.Bası, Ankara, 2006
- **OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, İstanbul 2005
- **OKÇUOĞLU, Yavuz,** "Anonim ve Kooperatif Şirketlerde GK Kararlarının İptali İçin Gerekli Olan Muhalefet ve Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.II, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, 11-12 Ocak 1985
- **OKÇUOĞLU, Yavuz,** Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1991
- **POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin,** Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 9.Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005
- **PULAŞLI, Hasan,** Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Konya 2004

- **PULAŞLI, Hasan**, "Eski Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurulun İbra Etmeme Kararının İptalini Dava Etme Hakkının Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı'ya Göre Değerlendirilmesi" Prof. Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006
- **SAKA, Zafer**, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul 2004
- **SUMER, Ayşe,** Türk Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2002
- **TEKİL, Fahiman**, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998
- **TEOMAN, Ömer**, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. II, 1982-2001, İstanbul 2001
- **TEOMAN, Ömer,** Yaşayan Ticaret Hukuku, C.1, Hukuki Mütalaalar, Kitap: 8, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998
- **http://www. kazanci.com.tr**
- **http://www.kagm.adalet.gov.tr**
- **http://www.admin.ch/ch/d/s/r**
- **http://www.aktiengesetz.de**

DEMOKRATLAŞTIRICILARA(!) ÖĞÜTLER

Av. Zeki YILDAN*

Ülkemizde son günlerde yaşanan tüm tartışmaların da önüne geçen **"Ergenekon"** olayı adı altında **"Gözaltı ve Tutuklamalar"** epey önce okumuş olduğum ve zaman zaman da göz gezdirdiğim bir kitabın anımsanmasına neden oldu. Sanki bu kitapta yazılanlar bir bir gerçekleşiyordu. Bu nedenle kitabın yazarını ve bu kitabı çok kısa olarak tanıttıktan sonra kitabın **günümüz olayları ile örtüşen** bölümlerini başlıkları ile sizlere sunmaya çalışacağız.

Bu kitap aynı zamanda, Samuel Huntington'un *"The Third Wave : Democratization In The Late Twentieth"* adlı eserinin Prof. Dr. Ergun Özbudun tarafından Türkçe çevirisi olup tüm yayma, satma ve haklarının sahibi olan yazarın "University of Oklahama Press, Norman, Publisihing Division of the University"nin müsaadesiyle **Türk Üniversitelerinde** kullanılmak üzere yayınlanmış bir kitaptır.

Kitabın tüm hakları **Türk Demokrasi Vakfı**'na aittir. Kitap, Kıta Yayınları tarafından yayımlanmıştır. Kitabın kısa tanıtımını yine Yazarının "ÖNSÖZ"ündeki birkaç cümlesi ile yapalım.

"Bu kitap, yirminci yüzyıl sonlarının önemli, belki de en önemli ***"küresel siyasal gelişmesi"*** *hakkındadır. Yaklaşık otuz ülkenin (bu ülkelere Türkiye de dahildir) demokratik olmayan siyasal sistemlerden demokratik siyasal sistemlere geçişi. Kitap 1974 ile 1990 arasında gerçekleşen bu demokratlaşma dalgasının niçinini, nasılını ve yakın sonuçlarını açıklama yolunda bir çabadır."*

Okuyucuların bildiği gibi Huntington'un bilhassa 11 Eylül olayından sonra daha da önem kazanan ve Foreign Affairs (Dışişleri) Dergisi'nin Yaz 1993, 22-49. Sayfalarında yayınlandığı **"Medeniyetler Çatışması"** isimli makalesi de Türk Demokrasi Vakfı tarafından ülkemiz okurlarına sunulmuştu.

(*) İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

S. Huntington'un yazımızın konusu olan Kitabının adı **"ÜÇÜNCÜ DALGA 20. Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma".** Kitap, yazarının da ifade ettiği gibi "demokratlaşma" üzerinde odaklanmaktadır. Yazar, yukarıda da ifade edildiği üzere *"demokrasi kavramını"* Anglo-Sakson geleneğinden gelen **ekonomik zemini, pazar ekonomisi olan, bireyci-liberal siyasal demokrasiyi yeni adıyla** *"neoliberalizmi"* kasdediyor. (Liberal siyasal demokrasi hakkında İstanbul **Barosu 2008 Mayıs – Haziran Dergisi'nin 1383 – 1394 sayfaları** arasındaki yazımızda bilgi sunmuştuk.) Yazar, bu demokrasi modeli dışındaki bütün sistemleri **"otoriter" ve "totaliter"** sistem olarak nitelendiriyor. Bu sistemlerin değiştirilmesi için gerek muhalefetteki gerekse iktidardaki demokratlaştırıcılara 3 (üç) başlık altında ÖĞÜTLER veriyor. Yazımızın konusu bu öğütler, hiçbir ilave ve eksiltme yapılmadan aynen yazımıza aktarılmasıdır.

Bu öğütler, ülkemizin de dahil olduğu otuz ülke için yapılmıştır. Yazar, otuz ülkedeki mevcut sistemleri demokratik sistem olarak kabul etmiyor. Mevcut Sistemlerin demokratikleşmesini istiyor. Ülkemizdeki bu sistem değişikliği son günlerde yaşadığımız **"Gözaltı ve Tutuklama"** olayları ile daha da belirgin bir şekilde ortaya çıkmış bulunmaktadır. Ülkemiz açısından bakıldığında bu **"öğütlerin"** Kara Avrupası (özellikle Fransa) **"devlet"** ve **"demokrasi"** geleneğine göre kurulmuş olan Cumhuriyetimiz ve Demokrasimizden vazgeçilerek Anglo-Sakson Liberal Siyasal Sistem'e **geçişin, dönüşümün** nasıl ve ne şekilde gerçekleştirileceği yolundaki öğütler olduğu açıkça görülüyor. Kısaca **"Atatürk İlke ve İnkılapları" ile "Cumhuriyet Devleti'ni** –aynı anlama gelen **Cumhuriyet Demokrasisi'ni-** kaldırmak ve yerine **"neoliberal sistem"** ihdas edilmek isteniyor. Çünkü böyle bir sistem ülkenin bölünmesine, laikliğin son bulmasına ülkemiz yer altı ve yer üstü kaynaklarının sömürülmesine elverişli. Çünkü bu sistemde ulusal menfaatler ön plana alınmamaktadır. Liberal Sistem, gerek ekonomik anlamda gerek siyasal anlamda bugün *"neoliberal"* kavramıyla ifade ediliyor. Diğer bir anlatımla neoliberalizm, emperyalizmin bugünkü adıdır. Neoliberal-emperyalizmin egemenliğini yürütmesi önünde engellerin kaldırılması istenilmektedir.

Bugün hemen hemen bütün **"Temel Kanunlarımız"** ve diğer mevzuatlarımız AB'ye uyum yasaları altında bu Liberal sisteme uygunluğu sağlamak için değiştirilmiştir ve değiştirilmeye devam edilmektedir. Değiştirilemeyen sadece **"Anayasa"** kalmıştır. Anayasa Taslağı da yazımıza konu olan 3. Dalga Kitabı'nın çevirisini yapan Prof. Dr. Ergun Özbudun'un başkanılığını yaptığı komisyon tarafından hazırlanmıştır.

Ergun Özbudun, Türk Demokrasi Başkan Vekili, Adenauer, International Endowment For Democracy (WED) gibi kuruluşlarda da ilişkilidir **(19 Eylül 2007 tarihli Cumhuriyet Gazetesi).** Ayrıca Chicago, Columbia, Princeton ve Sorbonne Üniversitelerinde konuk, Harvard Üniversitesi ile Kudüs İbrani Üniversitesi'nde çalışmıştır **(6 Eylül 2007 tarihli Tempo Dergisi).**

Yukarıda açıklandığı üzere Samuel Huntington da Harvard Üniversitesi profesörlerindendir.

Anayasa Komisyonu'nda bulunan diğer Akademisyenler ise Prof. Dr. Levent Köker, Prof. Dr. Yavuz Atar, Prof. Dr. Zühtü Arslan, Doç. Dr. Serap Yazıcı ve Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem. Bu Akadamisyenler de Liberal Demokrasi taraftarı akademisyenlerdir.

"Öğütler" konusuna geçmeden önce yazar "demokratlaşmayı" aşağıdaki şekilde açıklıyor. Demokrasi ve demokratlaşmaya katkıda bulunduğu söylenen değişkenler arasında nelerin bulunması gerektiğini şu şekilde saptıyor.

Yazılardaki koyulaştırma tarafımızdan yapılmıştır. Yaşadığımız olayları yazının koyu kısımları daha da çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır.

DEMOKRATLAŞMA

"Demokratlaşmayı açıklamak için çok sayıda teori ileri sürülmüş ve çok sayıda değişken belirlenmiştir. Demokrasi ve demokratlaşmaya katkıda bulunduğu söylenen değişkenler arasında şunlar vardır:

Yüksek bir genel ekonomik düzeyi;

Gelir ve/veya servetin nisbeten eşit dağılımı;

Piyasa ekonomisi;

Ekonomik gelişme ve sosyal modernleşme;

Toplumun tarihinin belli bir döneminde feodal aristokrasi;

Toplumda feodalizmin olmayışı;

Güçlü bir burjuvazi (Barrington Moore'un özlü deyişiyle "burjuvazi olmazsa demokrasi de olmaz")

Güçlü bir orta sınıf;

Yüksek okuryazarlık ve eğitim düzeyleri;

Amaçsal değil araçsal bir kültür;

Protestanlık;

*Sosyal **"çoğulculuk"** ve güçlü ara gruplar;*

(Bu gruplar kimlerdir? Bu gruplar, cemaatler, tarikatlar gibi dinsel gruplar ile etnik ve bölücü gruplar, Sivil Toplum Kuruluşları'nın çoğunluğu, Atatürk ve Cumhuriyet'e karşı olanlar.

Atatürkçüyüm, Cumhuriyetçiyim deyip de Çoğulculuğu, Atatürkçülük ve Cumhuriyet'in kavramı imiş gibi kullananların dikkatine... Z.Y.)

Siyasal katılmanın genişlemesinden önce siyasal yarışmanın gelişmesi;

Sosyal gruplar, özellikle siyasetle yakından bağlantılı olanlar içerisinde demokratik otorite yapıları;

Toplum içi şiddetin aşağı düzeylerde olması;

Demokrasiye bağlı siyasal liderler;

İngiliz sömürgeliği deneyimi;

Hoşgörü ve ***uzlaşma*** *gelenekleri;*

(Kim kiminle uzlaşacak? Niye uzlaşacak? Cemaatler, tarikatlar, dinsel gruplar, etnik gruplar, Sivil Toplum Kuruluşları'nın çoğunluğu ile Atatürk ve Cumhuriyete karşı her türlü gruplarla biraraya gelinecek ve Sivil Anayasa yapılacak. Z.Y.)

Demokrasi yanlısı bir dış gücün işgalinde yaşama;

Demokrasi yanlısı bir dış gücün nüfuzu altında bulunma;

Elitlerin, demokratik milletleri taklit etme arzusu;

Hukuka ve bireysel haklara saygı gelenekleri;

Cemaat (etnik, ırksal, dinsel) türdeşliği;

Cemaat (etnik, ırksal, dinsel) türdeşliğinden yoksunluk;

Siyasal ve sosyal değerler üzerinde oydaşma;

Siyasal ve sosyal değerler üzerinde oydaşmadan yoksunluk.?

Aşağıda alıntıladığımız kısımlar son zamanlarda yaşadığımız kimi olayların perde arkasını gün yüzüne çıkarıcı niteliktedir. Bu nedenle aşağıdaki bölümlerin okunurken bu gözle okunmasında yarar vardır.

"Demokratlaştırıcalara Öğütler 1:

Otoriter[1] *Sistemlerde Reform Yapmak*

Otoriter iktidarlar içindeki demokratik reformcular için, İspanya, Brezilya ve diğer dönüşümlerden çıkarılacak başlıca dersler arasında şunlar vardır:

(1) Siyasal tabanını sağlama bağla. ***Demokratlaşma taraftarlarını, mümkün olduğu kadar çabuk, hükümet, parti ve ordudaki anahtar iktidar mevkilerine getir.***

(2) Geriya dönük meşruluğu sürdür, yani değişiklikleri demokratik olmayan rejimin yerleşik usullerine uygun olarak yap ve iki adım ileri, bir adım geri çizgisini izleyerek tutucu[2] *gruplara sembolik tavizlerle güven ver.*

(3) Değişime karşı olan iktidar gruplarına bağımlılığını azaltacak ve kendi çevreni demokrasiyi destekleyen muhalefet gruplarına doğru genişletecek şekilde, kendi taraftar çevreni yavaş yavaş değiştir.

(4) Tutucuların değişimi durdurmak için aşırı bir eylemde (mesela bir darbe teşebbüsü) bulunmalarına karşı hazırlıklı ol -hatta

---

(1) Yazara göre Atatürkçülük ve Cumhuriyetimiz de otoriter sisteme dahildir.

(2) Ulusalcılar, bağımsızlıkçılar, laikler, Atatürkçüler, Cumhuriyetçiler "tutucu" olarak nitelendiriliyor. Yani yazarın demek istediği değişim ve dönüşümden yana olmayanlar.

belki onları buna teşvik et- sonra da onları acımasızca bastır; değişimin en aşırı muhaliflerini yalnız bırak ve itibarlarını kır.

(5) Demokratlaşma sürecinde inisiyatifi ele al ve kontrolünü bırakma. Sadece güçlü bir konumdan liderliğini yürüt ve hiçbir zaman demokratlaşma tedbirlerini, daha aşırı radikal muhalefet gruplarından gelen açık baskılara cevap olarak alma.

(6) Değişimin ne kadar ileri gidebileceği konusunda beklentileri düşük düzeyde tut; ayrıntılı olarak tanımlanmış bir demokratik ütopyaya erişmek yerine, süregelmekte olan bir süreci devam ettirmekten bahset.

(7) Toplumdaki belli başlı grupların (ordu dahil), tehdit edici olmayan, akla yatkın bir iktidar olarak kabul edecekleri sorumlu, ılımlı bir muhalefet partisinin gelişmesini teşvik et.

(8) Demokratlaşma sürecine ilişkin olarak bir kaçınılmazlık duygusu yarat; öyle ki, bu bazı insanlar için istenmeyen bir şey olsa bile, çoğunluk tarafından zorunlu ve doğal bir gelişme seyri olarak kabul edilsin."

"Demokratlaştırıcalara Öğütler 2:

Otoriter Rejimleri Devirmek

"Yerine Geçmelerin" tarihçesi, ***otoriter*** *bir rejimi devirmeye çalışan muhalefetteki demokratik ılımlılara şu öğütleri akla getirmektedir:* [3]

(1) ***Dikkatleri, otoriter rejimin gayri meşruluğu veya meşruluğu üzerinde topla; bu onun en zayıf noktasıdır. Rejime, yolsuzluk ve baskı gibi yaygın bir kaygı konusu olan genel sorunlardan saldır.*** *Eğer rejim (özellikle ekonomik bakımdan) başarılı bir performans gösteriyorsa, bu saldırılar etkili olmayacaktır. Ancak bir kez performans düşünce (ki, böyle olması gerekir) rejimin gayrı meşruluğunu vurgulamak, onu iktidardan söküp atmak için en önemli manivela haline getir.*

(2) Demokratik yöneticiler gibi otoriter yöneticiler de, zaman içinde eski taraftarlarını daraltırlar. Bu hoşnutsuz grupları, mevcut sisteme karşı zorunlu alternatif olarak demokrasiyi desteklemeye teşvik et. Muhtemelen çoğu otoriter sistemin kuruluşunu desteklemiş olan büyük iş adamlarını, ortasınıf serbest meslek sahiplerini, din adamlarını ve siyasal parti liderlerini kendine çekmek için özel çaba göster. Muhalefet ne kadar "saygın" ve "sorumlu" görünürse, daha fazla taraftar kazanmak o kadar kolaylaşır.

(3) Generallerle dostluk kurmaya çalış. Son tahlilde, rejimin devrilip devrilememesi, onların rejimi mi destekleyeceklerine, mu-

---

(3) Myron Weiner, benzer ve daha kısa bir dizi tavsiye öne sürmüştür : "Demokratlaşmayı isteyenler için dersler şunlardır : Rejime karşı şiddet yanlısı olmayan muhalefeti geniş çapta harekete geçir; merkezden ve eğer gerekiyorsa muhafazakar sağdan destek ara; solu sınırlandır ve onun, hareketin gündemine hakim olmasına imkan verme; ordunun bazı kesimlerine kur yap; batı basınının lehte yayında bulunmasına çalış ve ABD'yi desteklemesi için sıkıştır". Empirical Democratic Theory and the Transition Authorianism to Democracy", PS 20 (Fall 1987), s.866.

halefette size mi katılacaklarına, yoksa ortada kalacaklarına mı bağlıdır. Kriz gelip çattığında ordunun desteği yararlı olabilir, ama gerçekte sizin ihtiyacınız sadece ordunun rejimi desteklemek istememesidir.

(4) Şiddete başvurmamayı teşvik et ve uygula. Diğer faktörlerle birlike bu da, güvenlik güçlerini kendi tarafınıza kazanmanızı kolaylaştırır; askerler, kendinlerine Molotov kokteylleri atanlara pek sempati duymazlar.

(5) Rejime karşı muhalefetinizi göstermek için, onun düzenlediği seçimlere katılmak da dahil, her fırsattan yararlan.

(6) Dünya basınıyla, yabancı insan hakları örgütleriyle ve kiliseler gibi uluslar üstü örgütlerle temasları geliştir. Özellikle ABD'de destekçileri harekete geçir. Amerikan kongre üyeleri daima, kendi reklamlarını yapmak ve Amerikan yönetimine karşı kullanmak için ahlaki davalar ararlar. Davanızı onlara dramatize et ve kendinlerine, TV'de görünmeleri ve gazetelere başlık olacak konuşmalar yapmaları için malzeme sağla.

(7) Muhalefet grupları arasında birliği geliştir. Bu gruplar arasında işbirliği kolaylaştıracak şemsiye örgütler kurmaya çalış. Bu, zor olacaktır; Filipinler, Şili, Kore ve Güney Afrika örneklerinin gösterdiği gibi otoriter yöneticiler, çoğu zaman, muhalefetin biriliğini bozmakta uzmandırlar. Ülkende demokratik bir lider olma vasıflarına sahip olup olmadığının bir sınavı, bu güçlükleri yenip muhalefette bir ölçüde birlik sağlayabilmek yeteneğidir. Gabriel Almond'un şu doğru sözünü hatırla: "Büyük liderler büyük koalisyonları yaratanlardır".

(8) Otoriter rejim devrildiğinde, doğan otorite boşluğunu hızla doldurmaya hazırlıklı ol. Bu şu şekillerde yapılabilir: Halkça sevilen, karizmatik, demokratik eğilimli bir lideri ön plana çıkarmak; yeni hükümete halktan gelen meşruluk sağlamak için hemen seçimleri yapmak; dış ve ulusalüstü aktörlerin (uluslararası örgütler, AB, AT, Katolik Kilisesi) desteğini alarak uluslararası meşruluğu yaratmak. Eski koalisyon ortaklarında bazılarının kendi diktatörlüklerini kurmak isteyeceklerini unutma ve eğer gerçekleşirse bu çabaya karşı durmak için demokrasi taraftarlarını sessizce örgütlendir."

***Demokratlaştırıcılara Öğütler 3*:**

Rejim ***"Değişimlerini"*** *Görüşmek*

İktidardaki *demokratik reformcular için :*

(1) Otoriter sistemleri dönüştürmek için verilmiş öğütleri izleyerek önce içinizdeki muhalefeti yalnız bırak ve zayıflat; hükümet ve siyasal mekanizma üzerindeki etkini pekiştir.

(2) Gene bu öğütleri izleyerek girişimi ele al, gerek muhalefeti gerek tutucuları vermeye hazır olduğun ödünlerle şaşırt, ama hiçbir zaman açık muhalefet baskısı karşısında ödün verme.

(3) Görüşmeler fikrinin, ileri gelen generaller ve güvenlik kuruluşlarının diğer üst düzey görevlileri tarafından desteklenmesini sağla.

(4) Muhalefetteki başlıca görüşme ortağının itibarını, otoritesini ve ılımlılığını arttırmak için elinden gelen herşeyi yap.

(5) Muhalefet liderleriyle temel sorunları görüşmek için gizli ve güvenilir arka kanallar yarat.

(6) Görüşmeler başarıyla sonuçlanırsa, çok muhtemelen muhalfete düşeceksiniz. Dolayısıyla en önemli kaygın, muhalefetin, ve sizin iktidarınızla işbirliği etmiş grupların (mesela ordu) hakları için garantiler ve güvenceler sağlamak olmalıdır. Bunun dışındaki herşey, görüşülebilir.

Yaşadığımız olaylardaki **"dış güçlerin etkisi"** bu kitaptaki **"öğütleri"** okuduktan sonra daha iyi anlaşılıyor ki, bu durum hiç bu denli çarpıcı biçimde karşımıza çıkmamıştı.

Ulusumuzun birlik ve beraberliği bozulmadan Atatürk İlke ve Devrimleri ile Cumhuriyetimizin ayakta kalabilmesi için bu olaylarla baş etmenin meşru yollarını aramalı, yaşanan olayların perde arkasını görerek son derece bilinçli ve uyanık olmalıyız. Uyanık kalmalıyız.

CEZA YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLEN DELİLİN BAŞKA DELİLLER İLE DESTEKLENMESİ(*)

Cüneyd ALTIPARMAK

Giriş

İnceleyeceğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararında; yapılan arama kararındaki bulunması gereken bazı şekil şartlarının eksik olmasının, arama ile elde edilen delilleri hukuka aykırı kılıp kılmayacağı, hukuka aykırı elde edilen bir delilin diğer yan deliller ve sanığın ikrarı ile desteklenmesi halinde, cezaya etkili bir delil olup olmayacağı hususu tartışılacaktır. Kararın ilgili yerleri alınmıştır. Yazının sonunda Doktrinin görüşleri ve Yargıtay'ın diğer kararları ışığında düşüncemiz açıklanacaktır.

I. Olay

(Ç) Dokuma Mamülleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. vekilinin 20.08.2002 tarihli dilekçe ile (M) Tekstil isimli işyerinde kendileri adına 9152, 2001 00117, 2001 01318 numara ile tescilli bornozların kaçak olarak üretilip satıldığı şeklinde şikayette bulunması üzerine, Savcılık talebi ile İstanbul 4. Sulh Ceza Mahkemesince 22.08.2002/428 sayı ile; (M) Tekstil isimli işyerinin gösterilen adresinde gündüz ve bir defaya mahsus olmak üzere ürünler doğrultusunda arama yapılmasına karar verilmiştir. Aynı tarihte yapılan bu aramaya iki polis memuru, (Ç) vekili ve sanık katılmıştır. Arama yapıldıktan sonra, elde edilen altı adet bornoz yediemin sıfatıyla müşteki vekiline teslim edilmiş, bunlardan bir adedi numune olarak emanete alınmış, numune olarak alınan bornozun ense etiketinde ise "(T) Tekstil ve bir telefon numarasının" yazılı olduğu gözlemlenmiştir. Bornozların üzerindeki desen, Türk Patent Enstitüsü'nden temin edilen yazı ile birlikte dosyaya eklenmiş bulunan *Endüstriyel Tasarım Tescil Belgesi*'nden de anlaşılacağı gibi (Ç) Dokuma Mamulleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. üzerine tescildir. Yapılan bilirkişi incelemesi ile ele geçen bornozlardaki desenin, tescilli desenin be-

---

(*) ***YAYIN KURULU NOTU:*** *İstanbul Barosu Dergisinin Cilt 82 Yıl, 2008 1. Sayısında Bu yazının konusunu oluşturan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı yayımlanmıştır. Lütfen Bknz.*

lirgin şekilde benzeri olduğu ve bornoz satıcısı olan sanığın bu desenlerin tescilli olup olmadıklarını anlayacak ehliyete sahip olmayabileceği kanaati belirtilmiştir. Bornozlar sanık tarafından *"faturasız"* alınmıştır.

Sanık savunmasında; işyerinde müşteki firma olan (Ç)'nin tescilli tasarımı olduğu iddia edilen altı adet bornoz zaptedildiğini, bu gibi tekstil ürünlerinin imalatçısı olmadığını, böyle bir tasarımın olduğundan da haberini olamayacağını, zaptedilen bornozların üzerinde müşteki firma ismi bulunmadığından bunların taklit olup olmadığını bilinmesinin söz konusu edilemeyeceği gibi bornozların kendisine Denizli'den numune olarak gönderildiğini, kusurunun veya art niyetinin olmadığını beyan etmiştir.

II. Mercilerin Görüşleri

A. İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi

Mahkeme yaptığı yargılama neticesinde Tekstil sektöründe imalatçı düzeyinde uzman bir sektör elemanı sayılmayacak sanığın sadece satıcı konumunda olması ciheti ile suça konu ürünler üzerindeki desenlerin tescilli olup olmadıklarını kavrayabilecek ehliyete sahip olmadığı, bu itibarla suç kastının oluşmadığı gerekçesi ile beraat kararı vermiştir.

B. Yargıtay 7. Ceza Dairesi

Cumhuriyet savcısı ve katılan vekili tarafından temyiz edilen bu hüküm, Yargıtay 7. Ceza Dairesince 17.04.2007 gün ve 10476-2703 sayı ile; *"...Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 gün ve 2005/7-144 E, 150 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi soruşturma ve kovuşturma işlemleri gerçekleştirildikleri tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır. Dosyada hakim tarafından verilmiş bir arama kararı mevcut ise de; arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un arama ile ilgili 97/2. maddesinde "Hakim veya C.Savcısı hazır bulunmaksızın" konut veya işyerlerinden ya da kapalı alanlarda arama yapabilmek için ihtiyar heyeti azalarından veya komşularından iki kişinin bulundurulacağı düzenlendiğinden somut olayımızda bu hususa riayet edilmeden hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen deliller de, suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 254. maddesindeki "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" hükmü gereğince mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilmeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkumiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından bu nedenlerle beraat kararı verilmesi gerekirken, sanığın aramada ele geçen ürünler üzerindeki desenlerin tescilli olup olmadığını kavrayabilecek ehliyete sahip olmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi doğru değilse de açıklanan gerekçelerle müdahil vekilinin ve yerel Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibariyle doğru olan beraat kararının onanmasına..."* karar verilmiştir.

C. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı

Bu karara Yargıtay C.Başsavcılığı, 07.06.2007 gün ve 115067 sayı ile yaptığı itirazda; sanığın sattığı ürünlerin taklit olup olmadığını anlayıp anlamayacağı hususunun, Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin yerleşmiş içtihatları ile çözüme kavuştuğunu ileri sürmüştür. Buna göre uzun süredir suça konu alanda ticaret yapan kimselerin dava konusu malların tescile konu orijinal ürünlerin taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle sanık hakkında isnat edilen suçun oluştuğu yönünde tereddüt bulunmamaktadır.

Çözülmesi gereken hukuki sorun ise, CMUK 97/2. maddesine aykırı elde edilen delillerin mahkûmiyete esas alınıp alınmayacağıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2005 gün ve 2005/7-144 E. 150 K. sayılı kararında[1] da benzer bir problem tartışıldığı, hakkında ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, suçu sübuta ereceği karar altına alınmıştır. Bu olayda ise sanık hakkında yapılan ihbar sonucu raflardan elde edilmiş taklit ürünler ve bu ürünlerin taklit olduğunu belgeleyen bilirkişi raporu bulunmaktadır. Sanık yargılamanın hiçbir aşamasında işyerinde yakalanan ürünlerin başkasına ait olduğunu veya emaneten konulduğunu iddia etmemiştir. Bilakis hazırlık aşamasında ve hâkim huzurunda suça konu ürünleri sat-

---

(1) ***Bu karar özetle****, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, anayasa mahkemesi kararlar dergisi, s. 22. s. 115) Anayasa mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir." denilmektedir. Vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, diğer tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir. Bize göre de isabetli olan Danıştay 10. Dairesinin anılan yürütmeyi durdurma kararı gerekçesinde de belirtildiği gibi arama konusunda -rıza ile arama- şekli, -özel hayatın gizliliği- ve -konut dokunulmazlığı hakkı- anayasa'ya göre -vazgeçilmez- haklardan olduğundan kanun ile de düzenlenemez. Böyle bir düzenleme yapılsa da anayasa'ya aykırı olacaktır. Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır,* ***şeklindedir.***

mak amacıyla aldığını ancak taklit ürün olduğunu bilmediğini iddia etmektedir. **Dolayısıyla sanığın, ihbarla uyumlu hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ancak Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından da kabul edilmeyen savunmaya dayalı ikrarı bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen delil sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmelidir. Arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunması da delillerin takdirinde herhangi bir farklılık doğurmayacaktır.**

D. Ceza Genel Kurulu

Ceza Genel Kurulu Değerlendirmesinde, yapılan arama işleminin, aramanın yapıldığı 22.08.2002 tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı Yasanın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği, buna göre; somut olaydaki arama işlemi de işyerinde yapıldığına göre; arama sırasında; 1) Hakimin, 2) (veya) Cumhuriyet Savcısının, 3) (veya) İhtiyar heyetinden iki kişinin, 4) (veya) iki komşunun, hazır bulundurulmasının şart olduğu, Oysa, dosyadaki uygulamaya bakıldığında; aramaya, iki adet polis memurunun, müşteki vekilinin ve sanığın katıldığı, bununla birlikte; Yasanın bulunmalarını emrettiği yukarıdaki kişilerden hiçbirisinin katılmadığının görüldüğü, bu halde aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu kesindir. Bu halde beliren soru ise şudur;

Arama Hukuka Aykırı İse; Arama Sonucunda Elde Edilen Delillerin Kullanılabilmesi Mümkün müdür?

Bu konuda yol gösterici yasal düzenlemenin 1412 sayılı CMUK'un 254. maddesinin 2. fıkrasında yer aldığı, 242. maddesin 2. fıkrasında; *"Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz"* şeklindeki düzenlemenin bulunduğu, metne ilk bakıldığında oluşan kanaatin, usule aykırı yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağı yönünde olduğu, nitekim aynı konunun; Genel Kurulumuzun 29.11.2005 gün ve 144-150 sayılı kararında da tartışıldığı ve netice olarak **"arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonunda elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağına"** karar verildiği, ancak, olayımızın daha farklı olduğu, zira; somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın **"arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin"** açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, hal böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri *"hukuka*

aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceği göz önünde tutulmalıdır. Öğretide de; Prof. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Doç. Dr. Veli Özer Özbek tarafından hazırlanan Uygulamalı Ceza Muhakemesi isimli eserde bu konudan bahsedilirken; ikili bir ayrımın yapıldığı, bu tasnifte; hak ihlalinin niteliği üzerinde durularak, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak *"mutlak delil yasakları"* ve *"nisbi delil yasakları"* kavramlarının ortaya çıktığının ifade edildiği, buna göre; mutlak delil yasakları; sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı, müdafi tayini isteme hakkı gibi), hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahaleler, olarak sayıldığı, bunların dışında kalan durumlarda ise hakim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak *"kamu yararı"* bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsedildiği, bu bağlamda; illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; *"herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını"* gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın uzun vadede son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği, Prof. Dr. Öztürk'ün de ifade ettiği gibi; her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabulün doğru olmadığı, bu anlamda, olayımızda olduğu gibi *"hakim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu"* bulunmadan yapılan bir aramada, CMUK'un 97. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de; herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu, Bu nedenlerle, yapılan arama sonunda elde edilen bornozların CMUK'un 254. maddesi kapsamında *"hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil"* olarak mütalaa edilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Bu nedenle usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle *"hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil"* sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez.

Ceza Genel Kurulu; tekstil ticareti ile uğraşan bir kişinin söz konusu bornozlar üzerindeki desenlerin taklit olduğunu bilip bilemeyeceği hususunu ihtilaf konusu olmadığı için tartışmamıştır.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsacılığının itirazı yerinde bulunmuştur. Bu karar da *"Değişik Gerekçe"* ve *"Karşı Oy"* yazıları da sunulmuştur. Aşağıda bunlara kısaca değinilecektir.

1. Genel Kurul Üyelerinden Ş. İste'nin Değişik Gerekçesi;

İste, yazısında; **hukuka aykırı elde edilen her delil, yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen (işkence yada pek fena muamele sonucu alınan ikrar) gibi, mutlak değerlendirme yasağına girer mi?** Sorusunun cevabını aramaktadır. Buna göre; bu soruya cevap verebilmek için öncelikle; hukuk aykırı delillerin değerlendirilmesinin yasaklanması ile amaçlananın ne olduğuna bakmak gerektiği konusunun açıklığa kavuşması gerekmektedir. Bu konuda iki türlü değerlendirme yasağı vardır. Biri Anglo Amerikan Ceza Sisteminde olduğu gibi mutlak değerlendirme yasağıdır ki burada *"önceden tespit edilmiş kurallara uymama halinde, hiçbir değerlendirme yapmadan, hukuka aykırı delillerin kullanılmaması"* gerekir, ikincisi ise Kara Avrupası sistemindeki nispi değerlendirme yasağıdır ki burada *"hukuka aykırı delillerin varlığı halinde daha çok ihlal edilen normun koruduğu hak ve menfaat ile maddi gerçeği bulma arzusu arasında her somut olaya göre, bireyin çıkarları ile toplumun çıkarları arasında bir denge kurulmaya"* çalışılmaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi; hakların dengelenmesi (hakların karşılaştırılması) teorisini benimsemiştir. Bu görüşe göre *"her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalıdır, bu değerlendirme de bir tarafta gerçeği bulmadaki toplumsal çıkar ve etkili bir adli teşkilata duyulan ihtiyaç diğer tarafta ise dava konusu suç ve isnadın ağırlığı gözönünde bulundurulmalıdır. Diğer bir deyişle bir tarafa sanığın ihlal ettiği çıkar ve diğer tarafa ise mahkeme kuralının ihlal edilmesinin etkilediği çıkar konulmalıdır"* Örneğin, öldürme eyleminin sanığı olan kişinin evi geceleyin veya tek kişinin bulunması ile aranmış, sonuçta olayda kullanılan silah ele geçmişse, arama koşullarına uyulmadığı için; silah hukuka aykırı yollardan ele geçirilmiştir. Sanığın özel yaşamına, hukuka aykırı bir müdahalede bulunulmuştur. Buna karşılıkta sanık da bir başkasının yaşama hakkına zarar vermiştir. Yaşam hakkı, konut dokunulmazlığından daha üstün bir hak olduğu için, o hak lehine karar verilmeli ve bu hukuka aykırı yollarla elde edilen silah ve silah üzerinde bulunan parmak izleri delil olarak değerlendirme kapsamına alınmalı, sonuçta hakim hükmünde bu delillere dayanılabilmelidir. Olayımızda ise, yetkili Sulh Ceza hakimi tarafından verilmiş yöntemine uygun bir arama kararı bulunmaktadır. İş yerinde arama sırasında sanık hazırdır. Aramaya itiraz etmemiştir. Sadece ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi hazır edilmemiştir. Bu usulü eksiklik karşısında, artık işin esasına girmeden, hukuka aykırı delil vardır diyerek beraat kararı verilmek gerekir denilemez. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesindeki hak da sözleşmenin 3. maddesindeki (işkence yasağı) gibi mutlak haklardan değil nisbi haklardandır.

2- Genel Kurul Üyelerinden; M.Tatar'ın Karşı Oy Fikri;

Tatar, karşı oy yazısında özetle şu hususlara değinmektedir. Hakim kararına dayalı olarak ancak hakim veya savcı katılmaksızın CMUK'un 97/2. maddesinde belirtilen kişiler de bulundurulmadan yapılan arama

yasaya aykırıdır ve bu şekilde yapılan arama sonucu elde edilen ürünler ve bunlarla ilgili bilirkişi raporu yargılamada kanıt olarak kullanılamaz. Yasaya aykırılık nispi de olsa kullanılamaz. Kaldı ki, yasaya mutlak aykırılık vardır. Çünkü yasanın aramada ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunluluğunu araması aslında kişinin özel hayatının dokunulmazlığına yasa ile getirilmiş bir sınırlama olan *"arama"* işleminin yapılması sırasındaki yöntemi belirtmesi ve bu haliyle getirilen sınırlamanın sınırını çizmesi açısından çok önemli amaçlar taşımaktadır. Bu amaçlar iki şekilde ortaya çıkmaktadır: **1)** Kolluğun olası keyfi davranışlarını önleyici etkisi ile hak ihlallerini ortadan kaldırmak, **2)** Arama sonrasında, aramanın yönteme aykırı olarak yapıldığı savıyla bireyler tarafından kolluğa yöneltilebilecek haksız suçlamaları önlemek. Böyle olunca da kurala uyulmaması kanımızca yasaya mutlak aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Anılan düzenlemeye aykırılığı *"nispi aykırılık"* kabul edip bu şekildeki arama sonucu elde edilen kanıtları değerlendirilebilir olarak gören karar, örnek oluşturacak ve kolluğun disipline edilmesi amacının aracı olan bu kuralın bir daha hiç gözetilmemesi sonucunu doğuracaktır. Hâlbuki bu eksikliğin hukuka aykırılığının vurgulanması kolluğun kendisini de güvence altına alabilecek ve uygulanması büyük bir külfet ve zorluk oluşturmayacak bu kuralın her zaman ve her koşulda gözetilmesi zorunluluğunu getirecekti. Şüphelinin yapılan aramaya ve arama sırasında gerçekleşen bu yasaya aykırılığa itiraz etmemesi, karşı çıkmaması da yasaya aykırılığın giderildiği ve gözetilmemesi sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü değil icazetin, başlangıçta aramaya gösterilen muvafakatin bile yasaya aykırı aramayı hukuka uygun hale getirmeyeceği düşünülmektedir. Kanımızca, arama işlemi kişinin özel hayatının dokunulmazlığına getirilmiş bir sınırlamadır ve bunun koşullarının ve sınırlarının yasada açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Türk özgürlükler hukukunda özgürlüklerin sınırlanması ancak ve ancak yasayla olanaklıdır. Anayasamızın 13. maddesinin buyruğu budur. Yasada muvafakat, aramanın yapılabilmesinin koşulu olarak belirtilmediği için aynı anlama gelen "icazet" de yasaya aykırılığı giderici bir olgu olarak görülemez[2].

III. Görüşümüz

CMUK m. 254/2' ye göre *"soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz"*. CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrasında *"yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir[3]"* şeklindedir. Bu hükümler ve

---

(2) Tatar şunları kaydetmektedir: "Açıkladığımız gerekçelerle itirazın reddi görüşünde olduğumuzdan aksine oluşan sayın çoğunluğun düşüncelerine katılmadığımızı belirtirken sayın Toroslu'nun sözü ile başladığımız karşı oyumuzu yine onun yukarıda belirttiğimiz makalesindeki şu sözleriyle bitirmek istiyoruz: 'Çok yaygın bir özdeyişimiz vardır: Ateş düştüğü yeri yakar'. 'Eli yanmadıkça ateşin yakıcı olduğunu anlayamayanlara' ve hukuka katkı amacıyla oluşturduğumuz dairemiz kararını 'ayakları üzerinde değil de elleri üzerinde yürümek' olarak niteleyenlere söyleyecek sözümüz bulunmamaktadır."

hukuka uygun olmayarak elde edilen delillerin değerlendirilmeyeceğine ilişkin diğer hükümler; hukuka aykırı delillerin kullanılamayacağını göstermektedir. Bunun yanında CMK m. 206'ya göre ortaya konulması istenilen bir delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddedilecektir.

Bu maddeler arasında kavram kargaşası[4] bizim bu hükümlerin Öğreti tarafından yapılan yorumlanmasına bakmamızı gerektirmiştir. Kararda öincelemeye çalıştığımız asıl sorun yapılan arama işleminin hukuka aykırı olup olmadığının tartışılmasıdır. Olayımızda arama kararının uygulanmasında karşılaşılan sorun *"şekli"* olarak nitelendirilmiştir. Bu yüzden aramada bulunması gereken kimselerin, bulunmamasının hukuka aykırılık teşkil edeceği ancak, bu aykırılığın şekli olması ve sanığın ikrarı başta olmak üzere diğer deliller ile desteklenmiş olması karşısında, sanığın cezalandırılmamasının *"hukuka aykırı delil"* nedeniyle olamayacağı kanaatine varılmıştır.

Olayımıza şu farklı iki açıdan bakmak da fayda görüyoruz.

1. Birinci varsayım (olayda yapılan arama usulüne uygun yapılmış ve sanık tarafından ikrar edilmiş olsun)

Bu halde sanığın ceza alması için mahkemede oluşan kanaat daha da pekişmiş olacak ve (olayımızda mahkemenin ceza vermeme nedenini ayrı tutarsak ki mahkeme sanığın bu suçu işleme kastı olmadığı için ceza vermeme yoluna gitmiştir) sanık konuya ilişkin cezayı alacaktır. Peki, burada sanığı mahkeme önünde ifade vermeye zorlayan husus suç şüphesi mi yoksa arama neticesinde elde edilen deliler(!) neticesinde savcının açtığı dava mıdır? Kanımızca arama kararı sonucunda pekişen şüphe, savcının dava açma isteğini etkilemiş ve nihayet sanık durumuna düşülmüştür. Böylece ifade verilmiştir. Yapılan aramada her hangi bir malın ele geçmediği düşünülürse "*soyut bir iddiadan ibaret isnat nedeniyle takipsizlik kararı"* verilecektir.

2. İkinci varsayım (olayda yapılan arama usulüne uygun yapılmamış ve sanık tarafından ikrar edilmemiş olsun)

---

(3) Aynı zamanda CMK'da şu hükümler konumuzla bağlantılıdır: "Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez" (CMK m. 148/3). "Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: Delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse" (CMK m.206/2-a). "Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:..Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi"(CMK 230/1-b). "Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:... Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" (CMK. 289/1-i)

*(4) **Koca,** Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, S.2-Aralık 2006, s. 223*

Tıpkı olayımızda ki gibi, yapılan aramada kolluk şekli unsurlara riayet etmemiş ve mallar toplanmış ve savcının önünde gelmiş bu nedenle savcı tarafından dava açılmış, (ceza yargılaması sistemimizde savcının da elde ettiği delilleri değerlendirmesi ve buna göre dava açıp açmayacağı düzenleme altına alınmıştır) ancak yargılamada sanık yapılan bu hatanın farkına vararak, malların kendi dükkânında yakalanmadığını, bu malların kendisinin olmadığını bildirse yahut susma hakkını kullansa idi, verilecek karar ne olabilirdi?

Öğretide deliller ve hukuka aykırı delil kavramı çokça tartışılmıştır. Öğretide de; hak ihlalinin niteliği üzerinde durularak, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak *"mutlak delil yasakları"* ve *"nisbi delil yasakları"* kavramlarının ortaya çıktığının ifade edildiği, buna göre; mutlak delil yasakları; sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı, müdafi tayini isteme hakkı gibi) hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahaleler olarak ele alınmıştır[5].

Bu konuda Yenisey'e göre; *"hukuka aykırı yöntemler ile elde edilen delil"* kavramından sanığın veya şüphelinin temel haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılık anlaşılmalıdır. Bu açıdan yargılama sonunda yapılan işlemler tüm olarak değerlendirilmeli ve yargılama sonucunda hukuka aykırı veya uygun biçimde elde edilen delillerin Anayasanın 36. maddesi düzenlemesinde ifade bulan *"adil"* ölçüsüne uyması halinde, aradaki fark gözetilmeden kullanılmalıdır. Yani yasaklanmış olan deliller dışında kalan hukuka aykırı deliller ile elde edilenler ile hukuka uygun deliller *"adil yargılanma hakkını"* ihlal etmiyorsa kullanılma kabiliyetine haizdir[6].

Bir delilin ne şekilde elde edildiğinin önemi, mahkemenin vereceği karar açısından çok önemlidir. Mesela sanığın sorgusunda, tanığın dinlenmesinde, koruma tedbirlerinin uygulanmasında kanun dışında yönetmelik hükümlerince düzenleme yapıldığı bilinmektedir. Bu, delil toplanmasının keyfi ya da istenileceği biçimde olmayacağını ortaya koyan bir düşüncenin yansımasıdır. Bu cihetle, bu kayıtlamaların aşılması ya da yerine getirilmemesi bizzat bir aykırılıktır. Bu açıdan hukuka aykırılığın derecelendirilmesi mümkün olamaz. Yani az hukuka aykırılığın, çok hukuka aykırılığa göre yeğ tutulması düşünülemez[7].

CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme de genel olarak bir değerlendirme yasağının ortaya konulduğu açıktır. Bu hüküm bir

---

(5) Öztürk, Bahri/Özbek, Veli Özer/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2001, s.489 vd.)

(6) Yenisey, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", Ceza Hukuku Dergisi, S.4-Ağustos 2007, s. 35

(7) Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.443-444. Özbek, Veli Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.670

yandan delil serbestliği ilkesine vurgu yaparken, bir yandan da ispat sınırını çizmektedir. CMUK m. 254/2'nin *"soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz"* şeklindeki ifadesi ile CMK'nın düzenlemesi ile karşılaştırıldığında ifade edilenin sadece hakim değil, başta savcı olmak üzere diğer kimseleri de içerdiği açıktır[8].

Yurtcan ise, incelediğimiz kararda da belirtildiği üzere yargılamada maddi gerçek aranacaktır. Fakat bu sonuca ulaşılırken bireye tanınan yargılama hakları ve güvencelerine mutlak uyulmalıdır. Delil toplama, savunma hakkından yararlanma kuralına uyulacak, bunlara aykırılık halinde yargılama hukuka aykırı sayılacaktır. CMUK m. 254/2'nin getirdiği sonuç budur. Bu hüküm bugün Batı'nın yasalarında olmayan bir ilkedir. Bu nedenle bu konuda değerlendirme yaparken yasasında 254/2.maddesi olmayan ülkelerin doktrinlerinin değerlendirilmesinin örnek alınması yanlıştır. *"Sular tersine akıtılamaz"* şeklinde düşünmektedir[9].

Bu belirttiğimiz fikirler ışığında arama gibi bir işlemdeki şeklin bir eksikliğin kanaatimizce hukuka aykırı delil olarak ele alınması gerekmektedir. Olayda sanığın ikrarının olmadığını düşündüğümüz zaman, sanık hakkında ceza verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu açıdan CMK düzenlemesinin daha hassas ele aldığı delillerin değerlendirilmesi rejiminin içerik yanında şekli esaslara da uyulmasını getirdiği dikkate alınmalıdır. Zira özellikle kolluğun riayet etmediği eksikliklerin böylesine *"yorum"* ile tamam edilmesi hukuk devleti ilkesine ciddi zararlar verebilecektir. Kanaatimizce sonuca ulaşmada aslolan yöntemdir (usul), yöntemin kendisi yorumlamayı bir şekle ve esasa bağlayan kuralların tümüdür.

(8) *Koca, s. 222-223*

(9) *Yurtcan, Erdener, "Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı", Nurullah Kunter'e Armağan İÜHF Vakfı Yayını, İstanbul 1998.*

İPOTEĞİN TAŞINMAZ BAKIMINDAN KAPSAMI

Öz SEÇER

GİRİŞ

Taşınmaz rehni, bir alacağı teminat altına almak amacıyla bir veya birden çok taşınmaz üzerinde kurulan ve alacaklıya borç ödenmediğinde taşınmazın paraya çevrilmesini talep etme yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır. Taşınmaz rehninin bir türü olan ipotekle, sadece bir kişisel alacağı güvence altına almak amacı güdülmekte, diğer taşınmaz rehni türleri olan ipotekli borç senedi ve irat senedinden farklı olarak taşınmazın değerini tedavül ettirme amacı bulunmamaktadır[1]. İpotek güvence altına aldığı alacağa bağlı (ferî) bir haktır, alacağın sona ermesiyle beraber ipotek de sona erer. İpotekte borçlu yalnızca taşınmazın değeri ile değil, bütün malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur. Taşınmazın satışından elde edilen meblağ, alacağı tam olarak karşılayamazsa, alacaklı, borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvurabilir[2].

İpotekli alacaklı, borcun zamanında ödenmemesi halinde, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile taşınmazı sattırarak, alacağını satış bedelinden elde edebilecektir. Bu sebeple, ipoteğin taşınmaz açısından kapsamının belirlenmesi, taşınmaz malikinin yanı sıra, ipotekli alacaklı açısından da büyük bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda, ipotekli alacaklının taşınmaza bağlı eklenti niteliğindeki taşınır eşyalar ile taşınmazı bütünleyici parçasını teşkil eden şeyler üzerinde herhangi bir hak ileri sürüp süremeyeceğinin sorusunun cevaplandırılması kadar, taşınmazdan elde edilen semerelerin de ipoteğin kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi de büyük bir önem teşkil etmektedir[3]. Yanıt aranması gereken diğer bir

---

(1) Taşınmaz rehninin ipotek dışındaki türleri olan ipotekli borç senedi ve irat senedi, alacak-borç ilişkisinden soyutlanmış ve taşınmazla teminata bağlamış olup, toprağın değerinin eşyadan soyutlanarak, ekonomik hayatta tedavülünü sağlayan kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir. Söz konusu senetler, senette tecessüm eden alacak ve rehin hakkına güven ihtiyacını karşılamak amacıyla, sebepten soyut bir içerik taşımaktadır. Bu nedenle ferilik vasfı ipotekli borç senedi ve irat senedinde söz konusu değildir. Bkz: ALTAY Sümer/ESKİOCAK Ali, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007, s. 3.

(2) KAYAK Sevgi, Taşınmaz Rehninin Konu Bakımından Kapsamı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Y. 24 S. 1-2 Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, İstanbul 2004, s. 555.

(3) GÜLEKLİ Yeşim, İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul 1992, s. 1.

soru ise, ipotekli taşınmazın değerinin azalması veya tamamen yok olması durumunda ipotek hakkının tamamen ortadan kalkacağı mı yoksa ortadan kalkan taşınmaz değerinin yerine kaim olan bir başka değer veya alacak hakkının üzerinde ipotek hakkının devam mı edeceğidir.

Yukarıda belirtilen sorunların cevabını aramayı amaçlayan çalışmamız, taşınmaz rehni kapsamına giren unsurların ayrı ayrı değerlendirilmesini esas almaktadır. Bu bağlamda ilk olarak taşınmaz kavramından ne anlaşılması gerektiği saptandıktan sonra diğer bölümlerde taşınmaz rehni kapsamına giren unsurlar olan, bütünleyici parçalar, eklentiler, kiralar ve diğer medeni semereler ve kaim değerler ayrı başlıklar altında değerlendirilecek ve ipotek hakkının kapsamına bu unsurların ne derece girdiğinin belirlenmesine çalışılacaktır.

I- İPOTEK AÇISINDAN TAŞINMAZ KAVRAMI

İpotek kapsamına öncelikle taşınmazın kendisi girmektedir. TMK m. 853'ün açık ifadesinden anlaşılacağı üzere rehin hakkı ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir.

Taşınmaz mülkiyetinin konusu TMK m. 704'te belirtilmiştir. Anılan maddeye göre[4]: Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır[5]: Arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.

Bu hükme paralel olarak tapuya kaydedilecek olan taşınmazların; arazi, tapu kütüğüne kaydedilecek olan bağımsız ve sürekli olan haklar ile kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler olduğu da TMK m. 998'de ayrıca belirtilmiştir.

Araziler, tapu kütüğünün bağımsız bir sayfasına, özel bir numara altında bir parsel olarak kaydedilen, sınırları belli ve tabi olacağı hukuki re-

---

(4) MK m. 704'de sınırlı olarak sayılanlar arasında yer almayan bir şey, başka kanunlar bakımından taşınmaz sayılsa bile Medeni Kanun bakımından taşınmaz sayılmaz. Örnek olarak gemi siciline kayıtlı olan gemi, İcra ve İflas Kanunu bakımından taşınmaz sayıldığı halde (İc. İf. K m. 23/IV, m. 136), Medeni Kanun karşısında taşınmaz mülkiyetine konu teşkil etmez; çünkü yerinde sabit olmayan bir mal olarak gemi TMK m. 704'te taşınmaz olarak sayılan şeyler arasına girmemektedir. Bkz. OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 285.

(5) 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanundan önce yürürlükte bulunan 1926 tarihli Medeni Kanunun 632. maddesi taşınmaz mülkiyetinin konusunu şu şekilde belirtiyordu:

"Gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu, yerinde sabit olan şeylerdir. Bu kanuna göre aşağıdaki şeyler gayrimenkuldur:

1-Arazi

2-Tapu sicilinde müstakil ve daimi olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar,

3-Madenler. "

Ancak burada belirtilenlerden madenlerin rejimi, 3213 sayılı Maden Kanunu ile getirilen özel düzenlemelerle bu kanuna tabi kılınmış ve Medeni Kanunun kapsamı dışına çıkarılmıştı. Ayrıca 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 13'üncü maddesi gereğince, bağımsız bölümler de taşınmaz sayılıyordu. 2001 tarihli Medeni Kanundaki düzenlemede ise madenler, madde metninden çıkarılmış, onun yerine kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler madde metnine eklenmiştir.

jim itibariyle bir bütünlük arz eden yeryüzü parçası olarak tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşılabileceği gibi, arazi için gerekli olan en önemli husus, sınırlandırılmış bir toprak parçası olmasıdır. Sınırlama sayesinde bir arazi parçası, zorunlu olarak toprak yüzeyinin içinden ayrılır ve hukuki hakimiyetin icrası için gerekli olan ferdiyeti ve bağımsızlığı kazanır[6]. Araziler üzerinde ipotek tesisi, ayrıntılı olarak incelenmeye değer bir özellik arz etmemektedir.

Her ne kadar bir hakkın taşınmaz olabileceğini kabul etmek mümkün değilse de, kanun koyucu, ekonomik ve sosyal ihtiyaçları göz önünde tutarak bağımsız ve sürekli hakları da taşınmaz olarak değerlendirmiştir[7]. Kanun bu hakları taşınmaz saymakla onların niteliğinde bir değişiklik yapmamakta, sadece bu hakların bazı bakımlardan taşınmaz gibi işlem görmesini sağlamaktadır[8]. Taşınmaz sayılarak kendilerine tapu kütüğünde bağımsız sayfa açılan bu haklar, devir ve intikal kabiliyeti olan kişiye bağlı irtifak haklarıdır. İrtifak hakları ancak bağımsız[9] ve sürekli[10] bir içeriğe sahip iseler (üst ve kaynak hakkı gibi) taşınmaz olarak kaydedilebilmeleri mümkündür. Bağımsız ve sürekli bir karaktere sahip bir irtifak hakkı için, hak sahibinin yazılı bir talebiyle tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılır (TST. m. 11) ve irtifak hakkı, taşınmaz olarak bu sayfaya kayıt edilir (TMK m. 826/f. III, m. 998/f. III). Tapu sicilinde bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz olarak kaydedilmesine ender olarak rastlanıldığından, uygulamada genellikle arazi ve bağımsız bölümler üzerinde ipotek tesisi söz konusu olmaktadır[11].

Kat mülkiyetine tabi olan taşınmazlarda bağımsız bölümler, ayrı bir taşınmaz niteliğini haizdir (KMK m. 13/f. IV). Kat mülkiyetinin kurulabil-

---

(6) ŞENER, s. 62.

(7) ERTAŞ Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2004, s. 137; ÜNAL Mehmet/BAŞPINAR Veysel, Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Ankara 2007, s. 263 ALTAY/ESKİOCAK, s. 44.

(8) HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 374.

"Gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu, yerinde sabit olan şeylerdir. Bu kanuna göre aşağıdaki şeyler gayrimenkuldur:

(9) Bağımsızlıktan kasıt, irtifakın ne belirli bir taşınmaz ne de münhasıran belirli bir kişi lehine kurulmamış olmasıdır. Eşyaya bağlı irtifaklar bu niteliğe sahip olmadıkları gibi, devir kabiliyeti olmayan intifa ve oturma hakkı gibi kişiyle kaim irtifaklar da bağımsız niteliğe sahip değildirler. Kişiye bağlı irtifaklardan üst hakkı ve kaynak irtifakına gelince, bunlar esas itibariyle başkasına devredilebilirler ve mirasçıya geçerler. Sözleşme ile devredilemeyecekleri kararlaştırılmamışsa üst hakkı ve kaynak irtifakı bağımsız niteliktedir. TMK m. 838'de düzenlenen diğer irtifaklara gelince, bunlar prensip itibariyle başkasına devir edilemez ve mirasçıya geçmezse de aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Şu halde sözleşme ile bu hakların devri imkanı kabul edilmişse, hak bağımsız niteliktedir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 139.; ERTAŞ, s. 138.; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 265.; ŞENER, s. 63.

(10) Hakkın sürekliliğinden anlaşılması gereken ise ebedilik değil devamlılıktır. MK m. 998/f. III'te ve TST m. 10'da irtifak hakkının sürekli sayılabilmesi için süresiz veya en az otuz yıl süreyle kurulmuş olması aranmaktadır

(11) REİSOĞLU Seza, Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri ve Uygulamada Çıkan Sorunlar, Ankara 1978, s. 8-9.

mesi için taşınmazın bütün bağımsız bölümleri kat mülkiyetine çevrilmiş olmalıdır. Her bağımsız bölüm için kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfa açılır[12]; bağımsız bölüm bu sayfaya, özel kanun hükümleri saklı kalmak üzere, tapu kütüğüne ilişkin hükümlere uyularak kaydedilir (TMK m. 1003/f. I). Kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen her bağımsız bölüm, böylece ayrı bir taşınmaz niteliği kazanır (KMK m. 13/f. IV). Ayrıca devre mülk hakkı üzerinde de taşınmaz rehni kurulabilir (KMK m. 58/f. III).

TMK m. 194'e göre eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamadığı için, eşlerin birlikte oturdukları aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmek istendiğinde malik olmayan eşin rızasının alınması gerekip gerekmediği hususunda tereddüt uyanmaktadır. Doktrinde bir görüş[13], aile konutu üzerinde ipotek tesisi, makul sınırlar içerisinde ise ve aile konutunun devamını uzun süre tehlikeye düşürmüyorsa diğer eşin onayına gerek bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, ipotek tesisinde TMK m. 194 anlamında aile konutu üzerindeki haklarda bir sınırlanma söz konusu olmamakta, ancak ipotek tesisinin aile konutu için objektif bir tehdit oluşturduğunun anlaşılması halinde diğer eşin rızasının alınması gerekli olmaktadır. Buna karşılık çoğunlukla savunulan diğer bir görüşe göre[14] aile konutu üzerinde ipotek tesis edilirken her ne kadar ipotek tesisi aile konutu üzerinde ciddi bir yük getirmese de diğer eşin rızasının alınması gerekmekte, bu hususta ciddi tehlikeye ilişkin değerlendirme tapu memuruna bırakılmamalıdır. Bizce de TMK m. 194'te açıkça aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemler için diğer eşin rızasının alınması gerektiği belirtildiğinden, aile konutu üzerinde ipotek tesis edilmek istendiğinde diğer eşin rızası alınmalı, rıza alamayan malik eş gerekirse mahkemeye başvurarak ipotek tesis edilmesine izin verilmesini talep etmelidir.

Paylı mülkiyet ilişkisinde her paydaş, kendi payını rehnedebilir. Fakat elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmaz ancak bütün olarak ve maliklerin tamamı adına rehnolunabilir (TMK m. 857)

---

(12) Ayrı bir sayfa açılmasıyla bağımsız bölümlerin bulunduğu ana taşınmaza ait tapu kütüğü sayfasının mülkiyet sütununa "bu gayrimenkulun mülkiyeti, kat mülkiyetine çevrilmiştir" ibaresi yazılarak sayfa kapatılır (KMK m. 13/II).

(13) ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 204.

(14) ŞIPKA Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004, s. 126-128.; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 208; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 78, bu yazara göre aile konutunu iktisap ederken alınan kredi karşılığı konut üzerinde ipotek tesisine gerek yoktur.; GENÇCAN Ömer Uğur, Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar, İstanbul Barosu Dergisi Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul 2007, s. 47. AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2004, s. 114.

II- İPOTEK KAPSAMINA GİREN UNSURLAR

A- BÜTÜNLEYİCİ PARÇALAR

1- Bütün Bütünleyici Parçalar Bakımından

Türk Medeni Kanunu m. 862/f. I'de belirtildiği üzere taşınmaz üzerinde kurulan ipotek hakkı, taşınmazın bütünleyici parçalarını da kapsamına alır[15].

Türk Medeni Kanununun 684'üncü maddesi, bütünleyici parçadan ne anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu tanıma göre, *"Bütünleyici parça, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır."*

Bu tanımdan anlaşılması gerektiği üzere, bir şeyin bütünleyici parça halini alması iki şarttan birinin gerçekleşmesine bağlıdır. İlk olarak, bir şey asıl şeye sıkı bir maddi bağlantı ile bağlanmıştır ve maddenin asıl şeyden ayrılması ancak asıl şeyin yok olması zarara uğraması veya yapısını değiştirmesi ile mümkün olabiliyordur ki[16] bu halde bağlanan şeyin asıl şeyin temel unsuru haline gelmesi ve bütünleyici parça olması söz konusudur. İkinci olarak da maddi bağlantının sıkı olmamasına rağmen yerel adetler bağlanan şeyi asıl şeyin temel unsuru saydığı için kanunun o şeyin bütünleyici parça vasfı kazandığını kabul etmesi söz konusudur[17].

Medeni Kanun bir şeyin bütünleyici parça sayılması için gereken şartları belirtmiş ise de, bazı nesnelere, bunların gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın bütünleyici parça vasfını tanımıştır[18]. Bunlar TMK m. 718/f. II'ye göre yapılar[19], bitkiler[20] ve kaynaklardır.

---

(16) Reisoğlu, maddedeki "zarara uğrama ve yapısını değiştirme" ibarelerinin mutlaka kaynaşmış, çivilenmiş, yapıştırılmış olma anlamına gelmediği, yerçekimin sağladığı bağlılığın da maddi bağlantı unsurunu gerçekleştireceğini ileri sürmektedir. Bkz:REİSOĞLU Seza, İpoteğin Kapsamı-Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1979, s. 18.

(17) OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 237

(18) KAYAK, s. 561.

(19) MK m. 728'e göre, "Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar onların malikine aittir. Bu tür yapılar taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez. "Hafif bina denilen bu yapılar taşınmazın bütünleyici parçasını teşkil etmemektedirler. Wieland, hafif yapıdan ne anlaşılması gerektiğinin inşaat biçimine, kullanılan maddelerin niteliğine bağlı olarak değil, bu yapıların taşınmaz ile bağlantısının devamına göre belirlenmesi gerektiği fikrindedir. Yazar, örnek olarak sergi binalarının bütünleyici parça olmamalarına karşılık, tahtadan yapılmış olmalarına rağmen dağ kulübelerinin devamlı biçimde yapılmış olmaları nedeniyle bütünleyici parça sayılacaklarını ve ipotek kapsamında kalacaklarını belirtmektedir. Bkz. WIELAND C. , Kanunu Medeni'de Ayni Haklar [Çeviren:İ. Hakkı Karafakıh] , Ankara 1946, s. 578.

(20) TMK m. 729 gereğince, bir bitki sahibinden başkasının arazisine dikilecek olursa, tarafların karşılıklı hakları ve borçları, haksız inşaata ilişkin hükümlere göre belirlenecektir. Bu halde, sözü edilen bitkiler, MK m. 718/II uyarınca, taşınmazı bütünleyici parçasını teşkil edecektir. Bkz. GÜLEKLİ, s. 5. dpn5. Yazar, devamlı kalmak amacı olmaksızın dikilen taşınır bitkilerin üzerinde bulundukları taşınmazın bütünleyici parçasını teşkil etmeyecekleri fikrindedir.

İpotekli bir taşınmaz üzerindeki binalar, arzın bütünleyici parçaları olarak ipoteğin kapsamına dahildir (TMK m. 718). Üst hakkına konu olan yapılar, bu kurala istisna teşkil etmektedir. Üst hakkı, bir kişiye; başkasına ait bir arazide bir yapının maliki olmak yetkisi veren bir irtifak hakkıdır[21]. TMK m. 826/f. I'e göre, bir taşınmaz maliki, arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisini veren bir irtifak hakkını başka bir kişiye tanıyabilir. Normalde arazi üzerindeki yapılar, onun bütünleyici parçası olarak ipotek kapsamına dahil oldukları halde, üst hakkı tanındığı zaman durum değişmekte, üst hakkı sahibi, o arazi üzerindeki yapıların maliki olmaktadır[22]. Bu durumda, üst hakkının konusunu oluşturan yapılar, taşınmazın bütünleyici parçasını teşkil edemeyecek ve taşınmaz üzerinde tesis edilen ipoteğin kapsamına girmeyecektir[23].

Taşınmaz üzerinde kurulan ipotek hakkı, yalnız rehnin kurulduğu aşamada varolan bütünleyici parçaları değil, sonradan getirilen ve bütünleyici parça niteliğini kazanan şeyleri de kapsamına alacaktır[24].

Taşınmazın bütünleyici parçalarına yönelik mülkiyeti muhafaza kayıtları geçersiz olduğu gibi, ipoteğin tesis edildiği sırada var olan veya sonradan taşınmaza bağlanan bütünleyici parçaların ipotek kapsamına girmeyeceğine yönelik tarafların yapacağı her türlü anlaşma da aynî etkiden yoksun olacaktır. Bu tür anlaşmalar sadece tarafları bağlar[25].

(21 Üst hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK Jale G. , Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 25 vd.; GÜRZUMAR Osman B. , Üst Hakkı, İstanbul 2001, s. 27 vd.

(22) AKİPEK, Üst Hakkı, s. 65.

(23) KAYAK, s. 563; GÜLEKLİ, s. 5.

(24) KAYAK, s. 561.

(24) AYAN Mehmet, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2000, s. 152; ŞENER Yavuz Selim, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, İstanbul 2005, s. 123; KÖPRÜLÜ Bülent/ KANETİ Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982, s. 264; GÜRSOY Kemal T. /EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet-Sınırlı Ayni Haklar, Ankara 1978, s. 1073; TEKİNAY Selâhattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku II/3) , İstanbul 1994, s. 93; DAVRAN Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 12-13;AKİPEK Jale, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) , 3. Kitap, Mahdut Ayni Haklar(Menkul Rehni Hariç), Ankara 1974, s. 167; KARAHACOĞLU Ali Haydar/DOĞRUSÖZ M. Edip/ALTIN Mehmet, Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s. 128; KARAHASAN Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku Öğreti Yargı Kararları İlgili Mevzuat 2. Cilt, İstanbul 2002, s. 227; GÜNEL Mustafa Cahit, Taşınmaz Rehninin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2002, s. 21.; HELVACI İlhan, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, s. 170; GÜLEKLİ, s. 7; ALTAY/ESKİOCAK, s. 168-169.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 725.

(25) KAMERZİN Sidney, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, Zurich Basel Genf 2003, s. 295; GÜLEKLİ, s. 7; AYAN, s. 130; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 263; KAYAK, s. 562; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 725.

2- Doğal Ürünler Bakımından

TMK m. 685/f. II'ye göre, bir şeyin doğal ürün olarak kabul edilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu koşullar 1-Belirli zamanlarda başka bir deyişle, dönemsel olarak meydana gelme. 2- Asıl şeyin özgülendiği amaca uygun olarak adetlerin o şeyden elde edilmeyi uygun görmesidir[26]. Doktrinde doğal ürün ifadesinden insanoğlunun müdahalesi olsun ya da olmasın, bir şeyin az çok aralıklarla meydana getirdiği ürünler(örneğin meyveler) ile bir şeyin özgülendiği amaca göre adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerinin (ağaçlar, taş, kum vb.) anlaşılması gerektiği belirtilmektedir[27].

Gülekli, TMK m. 862/f. I'in yalnızca ipoteğin genel olarak bütünleyici parçalara da uzandığından söz etmekle yetindiğini, taşınmazın doğal ürünlerini ayrıca belirtme ihtiyacını duymadığını, bununla birlikte, doğal ürünler TMK m. 685/f. III uyarınca, ayrılıncaya kadar asıl şeyin bütünleyici parçasını teşkil ettiği için, TMK m. 862/f. I'in de bunlar açısından da uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Yazar, bu durumun doğal sonucunun, taşınmaz üzerinde tesis edilen ipoteğin, diğer bütünleyici parçalarla birlikte henüz asla bağlı olan doğal ürünlere de uzanması olduğunu ileri sürmektedir[28].

İpotekle yükümlü taşınmaz, bir intifa hakkı ile kayıtlandığı zaman doğal ürünler üzerinde hangi hakkın öncelikli olduğu her iki sınırlı ayni hakkın kuruluş tarihlerine göre belirlenecektir. Eğer, ipotek önce tesis edilmişse, paraya çevrilme esnasında taşınmazdan ayrılmamış doğal ürünler, ipotekli alacaklı lehine satılacak; aksi durumda intifa hakkı sahibi doğal ürünler üzerindeki hakkını muhafaza edecektir[29].

3- Bütünleyici Parçalar Üzerindeki İpotek Hakkının Sona Ermesi

Bütünleyici parça, taşınmazdan ayrılarak bir taşınır eşya haline geldiği zaman, kendiliğinden ipoteğin kapsamı dışına çıkar[30]. Ayrılmanın biçimi, kimin fiili sonucu meydana geldiği, ayrılan şeyin daha sonra kimin mülkiyetine girdiği gibi hususlar bu açıdan önemli değildir. Önemli olan bütünleyici parça teşkil eden şeyin asıl şeyden kesin ve fiziksel olarak ay-

---

(26) Doktrinde doğal ürünlerin cismani varlıklar oldukları, hukuki ürünlerin ise bir eşyanın sağladığı gelirler oldukları, doğal ürünler kenar başlığını taşıyan ve doğal ürünlerin bütünleyici parça olduğunu ifade eden MK m. 685/f. II'te hukuki ürünlerin de bütünleyici parça kavramına dahil edilmesinin isabetli bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 241; KAYAK, s. 562.

(27) HELVACI, s. 173.

(28) GÜLEKLİ , s. 8.

(29) STEINAUER Paul Henri, Les Droits Réels Servitudes Personnelles Charges Foncières Droits de Gage Immobiliers Droit de Gage Mobiliers Tome III, Berne 1996, s. 141.

(30) ESENER Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 1996, s. 367; STEINAUER, s. 141; WIELAND, s. 577. Yazar, bütünleyici parçaların asıldan ayrılmakla rehnin kapsamı dışında kalmasına ilişkin kuralın son derece yerinde olduğunu, aksi görüşün kabulünün, malikin ekonomik özgürlüğünün aşırı derece kısıtlanması ve ekonomik gelişmesinin tehlikeye atılması sonucunu doğuracağını belirtmektedir.

rılması, bağımsız olarak tasarruf işlemlerine konu olabilecek bir taşınır eşya niteliğini kazanmasıdır[31]. Bütünleyici parça üzerindeki teminatın sona ermesi için, asıl şeyden ayrılıp bağımsız bir taşınır eşya haline gelmesi yeterlidir, ayrıca taşınmazdan uzaklaştırılmasına gerek yoktur[32].

İcra ve İflas Kanunu'nun 84'üncü maddesine göre istisnai olarak ipotek hakkı toplanan ürünler üzerinde de devam eder. Bu madde gereğince "*Yetişmemiş her nevi toprak ve ağaç mahsulleri yetişmeleri zamanından en çok iki ay evvel haczolunabilir. Bu suretle haczedilen mahsullerin borçlu tarafından başkasına devri alacaklıya karşı hükümsüz olup icranın devamına mani olmaz. Alacağı taşınmaz rehinle temin edilmiş olan alacaklının mütemmim cüz olarak merhunun yetişmemiş mahsulleri üzerinde haiz olduğu hakka halel gelmez. Şu kadar ki mürtehin, rehnin icraca paraya çevrilmesi için mahsullerin yetişmesinden evvel takip talebinde bulunmuş olmalıdır*". İcra İflas Kanunumuza göre, ipotekli alacaklı, ürünlerin yetişmesinden evvel rehnin paraya çevrilmesi için takipte bulunursa, yetişmemiş ürünler üzerinden paraya çevrilme hususunda hacze nazaran bir önceliğe sahiptir[33].

İsviçre'de İcra ve İflas'a ilişkin Federal Kanunda, yetişen ürünlerin çayırlarda 1 Nisan'dan önce, tarlalarda 1 Haziran'dan önce, bağlarda 20 Ağustos'tan önce haczedilemeyeceği belirtilmekte, borçlunun bu tarihlerden önce yapacağı her devrin rehinli alacaklıya karşı hükümsüz olduğu, rehinli yüklü taşınmazın bütünleyici parçasını parçasını teşkil eden yetişmemiş ürünler üzerinde rehinli alacaklıların haklarının, rehinli alacaklının toplanmış ürünlerin paraya çevrilmesinden önce takibe başlamış olması koşuluyla saklı olduğu belirtilmektedir (İsviçre Borçların Takibi ve İflasa İlişkin Federal Kanun. m. 94/f. I-II-III).

İcra İflas Kanunu'ndaki düzenleme, İsviçre Hukuku'ndaki düzenleme ile karşılaştırıldığında, İsviçre hukukunda ürünlerin yetişme zamanının saptandığı, Türk hukukunda ise benzer bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir[34]. Doktrinde, İsviçre'de İcra ve İflas'a İlişkin Federal Kanun'da, rehnin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin, haczedilmiş olan ürünlerin paraya çevrilmesi olgusu gerçekleşmeden önce yapılmış olmasını aradığı halde, Türk kanun koyucusunun makul bir sebep olmaksızın bu konuda mehaz kanundan ayrıldığı belirtilmektedir[35].

---

(31) KAYAK, s. 564; GÜLEKLİ, s. 8; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1008.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 264.

(32) GÜLEKLİ, s. 9.

(33) ÜSTÜNDAĞ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 246.

(34) Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, Türkiye'de iklim farkları nedeniyle tek ve değişmez bir tarihin belirlenmesinin olanaksız olduğunu, ürünlerin yetişme zamanının belirlenmesi amacıyla bilirkişiye başvurulabileceği, memurluğun bu yoldaki işlemi hakkında ilgililerin icra mahkemesine İİK m. 16'ya dayanarak şikayette bulunma haklarının bulunduğunu belirtmektedirler. Bkz. KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 129.

(35) ÜSTÜNDAĞ, s. 246.

İsviçre doktrininde yetişen ürünlerin haczine ilişkin düzenlemenin tatmin edici olmadığını, çünkü rehnin paraya çevrilmesi yolundaki talebin rehin alacaklısına hiçbir öncelik hakkı sağlamadığını, hacze katılan alacaklılara ürünlerin dağıtılmasının, rehinli alacaklının paraya çevirmeyi istemesine kadar askıya alındığı (bu durum eğer ödeme emri itirazla karşılaşırsa uzun sürelerin geçmesine sebep olmaktadır) belirtilmektedir[36].

İsviçre mahkeme içtihatları, hacizden sonra taşınmazdan ayrılan bütünleyici parçaların, ürünlerin paraya çevrilmesinden önce rehnin paraya çevrilmesini talep eden rehinli alacaklıların ipotek hakları kapsamında olduğunu kabul etmektedir[37] Yalnız, ürünlerin ayrılması anında rehnin paraya çevrilmesi için yapılan takip devam ediyor ve rehinli alacaklı daha rehni paraya çevirmeyi talep etmemiş ise doğal ürünler rehin kapsamında yer almamaktadır[38]. Gilliéron[39], ipotek hakkına sahip alacaklının ayrı olarak haczedilmiş mahsuller üzerinde rehin hakkını, icra müdürlüğünün mahsullerin toplanmasına ve işletmeden ayırmasına girişmesinden önce taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip talebinde bulunması koşuluyla ileri sürebileceğini belirtmektedir. Yazar, rehin hakkının bir takip talebinde bulunulmasıyla kullanılabileceğini, takip talebinde bulunmayan rehinli alacaklının yetişmemiş mahsuller üzerindeki rehin hakkından vazgeçtiğini belirtmektedir[40].

İcra ve İflas Kanunu'na ilişkin yukarıda belirtilen istisna bir kenara bırakılırsa, ipotek hakkının asıldan ayrılan bütünleyici parçalar üzerinde devam etmesi iki istisnai halde mümkün olabilir. Bunlardan ilki, bütünleyici parça niteliğini yitiren şeyin taşınmazla bağlantısını eklenti olarak sürdürmesidir[41]. İkinci durum ise, malik tarafından bütünleyici parçayı taşınmazdan ayırmaya yönelik hazırlayıcı fiillere başlanmış olmakla birlikte bu ayırma[42], taşınmazın değerini önemli ölçüde azaltacaksa ayırmayı yasaklayan bir kararın elde edilmesidir[43].

---

(36) GILLIERON Pierre Robert, Commentaire De La Loi Federale Sur La Poursuite Pour Dettes Et La Faillite Articles 89-158, Lausanne 2000, s. 163.

(37) ATF 50 II 345-346 C. 1, (GILLIERON, s. 163'den naklen)

(38) ATF 60 III 50-51, ATF 61 III 165-166, (GILLIERON s. 163'ten naklen)

(39) GILLIERON, s. 163.

(40) GILLIERON, s. 163.

(41) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 264.

(42) Gülekli, ipotekli alacaklının açacağı bir önleme davası ile yalnızca, ipoteğin kurulduğu sırada var olan bütünleyici parçaların taşınmazdan ayrılmasını önleyebileceğini, ipoteğin kapsamına dahil olan sonraki bütünleyici parçaların ipoteğin kabulü aşamasında göz önüne alınmamış olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu sebeple alacaklının bu parçaların sonradan ayrılmasına karşı çıkmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. GÜLEKLİ, s. 10.

(43) KAYAK, s. 564.

B- EKLENTİLER

1- Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m. 862/f. I'de eklentilerin de taşınmaz rehninin kapsamına dahil olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm Türk Medeni Kanunu m. 686'yı teyit eder niteliktedir[44]. TMK m. 686/f. I'e göre, *"Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar"*. TMK m. 862'deki hüküm olmasaydı bile, taraflar arasındaki tasarruf işlemlerinin kapsamına eklentiler de gireceği için, eklentinin ipotek kapsamına giren bir unsur olduğu söylenebilirdi[45].

TMK m. 686/f. II'de eklenti tanımlanmıştır. Bu maddeye göre *"Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır"*. Bu tanımı oluşturan unsurlar değerlendirildiğinde; eklentinin sübjektif ve objektif nitelikteki iki unsurdan oluştuğu saptanacaktır. Objektif unsur, asıl şeye sürekli olarak tahsis edilme ve onun kullanılmasında asıl şeyle birleştirilme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bir taşınır malın bağlı kılınması keyfiyetidir. Bu bağlılık asıl şeyin ekonomik gayesine yöneliktir. Diğer bir ifade ile eklenti, aslı ekonomik gayesine katkıda bulunmak ve onu desteklemek amacıyla takma, birleştirme veya benzeri şekilde asla bağlanmış olan bağımsız bir taşınır mal karakterine sahiptir. Eklentinin sübjektif unsuru ise, malikin tahsis iradesine veya yerel adetlere göre taşınmaza eklenen parçaların asıl mala özgülenmiş olmasını ifade eder[46].

Maddedeki tanımdan da anlaşılacağı üzere, ancak taşınır bir eşya bir malın eklentisi olabilir. Bir taşınmazın eklenti niteliğine sahip olması ise mümkün değildir. Diğer taraftan taşınır eşya da bir şeye eklenti olarak bağlanmakla taşınır olma özelliğini yitirmez[47]. Buna karşılık asıl şeyin taşınır veya taşınmaz olması mümkündür, ancak eklenti ilişkisi mutlaka iki mal arasında olmak zorundadır.

Türk hukukunda istisnalar saklı kalmak kaydıyla menkul rehninin, yalnız teslim şartıyla geçerli olacağının kabul edilmesi, ekonomik açıdan önemli problemleri de beraberinde getirmiştir. Çünkü, krediye ihtiyaç duyan kişi taşınır nitelikteki eşyalarını geçerli bir rehnin kurulabilmesi için

---

(44) ŞENER, s. 123.; ERTAŞ, s. 502; SARI, s. 996.

45) KAYAK, s. 565.

(46) ALTAY/ESKİOCAK, s. 171-172.

(47) GÜLEKLİ, s. 11. Serozan da eklentinin asıl şey ile kendisi arasındaki bütün maddi ve ekonomik bağlılık, bağımlılık ilişkisine karşın, kendi başına mevcut, kendi ayrı hukuki yolunda yürüyen bağımsız (özel eşya) niteliğini koruduğunu, üstelik bu özelliğini bütünleyici parça gibi salt borçlandırıcı sözleşmeler alanında değil, fakat ayni hak kuran ve geçiren ayni tasarruf sözleşmeleri alanında da saklı tutup koruduğunu belirtmektedir. Bkz. SEROZAN Rona, Teferruat Niteliğindeki Eşyanın Hukuki Rejimi, İÜHFM, C. 41, İstanbul 1975, s. 240.

teslim etmek zorunda kalmakta, dolayısıyla borcunu ödeyebilmek için devam ettirmesi gereken işletmesi açısından büyük önem taşıyan taşınır mallardan yararlanma olanağını yitirmektedir.

TMK m. 862/f. I hükmü, teslim şartlı menkul rehninin yukarıda belirtilen sakıncalarını belli ölçüde gideren bir düzenlemedir[48]. Buna göre, taşınmaz üzerinde kurulan ipotek hakkı başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden taşınmazın eklentilerini de kapsayacaktır.

TMK m. 862/f. I uyarınca ipoteğin kapsamına yalnızca rehnin kurulduğu sırada var olan eklenti niteliğindeki taşınırlar değil, bu aşamadan sonra taşınmaza bağlananlar da girecektir[49]. Bu arada, ipotekli alacaklının eklenti niteliğindeki taşınır eşyaların varlığını bilmesi de gerekli değildir[50].

İcra İflas Kanunu m. 83/c ile getirilen hüküm, eklentinin ipoteğin kapsamına girdiği kuralına ters düşer niteliktedir. *"Gayrimenkul rehni kapsamındaki teferruatın haczi"* kenar başlığını taşıyan maddeye göre, *"Gayrimenkul rehni ipotek akit tablosunda sayılı bulunan teferruat gayrimenkulden ayrı olarak haczedilemez. Türk Kanunu Medenisinin 777'inci maddesi saklıdır"*[51]. Anılan maddenin ipotek akit tablosunda sayılı eklentiden bahsetmesinin, sadece ipotek akit tablosunda sayılı eklenti niteliğindeki taşınırların ancak taşınmazla birlikte haczedilebileceği yolunda görüşlerin[52] ileri sürülmesinin yanında taşınmaza sonradan bağlanan eklentinin ipoteğin kapsamına girmeyeceği konusunda yanlış bir sonuca varılmasına yol açacağını ileri süren görüşlerin de doğmasına sebep olduğu görülmektedir[53]. Doktrinde, bu hükme dayanılarak taşınmazın eklentilerinin ipotek akit tablosunda belirtilmesinin son derece önemli olduğunu, aksi takdirde taşınmazın gerçekte ipoteğin kapsamına dahil edilmiş ancak ipotek akit tablosunda belirtilmemiş olan eklentilerinin taşınmaz malikinin diğer alacaklıları tarafından haczettirilebileceğini, bunun da ipotekli alacaklıyı zarara uğratabileceği ifade edilmiştir[54].

---

(48) Davran, eklentinin kendiliğinden taşınmazın kapsamına dahil olmasının bir çeşit menkul ipoteğinin kurulması olarak görmektedir. Yazar, menkul ipoteğinin akdi bir ilişkiye dayanması ve özel siciline tescil ile doğmasına karşılık, eklentinin taşınmaz rehininin kapsamına girmesinin maddi bir fiile, bir özgüleme fiiline dayandığı fikrindedir. Bkz. DAVRAN Bülent, Gayrimenkul Rehininin Teferruata Şumulü, Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 565.

(49) GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1074; GÜLEKLİ, s. 12.; GÜNEL, s. 37.

(50) DAVRAN, Teferruat, s. 567.

(51) Bu hususta Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu son tarihli kararlarda, ipotek akit tablosunda sayılan eklentilerin taşınmazdan ayrı olarak haczedilmesinin mümkün olmadığı, taşınır malların eklenti niteliğinde olduklarının içlerinde hukukçuların da bulunduğu bilirkişilerce saptanması gerektiği belirtilmektedir. Karar örnekleri için bkz. 6862/7071 T. 16. 6. 1997; 1933/5431 T. 15. 3. 2005; 21396/24806 T. 15. 12. 2003; 20681/25282 T. 712. 2004; 707/3791 T. 28. 2. 2006; 1353/5889 T. 15. 3. 2004. (http://www. kazanci. com)

(52) KURU Baki, İcra İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 388.; ÜSTÜNDAĞ, s. 302.

(53) GÜLEKLİ, s. 13-14.

(54) HELVACI, s. 184.

Bizce, TMK m. 862, bir şeyin ipoteğin kapsamına girmesi için tapu kütüğünün beyanlar hanesinde eklenti olarak yer alması şartını aramamaktadır. Eğer bir taşınır TMK m. 686'nın öngördüğü şartları bünyesinde taşıyor ise, o şey, tapu kütüğünün beyanlar hanesine kayıtlı olmasa da eklenti niteliğini haizdir[55]. Kanaatimizce, İcra İflas Kanununda yer alan bu hükme rağmen, aslında eklenti niteliğinde olduğu halde ipotek akit tablosunda sayılı olmayan taşınır malların taşınmazdan ayrı olarak haczi mümkün değildir. Yalnız taşınır malların haczini talep eden alacaklıların haklarının da mümkün mertebe korunabilmesi için eklenti niteliğindeki taşınır malların taşınmaza sonradan eklendiği hususu icra prosedürü sırasında ipotekli alacaklı veya taşınmaz maliki tarafından ispat edilemediği takdirde bu taşınır malların taşınmazdan ayrı olarak haczedilmesine olanak tanınmalıdır.

2- Eklentinin İpoteğin Kapsamı Dışında Tutulması

TMK m. 862/f. I ve TMK m. 686/f. I hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak eklentinin kendiliğinden kanun gereği ipotek hakkının kapsamı içinde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak tarafların aksine yapacakları bir anlaşma ile ipotek hakkı kapsamında yer alan eklenti, kapsam dışına çıkarılabilir[56]. Ancak bu işlem yapılırken rehnin kapsamı dışında bırakılan eklenti veya eklentilerin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerecektir[57].

Rehinli alacaklı ile borçlunun eklentinin ipoteğin kapsamından çıkarılmasına dair yapacakları anlaşmanın açık olması, yani tarafların anlaşmanın kapsamına dahil etmek istedikleri eklenti veya eklentileri, hiç tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtmeleri gerekir[58]. Böyle bir anlaşmanın taraflar dışında üçüncü kişiler açısından da bağlayıcı olması için tapu siciline kaydedilmesi gereklidir[59]. Anlaşmanın tapu siciline kaydedilmesi konusunda bir sorun bulunmamakla beraber tartışma, anlaşmanın nasıl yapılması gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre[60], bu anlaşma, ipoteği kuran sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil ettiği için resmi şekilde yapılmalıdır. İkinci görüşe göre[61] ise, tapu siciline ve rehin sözleşmesine kayıt ye-

---

(55) ALTAY/ESKİOCAK, s. 174.

(56) KAYAK, s. 568.; KAMERZIN, s. 296; Davran'a göre böyle bir anlaşma bazı durumlarda büyük faydalar sağlayacaktır. Özellikle birinci derecedeki alacaklı taşınmazın kıymetini yeterli görür ve eklentinin rehinden ayrı tutulmasına muvafakat ederse, ikinci derecede tesis edilecek ipoteğe eklentinin dahil olması, yapılacak işlemi ikinci ipotekli açısından çok daha cazip hale getirecektir. Bkz: DAVRAN, Teferruat, s. 568.

(57) GÜNEL, s. 41.

(58) SEROZAN, Teferruat, s. 242.

(59) GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1074, KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 266.; AKİPEK, Mahdut Ayni Haklar s. 171; DAVRAN, Teferruat, s. 568.

(60) ALTAY/ESKİOCAK, s. 173.;WIELAND, s. 582; STEINAUER, s. 144. , SARI, s. 997.

(61) GÜLEKLİ, s. 14; KAYAK, s. 569.;GÜNEL, s. 58.

terli olup, sözleşmenin mutlaka resmi şekilde yapılması gerekli değildir. Bununla birlikte, bu görüşü savunanlarca da anlaşmanın ayni etkiye sahip olması için tapu kütüğüne tescili şarttır[62]. Bizce, kanunda resmi şekilde yapılmasına gerektiğine dair bir açıklık bulunmasa da, eklenti niteliğindeki taşınır malların ipotek hakkının kapsamı dışında bırakılması rehnin kapsamını daraltan bir işlem olacağından rehin sözleşmesinin şekline tabi olması, diğer bir deyişle resmi şekilde yapılması gerekmektedir[63].

Bu konuda belirtilmesi gerekli diğer bir husus, belirli bir derecedeki ipoteğin kurulması sırasında alacaklı ile taşınmaz malikinin diğer derecelerde kurulacak ipotekler için eklentinin ipoteğin kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin yapacakları sözleşmelerin hükümsüz olduğudur. Yine ipotek sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılan taşınmaza bağlı eklentilerin yalnızca belirli bir derecedeki ipoteğin kapsamına gireceği yolundaki sözleşmeler de hükümsüzdür[64].

3- Eklenti Niteliğindeki Eşyanın Tapuya Kaydı

TMK m. 862/f. II'ye göre, *"Rehnin kuruluşu sırasında makine, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler, kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılır"*. 1926 tarihli Medeni Kanunda olmayan ve 4721 sayılı Medeni Kanunda düzenlenmiş bulunan TMK m. 1012/f. I'e göre bir taşınmaza bağlı eklentiler, malikin istemi üzerine tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazılır. Eklentinin beyanlar sütununa yazılması, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 61. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *"Eklenti, mülkiyet hakkı sahibinin yazılı istemi üzerine herhangi bir belge aranmaksızın kütüğün beyanlar sütununa yazılır"*[65]. Bu yazımda teferruatın adedi, cinsi ve kıymeti gösterilir. Beyan talebi sadece yazılı şekilde olabilir. Taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin resmi şekil şartı aranmaz. Eklentinin beyan olunması taahhüdünü içeren bir sözleşmenin tescilinin talep edilmiş olması eklentiye ilişkin beyanın da yazılmış olması için yeterlidir[66].

TMK m. 862/f. II hükmünün ifadesi dardır; yalnız rehnin kuruluşu sırasında açıkça gösterilen eklentinin beyan edilmesi öngörülmüştür. Ta-

---

(62) DAVRAN, Teferruat, s. 568.

(63) Aynı yönde görüş için bkz: ERTAŞ, s. 503.

(64) DAVRAN, Teferruat, s. 570; GÜNEL, s. 58.

(65) Davran, eklentinin beyanlar sütununa işlenmesini ifade için kullanan terimin tereddüt uyandırdığını belirtmektedir. Yazar kaynak kanunun Almanca metninde yer alan "Anmerkung" ve "anmerken"in karşılığının işaret ve işaretlemek olduğunu, bizde beyanlar olan sütunun Almanca adının da "Anmerkungen" olduğunu, eklentinin beyanlar sütununa beyanından bahsedilmesinin uygun olmadığından hareketle eklentinin kaydedilmesi bakımından işaret ve işaretlemek ifadelerinin kullanılmasını önermektedir. Bkz: DAVRAN, Teferruat, s. 572.

(66) GÜRSOY Kemal Tahir, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 499-500.

rafların sonradan yapacakları bir sözleşme ile eklentinin kütükte beyanlar hanesine kaydını kararlaştırabilmeleri mümkündür[67].

Tapu memuru, eklenti olarak kaydı istenen şeyin, eklenti için kanunun aradığı şartları taşıyıp taşımadığını incelemekle yükümlü değildir. Ancak kaydı istenen taşınırın gerekli niteliklere sahip olmadığı açıkça görülebiliyorsa tapu memuru kaydı yapmaktan kaçınmak yetkisini haizdir[68]. Eklentinin tapu kütüğüne kaydı talebi ile birlikte, kaydedilecek şeylerin nelerden ibaret olduğunu tek tek ferden belirten ya da ferden tayin etmemekle beraber bunların taşıdığı değerle[69] birlikte cinsini bildiren bir listenin de birlikte sunulması gerekecektir (TST m. 61/c. 2).

Bir şeyin eklenti niteliği kazanabilmesi için yukarıda da belirtildiği üzere objektif ve sübjektif bir takım şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Eklenti niteliğindeki şeyin tapuya kaydında malikin, mahalli örfün yokluğuna ya da aksi yöndeki varlığına rağmen gerekli objektif şartlara sahip bir taşınırı eklenti yapmaya yönelik iradesi şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olmalıdır. Sözü edilen bu iradenin açıklanması herhangi bir şekle de bağlı değildir.

Eklenti niteliğindeki eşyanın tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydı tescillerdeki gibi hukuki bir sonuç meydana getirmemektedir. Tapu kütüğünde iyi niyetle hak iktisabını düzenleyen TMK m. 1023 hükmüne dayanarak aslında eklenti niteliğinde olmayan bir taşınırın tapu sicilinin beyanlar hanesine kaydedilmesi halinde bu kayda dayanılan güven korunmamaktadır[70]. TMK m. 862/f. II uyarınca, taşınırın eklenti olarak tapuda gösterilmesi sadece ispat açısından bir rol oynamaktadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, beyanlar sütununda yer alan kayıt, kaydedilmiş şeylerin eklenti niteliğini taşıdığı doğrultusunda çürütülmesi mümkün bir karine yaratmaktan öteye gitmeyecektir[71]. Diğer bir deyişle, artık söz konusu taşınırların eklenti niteliğinde olduğunun bunu ileri sürenlerce ispat edilmesi gerekmeyecektir. Bu durumda ispat yükü yer değiştirecek, tapuda kayıtlı şeylerin kanunen gerekli şartları taşımadığı-

---

(67) OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 726-727.;SARI, s. 996.; GÜNEL, s. 43.

(68) Gürsoy, bir şeyin eklenti niteliğinde olup olmadığı üzerinde tereddüt gösterilirse, beyan talebinin tapu memuru tarafından kabul edilmesi ve bu suretle uyuşmazlığın mahkemece giderilmesine imkan bırakılması gerektiği fikrindedir. Bkz:GÜRSOY, s. 500.; GÜNEL, s. 43.

(69) Tapu Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde tapu işlemleri bölümünde teferruatın(eklentinin) yazımı başlıklı kısımda, teferruat olarak tapu siciline kaydı istenilen eşya çeşitli olduğu takdirde malikin her birinin değerini ayrı ayrı göstermesi gerektiği ve harcın bunların toplamından hesaplanması gerektiği; teferruatın beyanlar sütununa kaydı için, Harçlar Kanununa ekli (4) sayılı Tarifenin 11. Pozisyonuna göre, Binde 3. 6 oranında tapu harcı tahsil edileceği, ayrıca Döner Sermaye İşletmesince belirlenen tarifeye göre ücret tahsil edileceği belirtilmektedir. (http://www. tkgm. gov. tr/ana. php?Sayfa=islemdetay&Id=40, 10. 04. 2008).

(70) GÜNEL, s. 45.

(71) DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, s. 13.

nı iddia eden kişi, bu iddiayı ispatla yükümlü olacaktır[72]. O halde, TMK m. 862/II uyarınca tapuya yapılacak olan kayıt, TMK m. 686/II'de ifade edilmiş olan objektif şartlardan yoksun bir taşınıra eklenti niteliğini kazandırarak taşınmaz üzerindeki ipoteğin kapsamına dahil etmeye yetmeyecektir[73].

TMK m. 1012/f. I'e göre, *"Bir taşınmazın eklentileri, malikin istemi üzerine kütükteki beyanlar sütununa yazılır. Bu kaydın terkini, kütükte hak sahibi görünen bütün ilgililerin rızasına bağlıdır. "* Bu hükme göre daha önceden tapu kütüğünün beyanlar hanesine eklenti olarak kaydedilmiş bir taşınırın kaydının, tapu kütüğünden silinmesi için tapuda hak sahibi olarak görünen herkesin onayı gereklidir.

4- Üçüncü Kişilerin Eklenti Üzerinde Hakları ile İpotekli Alacaklıların Haklarının Çatışması

Taşınır eşya, bir taşınmaza eklenti olarak bağlandıktan sonra dahi taşınır eşya olma niteliğini yitirmez. Ayrıca asıl şeyle eklenti arasında bütünleyici parçada olduğu gibi sıkı bir bağlılık mevcut olmadığından eklenti, bağımsız mal vasfını korumaya devam eder. Bu açıdan eklentinin mutlaka taşınmaz malikine ait olması şart değildir, bir başkasının mülkiyetinde de olabilir[74]. Üçüncü kişilere ait olup da taşınmazın eklentisi niteliğinde olan taşınırların, ipoteğin kapsamına dahil olup olmayacağının üzerinde durulması gerekmektedir[75]. Bu konuda TMK m. 862/f. III'te yer alan *"Üçüncü kişilerin eklentiler üzerindeki hakları saklıdır"* hükmü doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Tartışma, bu hükmün TMK m. 988 hükmünün bir istisnası mı, yoksa onu teyit eden bir hüküm mü olduğu noktasında düğümlenmektedir. TMK m. 988'e göre, *"Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyi niyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur"*.

Bir görüşe göre[76], TMK m. 862/f. III mutlak anlamda yorumlanmamalı, diğer bir deyişle taşınırlar üzerinde iyi niyetle ayni hak iktisabına ilişkin TMK m. 988 hükmü burada da uygulama alanı bulmalıdır. Eklenti

---

(72) ESMER Galip, Mevzuatımızda Gayrımenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, İstanbul 1990, s. 846; Rossel/Mentha, alacaklının, rehnin paraya çevrilmesi esasında rehin sözleşmesinde ve beyanlar hanesinde belirtilmiş eklenti niteliğindeki taşınır malların, satışta yer alabilmesi için gerçekten var olmaları gerektiğini, bu yüzden ipotek alacaklısının gözetimde bulunması gerektiğini, ama eğer alacaklının bir şeyin beyanlar hanesine göre eklenti niteliğini taşığını gösterirse, bu şeye eklenti niteliğinin gerçeğe uygun olmayarak verildiğini ileri süren üçüncü kişilerin iddialarını ispatla yükümlü olduklarını belirtmektedirler. Bkz: ROSSEL Virgil/MENTHA F. H. , Manuel du Droit Civil Suisse Tome Troisième Droits Réels Autres Que La Propriété, Lausanne Geneve(Basım tarihi bulunamamıştır), s. 106.; DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, s. 13.; STEINAUER, s. 143.;KAMERZİN, s. 297.

(73) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 267.

(74) KAYAK, s. 570.

(75) REİSOĞLU, İpoteğin Kapsamı, s. 21.

(76) AYAN, s. 153; SAYMEN Ferit H. /ELBİR Halid K. Türk Eşya Hukuku(Ayni Haklar), İstanbul 1954, s. 566; REİSOĞLU; İpoteğin Kapsamı, s. 21.; AKİPEK, Mahdut Ayni Haklar, s. 173. STEINAUER, s. 144.

teşkil eden taşınır, sahibinin elinden rızası dışında çıkmadıkça iyi niyetli ipotek alacaklılarının bu hakkı üçüncü kişiye ait eklentiyi de kapsayacaktır. İpotekli alacaklının başlangıçta var olan eklenti açısından, ipoteğin kurulduğu, taşınmaza sonradan getirilen eklenti açısından ise, bunun taşınmaza bağlandığı anda iyi niyetli olması yeterlidir. Aksi takdirde, taşınmaz kıymetlerinin henüz istikrar bulmadığı ve kıymet takdirlerinin güven verici olmadığı günümüz şartları içinde, muvazaalı bir takım davranışlarla ipoteğin çoğu kez alacağın teminatı olmaktan çıkacağı ve genel güven yönünden bu kurumun itibarını kaybedeceği ileri sürülmektedir[77]. Wieland[78], bu görüşü savunmakla beraber, mülkiyeti muhafaza kaydı bulunan eklentiler açısından iyi niyetle ipotek hakkının kazanılmasının mümkün olmadığını, zira bu tür kayıtlarla yapılan satışların geçerliliği özel bir sicile tescile tabi bulunduğundan, sicili inceleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen alacaklının iyi niyet iddiasının dinlenemeyeceğini belirtmektedir.

İkinci bir görüşe göre[79], TMK m. 862/f. III hükmü TMK m. 988 hükmünün bir istisnasını oluşturmaktadır. Emin sıfatıyla zilyet olan taşınmaz malikinden, sırf taşınmazın rehnedilmesi sebebiyle, iyi niyetli olarak rehin hakkı kazanılmasına imkan yoktur. Böyle bir durumda eklentinin maliki olan kişi korunacak ve mülkiyet hakkını, rehinli alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü savunmaktadır. Mahkemeye göre taşınmaza ilişkin ipotek hakkı elde eden ve eklenti üzerinde üçüncü bir kişinin ayni hak sahibi olduğunu bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen yani iyiniyetli ipotekli alacaklının TMK m. 988 hükmünden yararlanması mümkün olmamalıdır. Mahkeme, iyi niyetin ancak eklenti üzerinde mülkiyet hakkına sahip üçüncü kişi ile taşınmazı mülkiyetini iktisap eden kişi arasındaki ilişkide rol oynayabileceğini, bunun da TMK m. 988 hükmünün bir sonucunu teşkil edeceğini belirtmektedir[80]. Yine mahkemeye göre, üçüncü kişi ile ipotekli alacaklının aynı şekilde iyi niyetli olduğu hallerde malikin alacaklı karşısında hiçbir savunma imkanına sahip olmadığı görülecek, iyi niyet kavramı da bu konuda pratik açıdan çözülmesi çok güç problemler yaratacaktır[81].

---

(77) ESMER, s. 848.

(78) WIELAND, s. 583. Gülekli, Wieland'ın bu görüşünü eleştirmektedir. Yazara göre, özel sicile yapılacak olan kayıt sadece olumsuz hukuksal etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle, bu kayıt mülkiyeti muhafaza anlaşması açısından bir geçerlilik şartına sahiptir. Yazar, bu anlaşma sicile geçirilmedikçe, zilyetliği devredilen şeyin mülkiyetinin de geçmesine engel olunamayacağını, buna karşılık sicildeki kayıtların tapu sicilindeki kayıtların aksine aleniyet fonksiyonundan yoksun olduğunu, bu sebeple üçüncü kişilerin söz edilen kayıtlardan haberdar olduklarının varsayılması ve iyi niyet iddialarının bu kayıtlar yüzünden bertaraf edilmesinin mümkün olmadığını, yalnızca ipotekli alacaklının sicildeki mülkiyeti muhafaza kaydını biliyorsa kötü niyetli kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. GÜLEKLİ, s. 22.

(79) GÖKTÜRK Hüseyin Avni, Türk Medeni Hukuku Dördüncü Kitap Ayni Haklar, Ankara 1949, s. 1029. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 726.;KAYAK, s. 573; GÜLEKLİ, s. 23; ALTAY/ESKİOCAK, s. 175. Bu yazarlar özellikle İİK m. 83/c uygulanması açısından bu sonuca varmaktadırlar; KÖPRÜLÜ/KANETİ s. 269.; ERTAŞ, s. 503.; GÜNEL, s. 52-53.

(80) DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, s. 15

(81) ATF 60/1934 II 195/196 (STEINAUER, s. 144)

Her ne kadar doktrinde TMK m. 862/f. III hükmünün her iki görüş açısından da savunulmaya müsait olduğu ifade edilmekte ise de bizce bu hüküm doğrudan doğruya iyi niyet kuralları göz önüne alınmaksızın değerlendirilmelidir. Burada çözülmesi gereken sorun üçüncü kişilere ait eklenti niteliğindeki taşınır malların ipotek kapsamına girip girmediğinin belirlenmesidir. İpotek hakkının kapsamına, ipotek hakkının kurulması sırasında taşınmazda bulunan eklenti niteliğindeki taşınır mallar gireceği gibi ipotek kurulduktan sonra taşınmaza getirilen eklenti niteliğindeki taşınırlar da girmektedir. TMK m. 862/f. III hükmünün TMK m. 988 hükmü karşısında istisna teşkil edip etmediğini belirlemeye çalışmak, iyi niyetin hangi anda var olduğunu araştırmanın çok zorlaşacağı bu gibi durumlarda gereksiz bir çaba olacaktır. Özellikle ipotek alacaklısının haberinin olmadığı taşınmaza sonradan getirilen taşınır mallar bakımından iyi niyetli rehin hakkı sahibini iktisap anında koruyan TMK m. 988 hükmünün uygulanabilmesi için iyi niyetle kazanıma ilişkin bir anın belirlenmesi çoğu zaman söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan, TMK m. 988 hükmünün uygulanabilmesi için aranan diğer bir koşul olan, üçüncü kişiye ait eklenti niteliğindeki taşınır şeyler üzerinde zilyetliğin elde edilmesi durumu ipotekli alacaklı bakımından gerçekleşmemektedir[82]. Bizce özellikle uygulamada pratik işlerliğin sağlanması açısından TMK m. 862/III'de yer alan "*Üçüncü kişilerin eklentiler üzerindeki hakları saklıdır*" hükmünü her durumda uygulanması gereken mutlak bir hüküm olarak ele alınmalı ve ipotek alacaklısının üçüncü kişiye ait eklenti niteliğindeki taşınır üzerinde rehin hakkı elde etmesi mümkün olmamalıdır.

5-İpoteğin Eklentinin Kapsamından Çıkması

a- İpoteğin Kurulduğu Anda Var Olan Eklenti Açısından

Bir taşınır eşya eklenti niteliğini kaybedip bağımsız bir eşya halini alırsa ipotek kapsamından çıkar[83]. Taşınmazdan geçici olarak ayrılan eklentinin eklenti niteliği devam edeceğinden bunun ipoteğin kapsamı dışına çıktığından söz edilemeyecektir[84]. Geçici olarak ayrılma, her olayın özelliğine, malikin niyetine göre değişecektir[85].

İpotekle yüklü taşınmazın maliki, eklenti üzerinde tasarrufta bulunurken, ipotekli alacaklıların haklarını zedelememeye, düzenli işletme sınırlarını aşmamaya özen göstermelidir[86]. Düzenli bir işletmenin uyulma-

---

(82) SARI, s. 999.; Gülekli, istisnaen üçüncü kişiye ait eklenti üzerinde zilyetliğe sahip olan ipotekli alacaklının iyi niyetinin MK m. 988 uyarınca korunmasının mümkün olup olmayacağını değerlendirmiş, Taşınmazı, adi kira, hasılat kirası, intifa ya da oturma hakkı gibi bir nedenle zilyetliğinde bulunduran kişi lehine ipotek tesis edildiği bu gibi durumlarda, ipotekli alacaklının rehin hakkının , iyi niyetli dahi olsa eklenti niteliğindeki mallara uzanamayacağını, çünkü söz konusu taşınırı fiilen elinde bulunduran ipotekli alacaklının zilyetlik sebebinin, sınırlı bir ayni hak olan rehin hakkı kurulması değil, kira sözleşmesi uyarınca malı kullanma ya da intifa veya oturma hakkının verdiği yetkiye dayanarak maldan yararlanma olduğunu belirtmektedir. Bkz:GÜLEKLİ, s. 23, dpn. 55. (80) DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, s. 15

(83) KAYAK, s. 572.)

sı gerekli sınırlarının aşılması ile kastedilen, taşınmaz açısından vazgeçilmez derecede önem taşıyan zaruri eklenti parçalarının elden çıkarmak sureti ile taşınmazdan ayrılmasıdır[87].

Burada yanıtı aranması gereken soru, başkasına satıp devredilen taşınırların ipoteğin kapsamından çıkıp çıkmayacağıdır. Eklenti niteliğindeki taşınır, iyi niyetli bir kişiye satılıp teslim edildiğinde, ipotek kapsamından çıkacaktır. Bu durumda, rehinli alacaklının başvurabileceği hukuki yollar, yapılan tasarruf işlemini, alacak bakımından teminat teşkil eden taşınmazın değerini azaltmış olması sebebiyle, TMK m. 865'teki "*koruma önlemleri"*nden veya TMK m. 866'daki güvence, eski hale getirme, kısmi ödeme olanaklarından yararlanmak olacaktır[88].

Malikin, eklentiyi ipotekli taşınmazdan ayırdıktan sonra bu eklenti üzerinde üçüncü kişi lehine bir rehin hakkı tesis etmesi halinde üçüncü kişi iyi niyetli ise yani eklenti niteliğini yitiren bu taşınır üzerinde ipoteğin bulunduğunu bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa TMK m. 988'e göre rehin hakkı kazanacak, aksi takdirde TMK m. 939/II c. 1'e kıyasen ipotekli alacaklının rehin hakkından sonra gelmek üzere bir rehin hakkı kazanacaktır[89].

b- Taşınmaza Sonradan Bağlanan Eklenti Açısından

İpoteğin kurulmasından sonra taşınmaza getirilen eklenti niteliğindeki taşınırlar rehnin kapsamına dahil sayılmakla birlikte, taşınmaz malikinin bunları daha sonra taşınmazın aslına ve ipoteğin kurulduğu aşamadaki değerine bir zarar vermemek şartı ile taşınmazdan uzaklaştırması mümkündür. Ancak, taraflar, rehin sözleşmesinde ipotekli alacaklının rehin hakkının sonradan getirilebilecek eklentiyi de kapsayacağını açıkça kararlaştırmışlar ise, genel kuralın aksine, alacaklı, sonraki eklentinin teminatı zedeleyecek şekilde taşınmazdan uzaklaştırılmasına karşı çıkabilecektir[90].

6- Eklenti Üzerinde Ticari İşletme Rehni ile İpoteğin Bir Arada Bulunması

a- Genel Olarak

---

(84) GÜLEKLİ, s. 24; HELVACI, s. 180; "Mahalli örf ve malikin açık arzusuna göre, bir şeyin işletilmesi, korunması veya ondan yararlanmak için, daimi tarzda tahsis edilen ve istimalde o şeye tabi kılınan veya takılan veya onunla birleştirilen eşyalar asıl şeyin teferruatı sayılır. Bunların asıl şeyden geçici bir zaman için ayrılmaları teferruat vasfını kaybetmelerini gerektirmez. Beton üzerine monte edilip sökülüp götürülmesi mümkün olduğu için bir kısım makinelar M. K'nun 621. maddesi anlamında teferruattan sayılır".

(85) REİSOĞLU, İpoteğin Kapsamı, s. 26.

(86) DAVRAN, Teferruat, s. 570.; GÜNEL, s. 55.

(87) KAYAK, s. 573.

(88) GÜLEKLİ, s. 25.;REİSOĞLU, İpoteğin Kapsamı, s. 26.

(89) DAVRAN, Teferruat, s. 577; GÜLEKLİ, s. 27.; HELVACI, s. 188.

Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 3'e göre ancak kanunda sayılan bazı unsurlar ticari işletme rehninin kapsamına dahil olabilir. Bunlar arasında özellikle incelememiz bakımından önem taşıyan unsurlar olarak, rehnin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine özgülenmiş makine, araç, alet ve motorlu nakil araçlarıdır. Taşınmaz rehni aynı zamanda eklenti niteliğindeki taşınırları da kapsamına aldığı için, aynı taşınırın hem ipoteğe hem de ticari işletme rehnine dahil olması söz konusu olabilir. Bu durumda, ipotek hakkı ile menkul işletme rehni üzerinde tesis edilen ticari işletme rehni arasında bir menfaat çatışması olasılığı gündeme gelebilir. Bu soruna çeşitli ihtimaller dahilinde aşağıda görüleceği gibi cevap vermek gerekebilir.

b- Taşınmaz Maliki ile Ticari İşletme Malikinin Aynı Kişi Olması Durumu

Ticari işletme rehni, ipotekten önce kurulmuş ise, bundan sonra lehine ipotek tesis edilen ipotekli alacaklı ticari işletme rehni ile yükümlü eklenti üzerinde işletme rehninden sonra gelen ikinci derecede bir rehin hakkı iktisap edecektir[91]. Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 7 gereğince, ticari işletme rehninde, işletmenin faaliyet gösterdiği taşınmaz işletme malikine ait ise, işletme rehninin taşınmazın tapu kütüğündeki beyanlar hanesine kaydedilmesi gerekmektedir. Her ne kadar bu bildirim hak doğurucu bir niteliğe sahip değilse de, rehnin tapuya kaydı, sonrada taşınmaza ilişkin ipotek hakkı elde edecek olan üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını önleyecektir[92].

Esasında, malikin daha önce ticari işletme rehnine konu ettiği eklentileri (ticari işletme rehninde taşınır işletme tesisatı) sonradan taşınmazı üzerinde kuracağı ipoteğin kapsamına sokabilmesi için ticari işletme rehni alacaklısının muvafakatini alması gerekmektedir[93]. Bu husus Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 10/f. II'de şu şekilde belirtilmiştir: *"ticari işletme rehni sahibi, ticari işletmeyi veya rehne dahil münferit unsurları("...) bir ayni hakla takyit etmek(...) için alacaklının muvafakatini almak zorundadır. "*

İşletmenin üzerinde faaliyetini sürdürdüğü taşınmaz üzerinde ipotek hakkı tesis edildikten sonra ticari işletme üzerinde Ticari İşletme Rehni Kanunu hükümleri dairesinde üçüncü bir kişi lehine bir ticari işletme rehni tesis edilmesi durumunda, Reisoğlu[94], üçüncü kişinin iyi niyetli olması durumunda diğer bir deyişle daha önce kurulmuş ipotekten haberdar olmaması durumunda, eklenti niteliğindeki menkul işletme tesisatı

---

(90) GÜLEKLİ, s. 26.; GÜNEL, s. 57

(91) KAYIHAN Şaban, Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996, s. 55.

(92) KAYIHAN, s. 55.; GÜNEL, s. 66.

(93) ÖZAKMAN Cumhur, Ticari İşletme Rehni ile Medeni Kanunun Teferruata İlişkin Hükümlerinin Karşılaştırılması, Hukuk Araştırmaları, 1989, C:IV, S:1, s. 67; HELVACI, s. 192.; GÜLEKLİ, s. 29.

üzerinde ipotek hakkından önce gelen birinci derecede bir rehin hakkını kazanacağını ileri sürmektedir.

Gülekli[95], bu hususun tartışmalı olabileceğini belirtmekte, ticari işletme rehni üzerinde rehin hakkı tesis etmek isteyen alacaklının yapacağı ilk işin ticari işletmenin kayıtlı olduğu sicili inceleyerek işletme üzerinde kendi hakkından önce gelen rehin hakkının bulunup bulunmadığını araştırmak olacağını, bu durumda, basiretli bir rehinli alacaklının işletmenin üzerinde faaliyetini sürdürdüğü taşınmaz üzerinde daha önce tesis edilmiş bir ipoteğin eklenti niteliğindeki menkul işletme tesisatını da kapsayabileceğini göz önüne alması gerekeceğini belirtmektedir. Bu durumda taşınmaza ilişkin tapu sicilini incelemeyen rehinli alacaklının kendisinden beklenen özeni göstermemiş olduğunu sonucuna varılabilecektir. Yazar, ayrıca, işletme rehni alacaklısının işletme rehni ile ilgili konularda gereken özeni göstermesinin yeterli olduğu, işletmenin üzerinde taşınmaza ilişkin bir hak elde etmemesi sebebi ile tapu kütüğünü incelemenin kendisinden beklenemeyeceği görüşünün de ileri sürülebileceğini belirtmektedir.

Kayıhan[96], görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, ipoteğin tesisinden sonra ticari işletme rehninin tesisi durumunda, ipotek alacaklısının hakkının ticari işletme rehni alacaklısının hakkından önce geleceğini, zira taşınır malların iyi niyetle kazanılmasına dair olan TMK m. 988 hükmünün, yalnızca o taşınır malların zilyetliğini de kazanan iyi niyetli kazananları koruması altına aldığını, halbuki lehine ticari işletme rehni tesis edilen rehinli alacaklının rehnin kapsamına dahil olan menkul işletme tesisat üzerinde zilyet olmadığını ileri sürmektedir Bizce de, taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesinden sonra ticari işletme rehni tesis edilmesi durumunda taşınmazın kapsamına dahil olan eklenti niteliğindeki taşınır mallar üzerinde TMK m. 1020 uyarınca tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereği kimse ipoteği bilmediğini ileri süremeyeceği için ticari işletme rehni alacaklısının iyi niyetle ipotek hakkı kazanması söz konusu olmamalıdır[97]. Sadece taşınmaz kapsamından çıkarılan taşınır mallar bakımından iyi niyetle ipotek hakkı kazanımı söz konusu olabilir.

c- Taşınmaz Maliki ve Ticari İşletme Sahibinin Ayrı Kişiler Olması Durumu

Ticari işletme rehninin ipotekten önce tesis edilmesi durumunda yukarıda belirttiğimiz gibi TMK m. 862/son'un mutlak nitelikte olduğunu kabul ettiğimizden eklentiler bakımından ticari işletme ile sonra kurulan

---

(94) REİSOĞLU Seza, Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1977, s. 128.

(95) GÜLEKLİ , s. 31.

(96) KAYIHAN, s. 57.

(97) HELVACI, s. 194.;GÜNEL, s. 67.

ipotek hakkı arasında bir çatışma çıkmayacağının kabul edilmesi gerekir[98].

İpotek hakkının ticari işletme rehninden önce tesis edilmesi halinde karşılaşılabilecek bir sorun, henüz ipotek tesis edilmeden ticari işletme rehni alacaklısı tapu kütüğünü incelemiş olduğu anda ticari işletme üzerinde ipotek olmadığını görmüş ve bununla birlikte ticari işletme rehninin tescilinden önce işletmenin üzerinde bulunduğu taşınmaz üzerinde başkası lehine ipotek kurulmuş ise ortaya çıkan durumun ne şekilde çözüme kavuşturulacağıdır. Doktrinde bir görüş[99], bu durumda kanun boşluğunun var olduğunu ileri sürmekte ve bu boşluğun MK m. 1 ile doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir durumda önce hangi rehin ilgili siciline tescil edilmiş ise, ona öncelik tanınması gerekecek ve eklenti niteliğindeki taşınır malların önce tesis edilen ipoteğin kapsamına girdiğinin kabul edilmesi uygun olacaktır[100].

C- KİRA BEDELLERİ VE DİĞER MEDENİ SEMERELER

1- Kira Bedelleri

a- Genel olarak

İpotekle yükümlü kılınmış bir taşınmazın kira gelirleri, TMK m. 863'ün öngördüğü bazı sınırlar içinde ipoteğin kapsamına girer. TMK m. 863/I'e göre, *"Kiraya verilmiş taşınmaz üzerindeki rehnin kapsamına, borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasından veya borçlunun iflasının ilanından başlayarak rehnin paraya çevrilmesi anına kadar işleyen kira bedelleri girer"*[101].

Taşınmazla maddi bağlantısı olmayan kira gelirleri, üçüncü kişilerle girişilen hukuksal ilişki sonucunda elde edilen medeni semerelerdir[102]. Taşınmazın bütünleyici parçası ve eklentisi olmayan kira gelirleri kira ilişkisinden kaynaklanan bir ürün niteliği taşımaktadırlar[103]. Kira bedelleri üzerindeki rehin hakkı, taşınmazı sınırlayan ipotek hakkına bağlı ferî bir rehin hakkı niteliğini taşır[104]. Kira gelirlerinin belli yasal sınırlar içinde ipotek kapsamı içinde değerlendirilmesi, kiraların ipoteğe bağımlı ferî bir rehin hakkı niteliğini taşımasından kaynaklanmaktadır[105].

---

(98) KAYIHAN, s. 58.; HELVACI, s. 194.; GÜNEL, s. 68.

(99) REİSOĞLU, İpoteğin Kapsamı, s. 23.

(100) KAYIHAN, s. 59.

(101) Bir otel sahibinin müşterilerine karşı sahip olduğu alacaklar, ipoteğin kapsamına girmemektedir. ATF 77/1951 III 119 (STEINAUER, s. 145)

(102) SARI, s. 999-1000.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 270.

(103) OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 728.

b- Kira Alacaklarının İpotek Kapsamında Sayılması İçin Gerekli Şartlar

TMK m. 863/I'e göre, ipoteğin kapsamına dahil olacak kira bedelleri için bazı sınırlamalar getirilmiştir[106]. Buna göre, *"borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasından veya borçlunun iflasının ilanından başlayarak rehnin paraya çevrilmesi anına kadar işleyen kira bedelleri"* ipoteğin kapsamına dahildirler[107]. Buna karşılık, takibe başlanmasından veya borçlunun iflasına karar verilmesinden önce işlemiş kiralar, rehnin kapsamına dahil değildirler[108]. Yine, rehnin kapsamına girdiği kabul edilen süre içerisinde işleyen kira alacaklarından doğan rehin hakkı, *"kiracılara karşı ancak cebri icra yoluyla takibin kendilerine bildirilmesi veya iflas kararının ilanından sonra ileri sürülebilir (TMKm. 863/f. II)"*[109]. Bu hüküm, kiracıları çift ödemede bulunma tehlikesine karşı korumak için getirilmiştir[110]. İhbar yükümlülüğü icra müdürüne düşmektedir[111].

Takibin tebliğinden veya iflas kararının ilanından önce, kira bedellerinin durumdan habersiz olan kiracı tarafından malike ödenmesi durumunda yapılan bu ödeme geçerlidir[112]. Doktrinde bir görüş[113], bir tebliğ yapılmamış veya iflas ilan edilmemiş olsa dahi, kiracı herhangi bir şekilde kira bedellerinin ipoteğin kapsamına girdiğini ve taşınmaz malikine

---

(104) Burada ifade edilmek istenen, söz konusu kira alacağı üzerindeki rehin hakkının geçerli bir başka alacağı temin eden bir ipoteğin varlığına bağlı olmasıdır. Bkz. GÜLEKLİ, s. 33. Yazar, feri nitelikte bir hak olan kira alacağına ilişkin rehin hakkının bu niteliği sebebi ile, yalnızca ipotekli alacaklı tarafından ileri sürülebileceğini ve ipotek hakkından bağımsız olarak üçüncü bir kişiye devredilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz:GÜLEKLİ, s. 34.

(105) ALTAY/ESKİOCAK, s. 178. Yazarlar, kanunun bu düzenlemesinin, taşınmaz rehninin güvencesinin belli sınırlar içinde kira gelirlerine de teşmil edilmek suretiyle genişletilmesini ve güçlendirilmesini ifade ettiğini belirtmektedirler.

(106) Göktürk, kanunun ipoteğin taşınmaz kiralarını da içermesine zaman bakımından sınırlama getirildiğini, bu zaman sınırlaması hükmünün amacının adi kiracılarla hasılat kiracılarının tekrar ödemelere maruz kalmalarını önlemek olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. GÖKTÜRK, s. 1030.;aynı yönde bkz. ESMER, s. 848.

(107) Bu maddenin eski Medeni Kanundaki karşılığı olan 778'inci maddenin birinci fıkrasında yer alan "merhunun nakde tahvili için alacaklı tarafından başlayan takibattan ve borçlunun iflasına hükümden" ifadesi yerine "borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasından veya borçlunun iflasının ilanından başlayarak" ifadesi kullanılmak suretiyle, madde İcra ve İflas Kanununun 150b maddesiyle uyumlu hale getirilmiştir. Bkz. ULUKAPI Ömer, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003, s. 160.

(108) ŞENER, s. 127.

(109) Yargıtay bir kararında ipoteğin paraya çevrilmesi yolundaki takiplerde, ipotek, kiraya verilmiş bir taşınmaz ise icra müdürünün alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeden kiracıları da takipten haberdar edeceğini ve işleyecek kiraların icra dairesine ödenmesi emredeceğini, kiracının ihtara rağmen kira paralarını icra dosyasına yatırmazsa İcra ve İflas Kanunu'nun 356. maddesi uyarınca hakkında haciz uygulanacağını belirtmiştir. Karar için bkz:Y. 12HD, 11858/14655 T. 4. 7. 2006 (http://www. kazanci. com,)

(110) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 271.

(111) İcra müdürünün yapacağı bildirimin hukuki niteliği ve bu hususdaki tartışmalar için bkz. SAVAŞ Fatma Burcu, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamsız Takip, İstanbul Barosu Dergisi C. 81. S. 2007/6, İstanbul 2007, s. 2576.

ödeme yapmamak lazım geldiğini öğrenmişse, bu durumda yapmış olacağı ödemelerle borcundan kurtulması söz konusu olmayacağını ve ipotekli alacaklıya ikinci bir ödemede bulunmak zorunda kalacağını ileri sürmektedir. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş[114], TMK m. 863'ün lafzından hareketle, kiracının üçüncü bir kişiden, örneğin alacaklıdan veya borçludan malikten gelen ihbarla bağlı olmadığını, şekle uygun olarak yapılmayan ihbarın, kiranın rehinli alacaklıya ödenmesini gerektirmeyeceğini ileri sürmektedir. Bizce de, TMK m. 863'ün lafzi yorumunun esas alınması daha doğru olacak ve kiracının ancak takipten haberdar edildikten veya iflasın ilanından sonra ipotekli alacaklıya ödeme yapacağının kabul edilmesi uygun olacaktır. Bu çözümün kabul edilmesi, taşınmaz kiralarının ne zamandan itibaren ipoteğin kapsamına gireceğine ilişkin ispat güçlüklerinin önüne geçilmesine de yardımcı olacaktır.

İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takiplerde, kira alacakları üzerinde sadece takibe girişen ve buna bağlı olarak kiracılara tebligat yaptıran ipotekli alacaklı hak sahibi olacaktır[115]. Buna karşılık takipte bulunmayan başka ipotekli alacaklılar varsa, bunlar icra müdürlüğüne ödenen kiralara ilişkin herhangi bir hak iddia edemeyeceklerdir[116].

c- Vadesi Gelmemiş Kira Alacaklarına İlişkin Hukuksal Tasarruflar ile Bunlar Üzerine Konan Hacizlerin İpotekli Alacaklıya Karşı Hükümsüzlüğü

TMK m. 863/f. III'te ipotekli alacaklının kira bedelleri üzerindeki hakkını koruyan diğer bir hüküm daha bulunmaktadır. Bu hükme göre, *"Rehinli taşınmaz malikinin henüz muaccel olmamış kira bedelleri üzerinde yaptığı hukuki işlemler ile diğer alacaklılar tarafından koydurulan hacizler, kira alacaklarının muaccel olmalarından önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlamış olan rehinli alacaklılara karşı geçerli değildir"*.

Buradaki hükümsüzlük mutlak butlan olmayıp nisbi etkisizliktir[117]. Çünkü yapılan işlem üçüncü kişilere ve özellikle taraflara karşı geçerlidir. Bu işlem, yalnızca, ipotekli alacaklıya karşı ileri sürülemez. Yani, ipotekli alacaklı, işlemin kendisine karşı geçerli olmadığını ileri sürme hakkına sahiptir. Bunu ileri sürdüğü takdirde yapılan işlem kendisine karşı hiçbir sonuç meydana getirmeyecektir[118].

---

(112) KAYAK, s. 574; AKİPEK, Mahdut Ayni Haklar, s. 169-170.; SARI, s. 1000.; GÜLEKLİ, s. 36.

(113) SARI, s. 1001; GÜLEKLİ, s. 34.; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 132.;GÜNEL, s. 25.

(114) ESENER/GÜVEN, s. 369.

(115) ŞENER, s. 129; AYAN, s. 154, SARI, s. 1002. Rehin hakkının ipotek hakkından bağımsız devredilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, ipoteğin üçüncü bir kişiye devredilmesi, TMK m. 879 uyarınca sigorta tazminatı alacağı üzerinde doğan rehin hakkının da kendiliğinden üçüncü kişiye geçmesini sağlayacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, tazminat alacağına ilişkin rehnin varlığı geçerli bir ipotek hakkının varlığına ihtiyaç göstermektedir. Bkz. GÜLEKLİ, s. 53.

(116) AKİPEK, Mahdut Ayni Haklar, s. 174; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 274.; ARKAN, s. 67.; GÜNEL, s. 30.

(117) KAYAK, s. 577.;ARKAN, s. 67.

Sözleşme gereği kira bedelinin uzun bir süre için peşin olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda yapılan ödemelerin hükümsüzlüğü ileri sürülemeyecektir. Çünkü böyle bir durumda kira bedelinin taraflarca kararlaştırılan vadede ödenmesi söz konusu olmakta, takipten önce vadesi gelmiş bulunan bir kira alacağı üzerinde önceden yapılmış bir tasarruf bulunmamaktadır[119]. Fakat kira sözleşmesine göre kira bedelinin aylık olarak ödendiği durumlarda kiracı, herhangi bir zorunluluk yokken aylık kira bedelinden fazla bir para ödemişse, yapılan bu ödeme ipotekli alacaklıya karşı bir hüküm ifade etmeyecektir[120].

TMK m. 863/f. III, ipotekli alacaklıları sadece taşınmaz maliki ile yapılan bir hukuksal işlem aracılığı ile hak kazanabilecek üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda birbirlerine karşı da koruyacaktır. Taşınmaz rehninde sabit derece sisteminin[121] doğal bir sonucu olarak , aynı taşınmaz üzerinde kurulmuş birden fazla ipoteğin varlığı halinde, ipotekli alacaklılar taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen tutardan teşkil ettikleri sıraya göre tatmin edileceklerdir. TMK m. 863/f. III, arka derecelerde yer alan ipotekli alacaklıların taşınmaz maliki ile anlaşarak yapacakları hukuksal işlemler aracılığı ile kira alacaklarına ilişkin haklar elde etmelerine ve böylelikle durumlarını iyileştirerek ön derecelerdeki ipotekli alacaklıların önlerine geçmelerine engel olacaktır[122].

2- Diğer Medeni Semereler

TMK m. 863, her ne kadar kiralardan söz etmekte ise de, teminat teşkil eden taşınmazın başka bir takım semereler getirmesi de mümkündür. Söz konusu hükmü, yalnızca kiralara hasrederek sınırlayıcı nitelikte kabul etmek doğru değildir. Bu hükmün tüm medeni semereleri de kapsadığını kabul etmek gerekmektedir[123].

Taşınmaz maliki, belirli veya belirsiz bir süre için taşınmazı üzerindeki kullanma ya da yararlanma yetkilerini, toptan veya dönemsel olarak ödenecek bir ivaz karşılığında üçüncü bir kişiye devrettiğinde, elde edilen gelir, anılan hükmün kıyasen uygulanması sonucu, ipotek kapsamına girecektir, ancak bu kullanma ya da yararlanma yetkisinin bir defaya mahsus olmaması gerekir[124].

D- KAİM DEĞERLER

---

(118) OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. . 729; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 273. , KAYAK; s. 578. , ERTAŞ, s. 504.; ARKAN, s. 68.; GÜNEL, s. 31.

(119) GÜNEL, s. 27. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 31. 10. 2003 tarihli E. 17437 K. 21280 sayılı kararında ipotekli taşınmazın kira parasının beş yıllık olarak peşin ödendiğinin noterden onaylı belge ile teyit edilmesi sebebiyle kiracıdan bir kira bedeli istenemeyeceğine hükmedilmiştir. (www. kazanci. com. tr)

(120) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 273.

(121) Sabit derece sistemine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. EREL Şafak, Gayrımenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974, s. 37 vd.

(122) GÜLEKLİ, s. 41.; GÜNEL, s. 26.

1- Genel Olarak

Üzerinde ipotek tesis edilmiş olan bir taşınmazın tamamen veya kısmen yok olması durumunda, taşınmaz maliki lehine, taşınmazın bedeli yerine geçebilecek bir alacak hakkı doğabilir. İşte bu değer, kaim değer (Sürrogat) olarak rehin kapsamına girer. Doktrinde kaim değerin kendiliğinden ipotek kapsamına dahil olup olmayacağı tartışılmış ve Wieland, ancak açık bir hükmün varlığı halinde kaim değerlerin ipotek kapsamında yer alacağını ileri sürmüştür[125]. Diğer bir görüş[126] ise, buna karşı çıkmakta; kaim değerin, herhangi bir hüküm sevk edilmese bile, kendiliğinden ipotek kapsamında kabul edilebileceğini savunmaktadır. Çünkü rehin hakkı taşınmazın değerini yükümleyen bir haktır. Rehinli alacaklı, alacağını tahsil edemediği zaman, rehinle yükümlü taşınmazı paraya çevirtecek ve satış bedeli üzerinden alacağını temin edebilecektir. Rehinli alacaklının başvuracağı taşınmazın değerinin azalması ya da yok olması demek, rehin hakkının sağladığı teminatın da o ölçüde zayıflaması demektir. O halde sağlanan teminatın aynı ölçüde devam edebilmesi için taşınmazın değerinin yerine geçen kaim değerler ipotek kapsamına alınmalıdır[127].

2- Sigorta Tazminatı

a- Genel Olarak

TMK m. 879/f. I'de hukuken kaim değer niteliğinde olan sigorta tazminatının rehnin sağladığı güvencenin kapsamı içerisinde olduğundan söz edilmiştir. Söz konusu maddeye göre, *"Muaccel olan sigorta tazminatı, malike ancak bütün rehinli alacaklıların rızasıyla ödenebilir"*. Esasında bu maddede rehinli alacaklının rehin hakkının kanundan ötürü sigorta tazminatı üzerinde devam edeceğine dair herhangi bir açıklık bulunmamaktadır[128]. Fakat söz konusu maddenin yorumundan hareketle, rehinle yükümlü bir taşınmazın malik hesabına sigorta ettirilmesi halinde rehinli alacaklının, malikin sigortacıya karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde kanuni bir rehin hakkı kazanacağı kabul edilmektedir[129].

b- Koşulları

---

(124) KAYAK, s. 575.; GÜNEL, s. 28.

(125) WIELAND, s. 628.

(126) SARI, s. 1003, GÜLEKLİ, s. 52.; GÜNEL, s. 29.

(127) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 273.

(128) Medeni Kanun ve Ticaret Kanununda ipotekli taşınmaza ilişkin olarak malikin sigorta yapma zorunluluğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığı için, bu hususdaki eksikliğin ipotek karşılığı kredi vermenin yaygın bir biçimde uygulandığı bankacılık sektöründe çok da yeterli olmayan "Genel Kredi Sözleşmesi" hükümleri ile giderilmesi hususunda bkz. ARKAN Sabih, İpotekli Gayrimenkulün Sigortalanması Halinde Alacaklının Hukuki Durumu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. XIVS. 3, Ankara 1988, s. 65.

Sigorta tazminatı üzerinde rehin hakkının doğması için bazı şartlar gereklidir. Bunlardan birincisi taşınmazın sigorta ettirilmesi şartıdır. Sigorta sözleşmesinin mutlaka taşınmaz maliki tarafından yapılması şart değildir, ancak ipotek alacaklısı ve taşınmaz maliki kendi aralarında anlaşmak suretiyle, taşınmazın sigorta ettirilmesini malike bir borç olarak yükleyebilirler. Malik, bu borcuna aykırı davranacak olursa ve riziko gerçekleşirse, yani taşınmazın değeri yok olur ya da azalırsa, ipotekli alacaklının bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Malike böyle bir borç yüklenmemişse, TTK m. 1273'e göre, bizzat ipotekli alacaklı tarafından da sigorta sözleşmesi yapılabilir. Hatta taşınmaz, malik hesabına olmak kaydıyla üçüncü bir kişi tarafından da (intifa hakkı sahibi gibi) sigorta ettirilebilir[130]. TMK m. 879 hükmü, sadece taşınmazın değil, taşınmazın bütünleyici parça veya eklentilerinin sigorta ettirilmesinde de uygulanır. Hatta teminat teşkil eden taşınmaz ile eklentisi niteliğindeki taşınırların aynı sigorta poliçesi ile sigorta ettirilmiş olması da zorunlu değildir[131].

Son şart olarak, ipotek alacaklısının sigorta tazminatına hak kazanabilmesi için sigorta alacağının muaccel olması gerekir. TMK m. 879'da da muaccel olan sigorta tazminatından bahsedilmiştir. Doktrinde sigorta alacağının muacceliyeti tartışmalıdır. Bir görüşe göre[132] muacceliyet şartı aranmalıdır. Sigorta alacağı muaccel hale geldikten sonra rehinli alacaklı tarafından talep edilebilir. Tam tersini düşünen diğer görüş taraftarlarına göre[133], rizikonun gerçekleşmesine ve tazminat alacaklısının muaccel hale gelmesine ihtiyaç olmaksızın sigorta tazminatı alacağı üzerinde, sigortacıya karşı, rehin hakkına bağlı kanuni bir rehin hakkı kazanılmaktadır. Nitekim anılan madde, sigorta alacağı üzerindeki rehin hakkının hangi anda doğacağını değil, muacceliyet kazanan sigorta alacağının hangi şartla geçerli olarak taşınmaz malikine ödeneceğini düzenlemektedir. Elbette ki, rehinli alacaklının sigorta tazminatın başvurabilmesi için yalnızca alacağın muacceliyet kazanması yeterli olmayıp, sigorta sözleşmesindeki rizikonun da gerçekleşmesi gerekir. O halde rehinli alacaklı, sigorta sözleşmesinin kurulduğu anda, şarta bağlı sigorta tazminatı alacağı üzerinde kanuni bir rehin hakkı kazanmıştır. Bunun sonucu olarak da taşınmazın maliki rehinli alacaklının rızası olmaksızın sigorta sözleşmesini sona erdiremez, sigorta sözleşmesinde bir değişiklik yapamaz[134].

---

(129) ŞENER, s. 129; AYAN, s. 154, SARI, s. 1002. Rehin hakkının ipotek hakkından bağımsız devredilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, ipoteğin üçüncü bir kişiye devredilmesi, TMK m. 879 uyarınca sigorta tazminatı alacağı üzerinde doğan rehin hakkının da kendiliğinden üçüncü kişiye geçmesini sağlayacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, tazminat alacağına ilişkin rehnin varlığı geçerli bir ipotek hakkının varlığına ihtiyaç göstermektedir. Bkz. GÜLEKLİ, s. 53.

(130) AKİPEK, Mahdut Ayni Haklar, s. 174; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 274.; ARKAN, s. 67.; GÜNEL, s. 30.

(131) KAYAK, s. 577.;ARKAN, s. 67.

(132) OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. . 729; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 273. , KAYAK; s. 578. , ERTAŞ, s. 504.; ARKAN, s. 68.; GÜNEL, s. 31.

(133) GÜLEKLİ, s. 55-56.; DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, s. 17; WIELAND, s. 625-626.

Biz, birinci görüşü savunanlara katılmaktayız. İpotek alacaklısı, vadesinde borç ödenmediği takdirde, alacağın muaccel hale gelmesinden dolayı taşınmazın paraya çevirtilmesi yoluna başvurabilecektir, fakat doğrudan doğruya sigorta tazminatına başvuramayacaktır. Çünkü, riziko gerçekleşmedikçe, sigorta alacağı muaccel hale gelmez. Aksi görüş, yani rizikonun gerçekleşmesine ve tazminat alacağının muaccel olmasına gerek kalmaksızın ipotekli alacaklının sigorta alacağı üzerinde kanuni bir rehin hakkı kazanacağı kabul edilecek olursa, sigorta sözleşmesine taraf olanlar sigorta ilişkisini değiştirir ya da ortadan kaldırırken bundan zarar gördüğü ölçüde ipotekli alacaklıların onayını almak durumunda kalacaklar[135] ve bu da bazı durumlarda yüksek sigorta primlerini değiştirmek veya ödemek istemeyen taşınmaz maliklerinin sözleşme özgürlüğünün önemli ölçüde sınırlanmasına yol açacaktır.

Bununla birlikte belirtilmek gerekir ki, sigorta ettiren durumunda bulunan malikin, sigorta primlerini ödememesi, sigorta sözleşmesiyle ilgili ihbar yükümlerini yerine getirmemesi veya bunlar dışında sigorta ettirenin bazı davranışları sigortacının sözleşmeyi feshetmesine veya daha az ödeme yapılmasına neden olabilir. Bu durumda doktrinde de belirtildiği gibi1[136] sigortacının sigorta ettirene tazminat borcundan kurtulmasına rağmen sigorta sözleşmesinin ipotekli alacaklı bakımından muaccel bütün primlerin ödenmesi koşuluyla belli bir süre devam ettirilmesi, geçici olarak yaptırdığı sigorta süresi zarfında ipotekli alacaklının ilerisi için yeni bir sigorta sözleşmesi yaptırarak sigorta ile sağlanan korumayı kesintisiz olarak devam ettirmesini sağlayan bir kanuni düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

c- Hükümleri

TMK m. 879'a göre, muaccel olan sigorta tazminatının malike ödenmesi için ipotekli alacaklının veya alacaklıların rızası gerekir. Rizikonun gerçekleşmesi ve sigorta tazminatının istenebilir hale gelmesi durumunda sigortacı malike ödeme yapmadan önce durumu ipotekli alacaklılara bildirmelidir. Tapu sicilinin aleni olması nedeniyle ipotekli alacaklının sigortacıya bildirimde bulunması gerekmez, sigortacının tapu sicilini inceleyerek durumu saptaması gerekir[137]. Sigortacı, bu yükümlülüğe uymadan malike ödemede bulunursa, bu ödeme ipotekli alacaklılara karşı geçerli olmayacağından, ipotekli alacaklılara karşı ikinci bir ödemede bulunması gerekir[138]. Alacaklıların rızasının alınamadığı hallerde sigortacı bu borcundan, BK m. 166 hükmü kıyasen uygulanarak, ancak hakimin göstereceği bir yere tevdi ederek kurtulabilir[139]. Eğer sigorta alacağı mu-

(134) KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 133.
(135) GÜLEKLİ, s. 57.
(136) ARKAN, s. 76.
(137) ARKAN, s. 70.

accel ve ipotekli alacağın vadesi gelmemiş ise, sigorta şirketi alacaklıların rızası olmadıkça malike ödeme yapamayacağı gibi, alacaklı temerrüdü söz konusu olmadığı için alacağı tevdi etme imkanı da olmayacaktır.

Doktrinde, sigorta tazminatının alacaklıya ödenebilmesi için, ilk önce taşınmazın satışa çıkartılması ve satış bedeli ile alacağın tamamen karşılanamayacağının belli olması gerektiği söylenebilecekse de, ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinin uzun zaman süreceği göz önüne alındığında, sigorta tazminatının alacaklıya verilebilmesi için, ipotekli alacağın muaccel olmasına rağmen ödenmemiş olmasının yeterli sayılması gerektiği belirtilmektedir[140]. Bizce de sigorta tazminatına ilişkin rizikonun gerçekleşmesi ile muaccel olan sigorta tazminatının muaccel ipotek alacağının alacaklısına ödenmesi, menfaatler dengesinin sağlanması açısından yerinde bir çözüm olacaktır.

TMK m. 879/f. II'de, sigorta tazminatının ipotek hakkı sahibi olanların rızası olmaksızın malike verilmemesi kuralına bir istisna getirilmiştir. Bu hükme göre, *"Sigorta tazminatı taşınmazın eski hale getirilmesi için harcanacaksa, malik tarafından yeterli bir güvence gösterilmesi koşuluyla kendisine ödenir"*. Söz konusu madde gereğince, sigorta tazminatı, taşınmazın eski hale getirilmesi için kullanılacaksa artık ipotekli alacaklıların rızasına gerek olmaksızın malike ödenebilecektir. Ancak, bu halde sigorta tazminatının malike ödenebilmesi için, malik tarafından yeterli derecede teminat gösterilmiş olması gerekir. [141]. Malik, ayni bir güvence gösterebileceği gibi şahsi bir güvence de gösterebilir[142]. Güvencenin yeterli olup olmadığı hususunda bir uyuşmazlık çıkması ihtimalinde güvencenin miktarı hakim tarafından belirlenir[143]. Doktrinde, taşınmazın eski hale iadesine harcanacak olan para bedelinin, bu amaçla harcanacak bir hesaba yatırılması ve bu bedelin ancak taşınmazın eski hale döndürülmesi için gereken çalışmaların olması icap ettiği şekilde gerçekleştirildiğinin ispatı ile kullanılması yoluna gidilebileceği belirtilmektedir[144].

3- Kamulaştırma Bedeli

Özel mülkiyete tabi taşınmazın kamulaştırılması durumunda taşınmazın mülkiyeti idareye geçecektir. Taşınmaz kamulaştırıldıktan sonra sadece mülkiyet hakkı değil bütün ayni haklar sona erer. Bu sebeple re-

---

(138) ŞENER, s. 129.; REİSOĞLU, Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri, s. 32.; DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, s. 17.; GÖKTÜRK, s. 1030.; STEINAUER, s. 149.; HELVACI, s. 205.; GÜNEL, s. 32.

(139) AKİPEK, Mahdut Ayni Haklar, s. 174; GÜNEL, s. 32.

(140) ARKAN, s. 71.

(141) KÖPRÜLÜ/KANETİ; s. 274; AYAN, s. 154.

(142) ŞENER, s. 130.

(143) SARI, s. 1003. ; GÜNEL, s. 35.

(144) HELVACI, s. 206.

hinle yükümlenmiş taşınmazın kamulaştırılması halinde taşınmaz üzerinde tesis edilen ipotek de sona erecektir.

TMK m. 858/f. I'e göre, taşınmaz rehni, tescilin terkini veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre kamulaştırmaya ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

Maddede ipotekli taşınmazın kamulaştırılması halinde ipoteğin sona erip ermeyeceğine ilişkin meselenin Kamulaştırma Kanununa göre çözüleceği belirtilmekte ise de bu kanunda konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kamulaştırmayla taşınmaz üzerindeki ferdi mülkiyetin ve onun yanı sıra mevcut diğer hakların da sona erdiği tartışılmazdır[145]. Bu durumda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla beraber TMK m. 879 hükmü kıyasen uygulanmalı ve ipotekli alacaklının hakkının kamulaştırma bedeli üzerinde de devam ettiği sonucuna varılmalıdır. Yine ipoteğin kamulaştırma işlemi ile kamulaştırma bedeli üzerinde devam edeceğine ilişkin görüşü destekleyen bir başka hüküm de TMK m. 798/II'dir. Bu hükme göre: *"Sigorta ve kamulaştırma gibi durumlarda intifa hakkı, hakkın konusu yerine geçen karşılık üzerinde devam eder. "* TMK m. 798/II'nin intifa hakkı için getirdiği bu çözüm biçimi, ipotek için de uygulanabilir[146].

(145) *HELVACI, s. 208.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 710*

(146) *GÜNEL, s. 37.*

KAYNAKÇA

- **AKINTÜRK Turgut:** Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2004.
- **AKİPEK Jale G.:** Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972 (Üst Hakkı).
- **AKİPEK Jale:** Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 3. Kitap, Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç), Ankara 1974 (Mahdut Ayni Haklar).
- **ALTAY Sümer/ESKİOCAK Ali:** Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007.
- **ARKAN Sabih:** İpotekli Gayrimenkulün Sigortalanması Halinde Alacaklının Hukuki Durumu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. XIV S. 3, Ankara 1988.
- **AYAN Mehmet:** Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2000.
- **DAVRAN Bülent:** Gayrimenkul Rehininin Teferruata Şumulü, Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956 (Teferruat).
- **DAVRAN Bülent:** Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972 (Rehin Hukuku Dersleri).
- **DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- **EREL Şafak:** Gayrımenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974.
- **ERTAŞ Şeref:** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2004.
- **ESENER Turhan/Güven Kudret:** Eşya Hukuku, Ankara 1996.
- **ESMER Galip:** Mevzuatımızda Gayrımenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, İstanbul 1990.
- **GENÇCAN Ömer Uğur:** Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar, İstanbul Barosu Dergisi Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul 2007.
- **GILLIERON Pierre Robert:** Commentaire de La Loi Federale sur la Poursuite pour dettes et la Faillite, Articles 89-158, Lausanne 2000.
- **GÖKTÜRK Hüseyin Avni:** Türk Medeni Hukuku Dördüncü Kitap Ayni Haklar, Ankara 1949.
- **GÜLEKLİ Yeşim:** İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul 1992.
- **GÜMÜŞ Mustafa Alper:** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- **GÜNEL Mustafa Cahit:** Taşınmaz Rehninin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2002.
- **GÜRSOY Kemal T. /EREN Fikret/CANSEL Erol:** Türk Eşya Hukuku Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet-Sınırlı Ayni Haklar, Ankara 1978.
- **GÜRSOY Kemal Tahir:** Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970.
- **GÜRZUMAR Osman B.:** Üst Hakkı: İstanbul 2001.

- **HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- **HELVACI İlhan:** Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008.
- **KAMERZİN Sidney:** Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, Zurich Basel Genf 2003.
- **KARAHACOĞLU Ali Haydar/DOĞRUSÖZ M. Edip/ALTIN Mehmet:** Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.
- **KARAHASAN Mustafa Reşit:** Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku Öğreti Yargı Kararları İlgili Mevzuat 2. Cilt, İstanbul 2002.
- **KAYAK Sevgi:** Taşınmaz Rehninin Konu Bakımından Kapsamı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Y. 24 S. 1-2 Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, İstanbul 2004.
- **KAYIHAN Şaban:** Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996.
- **KÖPRÜLÜ Bülent/ KANETİ Selim:** Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982.
- **KURU Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006.
- **OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe:** Eşya Hukuku, İstanbul 2006.
- **ÖZAKMAN Cumhur:** Ticari İşletme Rehni ile Medeni Kanunun Teferruata İlişkin Hükümlerinin Karşılaştırılması, Hukuk Araştırmaları, 1989, C:IV, S:1.
- **ÖZTAN Bilge:** Aile Hukuku, Ankara 2004.
- **REİSOĞLU Seza:** İpoteğin Kapsamı-Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1979 (İpoteğin Kapsamı).
- **REİSOĞLU Seza:** Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri ve Uygulamada Çıkan Sorunlar, Ankara 1978 (Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri).
- **REİSOĞLU Seza:** Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1977 (Ticari İşletme Rehni).
- **ROSSEL Virgil/MENTHA F. H.:** Manuel du Droit Civil Suisse Tome Troisième Droits Réels Autres Que La Propriété, Lausanne Geneve (Basım tarihi bulunamamıştır).
- **SARI Suat:** Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi, M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- **SAVAŞ Fatma Burcu:** İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamsız Takip, İstanbul Barosu Dergisi C. 81. S. 2007/6, İstanbul 2007.
- **SAYMEN Ferit H. /ELBİR Halid K.:** Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul 1954.
- **SEROZAN Rona:** Teferruat Niteliğindeki Eşyanın Hukuki Rejimi, İÜHFM, C. 41, İstanbul 1975.
- **STEINAUER Paul Henri:** Les Droits Réels Servitudes Personnelles Charges Foncières Droits de Gage Immobiliers Droit de Gage Mobiliers Tome III, Berne 1996.
- **ŞENER Yavuz Selim:** Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması: İstanbul 2005.

- **ŞIPKA Şükran:** Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası: İstanbul 2004.
- **TEKİNAY Selâhattin Sulhi:** Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku II/3), İstanbul 1994.
- **ULUKAPI Ömer:** Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003.
- **ÜNAL Mehmet/BAŞPINAR Veysel:** Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Ankara 2007.
- **ÜSTÜNDAĞ Saim:** İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000.
- **WIELAND C.:** Kanunu Medeni'de Ayni Haklar (Çeviren: İ. Hakkı Karafakıh): Ankara 1946.

İNTERNET KAYNAKLARI

http:// www. kazanci. com

KISALTMALAR

ATF.	:Arrêt de Tribunal Federal
b.	:bent
Bkz. /bkz.	:Bakınız / bakınız
BK.	:Borçlar Kanunu
C.	:Cilt
c.	:Cümle
dpn.	:dipnot
E.	:Esas
f.	:fıkra
HD	:Hukuk Dairesi
İİD	:İcra İflas Dairesi
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
KMK.	Kat Mülkiyeti Kanunu
TMK.	Türk Medeni Kanunu
m.	madde
s.	:sayfa
S.	:Sayı
T.	:Tarih
TST.	:Tapu Sicil Tüzüğü
TTK.	:Türk Ticaret Kanunu
vb.	:ve benzeri
Y.	:Yıl
Yarg.	:Yargıtay

ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARININ İŞ KAZASI SEBEBİYLE AÇILAN MADDİ TAZMİNAT DAVALARINA ETKİSİ

Av. Fahri TAN[1]

I) Yasal Düzenleme ve Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün, 2003/10 E. ve 2006/106 K. Sayılı kararı ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasının ***"...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..."*** bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir.

Bu iptal kararının, iş kazası sebebiyle açılan maddi tazminatlarına etkisi ve sonuçları aşağıda incelenecektir.

II) İptal Kararından Sonra Oluşan Hukuksal Durumun Değerlendirilmesi:

Anayasa Mahkemesi *"...Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması,* ***SOSYAL GÜVENLİK KURULUŞLARINA AİT OLMASI GEREKEN RİSKLERİN İŞVERENE YÜKLETİLMESİ ANLAMINA GELİR..." gerekçesiyle;***

Anılan bölümün iptali ile, işverenlerin, iş kazası sonucu malul kalan kişiler ile ölenlerin hak sahiplerine Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan gelirlerin sadece **"İLK PEŞİN DEĞERLERİN-İŞVERENİN KUSURUNA İSABET EDEN KISMI KADAR"** sorumlu olacaklarını, işverenlerin kanun ve kararnamelerle katsayılarda meydana gelecek artışlara paralel **"PEŞİN DEĞER ARTIŞLARINDAN SORUMLU OLMAYACAKLARINI"** belirlemiştir. Böylece **506 SAYILI** yasadaki düzenlemenin aksine **İŞVEREN-**

---

(1) İstanbul Barosu Avukatlarından

LER ARTIŞ FARKI PEŞİN DEĞERLERİNİ ÖDEMEKTEN ARTIK MUAF TUTULMUŞLARDIR.

a) Bilindiği üzere, Sigortalı veya hak sahiplerinin, iş kazasının vukuunda kusuru bulunan işverenden İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca isteyebilecekleri MADDİ VE MANEVİ ZARARIN işverence karşılanması yasa gereğidir. Herkes kusurlu eyleminin sonuçlarına katlanmaya mecburdur.

b) Günümüze kadarki müstakar içtihatlar ve YHGK kararları ve YİBK kararlarında belirtildiği üzere; **Maddi tazminat davalarının hukuki sebebi,** Sosyal Sigortalar Kurumu'nca sağlanan gelirlerle karşılanmayan kısmın ödetilmesi ilkesine dayanır. **YHGK**'nın 1985/9-853E. 1986/67 sayılı kararında "*...Bu suretle, kurumun 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca* ***rücu hakkına sahip olduğu hallerde,*** *işverenin mükerrer ödemede bulunması da önlenmiş olur. İşte, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca bağlanan* ***GELİRİN PEŞİN SERMAYE DEĞERİNİN SÖZ KONUSU MADDİ TAZMİNATTAN MAHSUBU GEREKMESİNİN HUKUKİ SEBEBİNİ*** *böylece açıklamak mümkündür..." açıklandığı üzere,* ***İŞVEREN, RÜCU YOLUYLA KURUM'A YAPTIĞI ÖDEME ÖLÇÜSÜNDE, SİGORTALI VEYA HAK SAHİPLERİNE KARŞI TAZMİN SORUMLULUĞUNDAN DA KURTULMAKTADIR.***

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra Sosyal Sigortalar Kurumu sadece bağladığı gelirlerin ilk peşin değerlerinin işveren kusuruna isabet eden kısmı kadar rücu edebildiği halde, sigortalı ya da hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarında maddi tazminatlardan iptal kararının yürürlüğe girmesinden önceki Yargıtay uygulamaları gibi, yine bağlanan gelirlerin artışlar dahil tüm peşin değerlerinin maddi zarardan indirilmesine devam edilmektedir.

Tazminat sorumlusu (işveren ya da üçüncü kişi), Kuruma yaptığı ödeme ölçüsünde, sigortalı veya hak sahiplerine karşı maddi tazminat ödemekten kurtulacağından, ödemediği bir miktardan yararlandırılması Yargıtay uygulamalarına ve müstakar içtihatlara tamamen ters bir durumdur.

İş kazasında kusuru bulunan işveren tarafından iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra, rücu yoluyla karşılanmayan- ödenmeyen fark peşin değerlerin tazminattan indirilmemesi gerekmektedir.

İşverence rücu yoluyla karşılanmayan artış peşin değerlerinin fark miktarın, tazminattan indirilmesine yönelik bir uygulamanın hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmayacağı aşikardır.

Bizi bu sonuca ulaştıran Bağ-Kur ve Emekli Sandığı sigortalılarının açtıkları davalarda bugüne kadar olan Yargıtay uygulamalarıdır.

c) Anayasa Mahkemesi kararında, bağlanan gelirlerde sonradan meydana gelen artışlara Kurumun katlanması gerektiği, zira bunun sigorta-

lının Sosyal Devlet Şemsiyesi altında bulunmasının bir gereği olduğu vurgulanmıştır.

Emsal olarak göstereceğimiz -Emekli Sandığı sigortalıları ile ilgili uygulamalarda **"sigortalının yaşamı boyunca ödediği primlerden haksız eylem sorumlusunun yararlandırılamayacağı ve maddi tazminattan indirilemeyeceği[2]"** belirtilmekte;

— Bağ-Kur sigortalıları ile ilgili uygulamalarda ise, 1479 sayılı Bağ-Kur **Kanunu'nda bağlanan gelirlerin ilk peşin değerler için kusurlu kişilere rücu edileceği,**

— 2926 Sayılı Tarım Bağ-Kur Kanunu'nda ilk peşin değerleri için rücu edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına karşın artışların istenebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle sadece ilk peşin değerler için rücu edilebileceği belirtilmekte ve **sigortalı ya da hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarında da sadece ilk peşin değerler bildirilmekte ve maddi tazminattan sadece ilk peşin değerler tenzil edilmektedir.**

O HALDE, SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA AİT OLAN RİSKTEN, MADDİ ZARARIN BİR KISMINI KARŞILAYAN SGK'NIN KAZALIYA-VEYA HAK SAHİPLERİNE YAŞAM BOYU YAPACAĞI ÖDEME VE GELİRLERDEN İŞ KAZASININ VUKUUNDA KUSURU BULUNAN İŞVERENLER YARARLANDIRILMAMALIDIR.

III) Sosyal Güvenlik Hakkından İşçi mi İşveren mi Yararlanacak?

Anayasanın 60. maddesinde ***"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar"*** denilmektedir. Bu kurala göre, **sosyal güvenlik herkes için bir hak** ve bunu gerçekleştirmek ise devlet için görevdir.

Sigortalı veya hak sahiplerine Anayasanın 60. maddesinde dile getirilen ve yasalar ile sağlanan sosyal güvenlik hakkından doğan ve Sosyal Sigortalar Kurumu'nca yapılan ödemelerden, olayda kusuru bulunanların yararlandırılmasının herhangi bir hukuksal dayanağı yoktur.

İş kazası sebebiyle uğranılan maddi zararlarda; zararın bir kısmını devlet karşılamakta ve Anayasa ile sağlanan bir haktan –devletin karşıladığı maaş ödemesinden– peşin değerli gelirden, kusuru bulunan işverenin istifade ettirilmemesi, diğer bir anlatımla sigortalı veya hak sahiplerine karşı tazmin sorumluluğundan kurtulmaması gerekmektedir.

Sosyal Güvenlik Kurumlarının amacına uygun olarak hizmet verebilmesi ve sosyal riskleri karşılayabilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlı olup, parasal kaynaklarından fedakarlık eden ve riski yüklenen sos-

---

(2) YİBK. 6.3.1978 gün 1 E. ve 3 K.

yal güvenlik kurumu iken, iş kazasının vukuunda kusuru bulunan ve sosyal güvenlik kurumuna ilk peşin değeri ödeyen işverenin yararına olacak şekilde sigortalıların ve hak sahiplerinin açtıkları maddi tazminat davalarında maddi zarardan tüm peşin değerlerin indirilmesi neticesinde sigortalı işçi veya hak sahipleri zarara uğratılmış olmaktadır.

Bu yönüyle baktığımızda sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan gelirler sebebiyle peşin sermaye değerlerinde artışlar için, işverene rücu edilemediği halde bağlanan gelirlerin **(tüm peşin sermaye değerlerinin) tamamının sigortalının maddi tazminatından indirilmesi Anayasanın sosyal devlet ilkesi ile Anayasa Mahkemesi'nin sırf rücu davalarına yönelik ve işverenlerin ilanihaye dava baskısı altında tutulmaması gerekçesine dayalı İPTALİN AMACINA VE ANAYASA MAHKEMESİNİN TÜM YARGI ORGANLARINI BAĞLAYAN ANAYASAL YORUMUNA DA AYKIRI OLACAKTIR.**

Bugüne kadarki uygulamada; artışların tüm peşin değerleri için SSK'ca olayda kusuru bulunana rucü edilebildiği için, **işverenin çifte ödeme durumunda kalmaması bakımından** sigortalıların açtıkları tazminat davalarında da bağlanan gelirlerin tüm peşin değerleri Kurumdan sorularak maddi tazminattan indirilmekte idi, tazminat sorumluları **rücu yoluyla Kurum'a yaptıkları ödemeler ölçüsünde, sigortalı veya hak sahiplerine karşı tazmin sorumluluğundan da kurtulmakta idi.**

İptal kararından sonra, sadece bağlanan gelirlerin ilk peşin değeri bakımından kusuruna isabet eden kısmı için sorumlu tutulan ve kendisine rücu edilebilecek miktar ilk peşin değerle sınırlı olduğundan işverenler bakımından mükerrer ödeme de söz konusu olmamasına rağmen,

Maddi zararının tümü veya bir kısmı, devletin kurduğu ve finanse ettiği **SOSYAL GÜVENLİK KURULUŞLARINCA KARŞILANAN SİGORTALININ ANAYASA İLE TEMİNAT ALTINA ALINARAK ELDE ETTİĞİ BU YASAL VE ANAYASAL HAK (MAAŞ ARTIŞI), TAZMİN SORUMLUSU İŞVERENE HİBE EDİLMİŞ OLMAKTADIR.**

IV) İptal Kararında Öngörülmeyen Yararlar:

İptal kararından sonra dış tavan sınırlaması da olmadığından yani, dış tavana kadar tüm peşin değerler Kurumca istenemeyeceğinden artık, iş kazasının vukuunda kusuru bulunanlar ;

1- İlk peşin değerlerin kusurlarına isabet eden kısmından sorumlu olmakla,

2- Sigortalının zararına (dış tavana kadar) sorumlu olmamakla,

3- Sigortalıların açtıkları davalarda tazminattan indirilecek peşin değerlerden kusur indirimi yapılmamakla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında öngörülmeyen 3 ayrı yarar sağlamış olmaktadırlar.

Bunlardan birincisi yasal düzenleme gereğidir ve yerindedir. Ancak diğer ikisi uygulama ve içtihatlar ile oluşturulmuş hususlar olup, üzerinde düşünülmesi ve ivedilikle düzeltilmesi gereken konulardır.

Sosyal Güvenlik Kurumunca bağlanan gelirlerin ilk aylık üzerinden hesaplanan peşin değerinin, sorumluların kusuruna isabet eden bölümü kadar rücu edilebildiği halde, iş kazasına maruz kalan sigortalı ya da ölümü halinde hak sahiplerinin açtıkları davalarda eski uygulamada olduğu gibi hüküm gününe kadar gerçekleşen artışlar dahil TÜM PEŞİN DEĞERLER maddi zarardan indirilmeye davam olunmaktadır. Bu tarz uygulama hakkaniyete de aykırıdır.

Diğer yandan; SGK'ca bağlanan gelirlerin sorumluların kusuruna isabet eden bölümü kadar rucü edilebildiği halde, sigortalıların açtıkları davalarda kusur indirimi yapılmadan tümünün maddi tazminattan indirilmesi de hak ve adalet ilkelerine aykırı bir başka uygulamadır. Toparlamak gerekirse, Kurumun rucü alacağı gelirin ilk aylık üzerinden hesaplanan peşin değerinin sorumluların kusuruna isabet eden kısmı olduğu halde; sigortalıların açtıkları davada hem tüm artışlar dahil peşin değer tazminattan indirilmekte, hem de artışlar dahil tüm peşin değerlerden kusur indirimi yapılmamaktadır. Böylece Kurumun rucü edebileceği peşin değerin çok çok üzerinde bir miktar sigortalı veya hak sahiplerinin maddi tazminatlarından indirilmiş olmaktadır.

Denkleştirmede paralellik sağlanması ve hakkaniyeti uygun çözüm için; indirimde sıralama değiştirilmeli ve kusur indirimi yapılmamış maddi zarardan kusur indirimi yapılmamış ilk gelir peşin değeri indirilmeli ya da zarar kusura vurulduktan sonra indirim yapılacaksa indirilecek ilk peşin değer de kusura vurulmalıdır.

V) İptal Kararından sonraki Yargıtay Uygulamaları:

- Sosyal Sigortalar Kurumun açtığı rücu davalarında, sigortalı ve hak sahipleri bakımından tavan hesabı yapılmaksızın, bağlanan gelirlerin ilk peşin değerlerinin işverenin kusuruna isabet eden miktarların olayın vukuunda kusuru bulunan işverenlerden tahsiline karar verilmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı da bunu gerektirmektedir.

- Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına başka bir anlam yüklemek suretiyle, müstakar içtihatlarda belirlenen ve günümüze kadar olan tartışmasız olarak benimsenen **"...İŞVEREN, RÜCU YOLUYLA KURUM'A YAPTIĞI ÖDEME ÖLÇÜSÜNDE, SİGORTALI VEYA HAK SAHİPLERİNE KARŞI TAZMİN SORUMLULUĞUNDAN DA KURTULUR..." görüş ve ilkesine tamamen ters bir anlayışla** Maddi tazminat ve destekten yoksunluk tazminatı davalarında, ilk peşin değerin zarardan düşülmesi şöyle dursun, tüm peşin değerler, TAVAN SINIRLAMASI OLMAMASINA karşın kusur indirimi yapılmaksızın zarardan tenzil edilmektedir.

Yargıtayın hakkaniyete uygun şekilde iptal kararını yeniden yorumlaması ve uygulama şeklini belirlemesi zorunludur.

- Kurumun işverene rücu edeceği ilk peşin değerlerin işveren kusuruna isabet eden kısmı kadar maddi tazminattan indirim yapılması ve böylece işverenin çifte ödemeden kurtarılmasının yanında, Sosyal Sigortalar Kurumunun rücu hakkının bulunmadığı ilk peşin değerden sonraki fark artış peşin değerlerinin maddi tazminatlardan indirilmemesi gerekmektedir.

- Önceki uygulamanın sürdürülmesi, yani işverene sadece ilk peşin değerin kusuruna isabet eden kısmı kadar rücu edilebildiği halde, sigortalıların açtıkları davalarda kusur indirimi yapılmaksızın bağlanan gelirlerin artışlar dahil tüm peşin değerlerinin indirilmeye devam edilmesi Anayasaya, yasalara ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Adaletin dağıtımında birliktelik sağlanmamasını, zaten sosyal güvenlik hakları bakımından çalışanlar arasındaki var olan yıllardır bir türlü değiştirilemeyen farklılıklarımı bağlayacağız.

- SSK sigortalıları için farklı bir uygulamayı haklı kılacak herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

ÖZET OLARAK

1-Bağ-Kur sigortalıları tarafından açılan maddi tazminat davalarında, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunundaki düzenleme gereği kurumun rücu edebileceği miktar sadece ilk peşin değerle sınırlı olduğundan **TAZMİNAT'TAN SADECE İLK PEŞİN DEĞERLER İNDİRİLMEKTEDİR.**

2- Emekli Sandığı'nın bağladığı gelirler bakımından yasal düzenleme gereği, olayda kusuru bulunanlardan bağladığı geliri rücuen talep hakkı bulunmadığı için, bu kuruma bağlı sigortalılar tarafından açılan davalarda bağlanan gelirler **MADDİ TAZMİNATTAN İNDİRİLMEMEKTEDİR.** (YİBK. 6.3.1978 gün 1 E. ve 3 K.)

3- Yine belirli bir süre ve sayıda prim ödeme karşılığı bağlanan ölüm aylığı ve malullük aylığı için rücu edilemediği ve bu sigorta kollarından aylık almakta olanların açtıkları tazminat davalarında **ÖLÜM AYLIĞI VE MALULLÜK AYLIĞI RÜCÜA TABİ OLMADIĞI İÇİN MADDİ TAZMİNATTAN İNDİRİLEMEMEKTEDİR.** (YHGK 1985/9-853 E. 1986/67 K.)

4- Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumlarının tabi olduğu benzer kanunlar ve uygulamalara karşın Anayasa Mahkemesinin son iptal kararından sonra oluşan hukuksal durumda, SSK sigortalılarının açtıkları maddi tazminat davalarında rücua tabi tutulan ilk peşin değer yerine, rucüa tabi tutulmayan **(Mükerrer bir ödeme söz konusu olmamasına rağmen)** bağlanan gelirlerin tüm peşin değerleri maddi tazminatlardan indirilmektedir. Bu ise Anayasanın 2, 5 ve 10. maddelerinde anlamını bulan Cumhuriyetin nitelikleri, devletin temel amaç ve görevlerinde zikrolunan hukuk devleti ve adalet ilkesi ile **KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK** ilkesine aykırıdır

5- Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra Ülkemizdeki sosyal güvenlik kurumları rücu haklarının kullanımı yönünden eşit hale gelmesine karşın, SSK sigortalılarının açtıkları maddi tazminat davalarında diğer sosyal güvenlik kurumu sigortalıları gibi, hukuki birliğin sağlanması için eşit bir uygulamanın İlgili Yargıtay dairesince yapılması gerekmektedir.

6- YHGK 1985/9-853E. 1986/67 sayılı ve YİBK 1992-3 E. 1994/3 K sayılı kararlarında; *"...peşin sermaye değerinin söz konusu maddi tazminattan mahsubu gerekmesinin HUKUKİ SEBEBİNİN, KURUMUN 26. MADDEYE GÖRE YAPTIĞI RÜCU HAKKIYLA İLGİLİ OLDUĞU..." açıkça belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, SSK gelirlerindeki artışların maddi tazminattan indirilmesine ilişkin HUKUKİ SEBEP artık ortadan kalkmış olmakla, oluşan yeni yasal düzenleme gereğince iş kazası sebebiyle açılan maddi tazminat davalarında, SSK'ca bağlanan gelirlerin SADECE İLK PEŞİN DEĞERLERİNİN indirilmesi, artışa ait peşin değerlerin indirilmemesi gerekmektedir. Zira, SSK'ca işverene artışlar için rücu edilemeyeceğinden, işverenin mükerrer ödeme durumu söz konusu olmayacaktır.*

SONUÇ

Bağlı bulundukları sosyal güvenlik kurumlarının isimleri farklı olsa da, tazminat haklarının hüküm altına alınması sürecinde tüm sigortalılara aynı yöntem ve ilkelerin uygulanması Anayasa'daki eşitlik ilkesinin ve sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve yargı kurumlarının asli görevidir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra SGK"nın gelir artışlarını talep edememesi, buna mukabil gelir artışlarının işverenin sigortalı veya hak sahiplerine ödeyeceği maddi tazminattan indirilmesi nedeniyle; işverenin veya tazmin sorumlusunun ödemesi gereken tazminatın bir bölümü SGK tarafından karşılanmakta ve SGK zarara uğramakta, tazmin sorumlusu haksız zenginleşmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları tüm yargı organlarını bağlar. Bu itibarla, Yüksek Yargıtay'ın tazminat davalarının temyiz incelemesini yapan dairelerinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan durumda, artık SSK'nın gelir artışları için rücu edemediğini, artışlar yönünden işverenin mükerrer ödeme durumunun bulunmadığını ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen 'hukuki sebebin (gelirlerin indirilmesinin hukuki sebebi, 'tazmin sorumlusunun Kuruma yaptığı ödeme nisbetinde borçtan kurtulması gerektiği' olarak açıklanmıştır) artışlar yönünden ortadan kalktığını dikkate alarak YİBK ve YHGK kararlarına uygun içtihat oluşturulması gerekmektedir.

AVRUPA TOPLULUK HUKUKU KARŞISINDA ULUSAL YARGI YERLERİ: CONSEİL D'ETAT ÖRNEĞİ

*Arş. Gör. Mehmet Cengiz UZUN**

Giriş

Kurucu metinlerin yürürlüğe girdiği günden itibaren ulusal ve uluslararası zeminlerde farklı açılardan tartışılan Avrupa Birliği'nin işleyişsel ve işlevsel açıdan mevcut hükümetlerarası uluslararası örgütlerden farklılaşmasına sebebiyet veren birinci sütun altında yer alan Avrupa Topluluğu'nun (AT)[1], sui generis nitelik arz ettiği şüphesiz kabul edilen bir gerçektir. Kurduğu yasal düzen itibariyle AT'nin kurumsal işleyişi ve ulusal yapılara etkileri konusundaki temel tartışmalar doğal olarak hukuk platformunda gerçekleşmiştir. Bu kapsamda hayat bulan sorgulamaların temel odak noktalarını kurucu metinlerin ortaya koyduğu asli hukuk normlarına ek olarak Topluluğun işleyişi sırasında türeyen ikincil hukukun kendine münhasır doğası, nitelikleri ve belkide en önemlisi iç hukuk sistemleri ile etkileşimleri oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk açısından akitsel bağların ulusal hukuk sistemlerinde konumlandırılması, diğer bir ifade ile uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisi, üzerine ulusal ve uluslararası öğreti ve yargı yerleri içtihatları bugüne kadar detaylı çıkarımlarda bulunmuştur. Topluluğu kuran metinlerin konu ve amacı, izlediği bütünleşme siyaseti ve uygulamada diğer uluslararası üst yapılardan farklı gelişimi dikkate alındığında, Topluluk hukukunun diğer hukuk düzlemleri karşısında konumlandırılması tartışmaları çok daha farklı bir boyutta gerçekleşmiştir. Bu tartışmaları aydınlatma konusunda, özellikle Topluluk hukukunun birincil kaynaklarını oluşturan metinlerde yer alan boşluklar sebebiyle aciliyet arz eden fiili sorunların doğmasına bağlı olarak, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)[2] esaslı bir işlev ka-

---

(*) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Kürsüsü, Araştırma Görevlisi, 16.01.2008.

(1) Gerekli görüldüğünde "Topluluk" olarak ifade edilecektir.

(2) Gerekli görüldüğünde "Divan" olarak ifade edilecektir.

zanmıştır. Topluluk hukukunu yorumlama tekelini elinde bulunduran Divan'ın bu işlevi, varlığının doğal bir sonucudur.

Bu noktada unutmamak gerekir ki, geniş anlamıyla Avrupa hukuku kapsamında faaliyet gösteren "uluslararası" yargı yerlerinin içtihadı bütünleşik bir Avrupa hukuk anlayışının oluşturulması konusunda önemli bir rol oynamaktadır. Günümüzde Avrupa'da birbirinden farklı ve özerk üç değişik hukuk düzeninin oluştuğunu ifade etmek hatalı olmayacaktır[3]. Bu üç düzen ulusal hukuk sistemlerinin ortaya koyduğu ortak standartlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin oluşturduğu "Avrupa İnsan Hakları Hukuku" ve Kurucu metinler kapsamında ATAD'ın çerçevelediği Topluluk hukukudur. Bu üç düzen farklı ve özerk olmakla birlikte birbirini destekleyici ve tamamlayıcı nitelik arz etmektedir. Bu noktada özellikle Topluluk hukuku açısından KARAKAŞ'ın da vurguladığı üzere; "şekli anlamda anayasa görünümünde olmasalar bile Avrupa Toplulukları andlaşmalarının bir anayasal düzen oluşturduklarına kuşku yoktur"[4]. Zaten bir çok yazara göre anayasa hukuku ulusal hukuklardan başlayarak, insan hakları rejimini de içerecek şekilde, topluluk hukuku çerçevesinde ulusal üstü hukuk düzenlerine kadar genişletilebilecek bir yapı arz etmektedir[5].

Ancak, iç içe geçmiş bu sistemlerin birbiriyle bağlantılı işleyişi her zaman pürüzsüz bir şekilde gelişmemiştir. Nitekim, her ne kadar ATAD'ın topluluk hukukunun özgünlüğü ve anayasal yapısı hakkında içtihadı açık ve yerleşik bir nitelik kazanmış olsa da[6], topluluğa üye devletler arasında bu içtihada bakış birbirinden çok farklı şekillerde tezahür edebilmektedir. Uluslararası hukuk–topluluk hukuku–iç hukuk üçgeni içerisinde kuramsal veya fiili etkileşime yönelik ulusal yargı yerlerinin bakışları, içtihatlardan da anlaşılabileceği üzere, birbirinden çok büyük farklılıklar arz edebilmektedir. Daha da ileri gidilebilirse, AT'nin evrimi sürecinde Topluluk hukukunun niteliğine, Avrupa hukuku içerisindeki konumuna ve ulusal hukuk ile etkileşimine yönelik temel ilkeler konusunda uluslararası öğretinin genelde benimsediği uyumlu görüşlerin aksine, ulusal yargı yerlerinin gelişmeleri red eden tutumlarına sıklıkla rastlamak mümkündür.

Topluluğa üye devletlerin ulusal yargı yerlerinde daha sürecin en başından itibaren topluluk hukukuna yönelik esaslı bir direnişin varlığını

(3) *R. ARNOLD, Regensburg, The European Constitution and The Transformation of National Constitutional Law, http://www.ecln.net/elements/conferences/book_prag/ArnoldFinal.pdf, 12.11.2006 tarihinde görüldü.*

(4) *KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal Ilkeler, Yenilik, Istanbul, 2003, s.29.*

(5) *Ibid.*

(6) *Bu çerçevede özellike ilgili ATAD içtihadına bknz.: Case 26/62 Van Gend & Loos, 1963; Case 3/64 Costa v Enel, 1964; Case 14/68 Walt Wilhelm and others, 1969; Case 106/77 Simmenthal, 1978; Case 826/79 Mireco, 1980; Case 104/86 Comission v Italy, 1988; Case 170/88 Factortame, 1990; Case 6-9/90 Francovich – Bonifaci, 1991, Case C-13 – 113/91 Debus, 1992.*

tespit etmek mümkündür. Bunun arkasında hukuki olduğu kadar insani ve toplumsal sebepler yatmaktadır. Beklenmedik bir hızla gelişen "yeni küresel düzen", "bütünleşik Avrupa" fikri ve AT'nin kurduğu sui generis yapının doğal sonucu "entegrasyon - topluluk hukuku", bugüne kadar iç hukuk hiyerarşisinde piramidin tepesinde yer almaya alışık anayasal yargı yerleri tarafından tam olarak kabul edilememekte ve benimsenememektedir. Ayrıca ulusal yargı yerleri, iç hukuk sistemleri tarafından kendilerine yüklenen belirli görevlerden dolayı ve özellikle, hukuk devletinin gelişimi sırasında edinilen hukuk kültürü itibariyle farklı konularda kendilerini topluluk hukukuna karşı doğal bir direnişte bulmuşlardır. Mesela, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 22.10.1986 tarihli *Solange* II kararında temel hak ve özgürlüklere ilişkin ikincil topluluk hukukunu Alman Anayasasındaki temel hak ve özgürlükler anlayışıyla örtüştüğü müddetçe denetlemeyeceğini vurgulamış; a *contrario* bir ifadeyle bunun dışındaki hallerde denetleyeceğinin altını çizmiştir. Böylece temel hak ve özgürlükler konusunda kendi anayasal geleneğinde var olan esaslı hassassiyetini dile getirmiştir[7]. Fransız Anayasa Mahkemesi'nin *(Conseil Constitutionnel)* ise egemenlik ve egemenliğin "devri" konusunda çekincelerinin mevcudiyeti açıkça önemli içtihatlarında görülmektedir[8].

Türkiye'nin Avrupa Birliği sürecinde izlediği hukuk reformları ve iç hukukun uyumlaştırılması çalışmaları, üyeliğin gerçekleşmesi halinde sona ermeyecek, aksine daha ileri boyutlara geçecektir. Bu ileri boyutta, uyumlu hareket siyaseti gerçekleştirilen reformların sadece metinsel güncellemeler niteliğinde olmasıyla yetinmeyecek, aksine bunların ulusal yargı yerleri tarafından benimsenmesini ve doğrudan uygulanmasını bekleyecektir. İşte bu noktada pozitif topluluk hukuku ile ulusal hukuk normları arasında çatışmaların çıkması ve ulusal yargı yerlerinin bu sorunlara çözüm getirmek durumunda kalması muhtemel bir senaryodur. Bu senaryo gerçekleştiğinde ulusal yargı yerlerinin topluluk hukuku – ulusal hukuk çatışmalarına yönelik tavrı ne olacaktır? Bu faraziyeye yönelik en iyi analizi tabiki halihazırda Topluluk üyesi devletlerin yargı yerlerinin tecrübelerini incelemek suretiyle ulaşmamız mümkündür.

Genel olarak ele aldığımızda bugüne kadar Topluluk hukukunu kuran andlaşmaların ve bu metinlerin işleyişinden türeyen ikincil hukukun iç hukuk karşısındaki "üstünlüğü"ne karşı en sistematik ve uzun süreçli direnişi *Conseil* d'Etat (Fransız Danıştayı) göstermiştir. *Conseil d'Etat'ın*

---

(7) Alman Anayasa Mahkemesinin 12.10.1993 tarihli Mastricht kararında Topluluğun hükümetlerarası yapısına dikkat çekilmek suretiyle bir yönden sui generis bir yapı olduğu öğretisi açıkça red edilmiştir. Bu yaklaşımın kabulü aslında Topluluk kurumlarının tek taraflı olarak, kurucu andlaşmaların iç hukukta yürürlüğe girmesini sağlayan Alman onay kanununu aşacak nitelikte topluğun hukuki statüsünü değiştirmek istemelerinin iç hukukta herhangi bir bağlayıcılığının olmayacağını benimsemekten başka bir şey değildir. ARSAVA, Füsun, Nice Anlaşması sonrasında Avrupa Birliğinin geleceği, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003, s.43.

(8) Bknz. Avrupa için bir Anayasa kuran Andlaşmanın Anayasaya Uygunluğu hakkındaki dava, Conseil Constitutionnel, 19.11.2004.

Topluluk hukukunun uygulanasına ilişkin tavrı, ulusal yargı yerlerinin sisteme giren ve yol göstermeye başlayan yeni hukuka karşı ulusal merciilerin kendini savunma gayretlerinin zamanla ve eğilimlerdeki değişimlerle birlikte nasıl somut olaylarda kırılmalar yaşayabildiğine dair önemli bir örnek teşkil etmektedir. Conseil d'Etat örneği, Topluluk hukuku iç hukuk ilişkileri ve ulusal yargı yerlerinin bu konudaki bakış açısının güncel görünümü, evrimsel sürecin incelenmesi ve topluluk hukukunun etkin bir şekilde iç hukukta uygulanmasının önünde ancak zamanla aşılabilmiş engellerin sergilenmesi açısından faydalı olacaktır.

Bu çalışmamızın amacı *Conseil d'Etat*'nın içtihadi gelişimini takip etmek suretiyle bu durumu daha net bir şekilde gözler önüne sermek, topluluk hukuku ve iç hukuk ilişkisi içerisindeki bu karmaşık çatışmayı anlamaya çalışmaktır. Bu türden bir incelemenin üyeliğin gerçekleşmesi durumunda Türkiye'de yaşanması muhtemel benzer tartışmalara ışık tutacak nitelikte olacağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede çalışmamızın birinci bölümünde, tarihsel süreci takip ederek *Conseil d'Etat* içtihadının Topluluk hukukuna yönelik tavrını, bu tavrın gerekçelerini ve ilerleyen süreçte bu tavırdaki kırılmaları sergilemeye çalışacağız. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise başta *Conseil d'Etat* örneği olmak üzere, ulusal yargının topluluk hukukuna direnişinin ve bu direnişin zaman içerisinde yıkılmasının teorik arka planı ve yeni kararlar ışığında iki hukuk düzeni arasındaki ilişkiye yönelik yeni altyapıyı sergileme gayreti içerisinde olacağız.

I – "Hukuk"ların Çatışması: Conseil D'Etat ve Sistematik Karşı Duruş

Conseil d'Etat içtihadı incelendiğinde göze batan en çarpıcı husus Topluluk hukukuna yönelik sürekli direnişinin herhangi bir kuramsal altyapı gerekçe gösterilmeksizin uzun süre sürdürülebilmiş olmasıdır. Bu direniş, bir yandan belirli bir sistematiğin oturması, diğer yandan Topluluğun kendisinin hukuku yorumlaması ve son olarak Avrupa Birliği'nin siyasal zeminde istikrarlı bir bütünleşme hareketine dönüşmesiyle birlikte zamanla azalmış ve bu suretle iç hukuk ile topluluk hukuku arasında belirli bir pragmatik uzlaşıya varılabilmiştir. Bu bölüm altında ilk olarak *Conseil d'Etat*'nın Topluluk hukukuna dair vermiş olduğu ilk kararlar ışığında genel direnişini inceleyeceğiz. İkinci olarak ise 1980'li yıllar itibariyle, diğer Fransız yüksek yargı yerlerinin içtihadını da dikkate almak suretiyle, Mahkeme'nin bakış açısındaki belirgin değişimi sergileyeceğiz.

A. Conseil d'Etat'nın dar yorumu

Fransa'da *Conseil d'Etat*'nın Topluluk hukuku konusundaki sert tavrının özündeki sorun aslında Topluluk hukukunun iç hukuktan üstün olup olmadığı konusunda değil, ulusal hakimlerin önce kabul edilen Top-

(9) *ALTER, Karen J., Establishing the Supremacy of European Law, Oxford University Press, Oxford, 2001, s.135.*

luluk metinlerine dayanmak suretiyle sonradan çıkan Fransız yasalarını denetleyip denetleyemeyeceğine ilişkindir[9]. Fransız Anayasasının 55. maddesi açıkça usulüne uygun olarak onaylanmış bütün uluslararası andlaşmaların, mütekabiliyet prensibi çerçevesinde, kanunlardan üstün olduğunu kabul etmektedir[10]. *Conseil d'Etat* ise 1990'lı yıllara kadar Kurucu andlaşmaların iç hukukta sadece önceki yasalardan üstün olduğunu kabul etmekte ve bu suretle Anayasanın 55. maddesinin son derece dar bir yorumuna başvurmaktaydı. Bu süreçte *Conseil d'Etat*, *Cour* de *Cassation*'nun (Fransız Yargıtay'ı) o zamana kadar kabul ettiği ve daha esnek yapıya sahip 1931 tarihli Matter doktrini yerine, daha katı bir doğaya sahip 1936 tarihli Arrighi kararını kendisine temel almıştır[11].

Bu doktrine dayanarak 1961 tarihinde verdiği SNCF kararında[12] Conseil d'Etat, Topluluğun kurucu andlaşmalarından AKÇT andlaşmasının iç hukukta salt yasa gücüne haiz olduğunu ve bağlıyıcılığının yetkili merciilerin yaptığı idari işlemlerle aynı şartlara tabi olduğunu belirtmiştir. Bu sayede AKÇT andlaşmasının iç hukuktaki üstünlüğünü daraltmakla kalmayıp, Topluluk hukukunu kuran andlaşmalardan türeyen ikincil hukukun iç hukuktaki yerini ve etkinliğini de tartışılır bir konuma taşımıştır. *Conseil d'Etat*'nın, Arrighi doktrinine ek olarak, kendi içtihadı içerisinde yerleşik bulunan ve özellikle uluslararası hukuka ilişkin davaların konusunu teşkil eden meselelerin yorumlanması konusunda Dış İşleri Bakanlığı'na yönlendirmenin önüne geçmek üzere kullandığı[13] "Açık işlem" teorisini *(Theorié de l'acte clair)*, söz konusu teoriyi dar yorumlayan ATAD'nın aksine[14], Topluluk hukukuna ilişkin meselelerde 1964 tarihli *Shell Berre*[15] kararı sonrası sıklıkla kullanması[16], topluluk hukukunun ulusal düzeyde uygulanabilirliği açısından uzun süre büyük sıkıntı yarat-

---

(10) "Madde 55: Usulüne uygun şekilde yürürlüğe giren veya onaylanan andlaşmaların veya anlaşmaların, her anlaşma veya andlaşma için diğer tarafın uygulaması şartıyla, yayınlandıkları andan itibaren, kanunların haiz olduğu otoriden daha üstün bir otoriteleri vardır". Tarafımızca tercüme edilmiştir.

(11) Arrighi, Conseil d'Etat, 6.11.1936 ; ALTER, Karen J., op.cit., ss.135-136. Bu doktrin özünde Alman düalist yaklaşımının uygulaması olan lex posteriori derogat legi prior kuralının işlemesine yol açmaktadır. Bu noktada Conseil d'Etat ise herhangi bir uluslararası kuralla çatışıp çatışmadığını dikkate almadan en son çıkan kanunu uygulamaktaydı.

(12) Bknz. KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, DER, İstanbul, 1993, s. 164, dn. 2.

(13) ALTER, Karen J, op.cit., s.139.

(14) ATAD, 1982 tarihli CILFIT kararında açık işlem teorisinin sadece belirli şartlar altında uygulanabileceğini vurgulamıştır. ATAD'na göre açık işlem teorisini uygulayabilmek için yargı yeri önündeki sorunun önemli nitelikte olmaması (de minimis) veya sorunun daha önceden yorumlanmış olması veya herhangi bir makul şüpheye yer bırakmayacak nitelikte olması gerekmektedir.

(15) Société des pétroles Shell-Berre et autres, 19.6.1964.

(16) Conseil d'Etat, önündeki sorunların esas olarak kurucu andlaşmaların yorum tekelini elinde bulunduran ATAD'nın önüne gitmemesi için bir çok seferde teoriyi istismar etmiştir. Bknz. Chevallier,1965; de Laubadère, 1965; De Soto, 1964; Wenner 1964, Fourr1 et Wenner, 1965; kararları aktaran: ALTER, Karen J., op.cit.

mıştır. Nitekim, *Conseil d'Etat*'nın 1967 tarihinde vermiş olduğu *Petitjean* kararında kanun[17] sözcüsü *Questieux, Shell Berre* kararında olduğu gibi, topluluk hukukunun ne zaman doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğuna dair ATAD içtihadının açık olduğu iddiasıyla sorunun ATAD'a yollanmasına karşı çıkmıştır.[18] Görülebileceği üzere bu döneme kadar *Conseil d'Etat* Topluluk hukukunun iç hukuk hiyerarşisindeki konumu sorununu gündeme getirmeden doğrudan uygulanabilirlik ile ilgili meseleleri, sonradan çıkan iç hukuk düzenlemelerine üstünlük tanımak suretiyle çözümlemektedir.

Conseil d'Etat, önceki kararlarından daha da ileri giderek, 1968 tarihinde vermiş olduğu Semoules[19] kararında, üstünlük sorununu incelemiş ve önceden çıkarılmış olsa bile bir iç hukuk düzenlemesinin Roma Andlaşması'na veya ikincil Topluluk hukukuna uygunluğunun idare yargıcı tarafından incelenebilecek bir sorun olmadığını söylemek ve "geleneksel kamu hukuku ilkelerine sımsıkı sarılmayı"[20] tercih etmek suretiyle[21] başta Anayasanın 55. maddesi olmak üzere özgün bir varlığa sahip topluluk hukukunu bir bütün olarak görmezden gelmeyi tercih etmiş ve topu Anayasa yargıcına atmıştır.

Semoules kararı fransız hükümetinin kabul ettiği bir kararname yoluyla Avrupa hukukunu tek taraflı olarak ihlal etmesini ilgilendirmekteydi. Conseil d'Etat bu karar ile ATAD'ın o güne kadar üstünlük doktrini yoluyla engellemeye çalıştığı ihtilaf tipini açıkça ortaya koymuş oldu[22]. Böylece yargısal denetimin aradan kaldırılması yoluyla hükümetin Topluluk Hukukunu görmezden gelmesi imkanı ortaya çıkıyordu. Bunun gibi ihtilafların oluşmasını engellemek için ATAD'ın uzun süreden beri oluşturmaya gayret ettiği topluluk hukukunun üstünlüğü öğretisinin karşısına ise ciddi bir engel çıkarılıyordu[23]. Oysa, üstünlük öğretisini yaratan teleolojik yorumun temin ettiği özgün topluluk hukukunun işlemediği durumda Topluluğun kendisi tehlike altına girmekte[24], Topluluk hukukunun oluşturduğu hükümlerin her devlet tarafından farklı bir şekilde yorumlanması riski ciddiyet kazanmaktaydı.

Aslında *Conseil d'Etat*'nın *Semoules* kararı ile Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve Topluluk Hukukunun Alman Anayasasından üstünlüğünü red ettiği *Solange* I kararı birbirlerine benzemektedir.

---

(17) S.A. des Etablissements Petitjean et autres, 10.02.1967

(18) ALTER, Karen J., op.cit.

(19) Syndicat Général des Fabricants de Semoules de France, Conseil d'Etat, 1 Mart 1968.

(20) KARAKAŞ, A. Işıl, op.cit., s.167.

(21) Conseil d'Etat görüşünü kararda şu şekilde ifade etmiştir : "Roma Andlaşması'ndan sonraki bir yasal metinin bu andlaşma ve bu metinden önceki bir topluluk tüzüğü ile uyumu, idare yargıcı önünde tartışılmaya yatkın bir soru değildir". Tarafımızca tercüme edilmiştir.

(22) ALTER, Karen J., op.cit., s.144.

(23) Ibid., s.145.

(24) BORCHARDT, Klaus-Dieter, The ABC of Community Law, European Documentation, Luxembourg, 1994, s.56.

Her iki Yüksek Mahkemenin eğiliminin arkasında, kendilerinin koruyucusu oldukları iç hukuk düzenlerindeki normlar hiyerarşisine değişiklik getiren ve kendilerinin denetimini dışlayan bir güce karşı savunma psikolojisinin hakim olduğu bir düşünce yatmaktaydı[25]. 1970 yılında *International Handelsgesellschaft* kararı[26] ve 1978 tarihli *Simmenthal* kararı ile ATAD'ın ulusal anayasalar üzerinde üstünlüğünü açıkça dile getirmesi ve birinci derece yargının, yüksek yargı yerlerinin içtihadını görmezden gelmek suretiyle bu üstünlüğü uygulamasına olanak vermesi üzerine *Conseil d'Etat* açıkça ATAD'ın içtihadına aykırı kararlar vermeye başlamıştır[27]. Bunlardan en bilineni olan *Cohn-Bendit* kararında[28] Mahkeme, sadece AET andlaşmalarının 177/3. maddesi uyarınca ATAD'a başvurma yükümlülüğünü açıkça ihlal etmekle kalmamış, ayrıca ATAD'ın daha önceden belirlediği yönergelerin doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin içtihadına[29] karşı gelmiş ve yönergelerin bireysel bir idari işleme karşı ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir.[30] Bir şekilde ATAD'ın entegrasyona yönelik içtihadını engelemek isteyen *Conseil d'Etat*'nın bu tutumu ATAD Yargıcı *Kapteyn* tarafından şu şekilde yorumlanmıştır:

"*Conseil d'Etat*'nın çok yapıcı olmayan *Shelle Berre* ve *Syndicat* de *Fabricants de Semoules* kararlarından sonra Cohn Bendit kararı Adalet Divanının yetkisini açıkça zayıflatmaktadır. Burada bir Topluluk kapsamı içerisindeki mahkemelerin yargısal işbirliği sisteminin kendisi kasten kırılmıştır: *Conseil d'Etat* bir Andlaşma hükmünün ATAD tarafından yorumunu kendisininki ile ikame etmektedir ve ortaya çıkan görüş ayrılıkları konusunda Divan ile bir diyalogdan imtina etmiştir... Bu karar ile Kanun Sözcüsü tarafından korkulan "yargıçlar savaşı" bir gerçek haline mi dönüşmüştür? ...bir savaş ilanının söz konusu olduğu sonucundan sakınma olasılığı zor görünmektedir.[31]"

Gerçekten de 1980'li yıllara kadar *Conseil d'Etat, ATAD* içtihadına karşı, yeri geldiğince saldırgan sayılacak bir tutumla, karşı çıkmıştır. Bunun arkasında sadece Topluluğun kuruluşu itibariyle hızla bir entegras-

---

(25) ALTER, Karen J., op.cit., s.143.

(26) Case 11/70, International Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr – und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel, 1970.

(27) ALTER, Karen J., op.cit., s. 153. Bknz. Syndicat National des Fabricants de Spiritueux Consommés à l'Eau, 27.7.1979

(28) Minister de l'interieur v. Daniel Cohn-Bendit, 22.12.1978.

(29) Grad, 1970 ; Sace, 1970 ; Van Duyn, 1974.

(30) Conseil d'Etat duruşunu şu şekilde gerekçelendirmiştir:" 25 Mart 1957 tarihli andlaşmanın 189. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır ki, direktifler üye Devletleri "ulaşılacak sonuç" açısından bağlamaktaysa da ve tanımladıkları sonuca ulaşabilmek için ulusal otoriteler üye Devletlerin yasa ve düzenlemelerini kendilerine yöneltilen direktiflere uyarlamak durumundalarsa da, bu otoriteler direktifin uygulanması konusundaki usulün belirlenmesinde ve, ulusal yargı yerlerinin denetimi altında, iç hukukta etki doğurabilmeleri için geçerli vasıtaların ayarlanmasında tek yetkili olarak kalmaktadır; böylece, hangi içeriğe sahip olurlarsa olsunlar, üye Devletlere yönelik direktifler, bu devletlerin uyruğunda bulunanlar tarafından birel idari işlemlere karşı bir başvuru olarak ileri sürülemez". Tarafımızca tercüme edilmiştir.

(31) KAPTEYN, P.J.G. 1979. National Courts : Conseil d'Etat (Assemblée), Decision of 22 Dec.1978, Cohn-Bendit. Common Market Law Review, s.704 ; aktaran : ALTER, Karen J.,op.cit., s.155. Tarafımızca tercüme edilmiştir.

yona yönelmesine ek olarak, o güne kadar yüksek yargı yerlerindeki yerleşik öğretilerin, 1960'larda *Conseil d'Etat'nın* Cezayir'e yönelik duruşuna bağlı olarak altında bulunduğu politik baskının ve 1970'lerden itibaren *Conseil d'Etat ve Conseil Constitutionnel* nezdinde çoğunluğu *"Gaulist"* politikaları benimseyenlerin elinde tutmasının da önemli bir yeri vardır[32]. 1980'lerin başında Sosyalistlerin Fransa'da iktidara gelmesi ve *Conseil Constitutionelle ile Cour de Cassation'un* Topluluk hukukuna daha ılımlı yaklaşım benimsemelerine bağlı olarak *Conseil d'Etat* üzerinde oluşan baskılar[33] çok beklemeden etkilerini doğuracak ve Conseil kemikleşmiş direnişinden ciddi sapmalar göstermeye başlayacaktır.

B. Conseil d'Etat'ın değişen duruşu

Conseil d'Etat'nın Topluluk hukukuna ve özellikle ATAD'ın yorumuna yönelik sergilediği tavır 1980'li yıllarla birlikte farklılaşmaya başlamıştır.[34] Bu değişimle birlikte *Conseil d'Etat*, Topluluk yönergelerinin amaçlarıyla ters düşen düzenleyici işlemleri iptal etmeye başlamıştır . *Cour* de *Cassation'nun ünlü Jacques Vabre* kararına[35] dayanan *Conseil Constitut*ionnel, 21 Ekim 1988 tarihli bir kararında[36] uluslararası hukukun üstünlüğünü temin etme yükümlülüğünü kabul etmiş ve bu çerçevede *Conseil d'Etat* üzerinde kendisine uyumlu bir tutum sergilemesine yönelik kurduğu baskıyı arttırmıştır[37]. Ulusal baskının ötesinde, ATAD da çeşitli kararlarında[38], önceden *Conseil d'Etat*'nın Topluluk hukukunun ihlallini oluşturmadığı gerekçesiyle iptal etmediği kanunlardan dolayı Fransa'yı mahkum etmeye başlamış ve böylece *Conseil d'Etat* üzerinde ciddi bir uluslararası baskı oluşturmuştur.

Bu sebeplere bağlı olarak *Conseil d'Etat*, *Alitalia* kararında[39] yönergelerin doğrudan uygulanabilirliği ve üstünlüğü sorununu tartışmadan, bir Topluluk yönergesini ihlal edici nitelikteki düzenlemelere ilişkin iptal davasının dava açma süresinin geçirilmiş olmasına rağmen her zaman açılabileceğini kabul etmiştir. Bu çerçevede Topluluk yönergesi, öngörmüş olduğu tarih geçmiş olsa bile iç hukuk açısından etkisini ve bağlayıcılığı-

(32) Detaylı bir analiz için bknz. ALTER, Karen J.,op.cit, s. 137 vd.

(33) Ibid., s. 159 vd.

(34) CONSTANTİNESCO, Simon D., SOLER-COUTEAUX, B., Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, Revue Trimestrielle de Droit Européan, 1989, ss.685 vd. 28 Eylül 1988 tarihli Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France kararında Conseil d'Etat açıkça Topluluk yönergesi kapsamında iç hukukta çıkarılan metinlerin söz konusu yönergeye uyumunu değerlendirmiştir. Ayrıca bknz. Fédération française des sociétés de protection de la nature, 1.07.1988; Fédération française des sociétés de protection de la nature et ligue française pour la protection des oiseaux, 07.10.1988.

(35) Administration des Douanes v. Société Cafès Jacques Vabre et J. Weigel et Compagnie S.a.r.l., 7.01.1972.

(36) Decision 88-1082/117, 21.10.1988.

(37) ALTER, Karen J.,op.cit., s.159.

(38) Commission v French Republic, case 90/82; Commission v French Republic, case 169/87.

(39) Alitalia, 3.02.1989.

nı korumakta ve bu süre zarfından sonra da kendisine aykırı düzenleyici işlemlerin iptalini gerektirmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yönergeye aykırı düzenleme yapmanın hukuka aykırılığı, yönergenin gereklerinin devlet tarafından yerine getirilmesi anlamına gelmemektedir[40] . Bu çerçevede yönergenin doğrudan uygulanabilirliği halen *Conseil d'Etat* önünde tartışmalı statüsünü korumaktadır.

Topluluk hukuku birincil kaynaklarının çıkarılan sonraki yasalar karşısındaki üstünlüğü ancak açıkça 1989 yılında verilen Nicolo kararı[41] ile *Conseil d'Etat* tarafından tanınmıştır. *Conseil d'Etat*'nın gecikmeyle Topluluk hukukunun üstünlüğüne dair benimsediği yorum, ATAD içtihadındaki gibi Topluluğun ve hukukunun doğasından kaynaklanan bir duruma bağlı değildir. Bu noktada Topluluk hukukunun üstünlüğü tamamen ulusal hukuk mantığı kapsamında Anayasanın 55. maddesinde kendisini bulmaktadır[42]. Ayrıca, söz konusu olayda uygulamamakla birlikte yine de kararın içerisinde açık işlem teorisine[43] yapılan atıf, özünde *Conseil d'Etat*'ın radikal bir eğilim değişikliği gerçekleştirmediğini, sadece bir yandan kendisine yöneltilen ulusal ve uluslararası baskılar karşısında bu teoriye yönelik geniş yorumunu daraltırken diğer yandan Anayasanın 55. maddesine ilişkin yorumunu diğer yüksek yargı yerlerininkiyle uyumlu konuma getirdiğini göstermektedir.

55. maddenin birincil Topluluk hukuku açısından getiridiği üstün niteliği tanıyan *Conseil d'Etat*, ikincil Topluluk hukuku açısından tüzüklerin uluslararası sözleşmelere eşdeğer bir yapı olarak önceki yasalara nazaran üstünlüğünü ortaya koyan 1987 tarihli *Danielou* içtihadını[44] geliştirmiş ve 1990 tarihli *Boisdet*[45] kararıyla Topluluk tüzüklerinin de sonraki yasalar karşısındaki üstünlüğünü açıkça belirtmiştir. ALTER, 1990'lı yılların başından itibaren verilmeye başlanan kararlar ile, başta Conseil Constitutionnel ve *Conseil d'Etat* olmak üzere, yüksek yargı yerlerinin konumlarını gözden geçirmeye başladığını ve bu çerçevede artık Topluluk hukukuna direnmek yerine, Topluluğun bir parçası olarak, Topluluk hukukunun gelişiminde etkileyici bir rol oynamak yönünde kendilerini konumlandırdıklarını gözlemlemektedir[46]. Nitekim, bu çerçevede *Boisdet* ka-

---

(40) Simon D., SOLER-COUTEAUX, B., Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, Revue Trimestrielle de Droit Européan, 1989, s.704.

(41) Raoul Georges Nicolo et autres, 20.10.1989.

(42) KARAKAŞ, A. Işıl, op.cit., s.173.

(43) " Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran 25 Mart 1957 tarihli andlaşmanın 227-1 maddesini kapsamında "Söz konusu andlaşma ... Fransa Cumhuriyeti'ne uygulanır..." ifadesini göz önünde bulundurarak, yukarıda hatırlatılan, 7 Temmuz 1977 tarihli kanunda tanımlanan kurallar, atıfta bulunduğumuz Roma andlaşmasının 227-1 maddesinin açık hükümleri ile uyumsuzluk arz etmemektedir". Tarafımızca tercüme edilmiş ve altı çizilmiştir. Bknz. Raoul Georges Nicolo et autres, 20.10.1989 tarihli karar.

(44) Danielou, 11.12.1987.

(45) Boisdet, 24.09.1990.

(46) ALTER, Karen J.,op.cit., ss.167 vd.

rarından sonra 1992 tarihli *Rothmans-Philip Morris* kararı[47] ile birlikte *Conseil d'Etat*, *ATAD'ın Francovich*[48] içtihadını benimseyerek Topluluk hukukunun sonraki yasalara nazaran üstünlüğü ilkesini Topluluk yönergelerini de dahil edecek şekilde genişletmiş ve bu vesileyle yönergelere aykırı sonraki düzenleyici işlemleri idare yargıcının denetimine açmıştır.

Uzun bir süreçten sonra Conseil d'Etat, Topluluk hukunun birincil ve ikincil kaynaklarının yasalar karşısındaki konumunu, ATAD'ın bu konudaki içtihatlarına uygun bir şekilde ve fakat, iç hukuk mantığı çerçevesinde çözümlemesine rağmen; Topluluk hukukunun Anayasa karşısındaki konumuna yönelik sorunu, ki bu sorun geleneksel hukuk değerlerine bağlı ulusal yargı yeri açısından cevaplanması oldukça zor bir şeydir[49], 1996 yılına kadar askıda bırakmıştır. *Conseil d'Etat* bu duruma ilişkin olarak 1996 tarihli Kone kararında[50] uluslararası andlaşmalara herhangi bir üstünlük tanımanın aksine, uluslararası andlaşmaların Anayasal değer taşıyan Cumhuriyetin temel ilkelerine uygun yorumlanması gerekliliğinin altını çizmiş[51] ve böylelikle uluslararası andlaşmaların Anayasal bir yoruma tabi olduğunu ortaya koymuştur.

Nitekim, Kone kararının üzerinden iki yıl geçmeden verdiği 1998 tarihli *Sarran, Levacher et autres* kararıyla[52] uluslararası taahhütlere tanınan üstünlüğün hiç bir şekilde Anayasal değerdeki hükümlere yönelik uygulanamayacağını ortaya koymuş[53] ve bu çerçevede Topluluk hukukunun hiç bir şekilde Anayasal değerde veya bundan üstün olamayacağını belirlemiştir. Bu normlara tanınan üstünlüğün ulusal yargıç tarafından tamamen Anayasanın 55 ve 88. maddelerinden kaynaklandığını da bu sayede açıkça sergilemiştir[54].

---

(47) Sociétés Rothman et Philip Morris et Arizona Tobacco, 28.02.1992.

(48) Frankovich and Bonifaci v. Italian Republic, cases C-6 /C-9/90, 1991

(49) KARAKAŞ, A. Işıl, op.cit., s.175.

(50) Moussa Kone, 3.07.1996.

(51) Ibid.: "Fransa-Mali işbirliği anlaşmasının 44. maddesinin hükümlerini göz önünde bulundurarak : "İadenin talep edilmesine sebebiyet veren suç eğer talep edilen taraf açısından siyasi bir suç veya bu tip bir suça bağlı bir suç olarak kabul edilmekteyse, iade uygulanmayacaktır"; bu hükümler Cumhuriyet'in kanunları tarafından tanınan temel ilkelerle uyumlu bir şekilde yorumlanmalıdır". Tarafımızca tercüme edilmiştir.

(52) Sarran, Levacher et autres, 30.10.1998.

(53) Ibid.: "Anayasa'nın 55. maddesinin "Usulüne uygun şekilde yürürlüğe giren veya onaylanan andlaşmaların veya anlaşmaların, her anlaşma veya andlaşma için diğer tarafın uygulaması şartıyla, yayınlandıkları andan itibaren, kanunların haiz olduğu otoriden daha üstün bir otoriteleri vardır" hükmüne yer verdiğini göz önünde bulundurarak, uluslararası taahütlere böylece verilen üstünlük, iç hukuk düzeninde, anayasal değerdeki düzenlemelere karşı uygulanmamaktadır...". Tarafımızca tercüme edilmiş ve atlı çizilmiştir.

(54) Ibid.: "... sorgulanan kararnamemenin, usulüne uygun şekilde iç hukuk sistemine sokulan uluslararası taahütlerin hükümlerini görmezden geldiği müddetçe, aynı şekilde Anayasa'nın 55. maddesine aykırı olacaktır...". Tarafımızca tercüme edilmiştir.

II –"Uluslararası monism'e" karşı "ulusal dualism"?

Çalışmamızın ilk bölümünde *Conseil d'Etat*'ın bugüne kadar ki içtihadına bağlı olarak ulusalüstü nitelikteki Topluluk hukukuna bakış açısını sergilemeye ve bu bakış açısındaki değişimi öz bir şekilde gerekçelendirmeye çalıştık. Ancak, sosyal realiteden kaynaklanan tavırsal değişime ek olarak benimsenen tutumun getirdiği kuramsal karmaşanın da incelenmesi, diğer yüksek yargı yerlerinin kararları ile birlikte *Conseil d'Etat'nın* kararlarının bu kuramsal karmaşaya ne gibi bir çözüm getirdiği ve daha da önemlisi, bu çözümün hukuki tutarlılığı incelenmesi gereken bir konudur. Kıta Avrupa sistemi içerisinde yer alan Fransız yargı yerleri belki de ilk defa, teorik alt yapıyı oluşturmadan hukuki zemin yaratmanın zorluğunu yaşamakta ve bu sebepten ötürü ulusal üstü sistemin kendisiyle zaman zaman çatışmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak, bir "savunma psikolojisi" içerisindeki bu yargı yerlerinin içtihadının doğurduğu teorik sorunlara dikkati çekmeyi ve ikinci olarak da en son kararları ışığında *Conseil d'Etat*'ın içinde bulunduğu güncel durumu değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

A. Fransız Yüksek Yargı Yerlerinin monist yorumdan dolaylı kaçışı

Gerçek anlamda hukuki bir terim olmamakla beraber ulusal üstü (supranational) ifadesi entegrasyon hukukunun doğuracağı ya da bugün ki tablo itibariyle doğurduğu siyasi bir üst yapıyı ifade eden ve bu yapıyı uluslararası işbirliği çerçevesinde devletler tarafından kurulan hükümetlerarası örgütlerden ayıran, farklılaştıran bir siyasi terim olarak öğretide yerini bulmaktadır. Ulusal yargı yerleri ise bu tür yapılardan ve bu yapılardan türeyen hukuktan tedirgin olmaktadırlar. Nitekim, bugüne kadar Fransız yüksek yargı yerlerinin Topluluk hukukuna karşı çekingen duruşlarının arkasındaki en önemli faktörlerden biri Topluluğun böyle bir ulusalüstü yapıya dönüşme ihtimalinin ciddiyetidir. Ulusal üstü denildiğinde devletlerin üzerinde ve bunlardan bağımsız bir yapı anlaşılmaktadır. Bir yapının ulusal üstü olarak değerlendirilebilmesi için çeşitli şartların varlığı aranmaktadır[55]. Öncelikle devletlerin rızası olmadan onları bağlayabilecek kararlar alabilen bir organ var olmalıdır. Bu organın aldığı kararlar devletlerin iç hukukunda doğrudan uygulanabilmeli ve önceki ve sonraki bütün ulusal mevzuat karşısında üstünlüğü olmalıdır. Ayrıca bu kurumun bireylerin erişimine açık ve kurucu andlaşma veya ikincil kaynakların yorum tekelini elinde bulunduran bir yargı mercii var olmalı ve son olarak, daha önceden devlete ait bazı yetkilerin bu kuruma devredilmiş olması aranmaktadır.

Avrupa Birliği'ne ve daha detaylı olarak Avrupa Topluluklarına bakıldığında kurumsal ve hukuksal olarak böyle bir yapının izlerine rastlamak

---

(55) SALMON, Jean (Ed.), Dictionnaire de Droit International Public, Bruylant/Auf, Bruxelles, 2001, s.1064.

mümkündür. Bazı durumlarda devlet ile Federasyon arasındaki ara konumu belirtmek için de kullanılan bu terime[56] ve bu terimin kapsamındaki nitelikleri içinde barındıran entegrasyon hukukuna karşı ulusal yargı yerlerinin direnci açısından devlet egemenliğinin kaybı korkusu ciddi bir etkendir. Birçok yazarın[57] Birliği bir "düzenleyici devlet" olarak tanımladığı süreçte ve bu "olasılığın" gerçekliğini gösteren emareler ışığında[58] ulusal yargı yerlerinin tutumlarını oldukça doğal karşılamak mümkündür. Zira, gerçekten de topluluk organlarının yapısı[59] ve de *entegrasyon* hukuku olarak Topluluk hukukunun doğası ve nitelikleri ulusal üstü bir yapının varlığını ortaya koyabilecek derecede ilerlemiştir.

Kurucu andlaşmaların teleolojik yorumuyla birlikte oluşan Topluluk hukukunun birliği, Topluluk hukukunun ve Topluluk işlemlerinin doğrudan etkisi ve Topluluk hukukunun üstünlüğü ATAD tarafından yerleşik bir şekilde ifade edilmekte ve Topluluğun kendisi tarafından benimsenmektedir[60]. Nitekim, özgün düzenin oluşturduğu "egemenlik alanı" içerisinde[61] Topluluğun gerçekten *sui generis* bir yapı arz ettiği aşikardır. Ayrıca, böyle bir özgün yapının oluşturulmasının gerekliliği de anlaşılabilir bir gelişmedir. Zira, ancak uyumlaştırma vasıtasıyla bir bütün içerisine entegre etmeye çalıştığı hukuk düzenlerinden üstün olabildiği takdirde ve ancak kurmaya çalıştığı birliğin sujesi niteliğine haiz bireylerin[62] doğrudan ileri sürebileceği bir hukukun varlığı halinde, diğer bir deyişle, bu hukukun iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği ölçüsünde, gerçekten Topluluk, kurucu andlaşmaların amaçladığı anlamda bir Birlik olma yoluna girebilecektir.

Egemenliğin devri yoluyla ulusal yargı yerlerinin yetkilerinin de daraltılması anlamına gelebilecek böyle bir yapı karşısında *Conseil Consi*tu-

---

(56) Ibid.

(57) Bknz. MAJONE, Giandomenico, A European regulatory state?, in: RICHARDSON, Jeremy (Ed.), European Union Power and Policy Making, Routledge, London, 1996, s.263.

(58) Avrupa için bir Anayasa kuran Andlaşmaya ek Présidium'da devletler bu andlaşmanın federal bir devlet kurmadığını açıkça belirtme ihtiyacı duymuşlardır. Bu ifade ile hissedilen "tehdidin" ne kadar ciddi bir dereceye ulaştığı açıkça ortaya konmakta, a contrario ele alındığında da, böyle bir yapının kurucu unsurlarının ne ölçüde var olduğunu bize göstermektedir

(59) WESSELS Bakanlar Konseyi'nin hükümetler arası bir yapı arz etmediğini ve esas olarak ulusal üstü bir düzeyde çalıştığını belirtmektedir. WESSELS, Wolfgang, The EC Council : The Community's Decision-making

Center, in : KEOHANE, Robert O. ve HOFFMANN, Stanley (Ed), The New European Community : Decisionmaking and Institutional Change Boulder : Westview ; aktaran : EDWARDS, Geoffrey, National Sovereignty vs Integration ?, in : RICHARDSON, Jeremy (Ed.), European Union Power and Policy Making, Routledge, London, 1996, s.127.

(60) Bu ilkelerin detaylı incelemesi için bknz.: TEKİNALP, Ünal, TEKİNALP GÜLÖREN ve diğerleri, Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul, 2000, s.114 vd.; kurulan hukuk düzeninin detayları ve Topluluğun Anayasal ilkeleri için bknz. KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, DER, İstanbul, 1993; KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal Ilkeler, Yenilik, Istanbul, 2003.

(61) KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Topluluğu..., op.cit., s.93 vd.

(62) TEZCAN, Ercüment, Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey, İletişim, İstanbul, 2002, s.14.

tionnel'in Fransız milletine ait egemenliğin devredilip devredilmediğini incelemeyi seçmesi[63] ve bu egemenliğin devredilmediği ölçüde Topluluğun taahütlerinin yerine getirilmesinin anayasallığına hükmetmesi kuramsal bir tartışmadan çok refleksel bir tepkinin ürünüdür. Ancak, yüksek yargı yerlerinin refleksinin bir ürünü olan bu tutumun doğurduğu tutarsızlıklar da görmezden gelinmemelidir. Hukuk düzenleri arasındaki ilişki açısından Topluluğun kendisi monist bir yaklaşım benimsemektedir. Uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkileri açısından teorik olarak monist bir yapıya haiz olan Fransa ise, topluluğa karşı "*dualist*" bir savunma mekanizması geliştirmiştir. Topluluk hukukunun üstünlüğü ve doğrudan uygulanabilirliği kesinlikle *monist* bir hiyerarşi anlayışından değil, aksine *"düalist"* bir çerçevede, Anayasanın el verdiği ölçüde ve anayayasal bir "aktarma" işleminin gerçekleştirilmesine bağlı olarak tanımmaktadır[64]. *Conseil Constitutionnel*'in bu yorumu diğer yüksek yargı yerlerinin kuramsal tartışmalardan uzak durmalarını teşvik edici olmuştur.

Nitekim, *Conseil d'Etat,* bütün fransız yüksek yargı yerleri arasında belirli bir uluslararası normun doğrudan uygulanabilirliği ve üstünlüğü konusunda hüküm vermede en çekingen olma sıfatını taşımıştır. Hiç bir zaman genel bir sınıflandırmaya gitmeden tamamen önündeki somut olayla ilgili bir hükme varmayı yeğelemiştir[65]. Ayrıca *Nicolo, Boisdet* ve *Rothmans* et *Philip Morris* kararlarınında olduğu gibi, incelediği davaların hiç birinde Topluluk hukukunun üstünlüğünü bu hukukun özgün yapısına dayandırmamıştır. Bütün bu kararlarda Topluluk hukuku üstünlüğünü, *Conseil Constitutionnel*'in sergilemiş olduğu çizgide, doğrudan Fransız Anayasasının 55. maddesinden almaktadır. Nitekim, *Conseil d'Etat* sergilediği bu yaklaşımın kuramsal temelini tartışmaktan açıkça kaçındığını göstermektedir[66]. Şüphesizdir ki, idare yargıcının görevi önündeki davayı incelemek ve yetkili olduğu ölçüde ve bağlı olduğu kurallar bütünü çerçevesinde denetimini yerine getirmektir. Ancak, belirli ve tutarlı bir kuramsal altyapının varlığı da hukuki güvence ve öngörülebilirlik ilkelerine hizmet eden bir kurumdur. Var olan tezleri uzlaştırıcı ve uyumlu yeni bir sis-

---

(63) Bknz. Decision 97-384, 19.11.2004.

(64) Burada bahsi geçen aktarma işlemleri klasik dualist görüşten farklı olarak Anayasal bir aktarma işlemi şeklinde düşünülmektedir. Usulen bir aktarma işlemine gerek olmasa da, Fransız Anayasa Mahkemesi'ne göre

Topluluk hukukunun üstünlüğünün Anayasal bir hüküm tarafından ortaya konması gerekliliği, maddi anlamda aktarma işlemi sayılabilecek bir düzenleme ihtiyacı olarak kanaatimizce değerlendirilebilir. Her andlaşma için özel bir aktarma işlemi gerçekleştirmektense anayasal değerdeki bir hüküm ile genel bir aktarma usulünün belirlenmiş olması açısından kanaatimizce kuramsal olarak hiç bir fark yoktur. Bu çerçevede Kelsen'ci monism olgusu ancak ve ancak gerçek anlamda ulus üstü bir yapı kapsamında ya da uluslararası düzlemden hukuki duruma bakılarak anlam ifade edecektir. Monism ve dualism tartışması kanaatimizce bu çerçevede öğreti tarafından yeniden ele alınmalı ve değerlendirilmelidir.

(65) DECAUX, Emmanuel, Droit International Public, Dalloz, Paris, 2002, s. 67.

(66) TEKİNALP, Ünal, TEKİNALP GÜLÖREN ve diğerleri, Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul, 2000, s.169.

tematik oluşturmadan sui generis ulusal üstü bir yapının gelecekte doğuracabileceği sıkıntılarla yüzleşmek ve bu ulusal üstü yapının gelişimini takip etmek veya onu etkilemek çok daha zor bir süreç olacaktır.

B. Yeni kararlar ışığında *Conseil d'Etat* ve Topluluk Hukuku: Yeni eğilimler?

Conseil d'Etat, kendisinden önce 10 Haziran 2004 tarihinde verdiği kararda a *contrario* yorum uygulayan *Conseil Constitutionnel* gibi[67], 8 Şubat 2007 tarihinde verdiği en son kararında[68] Fransız mevzuatına aykırı olsa bile topluluk metinlerine uygun olan bir kararnamenin hukukiliğine karar vermiştir. Bir Topluluk Yönergesi uyarınca, sera etkisi olan gazların emisyonuna uygulanan kota sistemiyle ilgili olarak çıkarılan 25 Şubat 2005 tarihli kararnamenin Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığını sorgulayan *Conseil d'Etat*, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu söylemek suretiyle söz konusu kararnameyi ve özünde Topluluk Yönergesini tartışmalı bulmuştur. Ancak, söz konusunu kararnameyi iptal etmektense[69], temelini oluşturan yönergenin geçerliliğine ilişkin bir soruyla ATAD'na başvurmuştur.

Fransız yüksek yargı yerlerinin içtihadı incelendiğinde günümüz itibariyle bütün uluslararası taahütlerin iç hukuk düzeni içerisinde kanunlardan üstün ancak Anayasadan aşağıda bir konumda bulunduğu açıkça bellidir. Ancak, *Conseil d'Etat*'a göre Anayasanın üstünlüğü ve uluslararası taahütlerin gerekleri, özellikle de Anayasanın 88/1. maddesi uyarınca Avrupa Topluluklarına üye olmanın doğurduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesi anlamında altına girilen sorumluluklar ile Anayasanın üstünlüğü ilkesini belirli bir şekilde bağdaştırmak gerekmektedir. Nitekim, bu yükümlülükler arasında da ilke olarak doğrudan uygulanabilir Topluluk yönergelerinin iç hukuka aktarılması yer almaktadır. Ancak, bu yükümlülük kapsamında kabul edilen iç hukuk metninin Anayasal değerdeki bir ilke ile çatışması durumunda ciddi bir sorun oluşabilmektedir[70].

Söz konusu davada *Arcelor Atlantique ve Lorraine* şirketi, *Kyoto* protokolü çerçevesinde sera etkisi olan gazların emisyonundaki kota değişimi sistemine ilişkin Topluluk yönergesinin kelimesi kelimesine aynı olan kararnamenin başta eşitlik ilkesi olmak üzere, anayasal değerdeki bir çok ilkeyle çatıştığını ileri sürmüştür. *Conseil d'Etat*'a göre böyle bir durumda öncelikle bakılması gereken, ihlali ileri sürülen anayasal değerdeki ilkenin Topluluk hukuku içerisinde var olup olmadığı ve bu ilkenin Toplu-

---

(67) JAN, Pascal, Conseil d'Etat : primauté totale du droit communautaire sur la législation nationale, http://www.droitpublic.net/spip.php?article1648, 28 Şubat 2007 tarihinde görüldü.

(68) Societe Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, Conseil d'Etat, 287110, 8 Şubat 2007.

(69) Conseil d'Etat resmi basın bildirisi, http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0704.shtml, 28 Şubat 2007 tarihinde görüldü.

(70) Ibid.

luk hukuku tarafında korunup korunmadığıdır[71]. Söz konusu ilke Topluluk hukukunun birincil kaynakları içerisinde yer alıyorsa Topluluk yönergesi Anayasayla çatışmanın ötesinde Topluluk hukukunun kendisiyle de çatışıyor olacaktır. Zaten böyle bir durumda yargıç doğal usule uygun şekilde ilerlemeli ve ciddi bir zorulukla karşılıyorsa, ikincil Topluluk hukukunun geçerliliği konusunda tekeli elinde bulunduran ATAD'a söz konusu sorunu yollamalı ve Divan'ın ihtilaf konusu yönergenin birincil kaynaklara aykırılığını ortaya koyması halinde de yönergenin iç hukuka aktarılmasını sağlayan kararnamenin iptaline karar vermelidir. Ancak, söz konusu anayasal ilke Topluluk hukuku içerisinde kendisine bir karşılık bulamıyor ise ulusal yargıç doğal usul uyarınca aktarma işlemini gerçekleştiren kararnamenin Anayasaya uygunluğunu denetlemeli ve bir ihlalin varlığına kanaat getirdiği takdirde ilgili kararnameyi iptal etmelidir[72].

Bu mantık çerçevesinde dile getirilen karar göstermektedir ki *Conseil d'Etat, Kone* ve Sarran kararlarında olduğu gibi Anayasanın iç hukukta tartışmasız üstünlüğünü kabul etmekte ancak, Topluluk üyesi olmanın beraberinde getirdiği sorumlulukları dikkate almak suretiyle inceleme açısından uzlaştırıcı bir yoruma başvurmaktadır. Karşılıklı güven ilişkisi içerisinde bu konu hakkında ilk sözü söyleme hakkını ATAD'a tanımaktadır. Ancak, bu daha ziyade bir güven ve işbirliği ilişkisine dayanmaktadır ve Conseil Constitutionnel'in de kabul ettiği üzere her zaman üstünlük Anayasada ve daha da geniş bir yorum itibariyle anayasal değerdeki normlarda kalmaktadır.

Doğrudan Topluluk Hukuna ilişkin olmamakla beraber, iç hukuk, uluslararası hukuk ve Avrupa hukuku ilişkisi açısından son derece önemli olacak ve yine 8 Şubat 2007 tarihli bir kararında[73] ise *Conseil d'Etat* ilk defa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir kanundan dolayı bir bireye tazminat verilmesine hükmetmiştir. Bu karar vasıtasıyla idare yargıcının sadece kanunun yargıcı değil, diğer yandan yasama işlevide dahil olmak üzere devlet sorumluluğunun da doğal yargıcı olduğunun altını çizmiştir[74]. Devletin uluslararası bir sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirdiği idari işlemlerin hukuka aykırı olacağı ve bu çerçevede devletin sorumluluğunu ortaya koyabilecek nitelikte bir kusur teşkil edebileceği açıkken, bugüne kadar kamu görevlileri vasıtasıyla uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı devletin fiilen tek başına zararı tazmin etme yükümlülüğü altında olduğu hiç bir zaman açıkça *Conseil d'Etat* tarafından ifade edilmemişti. Bu karar ile *Conseil d'Etat*, devletin kamu görevlilerinin uluslararası sözleşmelere saygı duyma yükümlülüğünü dikkate aldığını göstermekte ve devletin uluslararası taa-

---

(71) Ibid.

(72) Ibid.

(73) M. X, 279522, Conseil d'Etat, 8 Şubat 2007.

(74) Conseil d'Etat resmi basın bildirisi, http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0704.shtml, 28 Şubat 2007 tarihinde görüldü.

hütlerini ihlal eden bir kanunun kabul edilmesinden ve bu kanuna dayanılarak yapılan işlemlerden dolayı devletin bütün zararları tazmin etme yükümlülüğünü şüpheye yer vermeyecek şekilde ifade etmektedir[75].

Aslında 1992 tarihli *Sté Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*[76] kararında *Conseil d'Etat*, bir topluluk yönergesine aykırı kanuna dayanarak çıkarılan kararnamenin hukuki temelinin olmadığını, bu sebepten dolayı devletin sorumluluğu çerçevesinde tazminat yükümlülüğünü ortaya koyarak gerekli alt yapıyı hazırlamıştı[77]. *Conseil d'Etat*'nın Topluluk hukuna aykırı bir kanunu iptal etme yetkisi olmadığını ileri sürenlere karşın[78], *Conseil d'Etat*, iptal edilmese bile böyle bir kanundan doğan idari işlemlerden dolayı yaptırım uygulanacağını birbirini tamamlayan bu kararlar vasıtasıyla açıklıkla ortaya koymuştur. Bu çerçevede yasama organını bu nitelikteki metinlerin oluşturulmaması yönünde dolaylı olarak uyarmaktadır.

8 şubat 2007 tarihli iki *Conseil d'Etat* kararı birbiriyle doğrudan bağlantılı olmasa da, aynı tarihlerde verilmiş olmaları ve özünde ulusal hukuk ile uluslararası hukuk ilişkisini ilgilendirmeleri ve de sonuç olarak ulusalararası yükümlülüklerin yerine getirilmesinin gerekliliği konusunda birbirlerini tamamlamaları *Conseil d'Etat*'nın uluslararası ve ulusal üstü hukuk karşısındaki tutumunda ciddi bir esnemenin varlığına işaret olarak ele alınabilir. Zira, Sarran kararında açıkça uluslararası taahütlerin iç hukuk içerisinde üstünlüğünün anayasal değerdeki normlar açısından geçerli olmayacağını ve bu nevi bir yorumun Anayasa'nın 55. maddenin lafzı ve ruhuyla bağdaşmayacağını ifade etmiş ise de, Societe Arcelor *Atlantique et Lorraine et autres* kararı ile *Conseil d'Etat* Anayasaya açıkça aykırı bir iç hukuk metnini iptal etmek yerine sorunu ATAD önüne yollayarak ve M.X davasında yasama işlevini gerçekleştirirken uluslararası taahhütlerinin çiğnenmesine bağlı olarak kaynaklanan tazminat hakkını tanımak suretiyle bugüne kadar uluslararası hukuk "düzenlerinin"[79] karşısına çıkardığı anayasal çekince engeli konusunda ciddi bir gevşemenin mevcudiyetini ortaya koymaktadır diye düşünülebilir.

---

(75) Ibid.

(76) Sté Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France, Conseil d'Etat, 28.02.1992.

(77) Özellikle Conseil d'Etat'nın uluslararası hukukun ilkelerine aykırılığın devletin kusurlu sorumluluğuna yol açabileceğini kabul ettiği 23 Ekim 1987 tarihli Société Nachfolger navigation company ltd kararı ve uluslararası teamül hukukunu kararında uyguladığı 13 Mart 2001 tarihli Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ Association SOS Attentats et autres kararı da dikkate alındığında Conseil d'Etat'nın Topluluk hukuku dışında genel olarak uluslararası hukukun iç hukuktaki yerine dair daha genişletici bir eğilim içerisinde bulunduğu gözlemlenebilmektedir.

(78) PACTET, Pierre, Institution Politiques Droit Constitutionnel, 18e Edition, Armand Colin – Dalloz, Paris, 1999, s.566.

(79) Uluslararası hukukun bir bütün ve tek olarak duruşunu kabul etmekle beraber, Topluluk hukuku gibi bu yapı içerisinde kendine has, özerk ve özgün bölgesel sistemlerin varlığını da kabul etmek gerekir. RIGAUX, François, Hans Kelsen on International Law, European Journal of International Law, V.9, 1998, N.2, s.339. Bu sebepten ötürü genellemeye gitme aşamasında uluslararası hukuk düzeninden ziyade, Kelsen mantığından sapmayı göze almakla birlikte, uluslararası hukuk düzenlerinden bahsetmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Ancak, kanaatimizce *Conseil d'Etat*'nın bu tavrı radikal bir değişiklikten ya da pragmatik bir geçiştirmeden ibaret değildir. *Conseil d'Etat*, 1980'li yılların başından itibaren gösterdiği eğilimi takip etmek suretiyle ulusal hukuk ve ulusal üstü hukuk düzenlerinin gerekliliklerini bir arada yerine getirmeye, uzlaştırıcı bir yoruma başvurmak suretiyle bir çok menfaati korumaya yönelik bir tutum sergilemektedir. Amacı yeni bir teorik tartışma içerisine girmek değil, kendi Anayasal düzeni içerisinde, *Conseil Constitutionnel*'in Topluluk hukuku – uluslararası hukuk- ulusal hukuk düzlemlerine yönelik sergilediği dualist yorumu dikkate alarak, bu düzenler arasında oluşabilecek çatışmaları en aza indirgeyebilecek bir duruşu benimsemektir. Özellikle, ihtilaf konusunda ATAD'ın yorumuna başvurduğu 8 Şubat 2007 tarihli kararında yine de anayasal düzeni vurgulaması ve 1996 tarihli Kone kararındaki içtihadına benzer bir şekilde Topluluk hukuku ve Anayasanın uyumlu yorumlanması yoluna giderek ihtilaf konusu yönergenin Anayasaya olduğu kadar birincil Topluluk hukukuna da aykırı olabileceği şüphesini dile getirmesi bunun en temel örneğini teşkil etmektedir.

Sonuç

Avrupa Birliği'nin en bütünleşmiş bölümünü oluşturan Avrupa Topluluğu'nun özerk ve özgün hukuk yapısı sayesindedir ki uluslararası düzen ilk defa gerçek anlamda "Kelsenci" bir bakış açısı altında anlam ifade etmeye başlamıştır. Topluluk hukuku vasıtasıyla, dualist ve pluralist sistemlerin savunduğunun aksine, devletler gerçek anlamda monist bir yapılanmayı hayata geçirmişlerdir. Ancak, bu monist yapının bir bütün olarak Kelsen'nin dile getirdiği evrensel hukuk tekliği ile çelişen noktaları mevcuttur. Öncelikle yapının kendisinin bir devlet benzeri yapı üzerine kurulmuş olması ve bir nevi konfederal ya da federal bir çizgide ilerlemesi – ki Avrupa Birliği'nin bir federasyon ya da konfederasyon olmadığına dair Birlik içerisinden yükselen sesler aslında aksine Birliğin bu yönde ilerlemekte olduğu şüphesini doğrulamaktadır– Kelsenci hukuk anlayışı çizgisinden önemli bir sapmayı öngördüğüne dair bir işaret olabilir. Klasik egemenlik kuramından sapılarak evrensel tek hukuk sistemi anlayışı yerine devlet egemenliğinin bir üst egemenliğe aktarılması ve uluslararası hukuk ve topluluk hukuku arasında farklılığın belirgenleştirilmek suretiyle bölgesellik unsurunun vurgulanması bu çelişkilerin en önemlilerinden birkaçını teşkil etmektedir.

Buna ek olarak, iç hukuk sistemlerinin topluluk hukukuna karşı ciddi direniş göstermeleri, direnişin kırıldığı noktada iç hukuk mantığına uyan bir rasyonel ile yeni gerekçelerin geliştirilmesi, topluluk hukukunun esaslı bir şekilde Birlik hukukuna dönüşümünün önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Fransa'da Conseil D'Etat'nın yukarıda sergilediğimiz bu direnişi, bu durumun örneklerinden biridir. İlginçtir ki, monist sistemi benimseyen devletler dahi monist bir yapının uygulanması aşa-

masında dualist bir kaçış yolu aramaktadırlar. Gelişen küresel hukuk sistemleri ile geleneksel iç hukuk öğretisinin çatıştığı noktalarda pragmatik çıkış yolu arayışının benimsenmesi ve tümevarımsal bir sistematik içerisinde bu kavramların hukuk zeminine oturtulmasına şaşmamak gerekir. Zira, hukuk, diğer bütün sosyal bilimler gibi insandan doğar ve ortak menfaatlerde zedelenmeyi engellemek için uzlaştırıcı yorumları benimsemeye yatkındır.

Conseil D'Etat ve Conseil Constitutionnel kararlarında açıkça sergilenen bu tavır; her ne kadar ciddi hukuki tutarsızlıklar içerebilecek nitelik arz etseler de, sistemin bir bütün olarak işleyişi açısından uzlaştırıcıdır ve bireysel olarak bu duruşa katılmayanlar da sırf bu yönlerini takdir etmelidir. Her ne kadar Topluluk hukuku ve ulusal hukuk düzenleri arasında artık yerleşik bir anlayışın varlığından bahsedebilmek mümkünse de, çatıştıkları zaman her düzen içerisinde birbirinden çok farklı yorumlara başvurulması, topluluk hukukunun bir ulusalüstü hukuk düzeni olarak iç hukuka yansımasındaki özsel sorunlar, özellikle de son dönemlerde "Avrupa Anayasası" konusunda yaşanan ciddi kırılmalar, göstermektedir ki, aslında Topluluğun bütünleşmesi sürecinde daha alınması gereken çok yol vardır. Bu meselelerin ortaya konması ve çözümlenmesi konusunda ise her zamanki gibi ulusal ve uluslararası yargı merciilerinin verecekleri kararlar ve aralarında varmaları umulan uzlaşı belirleyici olacaktır. Lisbon süreciyle birlikte farklı bir yapılanmaya yol alan Birlik ile Türkiye'nin ilişkileri ve karşılaştırmalı hukuk açısından, diğer üye devletlerin tecrübeleri ve bu tecrübelerden edinilen birikim, özellikle tam üyeliğin gerçekleşmesi halinde çok önemli bir kaynak olarak değerlendirilmeli ve gelecekteki olası sorunların ivedi çözümleri için etkin birer araç olarak dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ALTER, Karen J., Establishing the Supremacy of European Law, Oxford University Press, Oxford, 2001
- ARSAVA, Füsun, Nice Anlaşması sonrasında Avrupa Birliğinin geleceği, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003
- DECAUX, Emmanuel, Droit International Public, Dalloz, Paris, 2002
- KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal Ilkeler, Yenilik, Istanbul, 2003
- KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, DER, İstanbul, 1993
- PACTET, Pierre, Institution Politiques Droit Constitutionnel, 18e Edition, Armand Colin – Dalloz, Paris, 1999
- SALMON, Jean, Dictionnaire de Droit International Public, Bruylant/Auf, Bruxelles, 2001
- TEKİNALP, Ünal, TEKİNALP GÜLÖREN ve diğerleri, Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul, 2000

- TEZCAN, Ercüment, Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey, İletişim, İstanbul, 2002
- CONSTANTİNESCO, Simon D., SOLER-COUTEAUX, B., Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, Revue Trimestrielle de Droit Européan, 1989
- EDWARDS, Geoffrey, National Sovereignty vs Integration ?, in : RICHARDSON, Jeremy (Ed.), European Union Power and Policy Making, Routledge, London, 1996
- JAN, Pascal, Conseil d'Etat : primauté totale du droit communautaire sur la législation nationale, http://www.droitpublic.net/spip.php?article1648, 28 Şubat 2007 tarihinde görüldü
- MAJONE, Giandomenico, A European regulatory state?, in: RICHARDSON, Jeremy (Ed.), European Union Power and Policy Making, Routledge, London, 1996
- R. ARNOLD, Regensburg, The European Constitution and The Transformation of National Constitutional Law, http://www.ecln.net/elements/conferences/book_prag/ArnoldFinal.pdf, 12.11.2006 tarihinde görüldü
- RIGAUX, François, Hans Kelsen on International Law, European Journal of International Law, V.9, 1998, N.2
- * Conseil d'Etat İnternet Sayfası, Resmi Basın Bildirisi, http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0704.shtml, 28 Şubat 2007 tarihinde görüldü.

İŞSİZLİK SİGORTASININ KAPSAMI VE İŞSİZLİK ÖDENEĞİNE HAK KAZANMA KOŞULLARI

*Ekrem TAŞBAŞI**

I. GİRİŞ

Sosyal güvenlik sistemimizde yer alan sigorta kolları iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malullük, yaşlılık, ölüm ve işsizlik sigortasıdır.

Bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına karşın, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigortaya yani işsizlik sigortasına ilişkin işlemlerin yürütülmesinden ülkemizde İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü görev ve yetkilidir.

Bu makalede 25.08.1999 gün ve 4447 Sayılı Yasa ile hukuk sistemimize giren işsizlik sigortasına ilişkin olarak işsizlik sigortasının kapsamı ve işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları üzerinde durulacaktır.

II. İŞSİZLİK SİGORTASINA İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

Bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına karşın, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigortaya işsizlik sigortası adı verilmektedir.

İşsizlik sigortası zorunlu bir sigorta türüdür. 4447 Sayılı Yasa kapsamına giren ve halen çalışmakta olanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, yeni girenler ise işe başladıkları tarihten itibaren işsizlik sigortası kapsamında sigortalı olmaktadırlar.

4447 Sayılı Yasa kapsamında sigortalılığın başlamasıyla birlikte, sigortalılar ile bunların işverenlerinin sigorta hak ve yükümlülükleri de işlemeye başlar. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre Sosyal Sigor-

---

(*) *Sosyal Güvenlik Müfettişi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı Öğrencisi*

talar Kurumuna bildirilmiş olan işyeri ve sigortalılar Kuruma da bildirilmiş sayılır.

4447 Sayılı Yasa kapsamındaki işsizlere işsizlik ödeneği, hastalık ve analık sigortası primleri, yeni bir iş bulma, meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi ödemeleri yapılır ve hizmetleri sağlanır. Türkiye İş Kurumu işsizlik ödeneği alan sigortalı işsizlere mesleklerine uygun ve son yaptıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın bir iş bulunması hususunda çalışmalar yapmaktadır. İşveren tarafından geçici görevle yabancı ülkeye gönderilen sigortalıların hak ve yükümlülükleri bu görevi yaptıkları sürece devam etmektedir.

İşsizlik sigortasına işverenlerce ödenen primler kazancın tespitinde gider olarak kabul edilir, sigortalılarca ödenen primler de gerçek ücretin hesaplanmasında gelir vergisi matrahından indirilir.

İşsizlik ödeneği her ayın sonunda aylık olarak işsizin kendisine ödenir. İlk işsizlik ödeneği ödemesi ise ödeneğe hak kazanılan tarihi izleyen ayın sonunda yapılır. İşsizlik ödeneği damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. İşsizlik ödeneği, nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez.

III. İŞSİZLİK SİGORTASININ KAPSAMI

İşsizlik sigortasının kapsamında sigortalı olanlar 4447 Sayılı Kanunun 46. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre 4447 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar şunlardır:

1-506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesi uyarınca bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar işsizlik sigortasından yararlanmaktadırlar.

2-506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalılarda işsizlik sigortasından yararlanırlar. Buna göre bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birliklerin çalışanlarına da işsizlik sigortası hükümleri uygulanır.

3- Mütekabiliyet esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışan yabancı işçilerde işsizlik sigortası kapsamındadır.

İşsizlik sigortasının kapsamında sigortalı olmayanlar ise şunlardır:

1-506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar işsizlik sigortası kapsamına girmemektedir. Buna göre; tarım işlerinde çalışanlar, işverenin ücretsiz çalışan eşi, aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü dereceye kadar (Üçüncü derece dahil) olan hısımlar sırasında ve aralarında dışardan başka kimse katılmayarak bu konut içinde yapılan işlerde çalışanlar, ev hizmetlerinde çalışanlar (ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç), askerlik hizmetlerini yapmakta olan yükümlüler (27.2.1962 tarihli 33 Sayılı Kanun hükümlerine göre çalışanlar hariç), kanunla kurulu emekli sandıklarına aidat ödemekte olanlar,

yabancı bir memlekette kurulu herhangi bir müessese tarafından ve o müessese nam ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderilen ve yabancı memlekette sigortalı olduğunu bildiren yabancı kimseler, resmi meslek ve sanat okullarıyla, yetkili resmi makamların müsaadesiyle kurulan meslek veya sanat okullarında tatbiki mahiyetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler, sağlık müesseselerinde işe alıştırılmakta olan hasta veya malûller, herhangi bir işverene hizmet akdiyle bağlı olmaksızın kendi nam ve hesabına çalışanlara işsizlik sigortası hükümleri uygulanmaz.

2- Sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar da işsizlik sigortası kapsamında değildirler.

3-657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu, 233 ve 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar da bu Kanun kapsamına dahil değildir.

İşveren tarafından geçici görevle yabancı ülkeye gönderilen sigortalıların hak ve yükümlülükleri bu görevi yaptıkları sürece devam eder. Ülkeye dönmeleri ve İşsizlik Sigortası Kanunun 51. maddesinde belirtilen işsizlik sigortasına hak kazanma koşullarını yerine getirmeleri halinde kendilerine işsizlik sigortasından hak ettikleri ödemeler yapılır ve hizmetlerden yararlanmaları sağlanır.

IV. İŞSİZLİK ÖDENEĞİNE HAK KAZANMA KOŞULLARI

İşsizlik sigortasına hak kazanma şartları şunlardır;

1- İşsizlik Sigortası Kanunu uyarınca sigortalı sayılanlardan hizmet akitleri;

a) 25.8.1971 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi[1] veya 20.4.1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununun 16. maddesi[2] ya da 13.6.1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6. maddesi-

---

(1) 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. İş sözleşmeleri, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır.

(2) 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 ncı maddesi uyarınca hizmet akti, işi altı ay sürmüş olan gemi adamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlıyarak iki hafta sonra, işi altı aydan bir buçuk

nin dördüncü fıkrasında[3] belirtilen bildirim önellerine uygun olarak hizmet akdi işveren tarafından sona erdirilmiş olmak,

b) Hizmet akdi, süresi belli olsun veya olmasın sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksizin 4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin (I), (II) ve (III) numaralı bentlerine[4] veya 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14. maddesinin (II) ve (III) numaralı bentlerine[5] veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 7. maddesi[6] ile 11. maddesinin birinci fıkrasına göre sigortalı tarafından feshedilmiş olmak,

c) Hizmet akdi, süresi belli olsun veya olmasın sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksizin 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin (I) ve (III) numaralı bentlerine[7] veya 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14. maddesinin (III) numaralı bendine veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 12. maddesinin birinci fıkrasına[8] göre işveren tarafından feshedilmiş olmak,

d) Hizmet akdinin belirli süreli olması halinde, bu sürenin bitimi nedeniyle işsiz kalmak, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 7. maddesinin (II)

---

2. dipnot devamı: yıla kadar sürmüş olan gemi adamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlıyarak dört hafta sonra, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan gemi adamı için bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlıyarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüş olan gemi adamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlıyarak sekiz hafta sonra bozulmuş olur.

(3) 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca birinci maddenin şümulüne giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet münasebeti bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasılasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı ihbardan itibaren üç ay geçtikten sonra muteber olur. Beş seneden az hizmeti olanlar için bu ihbar müddeti bir aydır.

(4) Bu haller sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebeplerdir.

(5) 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 üncü maddesinin (II) numaralı bendi uyarınca süresi belirli olan veya olmayan yahut da sefer üzerine yapılan hizmet akti gemi adamı tarafından ücretin kanun hükümleri veya hizmet akti gereğince ödenmemesi, işveren veya işveren vekilinin gemi adamına karşı, kanuna, hizmet akitlerine veya sair iş şartlarına aykırı hareket etmesi ve işveren veya işveren vekilinin gemi adamına karşı denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareket etmesi hallerinde feshedilebilir. Kanununun 14 üncü maddesinin (III) numaralı benti uyarınca da hizmet akdi işveren, işveren vekili veya gemi adamı tarafından, geminin herhangi bir sebeple 30 günden fazla bir süre seferden kaldırılması ve gemi adamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa veya sakatlığa uğraması hallerinde feshedilebilir.

(6) 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 7 nci maddesi uyarınca gazeteci en az bir ay evvel işverene yazılı ihbarda bulunmak suretiyle iş akdini her zaman feshedebilir. Yine Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasına göre bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde, gazeteci ihbar mühletini beklemeden akdi feshedebilir.

(7) Bu haller sağlık sebepleri ve zorlayıcı sebeplerdir.

(8) Bu fıkra uyarınca gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akdi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi cihetine gidilebilir.

numaralı bendinde belirtilen hizmet akdinin belirli bir sefer için yapılmış olması nedeniyle sefer sonunda işsiz kalmak,

e) İşyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedenleriyle işten çıkarılmış olmak, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14. maddesinin (IV) numaralı[9] bendindeki nedenlerle işsiz kalmak,

f) 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 21. maddesi kapsamında işsiz kalmak.

2- Kuruma süresi içinde şahsen başvurmak. Sigortalı işsizin, işsizlik ödeneği, hastalık ve analık sigortası primleri, yeni bir iş bulma ve meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi şeklinde verilen ödeme ve hizmetlerden yararlanabilmesi için işten ayrılma bildirgesi ile birlikte hizmet akdinin feshedildiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde Kuruma doğrudan başvurması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülür.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 20.06.2006 tarih, 2006/7506 Esas No ve 2006/9287 Karar Numaralı kararında özetle *"Açıklanan ilkeler doğrultusunda; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.05.2006 tarih 2006/10-242 Esas 2006/270 Karar Sayılı kararında da açıkça kabul edildiği üzere, ülkemizde işsizlik sigortasının, sigortalı işsizin gelir kaybının önlenmesi yanında istihdamın geliştirilmesi amacını da içerecek şekilde düzenlendiği, Kurumun bu amacın gerçekleştirilmesine imkan verecek şekilde örgütlendiği ve sigortalı işsizin bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak Kurum ile organik bağının teminini sağlamak amacı ile "şahsen" ve "doğrudan" başvuru koşulunun getirildiğinin açık bulunmaktadır. Öte yandan; İş Kur tarafından çıkarılan (3) numaralı tebliğin 5/2. maddesi uyarınca; "İşverenin İAB düzenlememesi halinde hak kaybına yol açılmaması için sigortalı işsizin talep dilekçesi ve resmi kimlik belgesi ile yaptığı müracaatı kabul edilir." düzenlemesi ile, işten ayrılma bildirgesinin düzenlenmemesi halinde izlenecek yol da açıkça gösterilmiştir. Somut olayda; Kuruma iş akdinin feshinden itibaren bir ay içinde veya diğer koşulların mevcut olması halinde hak kazanacağı ödenek süresi içinde şahsen başvurusu bulunmadığı anlaşılan ve mevzuattaki bu açık düzenlemelerin gereğini yerine getirmeyen davacı yönünden davanın reddi yerine, yanılgılı değerlendirme ile yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."* denmektedir. Yargıtay kararında açıkça belirtildiği üzere işsizlik sigortasından yararlanmak için şahsi başvuru yapmak gerekmektedir.

---

(9) 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 üncü maddesinin (IV) numaralı bendi uyarınca geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veyahut Türk Bayrağından ayrılması hallerinde hizmet akdi kendiliğinden bozulur.

3- Yeni bir iş almaya hazır olduğunu kaydettirmek,

İşsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için hizmet akdinin başvuru sırasında grev, lokavt veya kanundan doğan ödevler nedeniyle askıya alınmamış olması ve sigortalının herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan gelir veya aylık almaması gerekmektedir.

Günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama net kazancının % 50'sidir. Bu suretle hesaplanan işsizlik ödeneği miktarı 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 33. maddesine göre sanayi kesiminde çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin netini geçemez.

Hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışmış olanlardan, son üç yıl içinde;

1- 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 180 gün,

2- 900 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 240 gün,

3- 1080 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 300 gün süre ile işsizlik ödeneği verilir.

Sigortalı, işsizlik ödeneğinden yararlanma süresini doldurmadan tekrar işe girer ve işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanmak için bu Kanunun öngördüğü şartları yerine getiremeden yeniden işsiz kalırsa, daha önce hakettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar bu haktan yararlanmaya devam eder. Bu Kanunun öngördüğü şartları yerine getirmek suretiyle yeniden işsiz kalınması halinde ise, sadece bu yeni hak sahipliğinden doğan süre kadar işsizlik ödeneği ödenir.

V. SONUÇ

Sosyal hizmetler insanların kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi ve manevi sosyal yoksunluklarının giderilmesi ve ihtiyaçlarının karşılanmasında, insanların kendilerine daha yeterli hale gelmelerinde ve başkalarına bağımlı olma hallerinin önlenmesinde, aile ilişkilerinin güçlenmesinde, birey, aile, grup ve toplumların sosyal işlevlerini başarıyla yerine getirmelerinde yardımcı olmak; insanların yaşam standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini sağlamak amacıyla gerçekleştirilen koruyucu-önleyici, iyileştirici-rehabilite edici, değiştirici-geliştirici nitelikteki sistemli ve düzenli faaliyet ve programlar bütünüdür.

Sosyal yardımlar, yerel ölçüler içinde minimum düzeyde dahi kendisini ve bakmakla yükümlü olduğu kişileri geçindirme olanağından yoksun kalmış bireylere, muhtaçlık tespitine ve kontrolüne dayalı olarak yapılan ve onları kendi kendilerine yeterli hale getirmek amacını taşıyan ay-

ni-nakdi nitelikteki geçici veya sürekli, sistemli ve düzenli karşılıksız yardımlardır.

Sosyal sigortalar ise, kişileri zaman içinde tanım ve kapsamı değişen sosyal risklere karşı koruyan, finansmana katkı ve katılım zorunluluğunun bulunduğu, primlere dayalı programlardır.[10]

Yukarıda açıklanan koşulların taşınmasıyla yararlanma hakkı kazanılan işsizlik sigortası hem sosyal sigorta hem de sosyal yardımlarla ilişkili bir sigorta türüdür.

---

(10) "Sosyal Güvenlik Reformu: Uygulama Öncesi Yeni Yaklaşım", 7-8, SGK, Mayıs 2007 (http://www.ssk.gov.tr/sgk/doc/SosyalGuvenlikReformu_UygulamaOncesiYeniYaklasim.doc, e.t. 21.01.2008)

BİLANÇO OKUMA

AVUKAT ve BİR TİCARİ İŞLETMENİN BİLANÇOSU

Av. Humral TAN

AMAÇ ve KAPSAM:

Bu yazının amacı, avukatların hukuki süreçlerde karşılaşabileceği ticari işletme bilançolarını tanıması, anlaması ve bir ölçüde yorumlayabilmesini kolaylaştıracak bilgileri sağlamaktır.

Kapsam ise, Türk Ticaret Kanunu (TTK) bünyesinde yer alan ticari işletmelerin bilançoları olacaktır.

TÜRK TİCARET KANUNU ve BİLANÇO:

TTK'nın 11. maddesinde ticari işletme, *"ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler"* olarak tanımlanmıştır.

Bilançonun tanımı TTK'nın 74. maddesinde, *"envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifi ve karşılıklı olarak değerleri itibariyle tertiplenmiş hulâsası"* şeklinde belirtilmiş, aynı maddenin devamında bilançoya ilişkin aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir:

"Bilânçonun aktif tablosunda, mevcutlarla alacaklar ve varsa zarar, pasif tablosunda; borçlar gösterilir.

Aktif yekûnu ile borçlar arasındaki fark tacirin işletmeye tahsis ettiği ana sermayeyi teşkil eder. Ana sermaye de pasif tablosuna kaydolunur ve bu suretle aktif ve pasif tablolarının yekunları denkleşir. Yedek akçeler ve kâr ayrı gösterilseler dahi, ana sermayenin cüzüleri sayılırlar."

Diğer taraftan TTK'nın *"açıklık ve doğruluk esasları"* başlıklı 75. maddesinde de, bilanço düzenlerken dikkate alınması gereken hususlar hükme bağlanmıştır:

"İlgililerin; işletmenin iktisadi ve mali durumu hakkında mümkün olduğu kadar doğru bir fikir edinebilmeleri için, envanter ve bilânçoların ticari esaslar gereğince eksiksiz, açık ve kolay anlaşılır bir şekilde memleket parasına göre tanzimi lâzımdır.

Bütün aktifler, en çok bilânço gününde işletme için haiz oldukları değer üzerinden kaydolunur. Borsada kote edilen emtia ve kıymetler o günün borsa rayicine göre ve tahsil edilemiyen veya ihtilâflı bulunanlar müstesna olmak üzere, bütün alacaklar da itibari miktarlarına göre hesabedilir.

Pasifler, hususiyle bütün borçlar, şarta bağlı veya vâdeli olsa bile, itibari değeri üzerinden hesaba geçirilir.

Tİcaret şirketleriyle ticaret kurumlarının envanter ve bilânçoları hakkındaki hususi hükümler mahfuzdur."

Bilanço kavramına, TTK'da 77 ayrı yerde rastlanmaktadır. Yukarıda sözü edilenler dışında kavramın geçtiği diğer bir kısım maddelerde; işletme sahiplerine, yöneticilere, denetçilere, genel kurullara ve diğer ilgililere bilanço ile ilgili olarak sorumluluklar yüklenmektedir.

Örneğin, 324. madde sorumluluk düzenlemesine bir örnektir. *"Şirketin mali durumunun bozulması halinde"* başlıklı madde hükmü aşağıdaki şekildedir:

"Son yıllık bilânçodan esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, idare meclisi derhal toplanarak durumu umumi heyete bildirir.

Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilânçosu tanzim eder. Esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kaldığı takdirde, umumi heyet bu sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılır. Şirketin aktifleri şirket alacaklarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkeme bu takdirde şirketin iflâsına hükmeder. Şu kadar ki; şirket durumunun ıslâhı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflâs kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tâyini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır."

TTK'nın yanısıra İcra ve İflas Kanunu'nun konkordato, iflas ve diğer bölümlerinde bilanço kavramına bağlanmış hükümlere rastlanmaktadır.

Vergi mevzuatı kapsamındaki kanunlarda, Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve sair pek çok kanunda bilanço ile ilgili birçok hüküm bulunmaktadır.

Kanunların yanısıra yönetmeliklerde de bilançolara bağlanan çeşitli hükümler yer almaktadır. Örneğin, havacılık işletmelerini ilgilendiren Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği'nin *"mali güç"* başlıklı 16. maddesinin "e" bendi:

"e) Bakanlık tarafından yapılacak veya yaptırılacak mali denetimlerde, şirketin yıl sonu bilançosunda, bu Yönetmelikle istenen sermayesinin öz varlık içerisinde mevcut olması ve kısa vadeli borçlarının dönen varlıklarının değerinden yüksek olmaması gerekir."

Avukat, vekil veya danışman olarak katıldığı hukuk süreçlerinde, içeriğinde bilanço kavramı yer alan yasa, yönetmelik vb hükümlerle ilgili olduğu ölçüde bilançoyu tanımak, anlamak ve yorumlamak durumunda kalabilecektir.

BİLANÇONUN YALIN ANLATIMI

Bilançoyu teknik terimleri ile tanımadan önce, bir ticari işletme yerine bir okuyucu olarak sizi ve sizin finansal (malî) durumunuzu ele alalım. Böylece bilanço kavramı ile daha bir yakınlaşmış, diğer karşılaşacağımız terimlerin de anlamlarını şimdiden benimsemiş oluruz.

Bilanço nedir?

Bilanço, bir kişi olarak sahip olduğunuz tüm varlıkları ve borçları gösteren tablodur.

Günlük hayatta kişilerin finansal durumlarını yorumlarken şu benzeri ifadelerde bulunuruz:

- Çok varlıklı biri,
- Hiç borcu yok, borçlanmaktan da hoşlanmaz,
- Oldukça borcu var,
- Borca batmış, iflas etmiş!
- Varlık içinde yokluk çekiyor; o kadar evi arsası var, ama günlük yaşamı için parası yok,
- Artık sınırda, daha fazla borçlanmaması lazım.

Bu ifadelerin herbiri özellikle seçilmiştir. Yeri gelince söz edeceğiz. Esasen bu yorumlarda bulunabilmek için o kişinin bilançosu hakkında bilgimizin olması gerekir. Yani, o kişinin;

- Varlıklarını ve varlıklarının yapısını,
- Borçlarını ve borçlarının yapısını,

öncelikle bilmeliyiz. Daha sonra da yapacağımız mukayeselerle olumlu veya olumsuz yargılara ulaşıp yorumlar yapabiliriz.

Örneğin, finansal durumları hakkında bilgi verilen aşağıdaki kişilere ait sorular karşısında yanıtlarınız ne olurdu?

-Bir kişinin varlıkları 2007 sonunda 100.000 YTL iken 2008 sonunda 150.000 YTL'dir. Bu kişi geçen bir yılda zenginleşmiş midir? Sadece varlıklardaki artış, zenginleşmeyi değerlendirmek için yeterli midir?

- İki kişinin varlıklarının yapısı farklı fakat toplam değerleri aynıdır: 100.000 YTL. Her ikisinin de 30.000 YTL borcu vardır. Birinin varlıklarının %90'ını bankadaki mevduatı oluştururken, diğerinin varlıklarının %90'ını gayrimenkuller oluşturuyor. Her ikisi de aynı zenginlikte midir? Her ikisinin de borçlarını ödeme yeteneği aynı mıdır? Siz bu kişilerden bi-

rine borç verecek olsanız, hangisini daha az riskli görürdünüz, hangisini tercih ederdiniz?

- İki kişinin borçları aynı tutarda: 50.000 YTL. Bu borcu, birincisi beş yılda diğeri ise iki yılda geri ödemek zorunda. Hangisi olmak isterdiniz?

Soruları bu kadarla sınırlandıralım ve bilançoyu yapısal olarak açıklayalım.

Bilançonun yapısı:

Kişi olarak sahibi olduğunuz varlıklar ve borçlar gelişigüzel bir değerler yığını halinde bilançoya yerleştirilmez. Bilançonun bir bütünlüğü vardır, bir sistemdir ve belirli kriterlere uyularak varlıklar ve borçlar tabloda yerlerine yerleştirilir. Böylece bilanço anlamlı ve daha anlaşılır bir hale gelir.

Veli Varlıklı isimli şahsın 31.12.2007 tarihindeki varlıkları ve borçları hakkında aşağıdaki bilgilere sahibiz:

Varlıklar	
Nakit para	1.000 YTL
Banka mevduatı	10.000 YTL
Hazine bonosu	30.000 YTL
Alacak	5.000 YTL
Otomobil	15.000 YTL
İşyeri	50.000 YTL
Ev	100.000 YTL
Yazlık	60.000 YTL
Toplam varlıklar	271.000 YTL

Borçlar	
Kredi kartı borçları	6.000 YTL
Banka kredisi (ev için-60 aylık)	60.000 YTL
Vergi borçları	6.000 YTL
Diğer borçlar	1.000 YTL
Toplam borçlar	71.000 YTL

Bu kişinin finansal durumu hakkında aşağıdaki sonuçları söyleyebiliriz:

- Öncelikle varlıklarının değeri 271.000 YTL'dir.
- 71.000 YTL borçludur.
- Varlıkları borçlarından 200.000 YTL kadar fazladır. Bu fazlalığı nasıl isimlendirebiliriz? Kişi, 271.000 YTL'lik varlığının 71.000 YTL'lik kısmını borçlanarak karşıladığına (finanse ettiğine) göre, kalan kısmını kendi öz kaynaklarından karşılamıştır. Bu öz kaynaklarla karşılanan kısma, doğrudan "öz kaynak" diyebileceğimiz gibi, "öz varlık" ya da "öz sermaye" de diyebiliriz.
- Varlıkların bir kısmı likit (para veya kısa sürede paraya dönüşebilen) varlıklardan oluşmaktadır. Örneğin, nakit paranın yanısıra, banka mevduatının ve hazine bonosunun kısa sürede paraya dönüşebileceğini varsayarsak, bu değerlerin hepsi likit varlıklardır. Ancak, taşınmazlar (ev, işyeri, yazlık) için likit varlık diyebilmek mümkün değildir.
- Banka kredisi 60 ayda geri ödenecek bir borçtur. Halbuki, tamamı bir yılda ödenecek olsaydı, yaratacağı finansal baskı daha fazla olurdu. Ancak kredi, 60 ayda geri ödeneceğine göre 12 aya isabet eden 12.000 YTL'lik kısmı kısa vadeli (bir yıl içinde ödenecek), daha sonraki aylarda ödenecek 48.000 YTL'lik kısmı ise uzun vadelidir.

Bir T şeklinde tablo oluşturalım, varlıkları tablonun sol yanına, borçları da sağ yanına değerleri ile birlikte bilanço formatında listeleyelim.

VELİ VARLIKLI 31.12.2007 TARİHLİ BİLANÇO			
DÖNEN VARLIKLAR	**46.000 YTL**	**KISA SÜRELİ BORÇLAR**	**23.000 YTL**
Nakit para	1.000 YTL	Kredi kartı borçları	6.000 YTL
Banka mevduatı	10.000 YTL	Banka kredisi (1-12 ay)	12.000 YTL
Hazine bonosu	30.000 YTL	Vergi borçları	4.000 YTL
Alacak	5.000 YTL	Diğer borçlar	1.000 YTL
DURAN VARLIKLAR	**225.000 YTL**	**UZUN SÜRELİ BORÇLAR**	**48.000 YTL**
Otomobil	15.000 YTL	Banka kredisi (13-60 ay)	48.000 YTL
İşyeri	50.000 YTL		
Ev	100.000 YTL	**ÖZ KAYNAKLAR**	**200.000 YTL**
Yazlık	60.000 YTL		
TOPLAM VARLIKLAR	**271.000 YTL**	**TOPLAM KAYNAKLAR**	**271.000 YTL**

Yukarıdaki şekilde tasnif edilmiş bilançoya göre, Veli Varlıklı'nın finansal durumu hakkında ilaveten neler söyleyebiliriz:

• 271.000 YTL'lik toplam varlığın; 46.000 YTL'lik dönen varlıklar kısmı likit ve kısa sürede (en çok bir yılda) paraya dönüşebilecek değerlerden oluşmaktadır. 225.000 YTL'lik duran varlıklar kısmı ise bir yıldan daha uzun süre kullanılması amaçlanan ve kısa sürede paraya dönüştürülmeyecek değerlerdir.

• 271.000 YTL'lik toplam varlıklar; 23.000 YTL'si kısa süreli borç (bir yıla kadar ödenecek), 48.000 YTL'si uzun süreli borç (bir yıldan daha uzun sürede ödenecek) ve 200.000 YTL'si öz kaynaklarla finanse edilmiştir (karşılanmıştır).

• Dönen varlıklar 46.000 YTL ve kısa süreli borçlar 23.000 YTL olduğuna göre, her 1 YTL'lik kısa süreli borca karşılık 2 YTL kısa sürede paraya dönüşecek varlık vardır. Bunun teknik ifadesi cari oran 2'dir. Bu oran aşağıya indikçe kısa süreli borçları karşılama riski artar, yukarıya çıktıkça kısa süreli borçları karşılama yeteneği artar. Bankalar, cari oranı yüksek olan kişiye kredi vermeyi yeğlerler. Cari oranı düşük olan kişinin kredi bulması daha zordur ya da daha pahalıdır; diğer anlatımla daha yüksek risk primi/faiz öder.

Şimdi, yukarıdaki 31.12.2007 tarihli bilançoyu esas alarak, 2008 yılında Veli Varlıklı'nın finansal durumunu etkileyen aşağıdaki olayların gerçekleştiğini varsayalım:

1. Bir yakınının vefatı ile yüzbin YTL miras kalıyor.

2. Hazine bonosunun alış değeri 10.000 YTL olan kısmını 11.000 YTL'den satıyor.

3. Dörtbin YTL'lik vergi borcunu ödüyor.

4. Otomobilini 10.000 YTL'ye satıyor.

5. Yazlığını 80.000 YTL'ye satıyor.

6. Banka mevduatının vadesi geliyor ve 1.000 YTL faiz tahakkuk ederek banka hesabına kaydediliyor.

7. Bin YTL'lik diğer borçlarını ödüyor.

8. Kredi kartı borçlarının tamamını ödüyor.

9. Bankadan 3.000 YTL tüketici kredisi alıyor ve fakat henüz harcamıyor.

10. Hazine bonosunun 15.000 YTL'lik kısmını (faizlerin yükselmesi nedeniyle) 13.000 YTL'ye satıyor.

Yukarıdaki on ayrı işlemin Veli Varlıklı'nın finansal durumuna etkilerini,

- Dönen varlıklar tutarı
- Dönen varlıklardan kısa süreli borçları çıkardıktan sonra kalan tutar (= net işletme sermayesi)
- Cari oran (= dönen varlıklar / kısa süreli borçlar)
- Öz kaynaklar tutarı

yönünden tespit ediniz. Aşağıdaki tabloda ilgili bölümlere; etki artış yönünde ise "+", etki azalış yönünde ise "-" ve herhangi bir etki yok yani etkisiz ise "0" yazınız:

	İşlemler		Net		
		Dönen	İşletme	Cari	Öz
		Varlıklar	Sermayesi	Oran	Kaynak
1.	Bir yakınının vefatı ile yüzbin YTL miras kalıyor.				
2.	Hazine bonosunun alış değeri 10.000 YTL olan kısmını 11.000 YTL'den satıyor.				
3.	Dörtbin YTL'lik vergi borcunu ödüyor.				
4.	Otomobilini 10.000 YTL'ye satıyor.				
5.	Yazlığını 80.000 YTL'ye satıyor.				
6.	Banka mevduatının vadesi geliyor ve 1.000 YTL faiz tahakkuk ederek banka hesabına kaydediliyor.				
7.	Bin YTL'lik diğer borçlarını ödüyor.				
8.	Kredi kartı borçlarının tamamını ödüyor.				
9.	Bankadan 3.000 YTL tüketici kredisi alıyor ve fakat henüz harcamıyor.				
10	Hazine bonosunun 15.000 YTL'lik kısmını (faizlerin yükselmesi nedeniyle) 13.000 YTL'ye satıyor.				

Not: Çözüm yazının sonunda.

BİLANÇONUN TEKNİK TERİMLERLE ANLATIMI

En kısa tanımı ile bilanço, bir işletmenin bir andaki fotoğrafıdır. Bu fotoğraf genellikle işletmenin mali yıl sonu itibariyle çekilir; varlıklar, borçlar ve özsermaye kalemlerini ifade eden rakamlar bu fotoğrafın içinde yer alır. Bilanço okuma ise, bu fotoğrafın anlaşılması çabasıdır.

Diğer bir anlatım ile bilanço, bir ticari işletmenin varlıklarını ve bu varlıkların finansmanında kullanılan kaynakları belli bir tarih itibariyle gösteren finansal tablodur. Varlıklar, kısa-uzun dönemli bulundurma amaçlarına göre "dönen varlıklar" ve "duran varlıklar" olarak adlandırılır. Kaynaklar, önce dışarıdan elde edilen kaynaklar olarak "yabancı kaynak-

lar", işletme sahiplerine (ortaklar) ait kısım olarak da "öz kaynaklar" olarak iki gruba ayrılır. Yabancı kaynaklar ise kendi içinde kısa vadeli ve uzun vadeli yabancı kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılır.

Aşağıdaki formül bilançonun matematiksel yapısını özetler:

VARLIKLAR = BORÇLAR + ÖZ KAYNAKLAR

Diğer bir anlatımla, bir işletmenin öz kaynaklarını aşağıdaki şekilde formüle edebiliriz:

ÖZ KAYNAKLAR = VARLIKLAR – BORÇLAR

Bu formüle göre, bir işletme tüm varlıkları ile borçlarını karşılayamıyorsa, yani borçlarının tutarı varlıklarından daha fazla ise, öz kaynakları "-" tutar (sıfırın altında) olarak hesaplanır ve bu işletme "borca batık" diye nitelenir. Diğer taraftan, işletmenin varlıkları borçlarından ne kadar fazlaysa, öz kaynakları o ölçüde yüksektir, denir.

İşletme, mal ve/veya hizmet üretmek amacı ile üretim araçlarının (para, arsa, bina, mal, taşıtlar, makine ve teçhizat, demirbaşlar, insan kaynakları, ...) uyumlu şekilde bir araya getirilmesi ve yönetilmesi ile oluşan sosyal ve ekonomik birimdir.

İşletmelerde yöneticiler sorumluluk alanlarına giren konularda karar alır ve uygularlar. Bu kararlara bağlı olarak yapılan iş ve işlemler işletmenin bilançosunu etkiler: örneğin para tahsil edilir, ödeme yapılır, mal alınır, mal satılır, alacaklanılır, borçlanılır, taşıt alınır, arsa satılır, kredi alınır veya geri ödenir, ücret tahakkuku yapılır ve ödenir, sermaye artırımı yapılır, kar dağıtımı yapılır, yatırım yapılır, vb. Belli bir anın görüntüsünü sunan bilanço, yönetimin aldığı kararlar ve uygulamalarla olumlu veya olumsuz yönde sürekli değişir.

Bilançoda yer alan ana hesap grupları

BİLANÇO

DÖNEN VARLIKLAR	KISA VADELİ YABANCI KAYNAKLAR
+	+
DURAN VARLIKLAR	UZUN VADELİ YABANCI KAYNAKLAR
	+
	ÖZ KAYNAKLAR
=	=
AKTİF (VARLIKLAR)	PASİF (KAYNAKLAR)

Hesap gruplarının kapsamı:

Yukarıdaki bilanço formatında yer alan ana hesap grupları, kendi içinde alt hesap gruplarına ayrılmakta, bir alt ayrıntıda da ticari işlemlere esas kullanılmakta olan hesap isimleri yer almaktadır. Bilançolar ayrıntılı düzenlenebileceği gibi, özet bilanço şeklinde de düzenlenebilir. Bu yazının amacına uygun olarak, mevzuattaki özet bilanço tipi ile de bağlı olmaksızın önce hesap gruplarını kısaca tanımlayıp sonra da kısaltılmış bir bilanço örneği ile anlatımımızı sürdüreceğiz.

DÖNEN VARLIKLAR: Eldeki ve bankadaki para ile en çok bir yıl içinde paraya dönüşmesi veya tüketilmesi öngörülen varlıklardan oluşur. Örnek hesaplar: Kasa, banka, alıcılar, alacak senetleri, ortaklardan alacaklar, stoklar, iş avansları.

DURAN VARLIKLAR: Bir yıldan daha uzun süre işletmede kullanılmak üzere elde tutulan ve kısa sürede (bir yıl) paraya dönüşmesi/tüketilmesi öngörülmeyen varlıklardan oluşur. Örnek hesaplar: İştirakler, arazi ve arsalar, binalar, taşıtlar, demirbaşlar, haklar, özel maliyetler, birikmiş amortismanlar.

KISA VADELİ YABANCI KAYNAKLAR: En çok bir yıl içinde ödenecek borçlardan oluşur. Örnek hesaplar: Banka kredileri, satıcılar, borç senetleri, alınan depozito ve teminatlar, ortaklara borçlar, personele borçlar, alınan avanslar, ödenecek vergi ve fonlar.

UZUN VADELİ YABANCI KAYNAKLAR: Bir yıldan daha uzun sürede ödenecek borçlardan oluşur. Örnek hesaplar: Banka kredileri, satıcılar, borç senetleri, alınan depozito ve teminatlar, ortaklara borçlar.

ÖZ KAYNAKLAR: Varlıklar ve yabancı kaynaklar arasındaki farkı dengeleyen hesap grubu olup, işletme sahiplerine (ortaklar, hissedarlar) ait hesaplardan oluşur. Örnek hesaplar: Sermaye, ödenmemiş sermaye, sermaye yedekleri, yasal yedekler, geçmiş yıllar karları, geçmiş yıllar zararları, dönem net karı (zararı).

Bir ticari işletmenin bilançosu:

ABC ANONİM ŞİRKETİ

31.12.2007 TARİHLİ BİLANÇOSU

DÖNEN VARLIKLAR	**200.000 YTL**	**KISA VADELİ YABANCI KAYNAKLAR**	**80.000 YTL**
Kasa	12.000 YTL	Banka kredileri	20.000 YTL
Banka	48.000 YTL	Satıcılar	40.000 YTL
Alıcılar	50.000 YTL	Vergi borçları	15.000 YTL
Stoklar	90.000 YTL	Diğer borçlar	5.000 YTL
DURAN VARLIKLAR	**300.000 YTL**	**UZUN VADELİ YABANCI KAYNAKLAR**	**60.000 YTL**
Binalar	130.000 YTL	Banka kredileri	60.000 YTL
Taşıtlar	50.000 YTL		
Demirbaşlar	150.000 YTL	**ÖZ KAYNAKLAR**	**360.000 YTL**
(-)Birikmiş amortisman	- 30.000 YTL	Sermaye	250.000 YTL
		(-)Ödenmemiş sermaye	- 75.000 YTL
		Yasal yedekler	50.000 YTL
		Dönem net karı	135.000 YTL
TOPLAM VARLIKLAR	**500.000 YTL**	**TOPLAM KAYNAKLAR**	**500.000 YTL**

ABC İşletmesinin yukarıdaki bilançosuna bakarak neler söyleyebiliriz?

- Varlıkların değeri 500.000 YTL'dir.
- Varlıkların, toplam 140.000 YTL yabancı kaynak (borç) ve 360.000 YTL öz kaynak ile finanse etmektedir.
- Borçların 80.000 YTL'lik kısmı kısa vadeli ve 60.000 YTL'lik kısmı uzun vadelidir.
- Varlıkları borçlarından 360.000 YTL kadar fazladır ve bu fazlalık öz kaynakları teşkil etmektedir.
- Öz kaynaklar kapsamındaki 250.000 YTL'lik sermaye taahhüdünün henüz 75.000 YTL'lik kısmı henüz hissedarlarca ödenmemiştir.
- 2007 yılında vergiden sonra 135.000 YTL net kar elde edilmiştir.
- Varlıkların 200.000 YTL'lik kısmı bir yıla kadar nakde dönüşecek niteliktedir (dönen varlıklar = işletme sermayesi). Bir yıldan daha uzun süre kullanılması amaçlanan ve paraya dönüşecek varlıkların değeri ise 300.000 YTL'dir.
- Stoklar, işletme sermayesinin (dönen varlıklar) neredeyse yarısını oluşturmaktadır.
- İşletme, varlıklarının 80.000 YTL'lik kısmını banka kredileri ile karşılamaktadır. Kullanılan kredinin 60.000 YTL'lik kısmı uzun vadelidir (12 aydan daha uzun sürede geri ödenecektir).
- Dönen varlıklar 200.000 YTL ve kısa süreli borçlar 80.000 YTL olduğuna göre, her 1 YTL'lik kısa süreli borca karşılık 2,50 YTL kısa sürede paraya dönüşecek varlık vardır. Bu durumda cari oran (=dönen varlıklar / kısa süreli yabancı kaynaklar) 2,5'tir denir. Bu oranın düşük olması kısa süreli borçları karşılama yeteneğinin zayıflığını, yüksek olması ise bu yeteneğin yeterli ve güçlü olduğunu gösterir.

Bilançoda yer alan aktif ve pasif değerlere bakarak işletme hakkında yukarıdaki yargılara ulaşabilmekteyiz. Bunları olumlu veya olumsuz veri olarak kararlarımızda göz önüne alabiliriz. Ancak, bilançonun işletmenin sadece belli bir tarihteki durumunu gösterdiğini unutmamak gerek. Bilançonun daha anlamlı hale gelmesi için yorum ve analizlerde; diğer finansal tabloların (gelir tablosu, nakit akım tablosu gibi) sağladığı bilgilerden de yararlanmanın yanısıra, daha önceki dönemlerin bilançoları ve aynı sektördeki başka işletmelerin bilançoları ile karşılaştırmalar yapmak gerekir. Bu denli geniş bir çalışma bu yazının amacını aştığı için biz sadece başka bir işletmenin bilançosu ile karşılaştırma yapsaydık ne tür sonuçlar elde edebilirdik, şeklinde bir deneme yapalım. Karşılaştırmayı kolaylaştırmak amacıyla, yukarıda T şeklinde sunulan ABC işletmesine ait bilançoyu XYZ işletmesinin bilançosu ile birlikte rapor şeklinde sunalım:

31.12.2007 TARİHLİ BİLANÇOLAR	ABC A.Ş.	XYZ A.Ş.	FARK YTL	FARK %
DÖNEN VARLIKLAR	**200.000**	**250.000**	**50.000**	**25%**
Kasa	12.000	10.000	-2.000	-17%
Banka	48.000	30.000	-18.000	-38%
Alıcılar	50.000	40.000	-10.000	-20%
Stoklar	90.000	170.000	80.000	89%
DURAN VARLIKLAR	**300.000**	**650.000**	**350.000**	**117%**
Binalar	130.000	250.000	120.000	92%
Taşıtlar	50.000	150.000	100.000	200%
Demirbaşlar	150.000	350.000	200.000	133%
(-)Birikmiş amortisman	-30.000	-100.000	-70.000	233%
TOPLAM VARLIKLAR (AKTİF)	**500.000**	**900.000**	**400.000**	**80%**

KISA VADELİ YABANCI KAYNAKLAR	**80.000**	**200.000**	**120.000**	**150%**
Banka kredileri	20.000	100.000	80.000	400%
Satıcılar	40.000	60.000	20.000	50%
Vergi borçları	15.000	25.000	10.000	67%
Diğer borçlar	5.000	15.000	10.000	200%
UZUN VADELİ YABANCI KAYNAKLAR	**60.000**	**100.000**	**40.000**	**67%**
Banka kredileri	60.000	100.000	40.000	67%
ÖZ KAYNAKLAR	**360.000**	**600.000**	**240.000**	**67%**
Sermaye	250.000	400.000	150.000	60%
(-)Ödenmemiş sermaye	-75.000	0	75.000	-100%
Yasal yedekler	50.000	80.000	30.000	60%
Dönem net karı	135.000	120.000	-15.000	-11%
TOPLAM KAYNAKLAR (PASİF)	**500.000**	**900.000**	**400.000**	**80%**

	XYZ A.Ş.	**ABC A.Ş.**
Net işletme sermayesi (= dönen varlıklar - kısa süreli borçlar)	120.000	50.000
Cari oran (= dönen varlıklar / kısa süreli borçlar)	2,50	1,25
Dönen varlıklar / Aktifler	40%	28%
Toplam borçlar / Aktifler	28%	33%
Toplam borçlar / Öz kaynaklar	39%	50%
Öz kaynaklar / Aktifler	72%	67%

Bu karşılaştırmalı bilanço çalışmasına yine yukarıdaki değerlerden yararlanarak birkaç karşılaştırmalı bilgi daha ekleyelim:

Yukarıdaki tablolarda yer alan değerlerle iki işletme hakkında karşılaştırmalı değerlendirmeler yapalım ve XYZ işletmesinin ABC işletmesi karşısındaki durumunu tespit edelim:

- Varlıkları daha yüksek.
- Hem kısa vadeli hem de uzun vadeli borçları daha yüksek.
- Öz kaynakları daha yüksek.
- Stokları daha yüksek.
- Banka borçları daha yüksek.
- Net işletme sermayesi daha düşük.
- Cari oran daha düşük; dolayısıyla kısa süreli borçları karşılama yeteneği daha zayıf.
- Varlıklar içinde işletme sermayesine yatırım daha düşük.
- Varlıkların finansmanında daha çok yabancı kaynak kullanılıyor.
- Öz kaynaklara oranla yabancı kaynakların payı daha yüksek.
- Varlıkların finansmanında öz kaynaklar daha düşük.

Bu tespitlere dayanarak pek çok karşılaştırmalı yorum yapılabilir. Ancak, iki hususa dönük olarak yukarıdaki sonuçlardan yararlanıp değerlendirme yapalım. Bu hususlar; borçları ödeyememe hali (acizlik, İİK md.178) ile varlıkların borçları ödemeye yeterli olmaması hali (borca batıklık hali, İİK md.179, TTK md.324).

Sermaye yetersizliği ve borca batıklık kavramları:

İşletme sahipleri-yöneticileri, faaliyetlerini hedeflerine uygun olarak planlarken; neyi, ne zaman, nerede, nasıl, kimlerle, hangi kaynaklarla ve benzeri soruların yanıtlarını belirlerler. Bu planlama kapsamında yatırım detaylarını (duran varlıklar, işletme sermayesi) ve yatırımın nasıl finanse edileceğini (yabancı kaynaklar, öz kaynaklar) saptarlar.

Öz kaynakları, faaliyetlerini sürdürmeye ve üçüncü şahıslara karşı yükümlülüklerini yerine getirmeye yeterli bir işletme, güçlü mali yapısı olan bir organizasyon olarak nitelendirilir. Öz kaynakları yetersiz olan bir işletmenin faaliyetlerinde aksamalar gözlenir, alımları ve ödemeleri düzensizlik gösterir. Dolayısıyla güven verici özelliği zayıftır: Satıcı kredili mal satmak istemez, finans kuruluşları kredi vermek istemez. Üçüncü şahıslar, öz kaynakları yetersiz bir işletme ile hukuki ilişkiye girerken bu durumdan haberdar iseler, bir finansal risk üstlendiklerinin farkındadırlar. Ancak, durumdan haberdar olmayan üçüncü şahıslar için ise hesapsız bir riskten söz etmek gerekir; hatalı-yanıltıcı bilgi ile rasyonel olmayan kararlar alabilirler. Bu nedenle, bilançoda görünen öz kaynaklar değerinin doğru tespit edilmiş (muvazaadan uzak) bir tutar olması oldukça önemlidir.

İşletme faaliyetlerinin istikrarlı sürdürülmesi için öz kaynakların yeterli olması gerekir. İşletme yeterli öz kaynaklara sahip olmamakla birlikte borçlarını karşılayabilecek yeterliliğe sahip olabilir. Öz kaynak yetersizliğinin ileri boyutu ise, öz kaynakların "-" eksi tutarda olmasıdır. Yani, işletmenin faaliyetleri sonucu birikmiş zararlarının, ödenmiş sermaye ve diğer öz kaynak kalemlerinin toplamını aşmış olması halidir. Burada artık, sermaye yetersizliğinin olabilecek sakıncaları yanında, tüm varlıklar –defter değerleri ile- satılsa dahi açıkca borçların karşılanamayacağı durum söz konusudur. Risk daha da büyüktür.

Sermayenin kaybı halinde neler yapılacağı TTK'nın 324. maddesinde düzenlenmiştir (ayrıca İİK md. 179) ve bu madde hükümlerinin esas alındığı yargıtay kararlarında, sermaye kaybından "borca batıklık" olarak söz edilmektedir. Şirketin borca batıklık durumu iflasa karar verilmesini gerektirmektedir; şirketin aktifleri, alacaklıların alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde yönetim kurulu bu durumu derhal mahkemeye bildirmek ve mahkeme de şirketin iflasına -yetersizlik iddiasının doğru olması halinde- hükmetmek zorundadır.

Sermayesini kısmen veya tamamen kaybeden şirket ne yapacaktır? Öz kaynakların bilançodaki değeri, sermayenin 1/2'sine ulaşmıyorsa, yani sermayenin yarısı kaybedilmişse, TTK md. 324 hükmü yönetim kuruluna bu konuda sorumluluk yüklemiştir: Genel kurula haber verecek ve sermayenin gerçek değerinin saptanmasını sağlayacaktır. Tüm varlıklar rayiç değerleriyle saptandıktan sonra borçlar düşülecek ve yeni değerlenmiş haliyle öz kaynakların gerçek tutarı tespit edilecektir. Eğer bu tutara

göre, şirket sermayesinin 2/3'ü kaybedilmişse iki seçenek söz konusudur:

- Sermayenin tamamlanmasına karar vermek veya
- Sermayenin 1/3'ü ile iktifa etmek üzere sermayenin azaltılmasına karar vermek.

Bir üçüncü yol bulunmamaktadır. Bu iki seçenekten birine göre karar alınmaması halinde mahkeme şirketin iflasına hükmeder.

Örneğin, bir işletmenin bilançosuna ait aşağıdaki bilgilere sahip olalım:

	31.12.2007	**31.12.2008**
YABANCI KAYNAKLAR	**350.000**	**425.000**
ÖZ KAYNAKLAR	**550.000**	**100.000**
Sermaye	450.000	450.000
(-)Ödenmemiş sermaye	0	0
Yasal yedekler	60.000	65.000
Dönem net karı (zararı)	40.000	415.000
TOPLAM AKTİF = PASİF	**900.000**	**525.000**

İşletmenin 31.12.2007 tarihindeki esas sermayesi 450.000 YTL ve öz kaynakları ise 550.000 YTL'dir. Şirket 2008 yılında 415.000 YTL zarar etmiş, esas sermayesi 450.000 YTL olmakla birlikte öz kaynaklarının değeri 100.000 YTL'ye düşmüştür. Sonuçta, 450.000 YTL'lik esas sermayenin 350.000 YTL'si kaybedilmiş; diğer bir ifadeyle öz kaynakların bilançodaki değeri sermayenin 1/2'sine ulaşmıyor, sermayenin yarısı kaybedilmiş. Bu durumda TTK md.324'e göre yönetim kurulunun aşağıdaki işlemleri başlatması gerekecektir:

- Yönetim kurulu genel kurula haber verecek ve
- Bilançodaki tüm varlıkların rayiç değerleri hesaplanacak: Yukarıdaki 31.12.2008 tarihli bilançoda 525.000 YTL olarak görünen varlıkların rayiç değerlerinin 575.000 YTL olduğunu varsayalım.
- Bulunan değerden borçlar düşülerek öz kaynakların gerçek değerleri hesap edilecek: 575.000 YTL – 425.000 YTL = 150.000 YTL.
- Öz kaynakların hesaplanan gerçek tutarı 150.000 YTL, şirket sermayesi 450.000 YTL olduğuna göre, şirket sermayesinin 2/3'ü kaybedilmiştir. Öyleyse iki seçenek söz konusudur:

o Sermayenin tamamlanmasına karar vermek (sermaye artırımına gitmek) veya

o Sermayenin 1/3'ü ile iktifa etmek üzere sermayenin azaltılmasına karar vermek.

Bu kararlardan biri alınmadığı takdirde mahkeme TTK m. 324 hükümlerine göre şirketin iflasına hükmeder.

Sonuç:

Bilanço, bir ticari işletmenin varlık yapısını ve mali durumunu anlayabilmek için en önemli finansal tablodur.

Ancak diğer taraftan bilanço her şey değildir; işletmenin her yanını görmek için tek başına yeterli bir tablo değildir. Bilanço, bir işletmeye sadece bir pencereden bakma olanağı sağlar. Bir işletme için daha geniş ve esaslı yargıya ulaşabilmek için, diğer finansal tablolar ve bilançoya yansımayan riskler hakkında da bilgi sahibi olmak gerekir.

Bilançonun bir finansal tablo olarak zayıf tarafı, varlık kalemlerinin genellikle maliyet değerleri ile aktifte yer almasıdır. Örneğin, 100.000 YTL'ye satınalınmış bir arsanın rayiç değeri 1.000.000 YTL olsa dahi, bilançoda yine de 100.000 YTL olarak gösterilir. Dolayısıyla öz kaynak değeri 900.000 YTL olarak yanıltıcı yansıtılmış olur.

Son olarak, Veli Varlıklı'nın kişisel bilançosu üzerinde yaptığımız işlemlere paralel olarak, bir ticari işletmenin bilançosu üzerinde de bir kısım işlemler yapalım ve finansal durumuna etkilerini,

- Dönen varlıklar tutarı
- Dönen varlıklardan kısa süreli borçları çıkardıktan sonra kalan tutar (= net işletme sermayesi)
- Cari oran (= dönen varlıklar / kısa süreli borçlar)
- Öz kaynaklar tutarı yönünden tespit edelim.

Mal satışlarının kârlı ve başlangıçtaki cari oranın 1'den büyük olduğunu varsayarak, aşağıdaki tabloda ilgili bölümlere; etki artış yönünde ise "+", etki azalış yönünde ise "-" ve herhangi bir etki yok yani etkisiz ise "0" yazınız:

Mal satışlarının kârlı ve başlangıçtaki cari oranın 1'den büyük olduğunu varsayarak, aşağıdaki işlemlerle ilgili işaretlemeleri yapalım:

	İşlemler		Net		Öz
		Dönen	İşletme	Cari	Kaynak
		Varlıklar	Sermayesi	Oran	(Net Kar)
1.	Sermaye artışı ile sağlanan para				
2.	Peşin para ile mal satışı				
3.	Geçen yılın vergi borcunun ödenmesi				
4.	Bir duran varlığın defter değeri altında satışı				
5.	Bir duran varlığın defter değeri üstünde satışı				
6.	Kredili mal satışı				
7.	Kar payının dağıtımı				
8.	Ticari borçların bir kısmının ödenmesi				
9.	Kısa süreli banka kredisi ile sağlanan para				
10.	Portföydeki hisse senetlerinin zararına satışı				

TIBBİ MÜMESİLLERİN FAZLA MESAİ ÜCRETİ SORUNU

*Av. Abbas BİLGİLİ**

GİRİŞ

İşçilerin çalışmakta oldukları işverenlerine karşı, iş ilişkisi devam ediyor iken açmaktan kaçındıkları ve iş ilişkisi sona erdikten sonra açtıkları alacak davalarında en önemli yeri tutanlardan birisi de fazla mesai ücretidir. Fazla mesai ücreti ile ilgili alacak davasının iş sözleşmesi devam ederken de açılması konusunda kuşku olmamakla birlikte, işçilerin çalışma ilişkisi devam ederken böyle bir davayı açma konusunda oldukça çekingen davrandıkları bir gerçektir. İş güvencesinin 15.03.2003 tarihine kadar hiç olmadığı, daha sonrasında ise aksayan birçok yönünün olduğu bir sistemde işçiden çalışırken, patronuna karşı dava açmak konusunda çekingen davranmasını anlayışla karşılamak gerekir. Bu nedenle genellikle işten ayrıldıktan sonra talep edilen fazla mesai ücretini önce kısaca ve genel olarak, daha sonra ise tıbbi mümessillik mesleğini icra edenler açısından incelemeye çalışacağız.

GENEL OLARAK FAZLA ÇALIŞMA

Fazla çalışmayı, günlük ya da haftalık olarak belirlenmiş olan normal çalışma süresini aşan çalışmalar olarak tanımlayabiliriz.

10.06.2003 gününe kadar yürürlükte kalmış olan eski 1475 sayılı İş Yasası'nda; "genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir" (1475 Sayılı Yasa, md. 61/1) denildikten sonra, "bu süre, haftada 6 işgünü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil edilen işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünülerek uygulanır" (1475 Sayılı Yasa, md. 61/2) denilmektedir. O dönemdeki Fazla Çalışma Tüzüğü'nün 1. maddesinde "günlük çalışma süresini aşan çalışma" olarak tanımlanmakta ve 1475 Sayılı Yasa'nın 35. maddesinde de "günlük çalışma süresinin esas alınacağı" belirtilmekte idi.

(*) *Adana Barosu*

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve şu anda da yürürlükte olan 4857 sayılı yeni İş Yasasında; haftalık çalışma süresinin en fazla 45 saat olduğu, aksi kararlaştırılmadıkça bu sürenin çalışılan günlere eşit şekilde bölünerek uygulanacağı, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin günde 11 saati aşmayacak şekilde haftanın çalışılan günlerine dağıtılabileceği (4857 sayılı İş Yasası, md. 63) hükümleri getirilmiştir[1]

Dikkat edilirse, her iki yasada da haftalık normal çalışma süresinin 45 saat olarak belirlenmiş olduğu, ancak haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine dağılımı konusunda farklı bir yöntem belirlendiği görülmektedir. Yeni yasanın getirdiği "esnek çalışma modelleri" içerisinde değerlendirilen bu çalışma şeklinde, günlük çalışma süresi her gün için sabit olmamakta, günde 11 saati aşmamak koşulu ile haftada 45 saat olarak belirlenmiş olmaktadır. Eski yasada böyle bir esneklik olmadığından, haftanın çalışılan günlerine eşit dağılım yapılmakta ve haftanın bir günü hafta tatili olduğundan, haftalık 45 saatin çalışılan 6 güne bölünmesi ile günde 7,5 saat çalışma esası belirlenmiş idi.

Eski ve yeni yasanın fazla çalışma ile ilgili bu hükümlerinin karşılaştırılması ve her iki yasa dönemindeki uygulamadan şu sonucu çıkartmak gerekir. Eski yasa döneminde, günde 7,5 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmelidir ve nitekim uygulama da o dönemde öyle idi. Ancak, şu anda uygulanmakta olan yeni yasada günlük sabit bir çalışma süresi olmadığından, haftada 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmelidir. 4857 Sayılı Yasaya göre çıkartılan **İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürede Çalışma Yönetmeliği**'nin 3. maddesinde de fazla çalışma; **"iş kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar"** olarak ifade edilmiştir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, haftalık 45 saati aşan bir çalışma varsa, bu aşan süre fazla çalışma olarak değerlendirilmelidir. Ancak Yargıtay, yeni yasadaki esnek çalışmanın bir sonucu olan denkleştirme yönteminde **"günlük 11 saati aşmamak koşulu ile"** (4857 Sayılı Yasa, md. 63/2) ibaresinden hareket ederek, son zamanlarda günlük 11 saati ölçü alan kararlar vermeye başlamıştır[2]. Yargıtay'ın günlük 11 saati ölçü alması işçiler aleyhine bir karar olduğu gibi, yasadaki haftalık ölçütünün de gözardı edildiği sonucunu doğurmaktadır. Yargıtay'ın bu kararlarını olumlu bulanlar olduğu kadar eleştiren hukukçular da vardır[3] .

Ayrıca İş Yasası'nın 41/8. maddesinde, fazla çalışma süresinin yılda 270 saatten fazla olamayacağı hükmü de işçiyi korumaya yönelik önemli bir sınırlama olmakla birlikte, uygulamada bu sınırlamaya uyulmadığı da bir gerçektir. Yıllık 270 saatlik sınırlamayı yanlış yorumlayan bazı uy-

---

(1) Fazla Çalışma konusunu genel anlamda inceleyen yeni bir kaynak olarak bak; Hatice Karacan; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

(2) Örneğin, Yargıtay 9. HD. 12.06.2006 T., E.2006/38035, K.2006/16593 sayılı kararı.

(3) Bak: Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay; Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

gulamacılar, 270 saatten fazlasının ücretinin de ödenmeyeceği sonucunu çıkartmakta iseler de; böyle bir uygulama Anayasa'nın da yasakladığı angaryanın yasal hale geldiği anlamına gelir ki hukuk bu tür bir uygulamayı korumaz. Nitekim Yargıtay'ın da birçok kararında isabetle belirttiği üzere; yılda 270 saatten fazla olan "fazla çalışmalar" kanıtlandığı takdirde ücreti de ödenmelidir, ancak çok uzun süre fazla çalışma yapmak hayatın olağan akışına uygun düşmediğinden, yargıcın fazla çalışma ücretinden bir miktar hakkaniyet indirimi yapması gerekir.

Ancak, işçi ile imzalanmış olan iş sözleşmelerine, fazla mesai ücretinin belirlenmiş olan ücretin içerisinde olduğu şeklindeki hükümlerin de geçerli olduğu unutulmamalıdır. Doğal olarak bu hüküm, asgari ücretli bir işçiyi bağlamaz. Zira asgari ücretle çalışan bir işçinin aylık ücretinin içinde fazla çalışma ücretinin olmayacağı açıktır.

TIBBİ MÜMESSİLLERDE DURUM

İlaç firmalarının, üretip pazarladıkları ilaçların tanıtım ve satışında görev yapan ve "tıbbi mümessil", "tıbbi satış temsilcisi" veya "reprezant" olarak isimlendirilen bu çalışanların[4] iş hukuku alanına giren sorunlarına son zamanlarda çokça rastlanmaktadır. Tıbbi mümessillerin bu alandaki en önemli sorunlarından biri de mesai saatlerinin çok düzensiz ve yolda geçiyor olması nedeniyle fazla mesai ücreti sorunudur.

Öncelikle üzerinde durulması gereken husus, Yargıtay'ın tıbbi mümessillerin fazla mesaileri konusundaki kararlarının istikrarlı olmadığıdır, zira bu konudaki kararlar çelişkilidir. Bir kararında "çalışma saatlerini belirleme konusunda serbest oldukları" gerekçesi ile fazla mesai ücreti isteyemeyeceklerini belirtirken, tespit edebildiğimiz iki adet kararda ise yerel mahkemece %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak kabul edilen fazla mesai ücretini ıslah tarihine göre belirlenecek zaman aşımını açısından yeniden hesaplanması gerektiği için bozmuştur. Bir başka kararda ise tıbbi mümessilin şeflik yaptığı dönem de dâhil olmak üzere kendi mesaisini kendisi kendisinin belirlemediğini belirterek fazla mesai ücreti alması gerektiği sonucuna varmıştır.

TIBBİ MÜMESSİLLERİN FAZLA MESAİ ÜCRETİ ALAMAYACAKLARI YÖNÜNDEKİ YARGITAY GÖRÜŞÜ

Yargıtay'ın bu kararlarından fazla mesai ücretinin reddine ilişkin olanında; davacı tıbbi mümessilin çalışma süresi boyunca fazla mesai yaptığı ve bu fazla mesailer ile ilgili olarak da araç kullanım tablolarının delil olarak sunulduğu, yerel iş mahkemesinin ise davayı kabul ettiği, ancak davalı işverenin bu kararı temyiz etmesi üzerine davanın Yargıtay'a taşındığı, Yargıtay'ın ise; davacı tıbbi mümessilin çalışma saatlerini kendisinin belirleme serbestîsine sahip olduğu, ispat için sunulan araç kul-

---

(4) Tıbbi mümessillik mesleğinin tanıtımı için bak; Hüseyin Akduman – Nesrin Akyüz; Çantadan Zirveye Tıbbi Mümessil, Kaizen Yayınevi, İstanbul 2008 ve ayrıca bak. www.tibbimümessil.com

lanım tablolarının da çalışma saatlerini kanıtlama gücü olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir[5].

Yargıtay'ın bu kararını, tıbbi mümessiller açısından bir talihsizlik olarak değerlendirmek gerekir. Zira karardaki görüşlere katılmak mümkün değil. Yargıtay bu kararında, tıbbi mümessilin fazla çalışma ücretini red gerekçesi olarak iki sebep göstermektedir. Bunlardan birincisi, tıbbi mümessillerin kendi mesailerini belirleme konusunda serbestîye sahip oldukları (bu konuda özgür oldukları) iddiasıdır. İkinci gerekçe olarak da, fazla mesainin ispatı için sunulan araç kullanım tablolarının ispat gücünün olmadığıdır. Ancak, burada önemli olan birinci gerekçedir, zira bu araç kullanım tablolarının ispat gücü olsa dahi birinci gerekçe varken diğerinin bir önemi kalmamaktadır.

Burada önemli ve irdelenmesi gereken konu, tıbbi mümessillerin çalışma saatlerini belirleme konusunda özgür oldukları iddiasının somut ve gerçek yaşamla bağdaşıp bağdaşmadığı hususudur. Çalışan işçi, gerçekten de kendi mesai saatlerini belirleme konusunda özgür ise fazla çalışma yaptığını iddia edemez ve doğal olarak da fazla çalışma ücreti isteyemez. Bu görüş, Yargıtay'ın özellikle "üst düzey yöneticiler" ile ilgili verdiği kararlarda çok belirgin ve yaygın olarak dillendirdiği yerleşik bir görüştür. Yargıtay, birçok kararında; genel müdür, genel müdür yardımcısı gibi üst düzey yöneticilerin mesai saatlerini kendilerinin belirlediğini ve bu nedenle de fazla mesai ücreti isteyemeyeceklerini karara bağlamıştır[6].

Son zamanlarda bu görüşünü başka alanlara doğru yaygınlaştırma eğiliminde olan Yargıtay, örneğin bir villada hizmetçilik yapan bir işçinin o villada yatıp kalktığını da vurgulayarak "normal yaşamı ile görevinin iç içe girdiği" gerekçesi ile fazla mesai ücreti isteyemeyeceği sonucuna varmıştır[7].

Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz tıbbi mümessillerle ilgili kararında, "mesaisini belirleme konusunda özgür olanlar" grubuna tıbbi mümessilleri de kattığı anlaşılmaktadır. Ancak, Yargıtay'ın bu görüşü tartışmaya oldukça açık görünüyor.

---

(5) Yargıtay 9. HD. 04.12.2006 T., E.2006/13579, K.2007/31852 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 14/2007, Sh. 713)

(6) Yargıtay'ın üst düzey yöneticilerin kendi mesailerini belirleme konusunda serbest oldukları ve bu nedenle de fazla mesai ücreti isteyemeyecekleri doğrultusunda çok sayıda kararı vardır. Burada örnek olarak sadece birinin tarih ve numarasını veriyoruz; Yargıtay 9. HD. 28.02.2006 T, E.2005/34647, K.2006/5099 (Kaynak: www.tisk.org.tr/hukuk/yazdir.asp?nedir=yargitay&id=175, erişim tarihi: 22.09.2007).

(7) Yargıtay 9. HD. T.09.11.2006, E.2006/8335, K.2006/29661 (Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 14, Sh.310).

TIBBİ MÜMESSİLLERİN FAZLA MESAİ ÜCRETİNE HAK KAZANABİLECEKLERİ YÖNÜNDEKİ KARARLAR

Fazla mesai ücretini de kapsayan alacak davasında yerel mahkeme, "hayatın olağan akışı, davacının raporlı ve izinli olduğu günlere göre ve ayrıca işyerindeki çalışma şartları davacının işyerinde tıbbi mümessil olarak çalıştığı, yemek ve dinlenme saatlerindeki esneklik ve kendisinin belirlemesi de dikkate alınarak takdiren %50 oranında indirim yapılıp" kabul edilmesine hükmetmiştir ve Yargıtay bu kararlarda fazla mesai açısından ıslah tarihine göre zamanaşımı dikkate alınarak yeniden hesaplama yapılmasını isteyerek bozma kararı vermiştir[8].

Görüldüğü üzere, Yargıtay, tıbbi mümessillerin çalışma saatlerini kendilerinin belirlediği gerekçesi ile fazla mesai ücretine hak kazanamayacakları yönünde kararlar verdiği gibi, % 50 oranında hakkaniyet indirimine tabi tutulmuş fazla mesai ücretini kabul eden kararlar da vermiştir.

Bir başka kararda ise; "davacının işyerinde önce tıbbi mümessil ardından Diyarbakır Bölge Müdürlüğü'ne bağlı Malatya ilinde satış şefi olarak çalıştığı tartışmasızdır. Her iki görevde de davacı işçi üst düzey yönetici konumunda değildir. Bölge Müdürüne bağlı olarak görev yapmıştır. Mesaisini kendisi belirleyebilecek ve yapmış olduğu fazla çalışmaları puantaj kayıtlarında göstererek karşılığının ödenmesini sağlayabilecek konumda olmayan davacı işçi yönünden anılan gerekçeyle fazla çalışma ücreti reddi hatalı olmuştur" denilerek tıbbı mümessilin fazla mesai ücreti isteği kabul edilmiştir[9].

Yargıtay'ın fazla mesai ücretinin kabul edilmesi yönündeki bu kararının oldukça isabetli olduğu kanısındayız. Kararda da isabetle belirtildiği üzere, şef konumunda dahi kendi mesaisini kendisi belirleme durumunda değildirler. Bu nedenle fazla mesai yapıp da karşılığının ödenmemesi açık bir sömürüdür. Tıbbi mümessillerin çalışma koşullarının yakından izlenmesi halinde ne kadar sıkıntılı bir sektörde çalıştıkları görülecektir.

Tıbbi mümessillerin sabahın erken saatlerinde yollara düştüğü ve çoğu zaman kendi yerleşim birimlerinin dışındaki il veya ilçelere seyahat ettikleri bir gerçektir. Tıbbi mümessile işveren tarafından tahsisi edilen aracın işyerinin bir parçası (eklentisi) olduğu da dikkate alındığında, yolda geçen sürenin iş süresinden sayılması gerektiği konusunda bir kuşku yoktur. Yoğun ve yorucu bir çalışma temposu ile doktorlarla, eczanelerle, ecza depoları ile görüşerek hedefine ulaşmaya çalışmak yıpratıcı bir

---

(8) *Adana 1. İş Mahkemesi'nin E.2003/516, K.2004/1552 ve aynı mahkemenin E.2003/515, K.2004/1551 sayılı kararları ile ilgili olarak Yargıtay). HD'nin 29.06.2005 T., E.2004/33193, K.2005/23068 ve 29.06.2005 T., E.2004/33193, K.2005/23067 sayılı kararları (Henüz yayınlanmamış olan bu kararları bize vererek yararlanmamızı sağlayan Adana Barosu avukatlarından değerli meslektaşım sayın Kemal Koyuncu'ya teşekkür ederim).*

(9) *Yargıtay 9. HD. 11.12.2007 T., E.2007/29459, K.2007/37693 (yayınlanmamış).*

psikolojik süreci gerektirmektedir. Çoğu zaman gerçekçilikten uzak olarak işverence belirlenmiş kotaların tutturulması için büyük fedakârlıklara katlanıldığı, akşamları dahi işin bir parçası olan iş yemeklerine katılmak veya bu yemekleri düzenlemek zorunda kaldıkları ve sektördeki yoğun rekabet gibi hususlar göz önüne getirilir ise, Yargıtay'ın tıbbi mümessiller ile ilgili kararlarını gözden geçirmesinin ve fazla mesai ücretleri konusunda çelişkiye yer vermeden hak ettikleri fazla mesai ücretlerinin ödenmesi yönünde karar vermesinin adil olacağı kanısındayız.

İş sözleşmelerine yıllık 270 saatlik yasal limit kadar olan fazla mesai ücretinin işçinin ücretinin içinde olduğuna dair konulan hükümler veya bu yasal limitin primlerle karşılanmış sayılacağına dair görüşlere hak verilse dahi, yasal limitin üstünde yapılan ve kanıtlanan fazla çalışmaların karşılığının ödenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

KARAR İNCELEMESİ

BİR AİHM KARARI ÇERÇEVESİNDE VİCDANİ RET

Yasemin SEMİZ[1]

Giriş:

Vicdani ret, Türkiye'de ve Batı Avrupa ülkelerinde özellikle Birinci Dünya Savaşı'nın başlamasıyla büyük sorunlara yol açmış bir kavramdır. Vicdani reddin kitlesel olarak ortaya çıkması Birinci Dünya Savaşı sırasında İngiltere'de görülmüştür.[2] Savaşa çağrılan binlerce kişi savaşmayı reddetmiş ve hapse atılmıştır. Vicdani reddin yasal düzenlemelere konu olması ise 1970'li yılların başına rastlamaktadır.

Günümüzde vicdani reddi; kişinin savaş karşıtı olması, felsefi görüşleri veya dini inanışları gereği zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmekten geri durması olarak tanımlamak olasıdır. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'yi tazminata mahkum ettiği *Osman Murat Ülke/Türkiye* davası çerçevesinde vicdani reddin bir hak olup olmadığı ele alınacaktır. Osman Murat Ülke felsefi görüşleri doğrultusunda zorunlu askerlik hizmetini yapmayı reddeden bir Türk vatandaşıdır. Bu nedenle, öncelikle Ülke Kararı incelenecek ve ardından Türk hukuk sisteminde vicdani reddin bir hak olup olmadığı söz konusu karar ve Türk hukuk mevzuatı çerçevesinde ele alınacaktır. İnceleme kapsamında diğer ülkelerdeki hukuki düzenlemelere de yer verilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*AİHM*), Ülke Kararı'nda zorunlu askerlik hizmetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ne aykırı bulmamış, vicdani ret kavramını ise tartışmamıştır. Vicdani ret kavramının *AİHM* tarafından ele alınmamasını, vicdani reddin AİHS tarafından korunan bir hak olmamasına bağlamak mümkündür. Her ne kadar başvurucular, vicdani reddin Sözleşme'nin 9. maddesi (düşünce, din ve vicdan özgürlüğü) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüşlerse de Mahkeme bu görüşe haklı olarak itibar etmemiştir. Vicdani ret, bir inancın tezahürü değil ve fakat bir inancın telkin ettiği davranıştır.[3] Bu ba-

---

(1) Stajyer Avukat

(2) Tevfik Odman, Vicdani Ret, Güncel Hukuk, Haziran 2006/6, s.59

(3) Tevfik Odman, Vicdani Red II, Güncel Hukuk, Temmuz 2006/7, s.45

kımdan; düşünceyi, dini ve vicdani kanaatleri koruyan 9. maddenin düşüncenin, dini ve vicdani kanaatlerin gerektirdiği her türlü davranışı, dışavurumu kapsamına aldığı söylenemez. Nitekim, *AİHM*'in içtihadı da bu yöndedir. *AİHM*, Sözleşme'nin vicdani reddi bir hak olarak düzenlememesine karşın bu güncel sorunda söz sahibi olmak adına konuyu m.3 (işkence yasağı) çerçevesinde değerlendirmiş ve vicdani retçilere uygulanan yaptırım üzerinden yargılama yapmıştır. Mahkeme'nin bu tutumu, yargılamanın adeta dolaylı bir biçimde yapılması ve kararın hukuk dışı gerekçelere dayandırılması sonucunu doğurmuştur.

Türk hukuku bakımından 1982 Anayasası ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bağlamında, vicdani reddin bir hak olmadığı ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 72. maddesi *"Vatan hizmeti"* başlığını taşımakta ve vatan hizmetini, her Türk'ün hakkı ve ödevi olarak tanımlamaktadır. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu'nun 318. maddesi *"halkı askerlikten soğutma"* suçunu düzenlemektedir. Bu hukuki düzenleme ve bağlı olduğumuz AİHS metni karşısında, vicdani reddin bir hak olduğunu ileri sürmek hukuken mümkün gözükmemektedir.

Ülkemizde vicdani reddin hukuki bir kavram olarak düzenlenmesi talepleri son zamanlarda özellikle medyada yer bulmaktadır. Sıklıkla önerilen hukuki düzenleme biçimi ise zorunlu askerlik hizmetine seçenek zorunlu kamu hizmeti uygulamasının getirilmesidir. Avrupa Konseyi'ne son dönemde üye olmuş birçok Devletin zorunlu askerlik hizmetini kaldırdığı Ülke'nin Mahkeme'ye sunduğu gerekçelerden birisidir. Ancak, söz konusu durum her ne kadar Türkiye açısından bir talep oluşturabilirse de vicdani reddin bir hak teşkil ettiği sonucuna götürecek hukuki bir nitelik taşımamaktadır.

1) Ülke Kararı'nda Maddi Olaylar

Başvurucu Osman Murat Ülke, 1995 Ağustos ayında askerlik görevini yapmak üzere çağrılmıştır. Ülke, barış yanlısı olduğu gerekçesiyle askerlik ödevini yerine getirmeyi reddetmiş ve çağrı belgesini 1 Eylül 1995 tarihinde İzmir'de düzenlediği basın toplantısında yakmıştır.

Başvurucu, 8 Ekim 1996 tarihinde tutuklanmıştır. Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi Başsavcısı 18 Ekim 1996 tarihli iddianamesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesiyle birlikte Askeri Ceza Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca halkı askerlikten soğuttuğu gerekçesiyle başvurucunun mahkum edilmesini talep etmiştir.

Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi 28 Ocak 1997 tarihinde, 18 Ekim 1996 tarihli iddianameye dayanarak, başvuranı altı ay hapis cezası ile para cezasına mahkûm etmiştir. Başvuranın asker kaçağı olduğunu tespit eden Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi, askere alınması amacıyla Askeri Mahkeme Başsavcılığına bilgi vermiştir.

Başvurucu, 3 Mart 1997 tarihinde Askeri Yargıtay'a temyiz başvurusunda bulunarak AİHS'in 9 ve 10. maddelerinin ihlal edildiğini öne sürerek *"vicdani retçi"* olduğunu belirtmiştir.

Askeri Yargıtay 3 Temmuz 1997 tarihinde, İlk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Bu arada başvurucu 22 Kasım 1996 tarihinde Bilecik 9. Jandarma Er Eğitim Alayı'na gönderilmiştir. Başvurucu burada askeri kıyafet giymeyi ve komutanın emirlerine uymayı reddetmiştir. Alay cezaevine koyulan başvurucu burada da mahkûm kıyafetini giymeyi reddetmiştir.

Eskişehir 1. Taktik Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi Savcılığı'nca 26 Kasım 1996 tarihinde, Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesi uyarınca *"emre itaatsizlikte ısrar"* suçunu işlediği iddiasıyla başvurucu hakkında dava açılmıştır.

Aynı Mahkeme, cezaevinde mahkûm kıyafeti giymeyi reddeden başvurucuya disiplinsizlik yaptığı gerekçesiyle 15 gün süreyle ziyaretçi yasağı vermiştir.

Sonuç olarak, 1. Taktik Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 6 Mart 1997 tarihli kararı ile başvurucuyu emre itaatsizlikte ısrar suçundan 5 ay hapis cezasına çarptırmıştır.

Askeri Yargıtay 6 Mart 1997 tarihli kararı 4 Temmuz 1997 tarihinde onamıştır. Bu arada 27 Aralık 1996 tarihinde tahliye olan başvurucu, bölüğüne teslim olmadığı için tutuklanmıştır.

1. Taktik Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi Savcısı, 7 Mart 1997 tarihli iddianamesiyle başvurucuyu *"emre itaatsizlikte ısrar"* suçu ile itham etmiştir.

Mahkeme, 23 Ekim 1997 tarihli kararı ile başvurucuyu 10 ay hapis ve para cezasına çarptırmıştır.

Başvurucu bu arada, 29 Mayıs 1997 tarihinde, 31 Mayıs'ta askerlik hizmetini yerine getirmek üzere bölüğüne teslim olma koşuluyla şartlı tahliye edilmiştir. Bu şarta uymayan başvuran, 9 Ekim 1997 tarihinde yakalanarak 6 Mart 1997 tarihli karar doğrultusunda Eskişehir Cezaevi'ne sevk edilmiştir.

16 Ekim 1997 tarihli iddianamesinde Askeri Savcı, başvurucunun 31 Mayıs ile 9 Ekim 1997 tarihleri arasında firar ettiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuştur.

1. Taktik Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 22 Ocak 1998 tarihinde söz konusu suçlardan başvurucuya 10 ay hapis cezası vermiştir.

Askeri Yargıtay 22 Ocak 1998 tarihli kararı 30 Eylül 1998 tarihinde onamıştır.

26 Ocak 1998 tarihinde başvurucu Bilecik'te bulunan bölüğüne teslim edilmiştir. Başvurucu askeri kıyafet giymeyi reddetmiştir.

1. Taktik Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 11 Haziran 1998 tarihli bir kararla, 28 Ocak 1998 tarihinde meydana gelen olaylar nedeniyle başvurucuyu 7 ay 15 gün hapis cezasına mahkûm etmiştir.

Askeri Yargıtay 11 Haziran 1998 tarihli kararı 7 Ekim 1998 tarihinde onamıştır.

20 Mart 1998 tarihinde yeniden Bilecik'te bulunan bölüğüne teslim edilen başvurucu, 21 Mart 1998 tarihinde askeri kıyafet giymeyi reddetmiştir.

1. Taktik Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 4 Mayıs 1998 tarihli bir kararla, 20 ve 21 Mart 1998 tarihlerinde *"emre itaatsizlikte ısrar"* suçundan başvuranı 7 ay 15 gün hapis cezasına mahkûm etmiştir.

Askeri Yargıtay, 7 Ekim 1998 tarihli bir kararla, 4 Mayıs 1998 tarihli kararı onamıştır.

4 Mayıs 1998 tarihinde bölüğüne gönderilen başvurucu askeri kıyafet giymeyi reddetmiştir.

1. Taktik Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 11 Haziran 1998 tarihli bir kararla, 4 Mayıs 1998 tarihinde meydana gelen olaylar nedeniyle başvurucuyu 7 ay 15 gün hapis cezasına mahkûm etmiştir.

7 Ekim 1998 tarihli kararla, Askeri Yargıtay, 11 Haziran 1998 tarihli kararı onamıştır.

24 Kasım 1998 tarihinde serbest bırakılan başvurucu, tekrar bölüğüne sevk edilmiş ve yine askeri kıyafet giymeyi reddetmiştir.

Başvurucu 24 Kasım 1998 tarihinde meydana gelen olaylar nedeniyle 26 Kasım 1998 tarihinde 1. Taktik Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafından 7 ay 15 gün hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

Askeri Yargıtay, 22 Eylül 1999 tarihli bir kararla, 26 Kasım 1998 tarihli kararı onamıştır.

Başvurucu, toplam 701 gün hapis yatmıştır ve hakkında 9 adet kovuşturma yapılmıştır. Bu sürecin sonunda kaçak statüsünde yaşamını sürdüren başvurucu, resmi bir evlilik yapamadığını ileri sürdüğü eşinden bir çocuk sahibi olmuş, çocuğunu da nüfusuna geçiremediğini ileri sürmüştür.

2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

Başvurucu Osman Murat Ülke başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 3, 5, 8 ve 9. maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüştür. Ülke başvurusunda, askeri üniformayı giymeyi reddettiği her seferde mahkum edilip, hapsedildiğini; cezası infaz edildikten sonra bölüğüne gönderildiğini ve aynı durumun defalarca tekrarlandığını belirtmiş-

tir. Başvurucu AİHS'in 9. maddesine aykırı hareket edildiğini, yapılan müdahalenin orantısız bir müdahale olduğunu ileri sürmektedir.

Ülke, Avrupa'da askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmenin yerleşik bir hak haline geldiğini; Avrupa Konseyi'ne yeni üye Devletlerin tamamının bu hakkı tanıdıklarını vurgulamıştır. Başvurucu, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın da vicdani reddi bir hak olarak tanıdığını eklemiştir.

Hükümet ise iç hukukta Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkeğin askerlik ödevi yükümlüsü olduğunu ve vicdani gerekçelerle hiçbir istisnanın uygulanmadığını belirtmiştir. Hükümet, başvurucunun askeri emirlere uymadığı için askeri disiplini bozduğu ve dolayısıyla emre itaatsizlik nedeniyle mahkum edildiğini vurgulamıştır. Hükümet'e göre 9. maddenin uygulanabilirliği bulunmamaktadır çünkü söz konusu madde vicdani reddi korumamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*AİHM*), 9. maddenin vicdani ret hakkında uygulanabilirliğine ilişkin kararını Thlimmenos Yunanistan'a karşı kararında[4] ortaya koymuştur. *AİHM*, askerlik görevini yapmayı reddeden vicdani retçilere yasal yaptırım uygulanmasının 9. maddede öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyeceğini ortaya koymuştur. Mahkeme, bu içtihadını devam ettirmiş ve başvuruyu AİHS m. 3 çerçevesinde incelemiştir.

AİHS'in 3. maddesi şöyledir: *"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."*

Mahkeme, Ülke'nin birbiri ardına aldığı mahkumiyetleri ve cezaların infazını sayı ve süre bakımından incelediğinde kovuşturmaların ömür boyu devam etme tehlikesinin bulunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu uygulamanın askerlik hizmetinin yerine getirilmesi amacı karşısında orantısız olduğu görüşündedir. Ayrıca Mahkeme, bu uygulamaların başvurucunun düşüncel kişiliğini bastırmakta; başvurucuda korku, sıkıntı, alçalma, ve küçük düşmeyle birlikte hiçlik duygusu uyandırmakta; direncini ve isteğini kırmakta olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'nin içtihadına göre bir tutukluluğun koşullarının etkileri değerlendirilirken bütün etkilerin birikmiş sonuçları göz önünde bulundurulmalıdır.[5] Mahkeme, başvurucunun yaşadıklarını bir bütün olarak değerlendirdiğinde uygulanan cezaların, bir ceza mahkumiyetinde veya tutuklulukta bulunan normal onur kırıcılık unsurunu aşan ciddi bir acıya neden olduğu sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda, Mahkeme AİHS'in 3. maddesinin ihlal edildiği kararını vermiştir.

Başvurucunun diğer maddelerin ihlaline ilişkin şikayetleri benzer şikayetler olduğu için incelenmemiştir.

---

(4) Thlimmenos / Yunanistan Kararı, no: 34369 / 97

(5) Dougoz / Yunanistan Kararı, no: 40907 / 98

3) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Vicdani Ret

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararında vicdani reddin doğrudan bir biçimde ele alınmadığı ve fakat vicdani retçiye uygulanan cezanın onur kırıcılık unsurunun yoğunluğu üzerinde durulduğu görülmektedir. Bu durumun, Sözleşme'nin ruhuna uygun olduğu açıktır çünkü Sözleşme vicdani reddi bir hak olarak korumamaktadır. Her ne kadar başvurucu, vicdani ret uygulamasının kabul görmezliğinin 9. madde çerçevesinde değerlendirilmesini talep etmişse de Mahkeme bu talebe itibar etmemiştir. 9. maddenin düşünce özgürlüğü, din ve vicdan hürriyetini koruduğu göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme'nin tutumu isabetlidir. Mahkeme bu tutumuyla mustakar içtihadından ayrılmamıştır. Vicdani ret, siyasi bir duruş veya felsefi bir tutum olarak nitelendirildiği için din ve vicdan hürriyeti çerçevesinde değerlendirilmesi düşünülemez. Öte yandan, başvurucu Ülke'nin askerlik ödevini yerine getirmeyi reddetmesi dini inanışlarının bir sonucu da değildir.

Sözleşme'nin vicdani reddi bir hak olarak korumamasına karşın Mahkeme'nin bu konuyu değerlendirmek istemesi Sözleşme'nin canlı, yaşayan ve gelişen bir metin[6] olarak görülmesiyle doğrudan ilişkilidir. Bu bakış açısı doğrultusunda, Mahkeme önüne getirilen güncel sorunlar hakkında yargılama yapmak amacıyla kimi hak ve özgürlüklerin kapsamını genişletmektedir. Buna benzer bir durum, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının Lopez Ostra/İspanya Kararı'nda m. 8, özel hayatın ve ailenin korunması çerçevesinde değerlendirilmesidir.[7] Ancak, belirtmek gerekir ki, Mahkeme yaptığı yargılamada vicdani ret kavramı üzerinde hemen hiç durmamıştır. Karar, Ülke'nin aldığı mahkumiyetler üzerine kurulmuştur. Mahkeme, söz konusu mahkumiyetleri toplu olarak değerlendirmek gerektiğini ortaya koymuştur. Bu noktada Mahkeme'nin görüşüne katılmak mümkün değildir çünkü Ülke'nin özgürlüğünün kısıtlanması farklı mahkumiyet kararları neticesindedir. Dolayısıyla, aldığı cezaların onur kırıcı niteliğinin yoğun olup olmadığı incelenirken bu mahkumiyetlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, bir sanık yargılandığı bir suç nedeniyle defalarca tutuklanmış ve salıverilmiş, sonrasında ise mahkum edilmiş ve işlediği fiille orantısız bir ceza infaz edilmişse olaydaki özgürlük kısıtlamaları bir arada değerlendirilmelidir. Ancak farklı mahkumiyetlerin bir arada değerlendirilmesi hukuki açıdan son derece sakıncalıdır çünkü farklı suçlardan mahkum olmuş ve uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza almış kişilerin AİHS m. 3'e dayanmaları gibi bir sonuç ortaya çıkabilir. Olayda Ülke'nin mükerrir olduğu açıktır ancak tekerrür vuku bulduğunda tekerrüre esas olan fiillerin birbirinden bağımsız fiiller olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Öte yandan, tekerrür aynı suçlar arasında olabileceği gibi farklı suçlar arasında da olabilir. Bu nedenle, olayda

(6) *Soering / Birleşik Krallıklar, no: 14038 / 88*

(7) *Lopez Ostra / İspanya, no: 16798 / 90*

aynı suçun birkaç kez işlenmiş olması Ülke lehine farklı bir uygulama yapılmasını ve adeta gizli bir af uygulanmasını sonuçlamamalıdır. Mahkeme'nin, Ülke'ye uygulanan cezayı değerlendirirken üzerinde durduğu gerekçelerden biri de başvurucunun askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddederse ömür boyu hapis cezalarına çarptırılma riski ile karşı karşıya kalacak olmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki söz konusu gerekçe hukuki bir gerekçe değildir. Şöyle ki bu gerekçe uyarınca kişinin suçta ısrar etmesinin, bütün hayatını ceza tehdidiyle karşı karşıya bırakmamak adına cezasız bırakılması sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, Mahkeme, m. 3 kapsamında başvurucunun kötü muameleye, onur kırıcı cezaya maruz kalıp kalmadığını araştırırken cezanın niteliği veya infaz edilme biçimi üzerinde durmamıştır. Mahkeme bunun yerine, mahkumiyet sayısı ve süresini ön planda tutmuştur. Ayrıca, eklemek gerekir ki başvurucu Ülke nezdinde, ruhsal sıkıntı yaratan durum vicdani ret talebinin kabul edilmemesidir, başvurucuya uygulanan cezanın normalin ötesinde ruhsal ve fiziksel etkiye neden olduğuna dair "*her türlü makul şüphenin ötesinde*" delil bulunmamaktadır. Mahkeme vicdani reddi değil, infaz edilen cezayı m. 3 kapsamında değerlendirdiği için söz konusu durumun göz önünde bulundurulması gerekir. Başka bir anlatımla, başvurucu üzerinde ruhsal sıkıntıya neden olan olayın ne olduğu açık bir biçimde ortaya konmalıdır çünkü Mahkeme, olayı m. 3 kapsamında değerlendirdiği için incelemesini *"ceza"*nın etkileriyle sınırlı tutmak durumundadır. Mahkeme, m. 3 kapsamında bir ihlal kararı vermek için cezanın fiziksel ve ruhsal olumsuz etkilerini ortaya koymakta asgari bir ciddiyet aradığını belirtmiştir. Mahkeme'nin bir cezada bulunması gereken onur kırıcılık derecesini aşar nitelikte cezayı ihlal olarak nitelediği bilinmektedir. Dolayısıyla, bu durumda Ülke'ye uygulanan cezanın hangi niteliği itibarıyla onur kırıcı olduğunun ciddiyetle ortaya konması gerekmektedir. Ancak Mahkeme, cezaların bir arada değerlendirilmesi haricinde bir delil sunamamakta ve cezaların gerek uygulanma biçimi gerekse türü açısından onur kırıcı olarak nitelenmesini gerektirecek bir unsur gösterememektedir.

4) Vicdani Ret Bir Hak Mıdır?

Vicdan reddin bir hak olup olmadığını belirlemek için öncelikle hak kavramını tanımlamak gerekmektedir. Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir.[8] Dolayısıyla, herhangi bir menfaatin hak olarak nitelendirilebilmesi için hukuken korunma şartının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, vicdani reddin hukuken korunup korunmadığı hem iç hukuk metinleri hem de bağlı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından tespit edilmelidir.

(8) Kemal Oğuzman – Nami Barlas, Medeni Hukuk, 10. Bası, Beta Yayınları, Eylül 2003, İstanbul, s.91

1982 Anayasası'nın 72. maddesi askerlik hizmetini *"Vatan hizmeti"* başlığı altında düzenlemektedir. Askerlik hizmetinin anayasal ölçüde düzenlenmesi normlar hiyerarşisinde tuttuğu yer bakımından önemlidir. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu'nun 318. maddesi halkı askerlikten soğutma suçunu düzenlemektedir. Bu suç tipiyle halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanların veya propaganda yapanların cezalandırılacakları öngörülmektedir. Söz konusu suçun koruduğu hukuki menfaat, zorunlu askerlik hizmetidir. Vicdani ret taleplerinin halkı askerlikten soğutma telkini veya propagandası biçimine bürünmesi suç teşkil etmektedir. Kanun, vicdani ret hakkı taleplerinin dahi askerlik hizmetini olumsuzlayacak biçimde ortaya konmasını korumamaktadır. Bunlara ek olarak, Askeri Ceza Kanunu'nun 45. maddesi *"Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketlerin cezaya ehliyeti ve tesiri"* başlığını taşımakta ve bir kişinin dini veya vicdani gereklerine göre icrada veya ihmalde bulunmasının cezalandırmayı engellemeyeceğini öngörmektedir. Askeri Yargıtay 5. Dairesi de 27.11.1996 tarihli 746 Esas ve 741 Karar sayılı kararında hiçbir askerin bir vazifeyi veya bir emri dini inançlarına aykırı düştüğünden bahisle yerine getirmekten kaçınmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir. Böylece, Askeri Yargıtay, vicdani redde karşı içtihat yolunu da kapatmış bulunmaktadır.[9]

Vurgulamak gerekir ki bir kimsenin dini inanışları sebebiyle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesi Türk hukuku açısından hiçbir zaman kabul edilebilir bir tutum olamayacaktır çünkü Anayasal bir ilke olan laiklik ilkesi uyarınca bu tür bir gerekçeye dayanan vicdani reddin bir hak olarak düzenlenebilmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, dinin bireyin manevi hayatını aşıp toplumsal hayatı etkileyen yönleri belirdiğinde anayasal ve yasal sınırlama ve denetlemelere gidilebileceğini ortaya koymuştur.[10] Bir ödevin ifa edilmesine dini gerekçelerle karşı koymak bireyin kişisel manevi dünyasını aşan bir durumdur.

Türkiye'nin bağlı olduğu uluslararası bir metin olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de vicdani reddi bir hak olarak düzenlememektedir. Ülke Kararı'nda bu kavramın değil ve fakat başvurucu Ülke'ye uygulanan yaptırımın tartışılmasını bu nedene bağlamak gerekmektedir. Öte yandan, Mahkeme açık bir biçimde zorunlu askerlik hizmeti uygulamasının Sözleşme 'ye bir aykırılık teşkil etmediğini belirtmektedir. Zorunlu askerlik hizmeti, m. 5 (Özgürlük ve güvenlik hakkı)'e getirilebilecek istisnalardan biri olarak görülmektedir.

Vicdani ret taraftarları, Avrupa ülkelerinin bir bölümünde zorunlu askerlik uygulamasının bulunmadığını ifade etmektedir. Başvurucu Ülke

---

(9) Güçlü Akyürek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ülke-Türkiye Kararı Işığında Türk Hukuku Açısından Vicdani Ret, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, GSÜ Yayınları, 2007, İstanbul, s.511

(10) Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 5.Bası, YKY Yayınları, Mart 2004, İstanbul, s.103

de başvurusunda Avrupa Konseyi'ne son dönemde üye olan ülkelerde zorunlu askerlik hizmetinin bulunmadığını ileri sürmüştür. İngiltere, Hollanda, Fransa ve Belçika'da zorunlu askerlik hizmeti bulunmamaktadır. Rusya ise 2007-2010 sürecinde zorunlu askerliği kaldırmayı planlamaktadır.[11] Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında vicdani retle ilgili bir düzenleme yapmamış dört ülkeden biri Türkiye; diğerleri ise Ermenistan, Arnavutluk ve Azerbaycan'dır. Bakanlar Komitesi'nin 9 Nisan 1987 tarihli ve R(87)8 tarihli tavsiye kararı, söz konusu kavramla ilgili bir düzenleme yapılmasını tavsiye etmektedir. Tavsiye kararlarının herhangi bir bağlayıcılığı bulunmadığı için söz konusu metin tavsiyede bulunma işlevinden öteye gitmemektedir.

Vicdani ret düzenlemesini, zorunlu askerliğe seçenek zorunlu kamu hizmeti getirmek biçiminde yapan ülkeler de mevcuttur. Bu durumun en belirgin örneği Almanya'dır. Almanya'da hastabakıcıların büyük bir kısmını vicdani retçiler oluşturmaktadır. Askerlik hizmeti yerine zorunlu kamu hizmeti öngören ülkelerde zorunlu kamu hizmetinin süresinin askerlik hizmeti süresine göre daha uzun olduğu görülmektedir. Örneğin, İsviçre'de zorunlu askerlik 1997 yılında kaldırılıncaya dek zorunlu kamu hizmeti süresi askerlik süresinin 1,5 katıydı.[12] Avusturya'da ise vicdani ret uygulamasına 1974 yılında başlanmıştır. Günümüzde Avusturya'da zorunlu askerlik süresi 8 ay, vicdani ret hizmet süresi ise 12 aydır.[13]

Gerek Avrupa Konseyi'ndeki durum gerekse diğer ülkelerdeki düzenlemeler Türk hukuku açısından herhangi bir bağlayıcılık arz etmemektedir. Bu nedenle, vicdani retçilerin ve başvurucu Ülke'nin başka Devletlerin uygulamalarına dayanmaları vicdani reddin bir hak olduğunu veya olması gerektiğini sonuçlamayacaktır.

Pozitif hukuk bakımından iç hukuk metinleri ve Türkiye açısından bağlayıcı olan uluslararası hukuk metinleri, vicdani reddi bir hak olarak düzenlememektedir. Dolayısıyla, vicdani ret taleplerinin kabul edilmemesi Türk hukukunda herhangi bir ihlale karşılık gelmemektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, Ülke Kararı'nda *AİHM*'in ihlale hükmetmesi vicdani ret talebinin yaptırıma bağlanması değil ve fakat yaptırımın kendisiyle ilgilidir.

Sonuç:

Zorunlu askerlik hizmeti, Devletlerin milli politikaları çerçevesinde belirleyecekleri bir ödevdir. Bu ödevin, Türkiye'de anayasal çerçevede düzenlenmiş olmasını da bir seçim olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda, başka Devletlerin uygulamaları sebep gösterilerek vicdani

---

(11) Akyürek, a.g.m., s.514

(12) http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=177245

(13) Ersin Kaya, Vicdani Ret Uygulaması ve Türkiye, Stratejik Araştırmalar Dergisi, Sayı:8, Eylül 2006, Ankara, s.36

redde cevaz verilmesi gerektiğini ileri sürmek hukuki bakımdan kabul görmeyecek bir taleptir. Türk pozitif hukukunda vicdani ret hakkı diye bir hakkın yer almaması bu talebin kabul edilemezliğinin gerekçesini oluşturmaktadır.

Bir menfaatin hak olarak hukuk düzenince tanımlanabilmesi için meşru bir menfaat olması aranmaktadır. Vicdani ret uygulamasının ülkemiz açısından meşru bir menfaat olduğunu söylemek ise oldukça zor gözükmektedir. Birçok Avrupa ülkesinde, bu ülkelerin kendilerine özgü politikaları, konumları ve menfaatleri gereği vicdani reddin bir hak olarak düzenlenmiş bulunması mümkündür. Ancak, bir ülkede meşruiyeti bulunan bir kavramın başka bir ülkede de meşru olacağı sonucuna varılamaz. Öte yandan, vicdani ret taraftarlarının sıklıkla vurguladıkları zorunlu kamu hizmeti uygulaması ise ancak vicdani reddin bir hak olarak tanınması gerektiği sonucuna varıldıktan sonra tartışılabilecek bir öneridir. Vurgulamak gerekir ki, bir ülkede gerekli ve başarılı görülen bir uygulamanın başka bir ülkede de gerekli addedilmesi ve başarıyla yürümesi her zaman rastlanan bir durum değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği kararlarda zorunlu askerlik hizmetini Sözleşme'ye aykırı bulmamış ve vicdani reddin bir hak olarak tanınması gerektiği sonucuna varmamıştır. Mahkeme'nin Ülke Kararı'nda, yargılamayı vicdani ret kavramını ele alarak yapmaması; Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında sadece uygulanan yaptırımın özellikleri çerçevesinde yargılama yapması bu bulguyu teyit eder niteliktedir. Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Türk Kanunları da böyle bir hakkı düzenlemedikleri gibi askerlik hizmetini koruyucu nitelikte hükümler içermektedirler.

KAYNAKÇA

- Akyürek, G. (2007). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ülke – Türkiye Kararı Işığında Türk Hukuku Açısından Vicdani Ret, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, GSÜ Yayınları
- Dougoz / Yunanistan Kararı, No: 40907/98
- Kaya, E. (2006), Vicdani Ret Uygulaması ve Türkiye, Stratejik Araştırmalar Dergisi, Ankara
- Lopez Ostra / İspanya Kararı, No: 16798/90
- Odman, T. (2006/6), Vicdani Ret, Güncel Hukuk
- Odman, T. (2006/7), Vicdan Ret II, Güncel Hukuk
- Oğuzman, K. Barlas, N. (2003), Medeni Hukuk, İstanbul, Beta Yayınları
- Soering / Birleşik Krallıklar Kararı, No: 14038/88
- Tanör, B. Yüzbaşıoğlu, N. (2004), 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, YKY Yayınları
- Thlimmenos / Yunanistan Kararı, No: 34369/97
- http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=177245

UYGULAMADAN DOSYA

BİR YEREL MAHKEME KARARI

TC ADANA 4. SULH CEZA MAHKEMESİ*

E: 2005/1437 **K:** 2005/1963 **T:** 30.12.2005

Yukarda açık kimlikleri sanık hakkında mahkememize açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Sanık hakkında açılan kamu davasında; sanığın küçük yaştaki çocuğunu eve gelir getirmesi amacıyla sokakta çalıştırmak suretiyle, küçük yaştaki mağdurun sağlığını tehlikeye maruz bıraktığı iddia olunarak eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nın 232/2. maddesi uyarınca cezalandırılması talep edilmiştir.

Sanık savunmasında: *"Benim haberim olmadan annesi de hasta olup hastanede olduğundan ben eve geldiğimde çocuğum yoktu komşular karakolda olduğunu söylediler oğlumdan öğrendiğime göre arkadaşları ile gezmeye çarşıya gitmiş ben oğlumu zorla çalıştırmış değilim çocuğumu okulda yer olmadığı için gönderemiyorum..."* şeklinde beyanda bulunmuştur.

Mağdur Bayanında: *"Ben olay tarihinde kayıp olmuştum çarşıda karşılaştığım bir çocuk seni eve götüreyim dedi ben herhangi bir şey satmıyordum daha sonra polis beni aldı evime götürdü şuanda da okula devam etmiyorum çünkü okula kayda gittiğimde yer yoktu sokakta çalışmıyorum şikayetçi değilim..."* şeklinde beyanda bulunmuştur.

Mağdur müdafii katılma talebinde bulunmuş ise de, CMK'nın 2 mağdurun şikayetçi olmaması sebebi ile mağdur müdafiinin katılma talebi rededilmiştir.

Bu sorunun çözümü için sokakta çalışan çocukların anne ve babalarına onları sokakta çalıştırmak suretiyle sağlıklarını tehlikeye attıklarını söyleyip denetim ve disiplin yetkilerini kötüye kullandıklarını söylemek ve bu sorunu bu şekilde halletmek gerek ceza adaletine ve gerekse de TCK'nın 232 . maddesi hükmüne işlevinden daha çok anlam ve sonuçları yüklemek anlamına gelecektir. Sokakta çalışan ekonomik şartlar nedeniyle çalışma zorunda kalan çocukların anne ve babalarını suçlamak ve bunlara ceza vermek TCK'nın 232. maddesinin işlevi değildir. Küçük

---

(*) Gönderen: Av. Metin KUŞ, Adana Barosu

yaştaki çocuğunu çalıştırdığı için uyarıldığı söylenen sanığı uyarıp, sonra bu uyarıya rağmen çocuğu çalıştırmaya devam ettiğinin söylenmesinin TCK'nın 232/2. maddesinde belirtilen suçun unsurları açısından bir önemi de yoktur.

Somut olaya/toplanan deliller ışığında bakıldığında; ekonomik olarak zor durumda olan sanığın, düzenli bir işinin ve gelirinin bulunmadığı, bu nedenle evde bulunan diğer bireyler gibi mağdurun da çalıştığı, mağduru çalışması için sanığın zorlamadığı, sanığın mağdur üzerindeki disiplin yetkisini kötüye kullanması gibi bir durumun söz konusu olmadığı sanığın mağdura karşı kötü muamelesinin de bulunmadığı, sanığın üzere atılı suçu işlemediği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçe ve nedenlerle;

Sanığın üzerine atılı suçla ilgili kastının bulunmaması ve müsnet suçu işlediğine dair kesin ve inandırıcı deliller elde edilememesi tipiklik unsurun bulunmaması nedeni ile atılı suçtan

Yargılama giderinin kamu üzerinde bırakılmasına,

7 gün içerisinde Yargıtay'a sunulmak üzere mahkememize verilecek dilekçe ile Yargıtay'da temyiz hakkının olduğunun hatırlatılmasına, (hatırlatıldı)

Kararın bir örneğinin kesinleşmeden sonra 5320 Sayılı Kanunun 16 maddesi uyarınca soruşturmayı yürüten Adana Emniyet Müdürlüğüne gönderilmesine,

Dair sanık, mağdur ve müdafiinin YÜZÜNE KARŞI verilen karar açıkça okunup usulen tefhim kılındı.

BİR TEMYİZ DİLEKÇESİ

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ BAŞKANLIĞI'NA
Sunulmak Üzere

ADANA 4. SULH CEZA MAHKEMESİ HAKİMLİĞİNE
DOSYA NO: 2005/1437 Esas 2005/1963 Karar

Yerel Mahkemenin Sanık Mehmet hakkında TCK'nın 232/2 maddesi yönünden BERAAT şeklinde karar vermesi usule ve yasaya aykırıdır. Şöyle ki;

USULE İLİŞKİN

Yargılama esnasında Yerel Mahkemenin CMK 237. madde doğrultusundaki talebimizi, mağdur kişinin şikayetçi olmaması nedeni ile reddini, temyiz ederiz. Mağdurun kendini savunması mümkün olmadığından CMK 239/2. madde gereği ZORUNLU AVUKAT görevlendirilmesi yoluna gidilmektedir. Bu tür durumlarla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra sıkça karşılaşılmaktadır. Mağdur küçüklerin özellikle aileleri hakkında şikayetçi olmaması sebebi ile zorunlu mağdur vekilliği sisteminin konuluş amacı ortadan kalkmakta ve biz Avukatların, olayların mağdurunun şikayetçi olmadığı duruşmalarda, dosyalarda ne yapacağımız konusu yanıtsız kalmaktadır. Bu sebeple şikayetçi olabilme ehliyeti olmayan mağdurun şikayetçi olmamasına da sonuç bağlamamak ve CMK 237/2. maddesi gereği katılma talebimi red eden Mahkeme Kararının Yüksek Mahkemece de bir değerlendirmeye tabi tutulması, bu ve buna benzer olaylarda emsal oluşturması yönünden talep olunur.

ESASA İLİŞKİN

Yerel Mahkemenin gerekçeli kararında, sokakta çalışan çocukların sorunun çözümü amacıyla ebeveylerini cezalandırmanın sorunun çözümü olmadığı yönündeki tespitine katılmakla birlikte, bir hukukçu olarak olayın sanık tarafının masum olmadığından eminiz. Bu sebeple boşta gezen birinin ve 10 çocuk sahibi bir kişinin mağdur küçüğe çalışmaktan başka bir imkan tanımadığı ortadadır. Bu kişinin daha önce de aynı sebeple Çocuk Şube polislerince uyarıldığı ancak mağdurun yine çalışırken yakalandığı, ve mağdurun okula gönderilmeyip böyle bir yola zorlandığı kuşkusuzdur.

Bu çocuğun çalışmaktan başkaca olanağı yoktur. Buna karşı koymasını beklemek mümkün değildir. Kötü muamelenin kanun metninde tam tanımı yapılmayıp, hayatın ve hukukun bunu doldurması istenilmiştir. Yarı aç veya susuz bırakma, uyku uyutmamak, zor koşullarda çalışmaya mecbur etmek gibi hareketleri kötü muamele kabul etmek gerekir. Kişi-

---

(*) Gönderen: Av. Metin KUŞ, Adana Barosu

lerin insani duygularını sömürmek amacı ile bu yaşta çocuklara (olayımızda öz oğluna) ellerine birer paket verip sokaklara salmak, kötü muamele kabul edilmelidir; bu çocuğu arkadaşları ile oynamak olanağından mahrum edip, çalışmaya göndermek kötü muamele kabul edilmelidir, okuma, eğitim görme özgürlüğünün elinden alınmasını kötü muamele olarak kabul etmek gerekir.

Olayın toplum vicdanında yarattığı rahatsızlığı Yüksek Mahkemenin değerlendireceği kuşkusuz olup, bu konuda ışık ve emsal olacak bir bozma kararı ile toplum yaşamının kanayan yarasına, çözüm olmasa bile, neşter vurulacağı amacıyla iş bu temyiz tarafımızdan yapılmıştır.

SONUÇ ve İSTEM

Yukarıda arz edilen ve re'sen gözetilecek sebepler ışığında Adana Adana 4. Sulh Ceza Mahkemesi Hakimliğinin 2005/1437 Esas, 2005/1963 karar sayılı ilamının **BOZULMASINA** karar verilmesi hususu, bilvekale arz ve talep olunur.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI TALEBİ

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ YÜKSEK BAŞKANLIĞINA

Yukarıda özet bilgileri yazılı dosya incelendi:

Mağdur Rıfat vekilinin yargılama sırasında davaya katılma isteminde bulunduğunun ve mahkemece katılma talebinin red edildiğinin anlaşılması karsısında, CMK'nın 260/1 maddesi gözetilerek ve verilen kararı temyiz etme hakkının bulunduğu kabul edilerek, mağdur vekilinin beraat hükmüne yönelik temyiz istemleri yönünden yapılan incelemede,

1- Mağdurun yasının küçük olması sebebiyle CMK'nın 239/2. maddesi gereğince atanan zorunlu avukatın davaya katılma hakkının bulunması sebebiyle, CMK'nın 237/2. maddesi gereğince davaya katılma kararı verilmesi;

2- Yapılan yargılamaya, fiilde suçun yasal unsurlarının oluşmadığına, mahkemenin soruşturma sonunda oluşan inanç ve takdirine, hükmün gerekçesine göre, mağdur vekilinin, suçun yasal unsurlan ile oluştuğuna, sanığın cezalandırılması gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASI,**

Talep ve dosya tebliğ olunur. 02.11.2005

M. R. Gültekin
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Y.
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

BİR YARGITAY KARARI

YARGITAY DÖRDÜNCÜ CEZA DAİRESİ

E: 2006/9060 **K:** 2008/5596 **T:** 03.04.2008

ÇOCUK HAKLARI • KORUNMAYA MUHTAÇ ÇOCUK • ÇOCUĞUN SOKAKTA ÇALIŞTIRILMAK SURETİYLE SUİSTİMALİ*

(TMK m 13, 15, CMK m. 237, BM ÇHS m. 19)

Özet: *Suç tarihinde 10 yaşında olan mağdurun sokakta çalıştırıldığı tespit edilmiştir. Çocuk haklarına dair sözleşmenin 31. maddesi uyarınca çocukların dinlenme, boş zamanlarını değerlendirme, oyun oynama kültürel ve sanatsal etkinliklere katılma hakları bulunmaktadır. Sanığın bunun aksi davranışla çocuğu sokakta çalışmaya zorlaması cezayı gerektirir.*

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Türk Medeni Kanunu'nun 13. ve 15.maddeleri hükümleri karsısında, on yaşında olan mağdurun yasal menfaati çiğnenmiş bulunduğundan babası olan sanık hakkında şikayetinden vazgeçmesinin hukuki sonuç doğurmayacağı, kıyas yoluyla CMK'un 266/3. maddesi uyarınca mağdur ile vekilinin iradeleri çeliştiğinde vekilin iradesinin geçerli olacağı ve bu nedenle de 5271 sayılı CMK'nın 239/2. maddesi gereğince görevlendirilen ve küçüğü temsil eden vekilin katılma isteğinin kabulü gerekeceği gözetilmeden, ilk derece mahkemesince yasal olmayan gerekçeyle katılma istemi reddolunmuş ise de, bu husus kanun yoluna başvurusunda açıkça ileri sürüldüğünden 5271 sayılı CMK'un 237/2. maddesi uyarınca mağdurun kamu davasına katılan olmasına karar verilerek işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede:

Başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; Anayasanın 41. maddesinde ailenin ve çocukların korunması için Devletin gereken tedbirleri alacağı, 50. maddesinde kimsenin yaşına ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılamayacağı ve küçüklerin özel olarak korunacağı, 61/4. maddesinde de korunmaya muhtaç çocuklarla

ilgili tedbirlerin Devlet tarafından alınacağı hükümleri yer almaktadır. TBMM tarafından 9.12.1994 tarihinde 4055 sayılı Kanunla onaylanarak kabul edilen ve 27.1.1995 tarihli 22184 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 19. maddesinde; çocuğun yanında bulunduğu kişinin suistimal, ihmal ya da ihmalkar muamelesine karşı devletin gerekli tedbirleri alacağı açıklanmış, 32. maddesinde ise "çocuğun ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı taraf" devletlerin koruma sağlaması ve bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımların uygulanabileceği belirtilmiştir. Yine, Sözleşmenin 36. maddesinde, taraf devletlerin, "esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu" koruyacakları hükmü yer almıştır.

Dava konusu olayda, suç tarihinde 10 yaşında olan mağdurun, sokakta çalıştırıldığı güvenlik birimlerince düzenlenen tutanakla saptanmıştır. Gerek sanık savunması ve gerekse mağdurun anlatımı ile "okulda yer olmadığı" biçimindeki itibar edilemeyecek nedenle mağdurun okula dahi gönderilmeyerek. çalışmaya sevkedildiği anlaşılmaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 31. maddesi uyarınca çocukların dinlenme, boş zamanlarını değerlendirme, oyun oynama, kültürel ve sanatsal etkinliklere katılma haklan bulunmaktadır. Buna karşın, sanığın acıma, merhamet ve şefkat duygularıyla bağdaşmaz biçimde mağdurun eğitimini engellemek suretiyle sokaklarda çalıştırılmasının, aile bireylerine kötü davranış oluşturacağı gözetilmeden, dayanaksız ve yasal olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi,

Yasaya aykırı ve katılan Rıfat vekilinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden, tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle, **HÜKMÜN BOZULMASINA,** yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 03.04.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY KARARLARI

HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/10-444 **K:** 2005/449 **T:** 06.07.2005

İŞ HUKUKU • İŞÇİNİN YIKANDIĞI YER • İŞYERİ KAVRAMI • İŞ KAZASI • İŞVERENİN GÖREV VE SORUMLULUĞU

Özet: *İşyerinde geceleri de kalarak çalışan sigortalı işçiler için işverenin özel yıkama yeri hazırlamadığı ve kazalı işçinin zorunlu olarak dereye girerek yıkandığı dikkate alındığında olanın iş kazası olduğu sonucuna varılmalıdır. Olayın çalışma saati dışında meydana gelmiş olması bu sonucu değiştirmeyecektir.*

İşçinin kişisel vücut temizliğinin yapıldığı yıkanma yerlerinin de yasal yönden işyeri kabul edileceğinde kuşku yoktur.

Taraflar arasındaki **"Rücuan Alacak"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eskipazar Asliye Hukuk İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 20.02.2004 gün ve 2001/145 E. 2004/42 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 25.11.2004 gün ve 2004/9396-10877 sayılı ilamı ile;

(Davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasanın 5, 11 ve 26. maddeleridir. Kurum, sigortalının ölüm olayını iş kazası olarak kabul etmiş ve ölen kişinin hak sahiplerine gelir bağlayarak işbu dava ile rücuan tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme olayın iş kazası olmadığından bahisle davanın reddine karar vermiş ise de, varılan sonucun dosya kapsamıyla belirlenen maddi olgu ile çeliştiği ve bu nedenle isabetsiz bulunduğu görülmüştür. 506 Sayılı Yasanın iş kazasını tanımlayan 11. maddesi sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen ve sigortalıyı bedence arızaya uğratan olayların iş kazası olduğunu hüküm altına almıştır. Aynı yasanın 5. maddesi ise işyerinin tanımını yapmakta ve işyeri ile işyerine bağlı yerlerin ve eklentilerin işyeri tanımı içinde kabul edilmesi gerektiğini kurala bağlamıştır. Buna göre yıkanma yerleri yani sigortalıların kişisel vücut temizliğinin yapıldığı yerlerin işyeri olarak kabul edilmesi belirtilen maddedeki kural gereğidir.

Somut olayda işverenin işyerinde çalışan ve geceleri de işyerinde kalan sigortalılar için özel yıkanma yerleri hazırlamadığı bu nedenle kazalı sigortalının zorunlu olarak işyerinde bulunan dereye girerek yıkandığı bu nedenle Ka-nunun 11 ve 5. maddeleri kapsamında iş kazası olduğu ve çalışma saati dışında sigortalının yıkanmış olmasının sonuca etkili bulunmadı-

ğı gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Mahkemece yapılacak iş, olayın iş kazası olduğunu kabul ederek, yargılama sırasında ileri sürülen davalıların miras bırakanı KY'nin asıl işinin kum eleme ve üretim işi olduğu, dava dışı MG'ye bir kısım onarım işlerini verdiği ve ölen sigortalının M'nin işçisi olduğu yönündeki itirazları, 506 Sayılı Yasanın 87. maddesi kapsamında ele alarak tartışmak, davalıların miras bırakanı K'nın aynı kanunun 4. maddesi anlamında işveren sıfatına sahip olup olmadığı üzerinde durmak, K ile M arasındaki hukuki ilişkinin hizmet akdine mi, İstisna akdine mi dayandığını Kurum ve işyeri kayıtları getirtilmek suretiyle araştırmak, şayet M'nin işveren olduğu sonucuna varılırsa Kurumca adı geçen kişiye de husumet yöneltilmesi için davacıya mehil vermek ve yargılamaya iştiraki ile deliller toplandıktan sonra varılacak sonuca göre karar vermekten ibarettir.

O halde, davacı Kurumun 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: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 06.07.2005 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/9-840 **K:** 2007/831 **T:** 07.11.2007

İŞ HUKUKU • YARGITAY BOZMASINDAN ÖNCE VAROLMAYAN BELGELERE DAYANARAK HÜKÜM KURMANIN İÇERİĞİ • YENİ HÜKÜM • DİRENME KARARI*

(4046 SY m. 22)

Özet: *Bozma öncesi var olmayan bir kısım belgelerin incelenmesi sonucunda verilen karar, usul ve yasaya uygun bir direnme kararı olmayıp, bozma çevresinde yapılan araştırma sonucunda oluşturulan yeni bir hüküm niteliğindedir.*

Taraflar arasındaki "İşçilik Alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kocaeli 3. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.06.2006 gün ve 122-355 sayılı kararın incelenme davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 07.05.2007 gün 2006/27528 -2007/14334 sayılı ilamı ile;

(...Bilirkişi tarafından davacının kapsam dışı personel olduğu belirlenmiştir. Davalı özelleşmeye tabi kamu kuruluşudur. Davacının kapsam dışı personel olduğunun saptanması halinde uyuşmazlık mahkemesinin 22.01.1996 tarih 1995/1 esas 1996/1 sayılı ilke kararı gereği davanın idari yargı yerin görülmesi gerekir. Mahkemece bu görev hususu tartışılmadan işin esasına girilerek hüküm kurulma hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya mahalline geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonucunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı, davalıya ait işyerinin özelleştirilmesi sonucunda 4046 Sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca nakle tabi tutulduğunu belirterek; fazla çalışma ücretinin ve harcırah bedelinin hüküm altına alınması istemiştir.

Mahkemece, fazla çalışma alacağının kabulüne dair verilen karar, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

Bozma sonrasında; çalışıldığı belirtilen işyerine ait hisse satış sözleşmesi, hisse senedi devir, ferağa ve kabul beyannamesi ile Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 2004 yılı özelleştirme uygulamalarını gösterir belge getirtilip, yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda karar verilmiştir.

Bozma öncesi var olmayan bir kısım belgelerin incelenmesi sonucunda verilen karar usul yasaya uygun bir direnme kararı olmayıp, bozma çerçevesinde yapılan araştırma sonucu oluşturulan yeni bir hüküm niteliğindedir.

Belirtilen nedenlerle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 9. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine, 07.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/13-828 **K:** 2007/818 **T:** 07.11.2007

AVUKATLIK HUKUKU • VEKALET SÖZLEŞMESİ • VEKALET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI BORÇLARI VE HAKLARI*

(BK m. 386, 389, 390, 392, 394)

Özet: *Vekil, vekil edenin talimatı doğrultusunda ve iyi bir suretle vekaleti ifa ile yükümlüdür.*

Vekil, müvekkilinin talebi üzerine yapmış olduğu için hesabını vermeye ve bu yönden dolayı her nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile ödemeye ve zimmetinde kalan paranın da faizini vermeye mecburdur.

Müvekkilin de, vekilin vekalet görevini ifa ederken yaptığı masrafları vermesi, vekilin üstlendiği borçlardan onu kurtarması ve vekilin ücretini ödemesi gerekir.

Taraflar arasındaki **"Alacak"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 22. Hukuk Mahkemesince asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulüne dair verilen 22.12.2005 gün ve 2005/6-

(*) *Gönderen: Av. Talih UYAR*

432 sayılı kararın incelenmesi taraflar vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 27.11.2006 gün ve 2006/12701-15675 sayılı ilamı ile,

(...Davacı, davalının avukatı olduğunu, vekili olarak açıp neticelendirdiği davası sonucu verilen karar Ankara 7. İcra Müdürlüğünün 2002/3587 sayılı dosyası ile takibe koyduğunu, borçludan 18.211.000.000 lira tahsil ettiğini bildirip avukatlık ücretini kestikten sonra kendisine 17.000.000.000 lira ödeyip ibraname aldığını, ancak daha sonra davalının icradan 27.788.250.000 lira tahsil ettiğini öğrendiğini bildirip eksik ödenen 9.577.250.000 liranın işlemiş 1.436.550.000 lira faiziyle ve dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle tahsilini istemiştir.

Davalı, icradan 27.658.250.000 lira tahsil edip, davacıya 22.000.000.000 lira ödeyip ibra aldığını, kalan kısmını hak etiği ücretine karşılık kestiğini, davacının pek çok davasını takip edip masraflarını da kendisinin yaptığını bildirerek davanın reddini savunmuş, karşı davasında da; davacının vekili olarak takip edip sonuçlandırdığı dava ve icra takiplerinde hiçbir kusuru olmadığı halde kendisini Cumhuriyet Savcılığına, Maliyeye şikayet ettiği gibi haksız olarak azil ettiğini bundan da üzüntü duyduğunu bildirip 5.000.000.000 TL manevi tazminat ile ödenmeyen bakiye 1.577.270.000 lira ücret alacağının tahsilini istemiştir. Mahkemece, asıl davanın reddine, karşı davada ise 719.920.000 lira bakiye ücret alacağı ile 5.000.000.000 lira manevi tazminatın davacı-karşı davalıdan tahsiline karar verilmiş, davacı karşı davalının temyizi üzerine dairemizce temyiz edenin diğer itirazlarının red edilerek, karar manevi tazminat şartları oluşmadığından reddi gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur. Bu kez her iki taraf karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

1- Temyiz ilamında belirtilen gerektirici nedenler karşısında ve özellikle davacı karşı davalının temyiz talebi karşı davayı da kapsadığı gibi, harçta yatırıldığı anlaşıldığından, davalı karşı davacının maddi hatanın düzeltilmesi talebini içeren ve dairemizce karar düzeltme talebi olarak değerlendirilen itirazlarına göre davalı karşı davacının karar düzeltme taleplerinin reddi gerekir.

2-Taraflar arasıdaki ilişki vekalet sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, yasal dayanağı BK 386 ve devamı maddeleridir. Vekil, vekil edenin talimatı doğrultusunda ve iyi bir surette vekaleti ifa ile mükelleftir. (BK 389-390 md.) Vekil müvekkilinin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeye ve bu cihetten dolayı her nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediyeye ve zimmetinde kalan paranın da faizini vermeye mecburdur. (BK 392 md.) Müvekkilinde, vekilin vekalet görevini ifa ederken yaptığı masrafları vermesi, vekilin üstlendiği borçlardan onu kurtarması ve vekilin ücretini ödemesi gerekir. (BK 394, md.) Dosya kapsamından davalı-karşı davacı avukatın, davacı-karşı davalının vekili olarak Ankara 7. İcra Müdürlüğünün 2002/358 sayılı dosyasından 12.1.2004 tarihinde

27.788.250.000 lira aldığı, vekil edenine bir miktar ödeme yaptığı, 13.1.2004 tarihli ibranameyi aldığı, daha sonra davacı-karşı davalı tarafından 24.1.2004 tarihinde vekillikten azil edildiği, Cumhuriyet Savcılığına, Baroya, maliyeye eksik ödeme yaptığından bahisle şikayet edildiği hususları taraflar arasında çekişmesiz olduğu gibi dosya kapsamı ile de sabittir. Davacı-karşı davalı vekil eden, vekili olan davalı-karşı davacının icra dosyasından aldığı paranın hesabını vermediği ve kendisine eksik olarak 17.000.000.000 lira ödediği iddiası ile bu davayı açmıştır. Davalı-karşı davacı, ise, davacıya önce 18.000.000.000 lira daha sonra da 4.000.000.000 lira olmak üzere 22.000.000.000 lira ödeme yaptığını, kalan kısmı ise yaptığı masraflar ile vekalet ücreti alacağına karşılık tuttuğunu ve ödemediğini, ücreti vekalet alacağından doğan bakiye alacağı da olduğunu savunup, karşı dava açmıştır. Uyuşmazlığın çözümü için davalı-karşı davacı avukatın öncelikle yasaya uygun şekilde vekil edenine hesap verdiğini ve ödeme yaptığını kanıtlaması gerekir. Davalı-karşı davacı bu savunmasını ispat için 13.1.2004 tarihli ibranameye dayanmıştır. Bu ibranamede, icra dosyasından ne miktar para çekildiği, ibra edene ne miktar ödeme yapıldığı, kesilen paranın miktarı ve ne için kesildiği hususlarında hangi bir açıklama bulunmamaktadır. İbraname altına verilen "vekil eden iş sahibine 18.250.000.000 lira ödeyip, 5.000.000.000 lira avukat uhdesinde kaldığını, bu 5.000.000.000 liradan 4.000.000.000 liranın 20.1.2004 tarihinde vekil edene ödendiğine" dair şerhlerin ibranamenin düzenlenmesinden daha sonraki tarihlerde yazıldığı ve altlarındaki imzaların davalı-karşı davacı avukatın eşine ait olduğu, davalı-karşı davacı avukatın 23.3.2005 tarihli layihası ve 27.5.2004 tarihli Ankara Barosu başkanlığına verdiği dilekçesinde açıkça belirtildiğinden, bu şerhler altında iş sahibinin imzası bulunmadığından, ibranameyi veren davacı-karşı davalıyı bağlamaz. Bu haliyle ibraname davalı-karşı davacının iddia ve savunmasını doğrulamaya yeterli değildir. Bu nedenlerle ibranameye itibar edilemez. Davacı-karşı davalı 19.7.2005 tarihli layihasında önce 13.250.000.000 lira, tüm beyanlarında da daha sonra 4.000.000.000 lira olmak üzere kendisine yapıldığını kabul ettiği 17.250.000.000 lira dışında ödeme yaptığını, davalı-karşı davacı başkaca bir delil getirip isbat edememiştir. Yine davalı-karşı davacı 22.000.000.000 lira ödeme yaptığını iddia etmesine rağmen, mahkemenin yapılan ödemeyi 22.250.000.000 lira olarak kabul etmesi de doğru değildir. Davalı-karşı davacı, 17.250.000.000 liradan fazla ve iddia ettiği miktarda ödeme yaptığını ibraz ettiği delillerle kanıtlayamamış ise de, cevap layihası ve karşı dava dilekçesinde yemin deliline dayandığı anlaşıldığından davalı-karşı davacıya karşı tarafa yaptığı ödemenin miktarı konusunda yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak, hasıl olacak sonuca uygun olarak asıl dava ve karşı dava hakkında karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle delillerin takdirinde hata yapılarak, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bu nedenle de bozulması gerekirken, zuhulen bu hususun gözden kaçırıldığı bu kez yapılan incele-

me ile anlaşıldığından, davacı-karşı davalının karar düzeltme talebi kabul edilmeli ve dairemiz kararı, eski bozma sebebine ilaveten bu nedenle de bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı-karşı davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, davalı-karşı davacının 22.000.000.000 TL ödediğini savunmuş ve fakat davacı-karşı davalının 17.250.000.000 TL aldığını ileri sürmüş olmasına, bu iki rakam arasındaki farkı oluşturan 4.750.000.000 TL'nin ödendiğini yazılı belge ile kanıtlayamayan davalı-karşı davacının, bu miktar ödeme yönünden karşı tarafa yemin teklif etme hakkına sahip bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı-karşı davalı TU vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 7.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-33 **K:** 2008/106 **T:** 06.02.2008

İŞ HUKUKU • BELİRLİ VE BELİRSİZ HİZMET SÖZLEŞMESİ • TEMEL ÖLÇÜTLER*

Özet: *Esaslı ve objektif bir neden olmaksızın birden fazla üst üste zincirleme yapılan hizmet sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü yasadan doğan zorunluluktur.*

1982 yılından itibaren her yıl yenilenen sözleşmeyle çalışan işçinin belirsiz süreli hizmet sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki "**İşçilik Hak ve Alacakları**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.10.2005 gün ve 561-1005 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.03.2006 gün ve 1926-7875 sayılı ilamı ile

(...Davacı işçi her yıl yenilenen sözleşmelerle 1982 yılından 1.4.2005 tarihine kadar çalışmıştır. Buna göre davacının belirsiz süreli sözleşme ile çalıştığının kabulü gerekir. Sözleşmenin kalan süresine ait ücretin reddi gerekirken, yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..) 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:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre ve özellikle davaya konu iş ilişkisinde, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı bulunan belirli süreli iş sözleşmesinin, esaslı bir neden olmaksızın birden fazla üst üste (zincirleme) yapılması durumunda, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulünde yasal zorunluluk bulunma-

(*) *Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı*

sı karşısında, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının temyiz edene iadesine, 06.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-61 **K:** 2008/108 **T:** 06.02.2008

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • HAKKANİYET İNDİRİMİ*

Özet: *Hesaplanacak olan fazla çalışma ücretlerinden uygun bir miktarda "hakkaniyet indirimi" yapılacağı Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıdır.*

Taraflar arasındaki **"Alacak"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Denizli İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.7.2006 gün ve 181-648 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 21.5.2007 gün ve 2006/29024-2007/15675 sayılı ilamı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Uyuşmazlık fazla çalışma ücreti konusunda toplanmaktadır. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre uzunca bir süre çalışan bir işçinin mazeret, hastalık gibi nedenlerle işe devamında ve fazla çalışma yapma sürecinde kesintiler olacağı kuşkusuzdur. Söz konusu fazla mesai ücretinden uygun bir miktar indirim yapılması gerekirken, tam alacak miktarının kabulü hatalıdır....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle bilirkişi tarafından düzenlenen ve hükme esas kılınan raporda fazla çalışma ücretinden indirim yapıldığının ve buna uygun karar verildiğinin anlaşılmış olması karşısında, yerel mahkemenin direnme kararı isabetli bulunmaktadır.

Ne var ki, yukarıda açıklanan nedenlerle, Özel Daire yapılan indirim oranına yönelik temyiz itirazlarını incelememiş olup, dosyanın bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenebilmesi için Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan dosyanın fazla mesai ücretinden yapılan indirim oranına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için 9. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine, 6.2.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-142 **K:** 208/127 **T:** 13.02.2008

İŞ HUKUKU • KESİN HÜKÜM • HİZMET TESPİTİ DAVASINDA SAPTANAN ÜCRET • İŞÇİLİK HAKLARININ HESAPLANMASI*

Özet: *"Kesin Hüküm" tarafları bağlayan bir olumsuz dava şartı olup, yargılamanın her safhasında re'sen gözetilmesi gerekir. Kesin hüküm bulunan bir konuda yeniden inceleme ve araştırma yapılamaz. Bu nedenle hizmet tespiti davasında saptanan ücret esas alınarak işçilik hakları hesaplanmalıdır.*

Taraflar arasındaki "**İşçi Alacakları**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal 1. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 19.12.2005 gün ve 295 E-757 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 11.10.2006 gün ve 5587-26880 sayılı ilamı ile;

(...1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının çalıştığı sürelerin belirlenmesi amacıyla açtığı hizmet tespiti davasında davacının ücretinin bildirilen ücret olduğu, bildirim yapılmayan dönemlerde asgari ücretle çalıştığı kabul edilerek hüküm kurulması ve bu karar Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır. Kesinleşen mahkeme kararına rağmen ücretin davacının ileri sürdüğü miktar olduğu kabul edilerek yapılan hesaplamaya itibar edilerek hüküm kurulması hatalıdır...) 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, iş aktinin işçi tarafından haklı olarak feshedildiği iddiasına dayalı işçilik alacakları istemine ilişkindir.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Mahkemece, tanık beyanları esas alınarak işçinin aylık ücretinin 270.000.000 TL olduğu kabul edilmiştir.

Özel Dairece, davacı tarafından daha önce açılıp kesinleşen ücret konusundaki kararın mahkemeyi bağlayacağı gerekçesi ile hüküm bozulmuştur.

Dosya kapsamına göre, davacı tarafından bu davadan önce Kartal 1. İş Mahkemesinin 14.10.2003 gün ve 2001/400 E. ve 2003/424 K. sayılı dosyasında hizmet tespiti davası açıldığı, bu davanın tarafları ile görülmekte olan davanın taraflarının aynı olduğu, davalı Suat'ın o davada "davacı işçinin ücretinin SSK'ya bildirilen ücret olduğu, bildirimi yapılmayan dönemlerde ise ücretin asgari ücret olduğu" hususunun saptandığı ve taraflar arasındaki bu konunun kesin hüküm halini aldığı anlaşılmaktadır.

Hizmet tespiti dosyasında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 77 ve 79. maddeleri uyarınca davacının aylık ücretinin belirlenmesi yönündeki bu hüküm tarafları bağlar.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237 ve 295. maddelerine göre kesin hüküm tarafları bağlayan bir olumsuz dava şartı olup ve yargılamanın her aşamasında mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir. Kesin hüküm bulunan bir konuda, bu yönün doğruluğunun yeniden inceleme ve araştırma konusu yapılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, hizmet tespiti davasında davacının aldığı aylık ücret saptanıp kesinleştiğinden, artık buradaki miktarların esas alınmasında zorunluluk bulunmaktadır. YHGK'nın 11.07.2007 gün ve 2007/21-542 Esas ve 2007/549 Karar sayılı ilamı da bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Hal böyle olunca bu yöne işaret eden bozma kararına uyulmak gerekirken önceki hükümde direnilmesi hatalı olmuştur. Direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı HUMK 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcın iadesine 13.02.2008 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-64 **K:** 2008/132 **T:** 13.02.2008

DAVADA TARAFLAR • TARAF DEĞİŞTİRİLMEMESİ KURALI*

Özet: *Kararın, taraflara yüklenen hak ve borçlar bakımından şüphe ve tereddütte sebebiyet vermeyecek açıklıkta oluşturulması temel usul kuralıdır. Dava dilekçesinde davalı gösterilmeyen kişi o davada taraf sıfatını kazanamaz. Islah yoluyla da taraf değiştirilemez.*

Taraflar arasındaki "**Kıdem Tazminatı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 11 İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 17.05.2006 gün ve 2004/377- 2006/279 sayılı kararın incelenmesi davacı ve davalılardan yardım sandığı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.02.2007 gün ve 2006/19786 - 2007/4958 sayılı ilamı ile;

(...1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davalının temyizine gelince;

Davalı işyerinde iş sözleşmesi ile çalışmakta olan davacı kendi isteği ile işverence yapılan mülakat sınavına girmiş, sınavı kazandıktan sonra memur statüsünde çalışmaya devam etmiş ve son olarak emekli olarak ayrılmıştır.

Bu durumda davacı kendi isteği ile memuriyete geçtiğinden, kıdem tazminatı ödenmesi mümkün değildir. Yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDENLER: Davalı TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı ile TC Ziraat Bankası AŞ vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibariyle HUMK'un 2494 Sayılı Yasa ile değişik 438/11. fıkrası hükmü gereğin-

(*) *Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı*

ce duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Kıdem tazminatı istemine ilişkin dava, davalı TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı hakkında açılmıştır. Yerel mahkemece verilen 6.7.2005 günlü ara kararında; *"Dosyada Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü'nün hasım olarak gösterilme durumu olmadığından banka vekilinin bundan sonraki oturumlarda hazır bulunmasına yer olmadığı"* belirtilmiş, yapılan yargılama sonucunda verilen gerekçeli kararın başlığında davalı olarak TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı gösterilmesine karşın, hüküm fıkrasında *"kıdem tazminatı alacağının ...davalı Ziraat Bankası AŞ'den tahsiline"* karar verilmiştir.

Davacı vekilinin 27.5.2005 günlü dilekçesinde; *"davamız zaten TC Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü Sağlık Yardım Sandığı Daire başkanlığına açılmıştır..."* ifadesine yer verildiği de uyuşmazlık konusu değildir.

Yukarıda yazılı bozma kararı sonrasında verilen direnme kararında ise bu kez; TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı'nın yanında, TC Ziraat Bankası AŞ'de davalı olarak gösterilmiş, hüküm TC Ziraat Bankası AŞ aleyhinde oluşturulmuştur.

Direnme kararı, davalı olarak gösterilen TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı ve TC Ziraat Bankası AŞ tarafından bu yönlere değinilerek temyiz edilmektedir.

4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi Ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun 3/3. maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası teşkilâtı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir hukukî merasime tabi olmaksızın anonim şirket olarak ticaret siciline re'sen tescil olunur. Bankanın mevcut sağlık yardım sandığı da bu Kanunla tüzel kişilik kazanır..."* hükmüne yer verilmiştir.

Kararın, taraflar hakkında, yüklenen hak ve borçların şüphe ve tereddüde sebebiyet vermeyecek açıklıkta oluşturulması temel usul kuralıdır. Hüküm, ilke olarak taraflar hakkında etkisini gösterecektir.

Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen kişi, o davada taraf sıfatını kazanamaz.

Kaldı ki, ıslah yoluyla dahi taraf değişikliği olanaklı bulunmamaktadır.

Kendisine karşı açılmış bir dava bulunmayan TC Ziraat Bankası AŞ'nin karar başlığında davalı olarak gösterilerek, aleyhine hüküm kurulmuş olması, hakkında açılın davaya karşın davalı TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alınmaksızın karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı ile TC Ziraat Bankası AŞ vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 13.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/10-233 **K:** 2008/233 **T:** 05.03.2008

İŞ HUKUKU • ANONİM ŞİRKETİN KURUCU ORTAKLARI • BAĞKUR SİGORTALISI • SSK SİGORTALISI*

Özet: *Kural olarak, anonim şirketin kurucu ortakları ve yönetim kurulu üyesi olan ortakları Bağ-Kur sigortalısı sayılırlar. Ancak, bu kişiler hizmet sözleşmesinin tüm koşullarını kapsayacak şekilde çalışmışlarsa SSK sigortalısı sayılabileceklerdir. Ancak, bu olgunun duraksamaya yer vermeyecek biçimde araştırılarak saptanması gerekir. SSK sigortalılığı ile Bağ-Kur sigortalılığının çakışması halinde ekonomik yönden baskın olan çalışmaya itibar edilmelidir.*

Taraflar arasındaki "Tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 1. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 30.04.2007 gün ve 803-798 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay l0. Hukuk Dairesinin 09.07.2007 gün ve 12557-12343 sayılı ilamı ile,

(...Davacı, 01.01.1981 tarihinden itibaren SSK sigortalısı olup, 1992 tarihinden itibaren de baskın olarak SSK sigortalısı olduğunu diğer davalı Bağ-Kur'un davacının AŞ kurucu ortaklığı ve yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle 29.07.1991 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigortalısı sayması nedeniyle SSK'dan tahsis koşulları oluştuğu halde aylık bağlanmadığını, bu nedenle, SSK hizmetlerine geçerlilik tanınarak 12.05.2004 tarihi itibariyle yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

(*) *Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı*

İddia ve savunmaya göre; taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının 29.07.1991 tarihinden sonraki çalışmalarının hizmet aktine göre mi yoksa kendi nam ve hesabına bağımsız bir çalışma mı olduğu, başka bir anlatımla davacının, anılan tarihten sonra SSK mı yoksa Bağ-Kur sigortalısı mı sayılacağı noktasında toplanmaktadır. Kimlerin SSK sigortalısı sayılması gerektiği SSK'nın 2 ve 3. maddelerinde, kimlerin Bağ-Kur sigortalısı sayılması gerektiği ise, Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilmiştir.

Hem davacı hem de davalı, davacının şirket ortaklığından söz etmişler, tanıklarda davacının çalıştığı şirketlerin kurucu ortağı olduğundan bahsetmişlerse de; şirket ortaklığının gerçekten var olup olmadığı ve hangi düzeyde görev paylaşımı yapıldığı, görevinin ne olduğu, hukuksal niteliği, ticaret sicil kayıtlarından yeterince ve gereğince araştırılıp incelenmemiştir.

Bağ-Kur Kanununun 24. maddesi hükümlerine göre, Anonim Şirketin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortakları Bağ-Kur sigortalısı sayılırlar. AŞ kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortakları kural olarak Bağ-Kur sigortalısı sayılırlarsa da, şayet hizmet aktinin tüm koşullarını oluşturacak biçimde çalışmışlarsa SSK Sigortalısı sayılabileceklerdir. Ne ki, Anonim Şirket ortağının SSK Sigortalısı sayılabilmesi için; şirketin hangi işinde ne kadar süre ve ne şekilde çalıştığının, özellikle hizmet aktinin koşullarından olan bağımlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin, şirket ortağının, kimin buyruğunda ve kimden talimat alarak çalıştığının, çalışması karşılığı ücret mi, ortaklık nedeniyle pay mı aldığı hususlarının titizlikle araştırılıp incelenmesi ve açıklığa kavuşturulması gerekir. AŞ'nin kurucu ortağı olmayıp sadece hissedarı olan kimsenin SSK sigortalısı sayılabileceği hususu da tartışmasızdır.

Diğer taraftan bir kimsenin SSK sigortalılığı ile Bağ-Kur sigortalılığının çakışması halinde ekonomik yönden ağır basan çalışmaya itibar edilmesi gerekir.

O halde, davalıların 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: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Türk sosyal güvenlik sistemi, aynı zaman dilimi içerisinde değişik sosyal güvenlik kanunları kapsamında geçen çalışmalara engel olmamakta, ne var ki, kişinin tek sosyal güvenlik kurumu üyeliğine izin vermektedir.

Çakışan sigortalılıktan söz edebilmek için sosyal güvenlik yasalarınca geçerli birden çok sigortalılık ilişkisinin varlığı zorunludur.

Yasaların öngördüğü koşulların gerçekleşmemesi halinde ise geçerli bir sigortalılık ilişkisinden, sonuç olarak da çakışmadan söz edilemeyecektir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3. maddesinde belirtilen istisnalardan olmamak kaydıyla, bir hizmet akdine dayanarak, bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar kendiliğinden sigortalı sayılırlar. Bir çalışmanın sigortalı hizmet olarak değerlendirilebilmesi, hizmet akdinin kurucu unsurları olan zaman ve bağımlılık unsurlarının varlığına bağlıdır. Belirtilen koşulları taşımayan çalışmaların 506 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine yasaca olanak bulunmamaktadır.

1479 Sayılı Kanun'un 5458 Sayılı Kanun ile değişik Ek-19. maddesi uyarınca; belirli süre prim ödeme yükümlülüğünün gerçekleşmemesi durumunda Bağ-Kur sigortalılığının durdurulması çakışan sigortalılığa engel olmakta ise de; burada sorun, davacının 506 Sayılı Kanun kapsamındaki çalışmalarının hizmet akdine dayalı bulunup bulunmadığı, geçerli bir SSK sigortalılığının olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Hizmet akdine dayalı bir çalışma ilişkisinin bulunmadığının anlaşılması halinde SSK sigortalılığının iptali gündeme gelecek, dolayısıyla çakışan sigortalılıktan söz edilmeyecektir.

Kural olarak, AŞ genel müdürlerinin çalışmalarının hizmet akdine dayandığı kabul edilir.

Anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortakları ise 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununun 24/I-g maddesi uyarınca Bağ-Kur sigortalısıdırlar.

Bilindiği gibi, anonim şirketler idare meclisleri tarafından idare ve temsil edilirler. Esas mukavele ile temsil yetkisinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine salahiyet verilebilir. (TTK m. 319) Anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının genel müdür sıfatı ile şirketi idare ve temsilinin vekalet akdi hükümlerine dayanması halinde SSK sigortalılığı geçerli bulunmayacaktır.

Hemen belirtilmelidir ki; anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının genel müdür sıfatı ile çalışmalarında hizmet akdi unsurlarının bulunması (taşıması) halinde 506 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılmaları uygun bulunmalıdır.

Dinlenen tanıklar ve dosyadaki belgelerden, davacının birçok anonim şirkette genel müdür olarak görev yaptığı, bazılarında ise kurucu ortak olduğu anlaşılmaktadır.

Davacının SSK hizmet cetveline yansıyan çalışmalarının hangi işyerlerinde geçtiği, bu işyerlerindeki görevlerinin ne olduğu, çalışılan yer bir anonim şirket ise davacının bu şirketteki ortaklık sıfatının araştırılarak, iş görme ediminin hizmet akdine mi dayandığının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Yapılacak araştırma sonucunda, belirtilen işyerlerinde geçen çalışmaların hizmet akdine dayalı olmadığının tesbiti halinde, SSK'ya yapılan sigortalı çalışma bildirimleri geçerli olmayacak, dolayısıyla Bağ-Kur ile çakışan SSK sigortalılığından söz edilemeyecektir.

Direnme kararı sonrasında dosyaya sunulan belgelerin ise, yapılacak inceleme ve araştırma sonucuna göre ele alınarak değerlendirilmesi uygun bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararma uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 05.03.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/2-231 **K:** 2008/235 **T:** 05.03.2008

AİLE HUKUKU • BOŞANMA DAVASI • KADININ HAKLARI • TEDBİR NAFAKASI*

(4721 sayılı TMK m. 169)

Özet: *Boşanma davası açılmakla, ayrı yaşama hakı kazanan ve yeterli geliri olmayan kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmelidir.*

Taraflar arasındaki "**Boşanma**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Fatih 2. Aile Mahkemesince davanın ve tedbir nafakası isteminin reddine dair verilen 07.04.2005 gün ve 2004/169 E., 2005/260 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29.11.2005 gün ve 13232-16533 sayılı ilamı ile;

(...Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim,davanın devamı süresince, gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına (TMK md.186/1) geçimine, (TMK md. 185/3) malların yönetimine (TMK 223, 242, 244, 262, 263, 264, 267, 215) ve çocukların bakım ve korunmasına (TMK md. 185/2) ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (re'sen) almak zorundadır. (TMK md. 169) O halde dava tarihinden geçerli olmak üzere, herhangi bir işi ve geliri olmayan davalı kadın yararına Türk Medeni Kanununun 185/3,186/3 maddelerine uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...) 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, boşanma istemine ilişkindir.

Davacı Mustafa vekili, taraflar arasındaki anlaşmazlıklar nedeniyle evliliğin her iki taraf için de çekilmez hal aldığını ileri sürerek, şiddetli ge-

---

(*) Av. Beyhan BEKEN

çimsizlik nedeniyle tarafların boşanmalarına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Fatma vekili, açılan davanın tamamen haksız ve yersiz olduğunu, davalıya atfedilebilecek herhangi bir kusur olmadığını ileri sürerek davanın reddine, davanın kabulüne karar verilmesi halinde ise 30 milyar maddi, 10 milyar manevi tazminat ile aylık 500 milyon yoksulluk nafakasına hükmedilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme, *"Davalının kusuruna dayanarak evlilik birliğinin temelden sarsıldığına dair mahkememizce vicdani kanaat oluşmadığından davanın bu nedenle reddine, davalı taraf her ne kadar tedbir nafakası talebinde bulunmuş ise de, davalı lehine tedbir nafakası koşulları oluşmadığından hu talebin reddine"* karar vermiş, davalı vekilinin tedbir nafakası yönünden temyizi üzerine hüküm Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, Yerel Mahkeme, *"Davalının kendisini geçindirecek kadar gelirinin bulunması nedeniyle tedbir koşulları oluşmadığı"* gerekçesi ile kararında direnmiştir.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, çalışan davalı eş lehine boşanma davasının devamı süresince tedbir nafakasına hükmedilip hükmedilemeyeceği noktasındadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi "Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır." şeklindedir

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi, yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Medeni Kanunun 137. maddesindeki düzenlemede bir değişiklik yapmamış olup, madde metni sadeleştirilmek suretiyle aynen alınmış ve bu durum 169. maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.

Bu durumda hekimin davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri re'sen alması gerekir.

Her ne kadar Özel Daire bozma kararında *"herhangi bir işi ve geliri olmayan davalı kadın"* ifadesine yer verilmiş ise de bu durum dosya kapsamına uygun olmayıp *"yeterli geliri olmayan davalı kadın"* şeklinde değiştirilmesi gerekir.

O halde, somut olayda boşanma davası açılmakla, ayrı yaşama hakkı kazanan ve yeterli geliri olmayan davalı kadın yararına uygun tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yanlış gerekçelerle talebin reddi usul ve yasaya aykındır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden doloyı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 5.3.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-326 **K:** 2008/325 **T:** 16.04.2008

BORÇLAR HUKUKU • HAKSIZ EYLEM • ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICI • ADLİ TIP RAPORU • UZAMIŞ ZAMANAŞIMI • ISLAH • ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

Özet: *Gerek Borçlar Kanunu'nda ve gerekse Karayolları Trafik Kanunu'nda belirlenen zamanaşımının başlangıcı zararın kapsamının öğrenildiği tarihtir. Diğer deyişle olay tarihi zamanaşımının başlangıcı olarak kabul edilemez. Örneğin; dava konusu somut olayda zamanaşımının başlangıcı maluliyeti belirleyen Adli Tıp Raporunun öğrenildiği tarihtir.*

Ancak, Ceza Kanunu'ndan kaynaklanan "uzamış zamanaşımının" başlangıç tarihi her halükarda olay tarihidir. Davanın ilerdeki aşamasında ıslah edilen bölüme ilişkin zamanaşımı daha önce açılan dava ile kesilmiş olmaz.

Taraflar arasındaki "Maddi ve Manevi Tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar Asliye 3.Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 7.12.2004 gün ve 1999/1045-2004/481 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14.11.2006 gün ve 2005/10112-2006/12226 sayılı ilamı ile;

(...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davaya konu olay 13.1.1996 tarihinde gerçekleşmiştir. Eldeki dava ise 22.11.1999 gününde açılmış ve 2.000.000.000 TL maddi tazminatın hüküm altına alınması istenilmiştir. Yargılama sırasında 25.2.2004 tarihli dilekçe ile bilirkişi tarafından bildirilen miktar itibariyle dava konusu 19.485.911.250 TL olarak ıslah edilmiş ve mahkemece de bu miktara hük-

medilmiştir. Islah, her ne kadar önceden açılan bir davadaki isteklerin somut olayda olduğu gibi fazlasını içeren bir talep ise de; daha önce açılan dava ile ıslah edilen bölüm yönünden zamanaşımı kesilmiş olmaz. Davalı, ıslah edilen kısım ile ilgili olarak zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Islah tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu da anlaşılmaktadır. O halde ıslah edilen bölüm yönünden zamanaşımı nedeniyle davanın reddi gerekirken istemin tümünün kabulü doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, yaralanma ile sonuçlanan trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı Muzaffer vekili, 13.1.1996 tarihinde yaya olarak yolun karşısına geçmek isteyen davacıya, davalı Nurettin'in kullandığı 34 ... 3805 plakalı aracın çarparak yaralanmasına neden olduğunu, sonuçta davacının Sultanbeyli Devlet Hastanesince düzenlenen 16.9.1999 tarihli rapora göre %51 oranında sakat kaldığını, olayda tüm kusurun davalıda olduğunu; kaza nedeniyle davacının aylarca çalışamadığını, yeşil kart almak zorunda kaldığını, olayın yaralamalı trafik kazası niteliğinde olması nedeniyle beş yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunduğunu ileri sürerek, maddi tazminat miktarı yönünden fazlaya ait talep ve dava hakkı saklı kalmak şartıyla şimdilik iki milyar TL maddi ve üç milyar TL manevi tazminat olmak üzere toplam beş milyar TL tazminatın olay tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş; yargılama sırasında maddi tazmini talebini ıslah yoluyla 19.485.911.250 TL'ye yükseltmiştir.

Davalılar (Nurettin mirasçıları) İkbal ve arkadaşları vekili, kazanın meydan gelmesinde kusurun, trafik ışığı ve trafik polisi bulunmayan bir yerde yolun karşısına geçmeye çalışan davacıda olduğunu, o nedenle tazminat isteyemeyeceğini, istenilen miktarın da fahiş bulunduğunu cevaben bildirmiş; 3.3.2004 günlü dilekçesinde ise, 2918 Sayılı Kanunun 109. ve TCK'nın 102/4. maddeleri uyarınca olayda beş yıllık uzamış zamanaşımının geçerli bulunduğunu, bu hususun dava dilekçesinde de ifade edildiğini, olayın 13.1.1996 tarihinde meydana geldiğini, aradan yaklaşık sekiz yıllık bir sürenin geçtiğini, bu durum karşısında ıslah dilekçesiyle talep edilen miktar yönünden zamanaşımın süresinin dolduğunu belirtmiş ve zamanaşımı definde bulunmuştur.

Yerel Mahkeme; Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi uyarınca olayda uzamış ceza zamanaşımının uygulanması gerektiğini, olay tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/4. maddesine göre uygulanacak ceza zamanaşımı süresinin beş yıl olduğunu, davacının yarasının süreç içerisinde gelişme gösterdiğini, Sultanbeyli Devlet Hastanesi Sağlık Kurulunun 21.9.1999 tarih ve 1999/549 nolu raporuna göre maluliyet oranı %51 iken, Haydarpaşa Numune Hastanesi Sağlık Kurulu tarafından düzenlenen 2.2.2000 tarihli raporda maluliyet oranının %56 olarak belirlendiğini, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 18.4.2001 günlü raporunda ise %13 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin açıklandığını, haksız eylemin etkileri devam ettiği sürece zamanaşımından söz edilemeyeceğini, davacının maluliyet oranı ile zararın kapsamını ancak Adli Tıp Kurumu raporu ile öğrenmiş olacağından, zamanaşımının Adli Tıp Kurumu raporunun tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğini, bu durumda ise ıslah ile istenilen tazminat bölümü yönünden zamanaşımı süresinin dolmadığını gerekçe göstererek, kusur oranlarına ve tazminat hesabına ilişkin bilirkişi raporlarını esas almak suretiyle davanın kısmen kabulüne, 19.495.911.250 TL maddi, 1.000.000.000 TL manevi tazminatın 13.1.1996 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermiş; davalılar vekilinin temyizi üzerine Özel Daire metni yukarıda bulunan ilamla kararı bozmuş; Yerel Mahkeme, gerekçesini tekrar ederek önceki kararında direnmiştir.

Yargılama sırasında ölen davalı Nurettin yönetimindeki minibüsün, 13.1.1996 günü, yaya olarak yolun karşısına geçmekte olan davacıya çarptığı ve yaralanmasına neden olduğu çekişmesizdir. Görülmekte olan dava 22.11.1999 tarihinde açılmış; dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hak saklı tutulmak suretiyle iki milyar TL maddi ve beş milyar TL manevi tazminatın tahsili istenilmiş, tazminat hesabı konusundaki 5.2.2004 tarihli bilirkişi raporunun sunulmasından sonra, davacı vekili 25.2.2004 tarihli ıslah dilekçesiyle maddi tazminat talebini 19.485.911.250 TL olarak ıslah etmiş; davalı vekili, ıslah yoluyla talep edilen miktar yönünden, usulüne uygun şekilde zamanaşımı definde bulunmuştur.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, ıslah yoluyla talep edilen maddi tazminat bölümü yönünden zamanaşımının gerçekleşmiş olup, olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Olaydan sonra davacı hakkında Sultanbeyli Devlet Hastanesince düzenlenen 21.9.1999 gün ve 1664 sayılı sağlık kurulu raporunda, davacının mevcut durumunun iş ve gücüne %51 oranında mani oIduğu belirtilmiş; Haydarpaşa Numune Hastanesince düzenlenen 2.2.2000 gün ve 614/E-38 nolu özürlüler için) sağlık kurulu raporunda, sakat işçi olarak çalışabileceği, özür grubuna göre çalışma gücünde %56 oranında kayıp bulunduğu açıklanmıştır. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nca düzenlenen 3.4.2001 gün ve 1769 nolu raporda ise, davacının %13 oranında

meslekte kazanma gücünden kaybetmiş olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

Somut olayda, davacının uğradığı zararın kapsamının Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nca düzenlenen 18.4.2001 tarihli raporuyla belirlendiği ve davacının bu rapor içeriğini 11.9.2001 günlü durumda elden yapılan tebliğ üzerine öğrenmiş olduğu davalı tarafın da kabulündedir.

Bu noktada, trafik kazalarından doğan maddi zararların tazmini istemiyle açılan davalarda zamanaşımı konusuna ilişkin olarak, yasal durum ve yerleşik uygulamaya egemen ilkeler hakkında şu genel açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür.

Somut olayda olduğu gibi, trafik kazası sonucunda bir kimsenin yaralanmasına neden olunması, şahsa karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir; Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde genel olarak haksız fiil tanımlanmış, 60. maddesinde de, haksız fiilden zarar görenin bundan kaynaklanan zararının tazmini istemiyle açacağı davanın, zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir ve herhalde haksız fiil tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunduğu belirtilmiştir. Buna karşılık, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesinin ilk fıkrasında, yine bir haksız fiil niteliğindeki trafik kazalarından doğan tazminat taleplerinin tabi bulunacağı zamanaşımı süresi yönünden Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki düzenlemeden farklı, özel bir hüküm getirilmiş; anılan hükümdeki bir yıllık zamanaşımı süresi, bu tür tazminat davaları yönünden iki yıl olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, davanın cezayı gerektiren bir eylemden doğması ve Ceza Kanununun bu eylem için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmesi halinde, bu sürenin, maddi tazminat talebiyle açılacak davalar için de geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu'nun 60. ve 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/2. maddesindeki düzenlemeler, zamanaşımı süresinin başlangıcı yönünden birbirine paraleldir. Aralarındaki tek fark, zamanaşımı süresinin trafik kazalarından doğan tazminat talepleri bakımından bir yıl yerine, iki yıl olarak öngörülmesidir.

2918 Sayılı Kanun'un 109/2. maddesindeki düzenlemenin gözden kaçırılmaması gereken yönü, ceza kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı (uzamış zamanaşımı) süresinin tazminat talebiyle açılacak davalar için de geçerli olabilmesinin, sadece eylemin ceza kanununa göre suç sayılması koşuluna bağlanmış bulunmasıdır. Eylemin ceza kanununda suç sayılmış olup olmadığı, kural olarak hukuk hakimince belirlenecektir. Söz konusu hüküm, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için, sadece eylemin aynı zamanda bir suç oluşturmasını yeterli görmekte; fail hakkında mahkumiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığı, hatta böyle bir ceza davasının açılması ya da zarar görenin o davada tazminat yönünden bir talepte bulunmuş olması koşulu aranma-

maktadır. Ceza davasının açıldığı hallerde, sanığın mahkûmiyet kararından önce veya sonra ölmüş olması da, sonuca etkili değildir. Yine, söz konusu hükümde, ceza zamanaşımının uygulanması bakımından, sürücü ve diğer sorumlular (örneğin işleten) arasında bir ayırım da yapılmamış; böylece, kuralın bunların tümü için geçerli olduğu öngörülmüştür.

Ceza Kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı (uzamış zamanaşımı) süresi, her halde olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz. Ancak, zarar veya onun faili, uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenilmiş ise; davanın öğrenme tarihinden itibaren, 2918 Sayılı Kanununun 109. maddesindeki iki yıllık süre içerisinde açılması gerekir.

Öte yandan, uzamış zamanaşımı, suç sayılan eylemin failinin, tazminat davasının açılmasından önce veya davanın görülmesi sırasında ölmüş olduğu durumlarda, mirasçıları bakımından da uygulanır. Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde:

Görülmekte olan davadaki tazminat isteminin dayandırıldığı eylemin, aynı zamanda olay tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 456. maddesi çerçevesinde müessir fiil suçunu da oluşturduğu; yaralanmanın derecesi ve anılan hükümdeki cezanın tür ve miktarı itibariyle, somut olayda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/2. maddesi uyarınca, tazminat istemi bakımından, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/4. maddesinde öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği açıktır. Esasen, bu konuda Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, söz konusu beş yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağı noktasındadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, uzamış zamanaşımı süresi olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu kuralın dayanağı, somut olay bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesindeki *"Müruruzamanın başlangıcı tamamiyle icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden... itibar olunur."* Hükmüdür. Öte yandan, aynı kanunun 104. maddesinde zamanaşımının kesildiği haller için salt ceza davalan yönünden öngörülen *"yarı oranında uzama"* kuralı, hukuk davalarında uygulanmaz.

Açıklanan bu duruma göre;

Görülmekte olan davadaki tazminat isteminin dayandırıldığı trafik kazası 13.1.1996 günü meydana gelmiş; dava 22.11.1999 tarihinde; yani 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/1. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin bitiminden sonra ve ancak aynı maddenin ikinci maddesi uyarınca uygulanması gereken beş yıllık uzamış zamanaşımı süresinin dolmasından önce, dolayısıyla da süresi içerisinde açılmıştır.

Eldeki davada, davacının olay nedeniyle uğradığı zararın kapsamını, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun buna ilişkin 18.4.2001 tarihli raporunun tebliğ edildiği 11.9.2001 günlü oturumda öğrenmiş olduğu, taraflar arasında çekişmesizdir. Bu öğrenme tarihi itibariyle, beş yıllık uzamış zamanaşımı süresi dolmuştur.

Yukarıda değinildiği gibi, zararın veya failin uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenildiği durumlarda, tazminat talebi, öğrenme tarihinden itibaren 2918 Sayılı Kanunun 109. maddesindeki iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir; öğrenme tarihinden itibaren yeni bir uzamış (somut olaydaki gibi beş yıllık) zamanaşımı süresi işlemez. Buna göre, uzamış zamanaşımı süresi içerisinde açılan ve fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulduğu eldeki davada, davacı, maddi tazminat talebini ıslah yoluyla en geç 11.9.2003 tarihine kadar artırabilecekken, ıslah konusundaki dilekçesini zamanaşımı süresinin bitiminden çok sonra 25.2.2004 tarihinde vermiş; davalı taraf da, süresi içerisinde ve usulüne uygun şekilde, ıslahla artırılan tutarla sınırlı olarak zamanaşımı definde bulunmuştur.

Hal böyle olunca, ıslah yoluyla artırılan maddi tazminat tutarı yönünden zamanaşımının gerçekleşmiş olduğunun kabulü ve ıslaha konu talep bölümünün zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.

Yerel Mahkemece, Özel Dairenin aynı gerekçeye dayalı bozma ilamına uyulması gerekirken, olaya ve hukuksal duruma uygun düşmeyen gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 16.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/5151 **K:** 2004/5683 **T:** 12.05.2004

MİRAS HUKUKU • MURİS MUVAZAASI • MUVAZAADA ALIŞ GÜCÜ • MUVAZAALI İŞLEMİN NİTELİĞİ • NİTELİKLİ MUVAZAA • MUVAZAADA TEMLİKİN GERÇEK YÖNÜNÜN BELİRLENMESİ

(MK m. 706, BK m. 213 ve Tapu K m. 26. 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İBK)

Özet: *Uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa niteliği itibariyle (mevsuf-vasıflı-nitelikli) muvazaa türünden olup; 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 bırakılmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bunun için de, ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayları olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeye yapmakta haklı ve makul 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 olguların araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, miras bırakanının mal kaçırmak amacıyla maliki bulunduğu 1, 2 ve 3 nolu bağımsız bölümleri satış suretiyle davalıya devrettiğini, satışın gerçek olmadığını ileri sürüp muvazaa nedeniyle tapu kayıtlarının iptali ile muris adına tesciline, olmadığı taktirde tenkisine karar verilmesi isteğinde bulunmuşlardır.

Davalı, dava konusu taşınmazları bedelini ödeyerek satın aldığını belirtip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu taşınmazların temlikinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı.

Dosya incelendi gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil, olmadığı taktirde tenkis istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden, miras bırakanın 591 ada 12 parseldeki 2 nolu bağımsız bölümünü 21.12.1992 tarihli akitle; davalıya satış yoluyla 491 parsel sayılı taşınmazdaki 1 ve 3 nolu bağımsız bölümlerini de dava dışı Refik'i aracı kılmak suretiyle davalıya intikalini sağladığı görülmektedir.

Davada belirtilen temliklerin mirastan mal kaçırma amaçlı olduğu ileri sürülmüş, davalıda miras bırakanın tüm mirasçılarına eşit ölçülerde malvarlığını paylaştırdığını savumuuş, ne var ki bu savunma üzerinde yeterince durulmamıştır.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür.

Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunun 706, Borçlar Kanunun 213 ve Tapu Kanunun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakla çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tesbitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekirki 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 içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olayda, yukarıda açıklanan ilkeleri kapsar biçimde gerekli araştırmaların yapılması miras bırakanın davaya konu edilen temliklerdeki gerçek irade ve amacının saptanması ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir.

Öte yandan, çekişmeli taşınmazlardan 491 parselin imar uygulaması ile 8 ada 5 parsel sayısını aldığı dikkate alınmaksızın eski parsel kaydı üzerinden hüküm tesisi de isabetsizdir. Davalının temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın temyiz edene geri verilmesine, 12.5.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/10820 **K:** 2005/12357 **T:** 23.11.2005

MİRAS HUKUKU • MUVAZAALI TEMLİK SAVI • MUVAZAADA KANIT YÖNTEMİ • YENİLİK DOĞURUCU HÜKÜM • AÇIKLAYICI HÜKÜM • NAMI MÜSTAHAR • TAKMA AD

(MK m. 1025, HUMK m. 288, 290, 293;
05.02.1947 tarih 20/6 sayılı *İBK)*

Özet: *Muvazaa nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temliki yapılmışsa bu tescil yolsuz bir tescil olup tapu kaydının Medeni Kanunun 1025. maddesine göre iptali gerekir. Ayrıca muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından açılan dava sonunda verilen karar, yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm değil, açıklayıcı (ihdasi) bir hüküm durumundadır.*

Öte yandan, senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiasının HUMK'un 288, 290 ve 293. Maddeleri çerçevesinde ancak yazılı delille kanıtlanması gerekir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, kızı Sevinç'in acil para ihtiyacı nedeniyle davalı Seyfettin ve dava dışı ortağı Gencay'dan borç para aldığını ve karşılığında üç adet bono verdiğini ancak teminatın yeterli görülmemesi nedeniyle dava konusu 9 parsel sayılı taşınmazdaki 4 nolu dükkanının da borç ödendiğinde iade

edilmek üzere davalıya devredildiğini, sonradan borcu ödemeye gittiklerinde davalı ve ortağının daha fazla para talep ettiklerini, hile ve desiselerle kazandınldıklarını ileri sürerek tapu iptali-tescil istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, hile kullanılmak suretiyle tapunun devrinin sağlandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu,düşüncesi alındı. Dosya incelendi gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, tapu iptali-tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, hile olgusunun gerçekleştiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden,çekişmeli 9 sayılı parseldeki 4 nolu bağımsız bölümün kayden davacıya ait iken vekil olan kızı Sevinç aracılığıyla 14.10.1999 tarihinde davalıya satış suretiyle devredildiği görülmektedir.

Davacı, temlikin gerçek manada satış olmadığını, alınan borç paranın teminatı olmak üzere davalıya devredildiğini ileri sürerek eldeki davayı açmıştır.

Davada, ileri sürülen iddianın içeriğine göre taraf muvazaası hukuksal nedenine dayanıldığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere; muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazan aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar. (Mutlak muvazaa) Veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler. (Nisbi muvazaa) Yanlar, ister salt bir görünüş yaratmak için, ister başka bir sözleşmeyi gizlemek amacıyla, sözleşme yapsınlar görünüşteki sözleşme gerçek iradelerine uymadığından, tabandaki sözleşmede tapulu taşınmazlarda şekil koşullarını taşımadığından geçersizdir.

Her ne kadar muvazaayı düzenleyen BK'nın 18. maddesinde ve öteki kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin or-

tadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesi ile geçerli hale gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir.

Hemen belirtmek gerekirki, muvazaa nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temliki yapılmışsa bu tescil yolsuz bir tescil hükmündedir. Tapuda yapılan temlik ve tesciller illi işlemler olduğundan tapunun dayanağı sözleşme geçersiz ise tapu kaydının da Medeni Kanunun 1025. maddesine göre iptali gerekir. Ayrıca muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından açılan dava sonunda verilen karar, yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm değil, açıklayıcı (ihdasi) bir hüküm durumundadır.

Öte yandan, muvazaanın varlığını iddia eden taraf veya bunların ardılı (halefi) sıfatı ile hareket eden, başka bir anlatımla sözleşmenin yanlarından birine teb'an dava açan kişi Medeni Kanunun 6. maddesi gereğince bu iddiasını isbat etmek zorundadır. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288 ve 290. maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı kanunun 293. maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille isbat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde dahi olayın özelliği itibariyle adi yazılı delilin yeterli olacağı öğretide ve kararlılık kazanmış içtihatlarda ortaklaşa kabul edilmiştir. İşte bu görüşten hareketle 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında taraf muvazaası ve takma ad (namı-müstear) davalarında iddianın ancak yazılı delille kanıtlanabileceği kabul edilmiştir.

Somut olayda, mahkemece yukarıda değinilen ilkelere göre bir soruşturma yapılmış değildir.

Hal böyle olunca, açıklanan ilkeler doğrultusunda taraf delillerinin toplanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir. Davalının temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 23.11.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4476 **K:** 2007/5717 **T:** 21.05.2007

MİRAS HUKUKU • MURİS MUVAZAASI • TAPUNUN İPTALİ • TENKİS İSTEME YETKİSİ

Özet: *Davacılar, miras bırakanlarının kendilerinden mal kaçırmak amacıyla yaptığı bedelsiz temlikin İPTALİNİ, olmadığı takdirde TASARRUFUN TENKİSİNİ talep etmiş olup TESCİL isteminde bulunmadıklarından, davacılara, tescil davası açılması konusunda önel verilmesi, açıldığı takdirde eldeki davayla birleştirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, miras bırakanları olan Sabriye tarafından davalı kızına 15 parsel sayılı taşınmazdaki payının mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla ve bedelsiz olarak temlik edildiğini ileri sürüp, tapu iptal ve tenkis istemişlerdir.

Davalı, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece temlikin muvazaalı olduğu gerekçesi ile davanın kabulü ile tapunun iptali ile davacılar adına tesciline karar verilmiştir.

Karar.davalı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakiminin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali, olmadığı takdirde tenkis isteğine ilişkindir.

Mahkemece, tapu iptali ile tescile karar verilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki; tapu kaydına ya da zilyetliğe dayanılarak açılan bir iptal davasında, ayrıca tescil isteğinde bulunulmamış olması iptal davasının reddi için başlı başına bir sebep teşkil etmez. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, iptal isteminin tescili kapsamadığı gözetilerek davacıya, ayrıca tescil davası açması için imkan tanımak ve dava açılması halinde her iki dava birleştirilerek karara bağlanmaktan ibarettir. Değişik anlatımla sadece iptal davasının kabulüne ve tapunun iptaline kararı verilmesi, tapulu bir taşınmazın sicil dışı (kayıtsız) kalması sonucunu doğurur ki, böyle bir uygulama, devletin bütün taşınmazların hu-

kuki ve geometrik durumlarını belirleyerek sicile bağlama yolunda benimsediği –dolu pafta sistemi– genel ilke ile bağdaşmaz. Ne var ki, davacı iptal değil, sadece tescil isteğinde bulunmuş ise Yargıtayın yerleşmiş ve kurallaşmış uygulamalarına göre, tescil isteği tapu sicilinde mevcut eski kaydın iptali isteğini de kapsadığı gözetilerek davacının ayrıca tapu kaydının iptalini de dava etmesine gerek yoktur. (YHGK 11.11.1983 Tarih, 981/8-80 Esas, 983/1162 Sayılı Kararı.)

Hal böyle olunca, davacılara-tescil davası açılması konusunda önel verilmesi, açıldığı takdirde eldeki dava ile birleştirilmesi, sonucuna göre hüküm kurulması, tescil davası açılmadığı takdirde iptal davasının reddedilmesi, varsa tenkis koşullarının araştırılması hasıl olacak sonuca göre bir kararı verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir. Davalının temyiz itirazı yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine. 21.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/13034 **K:** 2008/3744 **T:** 25.03.2008

MİRAS HUKUKU • MURİS MUVAZAASI • TAPU İPTALİ • TENKİS İŞLEMİ

(1.4.1974 günlü ve 1/2 sayılı YİBK)

Özet: *Davacılar, muris muvazaası sebebine dayanarak 2 adet bağımsız bölümle ilgili temlikin payları oranında iptal ve tesciline, olmazsa tenkisine karar verilmesini talep etmişlerdir.*

Mahkemenin (3) nolu bağımsız bölümle ilgili iptal ve tescile ilişkin kararı doğru ise de, (8) nolu bağımız bölümle ilgili hüküm 1.4.1974 günlü ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının kapsamı dışında kaldığından tenkis istemi yönünden inceleme yapılıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, miras bırakanları Fuat'ın dava konusu 28 parsel sayılı taşınmazdaki 3 nolu bağımsız bölümün mülkiyeti ile 91 parseldeki 8 nolu B bölümün intifa hakkını temlik ettiği ayrıca Bodrum'da 891 parseldeki 3 nolu bağımsız bölümün bedelinin ödenerek davalı lehine devre mülk tesis edildiği, yapılan işlemlerin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek, tapuların payları oranında iptal ve tescilini, olmazsa tenkisini istemişlerdir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı Saffet tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 25.3.2008 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili avukat ile temyiz edilen vs. vekili avukat geldiler, duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil olmazsa tenkis isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden, çekişmeli 28 parsel sayılı taşınmazdaki 3 nolu bağımsız bölüm ile 91 parsel sayılı taşınmazdaki 8 nolu bağımsız bölümün miras bırakan Fuat adına kayıtlı iken 3 nolu bağımsız bölümün 2.4.1993 tarihinde satış suretiyle mülkiyetinin, 8 nolu bağımsız bölümünde 15.5.1997 tarihinde intifa hakkının davalıya temlik edildiği yine Bodrum'da bulunan 891 parseldeki 3 nolu bağımsız bölümde miras bırakan ile davalı lehine 11.4.1997 tarihinde devre mülk tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Davacılar, miras bırakanın yaptığı temliklerin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek, eldeki davayı açmışlardır.

Mahkemece, yapılan araştırma sonucu 1.4.1974 tarih 1/2 Sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı gözetilerek 28 parseldeki 3 nolu bağımsız bölümün davalıya satış suretiyle temlikinin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu saptanmak ve bu olgu benimsenmek suretiyle iptal, tescil isteğinin kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.

Davalının bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Ancak, dava konusu 91 parsel sayılı taşınmazdaki 8 nolu bağımsız bölümde davalı lehine tesis edilen intifa hakkının iptaline karar verilmişse de anılan temlik yönünden 1.4.1974 tarih 1/2 Sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmadığı açıktır. Bu nedenle, davalı lehine tesis edilen kullanım hakkının iptaline karar verilmiş olması doğru değildir.

Ne var ki, davacılar tapu iptal, tescil isteği yanında tenkis isteğinde de bulunmuş oldukları halde koşulların varlığı halinde anılan tasarrufların tenkise tabi olup olmadıkları üzerinde durulmamış ve bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır.

Hal böyle olunca, 91 parsel sayılı taşınmazdaki 8 nolu bağımsız bölüm yönünden yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması isabetsizdir. Davalının, bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 13.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 550.00 YTL duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 25.3.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2041 **K:** 2007/4063 **T:** 12.04.2007

MİRAS HUKUKU • MURİS MUVAZAASI • İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETLE İLGİLİ DAVA AÇMA KOŞULU

(TMK m. 701-703, 640)

Özet: *Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyette, davadışı ortaklar varsa, davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması ya da miras terekesine atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekir.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, ortak miras bırakanlarının 2 parsel sayılı taşınmazdaki payını torunu olan davalıya mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olarak satış suretiyle temlik ettiğini, murisin satmaya ihtiyacının olmadığı gibi, davalının alım gücünün bulunmadığını ilen sürüp, davalı adına olan kaydın iptali ile tüm mirasçıların adına tescilini işlemişlerdir.

Davalı, taşınmazın gerçek bedelini miras bırakana ödeyip, satın aldığını belirtip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, işlemin inal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar taralından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakiminin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapa iptal tescil işleğine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; davacıların miras bırakanlarının 2 parsel sayılı taşınmazdaki payını muvazaalı ve terekeden mal kaçırma amacıyla torunu olan davalıya satış suretiyle temlik ettiğini ileri sürerek iptal ve tüm mirasçılar adma tescil isteği ile eldeki davayı açmışlardır. Dava, terekeye döndürülmesi isteğine ilişkin olup dava dışı mirasçı Mustafa'nın bulunduğu sabittir. Öyleyse, davada terekenin temsil ettiği söylenemez.

Bilindiği üzere, elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet, yasa veya yasada belirtilen sözleşmeler uyarınca aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklık nedeniyle bir mala veya hakka birlikle malik olma durumudur.

MK'nın 701 ve 703. maddelerinde düzenlenen bu tür mülkiyetin (ortaklığın) tüzel kişiliği olmadığı gibi eşya üzerinde ortaklardan herbirinin doğrudan doğruya bir hakkı da yoktur. Mülkiyet bir bütün olarak ortaklardan tümüne aittir. Başka bir anlatımla ortaklık tasfiye oluncaya kadar ortaklardan birinin ayrı mal veya hak sahipliği bulunmayıp, hak sahibi ortaklıktır. Değinilen mülkiyet türünde malikler mülkiyet payları ayrılmadığından paydaş değil, ortaktır. Bu kural, MK'nın 701. maddesinde (...Kanun ve kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.) biçiminde açıklanmıştır. Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyetin bu özelliği itibariyle ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Şayet yasa veya elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet oluşturan anlaşmada ortaklık adına hareket etme yetkisinin kime ait olacağı belirtilmemişse, ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların (iştirakçilerin) oybirliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunluluğu vardır.

MK'nın 702/2 maddesi bu yönde açık hüküm getirmiştir. Ancak, açıklanan kural yargısal uygulamada kısmen yumuşatılmış bir ortağın tek başına dava açabileceği, ne var ki, davaya devam edebilmesi için öteki ortakların olurlarının alınması veya miras şirketine atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerektiği kabul edilmiştir. (11.10.982 tarih 1982/3-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı) Nitekim bu görüş bilimsel alanda da aynen benimsenmiştir.

Somut olaydaki birliği (iştirak) halinde mülkiyet söz konusu olup, dava dışı ortaklar bulunmaktadır. Hal böyle olunca, davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması ya da miras şirketine MK'nın 640. maddesi uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekirken, davanın görülebilirlik koşulu gözardı edilerek yazılı olduğu üzere davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru değildir. Davacıların temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, bozma nedenine göre diğer hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 12.04.2007 talihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/20362 **K:** 2008/4357 **T:** 31.03.2008

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU • FİKRİ HAKLARIN MİRAS YOLUYLA DEVRİ • TEREKEYE TEMSİLCİ ATANMASI • ÖLÜME BAĞLI TASARRUF • KESİN YETKİ KURALI*

(5846 SK m. 63; TMK m. 576, 640/3)

Özet: *Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruf yapılması geçerlidir. Miras yoluyla intikal eden eserler üzerindeki mali hakların takibi ve korunması için temsilci atanması konusunda karar verecek olan yetkili yer mahkemesi miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesidir. Bu kural kesin yetki kuralıdır.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun, eser sahibine tanıdığı mali haklar miras yoluyla intikal eder. Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruf yapılması caizdir. (5846 SK m. 63) Eser sahibinin terekesinde, bu kanunun tanıdığı mali haklar mevcut olup da Türk Medeni Kanunu'nun 640. maddesi uyarınca bir temsilci tayin edilmişse, temsilci bu haklar üzerinde yapacağı muameleler için mirasçıların kararını almaya mecburdur. (5846 SK m. 65)

Dava, eser sahibinin 11.2.2005 tarihinde ölümü üzerine, miras yoluyla intikal eden eserleri üzerindeki mali haklarının takibi ve korunması için temsilci atanması isteğine ilişkin olup, Türk Medeni Kanunu'nun 640/3. maddesine dayanmaktadır. Mirasçılardan birinin istemi üzerine terekeye temsilci atanması isteklerinde yetkili mahkeme miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olup, (TMK 640, 576, Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 54) kesin yetkidir. Mahkemece res'en gözetilmesi; zorunludur. Toplanan delillerden eser sahibi olan miras bırakanın son yerleşim yerinin Çanakkale olduğu anlaşılmaktadır. O halde, yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, oybirliğiyle karar verildi. 31.03.2008

(*) Gönderen: Av. Koray KARADUT

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5312 **K:** 2008/3245 **T:** 12.03.2008

AİLE HUKUKU •AKIL HASTALIĞI • ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK • DAVADA HUKUKİ NEDENİN ISLAH YOLUYLA DEĞİŞTİRİLEMEYECEĞİ • ISLAH

Özet: *Akıl hastalığı olduğu anlaşılan kadının hareketleri iradi olmadığından kocanın "şiddetli geçimsizliğe" dayanarak açtığı dava kabul edilemez. Davadaki "hukuki sebep" ıslah yoluyla değiştirilemez.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı 5.7.2005 tarihli dilekçe ile davasının şiddetli geçimsizlik nedenine dayalı olduğunu belirterek davasını hasretmiş, 24.11.2006 tarihli celsede ise hem akıl hastalığı hem de şiddetli geçimsizlik nedenlerine dayandıklarını açıklamıştır. Davacının, davanın hukuki nedenlerine yeni nedenler eklemesi ıslah yolu ile de mümkün değildir. Mahkemece davalı kadın akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanıp kendisine vasi tayin edildiğine göre, davacı kocanın şiddetli geçimsizlik nedenine dayalı boşanma davasında kadının hareketleri iradi olmadığından kusurlu kabul edilemez. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre sair itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Hakim, tarafların kendisine bildirdikleri vakıalarla bağlıdır. Bildirilen bu vakıalara bakarak davanın hukuken hangi sebebe dayandığını belirler. (HUMK m. 76) Tarafların, ileri sürdükleri vakıaların mahiyeti hakkında yapmış oldukları tavsifler hakime yardımcı olursa da, hakim bunlarla bağlı değildir. Dava dilekçesinde ileri sürülen boşanma talebinin dayandırıldığı maddi hadiselere göre, dava; hem Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesinde yeralan "akıl hastalığına" hem de, aynı yasanın 166/1. maddesindeki "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" sebebine dayanmaktadır. Davacı vekilinin, davanın hukuki sebebinin bunlardan sadece biri veya her ikisi olduğuna ilişkin beyanı (bu husus, hakim tarafından

re'sen tespit edilecek bir husus olduğu için) hakimi bağlayıcı nitelikte değildir. O halde, dava, yukarıda belirtildiği gibi iki ayrı hukuki sebebe dayalıdır.Bu iki hukuki sebebin aynı davada bağdaşmayacağı, davanın esasıyla ilgili olup, hukuki nitelendirmeyle ilgili değildir.

Mahkemece, akıl hastalığı sebebiyle tarafların boşanmalarına karar verilmiş, hüküm davalının yasal temsilcisi (vasisi) tarafından temyiz edilmiştir.

Davalının, vesayet dosyası içindeki raporla belirlenen akıl hastalığının ortak hayatı çekilmez kılıp kılmadığı ve hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmeden eksik inceleme ile ve yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru değildir. Açıklanan sebeple sayın çoğunluğun bozma düşüncesine katılıyor olmakla birlikte gerekçesine iştirak etmiyorum.

Üye

Mahmut Kamacı

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7851 **K:** 2008/7080 **T:** 15.05.2008

YABANCI UNSURLU DAVALAR •YABANCI MAHKEME KARARLARI • TANIMA VE TENFİZ • TENFİZDE YETKİ İTİRAZI*

(MÖHUK m. 55; HUMK m. 438)

Özet: *Yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin davalarda basit yargılama usulü hükümleri uygulanır. Bu nedenle ilk oturuma kadar yetki itirazı yapılabilir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık yabancı mahkeme kararının tenfiz istemine ilişkindir. Bu nedenle açılan davalar hakkında verilen kararların Yargıtay incelemesinin duruşmalı yapılacağı hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde hüküm bulunmadığından davalının duruşma isteminin reddine karar verilip evrak üzerinde işin esasının incelenmesine gelince;

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 55. maddesi gereğince tanıma ve tenfiz davaları basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır. Basit yargılama usulünde ilk oturuma kadar yetki itirazında bulunulması halinde yetki itirazı süresindedir. Mahkemece davalının yetki ilk itirazının süresinde olduğu kabul edilerek yetki itirazı hadise şeklinde incelenip sonucuna göre karar vermek gerekirken davalının yetki itirazının süresinde olmadığından bahisle ret edilip işin esasının incelenmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre sair hususların incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7608 **K:** 2008/5663 **T:** 21.04.2008

AİLE HUKUKU • BOŞANMADA MADDİ VE MANEVİ GİDERİM • ZİYNET EŞYASINA YÖNELİK İSTEMİN NİSPİ HARCA TABİ OLDUĞU

(MK m. 4, 174/1-2; BK m. 42, 44, 49; Harçlar Kanunu m. 30-32)

Özet: *Toplanan kanıtlardan, boşanmaya neden olan olaylarda maddi ve manevi tazminat isteyen eşin diğerinden daha çok kusurlu olmadığı anlaşılmakla maddi tazminat isteminin kusur ve hakkaniyet çerçevesinde manevi tazminat isteminin de tarafların sosyal durumları ve tazminata esas olan fiilin ağırlığı ve hakaniyet kuralları çerçevesinde hükme bağlanması gerekir. Davacı ziynet eşyasına yönelik istek için başvurma harcını yatırmışsa da, nisbi harç tamamlanmadan bu konuda hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve ziynet eşyaları yönünden temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre aşağıdaki bentler kapsamı dışındaki temyiz itirazları yersizdir.

2- Evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesinde eşine şiddet uygulayan ve hakaret eden davalı koca tam kusurludur. Davacıdan kaynaklanan bir kusur davalı tarafından ispat edilememiştir.

Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK md. 4 BK m. 42 ve 44) dikkate alınarak kadın yara-

rına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır yada eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK 4, BK 42, 43, 44, 49) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmcdilmesi gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

3- Davacı ziynet eşyalarına yönelik istek için başvurma harcını yatırmıştır. Nispi harcı ikmal edilmeden (Harçlar Kanunu 30-32 mad.) bu taleple ilgili yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarıda 2. ve 3. bentlerde açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA,** hükmün temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen nedenlerle **ONANMASINA**, temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5600 **K:** 2008/5494 **T:** 17.04.2008

YABANCI UNSURLU DAVALAR • TENFİZ • YABANCI MAHKEMENİN TÜRK HUKUKUNU UYGULAMAMASI DURUMU*

(MÖHUK m. 55)

Özet: *Yabancı mahkemenin Türk hukukunu uygulamaması veya yanlış uygulaması başlı başına kamu düzenine açık aykırılık oluşturmaz ve tenfize de engel teşkil etmez. Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek normlarının ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü,

Tenfizi istenen yabancı mahkeme kararında tarafların müşterek milli hukuku olan Türk hukukunun uygulanmadığı; Türk hukuku uygulansaydı boşanmaya kararı verileceği hususunun yabancı mahkeme tarafından belirlenemediğinden, bu hali ile sözkonusu boşanma kararının kamu düzenine, aykırı olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Yabancı mahkemenin Türk hukukunu uygulamaması veya yanlış uygulaması başlı başına kamu düzenine açık aykırılık oluşturmaz ve tenfize de engel teşkil etmez. Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek normlarının ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin, açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir. Davalı,

Türk hukukunun uygulanmadığı yahut yanlış uygulandığını ileri sürerek yabancı mahkeme önünde istinaf yahut temyiz yoluna da başvurmamıştır. Bu durum karşısında tenfizin koşulları gerçekleşmiştir. Davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Muamer ÇİÇEKDAĞ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12592 **K:** 2007/16484 **T:** 26.11.2007

TEMYİZ AŞAMASINDA DAVADAN FERÂGAT • HÜKMÜN BOZULMASI

(HUMUK m. 96)

Özet: *Davacı, hükümden sonra davadan feragat etmiştir. Bu nedenle, bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı Ümit, 8.11.2007 tarihli dilekçesiyle davadan feragat ettiğini bildirdiğinden bu konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Açıklanan nedenle hükmün **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/9267 **K:** 2007/9723 **T:** 05.06.2007

BORÇLAR HUKUKU • DAVADA EHLİYET • TÜZEL KİŞİLİK*

(TMK m. 47; HUMK m. 38, 39, 148)

Özet: *Davada ehliyet bakımından tüzel kişiliğin tartışmalı olduğu durumlarda yeterince araştırma yapılarak hüküm kurulmalıdır.*

Dava dilekçesinde 2.686.09 YTL alacağın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın husumet yönünden reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili dava dilekçesinde; davalının imzalayıp hastaneye verdiği kayıtsız, şartsız borç ikrarına sahip bononun ödenmeyen 2.686.09 YTL'lik kısmının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı; davanın reddini dilemiş, mahkemece; davacı Amerikan Hastanesinin tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle davayı husumet ehliyeti yönünden reddetmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Tüzel kişiler, medeni haklardan istifade (hak) ehliyetine sahiptir. (TMK m. 47) Bu nedenle de taraf ehliyetine de sahiptir. (HUMK m. 38) Tüzel kişiler, davayı yetkili organları aracılığıyla takip ederler. (HUMK m 39/148)

Somut olayda, dava husumet ehliyeti yönünden reddedilmiştir. Davacı hastanenin tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığı hususu (gerek ticaret sicil memurluğundan, gerekse vergi kayıtlarından) araştırılmadan, eksik incelemeyle hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir.

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, 05.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/20848 **K:** 2008/3187 **T:** 28.02.2008

AİLE HUKUKU • BOŞANMA DAVASI • BOŞANMA DAVASI SIRASINDAKİ PROTOKOLE AYKIRILIĞIN GENEL YETKİLİ MAHKEMELERCE ÇÖZÜMLENMESİ GEREĞİ

(TMK m. 327; 4787 SK m. 4/1)

Özet: *Dava, boşanma davasıyla kabul edilen protokolde yer alan (küçük çocukların eğitim giderlerinin davalı baba tarafından karşılanmadığı, yapılan icra tekibine itiraz edildiği ileri sürülerek itirazın iptaline) ilişkin olup; 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4/1. maddesi hükmüne göre re'sen görevsizlik kararı vermesi gerekir.*

Dava dilekçesinde itirazın iptali icra inkar tazminatının faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, boşanma davası ile kabul edilen protokolde yeralan küçük çocukların eğitim giderlerinin davalı baba tarafından karşılanmadığı, yapılan icra takibine itiraz edildiği ileri sürülerek itirazın iptali istenilmiş, mahkemece istemin reddine karar verilmiştir.

Ancak uyuşmazlık, TMK'nın 327. maddesi kapsamında iştirak nafakası mahiyetinde olan alacağa ilişkin olup, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4/1. maddesinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde görüleceği kabul edilmiş bulunduğundan ve görev hususu kamu düzenine ilişkin olduğundan resen görevsizlik kararı verilerek istem halinde dava dosyasının görevli ve yetkili Aile Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken uyuşmazlığın esası hakkında hüküm kurulması 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, 28.2.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2228 **K:** 2008/4572 **T:** 17.03.2008

AİLE HUKUKU • YOKSULLUK VE YARDIM NAFAKASI • ENFLASYON ORANINDA ARTIŞ

(TMK m. 364)

Özet: *Boşanmış kadın mahkemece hükmedilen 75,00 YTL'lik yoksulluk nafakasının (artırılmasını); oğlu ise reşit olduğu için yardım nafakasına hükmedilmesini talep etmişlerse de mahkemece talep reddedilmiştir. Oysa ki; 26.12.2001 günlü ve 2001/2-1158 E. 1185 K. sayılı HGK kararında da belirtildiği üzere, (asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması yoksulluğu ortadan kaldıran bir olgu sayılamayacağından) en azından enflasyon artış oranında artırım yapılması; reşit olan çocuk için TMK'nın 364. madde hükmü uyarınca –eğitim devam ettiği için– uygun bir miktarda (yardım nafakasına) hükmedilmesi gerekir.*

Taraflar arasında görülen nafaka davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada; davacı kadının almakta olduğu aylık 75,00 YTL yoksulluk nafakasının ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğu ileri sürülerek artırılması, davacı Berkan'ın ise 18 yaşını doldurduğu, ancak üniversite öğrencisi olduğu, ihtiyaçlarını karşılayamadığı bu nedenle davalı babanın yardımına gereksinim duyduğu ileri sürülerek onun yönünden de yardım nafakasına hükmedilmesi istenilmiştir.

Mahkemece; davacı Berkan'ın 18 yaşını doldurduğundan iştirak nafakasının sona erdiği, bu nedenle isteminin yerinde olmadığı, davacı Birsen'in ise sabit bir gelirinin bulunduğu, davalının da evlendiği ve giderlerinin arttığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece davacı Berkan'ın isteminin iştirak nafakası olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; davadaki istem 18 yaşını doldurmuş ve üniversite öğrencisi olan çocuğun TMK'nın 364 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan yardım nafakasına ilişkindir.

TMK'nın 364. maddesine göre "*Herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.*" Yine 328. maddesi uyarınca; *"Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler"*.

Somut olayda ergin olan davacının üniversitede okuduğu, herhangibir işi ve malvarlığının bulunmadığı tesbit edildiğine göre yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda uygun bir miktarda yardım nafakasına hükmedilmesi gerekirken, istemin tümden reddi doğru değildir.

Öte yandan; diğer davalı yönünden de sabit bir geliri olduğu gerekçesiyle yoksulluk nafakasının artırılması isteminin reddine karar verilmiş ise de; Hukuk Genel Kurulunun yerleşik kararlarında *"asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması"* yoksulluğu ortadan kaldıran bir olgu olarak kabul edilmemiştir. (26.12.2001 gün ve 2001/2-1158 E-1185 K. sayılı kararında olduğu gibi)

Somut olayda davacının Ziraat Bankası Avcılar Şubesinden Emekli Sandığı maaşı aldığı anlaşılmakta, ancak 600-650 YTL civarında olan bu maaşın üçer aylık aralarla ödendiği dosyadaki hesap estresinden gözükmektedir.

O halde, mahkemece davacıya bağlanan bu maaşın aylık ya da üç aylık olup olmadığı araştırılıp tesbit edilmeli, üç ayda bir ödenen maaş olduğunun anlaşılması halinde ise davacının gelir durumunun onu yoksulluktan kurtaracak seviyede olmadığı gözetilerek, taraflar arasında nafaka takdiri sırasında kurulan dengeyi koruyacak şekilde (en azından enflasyon oranında artışı öngören) bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.

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, 17.3.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6442 **K:** 2008/9068 **T:** 15.05.2008

KİRA HUKUKU• KİRA PARASININ SAPTANMASI • MAHKEMECE İZLENECEK YÖNTEM • BİLİRKİŞİ KURULUNUN GÖREVLERİ

Özet: *Kira parası tespit edilirken; öncelikle tarafların tüm kanıtları ve emsal sözleşme örnekleri dosyaya alınmalı, kiralanan yerin niteliklerine göre "inşaat mühendisi veya mimar, hukukçu ve mülk sahibi" olan üç kşilik bilirkişi kurulundan rapor alınarak hüküm kurulmalıdır.*

Bilirkişi raporu hazırlanırken; kiralanan yer ve emsal gösterilen yerler gezilmeli, gerekli ölçüm ve inceleme yapılmalı, kira parasını etkileyen tüm nitelikler karşılaştırılmalı ve sonuçta kiraya verilen yerin boş olarak getirebileceği kira parası adil ve aşırı olmayan ölçülere göre saptanmalıdır.

Dava dilekçesinde kira parasının 1.9.2005 gününden başlayarak aylık 6.000 YTL olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile aylık kira parasının 5.300 YTL olarak tesbiti cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, 1.9.2005 tarihinden başlayan döneme ilişkin aylık kira parasının tespiti istenilmiştir.

Mahkemece, hak ve nesafet uygulamasına göre 5.300 YTL kira parasına hükmedilmiştir.

Karara esas alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli değildir. Bilirkişiler, emsal incelemeden, genel ve soyut ifadelerle, taşınmazın boş olarak 6.000 YTL kira getirebileceğini açıklamışlardır.

18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına ve yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre, hak ve nesafet uygulamasına göre kira parası tespit edilirken; öncelikle tarafların tüm delilleri varsa emsal kira sözleşmelerinin aslı veya onaylı örnekleri dosyaya alınmalı, kiralananın niteliklerine göre üç kişilik (inşaat, mimar, hukukçu mülk bi-

lirkişi) bilirkişiler kurulu oluşturularak, kiralanan taşınmaz ve taraf emsalleri tek tek gezilip incelenerek bilirkişilerce gerekli ölçüm ve inceleme yapılıp, böylece elde edilen veriler somutlaştırılarak, dava konusu yer ile ayrı ayrı (konumu, tarihi, kira süreleri vb) kira parasına etki eden tüm nitelikleri karşılaştırılmalı, emsal kira bedellerinin niçin somut emsal olup olmadığı, bedelinin telifi imkansız ise nedeni somut gerekçelerle açıklanmalı, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi (boş olarak) halinde getirebileceği kira parasının o dönem için adil ve aşırı olmayan, hakkaniyete uygun miktarda olması gözetilmeli, bilirkişi raporu mahkemece somut gerekçeler ışığında res'en değerlendirilmeli, hak ve nesafete uygun kira hakimce saptanmalı iken yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması doğru değildir.

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, 15.5.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12280 **K:** 2007/18594 **T:** 06.12.2007

BORÇLAR HUKUKU • KULLANMA KARŞILIĞI • ECRİMİSİL • KISA KARAR İLE GEREKÇELİ KARARIN ÇELİŞKİSİ

(HUMK m. 4721, YİBK 10.04.1992 gün 7/4 sayı)

Özet: *Dava, geriye dönük 5 yıllık dönem ecrimisilinin-kullanma karşılığının tahsiline karar verilmesine ilişkindir. Kısa karar ile gerekçeli kararın hüküm fıkraları arasında çelişki blunmaktadır. YİBK gereğince kısa karar ile gerekçeli kararın çelişik bulunması durumu bozma nedeni oluşturmaktadır.*

Dava dilekçesinde 5.000.000.000 lira ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davada, geriye dönük 5 yıllık dönem için 5.000.000.000 TL ecrimisilin tahsili talep edilmiştir.

Kısa kararda *"...25.8.2001-3.12.2001 dönemi için... 24 YTL toplam 48 YTL ecrimisilin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline..."* karar verilmiş olmasına karşın gerekçeli kararın hüküm fıkrasında, *"...13.9.2001-1.11.2001 dönemi için toplam 48 YTL ecrimisilin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline"* dair hüküm kurulmuştur.

Kısa karar ile gerekçeli kararın hüküm fıkraları arasında çelişki bulunmaktadır.

10.4.1992 gün 7/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca kısa karar ile gerekçeli kararın çelişik bulunması hali bozma nedeni oluşturmaktadır.

Anılan içtihat gereğince kısa kararla bağlı olmaksızın ve dosya münderecatına göre mahkemece bu hususlar gözönünde tutularak vicdani kanaate göre karar verilmelidir.

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 **BO-**

ZULMASINA ve şimdilik diğer yönlerin incelenmesine mahal olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 06.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/15894 **K:** 2007/17946 **T:** 27.11.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • TAŞINMAZ İŞGALİ • ECRİMİSİL • KESİN DELİL• KESİNLEŞMİŞ HÜKÜM*

Özet: *Davalıları ayrı olan kesinleşmiş hükmün işbu dava için kesin delil niteliğinde olmadığı kesin delil olarak önceki dönem ecrimisil isteminin kabulü yönündeki hükmün dikate alınması gerektiği gözetilmeden yanılgılı değerlendirme sonucunda karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*

Dava dilekçesinde 2.518,00 YTL ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı, İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü 13/100 hissesine malik olduğu 4 parselin bir kısmının davalı tarafından işgal, edildiğini ileri sürerek 01.03.2001-28.02.2005 tarihleri arasrrrda tahakkuk eden 2.518,00 YTL ecrimisilin işgalin başlangıcından itibaren kademeli yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, Beyoğlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/159 E, 2002/466 K. sayılı ilamının aynı taşınmaza ilişkin olduğu ve o davadaki ecrimisil isteminin, davalının payından fazla değil (daha az) yer kullanıldığının tespit edilmesi üzerine reddedildiği, bu davada da talebin aynı olduğu böylece kesin delil gerekçesiyle istemin reddi gerektiği kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Oysa, hükme esas alınan Beyoğlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/159 E., 466 K. sayılı dava dosyasında dava konusu aynı taşınmaz ise de davalı olarak Sırma yer almış ve işbu davalının payından daha az yer kullandığı gerekçesiyle istem reddedilmiştir. Bu davada ise davalı Mü-

berra olup, yapılan uygulamalı keşif sonucunda alınan 25.12.2006 tarihli bilirkişi raporunda davalının hissesinden daha az yer kullandığı değil aksine dava konusu taşınmaz üzerine betonarme (bodrum+zemin+1.kattan oluşan) bina yaparak kullandığı tespit edilmiştir. Kaldı ki davalı Müberra aleyhine aynı taşınmaz için bir önceki dönem ecrimisil istemi Beyoğlu 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 4.7.2001 gün, 2001/130 E., 416 K. sayılı davada kabul edilmiş, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 25.2.2002 gün, 11110 E., 134 K. sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir. Bu durumda davalıları ayrı olan kesinleşmiş hükmün işbu dava için kesin delil niteliğinde olmadığı kesin delil olarak önceki dönem ecrimisil isteminin kabulü yönündeki hükmün dikkate alınması gerektiği gözetilmeden, delillerin yanılgılı değerlendirilmesi sonucu yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3976 **K:** 2008/356 **T:** 22.01.2008

SİGORTA HUKUKU •AMBAR GÖREVLİSİNİN SORUMLULUĞU
• İDARENİN RÜCU HAKKININ SINIRLARI
• TAZMİNATIN BELİRLENMESİ YÖNTEMİ

(HUMK m. 275)

Özet: *Dava, davacı idare tarafından kendisine ait ambarda iken kaybolan bir kısım sigortalı eşyanın bedelinin sigorta şirketine ödenmesi nedeniyle bu tazminatın ambar sorumlusu memurlardan rücuen tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak red kararı verilmiştir.*

Mahkemece bilirkişi düşüncesine başvurulmak HUMK'un 275. madde hükmünde yer alan ilkelere aykırı olduğundan, davalıların görevlerini ihmal ederek söz konusu eşyanın kaybolmasına neden oldukları, rücuda teselsül olmadığı gözönünde tutularak; kusur oranları vs. etkenler çerçevesinde tazminatın belirlenmesi, gerekirse indirim yapılması gerekir.

Davacı T. adına İstanbul Muhakemat Müdürlüğü vekili tarafından, davalı Naif vd. aleyhine 28/07/2005 gününde verilen dilekçe ile rücuan tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 28/07/2005 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, davacı idare tarafından kendisine ait ambarda iken kaybolan bir kısım sigortalı deri eşyanın bedelinin sigorta şirketine ödenmesi nedeniyle, bu tazminatın ambar sorumlusu memurlardan rücuen tahsili istemine ilişkindir.

Davalılar, havayolu yer hizmetleri taşıma şirketlerinden H. ve Ç. taşıma şirketlerinin elemanlarının da ambarda kontrolsüz şekilde giriş çıkış ve taşıma işleri yaptıklarını, ambarın şartlarının kendilerinin kontrol sağlamasına imkan vermediğini bu nedenle buna müsaade eden idarenin sorumlu olduğunu, esasında bu durumu 27.03.2003 tarihli yazı ile duyuru yapan idarenin de kabullendiğini, söz konusu deri eşyanın kaybolduğuna ilişkin olarak 5 gün sonraki bir tarihte tutanak düzenlendiğini, ken-

dilerinin bu eşyayı 24 saat koruma imkanı ve görevlerinin olmadığını diğer memurlar ve tüm güvenlik görevlilerinin de sorumluluğu bulunduğunu ayrıca davalı Mehmet'in olay sırasında aday memur olduğunu bu nedenle sorumlu tutulamayacağını öne sürerek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece davalıların eylemi ile eşyaların kaybolması olayı arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, davacı idare ise iki davalının da sorumlu olmaları gerektiğini ileri sürerek kararı temyiz etmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ambarda özenli çalışma sisteminin kurulmamış olduğu, dosyada bulunan 09.09.1998 tarihli kontrolör raporu ve diğer yazışma suretleri ile de belirlendiğinden oluşan zarardan davalıların sorumluluğunun ispatlanamadığı yönünde görüş belirtildiği anlaşılmıştır.

HUMK'un 275. maddesi uyarınca "mahkeme, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi

dinlenemez". Somut olay, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenebilir niteliktedir. O nedenle, bilirkişi düşüncesine başvurulması maddeye açık aykırılık oluşturur.

Dosya kapsamına göre, davalılar görevlerini ihmal ederek söz konusu deri eşyanın kaybolmasına neden olmuşlardır. BK 43-44 maddeleri gereği olayın gerçekleşmesindeki kusur oranlan, davalıların görev yaptıkları yer, zaman dilimi ve çalışma koşulları gibi kaybolma olayının oluşumuna etki eden tüm etkenler göz önünde bulundurularak belirlenmesi, gerekirse bu oranlarda indirim uygulanması gerekir. Ayrıca rücuda teselsül olmayacağı hususu da göz önünde bulundumlarak davalılara yönelik rücunun kapsamı, kusur oranlarının açıkça tespiti şeklinde bir belirleme ile hüküm altına alınması gerekmektedir. Açıklanan gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** 22.01.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/739 **K:** 2008/3149 **T:** 11.03.2008

KİŞİLER HUKUKU • KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI • ELEŞTİRİ SINIRININ AŞILMASI • MANEVİ GİDERİM

Özet: *Davalı köşe yazarı; davacının bir televizyon kanalındaki yarışmada jüri üyesi olarak yaptığı beyanlar hakında "…'nin banal, basit, kaba, temelsiz milliyetçiliğine isyan ediyorum… Bu banelliğe, bu sıradan faşizme artık daha fazla katlanamayacağım. Sorumluluğunu yerine getirip, aptallığın ve sıradanlığın hüküm sürdüğü arenanın ürünü cüretkar bilge adama (dur bakalım) diyorum… Cehaletle cesaretin bu derece iç içe geçtiği bir ortamda insana (kafaya sıkıp gitmekten) başka seçenek mi kalıyor…" şeklinde ifadeler kullanarak eleştiri sınırlarını aşmıştır. Kullanılan ifadeler davacının yorumunu eleştirmekten çok kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Kararın da bu sebeple bozulmasına…*

Davacı E vekili avukat OK tarafından, davalı Merkez Gaz. Der. Basım Yay. San. adına T vd. aleyhine 09.09.2004 gününde verilen dilekçe ile yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın reddine dair verilen 18.09.2007 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 11.03.2008 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacı vekili avukat ile karşı taraftan davalılar vekili avukat geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

Dava, basın yolu ile kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece istem reddedilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, Sabah gazetesinin 25.04.2004 tarihli sayısında "*Kafaya sıkıp gitmekten başka ne yapabilir ki?"* başlığıyla yayınlanan köşe yazısında eleştiri sınırları aşılarak kendisi için *"seviyesiz, ırkçı, banal, sıradan fa-*

şist, aptal ve sıradanlığın hüküm sürdüğü arenanın ürünü" şeklinde ithamlarla kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar cevaplarında, köşe yazısında davalı yazarın davacının milliyetçilik anlayışını eleştirdiğini belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece daha önce istemin kısmen kabulüne dair verilen kararın taraflarca temyizi üzerine dairece *"kısa karar ve gerekçeli kararın çelişkili olduğu"* gerekçesiyle bozulması üzerine bu defa mahkemece önceki kısa ve gerekçeli kararla bağlı olmaksızın köşe yazısında davacının milliyetçilik anlayışının eleştirildiği gerekçesiyle istem reddedilmiştir.

Dosya kapsamına göre davacı sanatçı kimliği ile -Popstar Yarışmasında- jüri üyesi olarak 23 Nisanda yayınlanan programda "Simge" adlı yarışmacının seslendirdiği Ahmet Kaya'nın "Giderim" adlı şarkısı üzerine yorum yaparken *"Bugün Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı... çok önemli bir gün 23 Nisan ve bence bu şarkı bugüne hiç uymuyor. Kurşun, mavzer, ölü, intihar. Dolayısıyla ben müziğin müzik için yapılmasını arzu eden bir kişi olarak bu şarkıyı bu yarışmaya yakıştıramadım"* şeklinde düşüncelerini açıklamıştır. Davalı köşe yazarı ise yazısında davacının bu yorumunu farklı şekilde aktarıp *"Ercan'ın banal, basit, kaba, temelsiz milliyetçiliğine isyan ediyorum... Bu banalliğe, bu sıradan faşizme artık daha fazla katlanamayacağını. Sorumluluğunu yerine getirip, aptallığın ve sıradanlığın hüküm sürdüğü arenanın cüretkar bilge adamına 'dur bakalım' diyorum. Cehaletle cesaretin bu derece iç içe geçtiği bir ortamda insana 'kafaya sıkıp gitmekten' başka seçenek mi kalıyor..."* şeklinde ifadeler kullanarak eleştiri sınırlarını aşmıştır. Kullanılan ifadeler davacının yorumunu eleştirmekten ziyade kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Her ne kadar basının eleştiri ve yorum hakkı varsa da bu eleştiri ve yorumun amacına uygun ölçüde yapılması, ifadelerin eleştirilecek kişinin kişilik değerlerini zedelemeyecek şekilde özenli seçilmesi gerekir. Bu nedenle davaya konu yayında davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunun kabulü gerekir.

Şu durumda, mahkemece uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmelidir. Anılan yön gözetilmeden verilen karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın gösterilen nedenle **BOZULMASINA** ve temyiz eden davacı yararına takdir olunan 550,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davalılara yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 11.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4540 **K:** 2008/4425 **T:** 01.04.2008

PROJEYE AYKIRI YAPININ YIKILMASI • YAPININ TAHLİYESİ • YETKİLİ MAKAM

(3914 SY m.32/son)

Özet: *3914 Sayılı Yasanın 32/son maddesine göre projeye aykırı yapının yıkılabilmesi için konuttaki eşya ve insanın tahliyesine karar verilmesini içeren istemlerin çözümü Belediye ve Valiliklere verildiğinden bu tür davaların adli yargıda görülmesi olanaksızdır.*

Davacı Beşiktaş Belediye Başkanlığı vekili avukat tarafından, davalı Yüksel vd'leri aleyhine 10.07.2001 gününde verilen dilekçe ile binanın nüfus ve eşyadan tahliyesinin istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davalılardan Aliye ve Mehmet hakkındaki davanın kabulüne, diğer davalılar hakkındaki davanın reddine dair verilen 09.11.2006 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalılardan Aliye, duruşmasız olarak incelenmesi de davalılardan Mehmet vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 01.04.2008 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı asil Aliye geldi, karşı taraftan davacı adına gelen olmadı. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

Dava, proje dışı yapılan kaçak katın eşya ve nüfustan tahliyesine izin verilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanm kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda, davacı belediye ekipleri tarafından davaya konu binada proje dışı kaçak kat yapıldığı belirlenmiş, belediye encümeni tarafından kaçak katın yıkımına karar verilmiştir. Davacı, encümen kararına rağmen kaçak kattaki işgalin devam ettiğinin anlaşılması karşısında bu kısımdaki eşya ve kişilerin tahliyesine izin verilmesini istemiştir.

3914 Sayılı Yasanın 32/son maddesine göre projeye aykırı yapının yıkılabilmesi için konuttaki insan ve eşyanın tahliyesine karar verilmesini içeren istemlerin çözümü Belediye ve Valiliklere verilmiştir. Anılan yasa

hükmüne göre adli yargıda bu tür bir davanın görülmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar vermek gerekirken kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 01.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5939 **K:** 2007/4451 **T:** 05.04.2007

VEKİLİN İSTİFASI
• İSTİFANIN TÜM DAVACILARA TEBLİĞ EDİLMEDEN HÜKÜM KURULMASI

Özet: *Dava, trafik kazası nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.*

Davacılardan Metin vekilini azletmiş, vekilde ondan sonra tüm davacıların vekilliğinden istifa etmiştir.

Davacılar vekilinin istifası diğer davacılara tebliğ edilmeli, davaya devam edip etmeyecekleri tespit edilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Bu usuli eksiklik tamamlanmadan davanın görülüp sonuçlandırılması bozmayı gerektirmiştir.

Davacılar Metin vdl. vekili avukat tarafından, davalı Mustafa aleyhine 14.08.2001 gününde verilen dilekçe ile trafik kazası sebebi ile destek tazminatı ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 27.12.2005 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, trafik kazası nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar 29.09.1999 tarihli vekaletname ile tayin ettikleri vekil marifeti ile davayı açmışlardır. Davacılardan Metin vekilini 28.05.2004 tarihinde azletmiş, aynı vekil 16.06.2004 tarihinde tüm davacıların vekilliğinden istifa etmiştir. Bu istifa 16.06.2004 tarihinde davacılardan sadece Metin'e tebliğ edilmiştir. Bu arada dosya takip edilmediği için işlemden kaldırılmış ve yine sadece Metin tarafından 27.05.2004 tarihli vekaletname ile tayin edilen yeni vekil davayı 13.10.2004 tarihinde yenilemiştir.

Şu halde davacılar vekilinin istifası diğer davacılara da tebliğ edilmeli, davaya devam edip etmeyecekleri tespit edilerek sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Bu usuli eksiklik tamamlanmadan davanın görülüp sonuçlandırılmış olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 05.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/10883 **K:** 2007/14717 **T:** 11.12.2007

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA TAZMİNATININ SAPTANMASI • DÜZENLEME ORTAKLIK PAYI

Özet: *Dava, kamulaştırmasız el atmayla ilgili tazminat istemine ilişkin olup, hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda emsal kabul edilen taşınmazlardan bir bölümü kadastro parseli olduğundan m^2 birim bedelinden düzenleme ortaklık payı indirilmemesi gerektiği düşünülmeden aza hükmedilmesi doğru görülmemiştir.*

Taraflar arasındaki kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davasının kabulüne dair verilen yukarıda tarih ve numaraları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekilleri tarafından verilen dilekçelerle istenilmiş davacılar vekilince de duruşma talebinde bulunulmuş olmakla duruşma için belirlenen 11.12.2007 günü temyiz eden davacılar vekili avukat yüzüne karşı usulüne göre çağrı kağıdı gönderilmesine rağmen gelmediğinden temyiz eden davalı idare vekili avukatın yokluğunda duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresinde olduğu görülüp, davacılar vekilinin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Mahkemece uyulan bozma kararı gereğince inceleme ve işlem yapılarak hüküm kurulmuştur.

Bu nedenle davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir,.

Davacılar vekilinin temyizine gelince;

Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda emsal kabul edilen taşınmazlardan bir bölümü kadastro parseli olduğundan m2 birim bedelinden güzenleme ortaklık payı indirilmemesi gerektiği düşünülmeden aza hükmedilmesi.

Doğru görülmemiştir.

Davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz eden davacılar yararına yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir olunan 500,00 YTL vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine, aşağıda yazılı kalan onama harcının temyiz eden davalı idareden alınmasına, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde davacılara geri verilmesine, 11.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3204 **K:** 2008/5133 **T:** 21.04.2008

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA • KAMULAŞTIRMASIN EL ATMADAN DOĞAN TAZMİNATIN SAPTANMASINDA İZLENECEK YÖNTEM

Özet: *Dava, kamulaştırmasız el atılma sebebiyle bedelinin tazmini istemine ilişkin olup, bu davalarda da Kamulaştırma Kanunu'nun (değer biçmeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.)*

Bu sebeple dava konusu taşınmazın bulunduğu bölgeden benzer yüzölçümlü ve değerlendirme tarihine yakın zamanlarda yapılan emsal satışların araştırılması, gerektiğinde resen emsal getirilmesi, oluşturulacak bilirkişi kuruluyla keşif yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.

Taraflar arasındaki kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın kısmen kabul-kısmen reddine dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı Bağcılar Belediye Başkanlığı vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir,

Mahkemece; davalı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı hakkında davanın husumetten reddine, diğer davalı Bağcılar Belediye Başkanlığı için davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı Bağcılar Belediye Başkanlığı vekilince temyiz edilmiştir.

Kamulaştırmasız el atmaya dayanan bedel davalarında da Kamulaştırma Kanununun değer biçmeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.

Arsa niteliğindeki taşınmaza, emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesi gerekir. Dava konusu taşınmaz ile emsalin zaruret olmadıkça, yakın bölgelerde ve benzer yüzölçümlü olması ve değerlendirme tarihine yakın satışların emsal alınması gerekir.

Dava konusu taşınmazın bulunduğu bölgeden benzer yüzölçümlü ve değerlendirme tarihine yakın zamanlarda emsal satışların bulunması doğaldır. Bu durumda taraflara, dava konusu taşınmaza yakın bölgelerden

ve yakın zaman içinde satışı yapılan benzer yüzölçümlü satışları bildirmeleri için imkan tanınması, lüzumu halinde re'sen emsal celbi yoluna gidilmesi ve bu emsallere göre değer biçilmesi için yeniden oluşturulacak bilirkişi kuruluyla keşif yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi,

Doğru görülmemiştir.

Davalı Bağcılar Belediye Başkanlığı vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine 21.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/10217 **K:** 2007/12744 **T:** 26.11.2007

KİRA HUKUKU • İHTİYAÇ İDDİASI • İHTİYAÇ NEDENİYLE TAHLİYE DAVASINDA SAMİMİYET DERECESİ • MECURUN İHTİYACA UYGUN OLUP OLMADIĞININ SAPTANMASI*

Özet: *Kiralanan yerin kuyumculuk işine uygun olup olmadığı ve ustalık belgesi bulunmayan istem sahibinin kuyumculuk mesleğini hangi koşullarda yapabileceği araştırılarak, ihtiyaç iddiasının samimiyet derecesi üzerinde de durularak hüküm kurulmalıdır.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, işyeri ihtiyacı sebebiyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece kiralananın tahliyesine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacılar müştereken malik oldukları davaya konu kiralananda, davacılardan Niyazi ve Lütfiye oğlu Necati'nin, emekli olması ve herhangi bir işinin bulunmaması sebebiyle kuyumculuk işini yapacağından, ihtiyaçları olduğundan bahisle kiralananın tahliyesine karar verilmesini istemişlerdir. Davalı ihtiyaç iddiasının samimi ve zorunlu olmadığını, amacın kira bedelini artırmak olduğunu, kuyumculuk işinin bilgi ve beceri isteyen meslek dalı olduğunu, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece ihtiyaç iddiasının, samimi ve zorunlu olduğu kabul edilerek kiralananın tahliyesine karar verilmiştir.

Kiralananın yapılacak işe uygun olup olmadığı tesbit edilmemiş, ayrıca 3308 Sayılı Yasanın 30. maddesinin 1. fıkrası gereğince ustalık belgesi bulunmayan ihtiyaçlının kuyumculuk mesleğini, ustalık belgesine sahip olan bir kişiyi çalıştırmak suretiyle yapıp yapamayacağı da, mahkemece araştırılmamıştır. Bu nedenle kiralananda, uzman bilirkişiler aracılığıyla keşif yapılarak kiralananın yapılacak işe uygun olup olmadığının saptanması ayrıca ustalık belgesi olmayan ihtiyaçlının kuyumculuk mesleğini hangi şartlarda yapabileceği araştırılarak ihtiyaç iddiasının samimiyet derecesi üzerinde durulması ve hasıl olacak sonucuna göre bir

---

(*) Gönderen: Av. Haşim ÖGE

karar verilmesi gerekirken, bu hususlar araştırılmaksızın eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine 26.11.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14005 **K:** 2008/459 **T:** 24.01.2008

KİRA HUKUKU • İŞYERİ İHTİYACI • TAHLİYE DAVASI • MECURUN İHTİYACA UYGUN OLUP OLMADIĞININ SAPTANMASI

Özet: *İşyeri ihtiyacı nedeniyle açılan tahliye davalarında; kiralanan yerin yapılacak işe ve ihtiyaç konusuna uygun olup olmadığının araştırılması gerekir.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava işyeri ihtiyacı nedeniyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından üç nolu işyerinde kiracı olunmadığı, ihtiyacın samimi olmadığı ve kiralananın yapılmak istenen işe uygun olup olmadığının tespit edilmediğinden bahisle temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde kiralananı kendi ihtiyacında kullanmak üzere satın aldığını, ihtara rağmen boşaltılmadığını beyan etmiş, aşamalarda ise kiralananda güzellik salonu işleteceğinden bahisle tahliye kararı verilmesini istemiştir. Davalılar ise davanın reddini savunmuşlar, mahkemece ihtiyacın samimi olduğundan kiralananın tahliyesine karar verilmiştir.

1- Davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Kiralananın yapılmak istenen işe uygun olup olmadığının tespitine ilişkin temyiz itirazlarına gelince; Dava 6570 Sayılı Yasanın 7/c maddesine dayanılarak açılmıştır, işyeri ihtiyacı nedeniyle açılan davalarda kiralananın, hali hazır durumu ile veya mimari projeyi gerektirmeksizin

basit bir tadilatla ihtiyacı karşılaması gerekir. Dosya kapsamından bu konuda araştırma ve inceleme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece uzman bir bilirkişi heyeti oluşturmak suretiyle mahallinde kiralananın mevcut hali ile veya basit bir tadilatla ihtiyaca yeterli ve uygun olup olmadığının tespiti açısından keşif yapılması ve oluşacak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile tahliye karan verilmesi doğm değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda 2 nolu bentte açıklanan nedenle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 24.1.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/13668 **K:** 2008/1346 **T:** 12.02.2008

KİRA HUKUKU • KİRA SÖZLEŞMESİNDE FESİH KOŞULU • KENDİ EYLEMİYLE OLUŞTURULAN KOŞULUN FESİH NEDENİ SAYILAMAYACAĞI • GEÇERLİ FESİH

Özet: *"Kiracının çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşması ve koşulların ortadan kalkması" sebebiyle kiracının kira sözleşmesini feshedebilmesi için, feshe sebebiyet verecek yeni olguların objektif gelişmelerden doğması gerekir. Kiracının kendi eylemiyle sebebiyet verdiği ortam değişikliği, kiracı bakımından haklı fesih nedeni olamaz.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı itirazın iptali davasına dair karar davacılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava itirazın iptali istemine ilişkin olup, mahkemece istemin reddine karar verilmesi üzerine, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde 25.09.2002 başlangıç tarihli ve 5 yıl süreli kira akdi gereğince, 28.000 ABD Doları 2006-2007 kirasının 1000 YTL'lik kısmına ilişkin davalı hakkında başlatılan icra takibine itiraz edilmesi üzerine takibin durduğunu belirterek itirazın iptali ve icra tazminatı isteminde bulunmuştur. Davalı vekili, kira sözleşmesinin 8/b maddesi

gereğince akdi tek taraflı olarak feshettiklerini belirterek kira istenemeyeceğini savunmuştur. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan 25.09.2002 başlangıç tarihli ve 5 yıl sureti kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinde yıllık kira miktarı 14.000 ABD Doları olup, özel şartlar 8/b maddesinde; "Baz istasyonunun teknik olarak kiracının standartlarında çalışma şartlarının ortadan kalkması durumunda kiracının bir ay önceden ihbarda bulunmak suretiyle sözleşmeyi feshedebileceği" kararlaştırılmıştır. Davacı tarafından 02.12.2005 tarihinde 2006-2007 yılı kirası 28.000 ABD Dolarını l000 YTL'lik kısmının ödenmesi için başlatılan icra takibi üzerine, davalı borçlu yasal süresinde yapmış olduğu itirazında; taraflar arasındaki sözleşmenin 06.01.2005 tarihli ihtarname ile feshedildiğini, takip konusu döneme ilişkin kira borcu bulunmadığını beyan etmiştir. Mahkemece her ne kadar sözleşmenin muayyen bir müddetle yapılması ve teknik bilirkişi raporunda belirtilen nedenlerle sözleşmenin icrasının davalı yönünden tahammül edilmez bir hale gelmiş olması nedeniyle davalının fesih hakkı doğduğu, ihbar koşuluna da uyulması nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdiğinin kabulü gerektiği, bu durumda davacı tarafta sözleşme sonuna kadar kira alacağı talep etme hakkının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, kiracının fesih bildirimi haklı değildir. Zira kendi şirketinin başka şirketlerle birleşmesi suretiyle çok yakınlarda aynı şirkete ait başka baz istasyonlarının bulunması nedeniyle standart çalışma şartlarının ortadan kalkmasına kendisi sebep olmuştur. Bu şekilde oluşan yeni durum sözleşmenin 8/b. Maddesinde yer alan baz istasyonununun standartlara uygun olmadığı anlamına gelmez. Kira ilişkisi geçerliliğini korumaktadır. Geçerli bir kira sözleşmesinin bulunması nedeniyle kiracının kira borcundan sorumluluğu devam etmekte olup, istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmen **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 12.02.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/11838 **K:** 2007/13914 **T:** 17.12.2007

TAŞINMAZ HUKUKU •ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI • SATIŞIN ALICI VEYA SATICI TARAFINDAN DİĞER PAYDAŞLARA NOTER ARACILIĞI İLE BİLDİRİLMESİ ZORUNLULUĞU

(TMK m. 734, 733/3)

Özet: *Dava, önalıma konu payın iptali ve tesciline ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir. Önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.*

Önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava açmak suretiyle kullanılır. TMK'nın 733/3. maddesi hükmüyle yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Önalım hakkı satışın hak sahibine bilidrildiği tarihin üzerinden üç ay ve herhalde satışı üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup, mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı önalım davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, önalıma konu payın iptali ve tesciline ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hükmü davacı vekili temyiz etmiştir

1- Dosya kapsamına toplanan delillere hükmün dayandığı gerekçelere, önalıma konu payın yargılama sırasında devir edildiğine ve davacı tarafından en son yapılan satış işlemine karşı müstakil bir dava açılmış olmasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı vekilinin yargılama masrafı ve vekalet ücretine ilişkin temyiz itirazlarına gelince:

Davacı dava dilekçesinde dava konusu taşınmazda 1/2 hisse sahibi olduğunu, diğer 1/2 hisse sahibi Mehmet payını 40.000.00 YTL bedelle davalıya sattığını belirterek önalım hakkının tanınmasını ve davalı adına kayıtlı payın iptali ve tescilini istemiştir. Davalı vekili ise müvekkilinin tapuda hissedar olmadığını davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece payın yargılama sırasında satıldığını davalı üzerinde pay kalmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz, üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir. Önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. (TMK 734. madde)

Önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava açmak suretiyle kullanılır. TMK'nın 733/3. maddesi hükmüyle yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden gözönünde bulundurulması gerekir.

Olayımızda; önalıma konu payın bulunduğu taşınmazda davalı Mehmet 03.01.2006 tarihinde 40.000.00 YTL bedelle pay satın almıştır. Davalı pay satın aldığını davacı tarafa ihtarla bildirmediğinden 03.01.2006 tarihinde açılan dava süresindedir. Önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava açmak suretiyle kullanılabilir. Davalı pay satın almakla davanın açılmasına sebebiyet verdiğinden yargılama masrafları ile sorumlu tutulması gerekir. Bu nedenle davalının yargılama masrafı ile sorumlu tutulması ve davacı yararına karar tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre vekalet ücreti takdir edilmesi gerekirken bu husus gözardı edilerek yazılı şekilde davalı yararına vekalet ücreti verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Hükmün yukarda 2 no'lu bentte açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 17.12.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/996 **K:** 2008/718 **T:** 26.02.2008

USUL HUKUKU • MUHDESAT NİTELİĞİNDE BAĞIMSIZ BÖLÜM • GÖREVLİ MAHKEME*

Özet: *Kural olarak görev, kamu düzenine ilişkin olup istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerekir. Bağımsız bölümlerin aidiyetinin tespitine yönelik davalar Hukuk Mahkemlerinde görülür.*

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi istenilmiş ise de tarafların duruşma isteminden vazgeçmeleri nedeniyle dosyanın duruşmasız olarak incelenmesine karar verildi. Dosyadaki belgeler okundu. Tetkik hakiminin raporu ve açıklamaları dinlendi. Gereği görüşüldü:

İddia ve savunmaya mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere ve dosya içeriğine göre dava niteliği ve içeriği itibariyle tapuda kayıtlı ortaklığın giderilmesi davasına konu 10289 ada 35 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhdesat niteliğindeki binanın bağımsız bölümlerinin aidiyetinin tesbitine ilişkindir.

Dava ve temyize konu muhdesat niteliğindeki bağımsız bölümlerin kayden temlik yoluyla satın alınmış olması davanın niteliğini etkilemez. Kural olarak maddi vakıaları belirlemek yasalara, hukuki sebebi saptamak mahkemeye aittir.

Öte yandan bu nitelikteki davaların genel mahkemede açık deyişle Hukuk Mahkemesinde görülmesi zorunludur. Hal böyle olunca davanın Tüketici Mahkemesinde görülmesi olanaksızdır. Gerçekten, iddianın öne sürülüş biçimi dosya içeriği dikkate alındığında somut olayda 4077 sayılı Yasanın 4822 sayılı Kanunla değişik 3/c maddesi hükmü ile anılan yasanın 23. maddesi hükmünün de uygulama olanağı bulunmamaktadır.

Kural olarak görev kamu düzenine ilişkin olup istek olmasa bile yargılamanın bu aşamasında mahkemece ressen gözetilmesi gerekir. Mahkemece bu olgular gözönüne alınarak işin esası hakkında iddia ve savunma doğrultusunda toplanan ve toplanacak, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacıların temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde ilgililerine iadesine, 26.2.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Bayram ARSLAN

YARGITAY
8. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2729 **K:** 2007/3701 **T:** 11.06.2007

MİRAS HUKUKU • TAŞINMAZ HUKUKU • TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI • OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI • DAVADA HUSUMET

(TMK m. 713/2, 501)

Özet: *Hukuki değerinin yitirilmesi nedeniyle açılan tapu iptali ve tescil davasının kayıt maliklerinin mirasçılarına karşı açılması gerekir.*

Kayıt malikinin veya mirasçının hiç mirasçı bırakmadan ölmüş olmaları halinde tereke devlete intikal edeceğinden davanın hazineye de yöneltilmiş olması doğrudur.

Ancak, salt hazineye açılan dava reddedilmemeli ve Hazine ile mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu dikkate alınarak, mirasçılar da davaya dahil edilerek davaya devam edilmelidir.

Ömer ile Hazine aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının reddine dair Üsküdar 1 Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 21.12.2006 gün ve 212/337 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresinde istenilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, 247 ada 15 parsel maliki Sıdıka'nın 23.9.1953 tarihinde öldüğünü; taşınmazı Sıdıka mirasçılarından 1977 yılında satın alan vekil edeninin dava tarihine kadar malik sıfatı ile zilyet ve tasarrufu altında bulundurduğunu, tapu kaydının TMK 713/2. maddesi hükmü uyarınca hukuki değerini yitirdiğini ileri sürerek tapu kaydının iptali ile vekil edeni adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili, malikin belli olduğunu ve davanın mirasçılarına karşı açılması gerektiğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, tapu maliki Sıdıka'nın veraset belgesinin ibraz edildiği, davanın kayıt malikinin mirasçılarına yöneltilmesi gerektiği gerekçesi ile

---

(*) Gönderen: Av. Haşim ÖGE

Hazine aleyhine açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu 247 ada 15 parsel kadastro çalışmaları sonunda 20.1.1949 tarih 60 ve 16.4.1949 tarih 65 sıra numaralı tapu kayıtları uygulanmak suretiyle 2.11.1951 tarihinde Tayyip kızı Sıdıka adına tesbit edilmiş, 10.11.1956 tarihinde kesinleşerek tapuya tescil edilmiş, dava tarihine kadar tapu kaydı intikal görmemiştir.

Dava TMK 713/2. maddesinde yazılı ölüm sebebine dayak tapu iptali ve tescil davasıdır. Bu tür davaların hukuki değerini yitirdiği ileri sürülen payların kayıt maliklerinin mirasçılarına karşı açılması gerekir. Görülmekte olan davada ibraz edilen mirasçılık belgesine göre mirasçı bıraktıklan anlaşılan kayıt maliklerinin mirasçılarına dava yöneltilmeden Hazineye karşı dava açılmıştır. Kayıt maliklerinin mirasçılarının da hiç mirasçı bırakmadan ölmüş olmaları halinde terekesi TMK'nın 501. maddesi hükmü uyarınca devlete kalacağından ve tapu kütüğünün düzenli olarak tutulmasından Hazine sorumlu bulunduğuna göre kayıt malikinin mirasçıları yanında davanın Hazineye yöneltilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu nedenle Hazineye karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Taraf teşkili meselesine gelince; TMK 713/2. maddesine dayalı iptal ve tescil davaları taraf teşkili bakımından özellik arz eden davalardır. Kural olarak davaya dahil edilmek suretiyle taraf tenkili mümkün, değil, ise de, bu tür davalarda Hazine ile kayıt malikleri arasında bir bakıma zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan Hazineye karşı açılmış bulunan bir davada kayıt maliklerinin usulen belirlenecek mirasçılarına davanın yöneltilmek suretiyle taraf tealinin sağlanması ve yargılamanın yürütülüp sonuçlandırılması mümkündür. Dava ekonomisine ve çabukluk ilkesine uygun düsen bu uygulama gözönünde tutularak uyuşmazlık konusu taşınmazın kayıt malikinin ibraz edilen mirasçılık belgesine göre davanın belirlenen mirasçılara, onlarda ölü ise belirlenecek diğer mirasçılara yöneltilmesi, yargılamaya geldikleri taktirde savunma ve delillerinin sorulması, ondan sonra işin esası hakkında hüküm kurulması gerekir. Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında öncelikle taraf teşkilinin sağlanması, davacı ve kayıt malikinin mirasçıları geldikleri taktirde onların da savunma ve delillerinin sorulup toplanması, ondan sonra toplanacak delillere göre uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekmektedir.

Davacı vekilinin temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde olduğundan kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle ve HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA** ve 13,10 YTL peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 11.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/919 **K:** 2008/1308 **T:** 11.03.2008

MİRAS HUKUKU • TAŞINMAZ HUKUKU • ZİLYET • ZİLYETLİK SÜRESİ • KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI • ZİLYEDİN KENDİSİNDEN ÖNCEKİ ZİLYEDİN HAKLARINDAN YARARLANMA KOŞULU

(TMK m. 996)

Özet: *Kazandırıcı zamanaşımından yararlanma hakkına sahip olan zilyet, zilyetliği kendisine devreden aynı yetkiye sahip idiyse onun zilyetlik süresini kendi süresine ekleyebilir.*

Ancak, kesinleşmiş kadastro tespiti tarihi itibariyle mülkiyet hakkına sahip olmayan kişi bu hakkını alıcıya devredemez. Hiç kimse sahip olmadığı hakkı başkasına devredemez.

Tahsin mirasçıları; Emine ve müşterekleri ile Hazine aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının kabulüne dair Ümraniye 1. Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 27.12.2007 gün ve 106/648 sayılı hükmün Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davalı Hazine vekili tarafından süresinde istenilmiş ise de; duruşma talebinin değer yönünden reddine karar verilerek, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar Emine ve mirasçı arkadaşları vekili, dava konusu 15 ada 19 parselin dilekçeye ekli krokide E1 ile gösterilen 5411 m2'lik kısmı Firdevs'e ait iken 29.6.1987 tarih 18011 yevmiyeli noter senedi ile Yılmaz'a sattığını, bu kişinin de 1996 yılında müvekkillerinin murisi Tahsin'e sattığını, 1930 yılından beri davacıların eklemeli zilyetliklerinin bulunduğunu ileri sürerek tapu kaydının kısmen iptaliyle müvekkilleri adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hazine vekili, hak düşürücü sürenin geçtiğini, Hazine adına orman sınırları dışına çıkarıldığını, kazanmaya yeterli zilyetliğin oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüyle 15 ada 19 parselin hükme esas krokide E1 ile gösterilen 5411 m^2'lik bölümünün iptaliyle mirasçılık payları oranında davacılar adına tesciline karar verilmesi üzerine, hüküm davalı Hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu 15 ada 19 parsel, 18.12.1971 tarihinde yapılan kadastroda 23.10.1958. tarih 1 numaralı tapunun kapsamında kaldığından Fatma ve Mihrişah adlarına tespiti mütalaasıyla komisyona sunulmuş, Kadastro Komisyonunca verilen 31.3.1972 tarih 555 sayılı karar ile malik hanesi boş bırakılarak tutanak ve ekleri Kadastro Mahkemesine, gönderilmiştir. Kadastro Mahkemesindeki yargılama sırasmda; önceki maliklerden satın aldıklarını üzeri süren Yılmaz ile Tahsin davaya müdahil olmuşlardır. Ümraniye Kadastro Mahkemesinde yapılan yargılama sonunda verilen 6.7.2001 tarih 1994/7 esas, 2001/8 karar sayılı hükümle, "...tespitten somaki nedene dayanan Yılmaz ve Tahsin hakkındaki davanın görevsizlik nedeniyle reddine, davacılar Firdevs ve arkadaşlarının davalarının ise kadastro sırasmda uygulanan tapu kayıtlarının kapsadığı alanın ifraz edilerek malikleri adına ayrı parsel numaralarıyla tespit ve tescil edildiği, kalan tapusuz alanın 1965 yılına kadar hali arazi niteliğinde olduğu, davacıların bu tarihten sonra zilyet olmaya başladıkları, 1971 tespit tarihine kadar iktisaba yeterli zilyetlik süresinin geçmediği gerekçeleriyle davalarına reddine, malik hanesinin Hazine olarak doldurulmasına..." karar yerilmiş, hüküm Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin onaması ile 14.3.2003 tarihinde kesinleşmiştir. Dosya arasındaki teknik bilirkişi raporlarına göre davası reddedilen bayii Firdevs'in Kadastro Mahkemesinde dava konusu ettiği taşınmaz, bölümü ile eldeki davada dava konusu edilen taşınmaz bölümü aynı yerdir.

Temyize konu davada, davacılar satm alma, miras ve eklemeli zilyetliğe dayanarak iptal ve tescil isteğinde bulunmuşlardır. TMK'nın 996. maddesinde aynen "kazandırıcı zamanaşımından yararlanma hakkına sahip olan zilyet, zilyetliği kendisine devreden aynı yetkiye sahip idiyse onun zilyetlik süresini kendi süresine ekleyebilir" denilmektedir. Davacılar ilk malik Firdevs'in Yılmaz'a, bu kişinin de miras bırakanları Tahsin'e sattığını belirterek iptal ve tescil isteğinde bulunmuşlardır. Az yukarıda açıklandığı gibi, bayii Firdevs'in aynı yer için açtığı iptal ve tescil davası kadastro tespit tarihinden geriye doğru 20 yıla ulaşan zilyetlik süresinin oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu tür davalarda, kazanma şartları araştırılırken kadastro tespit tarihi esas alınır. Tespit tarihi itibarıyla mülkiyet hakkına sahip olmayan kişi bu hakkını başkasına devredemez. Başka ifade ile hiçkimse sahip olmadığı hakkı başkasına devredemez. Bu açıklamalara göre bayii Firdevs'in tespit tarihi itibarıyla kazanmaya yeterli zilyetlik süresine ulaşmadığı için reddedilip kesinleşen davası eklemeli zilyetliğe dayanarak talepte bulunan davacıları bağlar. Kadastro tespit tarihi itibarıyla kazanmaya yeterli zilyetlikler dolmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, bayii Firdevs'in reddedilen davası gözardı edilerek davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir.

Yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle, davalı Hazine vekilinin yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulüyle usul ve kanuna aykırı bulunan mahkeme, hükmünün HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** 11.3.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/25538 **K:** 2005/14932 **T:** 28.04.2005

İŞ HUKUKU • HAMİLE İŞÇİNİN İŞ AKDİNİN FESHEDİLMESİ • KÖTÜNİYET TAZMİNATI

(4857 SK m. 5; 1475 SK m. 13/C-3)

Özet: *Hamileliği sebebiyle hizmet sözleşmesi feshedilen işçiye kötüniyet tazminatı ödenmelidir.*

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile fazla çalışma parasının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, 12.03.2001 tarihi itibariyle doğum öncesi izne ayrılmaya hak kazandığını, buna ilişkin raporu 26.02.2001 tarihinde davalı işverene ibraz ettiğini, doğum öncesi ve sonrası izin ücretlerini ödemek istemeyen davalının kötüniyetli akdi feshettiğini ileri sürerek, kötüniyet tazminatının davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece kötüniyet tazminatı şartlarının oluşmadığından söz edilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının 24.02.2001 tarihinde, 12.03.2001 tarihi itibariyle doğum öncesi iznine ayrılmasının uygun olacağına ilişkin rapor aldığı, bu raporu 26.02.2001 tarihinde işverene ibraz ettiği ve yanı gün tebliğ edilen yazı ile 27.02.2001 itibariyle kıdem ve ihbar tazminatı peşin ödenmek suretiyle hizmet akdinin feshedildiğinin bildirildiği, 27.02.2001 tarihinde de kıdem ve ihbar tazminatlarının ödendiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık davacının kötüniyet tazminatı alıp alamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesine göre, *"Herkes, dil, ırk, renk cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi, inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetmeksizin kanun önünde eşittir".*

23.10.1973'de yürürlüğe giren *"Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin"* ikinci maddesinde genel ayrım yasağı konmuş. Üçüncü maddesinde kadınlar açısından özel ayrım yasağı getirilmiştir.

Uluslararası sözleşmelerin ve Anayasa'nın bu düzenlemesi fesih tarihinde henüz yürürlükte olmayan 4857 sayılı İş Kanunu'na da yansımıştır. Söz konusu Kanunun 5. maddesi gereğince işverenin iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan ve farklı işlem yapamaz. Öte yandan ayrı madde içerisinde yaptırım öngörülmüştür.

1475 Sayılı Kanun'un 13/C-3 maddesinde kötüniyet tazminatını düzenlemiştir. Medeni Kanun'un ikinci maddesinin İş Kanunu'na aktarımıdır. Buna göre hukuken tanınmış bir hakkın varlığı, hakkın objektif iyiniyet kurullarına aykırı kullanılması ve hakkın kötüye kullanılmasından karşı tarafın zarar görmesi ya da bir zarar tehlikesinin yaratılması durumunda fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılır.

Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesinin hamileliği nedeniyle fesih edildiği davacı tanıkları ve olayların gelişim seyrinden anlaşılmaktadır. Fesih kötüniyetlidir. Mahkemece kötüniyet tazminat isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 28.04.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/27601 **K:** 2005/20095 **T:** 01.06.2005

İŞ HUKUKU • RADYOLOJİ TEKNİKERİNİN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • GÜNDE 5 SAATİN ÜZERİNDEKİ ÇALIŞMANIN FAZLA ÇALIŞMA SAYILACAĞI AYRIK DURUMLAR

Özet: *Radyoloji teknikeri olarak görev yapan işçinin haftada otuz saati aşan çalışmalarının fazla çalışma olduğu kabul edilerek fazla çalışma ücreti alacağı hesaplanmalıdır.*

Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ile hafta tatili gündeliğinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş ve davacı avukatınca da duruşma talep edilmiş ise de; HUMK'un 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı, davalıya ait işyerinde Radyoloji teknikeri olarak çalışmakta olup 3591 sayılı Radyoloji, Radyan ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'a tabidir. Yine bu kanuna göre çıkarılan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname'nin 21. maddesi gereğince röntgen ve Radyon ile tedavide günde beş saatten fazla çalışamaz. Röntgen muayenehanelerinde Pazar'dan maada ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır. Davacının bu durumda haftada otuz saatin üzerinde 47 saat olarak çalıştığı bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Mahkemenin esas aldığı bilirkişi raporunda haftada kırk beş saatin üzerinde çalışmaların fazla çalışma kabul edilmesine rağmen otuz saat ile kırk beş saat arasındaki çalışmasının fazla çalışma olamayacağını, on beş saatlik bir çalışmanın fazladan çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek haftada iki saat üzerinden fazla çalışmaya hükmetmiştir. Davacının fesih tarihi 31.03.2002 olup bu tarihten önceki fazla çalışmaların ücretini talep etmiş olduğuna göre yukarıda belirtildiği şekilde haftada otuz saatin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma olarak kabulü gerekir. Mahkemenin yazılı şekilde hüküm kurması hatalıdır.

Öbür yönden davacının hizmet süresi de nazara alınarak izin, rapor gibi mazeretleri de olabileceği nazara alınarak hesaplanan fazla mesai alacağından makul bir indirim yapmaması da ayrı bir bozma sebebidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** 01.06.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/19254 **K:** 2005/34532 **T:** 25.10.2005

İŞ HUKUKU • BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ • BAKİYE SÖZLEŞME SÜRESİ ÜCRETİ • İNDİRİM KOŞULLARI

(BK m. 325)

Özet: *Belirli süreli hizmet sözleşmesi süresinden önce feshedilen işçinin; bakiye süre içerisinde başka bir işyerinde çalışıp çalışmadığı, yeni iş arayıp aramadığı ve elde etmekten kasten feragat ettiği gelirlerinin olup olmadığı araştırılmalı ve işçinin dava konusu işyerinde çalışamamaktan doğan tasarruf ettiği değerler dikkate alınarak, hesaplanacak olan bakiye sözleşme süresi ücretinden indirim yapılmalıdır.*

Davacı, tazminat ve ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davacı avukatı ve davalı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi işyeri hekimi olarak çalışmış ve işverence haklı bir neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi süresinden önce feshedilmiştir. Bilirkişi tarafından bakiye süre ücretleri taraflar arasında iki faklı işyerinde çalışmak üzere hazırlanan iş sözleşmelerine göre hesaplanmış, mahkemece %70 oranında taktiri indirime gidilerek isteğin kısmen kabulüne, karar verilmiştir. Mahkemece, davacının bakiye süre içinde başka bir işyerinde çalışıp çalışmadığı ve davacı doktor olduğuna göre bu dönemde başkaca gelir getiren bir faaliyetinin olup olmadığı araştırılmış değildir. Yeni iş arayıp aramadığı ve elde etmekten kasten feragat ettiği gelirlerinin olup olmadığı belirlenmeli son olarak davacının davalıya ait işyerinde çalışmamaktan kaynaklanan yapmaktan kaçındığı masrafları varsa bu hususlar saptanarak Borçlar Kanununun 325. maddesi uyarınca bu miktarların tenkisi ile sonuca gidilmelidir. Mahkemece eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/30238 **K:** 2007/39560 **T:** 26.12.2007

İŞ HUKUKU • GEMİADAMI • BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ • İHBAR TAZMİNATI • GENEL TATİL VE HAFTA TATİLİ ÜCRETİ • SÖZLEŞME KOŞULU

Özet: *Belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan gemiadamının hizmet sözleşmesi süre bitimi nedeniyle sona erdiğinden ihbar tazminatından söz edilemez.*

Hizmet sözleşmesinde, gemiadamına ödenecek olan aylık ücretin genel tatil ve hafta tatili ücretlerini de kapsayacağı belirlenmiş ise; gemi adamına ayrıca genel tatil ve hafta tatili ücreti ödenmesi mümkün değildir.

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, ücretli izin, hafta ve genel tatil ile fazla mesai alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm davalının aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı belirli süreli hizmet akdi ile çalışmış olup akit süre bitimi sebebi ile sona erdiğinden ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

3- Taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesi değerlendirilmeden genel tatil ve hafta tatili ücret alacağı isteklerinin yazılı şekilde hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5519 **K:** 2007/32114 **T:** 31.10.2007

İŞ HUKUKU • BANKA MÜDÜRÜ • BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

Özet: *Banka şubesi müdürlüğü, belli bir işin tamamlanmasına ya da belirli bir olguya bağlı olmayan süreklilik gösteren bir uğraştır. Bu nedenle dava konusu olayda belirli süreli hizmet sözleşmesinden söz edilemez.*

Davacı, bakiye süre ücreti ve cezai şart alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 12. maddesinde yer alan "sözleşmenin 1.8.2000 tarihinden 1.8.2002 tarihine kadar mer'i ve muteberdir" sözcükleri, sözleşmenin belirli süreli olduğunu göstermez. Gerçekten, yapılan iş, banka Şube Müdürlüğü olup, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi, objektif koşullara bağlı bulunmamaktadır. Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinde davalı taraf ihbar tazminatı, ödemiş ve davacıda bu ödemeyi kabul etmiştir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesinde işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi söz konusu olmadığı gibi, feshin önlenmesi için öngörülen seçimlik cezai şartın uygulanması da bu olguyu doğruladığından bakiye süre ücret talebinin reddi gerekirken mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 31.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/13059 **K:** 2008/5588 **T:** 21.03.2008

İŞ HUKUKU • İBRA • İBRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ OLABİLMESİ • İŞ İLİŞKİSİ SÜRERKEN DÜZENLENEN İBRANAMENİN GEÇERSİZLİĞİ • İŞ HUKUKU AÇISINDAN İBRANAMEYİ SINIRLI BİR BİÇİMDE DEĞER VERİLMESİ ZORUNLULUĞU*

(4857 SK m. 32)

Özet: *Taraflar arasında düzenlenen ibranamemin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur. İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli veya tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle, işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez.*

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borcu ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz etkisinde olduğu kabul edilmektedir.

Hatta 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nu 11. maddesine göre, tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir şeklinde kurala yer verilmiş olup, benzer bir çözüme Yargıtay'ca iş kazalarından doğan tazminat davalarında da uygulanmaktadı.

(*) *Dergimizin 2008/1. sayısındaki sayfa 891'deki HGK kararına bakınız.*

Davacı, fazla çalışma ile hafta sonu genel tatil ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununa bu madde alınmamıştır. Bir kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kurma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür. (Berki, Şakir: Borçların Sukutu, AÜHF, Cilt XII. s. 237) Bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir. (Feyzioğlu, F.N: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, s. 351) Bu noktada ibra sözleşmesinin bir ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal haklan ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş

Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir.

Konuya dair somut çözümlere gelince; öncelikle belirtmek gerekir ki, iş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesini imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde Yargıtay uygulaması istikrar kazanmıştır.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz etkisinde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davaları yönünden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinin uygulaması çerçevesinde, gerçek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunması durumunda ibra belgelerine değer verilmeyeceğini kabul etmektedir. (Yargıtay 11. H.D. 11.3.2004 gün 2003/7655 E, 2004/ 2411 K.) 2918 Sayılı Yasanın 11. maddesinde, "Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir" şeklinde kurala yer verilmiş olup, benzer bir çözüme Yargıtayca iş kazalarından doğan tazminat davalarında da gidildiği görülmektedir. (Yargıtay HGK 7.12.2005 gün 2005/21-665 E, 2005/712 K.)

Somut olay yönünden miktar içermeye ve savunma ile çelişkili olan fazla mesai ücreti yönünden genel nitelikteki ibranameye itibar edilmesi hatalıdır.

Mahkemece yapılacak iş davacının fazla çalışma alacağını hesaplayarak kabulüne karar vermekten ibarettir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.3.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14457 **K:** 2008/7575 **T:** 07.04.2008

İŞ HUKUKU • İBRA • İBRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ OLABİLMESİ • İŞ HUKUKU AÇISINDAN SINIRLI BİR BİÇİMDE DEĞER VERİLMESİ ZORUNLULUĞU

(4857 SK m. 32)

Özet: *İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İşçi emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri da yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır.*

Davacı, yıllık izin ücreti, fazla mesai, fazla mesai ücreti günlük % 5 gecikme zammı, hafta tatili, hafta tatili ücreti, günlük % 5 gecikme zammı, ulusal bayram genel tatil ücreti, genel tatil ücreti günlük %5 gecikme zammı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı davalı haber ajansında Basın İş Kanununa tabi işçi statüsünde haber yönetmeni olarak çalışırken iş sözleşmesini feshettiğini kıdem ve ihbar tazminatını ödemek koşuluyla da bir ibraname imzalattığını belirterek fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil alacakları ile %5 fazlalıklarını ve yıllık izin ücretinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı işveren ise davacının teknik yönetmen olarak 1475 Sayılı Kanun'a tabi olarak çalıştığını fazla mesai yapmadığını, hafta tatilleri ve ulusal bayram, genel tatillerde çalışmadığını ibraname ile işvereni ibra ettiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının Basın İş Kanununa tabi işçi statüsünde çalıştığı kabul edilmiş ibraname geçerli kabul edilerek dava red edilmiştir.

Dosya içerisinde mevcut belgeler ve tanık anlatımları itibariyle davacının Basın İş Kanununa tabi olduğunun kabulü isabetlidir.

Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerli olup olmadığı ise uyuşmazlık konusudur. İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununa bu madde alınmamıştır. Bir kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir duruma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür. (Berki, Şakir: Borçların Sukutu AÜH-1 Cilt XII sayfa 237) bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname bir borcun tam yada kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir. (Feyzioğlu F.N: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler Cilt 2, İstanbul 1969, s. 351) bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İşçi emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır.

Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine iş hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir. Konuya dair somut çözümlere gelince; ibra sözleşmesi varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde Yargıtay uygulaması istikrar kazanmıştır.

Somut olay yönünden baktığımızda dosyada mevcut miktar ve işçinin ihtiraz-i kaydını içermeyen ibranamede davacı işçi hafta tatili, genel tatil yevmiyelerini, fazla mesai ücretini aldığını bu ibraname ile işvereni ibra ettiğini belirtmektedir. Davalı işveren ise cevap dilekçesinde davacının fazla mesai yapmadığını, hafta tatilleri ve ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmadığını savunmaktadır. İbranamenin içeriği ile davalı işverenin savunması arasında çelişki söz konusudur. Bu sebeple artık ibranamenin geçerliliğinden söz edilemeyecektir. Dava konusu istekler bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/28539 **K:** 2007/26478 **T:** 17.09.2007

İŞ HUKUKU • BORÇLAR HUKUKU • İŞ SÖZLEŞMESİNDE TAHKİM KOŞULU • İŞE İADE DAVASI HAKKINDA HAKEM KOŞULU KARARLAŞTIRILMASI

(4857SK m. 20, BK m.19-20, HUMK m. 533/3)

Özet: *Davacı feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Tahkim sözleşmesi veya şartı, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden BK'nın 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamını seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu şekilde bir tahkim sözleşmesi BK'nın 20. maddesine göre batıl olacaktır.*

Taraflar arasında, davalının ekonomik gücünü kullanarak yapılan tahkim şartına bağlanan sulh ve ibra sözleşmesi geçersizdir.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, görevsizlik yönünden davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmiştir.

Mahkemece, fesih tarihinde davacı ile davalı işveren arasında işveren tarafından sunulan ve fesih tarihinde düzenlenen iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolde tahkim şartının kabul edildiği, tahkim şartını içeren sözleşmenin imzalanmasında irade fesadmı taşıyan herhangi bir olayın yaşanmadığı, işverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak davranışının bulunmadığı, sözleşmenin geçerli olduğu, uyuşmazlığın bu düzenleme nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca özel hakemde görülmesi gerektiği gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan gözönünde tutulmalıdır. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. (Dr. Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi, İstanbul-1973, Sh. 86) Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereğince batıl olacaktır.

Ekonomik ve sosyal üstünlüğü olan davalı işveren ile işçi arasında düzenlenen 05.06.2006 tarihli iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün 6 ve aynı tarihli sulh ve imza sözleşmesinin 7. maddelerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine dayalı uyuşmazlık çıkması halinde uyuşmazlığı hakem yolu ile karar bağlanacağı şartına yer verilmiştir. Özellikle davacı tanıkları, işverenin hazırladığı bu belgeleri imzalama zorunluluğu getirdiğini, imzalanmadığı takdirde referans vermeyeceklerini ve aynı sektörde davacının iş bulamayacağını beyan etmişlerdir. Davalı tanıkları da, davalı işverenin davacı işçinin performansından memnun olmadığını, davacının bu durumu düzeltmediğini, tazminat verildiğinde davacı işçinin ayrılacağını kabul ettiğini belirtmişlerdir. Diğer taraftan iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol ve aynı tarihli sulh ve ibra sözleşmelerinin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmelerin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre sözleşmelerdeki tahkim şartının Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca

mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur. Taraflar arasında hukuken geçerli bir tahkim şartının varlığından sözedilemeyeceğinden, geçersiz tahkim şartına dayanılarak mahkemece görevsizlik kararı verilemez. Ayrıca, HUMK m. 533/3 maddesi uyarınca, hakemler de yetkileri ve görevleri dahilinde olmayan bir uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceklerdir. Mahkemece verilen görevsizlik kararı usule ve yasaya aykırıdır. İşin esasına girilerek, tarafların delil ve karşı delilleri toplanmalı, inceleme yapılmalı, sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.9.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7 **K:** 2007/8915 **T:** 22.03.2007

İŞ HUKUKU • İKALE - BOZMA SÖZLEŞMESİ • ÖZELLEŞTİRMEYE UĞRAYAN İŞYERLERİNDE TOPLU İŞÇİ ÇIKARMA • İKALE SÖZLEŞMESİNDE İŞÇİ YARARINA YORUM İLKESİ

(4857SK m. 20, 657 SK m. 4-c)

Özet: *Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Toplu işçi çıkarma kuralına başvuran davalı işveren öncelikle gönüllü olanları çıkaracağını, özelleştirme uygulaması nedeniyle ve kamu kurumlarına nakli kabul edenleri bu kapsamda değerlendireceğini belirtmiş, davacı bu işlemi kabul ederek, kamu kuruluşuna atanmıştır. İkale sözleşmesinin bulunduğu durumda feshin son çare veya işçinin seçiminin objektif ölçütlere uygun olup olmadığı ayrıca yargı denetimine tabi tutulamamalı, işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılamamalıdır.*

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin işletmeden kaynaklanan nedenlerle feshedildiğini, işyerinin özelleştirildiğini, özelleştirme sonrası yeniden yapılanmaya gidildiğini, bu doğrultuda işletmesel kararlar alındığını ve uygulandığını, işçilere bu kararın bildirildiğini, istihdam fazlası personelin ve emekliliği gelenlerin istekleri de dikkate alınarak çıkarıldığını, 6 işyerinde 842 işçi çıkarıldığını ve bunlardan 634 işçinin ya-

zılı talepleri olduğunu, iş sözleşmesinin feshin kabul eden ve isteyen işçinin işe iade isteyemeyeceğini, emekliliğe hak kazanamayan ancak çıkarılması zorunlu olan personelinde, Özelleştirme uygulaması nedeni ile başka kamu kurumlara geçmelerinin sağlanması için özelleştirme işleminden sonra 6 ay içinde çıkarıldığını, feshin işin, işyerinin ve işletmenin gereklerine dayandığını savunmuştur.

Mahkemece, davalı işyerinde özelleştirmeden önce 2003 yılında norm kadro çalışması yapıldığı, bu tarihten ve özelleştirmeden sonra herhangi bir norm kadro çalışması yapılmadığı, özelleştirme sonrası davalı işyerinde 100 den fazla işçinin iş sözleşmelerinin özelleştirme ve yeniden yapılanma sebebi ile feshedildiği, ne tür yapılandırmaya gidildiğinin açıklanamadığı, işyerine bu süreçte yeni işçi alındığı, davacının 657 Sayılı Yasanın 4/c maddesi kapsamında yararlanmasının, kararın kesinleşmesinden sonra göz önüne alınabileceği, açılan davaya engel teşkil etmeyeceği, feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmediği, esnek çalışma şekillerinin uygulamaya konulmadığı, işverenin davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin kaçınılmaz olduğunu kanıtlayamadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve davacının işe başlatılmaması halinde 4 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatının belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi, davalı işveren vekili tarafından ise, cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, işyerinin 26.01.2006 tarihinde % 51 hissesinin özelleştirilmesinden sonra, davalı işverenin işyerinde çalışan kapsam içi personelin kıdem sürelerinin fazla olması, genç ve eğitimli personelin çalıştırılması için istihdam politikası kapsamında emekliliği gelenlerden istekli olanların istekleri dikkate alınarak, istekleri olamayanların ise performansı, tavır ve davranışları ile işyerinde çalışmaları uygun görülmeyenlerin iş sözleşmelerinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek, emekliliği gelmeyenlerin ise, özelleştirme tarihinden itibaren 6 aylık süre içinde 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi uyarınca kamu kurumlarına nakillerinin sağlanması için kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedilmesi konusunda işletmesel kararlar aldığı ve uygulamaya koyduğu, Toplu İşçi Çıkarma kuralına uygun olarak bir ay önceden ilgili kurumlara ve sendikaya bildirimde bulunduğu, bu kararı işçilere tebliğ ettiği, emekliliği gelmeyen davacının, işverenin fesih bildirimi üzerine, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi kapsamından faydalanmak için Devlet Personel Başkanlığı'na başvurduğu ve kamu kuruluşuna atamasının yapıldığı anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, toplu işçi çıkarma kuralına başvuran davalı işveren, öncelikle gönüllü olanları çıkaracağını, özelleştirme uygulaması

nedeni ile kamu kurumlarına nakli kabul edenleri bu kapsamda değerlendireceğini belirtmiş, davacı bu işlemi kabul ederek, kamu kuruluşuna atanmıştır. Toplu işçi çıkarmada gönüllü işçilerin iradesine öncelik verilmesi ve işçi tarafından bu icabın kabul edilmesi halinde, karşılıklı olarak iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile bozulması sözkonusu olduğundan, bu işlemde artık işverenin toplu işçi çıkarmaya konu ettiği fesih nedenlerinin geçerli olup olmadığı araştırılmamalıdır. Bir başka anlatımla ikale sözleşmesinin bulunduğu durumda, feshin son çare veya işçinin seçiminin objektif ölçütlere uygun olup olmadığı ayrıca yargı denetimine tabi tutulamamalı, işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılamamalıdır. Davacının iradesinin sakatlayan bir durum sözkonusu olmadığına ve bu konuda somut kanıt sunulamadığına göre, davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2. Davanın **REDDİNE,**

3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 450 YTL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, Kesin olarak 22.3.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/27825 **K:** 2008/7827 **T:** 08.04.2008

İŞ HUKUKU • İKALE-BOZMA SÖZLEŞMESİ • GEÇERLİ OLABİLMESİNİN KOŞULLARI • MAKUL YARAR ÖLÇÜTÜ • İRADE FESADI HALLERİNİN ARAŞTIRILMASI

(4857SK m. 21)

Özet: *Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğinden işe iadesine karar verilmesini istemiştir.*

Her şeyden önce, bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler, 1475 sayılı iş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından, özellikle 4857 sayılı iş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu nokta, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.

Taraflar arasında iş sözleşmesi sürerken karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi sözleşmesi iş ilişkisi devam ederken imzalatıldığından, geçerli değildir. İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir.

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, savunmaya değer verilerek, iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdiği ve işveren tarafından alınan tenkisat kararının davacı tarafından benimsendiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Yargıtay'ın bir kararında, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri açıklanmış ve bu işlemin adı ikale olarak belirtilmiştir. (Yargıtay 15. HD 2.10.1995 gün, 1995/2259 E, 1995/5181 K.)

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, (ikale) sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez. (Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007 s. 99)

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukuku'nu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanununun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması düşündürücüdür.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluy-

la sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygm bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Dosya içeriğine göre, davalı işveren "küresel bir operasyon sonucu H. grubu tarafından satın alınması ve organizasyon yapısının değiştirilmesi nedeni ile kararlar alındığı ve mali tabloların olumsuz olduğu, şirketin zarara uğradığı, departmanların küçültülmesine karar verildiği, yasal tenkisatta gidilmesi gerektiği gerekçesi ile fesih kararı almıştır. Ancak bu kararı alırken, davacıya kıdem ve ihbar tazminatı dışında beş aylık ücreti tutarında ekstra ödeme teklif etmiş ve davacının bu teklifi kabul ettiğini belirterek karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesini imzalatmıştır. Anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesi 13.02.2007 tarihinde imzalanmış, ancak iş sözleşmesinin 15.03.2007 tarihinde sona ereceği, davacı işçinin bu süre sonuna kadar ücretli izinli olacağı belirtilmiştir. Ne var ki bu sözleşme, ekli ibraname ve feragatnameye bağlanmıştır. Ekli ibranamede ve feragatnamede de kıdem ve ihbar tazminatı ile ilave beş aylık ödemenin, 15.03.2007 tarihinde yapılacağı açıklanmıştır, ibraname ve feragatnamenin alındığı 13.02.2007 tarihinde iş sözleşmesi sona ermemiştir. İş sözleşmesi devam etmektedir. İş sözleşmesi devam ederken alınan ibraname ve özellikle iş güvencesi sağlayan işe iade isteminden feragat geçerli değildir. Geçerli olmayan bir ibraname ve feragatnameye dayalı karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, kısaca ikale de geçersiz sayılmalıdır. Davalı işverenin iş sözleşmesi devam ederken karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesini 32 gün ücretli izin vererek imzalatması, tazminat ve fazla ödemeleri ise süre sonunda ödemeyi öngörmesi, işe iade davasının süresinde açılmasını bertaraf etmeye yönelik bir davranıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 l/son maddesi uyarınca iş ilişkisi devam ederken, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi sözleşmesi iş ilişkisi devam ederken imzalatıldığından, 4857 sayılı İş Kanu-

nu'nun 21/son maddesi uyarınca geçerli değildir. İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir.

Davalı işveren fesihte, isletme ve işyeri gereklerine dayanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. Davalı işverenin bu fesih nedeni ile ilgili kanıtları üzerinde durulmalı, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 8.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/30760 **K:** 2008/9208 **T:** 21.04.2008

İŞ HUKUKU • İKALE - BOZMA SÖZLEŞMESİ • İKALE SÖZLEŞMESİNİN İŞE İADE DAVASINA ETKİSİ • İKALE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ • İKALE SÖZLEŞMESİNDE İŞÇİ YARARINA YORUM İLKESİ

(4857 SK m. 20)

Özet: *Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davacının kendi isteği ile ayrıldığı ve istemi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Dosya içindeki mevcut delillere göre, davacının iş sözleşmesinin (ikale)sona ermesini istemesinde makul bir yararı bulunmadığı gibi, tanık anlatımlarına göre iş sözleşmesi feshedilen davacıya ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi, iş sözleşmesinin feshedilmesi istediğine dair dilekçe imzalaması koşuluna bağlanmıştır. Olayda işveren ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmıştır. Davacı işçinin işten ayrılma iradesi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin ikale ile sona erdiğini kabul etmek doğru değildir. İş sözleşmesi davalı işverence tek yanlı olarak feshedilmiş olup, fesih bildiriminde fesih sebebi açık ve kesin olarak bildirilmemiştir. Ayrıca fesih için geçerli bir nedenin varlığı da ileri sürülüp kanıtlanmamıştır.*

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve ise iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren vekili, davacının şirkete verdiği dilekçe ile şahsına ait özel nedenlerden dolayı ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi halinde iş sözleşmesinin feshedilmesi talebinde bulunduğunu talebi kabul edilerek tazminatları ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının "Şahsıma ait özel nedenlerden dolayı şirketinizce de uygun görülmesi halinde ihbar ücretimin ve kıdem tazminatımın tarafıma ödenerek iş akdimin karşılıklı sona ermesini talep ederim" dilekçesi üzerine işveren tarafından kabul edilerek iş sözleşmesinin feshedildiği, davacının lise mezunu olup, düzenlediği ve imzaladığı belgelerini hukuki sonuçlarını bilebilecek durumda olduğu, davacının kendi isteği ile ayrıldığı ve istemi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Bozma sözleşmesi (İKALE) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Uygulamada sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri kabul edilmektedir.

İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu sona erme türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ilişkisi sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez. (Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007 s. 99)

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona

erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanununun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline

özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması düşündürücüdür.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla sona erme gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

Somut olayda, G ile C'nin birleşmesinden sonra davalı şirketçe çok sayıda personelin işten çıkarılmıştır. İşten çıkarılmalarda da emsal dosyalardan da edinilen izlenime göre, işçiden el yazısı ile "Şahsıma ait özel nedenlerden dolayı şirketinizce de uygun görülmesi halinde ihbar ücretimin ve kıdem tazminatımın tarafıma ödenerek iş akdimin karşılıklı sona ermesini talep ederim" şeklinde dilekçe alındıktan sonra, bu istemin kabul edildiği belirtilerek işçilerin iş sözleşmelerinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedildiği, bu kapsamda davacının da iş sözleşmesinin feshedilmek istendiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İşten çıkarılması düşünülen ve iş sözleşmesi feshedildiğinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gereken davacının, bundan daha fazla yarar sağlamayacak bir yolu tercih etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Davacının başka bir iş bulması veya kendi işini kurmuş olması gibi nedenlerle

işten ayrılmasını gerektiren olguların varlığı da savunulmamıştır. Mevcut delillere göre davacının iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesini istemesinde makul bir yararı bulunmadığı gibi, tanık anlatımlarına göre iş sözleşmesi feshedilen davacıya ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi, iş sözleşmesinin feshedilmesini istediğine dair dilekçe imzalaması koşuluna bağlanmıştır. Olayda işveren ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmıştır. Davacı işçinin işten ayrılma iradesi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin ikale ile sona erdiğini kabul etmek doğru değildir. İş sözleşmesi davalı işverence tek taraflı olarak feshedilmiş olup, fesih bildiriminde fesih sebebi açık ve kesin olarak bildirilmemiştir. Ayrıca fesih için geçerli bir nedenin varlığı da ileri sürülüp kanıtlanmış olmadığından davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2. Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE,**

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 110.20 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500 YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

Kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/27829 **K:** 2008/7831 **T:** 08.04.2008

İŞ HUKUKU • İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNE DAYANAN GEÇERLİ NEDEN • İŞE İADE DAVASI • İŞTEN ÇIKARMANIN GEÇERLİ OLMASI

(4857SK m. 18 vd., 25/II)

Özet: *Davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme davayı hüküm altına almıştır.*

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih halkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı etkileyen hastalık uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme ölçütlerinde yer alan işçinin verimliliği ile ilgili beklentilerin karşılanmaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, banka işyerine sınavla alınan ve Toplu İş Sözleşmesi ve Personel Yönetmeliği hükümleri uyarınca adaylık ve stajyerlik sürecine tabi olan davacının bu süreçte performansının değerlendirildiğini, değerlendirme sonucu, "Bankacılık mesleğinin gerektirdiği çalışma anlayışı ve davranış tarzına sahip olmadığı, emsallerine göre yavaş gelişim gösterdiği, mesleğe uyum sağlayamadığını, iş konusunda beklenen dikkat ve özeni göstermediği, iletişim yetersizliği nedeni ile zaman zaman agresif tutum gösterdiğini, kendini yeterli şekilde ifade edemediği, insiyatif kullanmadığı, güvensizlik yarattığı, yetersiz kaldığının tespit edildiğini, daha önce iki kez sözlü ve bir kez de yazılı olarak 17.02.2006 tarihinde uyarıldığını, ancak herhangi bir gelişim göstermediğini, iş sözleşmesinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin fesih yazısında belirtilen davacının davranışlarını somut olarak kanıtlayamadığı, aksine davalı tanığı beyanına göre davacının banka personeli ile bir sorunun olmadığı, ilerde insiyatif kullanamayacağı kanaati olduğunu beyan ettiği, geçerli fesih nedeninin kanıtlanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verirken, davacı kendisini avukat ile temsil ettirmediği halde lehine vekalet ücretine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçüleri verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi hailinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir, iş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahsedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hallerdir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında,

işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır. (Von Hoyningen-Huesslene, G./Linck, R., §1 KSchG Rdnr. 176 sh. 165; Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsrecht, Teil 3 Rz. 4, sh. 606) İşçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs'nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir.

İşçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde, iş edimi işçinin yeteneği gibi kendisinde objektif olarak bulunan hal ve hususiyetlerden dolayı sözleşmeye uygun olarak yerine getirilemezken, işçinin davranışından kaynaklanan fesihte, sözleşmenin ifasında işçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı nedeniyle iş edimi yerine getirilememektedir. Başka bir anlatımla, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin kabulü için, işçinin verim düşüklüğünün işçinin icra ettiği iş için gerekli olan fiziki veya fikri özellikleri hâiz olamamasından kaynaklanmalıdır. Buna karşılık, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özelikleri haiz ve mesleki bilgilerle donanımlı; yani mesleki yetenek ve uygunluk açıdan aranan niteliklere sahip olan bir işçinin, daha önce kendisine ihtar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebidir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olma-

malıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi hailinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.

İş Kanunu'nun 19. maddesine göre: *"Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır."* Buna göre salt işçinin savunmasının alınmaması tek başına süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur, işçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır.

Somut uyuşmazlıkta davalı işveren bir bankadır. Davacı sınavla işe alınmıştır. Davacı başlangıçta Personel Yönetmeliği ve Toplu İş sözleşmesi hükümleri gereği, adaylık ve stajyerlik süreci yaşayacağı ve bu süreçlerde hakkında bir değerlendirme yapılacağını bilmektedir. Nitekim davacının önce 25.08.2005 tarihinde Aday Değerlendirme formu ile adaylık

süreci değerlendirilmiş olup, bu değerlendirmede birinci, ikinci ve şube müdürü amirleri davacının yeterli gelişime sahip olmadığı, belirli bir süre daha izlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Davacı stajyerlik süreci içinde de gözlemlenmiş ve 17.01.2007 tarihinde *"Bankacılık mesleğinin gerektirdiği, çalışma anlayışı ve davranış tarzına sahip olmadığı, emsallerine göre yavaş gelişim gösterdiği, mesleğe uyum sağlayamadığı, iş konusunda beklenen dikkat ve özeni göstermediği, iletişim yetersizliği nedeni ile zaman zaman agresif tutum gösterdiği, kendini yeterli şekilde ifade edemediği, insiyatif kullanmadığı, güvensizlik yarattığı, yetersiz kaldığı"* gerekçesi ile uyarılmıştır. Davacının stajyerlik süreci sonunda, yine birinci, ikinci ve şube müdürü amirlerinin performans değerlendirmeleri sonucu, uyarılara rağmen gelişim göstermediği, yetersiz kaldığı, daimi kadroya alınmaması gerektiği belirlenmiştir. Değerlendirme en az 3 sicil amirinin görüşü ile yapılmakta ve kişisel yetenek ve nitelikleri gözlemlenmektedir. Ayrıca bu değerlendirmenin işyerine özgü olduğu, önceden belirlendiği, davacının da bu durumu bilerek işe girdiği, her işe alınan işçinin bu süreçten geçtiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle objektif bir değerlendirmeden söz edilebilir. Davacının adaylık ve stajyerlik süreci sonrası, yapılan değerlendirmeler sonucu yetersiz bulunması ve iş sözleşmesinin feshi, açıklanan gerekçelere göre geçerli nedene dayanmaktadır. Adaylık ve stajyerlik sürecini olumsuz geçiren bir işçi ile iş sözleşmesi ilişkisinin devam ettirilmesi işverenden beklenmemelidir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

Diğer taraftan kabul göre, davacı işçi kendisini vekille temsil ettirmediği halde, lehine vekalet ücretine karar verilmesi isabetsizdir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2. Davanın **REDDİNE,**

3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40.50 yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500 YTL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine.

6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

Kesin olarak 8.4.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8395 **K:** 2007/37871 **T:** 12.12.2007

İŞ HUKUKU • ÜCRETİN KISMİ OLARAK ÖDENMESİ

(4857SK m. 24, 25, 32, 1475 SK m. 14)

Özet: *Davacı, ücret alacağının ödetilmesinin karar verilmesi istemiştir. Uyuşmazlık ücret alacağı noktasında toplanmaktadır. Dosya içeriğinde bulunan belge, söz konusu ücret alacağının tamamen ödendiğine ilişkin bir ifade taşımamaktadır. Aksine, kısmi ödemenin varlığını kanıtlamaktadır. Mahkemece bu konu değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.*

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının temyiz itirazına gelince;

Uyuşmazlık ücret alacağı noktasında toplanmaktadır. Dosya içeriğinde bulunan 26.9.2003 tarihli belge, söz konusu ücret alacağının tamamen ödendiğine ilişkin bir ifade taşımamaktadır. Aksine, kısmi ödemenin varlığını kanıtlamaktadır. Mahkemece bu konu üzerinde durularak yeterli inceleme yapıldıktan sonra sonuca gidilmesi gerekir. Karar bu nedenle hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz haremin istek halinde ilgiliye iadesine, 12.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8379 **K:** 2007/37861 **T:** 12.12.2007

İŞ HUKUKU • HİZMET AKDİNİN EVLİLİK NEDENİYLE DAVACI TARAFINDAN FESHİ • HİZMET AKDİNİN İŞVERENCE FESHİ

(1475 SK m. 14)

Özet: *Davacı kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacı davasını evlilik nedeni iş sözleşmesinin kendisinin feshettiğini değil, işverence feshedildiği hukuksal temeline oturtmuştur. Mahkeme ise incelemesini evlilik ve Bölge Çalışma Müdürlüğü belgesine dayanma ekseninde kurmuştur. Mahkemenin bu değerlendirmesi dava dilekçesi ile örtüşmemektedir. Kaldı ki, dinlenen davacı tanıkları davacının iddiasını doğrulamıştır. Davacının önceki yıllarda hak kazandığı yıllık ücretli iznini de kullanmadığı açıktır. Eksik inceleme ile verilen karar bozulmalıdır.*

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

Uyuşmazlık, iş sözleşmesinin feshinin hukuki niteliği ve sonuçlan noktasında toplanmaktadır. Davacı, dava dilekçesinde usta makineci olarak 15.6.2004 tarihine kadar çalıştığını anılan tarihte yıllık izninin ve ek olarak evlenme izninin toplam olarak bir ay olduğunu ve de izne ayrıldığını; izinde iken 13.7.2004 tarihinde evlendiğini, evlendikten sonra işyerine döndüğünde iş sözleşmesinin feshedildiğini öğrenmiş olduğunu iddia etmiştir.

Görüleceği üzere, davacı davasını evlilik nedeni ile iş sözleşmesinin kendisinin feshettiğine değil, işverence feshedildiği hukuksal temeline oturtmuştur. Mahkeme ise incelemesini evlilik ve Bölge Çalışma Müdürlüğü belgesine dayanma ekseninde kurmuştur. Mahkemenin bu değerlendirmesi dava dilekçesi ile örtüşmemektedir. Kaldı ki, dinlenen davacı

tanıkları davacı iddiasını doğrulamıştır. Davacının önceki yıllarda hak kazandığı yıllık ücretli izninin de kullanılmadığı açıktır.

Mahkemece yapılacak iş yukarıda sayılan gerekçe doğrultusunda inceleme yapmak, özellikle Bölge Çalışma Müdürlüğü yazısında sözü edilen istifa dilekçesi ve ibraname hakkında davacı itirazları üzerinde de durulmalıdır. Mahkemece bu yönler dikkate alınmadan eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile verilen karar bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 12.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/13204 **K:** 2007/37573 **T:** 10.12.2007

İŞ HUKUKU • TEMYİZ AŞAMASINDA DAVADAN FERAGAT • HÜKMÜN BOZULMASI

(HUMK m. 96)

Özet: *Davacı, temyiz aşamasında davadan feragat ettiğinden ve feragat HUMK 96. maddesi uyarınca davayı sonuçlandıran bir işlem olduğundan, feragat konusunda bir karar verilmek üzere sair yönleri incelenmeksizin hükmün bozulmasına karar verilmiştir.*

Davacı, tazminat alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davacı asil ve vekili temyiz aşamasında davadan feragat ettiğinden ve feragat HUMK'un 96. maddesi uyarınca davayı sonuçlandıran usulü bir işlem olduğundan, feragat konusunda bir karar verilmek üzere sair yönleri incelenmeksizin hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/39168 **K:** 2007/39676 **T:** 26.12.2007

İŞ HUKUKU • TASFİYE EDİLEN DERNEĞE KARŞI AÇILACAK DAVADA HUSUMET • ŞAHSA KARŞI DAVA AÇILAMAYACAĞI

(4857 SK m. 17, 1475 SK m. 14)

Özet: *Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.*

Davalı dernek, 5072 Sayılı Yasa ile gelirlerinin kesilmesi üzerine, davacının iş sözleşmesi sona ermiştir. Bu nedenle tasfiye edilen derneğin başkanı şahsen sorumlu tutulamayacağından, davacının davasını tevcihte hata ederek şahsa karşı açtığı anlaşıldığından, davanın SGK Başkanlığı'na yöneltilmesi ile hüküm kurulması gerekir.

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacının, davalı SSK, G. Dispanseri Koruma ve Yardımlaşma Derneği Başkanı aleyhine açtığı kıdem ve ihbar tazminatı davasında davalı doktor aleyhine hüküm kurulmuştur. Oysa tasfiyesine karar verilen derneğin SGK Başkanlığa'na bağlı G. Dispanseri eczane bölümünde çalışan davacıyı istihdam ettiği anlaşılmaktadır.

Davalı derneğin, 5072 sayılı kararı ile gelirlerinin kesilmesi üzerine davacının iş sözleşmesi sona ermiştir. Bu nedenle tasfiye edilen derneğin başkanı şahsen sorumlu tutulamayacağından davacının davasını tevcihte hata ederek şahsa karşı açıldığından, davanın Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na yöneltilmek sureti ile hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/1688 **K:** 2007/19326 **T:** 19.11.2007

İŞ HUKUKU • PROTEZ GİDERLERİNİN KARŞILANMASINDA ÖLÇÜT • YAŞAM KALİTESİNİ ARTIRMA • ÇALIŞMA YAŞAMINA KAZANDIRMA

(506 SK m. 32, 34-son, Ek Md. 32)

Özet: *Davaya konu cihazın, tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine veya iş göremezlik derecesinin azalmasına katkıda bulunup bulunmayacağı hususunun öncelikle konusunda uzman bilirkişi heyetince saptanması gerekir. Saptama yapılırken, iş göremezlik derecesini azaltma kavramı, sigortalının hayat kalitesini iyileştirme niteliğinde değerlendirilmemeli ve bu kavramın çalışma hayatı ile ilgili bulunduğu ve özellikle sigortalının yeniden çalışma hayatına kazandırılması amacıyla işgöremezlik derecesinin az veya çok giderilmesi şeklinde anlaşılması gerekeceği unutulmamalıdır. Şayet; cihazın kullanımının sigortalının iyileşmesi ve iş göremezlik derecesinin giderilmesi yönünden hayati öneme haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varılırsa, bu taktirde harcama miktarının yerindeliği denetlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.*

Davacı, satıcı firmaya CHF İsviçre Frankı olarak borçlandığı 40.538,99 CHF'nin, SSK'ya başvuru tarihi olan 05.10.2005 tarihinden ödeme tarihine kadar bu para birimi üzerinden işleyecek yasal faizi ile beraber ödeme tarihinden geçerli olacak TC MB İsviçre Frankı CHF Döviz Satış Kuru üzerinden karşılığı YTL'nin tedavi gideri olarak SSK'ca tarafına ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1- Davada öncelikle halledilmesi gereken husus, maddi hukuk açısından davacı lehine doğmuş bir alacak hakkının bulunup bulunmadığı-

dır. Bir dava da taraf olarak gösterilen kişilerin gerçekten o dava ile ilgili kimseler olması; bir başka ifade ile, dava konusu subjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkinin varlığı usul hukukumuzda "sıfat" olarak tanımlanmaktadır. Bir subjektif hakkı dava etme yetkisi kural olarak o hakkın sahibine aittir. Mahkemenin, dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olan "sıfat" konusunu yargılamanın her aşamasında re'sen ele alıp incelemesi ve şayet davacının dava konusu hakkı talep etme hakkının bulunmadığı sonucuna varılırsa sıfat yokluğundan davanın reddine karar vermesi gerekir.

Açıklanan sebeplerle söz konusu cihaz bedelinin davacı tarafından ilgili şirkete ödenip ödenmediği ve böylece davacı lehine doğmuş bir alacak hakkının bulunup bulunmadığı, dolayısı ile davaca yönünden davada sıfat şartının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir.

2- Dava, sigortalı için sağlık kurulu raporu ile kullanılması uygun görülen "Ayakta Dik Pozisyonlandırma Cihazı (Elektrik Mtorlu Mobil Standing Frame; motorlu kalkış, motorlu sürüşlü, koltuk asansörlü, hastayı horizontal ve trendelenburg pozisyonlarına getirebilme özellikli, yaşam alanlarına uyum için 115 cm çapta dar alanda 360 derece dönebilme özellikli)" bedelinin davalı Kurumca ödenmemesi işleminin iptali ile cihaz bedelinin faizi ile tahsili talebine ilişkin olup; davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasanın 32. ve devamındaki maddelerdir. Anılan yasanın 34/son maddesinde Kurumun, sigortalının iyileşmesine yarayacak, yahut iş göremezliğini az çok gidermesi için gerekli görülecek protez araç ve gereçlerini, maddede belirtilen süreler ile bağlı olmaksızın sağlamak, onarmak ve tespit edilen süre ve şartlarla yenilemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi; protez araç ve gereçlerin temini konusunda yasa iki şart öngörmüştür. Bunlar; "sigortalının iyileşmesine yarayacak" olma veya "işgöremezliği az çok giderecek" olma ifadeleri ile belirtilmiştir. Aynı hüküm, yasanın Ek 32. maddesinde de yer almaktadır. Söz konusu hükümlerle, sigortalının iyileşmesine ya da iş göremezlik derecesine olumlu yönde katkısı olmayacak, hayati önemi haiz veya hayatını idame ettirmesi için zorunlu olmayan, protez, araç ve gereçlerin Kurumca karşılanmasının mümkün olmadığı ifade edilmekle, yapılacak sağlık yardımlarının kapsamı ve amacı belirlenmiş olmaktadır.

Davaya konu cihazın, tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine veya iş göremezlik derecesinin azalmasına katkıda bulunup bulunmayacağı hususunun öncelikle konusunda uzman bilirkişi heyetince saptanması gerekir. Saptama yapılırken, iş göremezlik derecesini azaltma kavramı, sigortalının hayat kalitesini iyileştirme niteliğinde değerlendirilmemeli ve bu kavramın çalışma hayatı ile ilgili bulunduğu ve özellikle sigortalının yeniden çalışma hayatına kazandırılması amacıyla işgöremezlik derecesinin az veya çok giderilmesi şeklinde anlaşılması gerekeceği unutulmamalıdır. Şayet; cihazın kullanımının sigortalının iyileşmesi ve iş göremezlik

derecesinin giderilmesi yönünden hayati öneme haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varılırsa, bu taktirde harcama miktarının yerindeliği denetlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemece açıklanan maddi ve hukuki esaslar doğrultusunda inceleme yapılarak karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 19.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/16639 **K:** 2007/5441 **T:** 09.04.2007

İŞ HUKUKU • ÖDEME EMRİNİN İPTALİ • MENFİ TESPİT DAVASI • ÜST DÜZEY YÖNETİCİNİN PRİM BORCUNDAN SORUMLULUĞU

(506/80, 6183)

Özet: *Davacı 506 Sayılı Kanunun 80. madde hükmü gereği ödeme emrinin iptaline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.*

Üst düzey yönetici olarak şirketin temsili ile şirket işlerinin görülmesine ilişkin olarak verilen vekalet yetkisi birbirinden farklı kavramlardır. Mahkemenin hükmüne dayanak aldığı vekaletnamenin, bu anlamda şirketin işlerini gördürmeye yönelik bir vekalet ilişkisi olduğu, davacının üst düzey yönetici sıfatının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü gerekir.

Davacı, Kurumca hakkında yapılan icra takibinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava dilekçesinde, davacı, Kurumca hakkında yapılan icra takibinin iptalini talep etmiştir. Dosya içeriğinden davacı hakkında 6183 Sayılı Yasa uyarınca açılmış bir icra takibi ve bu takibe dayalı olarak düzenlenmiş bir ödeme emrinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hakim, dava dilekçesinde davacının kullandığı ifadeler ile amaçladığı maksada ulaşmalı ve bu dava ile neyi talep ettiğini gerektiğinde tekrar davacının bilgisine müracaat ederek belirlemelidir.

Usul hukukuna ilişkin bu kural çerçevesinde davanın menfi tespit istemine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davada çözümlenmesi gereken husus; davacının 506 Sayılı Yasanın 80. maddesine göre üst düzey yönetici olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Üst düzey yönetici olarak şirketin temsili ile şirket işlerinin görülmesine ilişkin

olarak verilen vekalet yetkisi birbirinden farklı kavramlardır. Mahkemenin hükmüne dayanak aldığı vekaletnamenin, bu anlamda şirketin işlerini gördürmeye yönelik bir vekalet ilişkisi olduğu, davacının üst düzey yönetici sıfatının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki; şirket hakkında 2003/10326 esas sayısı ile yapılan icra takibine konu borç 2002/9-2003/2. aylara ilişkin olup, işe giriş bildirgesine göre davacı borç döneminden sonra 07.04.2003. tarihinde işe girmiş ve vekaletin 27.08.2003 tarihinde verilmiş olması karşısında borç döneminde vekalet ilişkisi de bulunmamaktadır.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilerek davacının talebi değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hüküm yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 09.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/5889 **K:** 2007/13066 **T:** 19.10.2007

SİGORTA HUKUKU •ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA • SİGORTACININ SORUMLULUĞU • SİGORTA TEMİNATI DIŞINDA KALMA(*) (**)

Özet: *Alkollü araç kullanılmasından doğan hasarın sigorta teminatı dışında kalabilmesi için hasarın özellikle alkolün etkisiyle oluştuğunun kanıtlaması gerekmektedir. Diğer bir deyişle araç sürücüsünün salt alkollü olmas, sigortacı şirketi sorumluluktan kurtarmaz.*

Bu nedenle nöroloji uzmanının ve trafik uzmanının bulunduğu bilirkişi kurulundan rapor alınması gerekir.

Taraflar arasında görülen davada İstanbul Asliye 4. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 28.01.2004 tarih ve 2000/620-2004/25 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi duruşmalı olarak davacı vekili tarafından istenmiş olmakla, duruşma için belirlenen 19.10.2007 gününde taraflar ve avukatları tebligata rağmen gelmediğinden, tetkikatın evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten, temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline ait aracın davalı şirkete kasko sigorta poliçesi ile sigortalı olup, 13.12.1998 tarihinde meydana gelen kazada oluşan hasar bedelinin ödenmediğini, sigorta alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile icra inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu trafik kazası sırasında sürücü Ali'nin %300 promil alkollü olup, hasarın teminat dışı olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, dava konusu olayda sürücünün yasal sınırların 6 kat üzerinde ve ağır derecede sarhoş olduğu gözönüne alındığında hasarın teminat dışında olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Haşim ÖGE

(**) Dergimizin 2005/4. Sayısının 1262. Sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı ile davalı R. Sigorta A.Ş. arasındaki uyuşmazlık kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Mahkemece, olayda sürücünün yasal sınırın 6 kat üzerinde, ağır derecede sarhoş olduğu ve bu nedenle hasarın teminat dışında kaldığı gerekçesi ile dava reddedilmiştir.

Bir özel hukuk ilişkisi olan bu sözleşmenin sigorta teminatı dışı kalan halleri düzenleyen poliçe genel şartlarının A.5.5 maddesinde, "Taşıtın, uyuşturucu maddeler veya Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yasaklanan miktardan fazla içki almış kişiler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararlar" kasko sigortası teminatı dışında kaldığı kabul edilmiş bulunmaktadır. Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, hasarın teminat dışı kalabilmesi için, rizikonun, sırf alkol veya uyuşturucunun etkisi altında oluşması gerekmektedir. Uyuşturucu madde veya alkol alımı ile olay arasındaki illiyet bağının ise bu tür maddelerin sinir sistemini etkilemesi nedeniyle aralarında nöroloji uzmanı bir hekim ile trafik uzmanının bulunacağı bilirkişi aracılığı ile araştırılması gerekir. Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Dairesi'nden alınan 09.06.2003 tarihli raporda "...kaza sırasında kan alkol düzeyi 0,50 promilin çok üzerinde 3,0 promil olan Ali'nin ağır derecede sarhoş olduğu ve kazada kusurlu davranışı olmasının tıbben bekleneceği, ancak kazanın oluşunda alkol dışında etkenlerin bulunup bulunmadığı hususunun tıbbi bir konu olmadığı, bu hususta Trafik İhtisas Dairesi'nden görüş alınması gerektiği" belirtilmiş, Trafik İhtisas Dairesi'nin 01.10.2003 tarihli raporunda ise, davacı taraf sürücüsü Ali'nin %100 kusurlu olduğu belirtilmekle yetinilip, kazanın münhasıran alkolün etkisi ile meydana geldiği konusunda bir değerlendirilme yapılmamıştır.

Dava konusu olayda sigortalı araç sürücüsünde tespit edilen 3,0 promil alkol, ciddi bir oran ise de, mahkemece, aralarında nöroloji uzmanı da bulunan bilirkişi kurulundan dava konusu trafik kazasının, sürücünün münhasıran aldığı alkolün etkisi ile meydana gelip gelmediği ve sigortalı araçtaki hasarın sigorta teminatında kalıp kalmadığı, sigorta teminatında kalması halinde davacının isteyebileceği hasar miktarının belirlenmesi açısından rapor alınması gerekirken, yazılı gerekçe ve eksik inceleme ile davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 19.10.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/15085 **K:** 2008/3658 **T:** 20.03.2008

SİGORTA HUKUKU • TRAFİK KAZASINDAN DOĞAN ZARARIN SORUMLULARI • MÜTESELSİL SORUMLULUK • ZARARIN AYRIŞTIRILMASI İLKESİ İŞ HUKUKU • MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT

(BK m. 50, 51, 141)

Özet: *Trafik kazasından doğan haksız eylem sonucunda oluşan zarardan; araçların sürücüleri ve malikleri ve sigortacıları müteselsilen sorumludur. Buna göre, alacaklı müteselsil borçluların tamamından veya birinden borcun tamamını veya bir kısmını isteme hakkına sahiptir.*

Borçlulardan birinin manevi zarar karşılığı ödediği miktarın ayrıştırılarak hangi alacaklı için ne kadar ödeme yapıldığının net olarak tepitinden sonra tazminata ilişkin hüküm kurulmalıdır.

Taraflar arasında görülen davada Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 31.10.2006 tarih ve 2006/223-2006/237 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacılar ve davalılar A. İnş. Taş. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti ve Murat vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacılar vekili, müvekkilleri Nuray ve oğlu Yasin'in 27.07.2004 tarihinde Murat'ın sevk ve idaresinde bulunan, Sabri ve Ahmet'e ait, I. Sigorta AŞ'ne zorunlu mali sorumluluk poliçesi ile sigortalı minibüste yolculuk yaptıkları sırada A. Inş. Taş. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti'ne ait, Murat'ın sürücüsü olduğu ve Ş. Sigorta AŞ'şe sigortalı bulunan aracın müvekkillerinin yolculuk ettiği araçla çarpışması sonucu meydana gelen kazada müvekkillerinin yaralandığını, kaza sırasında ağır bir şekilde yaralanan Yasin'in uzun süre tedavi gördüğünü, bu olay nedeniyle müvekkillerinin maddi ve manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek, fazlaya ait hakları saklı kalmak kaydıyla açılan davada yargılama sırasında yapılan ıslah sonucu Yasin için 14.936,11 YTL maddi, 50.000,00 YTL manevi, Muray için 1.500,00 YTL maddi, 5.000,00 YTL manevi, İlyas Dirice için 500,00 YTL maddi, 5.000,00 YTL manevi tazminat olmak üzere toplam 76.936,00

YTL maddi ve manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı A. İnş. Taş. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti vekili, davacılar Nuray ve İlyas'ın maddi ve manevi tazminat isteme haklarının olmadığını, kendilerinin herhangi bir bedensel zarara uğramadıklarını, davacıların istedikleri miktarların da son derece fahiş olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalılar Murat, Sabri ve Ahmet vekili, kazada müvekkillerinin kusuru bulunmadığını şavunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı sigorta şirketi vekilleri, sigorta şirketinin maddi tazminat istemlerinden sigortalı araç sürücüsünün kusuru oranında ve azami poliçe limitiyle sınırlı olarak sorumlu bulunduklarını, manevi tazminat istemlerinin ise poliçe teminatı kapsamında olmadığını ayrı ayrı savunmuşlardır.

Davalı Murat, davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre 27.07.2004 tarihinde meydana gelen kazada yaralanan Nuray ve Yasin'in yolcu olmaları nedeniyle kendilerine atfı kabil bir kusurunun olmadığı, davalıların davacılara karşı sorumlu bulundukları gerekçesiyle davacı İlyas yönünden maddi ve tüm davalılar yönünden manevi tazminat isteklerinin vazgeçme beyanı da nazara alınarak reddine, Nuray yönünden 1.500,00 YTL, Yasin yönünden 14.936,11 YTL maddi tazminatların faiziyle birlikte davalılardan tahsiline, Nuray ve Yasin'in davalılar Ahmet, Sabri ve Murat'a karşı manevi tazminat istemlerinin vazgeçme nedeniyle reddine, Nuray yönünden 2.500,00 YTL, Yasin için ise 5.000,00 YTL manevi tazminatların davalılar Murat ve A. İnş. Taş. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti'nden tahsiline, fazlaya ait istemlerin reddine karar verilmiştir.

Karan, davacılar ve davalılar A. İnş. Taş. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti ile Murat vekilleri ayrı ayrı temyiz etmişlerdir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp,değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmaması ile davacılar Nuray ve Yasin yararına hüküm altına alınan maddi tazminatların yerinde bulunmasına, davacı İlyas'ın ise kaza nedeniyle doğrudan maddi zarara uğradığının kabulü mümkün olmadığından anılan davacı yönünden istenen maddi tazminatın reddine karar verilmesinde bir aykırılık bulunmamasına göre davacılar ile temyiz eden bir kısım davalılar vekillerinin aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, trafik kazası sonucu meydana gelen yaralanma nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini istemine ilişkindir. Yargılama sırasında davacılar vekili tarafından davalılar M. Aydoğan, Sabri ve Ahmet'in davacıların uğradıkları manevi zararı karşılamak amacıyla

20.000,00 YTL ödemede bulundukları belirtilerek, anılan davalılar yönünden manevi tazminat istemlerinden vazgeçilmiştir.

Davanın haksız eylemden kaynaklanması nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi zararlardan tüm davalılar Borçlar Kanunu 50 ve 51. maddeleri hükümleri uyarınca müteselsilen sorumlu bulunmaktadır. Aynı Yasa'nın müteselsil borçların hükümlerini düzenleyen 141 ve devamı maddelerine göre alacaklı müteselsil borçluların tamamından veya birinden borcun tamamını veya bir kısmını isteme hakkına sahiptir. Borcun tamamen yerine getirilmesine kadar bütün borçluların sorumluluğu devam etmekte olup, yaptığı ödeme ile borcun tamamının veya bir kısmını sona erdirmiş bulunan müteselsil borçlu, sona erdirdiği borç nispetinde diğer borçlulan da alacaklıya karşı borcun yerine getirilmesinden kurtarmış olur.

Açıklanan yasal düzenlemeler doğrultusunda somut olaya gelindiğinde, davacı Yasin'in meydana gelen trafik kazası sonucu yaralanması nedemyle kendisi ile anne ve babasının ugradıkları manevi zarardan tüm davalılar davacılara karşı birlikte sorumludur. Davacıların ugradıkları manevi zarar nedeniyle bir kısım davalıların yaptığı ödeme aynı olaydan dolayı sorumlu bulunan diğer davalılan da ödeme nispetinde davacılara karşı olan borçtan kurtaracağından mahkemece, öncelikle davacıların manevi zararlarına karşı aldıkları paranın hangi davacı için ne miktarda alınmış olduğunu açıklattırılması, bundan sonra mahkemece hiç ödeme yapılmamış gibi somut olayın özelliklerine, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına, meydana gelen zararın ağırlığı ile olay tarihine göre davacıların her biri için uygun bir manevi tazminatın takdir ve tayin edilmesi, bu miktardan davacıların aldığı manevi tazminatın mahsup edilerek sonucuna göre davacıların olay nedeniyle hüküm altma alınacak bir manevi zararlarının kalıp kalmadığının belirlenmesi, eğer kalan bir miktar varsa temyiz eden davalıların ancak bu miktarla sınırlı olarak sorumlu tutulmalarına karar verilmesi gerekirken, bu yönler üzerinde durulmadan manevi tazminatlara karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın temyiz eden davalılar yararına bozulması gerekmiştir.

3- Kabul şekline göre de davacı İlyas'ın oğlunun yaralanması nedeniyle hissettiği elem ve üzüntüden dolayı manevi zarara uğramış olduğunun hayatın olağan akışı içinde sabit bir olgu olarak kabulü gerektiğinden anılan davacı yönünden manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, manevi tazminat istemleri için de faiz istenmesine rağmen mahkemece hüküm altına alman manevi tazminatlar için faize karar verilmemesi de doğru görülmemiş, kabul şekli açısından kararın bu nedenlerle davacılar yararına bozulması gerekmiştir.

4- Yukarıda açıklanan bozma nedenlerine göre de temyiz eden davalıların vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek olmadığına karar verildi.

SONUÇ: Yukarı da (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar ve temyiz eden davalılar A. İnş. Taş. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti ile Murat vekillerinin diğer temyiz itirazlarının reddine; (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden anılan davalılar yararına, (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle kararın davacılar yararına **BOZULMASINA;** (4) numaralı bentte açıklanan nedenlerle ise temyiz eden davalılar vekilinin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edenlere iadesine, 20.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/974 **K:** 2007/4317 **T:** 12.03.2007

SİGORTA HUKUKU • YETKİ KURALI • MUTLAK TİCARİ DAVA • İLK İTİRAZLAR*

(HUMK m. 191; TTK m. 4)

Özet: *Davalı hem iş bölümü hem yetki itirazında bulunursa, mahkeme önce işbölümü itirazını incelemelidir. Sigorta hukukundan kanaklanan davalar mutlak ticari davalardır.*

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 23.11.2005 tarih ve 2005/309-2005/284 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra isin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline ait aracın davalı nezdinde kasko sigorta poliçesi ile sigortalı olduğunu, 07.01.2005 günü oluşan kazada aracın zarar gördüğünü ancak davalı sigorta şirketinin araç sürücüsünün alkollü olduğu gerekçesi ile hasar bedelini ödemediğini ileri sürerek 8.776,00 YTL'nin davalıdan tahsilini talep vedava etmiştir.

Davalı vekili, davanın ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğini ve Beyoğlu mahkemelerinin yetkili olduğunu savunarak iş bölümü ve yetki itirazında bulunmuş, davanın reddini istemiştir.

(*) Gönderen: Av. Ramazan EDEMER

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek, işbölümü itirazının reddine, yetkili mahkemenin davalının ikametgah adresi olan Beyoğlu mahkemeleri olduğu gerekçesi ile dava dilekçesinin yetkisizlik sebebiyle reddine karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan zarar tazmini istemine ilişkindir. Davalı taraf cevap süresi içinde cevap dilekçesi ile işbölümü ve yetki itirazında bulunmuştur. Mahkemece ilk önce yetki itirazı incelenerek mahkemenin yetkisizliğine, iş bölümü itirazının incelenmesinde ise uyuşmazlığın haksız fiilden kaynaklandığı gerekçesi ile itirazın reddine karar verilmiştir. HUMK'un 191. maddesinde ilk itirazlar hakkında esas davayı görmeye yetkili hakim tarafından karar verileceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle davalı hem işbölümü hem yetki itirazında bulunursa, mahkeme önce işbölümü itirazını incelemelidir. Ayrıca uyuşmazlık sigorta hukukundan kaynaklanması nedeniyle TTK'nın 4. maddesi uyarınca mutlak ticari davalardandır. O halde TTK'nın 5/3. maddesi uyarınca davanın Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılması ve karşı tarafın iş bölümü itirazında bulunması üzerine Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğunun kabulü ile gönderme karan verilmesi gerekmektedir. Anılan bu düzenlemeler karşısında yazılı gerekçe ile yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 12.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/806 **K:** 2008/5899 **T:** 01.05.2008

SİGORTA HUKUKU • TRAFİK KAZASI • MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT • VEKALET ÜCRETİ

(HUMK m. 417, 426)

Özet: *Davalı yararına reddedilen maddi tazminat ile manevi tazminat oranları üzerinden ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmelidir. Davada iki taraftan her biri haklı çıkarsa mahkeme her birini masrafla ilzam veya masrafı aralarında takdir ettiği surette taksim eder.*

Taraflar arasında görülen davada Sungurlu Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 13.04.2006 tarih ve 2001/780 - 2006/228 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı A. Sigorta A.Ş. ve davah vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacılar vekili, davalıların sürücü, işleten ve trafik sigortacısı bulundukları aracın hatalı sollayarak müvekkillerinden Yusuf'un kullandığı araca çarptığını, kaza sonucunda davacıların aracında hasar oluştuğunu, müvekkillerinin kazada yaralandıklarını, maddi ve manevi zararlarının doğduğunu ileri sürerek, dilekçesinde açıkladığı şekilde hasar bedeli ile maddi ve manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı A. Sigorta AŞ vekili, davalı Ahmet adına kayıtlı 35 ... 66 plakalı aracın sigortalı olduğunu, 35 ... 10 plaka sayılı aracın poliçe kaydına rastlanılmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı, davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunmalar, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporlarına göre, 3.750,00 YTL hasar bedeli, davacı Yusuf için 100,00 YTL, davacı Ayşe için 244,00 YTL, davacı Salih için 353,00 YTL maddi tazminatın davalı sigorta şirketinin sorumluluğu poliçe limiti ile sınırlı kalmak kaydıyla davalılardan müştereken ve müteselsilen, davacı Yusuf için 150,00 YTL, Ayşe için 1.000,00 YTL, davacı Salih için 750.00 YTL

(*) Gönderen: Av. Ramazan ERDEMER

manevi tazminatın davalı sigorta şirketi dışındaki davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilime karar verilmiştir.

Kararı, davalı A. Sigorta AŞ ile davalı Birol vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılar Birol ve A. Sigorta AŞ vekillerinin yerinde görülmeyen ve aşağıda bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının ayrı ayrı reddi gerekmiştir

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Davalı Birol kendisini vekille temsil ettirdiğinden bu davalı yararına reddedilen maddi tazminat ile manevi tazminat miktarları üzerinden ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmelidir. Manevi tazminatın, maddi tazminattan ayrı bir dava olduğu, davalı hakkındaki manevi tazminat isteminin kısmen reddinin ayrı nedene dayandığı, manevi tazminat davalarında vekalet ücretinin karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'nin 10. maddesi hükmüne göre belirleneceği dikkate alınıp, davalı yararına vekalet ücreti takdir edilmesi gerekir.

3- Diğer taraftan, HUMK'un 417. maddesine göre.davada iki taraftan her biri haklı çıkarsa, mahkeme her birini masrafla ilzam veya masrafı aralarında takdir ettiği surette taksim eder. Anılan Kanununun 426. maddesinde ise, mahkeme masrafi miktarının hükümde açıkça gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davalı sigorta şirketi yönünden, manevi tazminat istemi reddedildiğine göre, kabul ret oranı dikkate alınarak davalı sigorta şirketinin sorumlu olduğu mahkeme masraflarının miktarı belirtilmeksizin bütün yargılama giderlerinden diğer davalılarla birlikte sorumlu tutulması doğru görülmemiştir.

4- Dava dilekçesinde, davalı sigorta şirketinden hem maddi hem de manevi tazminat istenilmiştir. Mahkemece, manevi tazminattan sigortanın sorumlu olmadığı gerekçesiyle bu istem reddedilmiş ve maddi tazminat yönünden ise, alınan bilirkişi raporuna doğrultusunda istem kısmen reddedilmiştir. Bu durumda, anılan davalı yararına kısmen reddedilen maddi tazminat bakımında ayrı, farklı nedenle reddedilen manevi tazminat bakımından AAÜT'nin 10. maddesine göre ayrı vekalet ücretine hükmedilnıesi gerekirken, davalı sigorta şirketi yararına vekalet ücretine hükmedilmemesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalılar Birol ve A. Sigorta AŞ vekillerinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Birol vekilinin, (3) ve (4) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davalı sigorta vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın ayrı ayrı mümeyyiz davalılar yararına **BOZULMASINA,** ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 01.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5853 **K:** 2007/8163 **T:** 25.04.2007

İCRA HUKUKU • KAMBİYO SENEDİ • KEŞİDE YERİ • "İST" SİMGESİNİN ANLAMI

(14.12.1992 Gün ve 1992/1-5 Sayılı YİBK)

Özet: *Takip dayanağı bonolarda keşide yeri "İst" olarak belirtilmiştir. Bunun "İstanbul" anlamında olduğu açık şekilde bellidir. Bu nedenle senetlerde keşide yeri olmadığı gerekçesiyle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

1- İpin niteliği bakımından temyiz tetkıkatının duruşmalı olarak yapılmasına HUMK'un 438 ve İİK'in 366. maddeleri hükümleri müsait bulunmadığından bu yoldaki isteğin reddi oybirliğiyle kararlaştırıldıktan sonra işin esası incelendi;

2- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 14.12.1992 tarih ve 1992/1-5 sayılı kararına göre, keşide yerinin hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması koşutu ile kısaltılmış "Ank." ve "İst." ile sınırlı olarak yazılması mümkündür.

Somut olayda takip dayanağı bonolarda, keşide tarihlerinin üzerinde keşide yeri (İST.) olarak yazılmıştır.

(İst.) şeklinde yazılan kısaltılmış tanzim yerinin (İstanbul'u) ifade ettiği duraksamaya yer vermeden anlaşılabilir niteliktedir. O halde, borçlunun diğer itirazlarının incelenerek sonuca gidilmesi yerine, senetlerde keşide yerinin bulunmaması nedenine dayalı olarak davanın kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 25.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2626 **K:** 2008/5249 **T:** 18.03.2008

İCRA HUKUKU • İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ SONUÇLARI • TAKİP YOLUNUN DEĞİŞTİRİLMESİ • ALACAKLININ HAKLARI*

Özet: *İtirazın iptali davası sonucunda, alacaklı lehine tahakkuk eden; icra inkar tazminatı, yargılama gideri ve vekalet ücreti gibi yeni alacak kalemlerinin itirazın iptaline konu olan icra takibiyle borçludan talep edilebilmesi mümkündür.*

İtirazın iptali davasından sonra alacaklının takip yolunu değiştirip iflas yoluyla takip şeklini seçmesi, söz konusu alacakların aynı takip dosyasından talep edilebilmesi hakkını etkilemez

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 13.11.2007 tarih, 18129/21056 sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki davacı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Dairemizin onama ilamında; "Alacaklının 13.11.2000 tarihinde başlattığı genel haciz yolu ile takibe itiraz üzerine Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesinden 2001/382 esas, 2002/323 karar sayılı itirazın iptaline ilişkin 22.05.2002 tarihinde aldığı ilamda borçlu aleyhine iptal edilen itirazla ilgili olarak icra inkar tazminatına, yargılama giderine ve vekalet ücretine hükmedilmiştir. 01.07.2004 tarihinde ise alacaklı İİK'in 43/2. maddesi gereğince takip yolunu değiştirerek borçluya iflas ödeme emri tebliğ ettirmiş, iflas yolu ile takibe geçmiştir. Bu aşamada alacaklı itirazın iptali davasında hükmedilen icra inkar tazminatı, yargılama gideri ve vekalet ücreti alacağını iflas yolu ile devam eden takipte örnek 4-5 icra emri tebliği sureti ile talep edebileceği gibi, anılan alacak kalemleri yönünden ayrı bir takip de yapabilir. Bu nedenle alacaklının itirazın iptali ilamında lehine hükmedilen alacak kalemleri yönünden ilamlı takip yapmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır. İİK'in 43/2. maddesi uyarınca takip yolunu değiştirerek genel haciz yolu ile yaptığı takibi iflas yoluna çevirmesi de ilam ile lehine hüküm altına alınan alacakları talep hakkından vazgeçtiği sonucunu doğurmaz. O halde mahkemece şikayetin reddi yerine yazılı şekilde kabulü yönünde hüküm tesisinin isabetsiz-

(*) *Gönderen: Av. Barış TEPECİK*

dir" sonucuna varılmış olmakla, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekirken maddi hataya dayalı olarak onanmasına karar verildiği anlaşılmakla alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile Dairemizin 13.11.2007 tarih ve 2007/18129-21056 sayılı onama ilamının kaldırılmasına, Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 18.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5489 **K:** 2008/8277 **T:** 21.04.2008

İCRA HUKUKU •İŞ HUKUKU • KIDEM TAZMİNATI FAİZİ • YASAL FAİZ KAVRAMI • EN YÜKSEK MEVDUAT FAİZİ • HESAPLAMA YÖNTEMİ

(1475 SK m. 14; 4857 SK m. Geçici 6)

Özet: *Takip konusu alacak "kıdem tazminatı" olduğuna göre, ilamda belirtilen "yasal faizin" İş Kanunu'nda belirlenerek "en yüksek mevduat faizi" olduğu kabul edilmelidir.*

Kıdem tazminatı faizi hesaplanırken; önce tarafların bildireceği bankalardan mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranı tespit edilmeli ve elde edilen bilgiye göre hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde faiz hesaplanmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

İcra takibinin dayanağı olan Kartal 3. İş Mahkemesinin 2006/181 E. - 2007/161 K. sayılı ilamında 4.420.08.YTL. kıdem tazminatı alacağının iş akdinin fesih tarihi olan 11.11.2005 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline hükmedildiği anlaşılmıştır.

İncelenen takip talepnamesinde; alacaklının faize faiz yürütülmemcsi koşuluyla alacağın, avans faizi oranına göre hesaplanacak faizi ile birlikte tahsili isteminde bulunduğu görülmektedir. Bilirkişi incelemesinde

ise faizin 3095 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinde öngörülen kanuni faiz oranına göre hesaplandığı ve Mahkemece de, bu rapor esas alınarak sonuca gidildiği tespit edilmiştir.

Takip konusu alacak, *"kıdem tazminatı"* olduğuna göre 4857 Sayılı Yasanın geçici 6. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 1475 Sayılı Yasanın 14. maddesi hükmü gereği en yüksek banka mevduatı faizinin hesaplamada dikkate alınması zorunludur. İlamda belirtilen (yasal faiz)'den anlaşılması gereken budur. Dairemizin istikrarlı uygulaması da bu yöndedir.

O halde, Mahkemece yukarıda ilkelere göre mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının tarafların bildirecekleri bankalardan sorulmak suretiyle tesbitinden sonra, hakkın doğum tarihinden itibaren (11.11.2005) birer yıllık devreler halinde hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınmalı ve düzenlenecek raporda takip talebinde istenen ve bağlayıcı olan avans faiz oranının aşılamayacağı genel ilkesi gözetilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 21.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5923 **K:** 2008/8598 **T:** 24.04.2008

İCRA HUKUKU • BONODAKİ HAKKIN DEVRİ • BEYAZ CİRO • MİRASÇILARIN HAKLARI*

(TTK m. 593, 595/2, 690)

Özet: *Kambiyo senedi niteliğindeki bonodaki hakkın devri ciro yoluyla mümkündür. Cironun gerçkleşmesi için lehine ciro yapılan kişinin gösterilmesine gerek olmadığı gibi ciro salt imza ile de yapılabilir. Bu şekide yapılan ciroya beyaz ciro denir.*

Beyaz cironun varlığı halinde lehine ciro yapılan kişinin mirasçılarının da bonoyu beyaz ciro yoluyla ellerinde bulundurduklarının kabulü gerekir. Mirasçıların ayrıca Medeni Kanun hükümlerine göre de hak sahibi ve yetkili hamil oldukları kabul edilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

TTK'nın 690. madde göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 593. maddesi gereğince kambiyo senedi niteliğinde olan bonodaki hakkın devri ancak ciro ve teslim yolu ile mümkündür. Ayrıca, TTK'nın 595/2. maddesi gereğince lehine ciro yapılan kimsenin ciroda gösterilmesine lüzum olmadığı gibi ciro cirontanın sadece imzasından ibaret de olabilir. Bu şekilde yapılan ciroya beyaz ciro denir.

Somut olayda takip konusu yapılan 15.10.2006 vade tarihli 190.000 YTL bedelli bono arkasında lehdar Mehmet tarafından beyaz ciro yapıldığı ve bu senedin mirasçıların elinde bulunduğu görülmüştür. Bu haliyle mirasçıların söz konusu senedi beyaz ciro ile aldıklarının kabulü gerekir. Mirasçılar takip sırasında muris Yaşar'dan kendilerine bononun kaldığını belirterek takip yaptıklarını ileri sürdüklerine göre gerek yukarıda belirtildiği üzere beyaz ciro yoluyla senedi ellerinde bulundurmaları sebebiyle yetkili hamil alacaklarından ve ayrıca Medeni Kanun'daki miras hükümlerine göre de hak sahbi olduklarından ve dolayısıyla hamil oldukları da anlaşıldığından bunun aksinin de yazılı bir belge ile kanıtlanmamış olduğu dikkate alındığında mirasçıların takip yapmalarında yasaya uy-

---

(*) Gönderen: Av. Erol BOYLAN

mayan bir yön yoktur. Bu nedenle itirazın reddine karar vermek gerekirken kabule karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)** 24.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/671 **K:** 2004/7249 **T:** 12.05.2004

BORÇLAR HUKUKU • HAVA TAŞIMASI • HİZMET SÖZLEŞMESİ • HAVA TAŞIMA İŞLERİNDEN DOĞAN DAVADA GÖREV*

Özet: *Pilot olan davacının hizmet sözleşmesine dayanarak açtığı davaya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılmalıdır.*

Hava taşıma işlerinden doğan davalar İş Kanunu kapsamı dışındadır.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı davalı şirkette 2.1.1975 tarihinden beri çalışmakta olup, 22.10.2001 tarihi itibariyle hizmet akdinin sona erdirildiğini, Kaptan Pilot olarak çalışırken kanser hastalığına yakalandığını, Toplu İş sözleşmesinin 33/B maddesi hakkında uygulanmayarak hizmet akdinin feshedildiğini, Toplu İş Sözleşmesi 33. maddesine göre 12+12=24 aylık haklarından fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 1.000.000.000 TL'nin temerrüt faiziyle birlikte tahsilini istemiştir.

Davalı davanın görev yönünden reddine karar verilmesini dilemiştir.

Mahkemece davacının sendikalı olup ihtilafın Toplu iş Sözleşmesi'nden kaynaklandığından davaya iş mahkemesinin bakması gerektiğini belirterek görevsizlik kararı vermiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin (a) bendi "*Deniz ve hava taşıma işlerinde*" bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtildiğinden davaya bakmaya Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olup mahkemece işin esasına girilerek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 12.5.2004 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Abdi PESOK

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/643 **K:** 2007/7824 **T:** 01.06.2007

BORÇLAR HUKUKU • HAVA PERSONELİ • İŞ KANUNUNUN KAPSAMI*

Özet: *Uçuş personeli olan davacı çalışan İş Kanunu'nun 4. maddesindeki düzenlemeye göre İş Kanunu kapsamında olmadığından, İş Kanunu'nda öngörülen "Kıdem Tazminatı" adı altındaki tazminatı isteyemez.*

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerini ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat ile davacı vekili avukatın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanacak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, 01.02.1996 tarihinden 09.05.2005 tarihine kadar davalı şirkette pilot olarak çalıştığını, davalının son yıllarda havacılık kurallarının emredici hükümlerini ihlal ederek öngörülen limitlerin üzerinde uçuş yapmaya zorladığını, sivil havacılık kurallarına ve emniyet tedbirlerine uymadığını, bu nedenlerle iş akdini feshetmek zorunda kaldığını ileri sürerek, kıdem tazminata, izin ücreti, tatil ve fazla çalışma ücreti, aylık ücretlerinden şimdilik 6.100,00 YTL'nin tahsilin istemiş, ıslah dilekçesi ile de kıdem tazminatı, izin ücreti kısmi ücret alacağı olarak 55.515.28 YTL'nin ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının İş Kanununa tabi olmadığını, iddiaların doğru olmadığını, sözleşmenin haksız olarak feshedildiğini belirterek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporuna nazaran davanın kabulü ile toplam 55.515.28 YTL'nin tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

(*) Dergimizin 2007/2 sayısının 846. sayfasında yayımlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun geıektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekir.

2- Davacının 1.2.1996 tarihli sözleşme ile davalı şirkette pilot olarak göreve başladığı sabit olup, anılan sözleşmenin 11. maddesinde, bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Ne var ki taraflar arasındaki sözleşme 1.1.1999 tarihinde yenilenmiş ve bu defa sadece izin ve sosyal haklar, çalışma süresi, sözleşmenin süresi ve feshi ile ilgili hususlarda İş Kanunu'na atıf yapıldıktan sonra, sözleşmenin 11. maddesinde önceki sözleşmenin hükümsüz olduğu belirtilerek, bu sözleşmede yazılı olmayan hususlarda kanun hükümleri uygulanır denmiştir. Bir başka anlatım ile Borçlar Kanunu'na göndermede bulunulmuştur. Davacı uçuş personeli olduğu için İş Kanununun 4. maddesindeki düzenleme karşısında İş Kanunu kapsamında değildir. Dolayısıyla İş Kanunu kapsamında düzenlenen kıdem tazminatı adı altında bir teminat isteyemez. Böyle olunca, mahkemece kıdem tazminatı ile ilgili isteğin reddine karar verilmesi gerekilken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda (1) noiu bentte yazılı nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** 500.00 YTL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 1.6.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5656 **K:** 2007/10575 **T:** 17.09.2007

BORÇLAR HUKUKU • HAVA TAŞIMASI • UYGULANACAK YASA • UZUN SÜREDEN BERİ VAROLAN UYGULAMAYA SES ÇIKARMAYAN PERSONEL • İYİNİYET KURALI*

Özet: *Hava taşımacılığında pilot olarak çalışan davacının hizmet sözleşmesi Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.*

Sözleşmeye aykırı olduğunu iddia ettiği uygulamaya uzun süre ses çıkarmayan davacının, başka bir işyerinde daha iyi şartlarla iş başvurusunun kabul edilmesinden sonra sözleşmeye aykırılık iddiasını ileri sürmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz.

Taraflar arasındaki menfi tesbit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili avukat ile davacı vekili avukatın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, 1.4.2004 tarihinde davalı şirkette kaptan pilot olarak işe başladığını, davalının, üç yıllık çalışma zorunluluğu getiren, aksi halde 17.914 Euro tazminat ödenmesini içeren bir adet "taahhütname" ve aynı miktarda senet imzalattığını, işe başladıktan sonra davalı tarafından, ulusal ve uluslararası sivil havacılık kurallarının emredici hükümleri ihlal edilerek uçuş ümitlerinin üstünde ve mecburi dinlenme saatlerine uyulmadan uçuşlara gönderildiğini, bu durumun taraflar arasında imzalanmış olan sözleşmenin 6/a ve 6/b maddelerine de aykırılık teşkil ettiğini, öte yandan maaş ve uçuş tazminatlarının da zamanında ödenmediğini, ödense de taksitler halinde ödendiğini, bu şekilde kendisi için çekilmez hal yaratan sözleşmeyi, 5.11.2004 tarihli ihtarname ile haklı nedenlerle feshettiğini, haklı fesih nedeniyle davalının kendisinden herhangi bir talepte bulunamayacağını ileri sürerek, davalıya borçlu olmadığının tes-

(*) *Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin; 11.05.2007 Gün ve 2007/1255-6632 Sayılı ve 9.7.2007 Gün ve 2007/4613-9854 sayılı kararları da aynı içeriktedir.*

bitine, vermiş olduğu senet ve taahhütnamenin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, 1.4.1004 tarihli hizmet sözleşmesi imzalandıktan sonra davacının, A-320/321 operator conversion tip eğitimi alması için Paris'e gönderildiğini, yapılan eğitim masraflarının çok yüksek olması sebebi ile davacının şirkette üç yıl süre ile çalışacağı, aksi halde eğitim bedellerini ödeyeceğine dair taahhütname imzalayarak verdiğini, davacının 1.4.2004 tarihinde başladığı görevini 5.11.2004 tarihinde tek taraflı olarak haksız şekilde feshettiğini, kaldı ki davacının, haklı fesih sebeplerini öğrendiği andan itibaren uygun bir süre içinde iş akdini feshetmesi gerektiğini, sözleşmenin tarafların hür iradesi ile imzalandığını, ücretlerin şirketin nakit akışına göre iki ayrı partide ödendiğini, davacının arkadaşlarıyla birlikte toplu olarak aynı istifa dilekçeleri ile akdi feshettiğini, bu şekilde eğitim bedelinden kurtulma çabası içine girdiğini, iyiniyetli olmadığını, fesih sebeblerinin de dayanaksız, hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu savunarak, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ve tanık beyanları gereğince, maaşların taksitler halinde yatırıldığı, yatı yerlerindeki koşulların dinlenmeye uygun olmadığı, limitlerin üstünde uçuş yaptırıldığı gerekçeleriyle davacının sözleşmeyi haklı nedenlerle feshettiği kabul edilerek, keşidecisi davacı, lehdarı davalı olan 17.914 Euro bedelli senet ve taahhütname nedeniyle davacının davalıya borçlu olmadığının tesbitine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının 1.4.2004 tarihinde davalı şirkette pilot olarak göreve başladığı, tüm masrafların davalı tarafından karşılanmak üzere davacıya A-320/321 tip uçak eğitimi verildiği, davacının bu eğitim ücreti karşılığında şirkette üç yıl çalışmayı taahhüt ettiği, bu taahhüdü yerine getirmesinin teminatı olarak da senet imzalayarak verdiği, alınan eğitimin şirket tarafından Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne bildirilip davacının lisansına işletildiği, davacının 1.4.2004 tarihinde başladığı görevini 5.11.2004 tarihinde tek taraflı olarak feshettiği anlaşılmakta olup, davacı, sözleşmeyi haklı nedenlerle feshettiğini belirterek, davalıya borçlu olmadığının tesbitini ve işe başlarken vermiş olduğu senedin iptalini talep etmiş, davalı ise feshin haksız olduğunu savunmuştur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, sözleşmenin davacı tarafından tek taraflı olarak feshedilmesinin haklı olup olmadığı ve davacının imzalamış olduğu taahhütname ve senet nedeniyle davalıya karşı borçlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece görüşüne başvurulan 22.5.2006 havale tarihli bilirkişi kurulu raporunda özetle, davacının Fransa'da A-320/321 tip eğitimi aldığı, buna ilişkin bir kısım belge ve harcamaların dosyada mevcut olduğu, seferlere gönderilen pilotların konakladığı bazı otellerin, mevdatta belirlenen standartlarda olmadığı, pilotların gereği gibi dinlenmeden tekrar ve uçuş limitlerinin üstünde uçuşlara gönderildiği, davacının aylık ücretlerinin taksitler halinde yatırıldığı belirtilerek, da-

vacının sözleşmeyi tek taraflı feshetmekte haklı olduğu bildirilmiş, mahkemece de bilirkişi raporu hükme esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa davalı, 22.6.2006 havale tarihli dilekçesiyle bilirkişi raporuna itiraz etmiş olup, davacının, uçuş limitlerinin üstünde görevlendirilmediğini, fesih tarihine kadar bu yönde herhangi bir itiraz ve şikayetinin de bulunmadığını, hak ettiği tüm maaş ve uçuş tazminatlarının ödendiğini, şirkette çalışırken Türk Hava Yollarına iş başvurusunda bulunduğunu, şirket tarafından verilen ve lisansına işlenen tip eğitimi sayesinde iş başvurusunun kabul edilmesi akabinde 5.11.2004 tarihinde iş akdini feshettiğini, eğitim giderlerini ödememek için de eldeki davayı açtığını, bu şekildeki davranışın objektif iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu bildirmiştir. Mahkemece davalının bu itirazları üzerinde durulmamış, gerekli inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Gerçekten de, dosya kapsamına ve Türk Hava Yolları'ndan gelen 6.7.2005 tarihli cevabi yazıya göre, davacının, davalı şirkette çalışmaya başladıktan sonra 13.9.2004 tarihinde Türk Hava Yollarına iş başvurusunda bulunduğu, 22.10.2004 tarihinde iş başvurusunun kabul edildiği, 5.11.2004 tarihinde davalı ile arasındaki iş akdini feshettiği, 22.11.2004 tarihinde fiilen Türk Hava Yollarında göreve başladığı, 11.11.2004 tarihinde de eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. Dava konusu sözleşme, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir sözleşme olup, mevcut uygulamaya davacı uzun süre ses çıkarmamış ise, daha sonra somut olayda olduğu gibi, daha iyi şartlarda bir iş başvurusunun kabul edilmesinden sonra bu hakkın ileri sürülmesi MK'nın 2. maddesinde belirtilen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz ve hukuken himaye edilemez. O halde davalının itirazında bildirmiş olduğu bu hususların incelenip değerlendirilmesi zorunludur. Bu nedenle mahkemece, objektif iyiniyet kuralları da gözetilmek suretiyle az yukarıda belirtilen ve davalının itirazına da konu olan tüm bu hususlarda inceleme ve değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA,** 500,00 YTL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 17.9.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4345 **K:** 2008/6088 **T:** 02.05.2008

TÜKETİCİ HUKUKU • KREDİ KARTLARINDAN ALINAN YILLIK ÜCRET • HAKSIZ ŞART

(4077 SK m. 6)

Özet: *Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı, değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.*

Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki satıcının Hakem Kurulu kararına itirazı davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca Kanun yararına bozulması istenilmekle dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı banka, kredi kartı kullanıcısı olan davalının Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurusu üzerine, bankaca kredi kartı sözleşmesine göre hesabından kesilen yıllık 30 YTL üyelik ücretinin iadesine karar verildiğini, halbuki, bu ücretin alınacağının sözleşme ile kararlaştırıldığı gibi, ücretin verilen ticari hizmetin karşılığı olup, yasaya aykırı olmadığını ileri sürerek, Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığı'nın 14.5.2007 tarih ve 2007/158 sayılı kararının iptalini istemiştir.

Davalı davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen kredi kartı üyelik sözleşmesine göre, *"kart üyelik ücretinin"* hizmet karşılığı olduğu, tahsil edilen

üyelik ücretinin yasal olduğu, gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş; miktar itibarı ile kesin olan hüküm Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz edilmiştir.

Dava, davacı banka tarafından kredi kartı kullanıcısı olan davalıdan tahsil edilen kredi kartı üyelik ücretinin, davalı başvurusu üzerine davacı bankadan alınmasına dair Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptaline ilişkindir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, yasal düzenlemelere ve aralarındaki sözleşme hükümlerine göre bankanın kredi kartı kullanıcısından kullanım karşılığı yıllık ücret isteyip, isteyemeyeceği hususunda toplanmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü için bu konudaki yasal düzenlemeler ile tarafların arasındaki sözleşme hükümlerinin incelenmesi gerekir.

5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları kanununun sözleşme şekli genel işlem şartları başlıklı 6. bölümdeki 24. maddesinin 1. fıkrası "Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir. Sözleşmenin bir örneği kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur." hükmünü, aynı maddenin 4. fırkasının son cümlesi "Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez." hükmünü getirmiştir.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve *"Satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı, değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ... "* hükmü, yine 4077 Sayılı Kanunun değişik 6 ve 31 maddelerine dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde *"satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır"* hükmü getirilmiştir.

Taraflar arasındaki 22.12.1995 tarihli sözleşmenin maddesinde kart kullanıcısından kart kullanım ücretinin alınacağı belirtilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında 22.12.1995 tarihli sözleşme incelendiğinde; 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.

Bu durumda yasaya uygun olan, Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptali istemi ile açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yukarda açıklanan hususlar gözetilmeden davanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulması gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığının HUMK'un 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin kabulü ile hükmün sonucuna etkili olmamak üzere **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 2.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
14. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/16482 **K:** 2008/1036 **T:** 05.02.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • TAPU KAYDININ DÜZELTİLMESİ • DAVADA HUSUMET

Özet: *Tapu sicilindeki yanlışlıktan doğan davalarda yasal hasım Tapu Sicil Müdürlüğü'dür.*

Tapu sicil müdürlüğüne izafeten Hazine hasım gösterilerek açılan davalarda, doğru hasım olan Tapu Sicil Müdürlüğüne tebligat yapılarak davaya devam edilmelidir. Davanın husumet yönünden reddi doğru değildir.

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 29.06.2007 gününde verilen dilekçe ile tapuda isim düzeltilmesi istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın kabulüne dair verilen 16.10.2007 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.3.1999 tarih ve 1999/14-165-149 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Tapu Sicilindeki yanlışlıklardan kaynaklanan davalarda yasal hasım, bunları tutmakla görevli ve sorumlu Tapu Sicil Müdürlükleridir. Bu nedenle Tapu Sicil Müdürlüğü hasım gösterilerek dava açılması gerekir. Tapu Sicil Müdürü ve varsa o yerdeki Hazine vekili 4353 Sayılı Kanunun 18. maddesine göre kanuni temsilci sıfatıyla yönetimi temsil eder. Ancak Tapu Sicil Müdürlüğüne izafeten Hazine hasım gösterilerek dava açıldığında da davanın husumet yokluğundan reddi yerine dava dilekçesinin doğru hasım olan *"Tapu Sicil Müdürlüğüne"* tebliğinin sağlanması ve bundan sonra davaya devamla bir hüküm kurulması gerekir.

Somut olayda, dava Hazine'ye yöneltilmiş mahkemece de Tapu Sicil Müdürlüğüne dava dilekçesi tebliğ edilmemiştir. Bu yön doğru görülmediğinden yukarıda değinildiği şekilde dava dilekçesinin yönetime tebliğ sağlandıktan sonra yargılamaya devamla bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda yazılı nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair hususların incelenmesine yer olmadığına, 05.02.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4791 **K:** 2008/5624 **T:** 01.05.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • İNTİFA HAKININ KAPSAMI • HAKSIZ İŞGAL TAZMİNATINDA FAİZ • ECRİMİSİL

(TMK m. 795, 803)

Özet: *İntifa hakkı sahibi hakkın konusu olan mal zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma hakkına sahip olup, bu haklarını gerçek akidine ve gerekse üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir. İntifa hakı sahibinin hakkın konusu mal üzerinde oluşan saldırının kaldırılmasını istemesi yetkisi de vardır.*

Haksız işgalden doğan ecrimisilin ödenmesiyle, intifa hakkının karşılandığı ve bu nedenle saldırıya son verilmesine gerek olmadığı şeklinde verilen karar isabetli değildir. Haksız işgal tazminatına tahakkuk eden dönem sonu itibariyle faiz işletilmelidir.

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 18.04.2007 gününde verilen dilekçe ile elatmanın önlenmesi ve ecrimisil istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 27.12.2007 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı vekili ve davalı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, intifa hakkına dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir.

Davacı, lehine intifa hakkı bulunan Zeytinburnu İlçesi, Nuripaşa Mahallesi 2835 ada 192 parsel sayılı Kagir Apartmanın 11 nolu bağımsız bölüme davalının müdahalesinin önlenmesini ve haksız işgal nedeniyle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 2.500,00 YTL tazminatın tahsilini istemiştir.

Mahkemece, tazminat isteminin kabulüne, elatmanın önlenmesi isteminin reddine karar verilmiştir.

1- Yapılan yargılamaya, toplanan deliller ve tüm dosya içeriğine göre davalının temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2- Davacının temyiz itirazlarına gelince;

a) Türk Medeni Kanunu'nun 795. maddesi uyarınca intifa hakları tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Aynı yasanın 803. maddesi uyarınca da intifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma hakkına sahip olup, bu haklarını akidine karşı ileri sürebileceği gibi üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir. Başka bir anlatımla, intifa hakkı; başkasına ait bir eşya, hak veya mal varlığı üzerinde belirli bir kişiye tam olarak yararlanma olanağını sağlayan bir irtifak türü olup, intifa hakkı sahibinin eşya üzerinde oluşan saldırının kaldırılmasını istemesi olanaklıdır.

Somut olaya gelince; dava dışı Ali maliki olduğu dönemde dava konusu taşınmazda davacı yararına 08.02.1990 tarihinde tesis edilmiş intifa hakkı tapu kütüğüne tescil edilmiş ve davacı sınırlı aynı hak kazanmış bulunduğundan bu hakkını Türk Medeni Kanunu'nun 803. maddesi uyarınca intifa hakkı kurulmasından sonra çıplak mülkiyeti 11.01.2007 tarihinde satın alan davalıya karşı ileri sürebilir. Davacı da yasal hakkını kullanarak taşınmaza davalı tarafından müdahalenin önlenmesini ve haksız elatılan döneme ait tazminatın tahsilini istemiştir. Yerel mahkemece, davalının taşınmazın kuru mülkiyetinin kayden sahibi olduğu ve ecrimisile hükmedildiğinden ve intifa hakkının ecrimisil ile karşılanmış olması nedeniyle elatmanın önlenmesi talebinin reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

b) Davacı dava dilekçesinde, haksız işgal tazminatının işgal tarihinden itibaren faiz yürütülmesini istemiştir. Yerel mahkemece hükmedilen tazminat miktarına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmiştir. Haksız işgal tazminatına yürütülecek faizin tahakkuk eden dönem sonu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, yukarıda açıklanan şekilde karar verilmiş olması da bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda (1) sayılı bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının reddine, (2a ve b) bentlerinde açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatıranlara iadesine, 01.05.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5726 **K:** 2008/7197 **T:** 04.06.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • TAPU TAHSİS BELGESİ • TAŞINMAZDA BABA-OĞUL ÇEKİŞMESİ • ÜSTÜN ZİLYETLİK HAKKI*

Özet: Davacıya verilen tapu tahsis belgesi iptal edilmediği sürece taşınmazda oturduğu zemin itibari ile sahibine üstün zilyetlik hakkı sağlar. Bu nedenle tecavüzlere karşı korunma isteminde bulunabilir.

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 27.05.2003 gününde verilen dilekçe ile elatmanın önlenmesi, karşı, dava muhdesatın aidiyeti istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın reddine, karşı davanın kabulüne dair verilen 26.04.2007 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı-karşı davalı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Davacu Muhiddin, tapu tahsis belgesi ile hak sahibi olduğu

Vakıflara ait taşınmazda inşa etmiş olduğu binada bulunan 5 nolu daireyi davalı oğluna bedelsiz olarak kullanması için müsaade ettiğini, ancak davalının apartmanda huzursuzluk çıkardığını, kendisine iyi davranmadığını belirterek 5 nolu daireye müdahalesinin önlenmesini ve boş olarak teslimini istemiştir.

Davalı Kadir açmış olduğu karşı dava ile, binayı dava dışı kardeşleri Nurettin, Ahmet ve Ruşen ile, birlikte yaptıklarını ve fiilen taksim yaparak 1997'den beri oturduklarını, dava konusu 5 nolu dairenin ve aynı binanın bodrumunda bulunan deponun 1/4'ünün kendisi tarafından yaptırıldığının tesbitini istemiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama sonunda elatmamanın önlenmesi davasının reddine, karşı davanın kabulü ile 5 nolu bağımsız bölümün ve bodrum katındaki deponun 1/4'ünün davalı-karşı davacı Kadir tarafından inşa edildiğinin tesbitine karar verilmiş, hükmü, davacı-karşı davalı Muhiddin vekili

temyize getirmiştir.

(*) Gönderen: Av. Bayram ARSLAN

Dava konusu binanın, davacı-karşı davalı Muhiddin 19.03.1986 tarihinde verilen tapu tahsis belgesi kapsamında kaldığı hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kadastro tesbitinde Fatih Sultan Mehmet Vakfı adına tescil edilen 2436 ada 2 parsel sayılı taşınmazda 141 m^2'lik yer için davacı Muhiddin'e tapu tahsis belgesi verildiği ve daha sonra bu yerin imar ıslah sonucu 3171 ada 15 parsel olduğu yapılan keşif sonucu alınan fen. bilirkişi raporundan anlaşılmaktadır. Davacıya verilen tapu tahsis belgesi iptal edilmediği sürece taşınmazda oturduğu zemin itibari ile sahibine üstün zilyetlik hakkı sağlar. Bu nedenle üstün zilyetlik hakkı bulunan davacının bu yere başkaları tarafından yapılan tecavüzlerin önlenmesi hususunda yargısal yoldan koruma isteme hakkının bulunduğunun kabulü gerekir. Diğer taraftan davalıya, davacının oğlu olması sıfatıyla yeni bina yapımında katkıda bulunması davacının ileride mülkiyete dönüşecek üstün zilyetlik hakkına ortak olma hakla da kazandırmaz. Bu nedenle davacının açtığı elatmanın önlenmesi istemine ilişkin davasının kabulü gerekir iken yazılı gerekçeler ile reddi ve karşı davalının tesbit isteminin kabulü doğru görülmemiş hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz haremin yatırana iadesine, 04.06.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/7482 **K:** 2007/1755 **T:** 21.03.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • KAÇAK VE RUHSATA AYKIRI İNŞAAT • TARAFLARIN HAKLARI SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ

Özet: *Kaçak ve ruhsata aykırı inşaat bölümlerinin yıkılmaları gerektiğinden, bu yerlerin ekonomik varlıklarından da söz edilemez. Kaçak ve yıkılması gereken binalarla ilgili olarak yüklenicinin edimini yerine getirdiği kabul edilemez. Bu nedenle sözleşmenin fesih ve tapuların iadesi gerekir.*

Bu nedenle sözleşme feshi ve tapu iptali gerçekleştirilmeden malik görünen davalılar aleyhine meni müdahale davası açılamaz.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı T vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davaca vekili avukat ile T vekili avukat geldi. Davalı Turgay vekili avukata tebligat adres değiştirdiğinden bahisle iade edildi. Yeni adresini bildirmediğinden ve posta masrafı olmadığından yeniden tebligat çıkarılamadı. Davalılar Levent vs. gelmediler. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davacı ve davalı Tamam avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı elatmanın önlenmesi istemine ilişkindir.

Dava konusu inşaatın ruhsata aykırı olarak yapıldığı ve şu anda bazı bölümlerinin kaçak durumda bulunduğu, yasal hale getirilmelerinin mümkün olup olmadığı araştırılmadığı gibi, sözleşmeye göre hangi bağımsız bölümlerin kime ait olduğunun mevcut duruma göre tespitinin de mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu'na göre, her türlü inşaatın ruhsata bağlı yapılması gerekir. Kaçak ve ruhsata aykırı kısımların emredici nitelikteki hükümler karşısında yıkılması gerektiğinden, bu yerlerin ekonomik varlıklarından da sözedilemez. Somut olayda, davalıların, oturdukları bağımsız bölüm, kat irtifakı kurulmadığı için, arsa payı intikâli nedeniyle iş-

gallerindedir. Başka bir anlatımla, davalılar bu inşaatta malik durumundadırlar.

Kaçak yapılan ve yıkılması gereken binalarla ilgili yüklenicinin edimini yerine getirdiği kabul edilemez. Sözleşmenin feshi ve tapuların BK'nın 108/1. maddesi uyarınca iadeleri gerekir.

Somut olayda, sözleşmenin feshi ve tapuların iptali istenmeden malik gözüken davalılar aleyhine meni müdahale davasının açılması, –bu aşamada- mümkün değildir. O halde davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz, olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 500,00 YTL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı Tamam'a verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı Tamam'a geri verilmesine, 21.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/3250 **K:** 2007/6678 **T:** 26.10.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • YÜKLENİCİNİN GÖREVİ • İMARA VE PROJEYE AYKIRI İNŞAAT • İZLENECEK YÖNTEM • ARSA SAHİBİNİN KİRA İSTEME HAKKININ KAPSAMI

Özet: *Yüklenici, imara ve projesine uygun, yasal bir yapı yapmak suretiyle edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nitelikte bir bina yapılmadıkça yüklenici herhangi bir hak kazanamaz. Adına tescil isteminde de bulunamaz.*

Yapılan binanın imara ve projeye uygun hale getirilmesinin çareleri aranmalı, bu konuda Belediyeden bilgi istenmeli ve yükleniciye süre verilmelidir. Yapılan binanın imara ve projeye uygun duruma getirilemeyeceği saptanırsa yıkılması gerekir. Arsa sahipleri de imara ve projeye uygun bölümler kapsamında kira isteyebilirler.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalılar ve davalı-k. davacı İsmet vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacılar vekili avukat ile davalılar vekili avukat geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Dava, sözleşme ile yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan dava konusu kısımların arsa sahiplerine ait olduğunun tesbiti, müdahalenin önlenmesi, mümkün olmadığı takdirde alacak ve tazminat, yüklenici tarafından açılan birleşen dava ise tapu iptali ve tescil istemleriyle açılmış, mahkemece müdahelenin önlenmesi istemi yönünden davanın kabulüne, alacak ve tazminat istemleri ile birleşen davanın reddine karar verilmiş, karar davalılar ile davalı ve birleşen davanın davacısı İsmet vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacıların murisleri Mustafa ile yüklenici İsmet arasında Kadıköy 4. Noterliği'nin 15.10.1996 tarih 80498 yevmiye numaralı Düzenleme Kat

Karşılığı İnşaat Sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşme ile arsa sahibine ait Bağcılar 1112 ve 1113 parsel numaralı arsalar üzerine bodrum zemin ve beşer kattan oluşacak iki binanın yapılması, 1112 parsel üzerine yapılacak binanın tamamı ile 1113 parsele yapılacak binanın bodrum katının yükleniciye, 1113 parsele yapılacak binanın zemin katı ile üzerindeki beş katın arsa sahibine ait olması kararlaştırılmıştır. İmar uygulaması sonucunda arsalar Bağcılar Yenigün Mahallesi 1160 ada 23 ve 24 parsel numaralarını almıştır. Yüklenici tarafından bodrum, zemin ve dört katlı bina yapıldığı, beşinci katın yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bağcılar Belediyesi İmar Müdürlüğü'nün 12.02.2004 tarihli yazısında parsellere imar planına göre zemin kat ve üzerinde üç kat yapılmasının mümkün olduğu bildirilmiştir. Yüklenici tarafından yapılan dördüncü kat imara ve ruhsata aykırı olarak yapılmış olup, kaçak kattır. Bu husus bilirkişi raporunda da açıklanmıştır. Ayrıca 22.05.2001 tarihli bilirkişi raporunda arsa sahibine ait binanın bodrum katında bahçeye 62.40 m2 büyüme yapıldığı, her iki konuda yapı tadil tutanağı düzenlendiği ve Belediye Encümeni tarafından yıkım kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Yüklenici, imara ve projesine uygun, yasal bir yapı yapmak suretiyle edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nitelikte bir bina yapılmadıkça yüklenici herhangi bir hak kazanamaz. Adına tescil isteminde de bulunamaz. Yapının imara ve projesine uygun olmadığının anlaşılması halinde, yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının, nasıl yasal hale getirilebileceğinin ilgili belediyeden araştırılması, yasal hale getirilmesi mümkünse bu konuda yükleniciye uygun süre verilmesi gerekir. Somut olayda gerek yapılan fazla kat, gerekse bodrum kattaki büyüme nedeniyle inşaatın imara ve projesine uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece belediyeden gerekli araştırmalar yapılmadan ve inşaatın yasal hale gelmesi mümkünse, bu konuda yükleniciye süre verilmeden karar oluşturulması doğru olmamıştır.

Davacı arsa sahipleri tespit ve müdahalenin önlenmesini istemişler, bunun mümkün olmaması durumunda alacak ve tazminat isteminde bulunmuşlardır. Yapılan binanın imara 7 ve projeye uygun duruma getirilmesi mümkün değilse yıkılması gerekir. Bu nitelikteki bir binanın ekonomik değeri olmadığından, eksik ve ayıplı iş bedelinin karar altına alınması mümkün değildir. Ancak sözleşmede arsa sahibine verilmesi kararlaştırılan ve imar ve projesine göre yapılması mümkün olan bağımsız bölümler için gecikme nedeniyle kira bedeli istenmesi mümkündür. Sözleşmede kararlaştırılan ancak imara ve projesine göre yapılması mümkün olmayan bağımsız bölümler için gecikme nedeniyle kira dahil herhangi bir tazminatın karar altına alınması mümkün değildir. Arsa sahibi istemekte haklı olsa dahi, ancak ödediği ceza ve harçların yükleniciden tahsilini isteyebilir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda çözümlenmesi gerekir. Mahkemece bu ilkeler gözetilmeden ve

gerekli araştırmalar yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.

Yapılacak iş, parseller üzerine yapılan binaların imara ve projesine uygun (yasal) hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının ilgili belediyeden araştırılmasından, mümkün olduğu takdirde yükleniciye gerekli sürenin tanınmasından, yapı imara ve projeye uygun hale getirildiği takdirde sözleşmedeki hükümlere göre kat irtifakının kurdurulmasmdan, taraf isteklerinin edimlerin yerine getirilmesi de dikkate alınarak buna göre değerlendirilip bilirkişi raporu alınarak sonuçlandırılmasından, yapının imara ve projeye uygun hale getirilmesi mümkün değilse, ekonomik değeri bulunmadığının, bu durumda arsa sahiplerinin ancak sözleşmede kararlaştırılan ve imara ve projesine göre yapılması mümkün olan kendi paylarına düşen bağımsız bölümler yönünden kira bedeli isteyebileceği dikkate alınarak, bu konuda bilirkişi raporu alınıp gerekli değerlendirme yapılmak suretiyle davaların sonuçlandırılmasından ibarettir.

Kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASINA,** 500,00 YTL vekâlet ücretinin arsa sahiplerinden alınarak Yargıtaydaki duruşmada vekille temsil olunan davalılar ile birleşen davanın davacı İsmet'e verilmesine, ödedikleri temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalılar ve davalı-k. davacı İsmet'e geri verilmesine, 26.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/5241 **K:** 2007/8403 **T:** 31.12.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • KAT KARŞILIĞI TAŞINMAZ İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • SÖZLEŞMEYE AYKIRI, RUHSATA UYGUN İNŞAAT • SÖZLEŞMEYE UYGUN OLMAYAN İNŞAATLA İLGİLİ ARAŞTIRMA

(4721 SK m. 734, 733-3)

Özet: *Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan eksik-ayıplı işler bedeliyle gecikme tazminatı (kira) istemlerine ilişkindir. Mahkeme eksik incelemeyle hüküm kurmuştur.*

İnşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılmasına yasal veya fiilen bir engel olup olmadığının, yetkili mercilerden sorulmak, gerekirse bilirkişilerden ek rapor alınmak suretiyle saptanmasından; ruhsata uygun, ancak sözleşmeye aykırı inşaat yapımına arsa sahiplerinin rızalarının bulunup bulunmadığının araştırılmasından, ayrıca davacılar tarafında çekilen ihtarnamelerde, davacıların gecikmeden doğan haklarını saklı tutmadıkları göz önünde bulundurularak 10 gün süre tanıdıkları anlaşıldığından, ayrıca büyük Marmara Depreminin iskan alınmasını engelleyip engellemediği, engellediyse bunun teslim süresine etkisinin tespitinden sonra ve oluşacak sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davacılar-vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacılar vekili avukat ile davalılar vekili avukat geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan eksik-ayıplı işler bedeli ile gecikme tazminatı (kira) istemlerine ilişkindir.

Taraflar arasındaki sözleşmeler uyarınca, inşaatın teslim tarihleri, 27.09.1997 ve 10.12.1998'dir.

Eser sözleşmelerinde işin teslimini kanıtlama yükümlülüğü yüklenici ye aittir. Sözleşme uyarınca işin teslimi iskân ruhsatına bağlanmıştır. Somut olayda, iskân alınmadığı için delil sözleşmesi niteliğindeki ruhsata bağlı teslim keyfiyeti ispatlanmamıştır. Öte yandan, işyerlerinin arsa sahiplerine fiilen teslim edildikleri ve kiraya verildikleri de yüklenici tarafından kesin bir biçimde kanıtlanmış değildir.

İnşaatın, bilirkişi raporlarında sözleşmeye aykırı, ancak inşaat ruhsatına uygun yapıldığı belirtilmiştir.

Mahkemece, eksik incelemeye dayanılarak hüküm kurulmuştur.

Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılmasına yasal veya fiili bir engel olup olmadığının, yetkili mercilerden sorulmak, gerekirse bilirkişilerden ek rapor alınmak suretiyle saptanmasından; ruhsata uygun, ancak sözleşmeye aykırı inşaat yapımına arsa sahiplerinin rızalarının bulunup bulunmadığının araştırılmasından, ayrıca davacılar tarafından çekilen 09.09.1999 ve 10.09.1999 tarihli ihtarnamelerde, davacıların gecikmeden doğan haklarını da saklı tutmadıkları gözönünde bulundurulmak suretiyle 10 gün süre tanıdıkları anlaşıldığından ve ayrıca büyük Marmara depreminin iskân alınmasını engelleyip engellemediği, engellediyse bunun teslim süresine etkisinin tesbitinden ve oluşacak sonuca göre bir hüküm kurulmasından ibarettir. Eksik incelemeye dayanan karar, açıklanan bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle davacı arsa sahipleri yararına **BOZULMASINA,** 550,00 YTL vekâlet ücretinin davalılardan alınarak, davacılara verilmesine ödedikleri temyiz peşin harcının istek halinde davacılara geri verilmesine, 31.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/11907 **K:** 2008/3697 **T:** 27.03.2008

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • TALEPLE BAĞLILIK KURALI • ESKİ HALE İADE İSTEMİ

Özet: *Hakim tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlıdır. Bu nedenle davacının talebi aşılarak verilen karar usul ve yasaya uygun değildir.*

Dava dilekçesinde ortak yerde ve davalının bağımsız bölümünün içinde projeye aykırı olarak yaptığı değişikliklerin eski hale getirilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak;

Davacı dava dilekçesinde; davalının, izin ve ruhsat almadan onaylı projeye aykırı olarak dairesinin giriş bölümünün sağ yan tarafında bulunan ortak terasta merdivene ışık veren camlı kapıyı söktüğünü ve yerine tuğla ile duvar örüp merdiveni karanlıkta bıraktığını, dairesi içindeki taşıyıcı duvarları kırdığını ileri sürerek bu değişikliklerin eski hale getirilmesini istediği halde bilirkişi raporlarının ekindeki krokilerde gösterilen ve dairesinin arka kısmında bulunan terası da kapattığı belirtilmesi üzerine mahkemece, bu raporda ve krokide saptanıp kapatılan arka bölümdeki terasın da eski hale getirilmesine karar verilmiştir.

HUMK'un 74. maddesi uyarınca hakim her iki tarafın iddia ve savunmalarıyla bağlı olup, ondan fazlasını veya başka bir şeye hükmedemez. Yasanın bu buyurucu hükmü dikkate alınarak istem doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken davacının herhangi bir talebi olmadığı halde davalının bağımsız bölümünün arka kısmında yer alan terasa yaptığı müdahalenin de önlenmesine ve eski hale getirilmesine karar verilmiş olması doğru görlümemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde

olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 27.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1122 **K:** 2008/4257 **T:** 10.04.2008

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • TAPU KAYDINDA BÜRO OLARAK GÖRÜNEN YERİN İNTERNET KAFE OLARAK KİRALANMASI • ESKİ HALE İADE DAVASI

Özet: *Tapu kaydında "büro" olarak kayıtlı olan bağımsız bölümün internet kafe olarak kullanılması için kiraya verilmesi, aynı binada bulunan başka bir bağımsız bölüm maliki çevre ve ses kirliliği meydana geldiğini ileri sürerek eski hale dönüştürme davası açabilir.*

Dava dilekçesinde internet cafe olarak kullanılan büronun eski hale getirilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı dava dilekçesinde, tapu kaydına göre "büro" olarak kayıtlı bulunan ve davalılardan Abbas'a ait olan 1 nolu bağımsız bölümü internet cafe olarak kiraya verdiğini, söz konusu yerin internet cafe olarak kullanılması sonucu çevre ve ses kirliliği meydana geldiğini ileri sürerek davalılara gerekli uyarıların yapılarak kira akdinin feshini, bağımsız bölümün eski haline getirilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne halen internet cafe olarak kullanılan 1 nolu bağımsız bölümün büro olarak eski hale dönüştürülmesine karar verilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak;

Dava konusu bağımsız bölümün maliki, kiracısı ve kullanıcısı olmadığı dosya içeriğinden anlaşılan eski yönetici Okan'a yüklenecek herhan-

gi bir kusur veya ihmal bulunmadığı halde bu kişi hakkında açılan davanın reddi gerekirken kabulü yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 10.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/598 **K:** 2008/4551 **T:** 17.04.2008

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • BİNA VE ARSADAN OLUŞAN TAŞINMAZ • ORTAKLIĞIN GİDERİMİ DAVASI

Özet: *Arsa ve binadan oluşan taşınmazın ortaklığının satış suretiyle giderilmesi kararı verilirken; paydaşlara isabet eden zemin bedeli, müteahhitçe yapılan eserin bedeli ve her dairede gerçekleştirilen değer artış bedeli dikkate alınarak ödeme yapılması kararı verilmelidir.*

Dava dilekçesinde ortaklığın giderilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm bir kısım davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dava, taşınmaz mal ortaklığının giderilmesi istemine ilişkin olup, mahkemece; üzerinde bina bulunan taşınmazdaki ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur.

Ancak;

Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen 29.12.2004 günlü raporda, dava konusu taşınmazın tapu kaydına göre zeminde pay sahibi olanların herbirinin arsa bedelinde; binanın müteahhit tarafından yapılıp satıldığı haline göre belirlenen bina bedelinde ve ayrıca toplam 12 daireyi müteahhitten satın aldıktan sonra yaptıkları değer artırıcı giderlerin bunu yapan ve daireleri fiilen kullanan paydaşların bu

katkılarının belirlenen bedellerdeki yüzde oranları ve her üç husus da gözönünde bulundurularak herbirinin toplam satış bedeli üzerindeki yüzde oranları gösterilmiş olmasına karşın; satış bedelinin tapudaki paylar oranında davalılara paylaştırılmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Mahkemece yukarıda açıklanan şekilde anataşınmazın satış bedelinin paylaştırılmasında tüm paydaşlara zemin bedeli ile binanın müteahhitçe yapılan hali için tespit edilen bedelinin tapudaki müşterek mülkiyet paylarının esas alındığı oranda; daireler içerisinde yapılan değer artırıcı giderlerin bu giderleri yapmış olan ve daireleri fiilen kullanan paydaşlara toplam satış bedeli üzerinden belirlenen oranda ödenmesine karar verilmelidir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8423 **K:** 2008/ 1232 **T:** 14.02.2008

İCRA HUKUKU • SIRA CETVELİNE İTİRAZ • MUVAZAA SAVI • KANIT YÜKÜ • HARÇ VE VEKALET ÜCRETİ

Özet: *Muvazaa iddiasına dayalı sıra cetveline itiraz davalarında kural olarak ispat yükü davalı alacaklıdadır. Ancak, muvazaanın üçüncü kişilerden mal kaçırmak amacıyla yapıldığı ileri sürülmelidir. Sıra cetveli davasında harç ve vekalet ücreti maktu tarifeye göre belirlenmelidir.*

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince duruşmasız, davalı vekilince de her ne kadar duruşmalı olarak temyiz edilmiş ise de, konu itibariyle bu isteğin reddiyle incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Dava muvazaa iddiasına dayalı sıra cetveline itiraz davasıdır.

Davalı vekili alacaklarının çeke dayalı olduğunu, takip dayanağı kıldıkları çekin müvekkilinin babası lehine düzenlendiğini ancak onun rahatsızlığı nedeniyle icra işlemlerinin müvekkili tarafından yapıldığını; hakkında takip yapılan borçlulardan birinin hakkındaki takibi icra, mahkemesinde iptal ettirdiğini ve keşideci hakkında ceza davası açtıklarını; icra dosyasından satışlar yaptırıldığını ve masrafların kendilerince yapıldığını bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılamaya ve toplanan delillere göre davanın kabulüne, davalının sıra cetvelinden çıkartılmasına karar verilmiş; hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Muvazaa iddiasına dayalı sıra cetveline itiraz davalarında ispat yükü kural olarak davalı alacaklıda olmakla birlikte bu iddianın, muvazaanın üçüncü kişilerden mal kaçırmak amacıyla yapılmış olduğu düşüncesine dayanması gerekir. Somut olayda davalı, dava dışı borçlu ile aralarındaki geçmiş hukuki işlem ve ilişkileri açıklamıştır. Davalı yan ile dava dışı borçlu ve üçüncü kişi A. Döviz ve Altın Tic. AŞ. arasında çeşitli hukuk davaları açıldığı ve ceza kovuşturmaları yapıldığı da dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkemece bu delillerin değerlendirilmemesi doğru, ol-

madığı gibi, harç ve vekâlet ücretlerinin maktu cetvel ve tarifelere göre hesaplanmaması da kabul şekli itibariyle doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacı yanın temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 14.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/11347 **K:** 2008/1905 **T:** 03.03.2008

İCRA HUKUKU • MENFİ TESPİT DAVASI • İCRA ALACAKLISININ HAKLARI • TAZMİNAT KOŞULU

Özet: *Menfi tespit davasının alacaklı lehine sonuçlanması durumunda; icra takibinin mahkemece verilen tedbirle durdurulmuş ve alacaklının alacağına kavuşması geciktirilmiş olduğundan, alacaklı yararına tazminata hükmedilmelidir.*

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının bozma kararına uyularak yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı vekilince duruşmalı, davalı vekilince durusmasız olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili gelmiş, diğer taraftan kimse gelmemiş olduğundan onun yokluğunda duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlenildikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı doğrultusunda inceleme yapılıp hüküm verilmiş olmasma, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, bozmanın kapsamı dışında kesinleşmiş olan yönlere ilişkin temyiz itirazları incelenemeyeceğine ve özellikle, dava konusu bonodaki imzanın davacı eli mahsulü olduğunun anlaşılmasına göre davacının temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davalının temyizine gelince,

Davalı yanca başlatılan icra takibi, mahkemece verilen tedbir kararı ile durdurulmuş ve alacaklının alacağına kavuşması geciktirilmiş olduğundan İİK'in 72/4. maddesi uyarınca davalı alacaklı yararına tazminata hükmedilmek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) sayılı bentte açıklanan nedenle davacının temyiz itirazlarının reddine, (2) sayılı bentte açıklanan nedenle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 03.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4629 **K:** 2007/10457 **T:** 22.11.2007

TÜKETİCİ HUKUKU • ABONELİK SÖZLEŞMESİ • GENEL MAHKEMELERİN YETKİSİ

(4077 SK m 23, 1, 2, 3-e)

Özet: *Davacı vekili, davalı şirketin müvekkilinin KSUB/TANKER abonesi olduğunu ve müvekkilinin davalıdan alacaklı olduğunu, bu alacağın tahsili için girişilen takibe davalının itiraz etiğini belirterek, davalının haksız itirazının iptali ile %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık abonelik sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.*

Davacı İSKİ ile davalı şirket arasında davalıya ait işyerinin su ihtiyacının karşılanması amacı ile abonelik sözleşmesi imzalanmıştır. Hal böyle olunca davalının 4077 Sayılı Yasanın 3/e maddesinde tanımlanan tüketici kapsamına girmediği anlaşılmaktadır. Bu davanın genel mahkemelerde görülmesi gerekir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı mahkemenin görevsizliğine yönelik olarak verilen mümkün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davalı şirketin müvekkilinin KUSB/TANKER abonesi olduğunu ve müvekilinin davalıdan alacaklı olduğunu, bu alacağın tahsili için girişilen takibe davalının itiraz ettiğini belirterek davalının haksız itirazının iptali ile %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin davalı ile iddia edildiği gibi bir sözleşme imzalamadığını, bu nedenle müvekkiline husumet yönetilemeyeceğini öne sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda 4077 Sayılı Kanunun 23. maddesi uyarınca davaya bakma görevinin Tüketici Mahkemesine ait olduğu gerekçesi ile dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık abonelik sözleşmesinden kaynaklanmaktadır 23.02.1995 tarih 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 1. maddesi "Bu kanunun amacı kamu yaranına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir." hükmünü içermektedir. 2. maddesinde ise Kanunun kapsamı 1. maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlei olarak belirlenmiş, aynı Kanunun 3/e maddesi hükmü ise tüketiciyi "Bir mal veya hizmeti ticari vya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlamıştır.

Somut olayda davacı İSKİ ile davalı şirket arasında davalıya ait işyerinin su ihiyacının karşılanması amacı ile abonelk sözleşmesi imzalanmıştır. Hal böyle olunca davalının 4077 Sayılı Kanunun 3/e maddesinde tanımlanan tüketici kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda uyuşmazlığın çözümü Genel Mahkemelerin görevi dahilinde bulunduğundan, mahkemece işin esasına girilerek taraf delilleri toplanıp uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 4077 Sayılı Kanunun 23. maddesi uyarınca dava dilekçesinin görev nedeni ile reddinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 22.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2165 **K:** 2007/22066 **T:** 06.12.2007

İŞ HUKUKU • BAĞ-KUR SİGORTALILIĞI • KURUMUN PRİMLERİ TAHSİL ETMESİ • OBJEKTİF İYİNİYET KURALI

(1479 SY m. 24; MK m. 2)

Özet: *Kurumun, bildirim üzerine sigortalı tarafından ödenen ve uyuşmazlık konusu dönemi kapsayan primleri tahsil edip uzun süre bu primleri kullandıktan sonra sigortalılığı iptal etmesi Medeni Kanunun 2. maddesinde ifadesini bulan objektif iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağından, sigortalılığın iptaline konu olan dönemin geçerli sigortalılık dönemi olduğu kabul edilmelidir.*

Davacı 1.5.1983 tarihinden yeniden tescil işleminin yapıldığı 1.9.1987 tarihine kadar geçen sürede tahsil olunan primlerin Bağ-Kur hizmetine sayılmasını ve başvuru tarihi itibariyle yaşlılık aylığı almaya hak kazandığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından duruşmalı, olarak temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, davacının kurum tarafından tescil edildiği 01.05.1983 tarihinden itibaren yeniden tescil edildiği 01.09.1987 tarihine kadar primleri tahsil edilen sürelerin hizmetten sayılarak tahsis talep tarihi olan 27.02.2006 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı almaya hak kazandığının tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin reddine karar verilmiş ise de, bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

01.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren, 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesi ilk şekliyle, sigortalılığın oluşumu için, kendi ad ve hesabına bağım-

sız çalışma olgusunun gerçekleşmesi yanında, ayrıca, kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulunu da aramıştır. Bu kuruluşlara kayıt tarihi ise, sigortalılığın başlangıcı yönünden, yasal karine kabul edilmiştir. 04.05.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2229 Sayılı Yasa, Bağ-Kur'lu olabilme yönünden, söz konusu 24. maddenin öngördüğü meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulunu kaldırmış, sadece yasanın temel ilkesi olan kendi ad ve hesabına çalışma koşulunun gerçekleşmesi durumunda, sigortalılığın oluşacağını yeterli görmüştür. Buna karşın, 20.04.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 Sayılı Yasa bağımsız çalışanların sigortalı olabilmeleri yönünden vergi yükümlülüğünü öngörmüş, vergiden muaf olanların da kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmaları durumunda yine sigortalı sayılacaklarını kabul etmiştir. Nihayet, 22.03.1985 yürürlük tarihli 3165 Sayılı Yasa, sigortalılığa karine yönünden vergi kaydının, bu kaydın bulunmaması veya vergiden muaf olunması halinde, esnaf ve sanatkar sicili veya kanunla kurulu meslek kuruluşu kayıtlarının esas alınacağını belirlemiştir.

Davacının şahsi sicil dosyasının incelenmesinden,23.10.1987 tarihinde kuruma verilen giriş bildirgesine istinaden, 01.05.1983 tarihi itibariyle Bağ-Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescilinin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının, 01.05.1983-01.10.1983, 10.05.1986-Ağustos 1987 tarihleri arasında ve 01.01.1987'den itibaren devam eden vergi kaydı, 17.07.1987'den itibaren devam eden Esnaf ve Sanatkar Sicil Memurluğu kaydı ile marangozlar derneği kaydı bulunmaktadır. Bu durumda, davacının uyuşmazlık konusu dönem olan 01.10.1983-10.05.1986 tarihleri arasında vergi kaydı, esnaf ve sanatkar sicili kaydı veya kanunla kurulu meslek kuruluşu kaydı bulunmadığından zorunlu Bağ-Kur sigortalısı değildir. Ancak, dosyada mevcut hizmet döküm cetveline göre, davacının 30.12.1987 tarihinden itibaren prim ödemeye başladığı ve Kurumun 10.11.1987 tarihli yazısında 30.11.1987 tarihine kadar olan prim borcunun 315.355 TL olduğunun bildirilmesi üzerine 31.05.1988 tarihinde 400 TL ödediği görülmektedir. Kurumun, bildirim üzerine davacı tarafından ödenen ve uyuşmazlık konusu dönemi kapsayan primleri tahsil edip uzun süre bu primleri kullandıktan sonra davacının sigortalılığını iptal etmesi Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifadesini bulan objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağından yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Yapılacak iş, davacının primleri tahsil edilen ve Kurum tarafından uzun süre kullanılan 01.10.1983-10.05.1986 tarihleri arasındaki sigortalılık sürelerini kabul etmek ve yaşlılık aylığı talebini, kabul edilen bu süreler dikkate alınarak değerlendirip sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 06.12.2007 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/978 **K:** 2008/2242 **T:** 14.02.2008

İŞ HUKUKU • İŞ KAZASI • MALULİYET ORANINA İTİRAZ • BEKLETİCİ MESELE

Özet: *Aynı olaya ilişkin başka bir dosyada da olsa, maluliyet oranına itiraz yapılmış ise, bekletici mesele hususu düşünülmelidir.*

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlatıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra isin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava davacının iş kazası sonucu beden güç kaybma uğradığı iddiasına dayalı maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, % 27 maluliyet oram esas alınarak hesaplanan maddi zarara ilişkin maddi tazminat talebi, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca karşılandığından reddine, manevi tazminat isteminin ise kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuca eksik arattırma ve inceleme ile varılmıştır.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden SSK Başkanlığınca davalı işveren şirkete karşı açılan ve Ordu İş Mahkemesi'nin 2004/251 esas sayılı dosyasında görülen rücu davasında davacının maluliyet oranına işverenin itirazı doğrultusunda işlem yapılarak maluliyet oranının tespiti için

05.10.2007 tarihli celsede, davacının SSK Yüksek Kurulu'na şevkine karar verildiği anlaşılmaktadır. Ordu İş Mahkemesi'nin 2004/251 Esas sayılı dosyasında maluliyet oranının tespiti yönünden yapılan işlem sonucunun görülmekte olan iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat davasının sonucunu etkileyeceği açıktır.

Bu nedenle Ordu İş Mahkemesi'nin 2004/251 Esas sayılı dosyası celbedilip incelenerek, itiraz üzerine maluliyet oranının yeniden tespiti için işlem yapılmışsa, bu işlem sonucu bekletici mesele yapılarak, işlemin kesinleşmiş sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu husus göz ardı edilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davalı şirketin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** davalı şirket vekilinin bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 14.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/22495 **K:** 2008/3479 **T:** 04.03.2008

İŞ HUKUKU • İŞ KAZASI • MADDİ TAZMİNATIN UNSURLARI • TAKDİRİ İNDİRİM KURALLARI*

(BK m. 43, 44/2)

Özet: *Maddi tazminatın, hiçbir zaman zenginleştirme aracı olmadığı ve özendirici nitelik göstermemesi gereği gözardı edilmemeli ve bu arada sözü edilen tazminatın bir tarafın zararını karşılarken, diğer tarafın ekonomik ve ticari hayattan silinmesini gerektirecek boyutlara ulaşması önlenmelidir.*

Bu bakımdan BK'nın 43. maddesinden kaynaklanan yetki kullanılarak hakkaniyete uygun bir indirim yapılmalıdır.

Ancak, BK'nın öngördüğü koşullar oluşmadan yapılan indirim isabetsizdir. Özellikle, zarar görenin maddi tazminatını ortadan kaldırır biçimde takdiri indirimin uygulanamayacağında kuşku duyulmamalıdır.

Öte yadan, zararın doğmasında işverenin %80, işçinin %20 oranında kusurlu olması yanında, zararın tazmininin borçluyu müzakaya maruz bırakmayacağı dikkate alınarak, BK'nın 44/2. maddesi bakımından da indirim yapılmayacağı sonucuna varılmalıdır.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacı vekilince istenilmesi ve duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 04.03.2008 salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı vekili avukat geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıda karar tesbit edildi.

(*) Gönderen: Av. Hasan Tahsin IŞILTAN

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre, davacımn aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava 10.07.2000 tarihinde meydana gelen iş kazasında % 36,20 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece sigortalının hesaplanan maddi zararından Borçlar Kanunun 43-44 maddeleri gereğince takdiri indirim yapılarak sigorta tahsisleri peşin sermaye değeri düşüldükten sonra sigortalının maddi zararının karşılandığından maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Mahkemece Borçlar Kanunun 43-44. maddelerinin uygulanmasında yanılgıya düşüldüğü, somut olayda her iki maddenin de uygulanma koşullarının bulunmadığı görülmektedir.

Maddi tazminat davalarının yasal dayanaklarından birini oluşturan BK'nın 43. maddesi tazminatın belirlenmesinde, hakime, kimi görevler yanında, geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Böylece gerçekçi ve adil bir sonuca ulaşmak amaçlanmıştır. Uygulamada, kabul edildiği üzere; maddi tazminat hesaplan, bilinen bir takım veriler yanında, varsayımlara da yer vererek bir sonuca ulaşır. Gerçi, insan yaşamının kutsallığı, beden ve ruh sağlığının korunması ve bu alanda uğranılan zararların, hiçbir şekilde para ile karşılanmasının mümkün olmadığı düşünülebilirse de, hukuk sisteminin başka bir giderim yöntemi öngörmemiş olması karşısında, zorunlu bu tür bir hesaplama yoluyla, zarara uğrayanın tatmini sağlanmaya çalışılmaktadır.

İşte, hakim, bu tür davalarda, sonuca ulaşırken, hesaplamaya ilişkin, maddi unsurları, tarafların kusur durumlarım, sorumluluğa ilişkin temel hukuk ilke ve esasları yanında, tarafların, sosyal ve ekonomik koşullarını hep birden değerlendirmek zorundadır. Maddi tazminatm, hiç bir zaman zenginleştirme aracı olmadığı ve özendirici nitelik göstermemesi gereği göz ardı edilmemeli ve bu arada, sözü edilen tazminatın bir tarafın zararını karşılarken, diğer tarafın, ekonomik veya ticari hayattan silinmesini gerektirecek boyutlara ulaşması önlenmelidir. Bu nedenle, tarafların ekonomik ve sosyal durumları araştırılmalı, zararı ödemekle yükümlü işverenin iş hacmi, işletmesinin büyüklüğü, kaç işçi çalıştırdığı saptanmalı, tazminatın sonuçlarına katlanıp katlanamayacağı yönünde ön bilgiler toplanmalıdır. Kısaca, tazminat belirlenirken bunun toplumda yaratacağı olumsuz durumlar göz ardı edilmemeli ve toplumsal denge ve çıkarlar da korunmalıdır. Bu durumda hakim toplayacağı kanıtlar sonucu gerektiğinde BK'nın 43. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullanmak suretiyle, hakkaniyete uygun indirim yoluna gitmeli ve tazminat belirlenmenin gerçekçi niteliğini ortaya koymalıdır.

Somut olayda tarafların hal ve mevkiine, işverenin %80 oranında kusurlu bulunmasına ve tazminatla miktarına göre, dava konusu olayda Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığı gözetilmeksizin anılan maddeye dayanılarak tazminattan indirim yapılması isabetsizdir.

Öte yandan BK'nın 43. maddesi gereğince yapılacak takdiri indirimin maddi tazminat talebinin reddine neden olmaması gerektiği diğer bir deyişle, zarar görenin maddi tazminatını ortadan kaldırır biçimde takdiri indirimin uygulanamayacağı da açıktır.

Borçlar Kanunun 44/2 maddesine gelince; zararın meydana gelmesinde, işverenin %80, işçinin de %20 oranındaki kusurlu davranışlarının etkili olmasına ve zararın tazminin de borçluyu müzayakaya maruz bırakmayacağının belirgin bulunmasına göre, dava konusu olayda Borçlar Kanunu'nun 44/2. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığı da ortadadır.

Mahkemenin kabul ve uygulamasına göre de maddi tazminattan yapılan takdiri indirimin oranın ya da miktarının açıklanmaması da hatalı olmuştur.

Hal böyle olunca da mahkemece Borçlar Kanunun gerek 43. ve gerekse 44. maddelerinin uygulama koşullan bulunmadığı halde ve maddi tazminatı ortadan kaldırır oranda takdiri indirim uygulanmak suretiyle, maddi zararın sigorta tahsisleri peşin sermaye değeri ile karşıladığından bahisle maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykın olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamak düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının tümüyle silinerek yerine;

"**1-** 6.564,00-YTL maddi tazminatın 10.07.2000 olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazla maddi tazminat talebinin reddine,

2- Alınması gereken 354,46-YTL ilam harcından peşin alınan 13,20-YTL'nin indirimi ile kalan 341,26 YTL ilam harcının davalıdan tahsili ile Hazine'ye gelir kaydına,

3- Davacı tarafından başvurma ve peşin harç olmak üzere yatınlan toplam 26,40-YTL harcın davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

4- Reddedilen ve kabul edilen miktarlar nazara alınarak, davacı tarafça yapılan toplam 914,50-YTL yargılama giderinden takdiren 600,28 YTL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

5- Hüküm tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre, avukat ile temsil edilen davacı yararına hüküm altına alınan maddi tazminat miktarı üzerinden 787,68 YTL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

6- Maddi tazminat talebinin bir bölümünün reddinin, katsayı değişiklikleri sonucu sigorta tahsisleri peşin sermaye değerindeki artışlardan kaynaklanmasına ve davacının dava açılırken bu hususu bilebilmesinin mümkün bulunmamasma göre, maddi tazminatın reddi nedeniyle davalı yararına avukatlık ücreti verilmesine yer olmadığına, rakam ve sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekli ile **ONANMASINA,** davacı yararına takdir edilen 550.00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davacıya yükletilmesine, 04.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/19869 **K:** 2008/6065 **T:** 17.04.2008

İŞ HUKUKU • İŞ KAZASI • İŞ KAZASINDA KUSURUN SAPTANMASI • İŞVERENE DÜŞEN TEMEL GÖREVLER*

(İş K m. 77)

Özet: *İş kazalarında kusur sorunu irdelenirken İş Kanunu'nun 77. Maddesi uyarınca; işverenlerin işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmak zorunda olduğu dikate alınmalıdır. Bu nedenle, eski teknolojiyle çalışan ve koruyucusu olmayan makinenin sebebiyet verdiği kazada işçinin %40 oranında kusurlu olduğu kabul edilemez.*

Davaca, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından dü-

(*) Gönderen: Av. Hacer Tuna EŞİTGEN

zenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe maruz kalan işçinin uğramış olduğu maddi ve manevi zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi, olay günü, davalıya ait işyerinde, daire demir testere tezgahında 1 cm kalınlığında ve 2x7 cm ebadındaki demir lamayı açılı biçimde kesme işlemi yaparken, daire testere tezgahının kesici bıçağına temas eden sağ elinin üç parmağının kesilmesi sonucu, %23 oranında meslekte kazanma gücünü yitirmiştir.

İşçilerin iş kazalarına uğramalarını ve meslek hastalarına tutulmalarını önlemek sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını oluşturmak için alınması gereken önlemler dizisi “iş sağlığı ve güvenliği"olarak nitelendirilmektedir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca, işverenler işyerlerinde 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 yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yaşal hak ve sorumluluktan konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Anılan madde ile, işverenlere, işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir. Bu itibarla işverenin, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı taktirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfınazar etmesi kabul edilemez.

Uluslararası Çalışma Örgütü (BLO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) ortak KOMisyonunda işçi sağlığının esasları: Bütün işkollarında işçinin fiziksel, ruhsal ve sosyo ekonomik bakımdan sağlığını en üst düzeye çıkarmak ve bunun devamını sağlamak; çalışma şartları ve kullanılan zararlı maddeler nedeni ile işçi sağlığının bozulmasını engellemek; her işçiyi kendi fiziksel ve ruhsal yapısına uygun işte çalıştırmak; özet olarak işin işçiye ve işçinin ise uyumunu sağlamak olarak tanımlanmaktadır. Belirlenen amaçlara ulaşmak, dolayısıyla iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek temel sorumluluktur. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.11.2006 gün ve E: 2006/10-696, K: 2006/704 sayılı kararı)

Somut olayda, 27.09.2006 günlü bilirkişi raporunda, işverenin %60, işçinin ise %40 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Ancak, hükme dayanak, alınan bu raporda, bilirkişinin, İş Kanunu'nun 77. maddesinin

öngördüğü koşulları gözönünde bulundurmadan ve özellikle işyerinde kullanılan makinanın eski teknoloji ve koruyucusu olmayan bir daire demir-testere tezgahı olduğunu ve bundan dolayı çalışanların iş güvenliğinin kendi dikkatlerine bırakılamayacağı prensibini göz ardı ederek, davacı işçiye fazla kusur izafe ettiği anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, kusur raporunun hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

Mahkemece yapılacak iş, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman üç kişilik bilirkişi heyetine konuyu yeniden İş Kanunu'nun 77. maddesi ve işyerinin niteliğine göre işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddeleri çerçevesinde inceletmek, alınan raporu, dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirerek, sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, yazılı şekilce hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazdan kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 17.04.2008 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/9298 **K:** 2007/7902 **T:** 10.05.2007

İŞ HUKUKU • ÇAKIŞAN SİGORTALILILIK • ÇAKIŞAN SİGORTALILIKTA SİGORTALILIK DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ*

(506 SY m. 2, 1479 SY m. Ek Md. 19)

Özet: *Dava, davacının 506 Sayılı Yasaya tabi zorunlu sigortalı çalışmaları ile çakışan ve sonradan başlayan 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalılığının iptali ile davacının tahsis talep tarihi olan ... tarihinde yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti istemine ilişkindir. Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılığa yer verilmemiş olması nedeniyle çakışan sigortalılık olarak adlandırılan, sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna tabi olması hali, zorunlu sigortalılıkların çakışması halinde yasalarda yer alan düzenlemeler önceden başlayan sigortalılığa geçerlilik tanınarak isteğe bağlı sigortalılık ile zorunlu sigortalılığın çakışması halinde ise zorunlu sigortalılığına değer verilerek çakışan sigortalılık çözüme kavuşturulmalıdır.*

Davacı, SSK sigortalılığı nedeniyle 05.03.2004 tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazandığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra isin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine

---

(*) GÖNDEREN: Av. Mehmet GEÇİOĞLU, İstanbul Barosu Avukatlarından

2- Dava davacının 506 Sayılı Yasaya tabi zorunlu sigortalı çalışmaları ile çakışan ve sonradan başlayan 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalılığının iptali ile davacının tahsis talep tarihi olan 5.3.2004 tarihinde yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davacının 16.2.1992 tarihinden itibaren 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalı olarak tescil edildiği ve prim ödemelerinin bulunmadığı, ihtilaf konusu dönemde 1.10.1986-15.2.1992 ve 1.4.1992-180 29.2.2004 tarihleri arasında 506 Sayılı Yasaya tabi zorunlu sigortalı olduğu ve SSK'nın 11.10.2004 tarihli yazısıyla davacının 16.2.1992 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigortalılığı devam ettiğinden dosyasının işlemden kaldırıldığının belirtildiği görülmüştür.

Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılığa yer verilmemiş olması nedeniyle "çakışan sigortalılık" olarak adlandırılan, bir sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna tabi olması hali, zorunlu sigortalılıkların çakışması halinde yasalarda yer alan düzenlemelerle önceden başlayan sigortalılığa geçerlilik tanınarak isteğe bağlı sigortalılık ile zorunlu sigortalılığın çakışması halinde ise zorunlu sigortalılığa değer verilerek "çakışan sigortalılık" sorunu çözüme kavuşturulmalıdır.

Somut olayda davacının 15,2.1992-1.4.1992 tarihleri arasında önceden başlayan 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalığına değer verilerek davanın reddine karar verilmesi doğru ise de; 1479 Sayılı Yasanın 22.2.2006 gün ve 5458 Sayılı Yasanın 13. maddesi ile değişik 1.3.2006 tarihinde yürürlüğe giren Ek 19. maddesinde bu kanun ve 2926 Sayılı Kanuna göre kayıt ve tescili yapıldığı halde, 5 yıl ve daha fazla süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalıların bu sürelere ilişkin prim borçlarının Kurumca yapılacak bildirimde belirtilen süre içerisinde ödenmemesi halinde daha önce prim ödemesi bulunan sigortalının ödediği primlerin tam olmak karşıladığı ayın sonu itibariyle, prim ödenmesi bulunmayan sigortalının ise tescil tarihi itibariyle sigortalılığı durdurulur. Prim borcunun ait olduğu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelere ilişikin Kurum atacakları takip edilmeyerek, Kurum alacakları arasında yer verilmez. Ancak, sigortalı veya hak sahipleri daha sonra sigortalının en son bulunduğu basamağın başvuru tarihindeki değeri üzerinden hesaplanacak borç tutarlarını tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödedikleri takdirde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Bu madde kapsamına giren sigortalılar hakkında zaman aşımının kesilmesi ve zaman aşımının işlememesi ile ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tdısil Usulü Hakkında Kanunun 103. maddesinin l. fıkranın (6), (8) ve (10) numaralı bentleri hariç diğer hükümleri ile aynı Kanunun 104. maddesi hükümlerinin uygulanacağı, yine 5458 Sayılı Yasanın 14. maddesi ile eklenen ve 1.3.2006 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 26. maddesine göre bu Kanun ve 2926 Sayılı Kanuna göre kayıt ve tescili yapıldığı halde

31.3.2005 tarihi itibariyle beş yıl ve daha fazla süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalılar ve hak sahiplerinden bu süreçlere ilişkin PRİM borçlarını yeniden yapılandırma talebinde bulunmayanlar veya yeniden yapılandırma talebinde bulundukları halde yapılandırma haklarını kaybedenler hakkında ek 19. madde hükmü uygulanacağı bildirilmiştir.

Kanunların geriye yürümesi konusunda mevzuatımızda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İlke olarak her yasa yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilemeyeceği, başka bir anlatımla geriye yürümeyeceklerdir. Ancak devam eden uyuşmazlıklarda, tamamlanmamış, hukuki durumlara yeni yasa veya düzenleyici kural "derhal yürürlüğe girme" ilkesi nedeniyle uygulanacak ve hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Bu gibi durumlarda kanunların geriye yürümesi değil, ani etkisi söz konusudur. Sosyal güvenlik hukukunun ilgi alanı kamusal olup otoritesi kamu düzenini ilgilendirmektedir. Bu nedenle sosyal güvenlik hukuku ile ilgili yasalar yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurur. Bu açıklamalar karşısında hüküm bakımından önce 1.3.2006 tarihinde yürürlüğe giren 1479 Sayılı Yasanın değişik Ek 19. maddesi ile Geçici 26. maddesinin tamamlanmamış hukuki durumlara uygulanacağının kabulü gerekir.

Yapılacak iş; davacının 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalılığının başladığı 16.2.1992 tarihinden itibaren 3 yıl ve daha fazla sürede prim ödemediği dikkate alınarak, 1479 Sayılı Yasaya tabi sigortalılığa 16.02.1992 tarih itibariyle durdurmak alınarak prim borcuna ait bu süreler Bağ-Kur sigortalılık süresi olarak değerlendirilmeyerek, bu dönemdeki 506 Sayılı Yasaya tabi zorunlu sigortalılığa değer vermek suretiyle 1479 Sayılı Yasanın değişik Ek 19. maddesini uygulamak ve çıkacak sonuca göre yaşlılık aylığı talebinin yeniden incelenerek bir karar verilmesinden ibarettir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, bozma nedenine göre davacının yaşlılık aylığı ile ilgili isteminin reddine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına 10.05.2.007 gününde oybirliğiyle katar verildi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Özet: *Bakılmakta olan davalarda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun disiplin hapsi cezası, mal beyanında bulunmayanlara uygulanacak yaptırım ve icra cezalarında uygulanan yargılama usûlüyle ilgili itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptal için başvurmuşlardır.*

Resmi Gazete

Tarih: 16 Nisan 2008 Çarşamba

Sayı: 26849

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2006/71

Karar Sayısı : 2008/69

Karar Günü : 28.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- İstanbul 10. İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2006/71
2- Zonguldak İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2006/137
3- Üsküdar 1. İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2008/2
4- Lüleburgaz İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2008/10

İTİRAZLARIN KONUSU:

A- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (l) bendinin,

B- 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

1- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesinin,

2- 5358 Sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin başlığının ve birinci fıkrasının,

3- 349. maddesinin birinci fıkrasının ve beşinci fıkrasının ikinci tümcesinin,

4- 5358 Sayılı Yasanın 21. maddesiyle değiştirilen 353. maddesinin,

Anayasa'nın 2, 10, 19, 36, 38 ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemidir.

II - İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, Türk Ceza Kanunu'nda disiplin hapsine göre daha ağır yaptırım olan bir yıla kadar hapis cezasının para ya da seçenek yaptırımlara çevrilebildiği, iki yıla kadar olan hapis cezalarının ertelenmesi, dava zamanaşımı süresinin belli olması ve koşullu salıvermeden yararlanma olanaklı iken, disiplin hapsinde sınırsız dava zamanaşımı öngörüldüğü, buna yasal ve takdiri indirim hükümleri önödeme ve uzlaşma gibi ceza hukuku müesseselerinin uygulanamadığı, borçludan alacağını rızasıyla alamayan alacaklının devlet kurumlarının yardımıyla alacağını zorla tahsil etme olanağına sahip olduğu, cebri icranın dışında borçlunun ayrıca hapisle cezalandırılmasının evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayacağı, özel hukuktan doğan alacaklarda tarafların birbirlerinin ödeme gücünü bilebilecek durumda oldukları ve basiretli tacir öngörüsüyle hareket etmeleri gerektiği, Avrupa Birliği ülkelerine gönderilen ve hapis cezasını içeren icra ve ödeme emirleri ile ilgili adli yardımlaşma taleplerinin kendi hukuklarında benzer suç bulunmaması nedeniyle kabul görmediği, mal beyanında bulunmama suçunu işleyen kimselere disiplin hapsi cezası verilerek seçenek yaptırımlardan yararlandırılmadıkları, bu durumun eşitsizliğe yol açtığı, mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle borçlu hakkında ayrı ayrı veya aynı anda birlikte tazyik ve disiplin hapsi olmak üzere iki defa aynı veya farklı zamanlarda özgürlüğü kısıtlayıcı ceza uygulanabileceği, böylece tek bir eylem için iki ayrı özgürlüğü bağlayıcı cezanın öngörülmüş olduğu, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği ve şahsi davaların kamu davasına dönüştürüldüğü, bu nedenle İcra ve İflas Kanunu'na göre açılacak davaların da Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılması gerektiği, farklı uygulamaların eşitsizlik doğurduğu, disiplin hapsi suçları ve bunların dışındaki suçlar hakkında ceza verecek makamların farklı öngörüldüğü, idari yaptırımların nitelikleri ve amaçları yönünden kamusal cezalardan farklı olduğu, idari yaptırımların bizzat idari organ-

lar tarafından verilmesi gerektiği, kamu cezalarının toplum düzenini bozan ağır ihlallerin karşılığı olarak getirildiği, disiplin cezasının bir ceza hukuku normu olmadığı, disiplin hapsi cezasının asliye ceza mahkemesi sıfatı ile icra ceza mahkemeleri tarafından verilmesinin eşitlik ilkesine uymadığı, Anayasa'ya göre herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu, bunun içinde savunma hakkının da bulunduğu, oysa İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinin sanık gelmese bile duruşma yapılmasını öngördüğü ve bu durumun adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2, 10, 19, 36, 38 ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III - YASA METİNLERİ

A - İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1 - 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 2. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

c) Müdafi: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı,

d) Vekil: Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı,

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

g) İfade alma: Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,

h) Sorgu: Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,

i) Malen sorumlu: Yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişiyi,

j) Suçüstü:

1. İşlenmekte olan suçu,

2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu,

3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu,

k) Toplu suç: Aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçu,

l) Disiplin hapsi: Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi,

İfade eder."

2 - 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesi şöyledir:

"Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi hâlinde, bu ceza düşer.

162, 209 ve 216 maddeler hükümlerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine, aynı ceza verilir. Bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hâlinde, verilen ceza düşer."

3- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 5358 Sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin başlığı ve birinci fıkrası şöyledir:

"Görev ve birleştirilme yasağı:

Bu Kanun hükümlerine göre disiplin veya tazyik hapsine icra mahkemesi karar verir."

4 - 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren 349. maddesi şöyledir:

"Şikâyet dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılır. Dilekçeyi veya dava beyanını alan tetkik mercii duruşma için hemen bir gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alır ve maznuna celpname gönderir. Şahit gösterilmişse o da celbolunur.

İki taraf tayin olunan gün ve saatte tetkik merciinin huzuruna gelmeğe veya vekil göndermeğe mecburdurlar.

İcabında merci, tarafların bizzat hazır bulunmasını emredebilir.

Maznun başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoliyle sorguya çekilir.

Maznun, şikayeti alan veya istinabe edilen tetkik merciinin huzuruna gelmez veya müdafi göndermezse yahut bizzat bulunmasına lüzum görü-

lürse zabıta marifetiyle getirilir. Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür.

Şikâyetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşer.

Gelmeyen şahitlere yapılacak muamele ile borçlunun gıyabında verilen karara karşı eski hale getirme talebi hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı hükümler tatbik olunur."

5- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesi şöyledir:

"İcra mahkemesinin bu Bap hükümlerine göre verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.

İcra mahkemesinin bu Bapta yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır."

B - Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2, 10, 19, 36, 38 ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV - İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E.2006/71 sayılı dosyada 30.5.2006 gününde, E.2008/10 sayılı dosyada ise 12.2.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca E.2006/137 sayılı dosyada 20.10.2006 gününde, E.2008/2 sayılı dosyada ise 17.1.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya dava-

yı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrasında bu Yasa'nın 162., 209. ve 216. maddelerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine aynı cezanın verileceği ve bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hâlinde verilen cezanın düşeceği belirtilmiştir.

E.2008/2 sayılı başvuruda, itiraz isteminde bulunan mahkemenin bakmakta olduğu dava, mal beyanında bulunmama nedeniyle borçlunun disiplin hapsi ile cezalandırılmasına ilişkindir. Bu dava İcra ve İflas Kanunu'nun 162., 209. ve 216. maddelerine aykırı davrananlarla ilgili olmadığından anılan Yasa'nın 337. maddesinin ikinci fıkrası davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle, 17.1.2008 gününde yapılan toplantıda, İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu fıkraya ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, 337. maddenin birinci fıkrasının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

E.2006/137 sayılı dosya uygulanacak kural açısından incelenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesinde, icra mahkemesinin verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı, ağır ceza mahkemesine itiraz edilebileceği, itiraz üzerine verilen kararın kesin olduğu ve bu konularda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin elindeki davada henüz ağır ceza mahkemesine itiraz edilmemiş olduğu görüldüğünden 353. madde de davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle, 20.10.2006 gününde yapılan toplantıda, İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu maddeye ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

V - BİRLEŞTİRME KARARI

E.2006/137, E.2008/2 ve E.2008/10 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2006/71 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2006/71 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 28.2.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI - ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin raporlar, itiraz konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A - Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1 - 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (l) Bendinin İncelenmesi

Başvuru kararında, Türk Ceza Kanunu'nda disiplin hapsine göre daha ağır yaptırım olan bir yıla kadar hapis cezasının para ya da seçenek yaptırımlara çevrilebildiği, iki yıla kadar olan hapis cezalarının ertelenmesi, dava zamanaşımı süresinin belli olması ve koşullu salıvermeden yararlanılması olanaklı iken, disiplin hapsinde ceza hukuku kurumlarının uygulanmayacağının düzenlendiği ve sınırsız dava zamanaşımı öngörüldüğü, buna yasal ve takdiri indirim hükümleri ile önödeme ve uzlaşma kurumunun da dâhil olduğu, bu durumun ise Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, disiplin hapsi cezası, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel il-

kelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk Devletinde hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasakoyucunun belirleyeceği bir alandır. İnfaz hukukunun maddi ceza hukukunu tamamladığı ve onun ayrılmaz parçası olduğu gözetildiğinde, hangi cezaların ertelenip ertelenmeyeceğinin, seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilemeyeceğinin, önödeme uygulanıp uygulanmayacağının, tekerrüre esas olup olmayacağının, şartla salıverilme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının veya adli sicil kayıtlarına geçirilip geçirilmeyeceği konusunun Anayasa'ya ve Ceza Hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla yasakoyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir.

Buna göre cezanın ertelenmesi, seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi, önödeme uygulanabilmesi ya da şartla salıverilme hükümlerinin uygulanması, mahkûm için bir hak değildir. Ertelemenin hükümlü için yasal bir hak olmayıp, bir lütuf ve atıfet, toplum bakımından da yararlı bir uygulama olduğu kabul edilmektedir. Ancak, suçun ağırlığı genellikle toplumdaki olumsuz sonuçları ile yarattığı endişe ve huzursuzlukla orantılı bulunduğuna göre, suçu, cezayı ve ertelemeyi takdir ve tayin etmek yasama meclisinin yetkisinde olup, toplumda değişen koşullar gözetildiğinde, sınırlarının genişletilmesi ve cezalarının artırılıp erteleme dışı bırakılması da doğaldır. Bu nedenle, cezası erteleme dışı bırakılan suçlarla diğerlerinin doğurduğu sonuçların aynı olduğu kabul edilemeyeceği gibi, onlara verilen cezalarla korunmak istenen hukuki yararın da farklı olduğu açıktır.

İtiraza konu yasa kuralı ile disiplin hapsi gerektiren eylemleri işleyenler arasında herhangi bir ayırım yapılmaması ve suç olduğu kabul edilen eylemleri işleyenlerin aynı durumda bulunmamaları nedenleriyle, disiplin hapsi cezası için genel kurallardan ayrı olarak farklı özelliklerin öngörülmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle itirazın reddi gerekir.

2 - İcra ve İflas Kanunu'nun 5358 Sayılı Yasa'nın 7. Maddesiyle Değiştirilen 337. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararlarında, borçludan alacağını rızasıyla alamayan alacaklının Devlet kurumlarının yardımıyla alacağını zorla tahsil etme olanağına sahip olduğu, cebri icranın dışında borçlunun ayrıca hapisle cezalandırılmasının evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayacağı, özel hukuktan doğan alacaklarda tarafların birbirlerinin ödeme gücünü bilebilecek durumda oldukları ve basiretli tacir öngörüsüyle hareket etmeleri gerektiği, Avrupa Birliği ülkelerine gönderilen ve hapis cezasını içeren icra ve ödeme emirleri ile ilgili adli yardımlaşma taleplerinin kendi hukukla-

rında benzer suç bulunmaması nedeniyle kabul görmediği, mal beyanında bulunmama suçunu işleyen kimselere disiplin hapsi cezası verilerek seçenek yaptırımlardan yararlandırılmadıkları, bu durumun eşitsizliğe yol açtığı, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği ve şahsi davaların kamu davasına dönüştürüldüğü, bu nedenle İcra ve İflas Kanunu'na göre açılacak davaların da Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılması gerektiği, mal beyanında bulunmama nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nda iki ayrı özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörüldüğü, farklı uygulamaların eşitsizlik doğurduğu, bu nedenlerle de kuralın Anayasa'nın 2, 10, 11, 13, 38 ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine on gün disiplin hapsi ile cezalandırılacağı, alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi halinde, bu cezanın düşeceği öngörülmüştür.

Öte yandan, İcra ve İflas Kanunu'nun 51 Sayılı Yasa ile değiştirilen 76. maddesinde mal beyanında bulunmayan borçlunun, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunacağı, ancak bu hapsin üç ayı geçemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin 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 Devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, mal beyanında bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. İtiraz konusu kural uyarınca, müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak mal beyanında bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflas Kanunu'nun 76. maddesine göre de mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası

ile cezalandırılabilecektir. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.

Bu nedenle, 337. maddenin birinci fıkrası Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. ve 38. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 11, 13. ve 138. maddeleri ile ilgisi bulunmamaktadır.

3 - İcra ve İflas Kanunu'nun 5358 Sayılı Yasa'nın 18. Maddesiyle Değiştirilen 346. Maddesinin Başlığının ve Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, disiplin suçları ve disiplin suçu dışındaki suçlar hakkında ceza verip uygulayacak makamların farklı öngörüldüğü, idari yaptırımların nitelikleri ve amaçları yönünden kamusal cezalardan farklı olduğu, idari yaptırımların bizzat idari organlar tarafından verilmesi gerektiği, kamu cezalarının toplum düzenini bozan ağır ihlallerin karşılığı olarak getirildiği, disiplin cezasının bir ceza hukuku normu olmadığı, asliye ceza mahkemesi sıfatı ile icra ceza mahkemeleri tarafından verilmesinin eşitlik ilkesine uymadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen disiplin veya tazyik hapsine icra mahkemesi karar verecektir. Yasakoyucu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesi ile disiplin hapsi cezası adı altında bir ceza yaptırımı getirmiş ve İcra ve İflas Kanunu uyarınca verilen disiplin ve tazyik hapsi cezalarının da icra mahkemeleri tarafından verilmesini öngörmüştür.

Anayasa'ya ve hukukun temel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla toplum düzeninde yaptırım altına alınması gereken eylemlerin hangisinin idari, hangisinin ceza yaptırımına bağlı tutulacağı yasakoyucunun takdir alanı içindedir. İcra ceza mahkemesince uygulanan yaptırımlar idari nitelikte olmayıp, yargısal işlemlerdir. Dolayısıyla bunların hangi yargı merciince verileceği yukarıdaki sınırlamalar içinde yasakoyucunun takdir alanı içindedir.

Disiplin veya tazyik hapsi cezalarının mahiyeti itibarıyla idari bir ceza olmadığı açık olduğundan eşitlik karşılaştırılması yapılamaz.

Bu nedenle, Kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir.

İptal isteminin reddi gerekir.

4 - İcra ve İflas Kanunu'nun 349. Maddesinin Birinci Fıkrasının ve Beşinci Fıkrasının İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Başvuru kararında, 349. maddenin birinci fıkrası ile kişisel dava öngörüldüğü, oysa 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği, 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 9. maddesi ile diğer kanunlardaki şahsi davaların kamu davasına dönüştürüldüğü, kamu davasının sadece Cumhuriyet savcısı tarafından açılabileceği, suçun tespit edilmesi ve ceza verilmesi yetkisinin Devlete ait olduğu, farklı uygulamaların eşitsizlik oluşturacağı, sanık gelmese bile duruşma yapılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği, bu nedenle öngörülen düzenlemenin Anayasa'nın 10., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinin birinci fıkrasında, icra mahkemesine şikâyetin dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılacağı, dilekçeyi veya dava beyanını alan icra mahkemesinin duruşma için hemen bir gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alacağı ve sanığa celpname gönderileceği, tanık gösterilmişse onun da celp edileceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi ile ilgili olarak verdiği birçok kararda belirtildiği üzere, aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması halinde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen suçları işleyenler ile başka yasalarda belirtilen suçları işleyenler eylemlerinin farklılığı nedeniyle aynı durumda değildirler. Bundan dolayı yasakoyucunun İcra ve İflas Kanunu'nda bazı suçlar için farklı usul getirmesi, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Öte yandan, itiraz konusu kural ile dilekçeyi alan mahkemenin duruşma için hemen gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alması, sanığa celpname göndermesi ve tanık gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi yasakoyucunun takdirinde olan usul kuralları olup Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Başvuran Mahkeme, maddenin beşinci fıkrasının son tümcesi olan "Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür" biçimindeki kuralın da Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinde, şikâyetçi ile sanığın mahkeme tarafından belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmek veya vekil göndermek zorunda oldukları, hâkimin gerektiğinde tarafların bizzat hazır olmasını isteyebileceği, sanığın başka yerde ikamet etmesi durumunda istinabe yoluyla sorguya çekileceği, sanığın, şikâyeti alanın veya istinabe edilenin hâkim huzuruna gelmemesi veya müdafi göndermemesi durumunda ve gerekli görülmesi halinde zabıta aracılığı ile getirileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Savunma hakkı adil yargılanmanın esaslı unsurlarındandır. Yargının temel görevi ve yargılama süreci sonucunda beklenen sonuç adaletin sağlanmasıdır. Bu sonuç, haklı ve haksızın ayırt edilmesi, sakat işlemin ortadan kaldırılması, uğranılan zararın giderimi veya sanığın cezalandırılması şekillerinde ortaya çıkabilir. Usulüne uygun biçimde yapılan tebligata karşın, kendini savunmak için mahkemeye gelmeyen kişinin savunma hakkından vazgeçtiğinin kabulü gerekeceği gibi, duruşmaya fiilen gelmemek suretiyle yargılamanın devamının ve beklenen adalet ve yargısal sonucun elde edilmesine mani olunmaması gerektiği de hukuk devleti ilkelerindendir.

İtiraz konusu kural, yargılamanın sanığın gıyabında görülmesini çeşitli koşullara bağlamıştır. Öncelikle, sanığa celpname gönderilmesi, tanık gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi gerekmektedir. Yasa her iki tarafın da belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmelerini zorunlu tutmuş, İcra Mahkemesine tarafların vekil aracılığı ile değil, bizzat hazır bulunmalarını da isteyebilme yetkisi vermiş, sanığın başka bir yerde ikamet etmesi halinde de istinabe yolu ile sorguya çekilmesini öngörmüştür. Sanık bildirimlere karşın icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafi göndermez ise mahkeme zabıta aracılığı ile de sanığı getirtebilecektir. Yargılamanın sanığın yokluğunda görülmesi tüm bu aşamalardan geçildikten sonra gerçekleştirilebilecektir. Sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesi veya avukat göndermemesi, duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına gelir. Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.

Kural, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 38. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

B - İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkeme-

si'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 Sayılı Yasa ile değiştirilen 337. maddesinin birinci fıkrasının iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII - SONUÇ

A- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (L) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın **REDDİNE,**

B- 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

1- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE,**

2- 5358 Sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin, başlığının ve birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın **REDDİNE,**

3- 349. maddesinin birinci fıkrasının ve beşinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın **REDDİNE,**

C- İptal edilen fıkranın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 Sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, **KARARIN RESMÎ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,** 28.2.2008 gününde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan: Haşim KILIÇ — Başkanvekili: Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye: Sacit ADALI — Üye: Fulya KANTARCIOĞLU

Üye: Mehmet ERTEN — Üye: Cafer ŞAT

Üye: A. Necmi ÖZLER — Üye: Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye: Şevket APALAK — Üye: Serruh KALELİ

Üye: Zehra Ayla PERKTAŞ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Resmi Gazete
Tarih: 15 Nisan 2008 Salı
Sayı: 26848

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2005/25
Karar Sayısı : 2008/57
Karar Günü : 7.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1 - Ankara 9. İdare Mahkemesi Esas Sayısı: 2005/25
2 - Ankara 8. İdare Mahkemesi Esas Sayısı: 2006/86

İTİRAZLARIN KONUSU: 8.5.1985 günlü, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinde yer alan "... en çok iki yıl içinde ..." ibaresinin, Anayasa'nın 2, 10, 60, 61, 62 ve 65. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I - OLAY

Bakılmakta olan davalarda, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptalleri için başvurmuşlardır.

II - İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

- Ankara 9. İdare Mahkemesinin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun Geçici 1. maddesinde, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönmüş olmakla birlikte, 30/5/1978 tarih ve 2147 Sayılı Kanuna göre hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlar;

a) Prim, kesenek ve karşılık ödemek suretiyle sigortalısı veya iştirakçisi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna;

b) Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiçbirine tabi bulunmamaları halinde Sosyal Sigortalar Kurumuna;

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en çok iki yıl içinde yazılı istekte bulunmak, Yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya dilediği kadarını, 4. madde hükümlerine göre tahakkuk ettirilecek borç miktarını ödeme tarihindeki doların, Türk Lirası karşılığı esası ile ödemek,

Suretiyle değerlendirebilirler" hükmü yer almış ve bu kanunun yürürlüğünden önce yurda dönenlerden hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlara yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanabilmelerini, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde başvurma koşuluna bağlamıştır.

2709 sayılı Anayasa'nın 10. maddesinin 3. fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne, 60. maddesinde; "herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" hükmüne ve 62. maddesinde de, "Devlet yabancı ülkelerde çalışan Türk Vatandaşlarının... sosyal güvenliklerinin sağlanması... için gerekli tedbirleri alır" hükmüne yer verilmiştir.

3201 Sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde ise bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönenlerin yurt dışı hizmetlerinin borçlanmak suretiyle sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmesini belli bir süreyle sınırlamak suretiyle kısıtlamıştır.

Bu durum Anayasa'nın gerek yukarıda açılan 60. maddesindeki herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu güvenliği sağlayacağı ve gerekli tedbirleri alacağı kuralına, gerekse 62. maddesindeki Devletin yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması için gerekli tedbirlerini alacağı kuralına aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun Geçici 1. maddesi 2. fıkrasını oluşturan "bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en çok iki yıl içinde istekte bulunanlar" cümlesindeki "en çok iki yıl içinde" ibaresinin Anayasa'nın 10., 60. ve 62. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varıldığından, anılan kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar dosyanın bekletilmesine 21.06.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

- Ankara 8. İdare Mahkemesinin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 3/2. maddesinde;

"Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler;

a) Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b) Müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

c) Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olamamakla birlikte yurda dönüş tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

d) Hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlananlardan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna,

e) Ev kadınları Bağ-Kur'a,

yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler" hükmüne yer verilmiş olup aynı kanunun Geçici 1. maddesinde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönmüş olmakla birlikte, 30.05.1978 tarih ve 2147 Sayılı Kanuna göre hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlar;

a) Prim, kesenek ve karşılık ödemek suretiyle sigortalısı veya iştirakçisi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna;

b) Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiçbirine tabi bulunmamaları halinde Sosyal Sigortalar Kurumuna;

bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en çok iki yıl içinde yazılı istekte bulunmak.

Yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya dilediği kadarını, 4 . madde hükümlerine göre tahakkuk ettirilecek borç miktarını ödeme tarihindeki doların, Türk Lirası karşılığı esası ile ödemek,

suretiyle değerlendirilebilirler" hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 1982 yılında Türkiye'ye dönüş yaptığı, 22.05.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi çerçevesinde, süresi içinde borçlanma talebinde bulunmadığından dolayı borçlanma isteminin reddedildiği, ancak anılan kanunda davacı ile ilgili herhangi bir düzenlemenin olmamasının Anayasa'ya aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, 10. maddesinde Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunluluğu, 60. maddesinde Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı, 62. maddesinde Devletin yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alacağı ve 65. maddesinde de Devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevleri-

ni, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu olayda ise, 22.05.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un daha önce yurda dönenler için yürürlüğe girdikten sonra iki yıl içerisinde başvuru şartını koşması ve davacının bu süre içerisinde başvuru yapmaması Anayasa'nın 2, 10, 60, 62 ve 65. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle 3201 Sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinde başvuru için iki yıl şartının yer alması Anayasa'nın 2, 10, 60, 62 ve 65. maddelerine aykırı olduğu sonucuna Mahkememizce varıldığından, T.C. Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca bu konuda bir karar verilmek üzere konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, 17.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III - YASA METİNLERİ

A - İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un iptali istenilen ibareyi de içeren Geçici 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönmüş olmakla birlikte, 30/5/1978 tarih ve 2147 Sayılı Kanuna göre hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlar;

a) Prim, kesenek ve karşılık ödemek suretiyle sigortalısı veya iştirakçisi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna;

b) Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiçbirine tabi bulunmamaları halinde Sosyal Sigortalar Kurumuna;

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en çok iki yıl içinde yazılı istekte bulunmak.

Yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya dilediği kadarını, 4. madde hükümlerine göre tahakkuk ettirilecek borç miktarını ödeme tarihindeki doların, Türk Lirası karşılığı esası ile ödemek,

Suretiyle değerlendirebilirler."

B - Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 2, 10, 60, 61, 62 ve 65. maddelerine dayanılmıştır.

IV - İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2005/25 ve E.2006/86 sayılı dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E.2006/86 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2005/25 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2005/25 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 6.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ibare, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, 3201 Sayılı Yasanın geçici 1. maddesinde, Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yurda dönenlerden yurt dışında geçen hizmet süreleri sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmemiş olanların bu sürelerini borçlanabilmelerinin iki yıl içinde başvurma koşuluna bağlandığı, böylece 3201 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönenlerin yurt dışı hizmetlerinin borçlanmak suretiyle soysal güvenlik bakımından değerlendirilmesinin belli bir süre ile sınırlandırılarak kısıtlandığı, bu durumun Anayasa'nın 2, 10, 60, 61, 62 ve 65. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

İtiraz konusu kurala göre, 3201 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yurt dışından dönmüş olanlar, bu Yasanın yürürlük tarihinden itibaren iki yıl içinde başvurmaları durumunda yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanabilecekler, aksi halde bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yurt dışında geçirdikleri hizmet süreleri sosyal güvenlik bakımından değerlendirilemeyecektir.

3201 Sayılı Yasanın 3. maddesi, bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yurda kesin dönüş yapanların kesin dönüş tarihinden itibaren borçlanma ile ilgili isteklerini en geç iki yıl içinde yapmaları gerektiğini kurala bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi, 12.12.2002 günlü, E.2000/36 ve K.2002/198 sayılı kararı ile borçlanma işleminin yapılabilmesi için ya-

sanın zorunlu kıldığı yurda kesin dönüş yapmış olma koşulunu ve aranan iki yıllık süreyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin anılan kararının ve bu karar uyarınca 3201 Sayılı Yasanın 3. maddesinde 4958 Sayılı Yasa ile değişiklik yapılmasının ardından, yurt dışında çalışmış olan veya yurda dönmüş bulunan kişiler diledikleri zaman yurt dışındaki hizmet süreleri nedeniyle hizmet borçlanmasından yararlanabilir hale gelmişlerdir. Ancak, itiraz konusu kural uyarınca 3201 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yurda dönenler iki yıl içinde ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna başvurmamış iseler hizmet borçlanmasından yararlanamamaktadırlar.

Yurtdışında belli bir süre çalışmış olanlar, hangi tarihte dönerlerse dönsünler yurt dışında geçirdikleri sürelerin sosyal sigorta kurumlarında değerlendirilmeleri bakımından aynı durumdadırlar. Yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararı sonucunda yapılan yasal değişiklikle, 3201 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yurda dönenler yurda döndükleri tarihe bakılmaksızın hizmet borçlanmasından yararlanabilirken, 3201 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarih olan 22.5.1985 tarihinden önce yurda dönmüş, ancak iki yıl içinde hizmet borçlanması için başvurmamış olanların geçici 1. madde uyarınca bu işlemden yararlanamamaları Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 2, 60, 61, 62 ve 65. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VII - SONUÇ

8.5.1985 günlü, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinde yer alan "...en çok iki yıl içinde..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE**, 7.2.2008 gününde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan: Haşim KILIÇ — Başkanvekili: Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye: Sacit ADALI — Üye: Fulya KANTARCIOĞLU

Üye: Mehmet ERTEN — Üye: Cafer ŞAT

Üye: A. Necmi ÖZLER — Üye: Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye: Şevket APALAK — Üye: Serruh KALELİ

Üye: Zehra Ayla PERKTAŞ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2005/128
Karar Sayısı : 2008/54
Karar Günü : 7.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun, 13.1.2004 günlü, 5043 Sayılı Yasa ile eklenen geçici 21. maddesinin Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Avukatlık ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlık nedeniyle açılan davada Pendik 2. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen kararın temyizen incelenmesi sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararı şöyledir:

"Pendik 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 364/575 sayılı ve 12.10.2004 tarihli kararının dairemizde yapılan temyiz incelemesinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa 13.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı kanunla eklenen geçici 21. madde hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu dairemizce görülmüş, davalı tarafça da ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu sonucuna varılmıştır.

Temyiz incelemesi yapılan dava dosyasının konusu, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan vekalet ücretinin tahsili talebidir. Davacının dayandığı avukatlık ücret sözleşmesi 1.4.1996 tarihinde düzenlenmiş, davacının üstlendiği davayı açıp takip ettiği, davalı lehine sonuçlandığı ve kararın 23.7.1998 tarihinde kesinleştiği, davacı avukatların üstlendikleri işi bu tarih itibariyle sonuçlandırdıkları, ücret ihtilafının aynı yıl içinde ortaya çıktığı, davanın 7.7.2003 tarihinde açıldığı sabittir.

Taraflar arasındaki ihtilaf 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 163 ve 164. maddeleri hükümlerine göre çözümlenecektir. 163 ve 164. maddelerde 2.5.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4667 sayılı ve 13.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı kanunlar ile değişiklik yapılmıştır. 13.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı Kanunun 7. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununa eklenen geçici 21. madde, "Bu kanunun

yürürlüğe girdiği tarihte, kesin olarak hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu kanunun değişik hükümleri uygulanır" hükmünü getirmiştir.

Avukatlık Kanununa eklenen bu geçici madde ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununda 4667 ve 5043 Sayılı Yasa ile yapılan 2.5.2001 ve 13.1.2004 tarihlerinde yürürlüğe giren değişik yeni hükümlerin daha önceden yapılan avukatlık sözleşmesinden doğan ihtilaflarda uygulanması ve kanunun değişik yeni hükümlerine göre anlaşmazlıkların çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Uyuşmazlığın çözümünde, 163 ve 164. maddeleri 2.5.2001 tarihinde yapılan değişiklikten önceki hükümleri veya 2.5.2001 ve 13.1.2004 tarihinde yapılan değişiklikten sonraki hükümleri uygulandığında varılacak sonuç birbirinden farklı olacaktır.

Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan toplum yaşamında adalete, eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasaya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk devleti ilkesi, devletin tüm faaliyetlerinde hukukun egemen olmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleşmesi için, çıkarılan yasalarla konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulması gerektiği gibi, hukuk güvenliğinin de sağlanması gerekir. Bu nedenle hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Anayasamızın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devletini ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasamızın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmiştir. Sözleşme, sözleşmeye taraf olanda, şimdiye ve geleceğe yönelik ümit ve inançların, beklentilerin doğmasına neden olmaktadır. Bunun temelinde, kişilerin sözleşme yaparken yürürlükte olan hukuk kurallarının güvencesi altında olmalarıdır. Sözleşme yapanların irade hürriyetine sahip olmaları, onların eşit durumda bulunduklarını gösterir.

Kanunlar kamu yararına ve kamu düzeninin gerektirdiği özel durumlar dışında, ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır ve daha önceki olay, işlem ve eylemler kanunun etki alanı dışında kalır. Sonradan yürürlüğe giren kanunların daha önceki ve kesinleşmiş hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

Açıklanan ilkeler ışığında bakıldığında 1136 sayılı Avukatlık Kanunun, 4667 ve 5043 sayılı kanunlar ile değişiklik getirilen hükümlerinin, değişiklik tarihinden önce yapılan sözleşmelerle ilgili ihtilaflara uygulanmasının temini için, 5043 sayılı kanun ile Avukatlık Kanununa eklenen geçici 21. madde, Anayasamızın 2, 5, 48. maddelerine aykırı olmaktadır.

Anayasanın 152. maddesi ile 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi uyarınca, dairemizce temyiz incelemesi yapılacak dava sebebiyle uygulanacak olan 1136 sayılı Kanuna, 5043 sayılı Kanunun 7. maddesi ile eklenen "geçici 21. maddenin" yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2, 5 ve 48. maddelerine aykırı görüldüğünden iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyanın temyiz incelemesinin bekletilmesine, dava dilekçesi, cevap layihası, davalının temyiz dilekçesi ile avukatlık ücret sözleşmesi örneklerinin karara eklenmesine, 21.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Avukatlık Kanunu'nun 13.1.2004 günlü, 5043 Sayılı Yasa ile eklenen itiraz konusu geçici 21. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2, 5 ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 8. maddesi uyarınca Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 17.11.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Kanun kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Genel Açıklama

13.1.2004 günlü, 5043 Sayılı Yasa ile Avukatlık Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklikler yapılmış ve geçici bir madde eklenmiştir.

Bu kapsamda, 5043 Sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık ücreti" başlıklı 164. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü ve dördüncü tümceleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır."

5043 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. maddede de, 5043 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

B- İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Başvuru kararında, Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. madde ile Avukatlık Kanunu'nun 163. ve 164. maddelerinde 4667 ve 5043 Sayılı Yasalarla yapılan değişikliklerin bu Yasaların yürürlüğe girdiği tarihten daha önce yapılan avukatlık sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda uygulanmasının amaçlandığı, 2.5.2001 ve 13.1.2004 tarihlerinde yürürlüğe giren 4667 ve 5043 Sayılı Yasalar ile yapılan değişiklikler öncesinde ve sonrasında uygulanacak kurallara göre söz konusu uyuşmazlıklarda varılacak sonucun birbirinden farklı olduğu, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği özel durumlar dışında kanunların ilke olarak yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılmalarının ve bu tarihten önceki kesinleşmiş hukuksal durumlara etkili olamamalarının hukukun genel ilkelerinden olduğu, hukuk devleti ilkesi uyarınca yasa koyucunun yalnızca Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun hareket etmek zorunda olduğu ve yasalarla konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin yanı sıra hukuk güvenliğinin de sağlanması gerektiği, itiraz konusu kuralın ise 4667 ve 5043 Sayılı Yasalardan önce yapılan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklarda uygulanmasını sağlamak amacıyla getirildiği, Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunun belirtildiği, kişilerin sözleşme yaparken yürürlükte olan hukuk kurallarının güvencesi altında olduğu, belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2, 5 ve 48. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

5043 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. maddede, "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme*

bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır." denilmiştir.

Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ifade edilmiştir.

Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanıması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

"Hukuk güvenliği ilkesi", hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

İtiraz konusu kuralla 5043 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda uygulanacağı öngörülmek suretiyle, yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de esas alınması kabul edilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü ve dördüncü tümcelerinde 5043 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı veya ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirleneceği, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan maddenin 5043 Sayılı Yasa ile değiştirilmesinden önceki 4667 Sayılı Yasa ile değişik halinde ise avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu durumlarda, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde avukatlık ücret tarifesinin uygulanacağı, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde ise asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın sonucuna ve avukatın emeğine göre değişmek üzere ücret anlaşmazlığı tarihindeki dava değerinin yüzde beşi ile yüzde onbeşi arasındaki bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirleneceği hükmü yer almıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlık ücretine ilişkin hükümlerin yer aldığı 163. ve 164. maddelerinde 4667 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesinde de, avukatlık ücret sözleşmelerinin yazılı şekilde olmasının şart olduğu, ücretten doğan davalarda yazılı sözleşmeden başka delil getirilemeyeceği ve dinlenemeyeceği ile yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış hallerde asgari ücret tarifesinin uygulanacağı belirtilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile bu Kanunda değişiklikler yapan 4667 ve 5043 sayılı kanunlarda, avukatlık ücreti ve avukatlık ücretinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin farklı hükümler yer almakta iken itiraz konusu kuralla, 5043 Sayılı Yasa öncesinde ortaya çıkan ve kesin hükme bağlanmamış uyuşmazlıkların 5043 Sayılı Yasa hükümlerine göre çözümleneceğinin öngörülmesi, anılan Yasa'nın geriye yürümesi sonucunu doğurmaktadır.

5043 Sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı uyuşmazlıkların kapsamına, avukatlık ücretine ilişkin olarak taraflar arasında akdedilen bir ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da girmektedir. Bu durumda, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunmayan yasa hükmünün o sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde uygulanması söz ko-

nusu olmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanması, öncelikle hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olmasına bağlı bulunduğundan, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olmayan bir yasa hükmünün daha sonra geriye yürür şekilde bu sözleşmeden doğan bir ihtilafta uygulanmasının öngörülmesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

Bu durum aynı zamanda, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne de aykırılık oluşturur. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da gerekli kılar. Tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri ve hukuken geçerli olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin belirgin olmadığından ya da tartışmalı olduğundan bahisle, söz konusu sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte olmayan bir yasa kuralının esas alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesinin öngörülmesi, sözleşme özgürlüğüne aykırıdır.

Tarafların akdettikleri bir sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasında ihtilafa düşmeleri o sözleşmeyi geçersiz kılmayacağından, bu sonuca yol açacak şekilde 5043 Sayılı Yasa hükümlerinin geriye yürütülmesine olanak bulunmamaktadır. Kişilerin sözleşme özgürlüklerini kullanarak bir sözleşme akdetmelerinden sonra, geriye dönük düzenlemelerle söz konusu sözleşme hükümlerinin ve dolayısıyla kişilerin iradelerinin etkisiz kılınması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Cafer ŞAT, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 5. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13.1.2004 günlü, 5043 Sayılı Yasa ile eklenen geçici 21. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Cafer ŞAT, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 7.2.2008 gününde karar verildi.

Başkan: Haşim KILIÇ	Başkanvekili: Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye: Sacit ADALI	Üye: Fulya KANTARCIOĞLU
Üye: Mehmet ERTEN	Üye: Cafer ŞAT
Üye: A. Necmi ÖZLER	Üye: Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye: Şevket APALAK	Üye: Serruh KALELİ
Üye: Zehra Ayla PERKTAŞ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İtiraz konusu 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen Geçici 21. maddesi, özü itibariyle bu Kanun'la 1136 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin (bu meyanda 164. maddenin dördüncü fıkrasının değişen üçüncü ve dördüncü cümlelerin) devam eden -kesin hükme bağlanmamış- bütün ihtilaflara da tatbikini öngörmektedir. İtiraz konusu davanın esasını teşkil eden ihtilaf avukatlık sözleşmesi ve bundan doğan vekalet ücretine ilişkin olup, mahiyeti itibariyle "usul"e ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.2004 tarih ve E.2002/126, K.2004/27 sayılı kararında (RG.19.2.2005, Sayı: 25732) "...İtiraz konusu kuralın incelenmesinden, avukatların yaptıkları hukuksal yardımın karşılığı olarak **almaya hak kazandıkları vekalet ücretinin takdirinde,** hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı anlaşılmaktadır. Başvuru kararında, anılan hükmün, ceza davalarında suçun işlendiği, hukuk davalarında da dava konusu olayın her davanın açıldığı tarihteki koşula göre değerlendirilebileceği kuralına paralel olarak suç tarihine göre belirlenmesi gereken yargılama giderinin hüküm tarihine göre belirlenmesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun değişiklikten önceki 168. maddesinde avukatlık ücretinin takdirinde hukuksal yardımın başladığı veya davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan tarifeler esas alınmış ise de, itiraz konusu kuralla ekonominin gerekleri gözetilerek avukatların emeklerinin gerçek karşılıklarını almaları amaçlanmıştır. Öte yandan, **vekalet ücreti maddi ceza hukukuna değil, usul hukukuna ilişkin bir düzenleme olup,** usul hukukuna göre yargılama giderlerinde yapılacak bir artış değişiklikten önce açılmış olan davalara da uygulanacağından, **benzer bir düzenlemenin vekalet ücreti içinde öngörülmüş olması,** Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilemez. İptal isteminin reddi gerekir..." denilmektedir.

Kanun'dan doğan vekalet ücreti ile müvekkil-avukat arasında sözleşmeden doğan vekalet ücreti, mahiyet itibariyle "usul"e ilişkindir. İkinci sayılanın bir "sözleşme"ye dayanması, onun salt bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Çünkü, 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre avukatlık bir **"kamu hizmeti"**dir ve kamu hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda da, özel yasaya (1136 sayılı Kanun) dayalı sözleşmeler ve bundan doğan vekalet ücreti de **kamu düzenine** ilişkindir.

2- Ceza ve hukuk yargılaması kuralları da **kamu düzenine** ilişkin olduklarından, bunlarda vaki değişikliklerin de devam etmekte olan tüm yargılamalara "hemen" uygulanması asıldır. Dava konusu "vekalet ücreti"de hem usule ilişkin bir düzenleme oluşu, hem de kamu hizmeti-kamu düzenine ilişkinlik unsurlarını özünde taşıması nedeniyle; Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda işaret edilen emsal kararı doğrultusunda, devam eden yargılamalar yönünden hemen tatbiki gereken bir kural mahiyetindedir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da işaret edildiği gibi "... Geriye yürümezlik ilkesi hakkında Anayasa'da açık bir kural bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ve ölçülülük yönlerinden yargısal denetim yapar... Zorunlu nedenlerle, örneğin **kamu yararı** gibi, geriye yürüme durumunda önceyi etkileme sözkonusu olabilir... Bilindiği gibi ya-

salar **kamu düzeninin** gerektirdiği durumlarda geriye yürütülebilmekte ve önceye etkili olabilmektedir... Dava konusu düzenlemede... ortaya çıkan hukuksal sorunların çözümlenmesi amaçlandığına göre, yasa uygulamasının daha önceki bir tarihten başlatılması, **kamu yararı ve kamu düzeni gereği olarak** görülmüştür. Bu nedenle söz konusu hüküm Anayasa'ya aykırı değildir..." (Any.Mah. 7.11.1989 tarih ve E.1989/6, K.1989/42 sayılı kararı, AMKD., Sayı 25, sh.387-419)

Dolayısiyle, konuya bu yönü itibariyle de bakıldığında; kamu yararı düşüncesiyle kamu düzenine ilişkin bir konuyu düzenleyici mahiyetteki kuralların, devam eden davalara da tatbiki gerektiğine işaret eden kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

3- Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı söz konusu edilemeyeceğinden, kuralın iptaline yönelik istemin reddi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; kuralın iptaline dair çoğunluğun kararına katılmıyoruz.

Başkan: Haşim KILIÇ
Üye: Sacit ADALI
Üye: Cafer ŞAT
Üye: Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye: Serruh KALELİ

YARARLI BİLGİLER

Derleyen: Av. Celal ÜLGEN

YASAL FAİZ ORANLARI

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

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	**23,61**	**14,55**	**5,45**	**9,68**	**6,08**
ŞUBAT	**21,49**	**14,70**	**5,04**	**10,08**	**5,94**
MART	**19,18**	**15,03**	**4,21**	**10,63**	**5,95**
NİSAN	**17,03**	**14,96**	**4,96**	**11,01**	**6,39**
MAYIS	**15,16**	**13,97**	**4,27**	**10,95**	**7,20**
HAZİRAN	**13,73**	**12,78**	**4,97**	**10,09**	**8.39**
TEMMUZ	**12,51**	**11,72**	**5,82**	**9.03**	-
AĞUSTOS	**11,62**	**10,65**	**6,49**	**8,29**	-
EYLÜL	**11,16**	**9,54**	**7,06**	**7,77**	-
EKİM	**11,16**	**8,16**	**7,76**	**7,23**	-
KASIM	**11.07**	**6.89**	**8,60**	**6.75**	-
ARALIK	**11.09**	**5.89**	**9,34**	**6.31**	-

AVUKAT TOPLULUK SİGORTASI 2008 PRİM TUTARLARI:

En az: **159,68**

En çok: **1.037,89**

Sağlıklı en az: **213,96**

Sağlıklı en çok: **1.390,77 YTL**

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

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	5,6	2,63	-0,41	1,96	-0,05	0,42	2,6	0,7	0,55	0,75	1,00	0,80
ŞUBAT	3,14	1,64	0,11	0,26	0,95	2,56	2,6	0,55	0,02	0,22	0,43	1,29
MART	3,20	2,10	1,26	0,25	0,97	3,17	3,10	0,89	0,26	0,27	0,92	0,96
NİSAN	1,76	2,65	1,21	1,94	0,80	4,50	2,09	0,59	0,71	1,34	1,21	1,68
MAYIS	-0,62	-0,03	0,20	2,77	0,39	2,12	1,58	0,38	0,92	1,88	0,50	1,49
HAZİRAN	-1,93	-1,05	0,10	4,02	-0,11	-0,36	-0,17	-0,13	0,10	0,34	-0,24	0,32
TEMMUZ	-0,54	-1,52	-0,57	0,86	0,06		-0,37	0,22	-0,57	0,85	-0,73	
AĞUSTOS	-0,20	0,79	0,85	-0,75	0,6		0,15	0,58	0,85	-0,44	0,02	
EYLÜL	-0,05	1,85	1,02	-0,23	0,85		1,90	0,94	1,02	1,29	1,03	
EKİM	0,56	3,23	1,79	0,45	-0,13		1,42	2,22	1,79	1,27	1,81	
KASIM	1,70	0,75	1,40	-0,29	0,89		1,61	1,54	1,40	1,29	1,95	
ARALIK	0,63	0,13	-0,04	-0,12	0,15		0,88	0,45	0,42	0,23	0,22	

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

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	5,6	2,63	-0,41	1,96	-0,05	0,42	2,6	0,74	0,55	0,75	1,00	0,80
ŞUBAT	8,90	4,31	0,30	2,22	0,89	3,00	4,90	1,29	0,57	2,22	1,44	2,11
MART	3,20	2,10	0,96	2,48	1,88	6,26	3,10	0,89	0,83	1,25	2,36	3,09
NİSAN	14,37	9,33	2,18	4,46	2,69	11,04	10,42	2,79	1,55	2,60	3,60	4,82
MAYIS	13,66	9,29	2,38	7,36	3,09	13,39	12,16	3,18	2,49	7,36	4,12	4,38
HAZİRAN	11,47	8,14	1,89	11,68	2,98	13,76	11,97	3,05	2,59	11,68	3,87	6,00
TEMMUZ	10,88	6,50	1,14	12,64	3,11		11,55	3,28	2,00	5,76	3,05	
AĞUSTOS	10,66	7,33	2,18	11,80	3,93		11,73	3,87	2,87	5,30	3,13	
EYLÜL	10,72	9,31	2,98	11,54	4,98		13,84	4,85	3,93	6,65	4,19	
EKİM	11,34	12,84	3,69	12,04	4,84		15,46	7,18	5,79	8,01	6,08	
KASIM	13,23	13,69	2,71	11,72	5,78		17,33	8,83	7,27	9,40	8,15	
ARALIK	13,94	13,84	2,6	11,58	5,94		18,36	9,32	7,72	9,65	8,39	

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

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2003**	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**
OCAK	**32,6**	**10,8**	10,70	5,11	9,37	**6,44**	**26,4**	**16,22**	**9,23**	7,93	9,93	**8,17**
ŞUBAT	**33,39**	**9,14**	10,58	5,26	10,13	**9,10**	**27,01**	**14,28**	8,69	8,15	10,16	**8,15**
MART	**35,15**	**7,97**	11,33	4,21	10,92	10,50	**29,41**	**11,83**	7,94	8,16	10,86	9,15
NİSAN	**35,08**	**8,91**	**10,17**	4,96	9,68	14,56	**29,45**	**10,18**	**8,18**	8,83	10,72	9,66
MAYIS	**33,69**	**9,56**	**5,59**	7,66	7,14	16,83	**30,74**	**3,88**	**8,70**	9,86	9,23	10,74
HAZİRAN	**29,62**	**10,53**	4,25	12,52	2,89	17,03	**29,76**	**8,93**	8,95	10,12	8,60	10,61
TEMMUZ	**25,57**	**9,44**	4,26	14,34	2,08		**27,44**	**9,57**	7,82	11,69	6,90	
AĞUSTOS	**22,70**	**10,52**	4,32	12,32	3,72		**24,91**	**10,04**	7,91	10,26	7,39	
EYLÜL	**19,07**	**12,50**	4,38	11,19	5,02		**23,00**	**9,00**	7,99	10,55	7,12	
EKİM	**16,10**	**15,48**	4,57	10,94	4,41		**20,78**	**9,86**	7,52	9,98	7,70	
KASIM	**16,18**	**14,40**	1,60	11,67	5,65		**19,25**	**9,79**	7,61	9,86	8,40	
ARALIK	**13,94**	**13,84**	2,66	11,58	5,94		**18,36**	**9,32**	7,72	9,65	8,39	

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

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	45,9	23,61	14,55	5,45	9,68	6,08	26,4	24,36	8,50	8,07	9,76	8,61
ŞUBAT	42,14	21,49	14,70	5,04	10,08	5,94	37,94	23,21	8,44	8,03	9,92	8,53
MART	39,42	19,18	15,03	4,49	10,63	5,95	35,46	21,67	8,40	8,05	10,15	8,40
NİSAN	37,82	17,03	14,96	4,09	11,01	6,39	33,76	20,01	8,42	8,11	10,30	8,33
MAYIS	36,68	15,16	13,97	4,27	10,95	7,20	32,65	18,19	8,53	8,21	10,24	8,47
HAZİRAN	35,36	13,73	12,78	4,97	10,09	8,39	31,73	16,51	8,95	8,32	10,11	8,64
TEMMUZ	33,76	12,51	11,72	5,82	9,03		30,71	15,11	8,68	8,64	9,70	
AĞUSTOS	32,07	11,62	10,65	6,49	8,29		29,55	13,97	8,64	8,84	9,46	
EYLÜL	30,26	11,16	9,54,	7,06	7,77		28,43	12,87	8,63	9,05	9,17	
EKİM	28,52	11,16	8,16	7,76	7,23		27,37	12,02	8,47	9,25	8,98	
KASIM	27,07	11,07	6,89	8,60	6,75		26,29	11,29	8,31	9,44	8,86	
ARALIK	25,56	11,09	5,89	9,34	6,31		25,30	10,58	8,18	9,60	8,76	

DÖNEMLERE GÖRE TİCARİ FAİZ ORANLARI

Yürürlük Tarihi	Reeskont İşlemlerinde Uygulanan İskonto Oranı (%)	Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranı (%)
01.01.1990	40	45
20.09.1990	43	48,25
23.11.1990	45	50,75
15.02.1991	48	54,50
27.01.1994	56	65
21.04.1994	79	98
12.07.1994	70	85
27.07.1994	63	75
01.10.1994	55	64
10.06.1995	52	60
01.08.1995	50	57
02.08.1997	67	80
30.12.1999	60	70
17.05.2002	55	64
14.06.2003	50	57
08.10.2003	43	48
15.06.2004	38	42
13.01.2005	32	35
25.05.2005	28	30
20.12.2005	23	25
20.12.2006	27	29
28.12.2007	25	27

AKTARMALAR, AYRILMALAR YİTİRDİKLERİMİZ

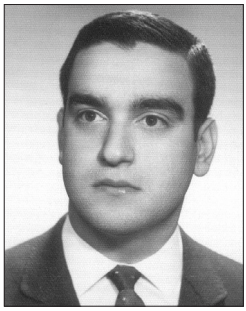
AYRILMALAR

Av. MACİDE BİROL	7447	22.05.2008
Av. MUSTAFA AKSU	15981	29.05.2008
Av. BETÜL YALÇIN	15554	29.05.2008
Av. CUMHUR BATI	25770	29.05.2008
Av. İHSAN ERPEK	12630	29.05.2008
Av. GÜLTEN KUTLU	14933	29.05.2008
Av. HAYAT BARUT	18262	05.06.2008
Av. İSMET AKTAŞ	6314	12.06.2008
Av. SELMA REİS EROL	29724	12.06.2008
Av. BANU KALAY	32917	12.06.2008
Av. AYNUR BEYAZAL	17066	26.06.2008
Av. NESRİN ŞAHİN	28186	26.06.2008
Av. MERT UYGUN	29917	26.06.2008
Av. İSMAİL YÜCEL	34830	26.06.2008
Av. ERDİNÇ AKBAŞ	34964	26.06.2008
Av. MUSTAFA ZEKİ TULUN	8274	26.06.2008
Av. SERHAT ARSLANARGIN	35326	26.06.2008
Av. HÜSEYİN ORKUN ALSULU	35022	03.07.2008
Av. BELGİZAR BALAMAN	34390	03.07.2008
Av. ELİF KARA	23110	03.07.2008
Av. BEHÇET TUNÇ DEMİRALP	7582	03.07.2008

AKTARIMLAR

Av. ATİLLA ÇAMLI	29898	22.05.2008
Av. ALİ GİDER	32856	22.05.2008
Av. CÜNEYT ÖZÜN	22726	22.05.2008
Av. HALİL GÜNDÜZ	30018	29.05.2008
Av. TEKİN BÜLBÜL	27618	29.05.2008
Av. MURAT YOLCU	27551	05.2008
Av. BURÇİN SİNAN NALBANTOĞLU	33659	05.06.2008
Av. NEFER CANDAŞ TOPÇU	34273	12.062008
Av. MUSTAFA AFŞİN ÜNVERDİ	33967	12.06.2008
Av. SAMİME BÜLBÜL	35896	12.06.2008
Av. İBRAHİM ÖZCAN	30951	12.06.2008
Av. GÖKSAL KILIÇ	30441	19.06.2008
Av. EROL SİRACOĞLU	35813	19.06.2008
Av. MURAT ERKAN ÇAPAR	32699	19.06.2008
Av. HALİL KURAN	34693	26.06.2008
Av. RABİA SAFİ	30501	26.06.2008
Av. SELİN OKUROĞLU	35779	26.06.2008
Av. TEOMAN SALGIRTAY	35285	26.06.2008
Av. ELÇİN AKAN	33744	26.07.2008

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 6680 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

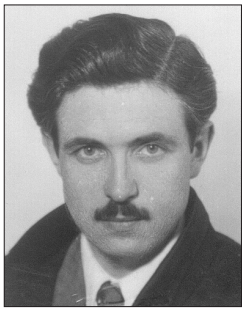
AHMET NAMIK PARLAK

03.07.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında İstanbul'da doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1970 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

*



Baromuzun 2180 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

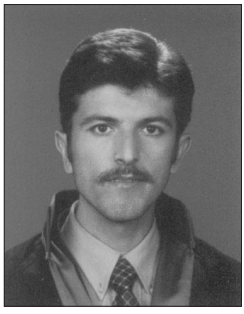
ŞİNASİ CİNGİZ

06.07.2008 tarihinde vefat eden

Merhum 1919 yılında İstanbul'da doğmuş, 1945 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1949 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

*



Baromuzun 27433 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

HASAN DURAN

26.06.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum1977 yılında Yozgat-Yerköy'de doğmuş, 2001 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Baro'sunda yaparak, 2002 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI alesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

YİTİRDİKLERİMİZ

Baromuzun 3329 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

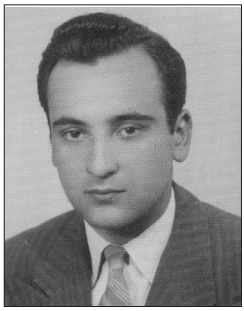
SÜHEYLA KORAL

23.06.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Uşak'da doğmuş, 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1953 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

*



Baromuzun 3083 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

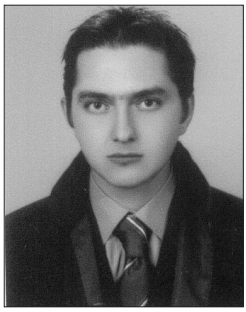
RIFAT BOYACIOĞLU

09.06.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Çankırı'da doğmuş, 1951 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mezun olmuş, Stajını Baromuzda yaparak, 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

*



Baromuzun 29141 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ERTUĞRUL ÇAKIR

09.06.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1976 yılında Keşan'da doğmuş, 2002 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2004 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI alesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

YİTİRDİKLERİMİZ

Baromuzun 5751 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

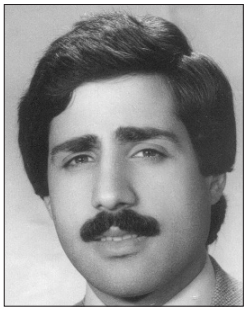
SEDAT İRTEN

21.05.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1937 yılında İstanbul'da, doğmuş, 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1966 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

*



Baromuzun 11656 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

GÜLŞAT CÖMERT

01.06.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında İstanbul'da doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.